



รายงานฉบับสมบูรณ์

โครงการวิจัย เรื่อง จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วย
รัฐธรรมนูญ ไปสู่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม: ถอด
บทเรียนจากทฤษฎีของยานิฟ รอซโน

เสนอต่อ

สำนักนวัตกรรมการเพื่อประชาธิปไตย สถาบันพระปกเกล้า

จัดทำโดย

รวินท์ สีละพัฒนนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร

คำย่อ

“กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ” – กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบาทหน้าที่ของ
รัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

“ขอบเขต ฯ” – ขอบเขตของบทบาทหน้าที่ของรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไข

“ทฤษฎี UCA” – ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

“บทบาทหน้าที่ชั่วคราว ฯ” – บทบาทหน้าที่ชั่วคราวสำหรับต่อต้านกบฏคอมมิวนิสต์

“บทบาทหน้าที่เพิ่มเติม ฯ” – บทบาทหน้าที่เพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน

“พรรค DPP” – พรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า

“พรรค KMT” – พรรคก๊กมินตั๋ง

“รัฐธรรมนูญ ROC” – รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ.1947

สารบัญ

บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมา ความสำคัญ และสมมติฐานของงานวิจัย	1
2. วัตถุประสงค์และคำถามหลักของงานวิจัย	3
3. ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน	4
4. ขอบเขตของงานวิจัยและเค้าโครงการนำเสนอ	14
5. วิธีวิจัย	16
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	17
บทที่ 2 ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน ในฐานะฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม	19
1. ความนำ	19
2. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญและการรักษาความเป็นไปได้ในการเผยแพร่ตนเองออกมาของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ: หัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอซไน	20
2.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญภายใต้ขอบเขตที่ตัวบทรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของรอซไน: หัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ	20
2.1.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องชี้วัดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของระบบรัฐธรรมนูญ	21
2.1.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญในฐานะหลักกฎหมายที่ปฏิเสธปัญหามือของผู้วายชนม์	22
2.2 อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ: หางเสื่อที่คอยกำกับทิศทางของการปรับใช้หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ	23
2.2.1 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยามปกติ	23
2.2.2 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ	24
2.2.3 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิเด็ดขาดของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	25
2.3 ลักษณะเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ	26
3. สมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอซไน	28
3.1 สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ	28
3.2 สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม	28

3.3 สมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้	30
4. จุดเด่นของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอชไน	31
5. บทส่งท้าย: ข้อท้าทายต่อการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชไนไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ในเอเชีย	32
บทที่ 3 การปรับใช้กรอบความคิดทางกฎหมายสำหรับบ่งชี้บัพัญญัติของรัฐธรรมนุญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอชไน: วิเคราะห์ผ่านประสบการณ์ของไต้หวันและมาเลเซีย	37
1. ความนำ	37
2. ไต้หวัน: ความสำเร็จของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ และองค์ประกอบที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม	37
2.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญสองประการที่ปรากฏในระบบรัฐธรรมนุญไต้หวัน	37
2.1.1 รัฐธรรมนุญ ROC สมัชชาแห่งชาติ และการระงับใช้รัฐธรรมนุญ: เครื่องมือสถาปนาและชำระไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชนชาวจีน (เพื่อปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชนไต้หวัน)	39
2.1.1.1 โครงสร้างของรัฐธรรมนุญ ROC ในฐานะรัฐธรรมนุญของปวงชนชาวจีน	40
2.1.1.2 การทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนุญในไต้หวัน	41
2.1.2 บัพัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนุญแห่งสาธารณรัฐจีนในฐานะเครื่องมือที่ช่วยสถาปนาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชนไต้หวันอย่างค่อยเป็นค่อยไป	45
2.2 คำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 ของศาลรัฐธรรมนุญไต้หวัน	47
2.2.1 คำตีความของศาลรัฐธรรมนุญลำดับที่ 261: การปูทางไปสู่การสร้างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชนไต้หวันในระบบกฎหมาย	48
2.2.2 คำตีความลำดับที่ 499: ปวงชนไต้หวันกับความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ	50
2.3 บทเรียนจากไต้หวันในฐานะภาพสะท้อนการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชไน	53
3. มาเลเซีย: บริบทที่ควรถึงการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ	56
3.1 ระบบรัฐธรรมนุญที่ปราศจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญ: การถือกำเนิดของชาติมาเลเซียและรัฐธรรมนุญ ค.ศ.1957	57
3.1.1 มาเลเซียในฐานะดินแดนแห่งความหลากหลายทางชาติพันธุ์	57
3.1.2 การจัดทำรัฐธรรมนุญ ค.ศ.1957	61
3.2 ความเป็นไปได้ในการเชื่อมโยงระบอบรัฐธรรมนุญของมาเลเซียกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญของปวงชน	65

3.3 บทเรียนจากการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชไนในมาเลเซีย	67
3.3.1 บทบัญญัติที่ควรปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ	67
3.3.2 การปฏิเสธการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ	71
3.3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1971: การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิเสธกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ	71
3.3.2.2 คำพิพากษาของศาลมาเลเซียเกี่ยวกับสถานะของศาสนาอิสลาม: ความขัดแย้งระหว่างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กับแนวคิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	73
3.3.3 ความเป็นไปได้ในการปรับปรุงเปลี่ยนรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นในบริบทที่ไม่เหมาะสมที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้	76
บทที่ 4 การปรับใช้กรอบความคิดทางกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอชไน ในประเทศไทย	80
1. ความนำ	80
2. การก่อตัวขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนและการสร้างประชาธิปไตยแบบไทยก่อน พ.ศ. 2540: สถานะที่ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิง	81
2.1 การปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อนพ.ศ.2475	81
2.2 ความพยายามสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนในระบบรัฐธรรมนูญและความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษ์นิยมในการรื้อฟื้นอุดมการณ์ราชาชาตินิยม	82
2.3 ศาลกับการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน	84
2.4 ปัญหาชนกับการสร้างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม	85
3. บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขภายใต้มุมมองแบบอนุรักษ์นิยมไทย	88
3.1 สมมติฐานว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์และการมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์	88
3.2 สมมติฐานว่าด้วย “การเมืองสะอาด”	88
3.3 สมมติฐานว่าด้วยปวงชนผู้มีหน้าที่แก่ชองชาติ-พระมหากษัตริย์	89
4. ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540: ความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎี ฯ มาปรับใช้	90
4.1 รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 กับการรักษาความเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม	91
4.2 รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 กับการทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในฐานะพลเมืองตื่นรู้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย	93

4.3 “ผลหลังมรณะ” ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540	96
4.3.1 การยกระดับ “ปวงชน” ในฐานะที่มาของความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ	96
4.3.2 ความพยายามอนุบาลอุดมการณ์เสรีนิยมกับบทบาทของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ในการสร้างวาทกรรมสาธารณะ	98
5. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	101
5.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่	102
5.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับบทนิรันดร	106
6. บทสรุป: การปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ ที่สกัดจากทฤษฎี UCA ของรอชไนในบริบทของไทย	109
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	113
1. บทสรุป: ข้อพิจารณาต่อการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้	113
1.1 แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้ทางปฏิบัติ	115
1.2 แม่แบบที่สะท้อนผลทางลบของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ	117
1.3 แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ผ่านการสร้างวาทกรรม	118
2. ข้อเสนอแนะในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ประเทศไทย	121
2.1 บทบัญญัติที่ว่าการออกเสียงประชามติในรัฐธรรมนูญ	121
2.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	123
2.3 บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิการเมืองพื้นฐาน	123
3. ข้อความส่งท้าย	125
บรรณานุกรม	127

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมา ความสำคัญ และสมมติฐานของงานวิจัย

ในช่วงเวลากว่าสองทศวรรษที่ผ่านมา ได้ปรากฏผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์จำนวนมากที่ให้ความสนใจศึกษาลักษณะ ขอบเขต ข้อจำกัด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹ ประเด็นที่บรรดานักวิชาการกระแสหลักมักเห็นตรงกันก็คือในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกลไกสำคัญที่จะช่วยทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่แข็งกระด้างและสามารถปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมสอดคล้องกับบริบททางกฎหมาย สังคม การเมือง² ทั้งนี้ ผลงานของนักวิชาการกลุ่มนี้ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าเมื่อกฎเกณฑ์และเงื่อนไขว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญและองค์กรที่ได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ตีความตัวของตราสารดังกล่าว (เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ) สถาปนาขึ้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหล่านี้จึงมีลักษณะเป็น “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (“unconstitutional constitutional amendment”)³

¹ นอกเหนือจากผลงานของยานิฟ รอซไน (Yaniv Roznai) ซึ่งเป็นทฤษฎีหลักที่คณะผู้วิจัยมุ่งศึกษาแล้วยังมีผลงานที่น่าสนใจอื่น อาทิ Donald S Lutz, ‘Towards a Theory of Constitutional Amendment’ (1994) 88 *The American Political Science Review* 355; Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford University Press 2019); Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendment* (Hart 2024); Tom Ginsburg and James Melton, ‘Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty’ (2015) 13 *International Journal of Constitutional Law* 686.

² David Landau and Rosalind Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’ (2018) 86 *The George Washington Law Review* 438, 450-461; Prabir Kumar De, *Comparative Politics* (Pearson 2011) 68.

³ See David S. Law and Ryan Whalen, ‘Constitutional Amendment vs constitutional replacement: an empirical comparison’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021); Richard Albert, ‘The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada’ (2015) 41 *Queen’s Law Journal* 145, 145-157; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017) chs 1-2, 4-5 [ต่อไปนี้จะเรียกว่า ‘UCA’].

อย่างไรก็ดี ในขณะที่นักวิชาการมักให้ความสนใจศึกษาประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยพบว่าในบรรดาผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์ที่มีอยู่ ณ ปัจจุบัน กลับไม่มีผลงานชิ้นใดเลยที่พยายามจะสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย (legal theoretical framework) ที่เป็นเกณฑ์บ่งชี้และช่วยอธิบายว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะใดที่สมควรจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นมาโดยตรง จากการสำรวจของคณะผู้วิจัย นักวิชาการทางนิติศาสตร์ดูจะมีทัศนคติต่อประเด็นดังกล่าวว่าเป็นประเด็นการเมือง (political) ที่ไม่อาจอธิบายได้โดยอาศัยทฤษฎีทางนิติศาสตร์ โดยนักวิชาการบางส่วนอธิบายสาเหตุที่ตัวบทรัฐธรรมนูญควรถูกแก้ไขว่าเป็นเพราะตัวบทเหล่านั้นมีข้อผิดพลาดหรือไม่ตอบสนองกับความต้องการของสังคมได้อีกต่อไป (เป็นการอธิบายจากมิติอุปสงค์ (demand side))⁴ ขณะที่นักวิชาการอีกบางส่วนอธิบายสาเหตุที่ตัวบทรัฐธรรมนูญควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมว่าเป็นผลมาจากความพยายามของชนชั้นนำที่จะสร้างความชอบธรรมให้แก่ตนเองหรือเพื่อกระชับอำนาจของตนเอง (เป็นการอธิบายจากมิติอุปทาน (supply side))⁵

เมื่อในปัจจุบัน ยังไม่มีผลงานวิชาการที่นำเสนอกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม (“กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑”) อันเป็นมูลเหตุของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยจึงเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องพยายามเติมเต็มช่องว่างทางวิชาการที่ปรากฏอยู่ โดยองค์กรของรัฐ (โดยเฉพาะรัฐสภาและศาล) อาจนำข้อเสนอของคณะผู้วิจัยไปปรับใช้ยามต้องพิจารณาถึงตัวบทของรัฐธรรมนูญที่สมควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยตระหนักดีว่าในความเป็นจริง การพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขไม่อาจตัดขาดจากบริบทเฉพาะและความต้องการของดินแดนและประชาชนในดินแดนหรือรัฐหนึ่ง ๆ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่มิและไม่อาจปฏิเสธความเป็นการเมืองได้⁶ แต่สิ่งที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ มุ่งนำเสนอก็คือ “เกณฑ์ขั้นต่ำที่สุดในทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย” ซึ่งช่วยบ่งชี้หลักการทางกฎหมายที่ตัวบท

⁴ E.g., Richard Albert, ‘The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules’ (2013) 59 McGill Law Journal 227, 233-234; Rosalind Dixon, ‘Constitutional amendment rules: a comparative perspective’ in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 96.

⁵ E.g., Anna Fruhstorfer, ‘Referendums and Autocratization: Explaining Constitutional Referendums in the Post-Soviet Space’ in Richard Albert and Richard Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (Oxford University Press 2022) 173; Landau and Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’, 455-460; Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy* (Harvard University Press 2010) 79.

⁶ Rosalind Dixon and Adrienne Stone, ‘Constitutional Amendment and Political Constitutionalism’ in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford University Press 2016) 98.

ของรัฐธรรมนูญต้องยึดถือเป็นอย่างน้อยที่สุด หากบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับหลักการขั้นต่ำเช่นว่า บทบัญญัติ นั้นก็ยิ่งสมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลง⁷

คณะผู้วิจัยตั้งสมมติฐานเบื้องต้นไว้ว่าเราอาจสังเคราะห์กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ผ่านการ อ่านงานวิชาการที่มีอยู่ในเรื่องใกล้เคียงกันใหม่ (re-read) นั่นก็คืองานเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ แทนที่จะตั้งต้นการอ่านงานดังกล่าวในฐานะทฤษฎีว่าด้วยขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยจะอ่านงานนั้นใหม่ในฐานะทฤษฎีที่ก่อปรด้วยเมล็ดพันธุ์ทางความคิดที่ช่วยทำหน้าที่เป็นเกณฑ์บ่งชี้ซึ่งช่วยอธิบายลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จะต้องสามารถนำเสนอ

(ก) ภาพในมุมมองกว้างว่าผู้ใดและสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้ข้อจำกัดอะไร

(ข) หลักการและทฤษฎีที่ถือเป็นหัวใจในการบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข และ

(ค) ลักษณะเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

อย่างไรก็ดี เบื้องต้น เราจำเป็นต้องเลือกทฤษฎีตั้งต้นที่เหมาะสมเสียก่อน กล่าวคือ ผลงานวิชาการว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่สมควรได้รับเลือกจะต้องมีแก่นและองค์ประกอบทางทฤษฎี (theoretical element) บางประการที่บ่งชี้โดยนัยถึงลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไข

2. วัตถุประสงค์และคำถามหลักของงานวิจัย

งานวิชาการ ณ ปัจจุบันที่เกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักมุ่งเน้นศึกษาประเด็น ได้แก่ รูปแบบที่ปรากฏของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำในรูปเชิงอรรถ ต่อท้ายรัฐธรรมนูญหรือในเอกสารที่เป็นเอกสารที่แยกต่างหากจากรัฐธรรมนูญฉบับดั้งเดิม) อะไรคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขได้ การจัดลำดับชั้น (tiers) และการระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนความแตกต่างระหว่างการแทนที่รัฐธรรมนูญ (constitutional replacement) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁸ แต่ในบรรดางานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยจะนำเสนอให้เห็นว่า ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ทฤษฎี UCA”) ของนักวิชาการชาวอิสราเอลท่านหนึ่งที่ชื่อยานิว รอสไน (Yaniv Roznai) นั้นมีความพิเศษกว่างานเขียนอื่นที่ศึกษาประเด็นเดียวกัน กล่าวคือ แม้ทฤษฎีของรอสไนมีวัตถุประสงค์หลัก ได้แก่ การอธิบายลักษณะและข้อจำกัดของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าทฤษฎีที่เขาได้พัฒนาขึ้นสอดคล้องกับแนวคิดทางความคิดบางประการที่สามารถนำไปใช้ต่อยอดพัฒนากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ โดยคณะผู้วิจัยจะใช้วิธีการอ่านทฤษฎีดังกล่าวใหม่เพื่อสกัดเมล็ดพันธุ์ทางความคิดนี้ออกมา ผลงานของรอสไน

⁷ Cf Lon L Fuller, *The Morality of Law* (2nd edn, Yale University Press 1964) 39.

⁸ Albert, *Constitutional Amendments*; Bui and Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2*; Landau and Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’; Law and Whalen, ‘Constitutional Amendment versus Constitutional Replacement’, 76-78.

ปรากฏอยู่ในหนังสือ *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “หนังสือ UCA”) ซึ่งเป็นหนึ่งในงานวิชาการทางกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่ถูกอ้างอิงและนำไปศึกษาต่อยอดมากที่สุด⁹ และในบทความวิจัยที่เกี่ยวข้อง¹⁰

กล่าวโดยสรุป งานวิจัยฉบับนี้มุ่งตอบคำถามที่ว่า “**ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (“ทฤษฎี UCA”) ของยานิว รอสไนจะสามารถใช้เป็นฐานความคิดสำหรับสังเคราะห์กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ได้แค่ไหนเพียงใด**” คำถามวิจัยหลักดังกล่าวประกอบด้วยคำถามวิจัยย่อยสามประการ ได้แก่

(ก) กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสไนมีองค์ประกอบเชิงเนื้อหาที่เป็นแกนประการใดบ้าง

(ข) หากต้องนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ตาม (ก) ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง กรอบดังกล่าวมีประสิทธิภาพและข้อจำกัดแค่ไหนเพียงใด และจะมีบทเรียนจากการศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (comparative constitutional law) ใดที่การปรับใช้นั้นควรคำนึงถึง

(ค) ภายใต้คำถาม (ข) กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จะสามารถนำมาปรับใช้กับบริบทของไทย โดยเฉพาะกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด

3. ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิว รอสไน

เพื่อที่จะได้ทราบเมล็ดพันธุ์ที่ได้กล่าวในส่วนที่ 2 เราจำเป็นต้องทราบในเบื้องต้นเสียก่อนว่าทฤษฎีทางกฎหมายที่รอสไนนำเสนอมีความพิเศษกว่าผลงานวิชาการอื่นที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไร เมื่อพิจารณาจากงานวิชาการทางนิติศาสตร์ที่ศึกษาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

⁹ Rehan Abeyrante and Bui Ngoc Son, ‘Unconstitutional constitutional amendments as constitutional politics’ in Rehan Abeyrante and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022) 3.

¹⁰ Yaniv Roznai, ‘Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures’ in Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (eds), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Hart 2017) 24-26; Yaniv Roznai, ‘Constitutional Amendability and Unamendability in South-East Asia’ (2019) 14 *Journal of Comparative Law* 188; Yaniv Roznai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea’ (2013) 61 *The American Journal of Comparative Law* 657; Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, ‘An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 175.

รัฐธรรมนูญที่มีอยู่ เราจะพบว่าผลงานเหล่านี้รวมถึงผลงานของรอชโนมีเนื้อหาครอบคลุม 3 ประเด็นดังต่อไปนี้¹¹

ประเด็นแรก ได้แก่ ทฤษฎีเบื้องหลังอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นักวิชาการทางนิติศาสตร์ รวมถึงตัวของรอชโนมักตอบคำถามที่ว่า “อะไรคือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ด้วยการอธิบายลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเชื่อมโยงกับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power) และอำนาจที่ถูกระบุ (constituted power)¹² ก่อนที่จะนำเสนอว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นหาใช่อำนาจที่มีลักษณะล้นพ้นเฉกเช่น “อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ” (“primary constituent power”) ซึ่งเป็นอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและระบบกฎหมายทั้งหมด¹³ หากแต่เป็นเพียง “อำนาจที่ได้รับมอบ” และ “สืบทอด” มาจากอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น¹⁴ ในฐานะอำนาจที่ได้รับมอบ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั้งที่เป็นข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง (explicit) และข้อจำกัดโดยปริยาย (implicit)¹⁵

ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถจำแนกย่อยลงไปได้อีก 2 ลักษณะ ได้แก่ ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งเชิงเนื้อหา (substantive) และข้อจำกัดโดยชัดแจ้งเชิงกระบวนการ (procedural)¹⁶ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดห้ามการแก้ไขเพิ่มเติม “เนื้อหา” บางส่วนของตนเอาไว้ในรูปของ “บทนิรันดร” (eternity clause)¹⁷ รอชโนสำรวจพบว่านับตั้งแต่ค.ศ.1989 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญของโลกกว่าร้อยละ 54 ได้กำหนดมิให้แก้ไขเนื้อหาบางส่วนของตนเอาไว้โดยชัดแจ้ง โดยจำนวนของบทนิรันดรเพิ่มขึ้นเกือบ 2 เท่าตัว

¹¹ Abeyrante and Bui, ‘Unconstitutional constitutional amendments’, 4-12.

¹² Ibid 4.

¹³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน (ฟ้าเดียวกัน 2559) 87-93; Roznai, *UCA*, 122.

¹⁴ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law* (Oxford University Press 2020) 9-17; Mariana Velasco-Rivera and Joel I Colón-Ríos, ‘On the Legal Implications of a “Permanent” Constituent Power’ (2023) 12 *Global Constitutionalism* 269, 280.

¹⁵ Yenny Andrea Celemin, ‘Between the Explicit and Implicit Limits? An Analysis of Judicial Review of the Constitutional Amendment Doctrine in Colombia’ in Alejandro Linares Cantillo (ed), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* (Oxford University Press 2021); Roznai, *UCA*, 122.

¹⁶ David S. Law and Hsiang-Yang Hsieh, ‘Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan’ in David S. Law (ed), *Constitutionalism in Context* (Cambridge University Press 2022) 191.

¹⁷ Wen-Chen Chang and others, *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials* (Hart Publishing, 2014) 279.

เมื่อเปรียบเทียบกับช่วงเวลาระหว่างค.ศ. 1945 และค.ศ. 1988¹⁸ นอกเหนือจากบทนิรันดรแล้ว ในบางกรณี รัฐธรรมนูญยังกำหนดเงื่อนไขเชิง “กระบวนการ” สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบขั้นต่ำตามที่กำหนด หรือต้องดำเนินการภายใต้กรอบระยะเวลาที่กำหนด¹⁹

กระนั้น ถึงแม้ว่าบทรัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดเจน แต่บรรดานักวิชาการรวมถึงตัวของรอชไนก็ได้ชี้ให้เห็นข้อเท็จจริง ณ ปัจจุบันที่สถาบันที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น โดยเฉพาะองค์กรตุลาการในหลายรัฐได้เข้ามามีบทบาทวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการดังกล่าว ปราบปรามการที่เกิดขึ้นนำไปสู่การพัฒนาแนวคิดข้อจำกัดโดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (implicit limits)²⁰ กรณีศึกษาที่บรรดานักวิชาการรวมทั้งรอชไนหยิบยกขึ้นมาเสมอก็ได้แก่ “หลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure Doctrine) ที่ศาลฎีกาของอินเดีย (The Supreme Court of India) ได้พัฒนาขึ้นระหว่างช่วงทศวรรษที่ 1970²¹ หลักโครงสร้างพื้นฐานในที่นี้หมายถึงบรรดาหลักการเบื้องต้นรัฐธรรมนูญที่สกัดออกมาได้จากตัวบทและ/หรือคำปรัารวมของรัฐธรรมนูญ และมีสถานะไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เนื่องจากหากยอมให้หลักการเหล่านี้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว จะทำให้อัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญมีอันต้องเปลี่ยนแปลงไป²² ปัจจุบัน แนวคิดหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้ถูกนำไปปรับใช้ในรัฐอื่นนอกเหนือจากอินเดีย เช่น มาเลเซีย²³ เนปาล²⁴ บังกลาเทศ²⁵ สำหรับประเทศไทยเอง ถึงศาลจะไม่เคยใช้คำว่าหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญไทยเมื่อพ.ศ. 2556 ก็เคยอ้างหลักนิติธรรมเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การเข้าไปตรวจสอบความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของพรรค

¹⁸ Yaniv Roznai, ‘The Straw that Broke the Constitution’s Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments’ in Cantillo (ed), *Constitutionalism*, 148.

¹⁹ โปรดดูตัวอย่างจาก Landau and Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’, 445-447.

²⁰ Roznai, *UCA*, ch 2.

²¹ See Albert, *Constitutional Amendments*, 19-20; Roznai, ‘The Straw’, 148.

²² *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v State of Kerala* [1973] INSC 258, para 316.

²³ Wilson Tze Vern Tay, ‘Basic Structure Revisited: The Case of Semenyih Jaya and the Defence of Fundamental Constitutional Principles in Malaysia’ (2019) 14 *Asian Journal of Comparative Law* 113.

²⁴ Mara Malagodi, ‘Limiting constituent power? Unconstitutional constitutional amendments and time-bound constitution making in Nepal’ in Abeyratne and Bui (eds), *The Law*, 144.

²⁵ Rehan Abeyratne and Po Jen Yap, ‘Constitutional dismemberments, basic structure doctrine, and pragmatic justifications in context: A rejoinder’ (2022) 20 *International Journal of Constitutional Law* 905, 908-909; โปรดดูรายละเอียดส่วนนี้ประกอบ Roznai, *UCA*, ch 2.

การเมืองฝ่ายรัฐบาล²⁶ แม้รัฐธรรมนูญขณะนั้น (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) จะมิได้ให้อำนาจแก่ศาลในการนี้ไว้อย่างชัดเจน²⁷

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหาได้เป็นแต่เพียงเรื่องของข้อจำกัดอำนาจเท่านั้น ศาสตราจารย์สตีเฟน โฮมส์ (Stephen Holmes) และศาสตราจารย์คาส ซันสไตน์ (Cass Sunstein) ได้ย้ำเตือนว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะประการหนึ่งร่วมกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ กล่าวคือ อำนาจทั้งสองต่างเป็นอำนาจที่ใช้สำหรับ “วางกรอบบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ”²⁸ ดังนั้น แม้จะมีใช้อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตที่กว้างขวางและเหนือกว่าอำนาจที่ถูกสถาปนาโดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติ คำถามที่เกิดขึ้นจึงได้แก่ คำถามที่ว่าเมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นทั้งอำนาจที่มีผลในการกำหนดบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นอำนาจมีขอบเขตจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ อำนาจดังกล่าวจะมีสถานะเช่นใดภายใต้สเปกตรัม (spectrum) ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ถูกสถาปนา คำถามที่คณะผู้วิจัยกล่าวถูกละเลยจนกระทั่งรอชไนได้เสนอคำตอบเมื่อค.ศ.2017

ประเด็นที่สอง เป็นเรื่องของการออกแบบรัฐธรรมนูญ นอกเหนือจากการศึกษาทฤษฎีเบื้องหลังของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รอชไนและนักวิชาการจำนวนหนึ่งยังให้ความสนใจเป็นพิเศษกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจดังกล่าวกับการจัดลำดับความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁹ นักวิชาการเหล่านี้ได้ตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดบทนิรันดรเอาไว้ในรัฐธรรมนูญและการปรากฏขึ้นของหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสะท้อนภาพความพยายามในหลากหลายระบบกฎหมายที่จะทำให้หลักการพื้นฐานบางประการเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่มีสถานะทางกฎหมายสูงสุดเหนือบทบัญญัติส่วนอื่น (คือ เป็นมาตรชี้วัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระดับสูงสุด)³⁰ รอชไนเรียกสภาวะการจัดลำดับชั้นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสำหรับบทบัญญัติที่มีความสำคัญแตกต่างกันว่า “สภาวะพหุสัณฐานของการแก้ไข

²⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556, 19-22.

²⁷ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร* (ฟ้าเดียวกัน 2560) 24-25.

²⁸ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, ‘The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe’ in Sanford Levinson (ed), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press 1995) 276.

²⁹ Abeyrante and Bui, ‘Unconstitutional constitutional amendments’, 5-6; Richard Albert, ‘The Structure of Constitutional Amendment Rules’ (2014) 49 Wake Forest Law Review 913, 914.

³⁰ See Albert, ‘The Expressive Function’, 240-244; Silvia Suteu, *Eternities Clauses in Democratic Constitutionalism* (Oxford University Press 2021) ch 2.

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (polymorphism)³¹ ภาพสะท้อนที่ได้กล่าวมาสอดคล้องกับทัศนะของคาร์ล ชมิตต์ (Carl Schmitt) นักกฎหมายชื่อดังชาวเยอรมัน ในหนังสือ “ทฤษฎีรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Theory) ชมิตต์ได้แบ่งแยก “รัฐธรรมนูญในความหมายสัมบูรณ์” (“constitution in the absolute sense” หรือ “Verfassung”) ออกจาก “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (“constitutional law” หรือ “Verfassungsgesetz”) สำหรับชมิตต์ “รัฐธรรมนูญในความหมายสัมบูรณ์” หมายถึงหลักการและอุดมคติพื้นฐานที่จำเป็นต่อการดำรงอยู่ของรัฐ³² หรือที่นักวิชาการสมัยใหม่เรียกว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional identity)³³ หลักการและอุดมคติที่ได้กล่าวมาเป็น “ข้อจำกัดเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”³⁴ กล่าวคือ สถาบันการเมืองมีอาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่มีผลเปลี่ยนแปลง อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญได้³⁵ ส่วน “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” เป็นเพียงตัวบทกฎหมายที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แม้จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นรัฐธรรมนูญ แต่ตัวบทเหล่านั้นอาจไม่ได้สะท้อนอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของรัฐ และอยู่ในขอบเขตที่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติม³⁶

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับของโลกจะกำหนดบทนิรันดรเอาไว้ แต่รอชนก็ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าก็ยังมียุทธรัฐธรรมนูญอยู่จำนวนหนึ่งที่เปิดช่องให้มีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลง “แก่น” ของตนได้³⁷ เช่น รัฐธรรมนูญของสิงคโปร์เปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยอำนาจอธิปไตย³⁸ หรือรัฐธรรมนูญของ

³¹ Roznai, *UCA*, 102.

³² Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer (tr), Duke University Press 2008) 59-60.

³³ Bui Ngoc Son, ‘Globalization of Constitutional Identity’ (2017) 26 *Washington International Law Journal* 463, 464; Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Harvard University Press 2020) 4-7; Michel Rosenfeld, ‘Constitutional Identity’ in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012).

³⁴ Monika Polzin, ‘Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law’ (2016) 14 *International Journal of Constitutional Law* 411, 419-120.

³⁵ Schmitt, *Constitutional Theory*, 125-127.

³⁶ *Ibid* 59, 124-126.

³⁷ Bui Ngoc Son, ‘Constitutional Amendment and Democracy’ (2020) 30 *Minnesota Journal of International Law* 75, 78; Richard Albert, ‘Constitutional Amendment and Dismemberment’ (2018) 43 *The Yale Journal of International Law* 1, 3-7; Roznai, *UCA*, 165-170.

³⁸ Article 8(1) of the Constitution of Singapore:

รัสเซียอนุญาตให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 (หลักการพื้นฐานของรัฐ) หมวด 2 (สิทธิเสรีภาพของมนุษย์ชนและพลเมือง) และหมวด 9 (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการทบทวนรัฐธรรมนูญ)³⁹ ในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ รัฐธรรมนูญมักจะบังคับให้ต้องเป็นไปภายใต้กระบวนการพิเศษ เช่น การใช้เสียงข้างมาก/องค์กรพิเศษ (เช่น กรณีสหประชาชาติ) หรือต้องจัดให้มีการทำประชามติ (เช่น ในสิงคโปร์) กลไกพิเศษเหล่านี้ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นมีลักษณะใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ทั้งยังเป็นเครื่องยืนยันว่าบทบัญญัติที่ต้องถูกแก้ไขผ่านกลไกดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่าบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญแต่ต่ำกว่าบทวินัย (หากมี)⁴⁰

การจัดลำดับขั้นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญทั้งระบบ แต่ในเวลาเดียวกัน การดังกล่าวก็เผยให้เห็นถึงทางสองแพร่ง กล่าวคือ หาก “แก่น” ของรัฐธรรมนูญได้รับการคุ้มครองไว้เป็นพิเศษ เสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญก็อาจถูกสั่นคลอนจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มุ่งทำลายรัฐ แต่ขณะเดียวกัน หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญถูกแก้ไขไม่ได้เลยหรือถูกแก้ไขได้ยากมากย่อมจะทำให้ตราสารดังกล่าวมีความแข็งกระด้าง (rigid) และไม่สามารถปรับตัวให้เข้ากับสภาพสังคมและการเมืองตามแต่ละช่วงเวลาได้⁴¹ ปัญหานี้นำไปสู่คำถามที่ใหญ่ขึ้นว่าเมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละบทบัญญัติมีระดับความสำคัญแตกต่างกันไป มีลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่เท่ากัน และมีผลกระทบต่อเสถียรภาพทางรัฐธรรมนูญในลักษณะที่แตกต่างกัน เราจะสามารถสร้างเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัยสำหรับกำหนดขอบเขต (scope) ของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านั้นในลักษณะที่สามารถผสมผสาน “เสถียรภาพ” และ “ความยืดหยุ่น” ของรัฐธรรมนูญเข้าด้วยกันได้หรือไม่อย่างไร เช่นเดียวกับประเด็นที่หนึ่ง งานของรอชโนเป็นผลงานชิ้นแรกที่ได้เสนอมุมมองใหม่ต่อประเด็นนี้

“A Bill for making an amendment to this Part shall not be passed by Parliament unless it has been supported, at a national referendum, by not less than two-thirds of the total number of votes cast by the electors registered under the Parliamentary Elections Act 1954....” รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์: <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>.

³⁹ Article 135(2) of the Constitution of Russia:

“If a proposal on the review of the provisions of Chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation is supported by three fifths of the total number of the members of the Council of the Federation and the deputies of the State Duma, then according to federal constitutional law a Constitutional Assembly shall be convened.”

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐรัสเซีย: <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-russia.html>.

⁴⁰ Landau and Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’, 476-503.

⁴¹ Ibid 441.

ประเด็นที่สาม การทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่สามนี้เป็นประเด็นสืบเนื่องมาจากสองประเด็นข้างต้น กล่าวคือ เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหาได้เป็นอำนาจที่มีความเด็ดขาดสมบูรณ์และต้องเคารพหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว นักวิชาการรวมถึงรอชในจึงสนับสนุนในห้วงค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรกลางที่มีผู้ใช้เสนอ (ฝ่ายบริหาร) หรืออนุมัติ (รัฐสภา) ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอกชนกรณีของศาลฎีกาของอินเดีย⁴² อย่างไรก็ตาม เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีระดับความสำคัญ/มีลักษณะใกล้เคียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแตกต่างกัน คำถามที่เกิดขึ้นก็คือศาลควรจะเข้ามาทำหน้าที่ “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระดับความเข้มข้นที่เท่ากันหรือไม่อย่างไร⁴³ เช่นเคย รอชในเป็นนักวิชาการท่านแรกที่ยพยายามสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีสำหรับตอบของคำถามที่ได้กล่าวมา

จากประเด็นทั้งสามประการ คณะผู้วิจัยได้ชี้ให้เห็นถึงช่องว่างทางทฤษฎีที่งานของรอชในได้เข้ามาเติมเต็ม สิ่งนี้ทำให้งานเขียนของนักวิชาการผู้นี้มีได้มีลักษณะเป็นแต่เพียงการนำเสนอลักษณะและประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นงานวิชาการส่วนใหญ่ หากแต่ก้าวหน้าไปถึงขั้นพัฒนาแม่แบบทางกฎหมายซึ่งสามารถอธิบายลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอำนาจประการนี้ผ่านการทำความเข้าใจบทบาทของ “ปวงชน” ในฐานะเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผู้สามารถกำหนดชะตาชีวิตของตนเองขึ้น⁴⁴ ทฤษฎีของรอชในจึงมีลักษณะเป็นอุดมคติแบบเสรีนิยม (ideal) และมีลักษณะเป็นเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย (normative) หากใช้เป็นทฤษฎีเชิงประจักษ์นิยม (empiricism) ที่อาศัยข้อมูลเชิงปริมาณ/สถิติเพื่อชี้วัดผลของความยากง่ายของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อความจำเป็น

⁴² Abeyrante and Bui, ‘Unconstitutional constitutional amendments’, 6-7; Po Jen Yap, ‘The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments’ (2015) 4 Global Constitutionalism 114; Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, ‘Judicial self-dealing and unconstitutional constitutional amendments in South Asia’ (2021) 19 International Journal of Constitutional Law 127; Roznai, *UCA*, 181-186.

⁴³ Cf Hans Kelsen, ‘Who ought to be the guardian of the constitution? Kelsen’s reply to Schmitt’ in Lars Vinx (ed)(tr), (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015).

⁴⁴ Cf Albert, *Constitutional Amendments*, chs 4-5.

ในการกำหนดบทนิรันดร⁴⁵ หรือทฤษฎีเชิงสังคมนิยม (legal realism) ที่พยายามศึกษาปัจจัยทางการเมืองและสังคมที่กำหนด “กลยุทธ์” ของศาลในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁶

เบื้องต้น ทฤษฎีของรอชไอน์มีความเป็นอุดมคติ (ideal theory) ในแง่ที่ว่าเขาพยายามนำเสนอสิ่งที่ “ควรจะเป็น” (ought) จากที่ได้นำเสนอข้างต้น รอชไอน์ได้อาศัยผลการสำรวจจำนวนบทนิรันดรและแนวโน้มการปรับใช้หลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏมากขึ้นทั่วโลกเพื่อแสดงให้เห็นถึง “ความเป็นโลกาภิวัตน์ของปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”⁴⁷ เขายังแสดงความห่วงกังวลอีกด้วยว่ารัฐอาจใช้กลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปอย่างบิดผันจนบ่อนทำลายหลักการเสรีนิยมประชาธิปไตยโดยเฉพาะแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยกฎหมาย⁴⁸ ทั้งสองปัจจัยผลักดันให้รอชไอน์สร้าง “แม่แบบที่เป็นสากล” ที่รัฐ “ควรนำ” ไปปรับใช้เพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴⁹ ดังที่เกริ่นไป รอชไอน์อาศัยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างแม่แบบดังกล่าว โดยอ้างอิงผลงานของนักปรัชญาชื่อ ก็องอย่างเอ็มมานูแอล โจเซฟ ซิแยส (Emmanuel Joseph Sieyès) และคาร์ล ชมิตต์ เป็นหลัก⁵⁰ สำหรับรอชไอน์ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญช่วยให้เราเข้าใจถึงขอบเขตและข้อจำกัดของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵¹ ทฤษฎีนี้จึงสมควรถูกยึดถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญสมัยใหม่⁵²

ภายใต้อิทธิพลความคิดของซิแยสและชมิตต์ รอชไอน์เริ่มต้นพัฒนาทฤษฎี UCA ด้วยการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกจากอำนาจที่ถูกระงับสำหรับรอชไอน์ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็น

⁴⁵ See Nuno Garoupa and Catarina Santos Botelho, ‘Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration’ (2021) 22 German Law Journal 216, 217.

⁴⁶ See Nicola Tommasini, ‘Judicial self-empowerment and unconstitutional constitutional amendments’ (2024) 22 International Journal of Constitutional Law 2.

⁴⁷ Roznai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’, 661-713.

⁴⁸ Roznai, *UCA*, 220-221; Thio Li-ann, ‘Varieties of Constitutionalism in Asia’ (2021) 16 Asian Journal of Comparative Law 285, 288-289.

⁴⁹ รวิทร์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไอน์ กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2567) 8. โปรดอ้างอิงเนื้อหาบททบทวนเนื้อหาของทฤษฎีของรอชไอน์ประกอบบทที่ 1 ของหนังสือเล่มนี้

⁵⁰ Roznai, *UCA*, 106-110.

⁵¹ Mikolaj Barczentewicz, ‘Constituent Power and Constituent Authority’ (2021) 52 Connecticut Law Review 1317, 1318-1320.

⁵² Yaniv Roznai, ‘The Boundaries of Constituent Authority’ (2021) 52 Connecticut Law Review 1381, 1384.

อำนาจสำหรับวางกรอบและจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะล้นพ้น มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และเป็นแหล่งกำเนิดของรัฐธรรมนูญและสถาบันทางการเมืองทั้งปวง⁵³ ส่วนอำนาจที่ถูกสถาปนาเป็นเพียงอำนาจที่มีขอบเขตเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁵⁴ รอซไนอธิบายว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัว” (Sui Generis)⁵⁵ โดยเป็น “อำนาจที่อยู่กึ่งกลาง” ระหว่างอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ถูกสถาปนา⁵⁶

ความน่าสนใจของทฤษฎีของรอซไนที่คณะผู้วิจัยเปิดประเด็นเอาไว้ก็คือในขณะที่นักวิชาการส่วนใหญ่มักให้ความสนใจกับข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวคิดอำนาจกึ่งกลางที่รอซไนได้นำเสนอย้ำเตือนว่าเมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ นั่นก็เท่ากับว่าอำนาจประการนี้ได้รับอาณัติโดยตรงมาจากอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ⁵⁷ ด้วยสถานะที่ได้กล่าวมา อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถแตะต้องและเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญได้ อำนาจดังกล่าวจึงมีคุณลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ในตนเอง ตลอดทั้งมีสถานะทางกฎหมายเหนืออำนาจที่ถูกสถาปนา⁵⁸ อย่างไรก็ตาม เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะต่ำกว่าอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ รอซไนจึงอธิบายว่าอำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ” (“secondary constituent power”)⁵⁹ ขณะเดียวกัน ด้วยสถานะอำนาจกึ่งกลาง การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิจึงปรากฏอยู่ในรูปของ “เขต” กล่าวคือ อำนาจดังกล่าวอาจแสดงตนออกมาในรูปแบบที่ใกล้เคียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจที่ถูกสถาปนาก็ได้⁶⁰ กล่าวโดยสรุป รอซไนใช้คำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ยามกล่าวถึงอำนาจก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญของปวงชนรวม ๆ กัน ขณะเดียวกัน เขาใช้คำว่า “อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ” เมื่อต้องการเน้นถึง “อำนาจในการจัดทำและยกเลิกรัฐธรรมนูญ” และคำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติย

⁵³ Ibid 1386-1394.

⁵⁴ Ibid 1386.

⁵⁵ Roznai, *UCA*, 105.

⁵⁶ Ibid 110-113; Roznai, ‘Amendment Power’, 26-32.

⁵⁷ Yaniv Roznai, ‘Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability’ in Richard Albert and Bertil Emrah Oder (eds), *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies* (Springer 2018) 30, 40-41.

⁵⁸ Roznai, *UCA*, 113.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid 162, 175.

ภูมิ” ในฐานะคำพ้องความหมายของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁶¹ งานวิจัยฉบับนี้จะยึดแนวทางการใช้ถ้อยคำตามแนวของรอชไนที่ได้กล่าวมา

รอชไนประสงค์จะใช้แนวคิดความเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทฤษฎีของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อส่งเสริมและพิทักษ์อุดมคติทางการเมืองแบบประชาธิปไตย และเพื่อป้องกันมิให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งแบบปฐมภูมิและทุติยภูมิถูกนำไปใช้อย่างบิดผันเพื่อกำจัดผู้เห็นต่าง⁶² เหตุนี้ทำให้ในเบื้องต้นทฤษฎีของเขาจึงปฏิเสธ “ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นการเมือง” (“The concept of the political”) ของชmitt ที่มองการเมืองเป็นเรื่องของการแบ่งแยกระหว่าง “มิตร” (friends) และ “ศัตรู” (enemies) ศัตรูคือผู้ที่มีความคิดทางการเมืองต่างจากอุดมการณ์ของรัฐ เฉพาะผู้ที่เห็นพ้องกับรัฐเท่านั้นที่จะถูกจัดว่าเป็นมิตรและถือเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁶³ ขณะเดียวกัน รอชไนมิได้เชื่อมโยงอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ากับ “ชาติ” และ “การปฏิวัติ” ดังเช่นซีเยส⁶⁴ หากแต่เชื่อมโยงสิ่งทั้งสองเข้ากับ “ปวงชน” (the people) ในฐานะ “พลเมืองตื่นรู้” ผู้สามารถแสดงออกซึ่งอำนาจเช่นว่าได้เสมอ⁶⁵ ในฐานะเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ ปวงชนผู้เป็นพลเมืองตื่นรู้ย่อมถือเป็นเจ้าของอำนาจรัฐธรรมนูญทฤษฎีโดยสภาพ⁶⁶ ดังนั้น ตรงกันข้ามกับชmitt รอชไนให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วม

⁶¹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *รัฐธรรมนูญ*, 34, 38-39, 93-100; Bui Ngoc Son, ‘The National Assembly of Vietnam’ in Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, *Routledge Handbook of Asian Parliaments* (Routledge 2023) 407.

⁶² รวินท์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไน*, 10.

⁶³ Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press 2007) 27-32; Schmitt, *Constitutional Theory*, 60, 151, 262-263; Lars Vinx, ‘Carl Schmitt’s defence of sovereignty’ in David Dyzenhaus and Thomas Poole (eds), *Law, Liberty and State: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law* (Cambridge University Press 2015) 116.

⁶⁴ Emmanuel Joseph Sieyès, ‘What is the Third Estate?’ in *Political Writings* (Michael Sonenscher (ed), Hackett Publishing 2003) 94-98.

⁶⁵ คณะผู้วิจัยอาศัยนิยามคำว่า “พลเมืองตื่นรู้” จาก วรินทร์ สิริพงษ์ณภัทร, ‘การเสริมสร้างคุณลักษณะพลเมืองตื่นรู้ของผู้เรียนโดยการตั้งคำถามแบบโสเครติส’ (2566) 51 วารสารครุศาสตร์ 1, 3; Roznai, ‘The Boundaries’, 1389.

⁶⁶ Yaniv Roznai, ‘The Sovereign is He who Holds the Constituent Power’ (2021) 23 *Ethics & Politic* 247, 254.

ร่วมในการออกแบบรัฐธรรมนูญของตนเองไม่เฉพาะแต่ในส่วนของการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ยังรวมถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁶⁷

รอชนวมุมมองของเขาต่อความเป็นเจตสีของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตุติภูมิและทัศนคติแบบเสรีนิยมเข้ากับสภาวะพหุสัญญาณของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และได้นำเสนอ ”แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” (“constitutional escalator”) ซึ่งเป็นเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย (normative legal criteria)⁶⁸ ภายใต้แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ยิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยตนเองโดยตรงมากเท่าใดจนใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (เช่น ผ่านกระบวนการจัดทำประชามติ หรือโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้เลือกโดยตรง) การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความชอบธรรมมาก และสามารถมีขอบเขตการดำเนินการได้อย่างกว้างขวางครอบคลุมไปถึงส่วนที่เป็น “แก่น” ของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล⁶⁹ ทฤษฎีของรอชไนยังพยายามเสนอแนวทางแก้ปัญหาทางสองแพร่งระหว่างการสร้างเสถียรภาพให้กับระบบรัฐธรรมนูญกับปัญหาของรัฐธรรมนูญที่แข็งกระด้าง ดังจะเห็นได้ว่าในทางหนึ่ง รอชไนรับรู้ถึงความสำคัญของบทนิรันดร และมองว่าบทบัญญัติประเภทนี้เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁷⁰ แต่ขณะเดียวกัน เขามีได้มองบทนิรันดรว่าเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญแข็งกระด้าง โดยทฤษฎี UCA ตั้งอยู่บนฐานความคิดที่ว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวเอาไว้หาได้ปิดช่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจประการนี้อยู่เหนือและเป็นที่มาของตัวบทรัฐธรรมนูญ⁷¹

4. ขอบเขตของงานวิจัยและเค้าโครงการนำเสนอ

จากสารัตถะของทฤษฎี UCA ที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอไป เราจะเห็นได้อย่างพอสังเขปว่ารอชไนมิได้มองรัฐธรรมนูญเป็นประติมากรรมที่สมบูรณ์แบบ ตรงกันข้าม ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดขอบเขตว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้อย่างกว้างขวางแค่ไหนเพียงใด

⁶⁷ Roznai, *UCA*, 118-119; See Lutz, ‘Towards a Theory of Constitutional Amendment’, 356.

⁶⁸ อ้างอิงคำแปลจาก รวิวิท ลีละพัฒนะ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่าน ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ’ (สถาบันพระปกเกล้า 2564) 209; Roznai, *UCA*, 162-171, 221.

⁶⁹ Roznai, ‘Amendment Power’, 26-32, 37-40.

⁷⁰ Roznai, *UCA*, 131.

⁷¹ Ibid; Roznai, ‘Necrocracy’, 34; Yaniv Roznai, ‘The uses and abuses of constitutional unamendability’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021) 155.

ตลอดจนมีสิทธิแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอ (ถึงแม้ปรากฏบัญญัติบทนี้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม) ผู้วิจัยใคร่ขอ
นำเสนอในงานวิจัยฉบับนี้ว่าสารัตถะดังกล่าวเปิดช่องให้ทฤษฎีของรอสในสามารถถูกอ่านใหม่เพื่อเป็นฐาน
สำหรับสร้างเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับตัวบทรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม
คณะผู้วิจัยจะอาศัยวิธีการอ่านที่ได้กล่าวมานำเสนอ (ก) “หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของ
รัฐธรรมนูญ” อันถือเป็นหัวใจและแกนกลางของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ และ (ข) ความสำคัญของ
การรักษาไว้ซึ่งความเป็นไปได้ในการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน อัน
เป็นสิ่งที่จำเป็นที่อำนวยความสะดวกให้หลักดังกล่าวสามารถปรับใช้ในบทที่ 2

ในบทที่ 3 คณะผู้วิจัยจะทดลองนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี
UCA ของรอสในไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ซึ่งอุดมการณ์เสรีนิยมและแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนอันเป็นสมมติฐานพื้นฐานของกรอบประการนี้เคยหรือยังคงต้องเผชิญกับความท้าทาย
จากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ รวมไปถึงความขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์อัน
ทำให้การก่อรูปเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวเป็นไปได้อย่างยากลำบาก⁷² คณะผู้วิจัยจะใช้ประสบการณ์
ของไต้หวันและมาเลเซียเพื่อแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗
ไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมี
ประสิทธิภาพเพื่อเปลี่ยนผ่านระบบรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นแต่ขณะเดียวกัน บริบท
ดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของสมมติฐานว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในฐานะ “อำนาจที่ดำรง
อยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” ในทางตรงกันข้าม มาเลเซียเป็นตัวอย่างของบริบทที่หากนำกรอบความคิด
เชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ไปปรับใช้อาจก่อให้เกิดแรงต้านซึ่งส่งผลกระทบต่อตัวกรอบดังกล่าวเอง

ในบทที่ 4 คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ในบริบทของไทย
โดยจะแสดงให้เห็นว่าบริบทของไทยมีลักษณะ “ก้ำกึ่ง” ระหว่างบริบทของไต้หวันและบริบทของมาเลเซีย
คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2560) ของไทยมีเนื้อหาและลักษณะบางประการที่เข้าข่ายบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม
ตามกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ กระนั้น ด้วยข้อเท็จจริงและบริบททางการเมือง ทำให้เราต้อง
พิจารณาการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ไปปรับใช้ในฐานะเกณฑ์บังคับทางกฎหมาย

สุดท้าย บทที่ 5 ของงานวิจัยจะสรุปรูปแบบการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ออกมา
ในรูปแบบแบบทางกฎหมาย (legal models) โดยคณะผู้วิจัยจำแนกแม่แบบของการปรับใช้ออกมาได้ 3
ประการที่เรียกว่า ได้แก่ แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ สามารถนำไปปรับใช้ได้ทางปฏิบัติ
แม่แบบที่สะท้อนข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ และแม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎี
กฎหมาย ๗ สามารถนำไปปรับใช้ในรูปวาทกรรม

⁷² สำหรับนิยามของบริบทประชาธิปไตยใหม่ see Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003) ch 1.

5. วิธีวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นผลงานวิชาการที่ต่อยอดจากหนังสือ “ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย” ของหนึ่งในคณะผู้วิจัย ทั้งนี้ ผลงานทั้งสองชิ้นต่างเลือกใช้ระเบียบวิธีวิจัยแบบเดียวกัน แต่ในขณะที่หนังสือทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ๖ มุ่งวิเคราะห์สมมติฐานพื้นฐานพื้นฐานอันอำนวยให้ทฤษฎี UCA สามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในการเป็นมาตรวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและประเมินศักยภาพของทฤษฎีดังกล่าว⁷³ งานวิจัยฉบับนี้ก้าวขึ้นไปอีกระดับด้วยการมุ่งวิเคราะห์ศักยภาพของทฤษฎีของรอชไนในฐานะเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายต่อตัวรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมอันเป็นสิ่งที่นักวิชาการยังมิให้ความสนใจนัก ตลอดจนสมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้กรอบประการนี้สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ งานวิจัยดังกล่าวใช้ระเบียบวิธีวิจัยแบบวิเคราะห์การปรับใช้หลักการและทฤษฎีทางกฎหมาย (theoretical) โดยคณะผู้วิจัยจะอาศัยหนังสือ ตำราวิชาการ บทความวิจัย บทความวิจารณ์หนังสือ และแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการ⁷⁴

คณะผู้วิจัยตั้งต้นการศึกษาด้วยการอ่านงานวิชาการของยานิฟ รอชไนใหม่ โดยแทนที่จะมองทฤษฎี UCA ของรอชไนในฐานะเกณฑ์บ่งชี้ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยจะตั้งสมมติฐานเบื้องต้นว่าทฤษฎีของรอชไนก่อปรด้วยเมล็ดพันธุ์ทางความคิดที่ช่วยอธิบายลักษณะของตัวรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม วิธีการวิจัยนี้ได้รับอิทธิพลมาจากงานเขียนของศาสตราจารย์ลาร์ส วินซ์ (Lars Vinx) แห่งมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ (University of Cambridge) วิธีการวิจัยดังกล่าวจะช่วยอำนวยให้เราสามารถทราบถึงศักยภาพที่แฝงอยู่ของทฤษฎีทางกฎหมายที่ใช้เป็นฐานตั้งต้นของงานวิจัย ตลอดจนสามารถวิเคราะห์ศักยภาพสูงสุดของสิ่งที่สกัดออกมาจากทฤษฎีนั้น (และเป็นสิ่งที่งานวิจัยให้ความสนใจ) ได้⁷⁵

จากนั้น คณะผู้วิจัยจะใช้วิธีการวิจัยแบบ “การวิเคราะห์ทฤษฎีผ่านบริบทเปรียบเทียบ” (comparative contextual analysis) ซึ่งเป็นวิธีการวิจัยของรองศาสตราจารย์แจ๊คสัน นีโอ (Jaclyn L. Neo) แห่งมหาวิทยาลัยแห่งชาติสิงคโปร์และศาสตราจารย์บุย งอก ซอน (Bui Ngoc Son) แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด (University of Oxford) โดยจะวิเคราะห์การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๖ ที่สกัดออกมาได้ไปทดลองปรับใช้กับบริบททางรัฐธรรมนูญ 3 บริบท ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย เพื่อวิเคราะห์ศักยภาพ

⁷³ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไน*, บทที่ 1.

⁷⁴ Stian Øby Johansen, *The Human Rights Accountability Mechanisms of International Organizations* (Cambridge University Press 2020) 9-10.

⁷⁵ Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford University Press 2007) 1 (และโปรดดูบทที่ 1).

ขอบเขต รวมไปถึงข้อจำกัดของกรอบประการนี้⁷⁶ คณะผู้วิจัยจะนำเสนอข้อสรุปเชิงทฤษฎี (theorisation) ของผลการวิเคราะห์ที่ได้ด้วยการสังเคราะห์ (synthesis) “แม่แบบทางกฎหมาย” ออกมา⁷⁷

ในการเลือกกรณีศึกษาเพื่อวิเคราะห์การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ คณะผู้วิจัยอาศัยหลักการและแนวทางของศาสตราจารย์แห่งมหาวิทยาลัยโตรอนโต (Toronto University) สองท่าน ได้แก่ หลักการของศาสตราจารย์แรน เฮร์เชิล (Ran Hirschl) ผสมกับแนวทางของศาสตราจารย์เดวิด ไดเซนเฮาส์ (David Dyzenhaus) กล่าวคือ คณะผู้วิจัยยึด “หลักการกรณีศึกษาที่เหมือนกัน” (“The “most similar cases” principle”) โดยเลือกบริบทประชาธิปไตยใหม่ที่มีสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ เคยหรือยังคงเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ ผสมกับ “หลักการกรณีศึกษาที่แตกต่าง” (“The “most different cases” principle”) ด้วยการเลือกกรณีศึกษา 3 รูปแบบตามแนวทางของไดเซนเฮาส์ คือ กรณีศึกษาที่สะท้อนกรณีศึกษาที่สะท้อนผลของการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายไปทางใดทางหนึ่ง (ได้แก่ บริบทที่ทฤษฎีที่ศึกษาสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ (ได้หวน) และบริบทที่การปรับใช้ทฤษฎีที่ศึกษา (มาเลเซีย) ก่อให้เกิดผลทางลบ) และกรณีศึกษาที่อยู่ “กึ่งกลาง” (ไทย)⁷⁸ ทั้งนี้ ในทั้งสามบริบท คณะผู้วิจัยมุ่งศึกษารัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ของระบบกฎหมายนั้น ๆ เป็นหลัก

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(ก) ทำให้ทราบถึงข้อจำกัดของงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ ณ ปัจจุบัน

(ข) ทำให้ทราบถึงเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งมีเนื้อหาที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

(ค) นักวิชาการอาจนำไปข้อเสนอของคณะผู้วิจัยไปศึกษาต่อยอด และรัฐสภาอาจพิจารณานำข้อเสนอของงานวิจัยไปปรับใช้เพื่อปรับปรุงตัวบทของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยพิจารณาประสิทธิภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่คณะผู้วิจัยวิเคราะห์ผ่านบริบทของต่างประเทศประกอบ

⁷⁶ Jaclyn L. Neo, ‘A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia’ (2020) 15 Asian Journal of Comparative Law 69, 73-74.

⁷⁷ Bui Ngoc Son, ‘Discursive Constitutionalism’ (2023) 23 Chicago Journal of International Law 342.

⁷⁸ David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford University Press 1997); Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2014) 245-255.

บทที่ 2

ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไน ใน ฐานะฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบังคับบัญชาปฏิบัติของ รัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

1. ความนำ

จากบทที่ 1 จะเห็นได้ว่าทฤษฎี UCA ของรอชไนมีความเป็นอุดมคติแบบเสรีนิยมซึ่งมุ่งสนับสนุนการมีส่วนร่วมของปวงชนตามวิถีประชาธิปไตยในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงมีลักษณะเป็นเกณฑ์บังคับทางกฎหมายที่เป็นภววิสัยสำหรับชี้วัดขอบเขตความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รอชไนนำเสนอว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัว” กล่าวคือ อำนาจดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิหรือ “อำนาจที่อยู่กึ่งกลาง” ระหว่างอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ถูกสถาปนา โดยประชาชนผู้เป็นพลเมืองต้นรู้ถือเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ทั้งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ) ด้วยทัศนะที่ได้กล่าวมา รอชไนจึงได้พัฒนา “แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเพื่อเป็นแม่แบบทางกฎหมายสำหรับอธิบายความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่ายิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยตนเองโดยตรงมากเท่าใดจนใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (เช่น ผ่านกระบวนการจัดทำประชามติ หรือโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้เลือกโดยตรง) การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความชอบธรรมมาก และสามารถมีขอบเขตการดำเนินการได้อย่างกว้างขวางตามไปด้วย

สำหรับบทที่ 2 นี้ คณะผู้วิจัยจะทำการอ่านทฤษฎี UCA ของรอชไนใหม่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าทฤษฎีดังกล่าวมีองค์ประกอบเชิงเนื้อหาที่ช่วยอธิบายและบังคับลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม สำหรับคณะผู้วิจัย ทฤษฎีของรอชไนมีองค์ประกอบที่พิเศษกว่างานเขียนว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่นในการเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ได้แก่

(ก) การนำเสนอถึงขอบเขตที่ตัวบทรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติม (“ขอบเขต ๑”) ซึ่งแผ่เอาไว้ด้วย “หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ” และ

(ข) ทฤษฎี UCA ของรอชไนสอดแทรกเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยเงื่อนไขที่ต้องมีอยู่ก่อนอันจะทำให้การกำหนดขอบเขต ๑ สามารถเป็นไปได้ นั่นก็คือสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน

คณะผู้วิจัยเริ่มต้นบทด้วยการนำเสนอและอาศัยองค์ประกอบ (ก) และ (ข) ข้างต้นเพื่อสังเคราะห์เนื้อหาของหลักของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ออกมา (ส่วนที่ 2 ของบท) คณะผู้วิจัยเรียกเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้นี้ว่า “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง” (modified constitutional escalator) เมื่อสกัดกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ออกมาได้แล้ว

คณะผู้วิจัยจะสรุปสมมติฐานพื้นฐาน (underlying assumptions) (ส่วนที่ 3 ของบท) ตลอดจนจุดเด่น (ส่วนที่ 4 ของบท) ของกรอบดังกล่าว ก่อนจะวิเคราะห์ข้อจำกัดของกรอบเช่นว่าในส่วนสุดท้าย (ส่วนที่ 5 ของบท)

2. หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญและการรักษาความเป็นไปได้ในการเผยแพร่ตนเองออกมาของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ: หัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชไน

คณะผู้วิจัยเริ่มต้นบทด้วยการพยายามสกัดกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชไน ดังที่ได้เกริ่นไปในบทที่ 1 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายที่นำเสนอในงานวิจัยฉบับนี้เป็นเกณฑ์ขั้นต่ำทางกฎหมายที่สะท้อนภาพมุกกว้างว่าผู้ใดและสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้ข้อจำกัดอะไร หลักการและทฤษฎีที่ถือเป็นหัวใจในการบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข และเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะใดที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

2.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญภายใต้ขอบเขตที่ตัวบทรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของรอชไน: หัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

หากอ่านทฤษฎี UCA โดยเฉพาะในส่วนแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญที่คณะผู้วิจัยได้อธิบายไปในบทที่ 1 ใหม่ในฐานะทฤษฎีที่บ่มเพาะเมล็ดพันธุ์ทางความคิดที่ช่วยอธิบายลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม เราจะพบว่างานเขียนของรอชไนได้สอดแทรกมุมมองต่อขอบเขต ฯ ตลอดจนเชื่อมโยงขอบเขตดังกล่าวเข้ากับกระบวนการประชาธิปไตย ประการสำคัญคือขอบเขตนี้สะท้อนหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญเอาไว้ การทราบถึงขอบเขต ฯ จึงช่วยให้เราสามารถเห็นภาพในมุกกว้างว่าบุคคลและสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้ข้อจำกัดเพียงใด

คณะผู้วิจัยพบว่าทฤษฎี UCA ของรอชไนโดยเฉพาะในส่วนแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญได้แฝงไว้ซึ่งมุมมองต่อขอบเขต ฯ ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ยิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากขึ้นเท่าใด อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะยิ่งตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดน้อยลงเท่านั้น (และอาจถึงขั้นไร้ข้อจำกัด) และขอบเขตของตัวบทรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไขได้ก็จะกว้างมากขึ้นตามไปด้วยในทางกลับกัน หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการโดยองค์กรหรือสถาบันการเมืองของรัฐโดยประชาชนไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะยิ่งตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญมากขึ้นและขอบเขตของรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไขก็จะยิ่งแคบลง

เราจะเห็นได้ว่าขอบเขต ฯ ที่สกัดออกมาได้จากแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญของรอชไนตั้งอยู่บนความสัมพันธ์แบบแปรผกผันระหว่างหลักการสองประการ ได้แก่ หลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (democratic legitimacy) และหลักรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยม (liberal constitutionalism) หัวใจของหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ได้แก่ การยอมรับจากประชาชน ความสอดคล้องกับและการแสดงออกซึ่งเจตจำนง (will) ของประชาชนจึงเป็นหัวใจสำคัญที่สุดที่จะให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความชอบ

ธรรม⁷⁹ ส่วนหลักรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมตั้งอยู่บนความห่วงกังวลต่อสถานะที่อำนาจรัฐ (ซึ่งรวมไปถึงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) อาจถูกใช้อย่างบิดผัน การใช้อำนาจรัฐจึงต้องใช้ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายจำกัดเอาไว้และต้องคำนึงถึงการอำนวยให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองให้มากที่สุด⁸⁰ ภายใต้วิธีคิดแบบรอสไน (Roznaiian) ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมีสถานะเหนือข้อจำกัดตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม⁸¹ ถ้าหากพิจารณาให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปอีก ขอบเขต ๓ ข้างต้นได้แฝงเอาไว้ซึ่งหลักการที่คณะผู้วิจัยเรียกว่า **หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ** อันถือเป็นหัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ หลักประการนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากความพยายามของรอสไนที่จะเสนอแนวทางแก้ปัญหาทางสองแพร่งระหว่างการสร้างเสถียรภาพให้กับระบบรัฐธรรมนูญกับปัญหาของรัฐธรรมนูญที่แข็งแกร่งต่าง (โปรดดูบทที่ 1) ดังจะสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.1.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องชี้วัดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของระบบรัฐธรรมนูญ

เบื้องต้น หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญปรากฏผ่านการวิเคราะห์ที่ทัศนะของรอสไนต่อองค์ประกอบพื้นฐานที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรม หากพิจารณาจากสาระสำคัญของทฤษฎี UCA ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย อาจมีผู้อนุมานว่ารัฐธรรมนูญในอุดมคติของรอสไน ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่มีที่มาที่เป็นประชาธิปไตย (และด้วยที่มาที่เป็นประชาธิปไตย เนื้อหาของรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีแนวโน้มที่เป็นประชาธิปไตยตามไปด้วย)⁸² อย่างไรก็ตาม ถ้าได้อ่านงานเขียนของเขาอย่างละเอียด จะพบว่ารอสไนรับรู้ถึงความเป็นจริงที่ว่าในการจัดทำรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ รัฐ ประชาชนหาได้เข้าไปมีส่วนร่วมแต่อย่างใด⁸³ การนี้แสดงให้เห็นว่าสำหรับเขา องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้ระบบรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรม

⁷⁹ Ali Acar, 'On Yaniv Roznai's Theory of Substantive Unamendability' (2017) 13 *European Constitutional Law Review* 836, 836; Alon Harel and Adam Shinar, 'Two concepts of constitutional legitimacy' (2023) 12 *Global Constitutionalism* 80, 84; David Beetham, *The Legitimation of Power* (Palgrave Macmillan 1991) 11; Jean-Marc Coicaud, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility* (Cambridge University Press 2002) 10.

⁸⁰ Christoph Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013) 51-52; Rune Slagstad, 'Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber' in Jon Elster and Rune Slagstad (eds), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge University Press, 1988) 104-105.

⁸¹ Acar, 'On Yaniv Roznai's Theory', 836-840.

⁸² See Alexander Hudson, *The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes* (Cambridge University Press 2021) 28.

⁸³ Roznai, 'Amendment Power', 27.

ทางประชาธิปไตยจึงไม่ใช่การที่รัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยประชาชนหรือมีกระบวนการจัดทำที่เป็นประชาธิปไตย⁸⁴

จากข้างต้น คำถามที่เกิดขึ้นคือแล้วรอชในมองว่าอะไรเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย เมื่อพิจารณาจากขอบเขต ๆ ที่สกัดออกมาได้จากงานเขียนของเขาอย่างพิถีพิถะระหัดโดยเฉพาะในส่วนที่ว่ายิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากเท่าใดขอบเขต ๆ ก็ยิ่งกว้างขวางมากขึ้นเท่านั้น เราก็พอจะสืบสาวออกมาได้ว่าในทัศนะของรอชใน การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกจัดทำขึ้นภายใต้กระบวนการที่ประชาชนมีส่วนร่วมหาได้มีผลทำให้ตราสารนั้นขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไปโดยสิ้นเชิง ตรงกันข้าม การที่รัฐธรรมนูญสามารถถูก “ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้” (reconstitute) ภายใต้กระบวนการที่ประชาชนทุกภาคส่วนมีส่วนร่วมต่างหากที่ช่วยสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่รัฐธรรมนูญ⁸⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญมีหัวใจคือการอ้างไว้ซึ่ง “สิทธิ[ของประชาชน]ในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของ[ระบบรัฐธรรมนูญ]ของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุด” (“the right to define and redefine themselves and their state as they deem best.”) ให้คงอยู่ตลอดเวลา⁸⁶

2.1.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญในฐานะหลักกฎหมายที่ปฏิเสธปัญหามือของผู้วายชนม์

นอกจากนี้ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญยังสะท้อนผ่านการวิเคราะห์ทัศนะของรอชในต่อ “ปัญหามือของผู้วายชนม์” (“the dead hand problem”)⁸⁷ ปัญหามือของผู้วายชนม์ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าคนที่คนรุ่นอดีตซึ่งเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญและเสียชีวิตไปแล้วกำหนดบทนิรันดรเอาไว้ในตัวบทรัฐธรรมนูญยอมทำให้คนรุ่นหลังต้องถูกผูกติดกับคุณค่าที่ผู้ที่ตายไปแล้วกำหนด⁸⁸ รอชในเห็นว่าทฤษฎี UCA ของตน (หากนำไปปรับใช้) เป็นทฤษฎีที่จะช่วยอำนวยความสะดวกแก่นักกฎหมายสามารถก้าวข้ามปัญหาประการนี้ไปได้ตามที่ได้นำเสนอไปในบทที่ 1 ภายใต้ทฤษฎี UCA บทนิรันดรเพียงแต่สร้างข้อจำกัดว่าการแสดงออกซึ่งเจตจำนงในการเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญจะกระทำในรูปของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เท่านั้น

⁸⁴ Ibid 28-31.

⁸⁵ Ibid 27; Joel Colon-Rios, ‘The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform’ (2010) 48 Osgoode Hall Law Journal 199, 200-202.

⁸⁶ Richard Albert, ‘Constitutional Handcuffs’ (2010) 42 Arizona State Law Journal 663, 676; Roznai, UCA, 126.

⁸⁷ Michael W. McConnell, ‘Textualism and the Dead Hand of the Past’ (1998) 66 The George Washington Law Review 1127, 1127-1128.

⁸⁸ Albert, ‘Constitutional Handcuffs’, 702-714; John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 11.

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รอซโนมิได้มองบทนิรันดรเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ⁸⁹ ตรงกันข้าม ประชาชนสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทนิรันดรและบทบัญญัติที่บทนิรันดรห้ามแก้ไขได้ภายใต้บริบทที่เรียกว่า “โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ” (constitutional moment) ดังจะนำเสนอให้เห็นต่อไป⁹⁰ นี่จึงหมายความว่ารัฐไม่อาจยกบทนิรันดรเป็นข้ออ้างเพื่อจำกัดขอบเขต ฯ และปฏิเสธความปรารถนาและเจตจำนงของประชาชนที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของตนอย่างเบ็ดเสร็จ (รัฐจำกัดได้แค่วิธีการเท่านั้น)

กล่าวให้ถึงที่สุด ขอบเขต ฯ ที่สกัดออกมาจากงานของรอซโนสะท้อนภาพของการที่ประชาชนทุกหมู่เหล่าและทุกรุ่นต่างทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญอย่างเสมอภาค ประชาชนรุ่นอนาคตหาได้มีสถานะและความชอบธรรมทางประชาธิปไตยดีกว่าประชาชนรุ่นอดีตซึ่งเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญและต้องถูกผูกติดกับคุณค่าที่ผู้ที่ตายไปแล้วกำหนด (ในรูปบทนิรันดร) โดยไม่อาจปฏิเสธได้⁹¹

2.2 อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ: ทางเสื่อที่คอยก้ำกับทิศทางของการปรับใช้หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง เพื่อสืบสาวหาเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ เราจำเป็นต้องพิจารณาทัศนะของรอซโนต่อหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับอีกหนึ่งศักยภาพที่ทำให้ทฤษฎีของเขาสามารถเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างกรอบดังนั้นก็คือการที่ทฤษฎี UCA สอดแทรกเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยเงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้ประชาชนสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดขอบเขต ฯ

เมื่อลองย้อนกลับไปพิจารณาและอ่านทฤษฎี UCA ใหม่ เราจะพบว่าเงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดขอบเขต ฯ ได้แก่ **สถานะความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ** ดังนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นดังทางเสื่อที่คอยก้ำกับทิศทางของการปรับใช้หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ ในบทที่ 1 คณะผู้วิจัยได้นำเสนอไปแล้วว่ารอซโนมองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่ทั้ง “เหนือและภายในรัฐธรรมนูญ”⁹² โดยแบ่งอำนาจประการนี้ออกเป็นสองระดับ ได้แก่ อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ (หรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ)

2.2.1 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามปกติ

ในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามปกติ (คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) เราสามารถสืบสาวความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและตัวบทของ

⁸⁹ Roznai, *UCA*, 131.

⁹⁰ Ibid 126-131; คณะผู้วิจัยอ้างอิงคำแปลภาษาไทยคำว่า “constitutional moment” จาก เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, ‘โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญจากประชาชน’ (*The 101.World*, 25 มีนาคม 2563) <<https://www.the101.world/constitutional-moment/>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2567.

⁹¹ Roznai, ‘Necrocracy’, 31.

⁹² Schmitt, *Constitutional Theory*, 126.

รัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขออกมาได้ว่าการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยภูมิมีลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้นเท่าใด (คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงมาก เช่น ผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ หรือผ่านการเลือกบุคคลเข้าไปทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง) ตัวบทรัฐธรรมนูญที่ถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนั้นก็ยิ่งควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นตัวบทที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมาก และเป็นผลผลิตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁹³

2.2.2 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบปกติ รอซไนยังอาศัยประสบการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเมื่อค.ศ.1962 เพื่อเป็นตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ⁹⁴ เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากประธานาธิบดีของฝรั่งเศส ณ ขณะนั้นคือนายพลชาร์ล เดอ โกล (Charles de Gaulle) ต้องการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ในส่วนที่มาของประธานาธิบดี เดิมทีเดียว รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสกำหนดให้มีคณะผู้เลือกตั้งซึ่งทำหน้าที่เลือกประธานาธิบดี แต่เดอโกลต้องการเปลี่ยนให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเพื่อเพิ่มอำนาจและความชอบธรรมให้แก่ตน⁹⁵ กระนั้น เดอโกลก็ตระหนักดีว่ามีสมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับแผนการของตน ดังนั้น แทนที่จะอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามปกติ เขาเลือกที่จะอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถจัดประชาชาติเพื่อให้ประชาชนอนุมัติ “ร่างกฎหมายใด ๆ ของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับการจัดโครงสร้างอำนาจภายในรัฐ” (“Government Bill which deals with the organisation of the public authorities”)⁹⁶ ผลปรากฏออกมาว่าร่างกฎหมายของประธานาธิบดีได้รับความเห็นชอบจากประชาชนเสียงข้างมาก⁹⁷

หากตีความตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด การกระทำของเดอโกลถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้โดยเฉพาะใน

⁹³ Roznai, *UCA*, 162-175.

⁹⁴ Ibid 159-162.

⁹⁵ See Serge Bernstein, *The Republic of de Gaulle 1958-1969* (Peter Morris (tr), Cambridge University Press 1993) 71.

⁹⁶ สำหรับตัวบทรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส โปรดดู https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf.

⁹⁷ สำหรับรายละเอียดของเหตุการณ์ โปรดดูประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*, 20-23; รวินท์ ลีละพัฒนนะ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย’, 179-185.

มาตรา 89 แต่ประธานาธิบดีตั้งใจเลี้ยงที่จะปฏิบัติตามบทบัญญัติเช่นว่า⁹⁸ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากเหตุการณ์ประชามติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ถูกร้องขอให้เข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น แต่สุดท้ายคณะตุลาการเลือกที่จะไม่รับคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่าตนมีอำนาจกว้างเข้าไปพิจารณา “ความชอบด้วยกฎหมายของการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนในการจัดทำประชามติระดับชาติ”⁹⁹ สำหรับรอชไน “ปวงชนถือเป็นราชา ... ผู้ทรงไว้ที่อยู่เสมอซึ่งอำนาจในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ”¹⁰⁰ ดังนั้น หากปวงชนเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดสมควรถูกแก้ไขและได้แสดงเจตจำนงที่จะเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินั้นแล้ว การตัดสินใจที่เกิดขึ้นย่อมถือเป็นที่สุด หรือถ้ากล่าวให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้น การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เป็นผลของการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระดับสูงสุดและอยู่เหนือความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักรัฐธรรมนูญนิยมและการตรวจสอบโดยศาล¹⁰¹

2.2.3 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิเด็ดขาดของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการปกติและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่ารอชไนหาได้มองว่า “เมื่อรัฐธรรมนูญถูกประกาศใช้แล้ว อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมอันตรธานหายไป”¹⁰² ในทางกลับกัน การรักษาความเป็นไปได้ที่ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรัฐจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญได้เองโดยตรงแม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะผ่านล่วงเลยไปแล้วเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สุดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ เพราะเงื่อนไขประการนี้จะช่วยรักษาไว้ซึ่งโอกาสและความเป็นไปได้ที่ตัวบทของรัฐธรรมนูญสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้โดยประชาชน¹⁰³ ดังนั้น หากกล่าวโดยสรุป ภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

⁹⁸ Richard Albert, ‘Discretionary Referendums in Constitutional Amendments’ in Richard Albert and Richard Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (Oxford University Press 2022) 74.

⁹⁹ Décision 62-20 DC - 06 novembre 1962, para 2; Albert, *Constitutional Amendments*, 23.

¹⁰⁰ Roznai, *UCA*, 159.

¹⁰¹ Gary Jeffrey Jacobsohn and Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution* (Yale University Press 2020) 248. โปรดดูประกอบ รวิวิท ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*, 23.

¹⁰² Sergio Verdugo, ‘Is it time to abandon the theory of constituent power?’ (2023) 21 *International Journal of Constitutional Law* 14, 23.

¹⁰³ Roznai, ‘The Boundaries’, 1405.

(ก) ประชาชนเป็นผู้ทรง “สิทธิ” ในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญผ่านการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมนิยามรัฐธรรมนูญหรือผ่านอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุกิติภูมิที่มีลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจปฐมนิยามรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้ทรงสิทธิ ประชาชนจึง “มีความชอบธรรม” ที่จะยกสิ่งนี้ขึ้นกล่าวอ้างกับรัฐได้¹⁰⁴ และ

(ข) สิทธิตาม (ก) ถือเป็น “สิทธิของปัจเจกชนที่จะตัดสินใจร่วมกัน”¹⁰⁵ และเป็น “สิทธิอันสมบูรณ์” (absolute right) ซึ่งรัฐไม่อาจละเมิด จำกัด หรือขังน้ำหนักเพื่อสร้างสมดุลกับหลักการอื่นได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ (negative obligation)¹⁰⁶ หากแต่ต้องอำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ด้วยตนเอง (positive obligation) ผ่าน “ช่องทางที่เป็นประชาธิปไตย” (democratic channels) เช่น การออกเสียงประชามติ¹⁰⁷ ส่วนการแสดงออกซึ่งสิทธิประการนี้ผ่านผู้แทนหรือนักการเมืองเป็นเรื่องที่มีความชอบธรรมรองลงมา¹⁰⁸

2.3 ลักษณะเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

จากส่วนที่ 2.1 และ 2.2 เราจะเห็นได้ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชในเชื่อมโยงหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญเข้ากับอำนาจปฐมนิยามรัฐธรรมนูญ จากความเชื่อมโยงดังกล่าว คณะผู้วิจัยจึงสามารถสืบสาวเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ออกมาได้ว่ายิงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดมีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการที่ปวงชนทุกภาคส่วนและทุกรัฐจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมนิยามรัฐธรรมนูญได้เองโดยตรงร่วมกันเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นก็ยิ่งสมควรถูกสันนิษฐานว่าเป็นตัวบทที่ควรจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในทางกลับกัน การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญใดที่อำนวยความสะดวกให้ปวงชนสามารถใช้สิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เองในรูปแบบ

¹⁰⁴ Jack Donnelly, *Universal human rights in theory and practice* (2nd edn, Cornell University Press 2003) 8; Robert Lasenson, ‘In Defense of a Hobbesian Conception of Law’ in Joseph Raz (ed), *Authority* (New York University Press 1990) 35.

¹⁰⁵ Andreas Kalyvas, ‘Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power’ (2005) 12 *Constellations* 223, 235.

¹⁰⁶ สำหรับแนวคิด “สิทธิอันสมบูรณ์” See Tullio Scovazzi, ‘The Prohibition of Torture and State of Necessity’ in Andrea Carcano and Tullio Scovazzi (eds), *Upholding the Prohibition of Torture: The Contribution of the European Court of Human Rights* (Brill 2023) 278.

¹⁰⁷ Markus Patberg, *Constituent Power in the European Union* (Oxford University Press 2020) 36; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015) 453.

¹⁰⁸ Oran Doyle, ‘Populist constitutionalism and constituent power’ (2019) 20 *German Law Journal* 161, 178; Roznai, *UCA*, 162-164.

ที่ใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นก็ควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่สมควร¹⁰⁹ คณะผู้วิจัยใคร่ขอเรียกความสัมพันธ์แบบแปรผกผันที่กล่าวมานี้ว่า “**ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง**” คณะผู้วิจัยใช้คำว่า “**ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง**” เนื่องจาก ในทางหนึ่ง คณะผู้วิจัยสกัดแนวคิดดังกล่าวออกมาจากงานของรอชในแต่ขณะที่ทฤษฎี UCA มีแกนกลาง ได้แก่ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขั้นบันไดที่คณะผู้วิจัยสกัดออกมามุ่งเน้นไปที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงเพิ่มเติมคำว่า “ดัดแปลง” เข้าไป

จากข้างต้น คณะผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่ารอชในมิได้มองบทนิรันดร (โดยตัวเอง) เป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA แม้บทนิรันดรจะมีผลห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางลักษณะ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็หาได้เข้าข่ายเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขโดยสภาพ ตรงกันข้าม เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง จะเห็นได้ว่าสภาวะที่กรอบประการนี้มุ่งขจัดได้แก่ “อุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน” ภายใต้แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง คณะผู้วิจัยพอจะสืบสาวประเภทของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญโดยตรงของปวงชนร่วมกันออกมาได้ดังต่อไปนี้

(ก) บทบัญญัติที่กำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้าย เช่น การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา หรือการตัดสิทธิทางการเมืองบางประการ ต่อผู้ที่มีส่วนในการขับเคลื่อนประชารัฐปัจจุบัน (รวมถึงเยาวชนซึ่งเป็นประชาชนรุ่นอนาคต) เพื่อเปลี่ยนแปลงคุณค่าที่คนรุ่นอดีตกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ (โดยเฉพาะในรูปของบทนิรันดร)¹¹⁰

(ข) บทบัญญัติที่ทำให้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประชาชนต้องตกอยู่ภายใต้ความอนุบาล (tutelage) ของสถาบันอื่น

(ค) บทบัญญัติที่มีผลปฏิเสธ “สิทธิทางการเมืองพื้นฐาน” ของประชาชนอันจำเป็นต่อการรักษาความเป็นไปได้ที่ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสามารถแสดงออกในอนาคต” ไม่ว่าจะเป็นสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้แทน (เพื่อเข้าไปทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม รวมไปถึงสิทธิในเสรีภาพ¹¹¹

¹⁰⁹ See George Duke, ‘Can the people exercise constituent power?’ (2023) 21 International Journal of Constitutional Law 798, 807-810.

¹¹⁰ โปรตตุกรณ์ของฮอนดูรัส David E Landau, Rosalind Dixon, and Yaniv Roznai, ‘From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras’ (2019) 8 Global Constitutionalism 40, 49-50.

¹¹¹ Roznai, ‘The Boundaries’, 1405.

(ง) บทบัญญัติที่สะท้อน “ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นการเมือง” ในแบบขมิตต์ที่มุ่งหมายหรือมีผลกีดกันมิให้บางภาคส่วนของสังคมเข้าไปมีส่วนในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบางประเด็นหรือทั้งฉบับ (โดยกลุ่มเหล่านั้นอาจถูกตีตราว่าเป็น “ผู้อื่น” (otherness) หรืออาจถึงขั้นเป็น “ศัตรูของชาติ” (public enemies))¹¹²

3. สมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอช ไน

จากเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชไนในส่วนที่ 2 เราจะเห็นได้ว่ากรอบดังกล่าวตั้งอยู่บนความเชื่อว่าการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญภายใต้กระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยจะอำนวยให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย ลำดับถัดไปคณะผู้วิจัยขอเสนอสมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถปรับใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งประกอบด้วยกันทั้งหมด 3 ประการ ได้แก่ สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้

3.1 สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ

กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ จะปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อเราตั้งสมมติฐานเอาไว้ว่าแม้รัฐธรรมนูญจะถือเป็น “กฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน” แต่ตราสารดังกล่าวหาได้เป็น “ประติมากรรมที่สมบูรณ์แบบ”¹¹³ รัฐธรรมนูญหาได้เป็นตราสารศักดิ์สิทธิ์ที่มนุษย์เป็นเพียงผู้ค้นพบแต่ไม่อาจแตะต้องได้อย่างเด็ดขาด ตรงกันข้าม บทบัญญัติทุก ๆ ส่วนของรัฐธรรมนูญรวมไปถึงบทนิรณันสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้โดยผู้เป็นเจ้าของนั่นก็คือประชาชนทุกรุ่นทุกเหล่าเพื่อให้รัฐธรรมนูญนั้นเป็น “รัฐธรรมนูญของเรา” อย่างแท้จริง¹¹⁴ กล่าวให้ถึงที่สุด กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ จะใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดก็แต่เพื่อดำเนินวัตถุประสงค์ในการรักษาความเป็นไปได้ที่ประชาชนจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญ สิ่งนี้นำไปสู่สมมติฐานพื้นฐานประการที่สอง

3.2 สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม

กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ยึดถือ “แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม” (“a monist model of constituent power”) กล่าวคือ กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ จะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อระบบรัฐธรรมนูญสันนิษฐานไว้ซึ่งและยอมรับการดำรงอยู่โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน โดยในรัฐหนึ่ง ๆ จะมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เพียง

¹¹² Ibid 1406.

¹¹³ Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 145.

¹¹⁴ See Ibid 7.

อำนาจเดียว¹¹⁵ ตลอดจนพร้อมที่จะจัดให้มีกระบวนการที่ทำให้อำนาจดังกล่าวไม่เป็นแต่เพียงอำนาจเชิงสัญลักษณ์ หากแต่เป็นอำนาจที่สามารถแสดงออกมาได้จริงในฐานะเกณฑ์บังคับทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย เช่น ผ่านการทำประชามติ หรือการจัดตั้งสมัชชารัฐธรรมนูญที่มาจากปวงชน¹¹⁶

กล่าวให้ถึงที่สุด อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ จึงเป็น “อำนาจที่อ้างอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” ซึ่งมีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ตลอดจนอยู่เหนือและปราศจากขีดจำกัดทางกฎหมาย (extra-legal) ของ “ปวงชนผู้มีความเป็นหนึ่งเดียวกัน” (“unified people acting with a single voice”)¹¹⁷ ไม่มีภาคส่วนใดของสังคมที่อาจถูกกีดกันจากการเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนหรือถูกตีตราว่าเป็น “ศัตรูของชาติ” ดังเช่นภายใต้ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นการเมืองของซมิตต์ (โปรดดูบทที่ 1) กล่าวอีกนัยหนึ่ง กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ให้ความสำคัญกับ “ความสมานฉันท์” มิใช่ “ความขัดแย้ง” ระหว่างสมาชิกในสังคม¹¹⁸ โดยเสียงข้างมากภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ เป็นตั้งเครื่องชี้วัด “ฉันทามติของสังคม” และ “ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย” และเสียงข้างน้อยต้องน้อมรับและเคารพการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของเสียงข้างมาก (เช่น ในกระบวนการทำประชามติ)¹¹⁹ และลักษณะสำคัญที่สุดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหาใช่การที่อำนาจดังกล่าวได้ถูกแสดงออกในระหว่างเวลาที่รัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้น หากแต่เป็นการที่ประชาชนสามารถ “เรียกคืน” สถานะความเป็นเจ้าของอำนาจประการนี้ได้ภายหลังตราสารนี้ได้ถูกประกาศใช้¹²⁰

¹¹⁵ Adrienne Stone, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity’ (2018) Melbourne Legal Studies Research Paper Series No. 7865, 5; Nicholas Aroney, George Duke, and Stephen Tierney, ‘A theory of plural constituent power for federal systems’ [2024] Global Constitutionalism 1, 9.

¹¹⁶ Verdugo, ‘Is it time to abandon’, 28.

¹¹⁷ Ibid 20; Richard John Kosciuszew, *The Treadmills of Time* (AuthorHouse 2014) 59.

¹¹⁸ Oran Doyle and Rachael Walsh, ‘Constitutional amendment and public will formation: Deliberative mini-publics as a tool for consensus democracy’ (2022) 20 International Journal of Constitutional Law 398, 402-403

¹¹⁹ Victor Ferreres Comella, ‘The Death of Constituent Power’ in Ran Hirschl and Yaniv Roznai (eds), *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity* (Cambridge University Press 2024) 67.

¹²⁰ Ratna Rueban Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft in Malaysian Courts: A Naïve ‘Schmittian’ Misappropriation’ (2022) 17 Asian Journal of Comparative Law 106, 109-110.

3.3 สมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้

สมมติฐานประการที่สองนำไปสู่สมมติฐานต่อไปที่ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไม่อาจปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้เลยหากระบบรัฐธรรมนูญปฏิเสธแนวคิดที่ว่าประชาชนประกอบด้วยปัจเจกชนผู้ทรงซึ่ง “อัตตาณัติ” (autonomy) และ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (dignity)

อัตตาณัตินั้นสัมพันธ์กับ “เจตจำนงที่เป็นอิสระ” (“free will”) ของปัจเจกบุคคล¹²¹ ส่วนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่ามนุษย์แต่ละคนนั้นเป็น “ปัจเจกชนผู้ทรงเหตุผลและมีคุณค่าในตนเอง”¹²² ระบบรัฐธรรมนูญต้องยอมรับใน “ศักยภาพของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคล [ผู้ทรงอัตตาณัติ] ที่ ... [สามารถ] กำหนดหลักการในการกระทำและดำเนินชีวิตของตนเองได้”¹²³ และไม่ปฏิบัติต่อเขาเสมือนเป็นเพียง “เครื่องมือเพื่อบรรลุสิ่งที่รัฐประสงค์”¹²⁴ ดังนั้น ระบบดังกล่าวจะต้องรับประกันสิทธิอันสมบูรณ์ของประชาชนทุกคนและทุกรุ่นในการ “กำหนดและเปลี่ยนแปลง [อัตลักษณ์ของ] ตนเองและของรัฐ [ที่ตนเป็นพลเมืองที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ] ไปในแบบที่พวกเขาเห็นว่าดีที่สุด”¹²⁵ ประชาชนรุ่นปัจจุบันผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับให้ประชาชนรุ่นเดียวกันและรุ่นอนาคตต้องยอมจำนนต่อคุณค่าและอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ตนกำหนด ปวงชนทุกคนทุกรุ่นในทัศนะของรอชไนจึงมิได้มีบทบาทเพียง “แซ่ซ้อง” ผู้นำของรัฐ หากแต่เป็นพลเมืองตื่นรู้ผู้ทรงสิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมืองและตัดสินใจทางการเมืองได้เองโดยตรงและตระหนักถึงความสำคัญของการกำหนดชะตาชีวิตตนเองผ่านการออกแบบริธรรมนูญ¹²⁶ สิ่งนี้ยังแสดงให้เห็นว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าความร่วมมือทางการเมืองของประชาชนโดยตรงมีความชอบธรรมสูงกว่าความร่วมมือผ่านผู้แทนหรือนักการเมือง

¹²¹ Aharon Barak, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Daniel Kayros (tr), Cambridge University Press 2015) xix.

¹²² Stephen W. Smith, *End-of-Life Decisions in Medical Care: Principles and Policies for Regulating the Dying Process* (Cambridge University Press 2012) 136.

¹²³ ดลวัฒน์ บัวประดิษฐ์, ‘จริยศาสตร์สำนักขงจื้อ: ระหว่างอัตตาณัติ กับ ความเป็นตัวเองที่เที่ยงแท้’ (2557) 14 วารสารศิลปศาสตร์ 85, 90.

¹²⁴ รวินท์ ลีละพัฒนา และลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี, ‘กรอบความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนระหว่างการเมืองเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ: บทเรียนจากยุโรปสู่ประเทศไทย’ (ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564) 50; Allen Wood, ‘End in Itself and Dignity’ in Yasushi Kato and Gerhard Schönrich (eds), *Kant’s Concept of Dignity* (De Gruyter 2020) 214; Duke, ‘Can the people’, 810, 816.

¹²⁵ Albert, ‘Constitutional Handcuffs’, 676; Lutz, ‘Towards a Theory’, 356.

¹²⁶ Lucia Rubinelli, *Constituent Power: A History* (Cambridge University Press 2020) 131.

4. จุดเด่นของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิพ รอชไน

จากการศึกษาเนื้อหาและสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากได้ทฤษฎี UCA ของรอชไน เราอาจพอกกล่าวได้ว่าจุดเด่นของกรอบดังกล่าว (ซึ่งเป็นลักษณะของทฤษฎี UCA) ได้แก่ **ความเป็นอุดมคติแบบเสรีนิยม (liberal ideal) และมีความเป็นเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย (legal-normative criteria)**

หากเปรียบเทียบกับงานวิชาการ ณ ปัจจุบันที่มักมองปัญหาว่าอะไรคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขว่าเป็นปัญหาการเมือง (โปรดดูบทที่ 1) กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ได้แปลงแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้เป็นมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับบ่งชี้ว่าอะไรเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลง กรอบประการนี้จึงสามารถถูกนำไปใช้เป็นฐานความคิดสำหรับปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น แน่แน่นอนว่าถ้าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงภายใต้เกณฑ์ของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มีเป็นจำนวนมาก สิ่งดังกล่าวย่อมกระทบต่อความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ กระนั้น งานวิจัยฉบับนี้มีได้มุ่งประสงค์ไปถึงระดับที่จะอาศัยกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่ได้พัฒนาขึ้นเป็นเครื่องบ่งชี้ความชอบธรรมที่ได้กล่าวมา หรือถึงขั้นที่เพื่อเป็นฐานความคิดในการพัฒนาทฤษฎี “รัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (“unconstitutional constitution”)¹²⁷ หรือ “รัฐธรรมนูญที่ไม่สมควรถูกเรียกว่าเป็นรัฐธรรมนูญ” (“sham constitution”) ต่อยอดจากงานวิชาการที่มีอยู่¹²⁸

อนึ่ง ในส่วนของแนวคิดที่ว่าด้วย “รัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ปัจจุบันมีศาสตราจารย์ทางคณิตศาสตร์ผู้หนึ่งชาวเวียดนามนามว่าศาสตราจารย์หว่าง (Hoàng) ที่พยายามพัฒนาและอาศัยแนวความคิดดังกล่าวเพื่อวิจารณ์รัฐธรรมนูญ ค.ศ.2013 ของเวียดนามว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งในตัวเองและปราศจากความชอบธรรม คณะผู้วิจัยเห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะอ่านงานของหว่างใหม่ในฐานะแม่แบบสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข แม่แบบที่สกัดออกมาได้จากงานของหว่างตั้งอยู่บนหลักการว่า “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นส่วนกำหนดรายละเอียด (คือเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่อยู่ท้ายลงไป) จะต้องไม่ขัดกับบทบัญญัติที่สถาปนาหลักการพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญ (ซึ่งมักจะเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในตอนต้นของตัวบทรัฐธรรมนูญ)”¹²⁹ อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชไน แนวทางของหว่างดูจะมีความเป็นเทคนิคทางกฎหมายแต่ขาด

¹²⁷ See Richard Albert, ‘Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations’ (2017) 50 Cornell International Law Journal 140.

¹²⁸ See David S. Law and Mila Versteeg, ‘Sham Constitutions’ (2013) 101 California Law Review 863, 865-867, 880.

¹²⁹ รวิวิท ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิพ รอชไน* , 154-155; Bui Ngoc Son, ‘Unconstitutional constitution in Vietnamese discourse’ in Abeyratne and Bui (eds), *The Law*, 74.

องค์ประกอบเชิงปรัชญาอุดมการณ์ (ซึ่งไม่น่าแปลกแต่อย่างใดเนื่องจากห่างเป็นนักคณิตศาสตร์) จึงไม่อาจตอบได้ว่าอะไรเป็นหลักการพื้นฐานที่สุดอย่างหลักกว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ (ที่มักไม่ได้เขียนในตัวบทของรัฐธรรมนูญ) ที่กำหนดทิศทางที่ตัวบทของตราสารเช่นว่าควรถูกแก้ไข

5. บทส่งท้าย: ข้อท้าทายต่อการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสซิงไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ในเอเชีย

จากสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่คณะผู้วิจัยนำเสนอไปในส่วนที่ 3 เราคงไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่ากรอบประการนี้จะสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างทรงประสิทธิภาพสูงสุดก็แต่ในระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยเต็มใบ (entrenched democracy) และยอมรับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ซึ่งมีลักษณะล้นพ้นและไม่อาจถูกจำกัดได้โดยรัฐธรรมนูญ) ของปวงชน ขณะที่ประชาชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเองก็ต้องยอมรับหลักการอุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่านำของสังคมนั้น ๆ (โดยเฉพาะการเคารพสิทธิเสรีภาพและความเป็นพหุสังคัม (pluralism))¹³⁰

อนึ่ง คณะผู้วิจัยยังใคร่ขอให้ผู้อ่านตั้งข้อสังเกตว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่นำเสนอในส่วนที่ 2 มีลักษณะเป็นการนำเสนอ “**สิ่งที่ควรจะเป็น**” กล่าวคือ กรอบดังกล่าวเป็น แม่แบบและเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภาวีสัย (objective) ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างเป็นสากล ขณะเดียวกัน ลักษณะดังกล่าวของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ก็สะท้อนกลิ่นไอของวิถีคิดแบบสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivism) ซึ่งมองกฎหมายเป็นกลไกการควบคุมทางสังคมที่มนุษย์สร้างขึ้น และสามารถ “ดำรงอยู่ได้ด้วยตัวเอง” ไม่ขึ้นกับคุณค่า ความคิด ความเชื่อส่วนบุคคล ... ทิศนะทางการเมืองการเมือง [และประวัติศาสตร์ที่ผันแปรไปตามแต่ละยุคสมัย]”¹³¹

อย่างไรก็ตาม ระเบียบวิธีวิจัยแบบวิเคราะห์ทฤษฎีผ่านบริบทเปรียบเทียบที่ใช้ในงานวิจัยฉบับนี้เชื่อเชิญให้ทบทวนมิติความสัมพันธ์ระหว่าง “ความควร” (ought) และ “ความเป็น” (is) คณะผู้วิจัยตั้งต้นฐานความคิดมาจากแนวคิดของนักปรัชญาอย่างเดวิด ฮูม (David Hume) ที่มุ่งนำเสนอการแยก (หรือตัดขาด) ระหว่าง “ความควร” และ “ความเป็น” โดยความควรเป็นเรื่องของการให้คุณค่า ส่วนความเป็นเป็นเพียงข้อเท็จจริงซึ่งมิได้มีคุณค่าในตนเอง แต่ในขณะที่ฮูมมีทัศนะว่า “เราไม่อาจสืบสาวหาความควรออกจากความเป็น”¹³² คณะผู้วิจัยมุ่งนำเสนอต่อไปให้เห็นถึงความไม่ลงรอยระหว่างควรควรและความเป็น กล่าวคือ การ

¹³⁰ Verdugo, ‘Is it time to abandon’, 31.

¹³¹ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight (tr), Lawbook Exchange 2005) 1 ,85; Linda C. Raeder, *Limited Government and the Death of God: The Rise and Fall of Freedom* (Lexington Books 2019) 44; Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013) 82; Ran Hirschl, ‘From comparative constitutional law to comparative constitutional Studies’ (2013) 11 International Journal of Constitutional Law 1, 2.

¹³² Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction* (Routledge 2017) 24-25.

ปรับใช้ทฤษฎีทางกฎหมายที่ว่าด้วยความควร (ดังเช่นกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสซโน) ไม่อาจนำไปปรับใช้ได้อย่างสมบูรณ์แบบในโลกของความเป็นจริงซึ่งมีปัจจัยแวดล้อมบางประการที่จำกัด (compromise) สมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้ทฤษฎีดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ คณะผู้วิจัยเห็นว่าเราไม่อาจวิเคราะห์ศักยภาพและประสิทธิภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ได้เลยหากเรามองกรอบดังกล่าวอย่างจำกัดในฐานะแม่แบบทางกฎหมายที่เป็นสากล เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวมา เราจำเป็นต้องวิเคราะห์การปรับใช้กรอบประการนี้กับข้อเท็จจริง (หรือบริบท “ความเป็น”) ¹³³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การมองกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ แยกออกจากบริบทความเป็น จะทำให้เราเห็นแต่ภาพของหลักการและเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควรจะเป็นซึ่งยึดถืออุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่า นำแต่ไม่อาจทราบถึงข้อจำกัดยามต้องนำกรอบนั้นไปปรับใช้ใน “บริบทประชาธิปไตยใหม่” ซึ่งเคยเผชิญกับหรือยังคงเผชิญกับวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ สิ่งนี้ทำให้สมมติฐานพื้นฐานทั้งสามประการทั้งสมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ หาได้เป็นแนวคิดกระแสหลักของสังคมและระบบรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่การสร้างชาติ ¹³⁴ การนี้ คณะผู้วิจัยจึงเลือกที่จะอาศัยประสบการณ์จาก 3 กรณีศึกษา ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ

ดังจะนำเสนอในบทที่ 3 และบทที่ 4 ของงานวิจัยต่อไป ไต้หวันเคยผ่านการปกครองแบบเผด็จการโดยพรรคก๊กมินตั๋ง (Kuomintang ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “พรรค KMT”) ภายใต้การประกาศกฎอัยการศึกมายาวนานกว่า 4 ทศวรรษ โดยเฉพาะระหว่างเวลาที่นายพลเจียง ไคเชก (Chiang Kai-shek) ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ¹³⁵ สำหรับกรณีของมาเลเซีย รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957) สถาปนาระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยภายใต้ระบบรัฐสภาควบคุมไปกับความเป็น “รัฐชาติพันธุ์อัตตาธิปไตย” (Ethnocracy) คือเป็นรัฐที่ปกครองที่ให้สิทธิแก่ชาติพันธุ์หนึ่ง ๆ เป็นพิเศษ นั่นก็คือชาวมลายู (Malay) ที่นับถือศาสนาอิสลาม ¹³⁶ ขณะเดียวกัน มาเลเซียเคยตกอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการ (โดยอ้างความชอบธรรมแบบประชาธิปไตย) ซึ่งนำโดยกลุ่มอำนาจทางการเมืองเดียว (ได้แก่ พันธมิตรแนวร่วมแห่งชาติ (Barisan

¹³³ Dian A. H. Shah, *Constitutions, Religion and Politics in Asia: Indonesia, Malaysia and Sri Lanka* (Cambridge University Press 2017) 4.

¹³⁴ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*, 28-29; Hirschl, ‘From comparative constitutional law’, 1-2; Neo, ‘A Contextual Approach’, 73-74.

¹³⁵ See Dean P Chen, *US-China Rivalry and Taiwan's Mainland Policy: Security, Nationalism, and the 1992 Consensus* (Palgrave Macmillan 2017) 75.

¹³⁶ สำหรับรายละเอียดของแนวคิด “รัฐชาติพันธุ์อัตตาธิปไตย” โปรดดู จุฬณีนี ตันติกุลานันท์, *การเมืองเรื่องชาติพันธุ์ในมาเลเซีย: ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับจีนและข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

Nasional (BN))¹³⁷ ส่วนไทยต้องเผชิญกับความขัดแย้งระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมและฝ่ายก้าวหน้าไปสู่การรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง¹³⁸

ด้วยเหตุที่อุดมการณ์เสรีนิยมไม่ได้เป็นอุดมการณ์หลักของการสร้างชาติและยังถูกท้าทายโดยวัฒนธรรมอำนาจนิยม ทั้งสามกรณีศึกษาที่คณะผู้วิจัยเลือกมาจึงเชื่อเชิญให้เราหันกลับมาทบทวนในเบื้องต้นถึงสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ นอกจากนี้ ในขณะที่สมมติฐานประการแรกตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความสมานฉันท์” ในหมู่ปวงชน ทั้งสามกรณีศึกษาได้แสดงให้เห็นถึงผลของ “ความขัดแย้ง” ระหว่างบรรดาสมาชิกในสังคมต่อการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กรณีของไต้หวันและไทยยังเป็นตัวอย่างของบริษัทที่มีได้มีการตีความหรือยอมรับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบเดียว หากแต่เป็นตัวอย่างของสังคมที่ต้องเผชิญความขัดแย้งระหว่างมุมมองต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน

ไต้หวันสะท้อนภาพของความย้อนแย้งที่รัฐธรรมนูญซึ่งบังคับใช้อยู่ตั้งแต่เริ่มก่อร่างสร้างชาติเมื่อค.ศ. 1949 อย่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ.1947 (Constitution of the Republic of China ต่อไปนี้จะเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ ROC”) จำเป็นต้องชำระเอาไว้ซึ่งความย้อนแย้งระหว่างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสองประการ ได้แก่ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนชาวจีนและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนชาวไต้หวัน เพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับการเมืองของรัฐบาลไต้หวัน¹³⁹ การสถาปนารัฐบาลไต้หวันขึ้นภายใต้แนวคิดประการแรกทำให้ประชาชนไต้หวันถูกพรากสถานะความเป็นพลเมืองตื่นรู้เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปว่าห้าทศวรรษ กระนั้น ไต้หวันก็สามารถหลุดพ้นจากวงจรเผด็จการ และสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ROC (โดยไม่ได้แตะต้องตัวบทดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญเลย) สร้างความเป็นปวงชนไต้หวันขึ้นมาได้ในที่สุด คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริษัทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถช่วยเปลี่ยนผ่านระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นเผด็จการให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกัน ก็เชื่อเชิญให้ต้องพิจารณา

¹³⁷ อังอิงคำแปลภาษาไทยจาก “อันวาร อิบราฮิม” ผู้นำฝ่ายค้านมาเลเซียกับการเลือกตั้งครั้งหน้า’ (Thaipublica, 25 กันยายน 2565) < <https://thaipublica.org/2022/09/anwar-ibrahim-and-upcoming-general-election/> > เข้าถึงเมื่อ 24 มิถุนายน 2567.

¹³⁸ โปรตดู Rawin Leelapatana and Suprawee Asanasak, ‘Constitutional Struggles and Polarised Identities in Thailand: The Constitutional Court and the Gravitational Pull of Thai-ness upon Liberal Constitutionalism’ (2022) 50 Federal Law Review 156, 163-171.

¹³⁹ See Hui-Wen Chen, ‘When the Temporary Becomes Indefinite: Legitimacy, Path Dependency and Taiwan’s Hybrid Approach to Constitutional Amendment Codification’ in Richard Albert (ed), *The Architecture of Constitutional Amendments: History, Law, Politics* (Hart 2023).

องค์ประกอบที่ครอบคลุมความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ควรพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อที่จะได้มีความสมบูรณ์แบบมากยิ่งขึ้น

สำหรับกรณีของมาเลเซียนั้นเป็นตัวอย่างของการสร้างรัฐชาติโดยปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาตั้งแต่แรกเริ่ม ตลอดจนปฏิเสธการขับเคลื่อนมวลชนชาติพันธุ์ชนกลุ่มน้อย (โดยเฉพาะชาวจีน) ในลักษณะที่ท้าทายอธิปไตยของชาวมาเลย์¹⁴⁰ ขณะที่ระบบรัฐธรรมนูญของไทยนั้นยังคงประสบ “ปัญหาความไม่ชัดเจนต่อสถานะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” กรณีของไทยสะท้อนความขัดแย้งระหว่างมุมมองต่อปวงชน “ในฐานะพลเมืองที่ผู้ทรงสิทธิกำหนดและแก้ไขรัฐธรรมนูญของตน” และ “ปวงชนในฐานะองค์การที่มีหน้าที่แห่งรัฐ”¹⁴¹ บริบทของมาเลเซียและไทยยังเชิญชวนให้เราต้องกลับมาทบทวนการปรับใช้สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญและการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในความเป็นจริง การที่มาเลเซียมีรูปแบบการปกครองแบบรัฐชาติพันธุ์อัตตาธิปไตยทำให้การเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญที่กระทบต่ออุดมการณ์ “3Rs” ซึ่งประกอบด้วย เอกลักษณ์ของพลเมืองเชื้อชาติมาเลย์ (race) สถานะพิเศษของศาสนาอิสลาม (religion) และสถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะสถานะอันเป็นที่เคารพสักการะ (royalty) ไม่มีทางเป็นไปได้เลย¹⁴² เช่นเดียวกันกับมาเลเซีย การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อโครงสร้างของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไม่ได้เป็นแต่เพียงประเด็นละเอียดอ่อนในสังคมไทยเท่านั้น หากแต่เป็นสิ่งที่ไม่อาจดำเนินการได้ในความเป็นจริง¹⁴³ คณะผู้วิจัยจะอาศัยประสบการณ์ของมาเลเซียเพื่อชี้ให้เห็นถึงผลทางลบของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ ส่วนกรณีของไทยเชื่อเชิญให้ทบทวนการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ บนพื้นฐานของวิธีคิดแบบสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย

¹⁴⁰ Neo, ‘A Contextual Approach’, 82.

¹⁴¹ รวิณท์ ลิละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*, 32; Eugénie Mérieau, ‘The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand’s Permanent Constitutional Instability’ in Kevin Tan and Bui Ngoc Son (eds), *Constitutional Foundings in Southeast Asia* (Hart 2019) 312, 318; Rawin Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions of Constituent Power: The Making of the 2017 Constitution in the Binary-Star Scenario’ in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume I: Constitution-Making* (Hart 2023) 313-317.

¹⁴² Dian Shah, ‘The ‘Three RS’ in Malaysia’s Struggle for Constitutional Democracy’ (2022) 50 *Federal Law Review* 137, 137-138; Li-ann Thio, ‘Soft constitutional law in nonliberal Asian constitutional democracies’ (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 766, 776-777.

¹⁴³ โปรตตุ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564

บทที่ 3

การปรับใช้กรอบความคิดทางกฎหมายสำหรับบังคับบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควร ถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอชไน: วิเคราะห์ผ่าน ประสบการณ์ของไต้หวันและมาเลเซีย

1. ความนำ

ในบทนี้ คณะผู้วิจัยจะนำประสบการณ์ของไต้หวันและมาเลเซียมาใช้เพื่อวิเคราะห์ประสิทธิภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอชไน ดังได้นำเสนอไปในบทที่ 2 ของงานวิจัย กรณีศึกษาทั้งสองเป็นตัวอย่างของบริษัทประชาธิปไตยใหม่ที่อุดมการณ์เสรีนิยมและแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนอันเป็นสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ เคยเผชิญหรือยังคงต้องเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ (ในรูปแบบที่แตกต่างกันไป) และความขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์อันทำให้การก่อรูปเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวเป็นไปได้อย่างยากลำบาก

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชไนไปปรับใช้กับทั้งสองบริบทจะเกิดผลที่ตรงกันข้ามกันโดยสิ้นเชิง ในส่วนที่ 2 ของบท คณะผู้วิจัยมุ่งอาศัยประสบการณ์ของไต้หวันเพื่อเป็นตัวอย่างของบริษัทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถช่วยเปลี่ยนผ่านระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นเผด็จการให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกัน ประสบการณ์ของไต้หวันก็สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของสมมติฐานว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในฐานะ “อำนาจที่ธารงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” จากนั้นในส่วนที่ 3 คณะผู้วิจัยจะอาศัยประสบการณ์ของมาเลเซียเพื่อเป็นตัวอย่างของบริษัทที่ถ่วงนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ไปปรับใช้อาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี

2. ไต้หวัน: ความสำเร็จของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ และองค์ประกอบที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยเริ่มต้นด้วยการแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์เฉพาะตัวของระบบรัฐธรรมนูญและประสบการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไต้หวัน (ส่วนที่ 2.1) ก่อนที่จะนำเสนอ (ส่วนที่ 2.2) และวิเคราะห์ (ส่วนที่ 2.3) คำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งสะท้อนการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบที่กรอบดังกล่าวควรพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อที่จะได้มีความสมบูรณ์แบบมากยิ่งขึ้น

2.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสองประการที่ปรากฏในระบบรัฐธรรมนูญไต้หวัน

ในบทที่ 2 คณะผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชไนตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าในรัฐหนึ่ง ๆ จะมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เพียงอำนาจเดียว โดยอำนาจนั้นสะท้อนภาพความสมานฉันท์ของปวงชนในสังคม แต่หากลองพิจารณาโครงสร้างระบบรัฐธรรมนูญของไต้หวันตามรัฐธรรมนูญ ROC ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้เหนือดินแดนดังกล่าวให้ดี จะ

พบว่าโครงสร้างเช่นว่าขัดแย้งกับสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ อย่างชัดเจน โดยเราจะเห็นได้ถึงความขัดแย้งและการดำรงอยู่ร่วมกันของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสองประการภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC ได้แก่ **อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน** (อันหมายถึงชาวจีน (Chinese people) เหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดไม่ใช่แค่เหนือเกาะไต้หวัน) และ **อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไต้หวัน**

เบื้องต้น การทำความเข้าใจแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้ระบบโครงสร้างรัฐธรรมนูญของไต้หวันนั้นจะต้องพิจารณาบริบททางประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญ ROC ประกอบ รัฐธรรมนูญ ROC นั้นถูกจัดทำขึ้นในช่วงกลางทศวรรษที่ 1940 อันเป็นช่วงเวลาที่ยังสงครามกลางเมืองระหว่างรัฐบาลพรรค KMT นำโดยนายพลเจียง ไคเชก กับพรรคคอมมิวนิสต์จีน (Chinese Communist Party ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พรรค CCP”) นำโดยเหมา เจ๋อตง (Mao Zedong) กำลังดำเนินไปอย่างคึกฤทธิ์ ในช่วงเวลาดังกล่าว รัฐบาล KMT ได้ผลักดันให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อสถาปนาสาธารณรัฐจีนที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีประธานาธิบดีเป็นประมุข¹⁴⁴ รัฐธรรมนูญ ROC ได้รับการให้สัตยาบันจากสมัชชาชาตินิยมแห่งชาติ (National Constituent Assembly) ซึ่งมีสมาชิกเสียงข้างมากเป็นสมาชิกพรรค KMT (ส่วนพรรค CCP ปฏิเสธการเข้าร่วม) เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม ค.ศ.1946 ณ กรุงหนานจิง (Nanjing) (ปัจจุบันเป็นเมืองเอกของมณฑลเจียงซู (Jiangsu Province) สาธารณรัฐประชาชนจีน) สำหรับมณฑลไต้หวันนั้นได้ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมจำนวน 18 คน จากสมาชิกสมัชชาชาตินิยมแห่งชาติที่เข้าร่วมประชุม 1,701 คน¹⁴⁵ ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับสัตยาบันมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการในวันเดียวกันหนึ่งปีให้หลัง¹⁴⁶ การที่รัฐธรรมนูญ ROC ได้รับสัตยาบันจากสมัชชาชาตินิยมแห่งชาติเป็นเครื่องยืนยันว่ารัฐธรรมนูญ ROC ได้รับอาณัติมาจาก **“อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน”**¹⁴⁷

อย่างไรก็ตาม เมื่อเวลาผ่านไปจนถึงค.ศ.1949 รัฐบาล KMT ประสบความพ่ายแพ้ในสงครามกลางเมืองและต้องถอยร่นไปตั้งหลักที่มณฑลไต้หวัน (ได้แก่ เกาะไต้หวันและบริเวณโดยรอบ) ส่วนพรรค CCP ซึ่งเป็นผู้ชนะสงครามได้สถาปนาสาธารณรัฐประชาชนจีน (the People's Republic of China) ขึ้น โดยสาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของตนเอง (ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1954 ค.ศ.1975 ค.ศ.

¹⁴⁴ โปรดดูมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ ROC

¹⁴⁵ สำหรับประวัติการจัดทำรัฐธรรมนูญ ROC see Chien-Chih Lin, ‘The Birth of the Constitution of the Republic of China’ in Kevin YL Tan and Michael Ng, *Constitutional Foundings in Northeast Asia* (Hart 2022) 103-127.

¹⁴⁶ ข้อมูลอย่างเป็นทางการของรัฐธรรมนูญ ROC: <https://english.president.gov.tw/Page/93>.

¹⁴⁷ Werner Somers, *The State of Taiwan: From International Law to Geopolitics* (Brill 2023) 660-661.

1978 และค.ศ.1982 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน)¹⁴⁸ ส่วนรัฐบาล KMT ซึ่งล่าถอยมายังไต้หวันก็ได้บังคับใช้รัฐธรรมนูญ ROC เหนือดินแดนดังกล่าว นายพลเจียงไคเช็คการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC ซึ่งอ้างอิงความชอบธรรมจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน เพื่ออ้างความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด ขณะเดียวกัน การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ROC เหนือไต้หวันยังมีผลในทางกฎหมายเป็นการปฏิเสธตัวตนของปวงชนไต้หวัน (Taiwanese people) ไปในตัว¹⁴⁹ ดังจะได้นำเสนอต่อไป การอาศัยรัฐธรรมนูญ ROC รวมไปถึงกลไกตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้เพื่อรักษาความชอบธรรมของรัฐบาล KMT ยังส่งผลให้ไต้หวันตกอยู่ภายใต้การปกครองระบอบเผด็จการมาอย่างยาวนานจนถึงค.ศ.1991 หากพิจารณาเชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ การที่รัฐบาล KMT อาศัยรัฐธรรมนูญ ROC เพื่อปฏิเสธตัวตนของปวงชนไต้หวันโดยเฉพาะระหว่างค.ศ.1949 และค.ศ.1991 นั้นขัดแย้งกับสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองที่รู้และสมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เนื่องจากแนวทางดังกล่าวไม่เพียงแต่ทำให้พลเมืองของไต้หวันซึ่งเป็นผู้ที่อยู่ใต้บังคับของรัฐธรรมนูญ ROC ตามความเป็นจริงไม่อาจใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ แต่แนวทางดังกล่าวยังทำให้ยังตัวตนของปวงชนชาไต้หวันกลายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยจะได้นำเสนอให้เห็นว่านับตั้งแต่ค.ศ.1991 เป็นต้นมา ได้เกิดกระแสเรียกร้องประชาธิปไตยในหมู่ชาไต้หวัน ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นผลักดันให้รัฐบาล KMT ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ROC ให้สะท้อนเจตจำนงและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันมากยิ่งขึ้นดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าค.ศ.1991 เป็นจุดเริ่มต้นของการที่ตัวตนของปวงชนไต้หวันเริ่มถูกรับรองในระบบรัฐธรรมนูญ¹⁵⁰ คณะผู้วิจัยใคร่ขออภิปรายภาพของการอยู่ร่วมกันของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งสองประเภทในระบบรัฐธรรมนูญของไต้หวันดังต่อไปนี้

2.1.1 รัฐธรรมนูญ ROC สมัชชาแห่งชาติ และการระงับใช้รัฐธรรมนูญ: เครื่องมือสถาปนาและอ้างไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน (เพื่อปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน)

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะได้นำเสนอถึงโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ในฐานะรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน ตลอดจนแนวทางของพรรค KMT ที่ส่งผลให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในไต้หวัน

¹⁴⁸ Bui Ngoc Son, 'Globalization of Constitutional Identity ' (2017) 26 Washington International Law Journal 463, 517-522.

¹⁴⁹ See Hui-Ching Chang and Richard Holt, *Language, Politics and Identity in Taiwan Naming China* (Routledge 2015) 196.

¹⁵⁰ Shelley Rigger, 'Competing conceptions of Taiwan's identity: The irresolvable conflict in cross-strait relations' (1997) 6 Journal of Contemporary China 307, 307.

2.1.1.1 โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ในฐานะรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน

โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากดร.ซุน ยัตเซ็น (Sun Yat-sen) ประธานพรรค KMT คนแรก โดยเฉพาะแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 5 ฝ่าย (yuans) อันประกอบด้วย อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ตามแบบมงเตสกีเออ ผนวกกับอำนาจอีกสองประการซึ่งสะท้อนแนวคิดตามธรรมเนียมจีน ได้แก่ อำนาจควบคุม (control yuan) ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการเงิน ป้องกันการทุจริตภาครัฐ และอำนาจสอบคัดเลือกบุคคล (examination yuan) ซึ่งทำหน้าที่เฟ้นหาบุคคลที่มีความสามารถให้เข้ามาร่วมงานกับภาครัฐ¹⁵¹

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่คุณะผู้วิจัยให้ความสนใจเป็นพิเศษคือเหนือโครงสร้างการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 5 ฝ่าย ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญ ROC ได้สถาปนา**สมัชชาแห่งชาติ (National Assembly)** ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ของปวงชนชาวจีนทั้งผองขึ้น โดยสถานนี้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และประกอบด้วยผู้แทนจากชาวจีน ทิเบต มองโกเลีย ชนกลุ่มน้อย ชาวจีนโพ้นทะเล รวมไปถึงกลุ่มสตรี¹⁵² สมัชชาแห่งชาติชุดแรกได้รับการเลือกตั้งเหนือแผ่นดินจีนเมื่อค.ศ.1947 ในส่วนของอำนาจตามกฎหมาย สมาชิกสมัชชาแห่งชาติมีอำนาจในการเลือกประธานาธิบดี ตลอดจนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁵³ โดยมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญ ROC ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม กำหนดช่องทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ 2 ช่องทาง ได้แก่¹⁵⁴

¹⁵¹ Chang-fa Lo, 'Taiwan: External Influences mixed with traditional elements to form its unique legal system' in Ann Black and Gary Bell (eds), *Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, adaptations, and innovations* (Cambridge University Press 2011) 101-102.

¹⁵² มาตรา 25, 26, 28 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

¹⁵³ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

¹⁵⁴ มาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญ ROC:

“Amendments to the Constitution shall be made in accordance with one of the following procedures:

1. Upon the proposal of one-fifth of the total number of the delegates to the National Assembly and by a resolution of three-fourths of the delegates present at a meeting having a quorum of two-thirds of the entire Assembly, the Constitution may be amended.

2. Upon the proposal of one-fourth of the Members of the Legislative Yuan and by a resolution of three-fourths of the Members present at a meeting having a quorum of three-fourths of the Members of the Yuan, an amendment may be drawn up and submitted to the National Assembly by way of referendum. Such a proposed amendment to the Constitution shall be publicly published half a year before the National Assembly convenes.”

<<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>>.

(ก) ช่องทางแรกคือสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 1 ใน 5 มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ข้อเสนอต้องได้รับคะแนนอนุมัติจากที่ประชุมสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยคะแนนไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของสมาชิกที่มาประชุม โดยองค์ประชุมต้องมีจำนวนสมาชิกเข้าร่วมประชุม 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด

(ข) ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจกระทำโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติจำนวน 1 ใน 4 โดยต้องได้รับการอนุมัติจากสมัชชาแห่งชาติ

หากอธิบายโดยอาศัยทฤษฎีของรอชไน การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมัชชาแห่งชาติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญมอบหมายให้สภาแห่งนี้เป็นผู้ใช้ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ” (ในนามปวงชนชาวจีน) การดำรงอยู่ของสมัชชาแห่งชาติควบคู่ไปกับสภานิติบัญญัติ (legislative yuan) และสภาควบคุม (control yuan) ทำให้ระบบรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC แบบดั้งเดิมเป็น “ระบบตรีสภา” (tricameralism)¹⁵⁵

2.1.1.2 การทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในไต้หวัน

ภายหลังการประกาศใช้เมื่อค.ศ.1947 รัฐธรรมนูญ ROC แทบไม่เคยได้มีโอกาสบังคับใช้เหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเลย อันที่จริง รัฐธรรมนูญฉบับนี้แทบไม่เคยมีผลบังคับในทางปฏิบัติเลยจวบจนกระทั่งปลายทศวรรษที่ 1980s ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่าระหว่างสงครามกลางเมืองระหว่างพรรค KMT และพรรค CCP กำลังดำเนินไป เจียง ไคเชกได้ขยายอำนาจตนเองทั้งโดยการประกาศกฎอัยการศึก และโดยอาศัยสมัชชาแห่งชาติ (ซึ่งเกือบทั้งหมดเป็นสมาชิกพรรค KMT) ในค.ศ.1948 สมัชชาแห่งชาติได้ผ่าน “บทบัญญัติชั่วคราวสำหรับต่อต้านกบฏคอมมิวนิสต์” (Temporary Provisions against the Communist Rebellion ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บทบัญญัติชั่วคราว ฯ”) ซึ่งมีผลระงับใช้รัฐธรรมนูญ ROC โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องด้วยการเลือกตั้งประธานาธิบดี ต่อมา ในปีค.ศ.1949 เจียงฟ่ายแพ้ต่อเหมาเจ๋อตงล่าถอยมายังมณฑลไต้หวัน (ได้แก่ เกาะไต้หวันและเกาะข้างเคียงซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของญี่ปุ่นตั้งแต่ค.ศ.1895 ก่อนจะหวนกลับมาอยู่ในอาณัติของรัฐบาลสาธารณรัฐจีนภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงเมื่อค.ศ.1945) และพยายามทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในดินแดนดังกล่าว โดยอาศัยกลไกดังต่อไปนี้¹⁵⁶

¹⁵⁵ สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติม see Jiang Qing, ‘The Supervisory System of Confucian Constitutionalism: Reflections on the Supervision of the State by the Academy’ in Daniel A. Bell and Ruiping Fan (eds), *A Confucian Constitutional Order: How China's Ancient Past Can Shape Its Political Future* (Princeton University Press 2013).

¹⁵⁶ สำหรับรายละเอียดการปกครองไต้หวันยุคอาณานิคม see Tay-sheng Wang and I-Hsun Sandy Chou, ‘The Emergence of Modern Constitutional Culture in Taiwan’ (2010) 5 National Taiwan University Law Review 1, 6-13.

(ก) รัฐธรรมนูญ ROC และสมัชชาแห่งชาติ – นับตั้งแต่ค.ศ.1949 เจียงไคเช็คใช้ทั้งรัฐธรรมนูญ ROC กฎอัยการศึก และบทบัญญัติชั่วคราว ๆ เหนือดินแดนที่เป็นมณฑลไต้หวัน นอกจากรัฐบาล KMT แล้ว สมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวนหนึ่งก็ยังได้ลี้ภัยมายังมณฑลแห่งนี้ด้วย¹⁵⁷ เจียง (ซึ่งขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีจากการเลือกของสมัชชาแห่งชาติ) ได้อาศัยการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC และสมัชชาแห่งชาติชุดแรกที่ได้รับเลือกตั้งเหนือดินแดนจีนแผ่นดินใหญ่เมื่อค.ศ.1947 เป็นสัญลักษณ์เพื่อยืนยันว่าประธานาธิบดีและรัฐบาลสาธารณรัฐจีน (ที่ต้องถอยร่นไปยังมณฑลไต้หวัน) เป็นสถาบันที่มีความชอบธรรมเพราะได้รับการเลือกจากปวงชนชาวจีนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และเป็นผู้แทนของชาวจีนทั้งหมด¹⁵⁸ การปฏิเสธสถานะทางกฎหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน (พลเมืองท้องถิ่น) จึงมีความจำเป็นเพื่อรักษาความหวังของพรรค KMT ที่จะกลับไปครองอำนาจและรักษาความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเอาไว้ ทั้งนี้ หากพิจารณาจากทั้งมติการเมืองและกฎหมาย การยอมให้ชาวจีนไต้หวันสามารถกล่าวอ้างว่าตนเป็นกลุ่มปวงชนที่แยกต่างหากจากปวงชนชาวจีนย่อมมีผลปฏิเสธสถานะความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดของรัฐบาล KMT และทำให้รัฐบาลกลายเป็นเพียงรัฐบาลของไต้หวัน (ไม่ใช่รัฐบาลของแผ่นดินจีนทั้งหมด) เท่านั้น¹⁵⁹ ภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC ไต้หวันถูกมองว่าเป็นเพียงมณฑลหนึ่งของจีนแผ่นดินใหญ่ (และเป็นมณฑลขนาดเล็ก) ทำให้ได้รับการจัดสรรจำนวนผู้แทนในตรีสภาเป็นสัดส่วนน้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับมณฑลอื่น ๆ (ไต้หวันมีผู้แทนในสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเพียง 19 คน จาก 3,045 คน)¹⁶⁰

ข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่งซึ่งช่วยทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนยังคงดำรงอยู่จนถึงปัจจุบันก็คือรูปแบบที่ปรากฏของรัฐธรรมนูญ ROC จนถึงปัจจุบัน หากลองพิจารณาตัวบทของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่เผยแพร่อย่างเป็นทางการโดยรัฐบาล เราจะพบว่าตัวบทของกฎหมายดังกล่าวหาได้เคยถูกเปลี่ยนแปลงและตัดต่อเลยจนถึงปัจจุบัน นี่เป็นความตั้งใจของรัฐบาลสาธารณรัฐจีน สถานะ “ศักดิ์สิทธิ์” และ “เปลี่ยนแปลงมิได้” ของตัวบทดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงไว้ซึ่งแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ

¹⁵⁷ โปรดดูเนื้อหาส่วนนี้ประกอบ Chien-Chih Lin, ‘Law and Politics of the Constitutional Amendment in Taiwan’ in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi, *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendments* (Hart 2024) 119-123.

¹⁵⁸ Cheng-Yi Huang, ‘Unpopular Sovereignty: Constitutional Identity through the lens of the Sunflower and Umbrella Movements’ in Brian Christopher Jones (ed), *Law and Politics of the Taiwan Sunflower and Hong Kong Umbrella Movements* (Routledge 2017) 120-121.

¹⁵⁹ Ibid; Jiunn-rong Yeh, ‘The Cult of Fatung: Representational Manipulation and Reconstruction in Taiwan’ in Graham Hassall and Cheryl Saunders (eds), *The People’s Representatives: Electoral Systems in the Asia-Pacific Region* (Allen & Unwin 1997).

¹⁶⁰ Wang Fu-Chang, ‘A Prolonged Exile: National Imagination of the KMT Regime in Postwar Taiwan’ (2013) 52 *Oriens Extremus* 137, 149.

ปวงชนชาวจีนได้ช่วยธำรงไว้ซึ่งตัวตนและความต่อเนื่องของสถาบัน (นั่นก็คือรัฐบาลไต้หวันหรือสาธารณรัฐจีน)¹⁶¹

(ข) คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 31 และคำตีความลำดับที่ 85 – ครั้นเวลาผ่านไปจนถึงกลางทศวรรษที่ 1950s วาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาทั้งสมาชิกสภาแห่งชาติ สมาชิกสภานิติบัญญัติ และสมาชิกสภาควบคุม ซึ่งประกอบรวมกันเป็นระบบตรีสภาภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC นั้นต้องสิ้นสุดลงตามกฎหมาย ดังที่ได้นำเสนอไปการดำรงอยู่ของสมาชิกตรีสภาโดยเฉพาะสมาชิกสภาแห่งชาติเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญต่อการรักษาไว้ซึ่งสถานะความเป็นรัฐบาลจีนอันชอบธรรมเพียงรัฐบาลเดียวของรัฐบาล KMT การสิ้นวาระของสมาชิกสภาแห่งชาติจึงกระทบต่อสถานะทางกฎหมายและการเมืองของทั้งตัวเจียงและรัฐบาล KMT สิ่งที่เกิดขึ้นทำให้เจียงต้องหาวิธีแก้ไขเพื่อธำรงไว้ซึ่งความชอบธรรมของตนและรัฐบาลสาธารณรัฐจีน นักวิชาการตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าตัวของเจียง ไคเชกไม่อาจจัดให้มีการเลือกตั้งเฉพาะแต่มณฑลไต้หวันที่มีอำนาจตามความเป็นจริงได้ เนื่องจากพรรค KMT เคยก่อเหตุสังหารหมู่ชาวไต้หวันท้องถิ่นเอาไว้เมื่อค.ศ. 1947 ในสายตาของประชาชนท้องถิ่น รัฐบาลของเจียงจึงเป็นเพียงผู้รุกราน¹⁶² ดังนั้น หากจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกตรีสภาเฉพาะเหนือมณฑลไต้หวัน พรรค KMT ย่อมพ่ายแพ้อย่างแน่แท้ แต่ขณะเดียวกัน เจียงก็ไม่อาจระงับใช้หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญ ROC และปกครองแบบเผด็จการเบ็ดเสร็จได้เพราะนั่นเท่ากับว่ารัฐบาล KMT กำลังทำลายฐานความชอบธรรมทางกฎหมายของตนเอง¹⁶³ ข้อจำกัดที่ได้กล่าวมาทำให้เจียงเลือกที่จะอาศัยสภาผู้พิพากษาสูงสุด (The Council of Grand Justices) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ (judicial yuan) เป็นเครื่องมือสำหรับรักษาอำนาจของตนผ่านการอ้างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน¹⁶⁴ ตามรัฐธรรมนูญ ROC สภาผู้พิพากษาสูงสุดมีอำนาจในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ¹⁶⁵ ปัจจุบันสภาดังกล่าวถูกรู้จักในนาม “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งไต้หวัน” (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan)) เพื่อความสะดวกในการอธิบายคณะผู้วิจัยจะเรียกสภาแห่งนี้ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน”)

ในคำตีความลำดับที่ 31 (Judicial Yuan Interpretation no.31) ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยปัญหาว่า “หากการเลือกตั้งสมาชิก[ตรี]สภาชุดที่สองไม่อาจดำเนินการได้ ... ด้วยเหตุแห่งภัยต่อความมั่นคง สมาชิกสภาชุดแรกจะสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปแม้วาระของตนจะสิ้นสุดลง [ตามรัฐธรรมนูญ] ได้หรือไม่” ซึ่ง

¹⁶¹ Chen, ‘When the Temporary’, 106, 118.

¹⁶² Lung-chu Chen and WM Reisman, ‘Who Owns Taiwan’ (1972) 81 Yale Law Journal 599, 613.

¹⁶³ Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009) 173-174.

¹⁶⁴ Ibid 111-112.

¹⁶⁵ มาตรา 78 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

สุดท้าย ศาลได้อนุญาตให้สมาชิกสภาชุดแรกสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้¹⁶⁶ ต่อมา ในคำตีความลำดับที่ 85 ศาลยังได้ตีความว่าการนัดประชุมของสมัชชาแห่งชาติ (เนื่องจากมีสมาชิกบางส่วนไม่อาจเดินทางมายังไต้หวันได้) ให้คำนวณจาก “จำนวนสมาชิกที่สามารถเข้าร่วมประชุม ณ สถานที่ทำการของรัฐบาลกลาง” (“are still able to convene at the location of the Central Government”)¹⁶⁷ คำตีความลำดับที่ 31 และคำตีความที่ 85 สะท้อนบทบาทของศาลในฐานะ “ตรายาง” ที่คอยรับรองความชอบธรรมให้แก่รัฐบาล โดยคำตีความแรกมีผลทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดแรกไม่เคยถูกเลือกตั้งใหม่ (อาจมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างลง แต่ไม่เคยมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาแห่งนี้ใหม่ (รวมถึงสมาชิกตรีสภา) ในระดับชาติ) เลยจนกระทั่งค.ศ.1991¹⁶⁸ หากกล่าวให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้นไปอีก คำตีความลำดับที่ 31 ส่งผลทางลบต่อสมมติฐานทั้งสามประการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ อย่างมีนัยสำคัญ การที่ศาลอนุญาตให้สมัชชาแห่งชาติชุดแรกสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้จนกว่าจะมีการเลือกตั้งใหม่ทำให้ระหว่างค.ศ.1954 และค.ศ.1990 ชาวไต้หวันไม่อาจขับเคลือนในฐานะพลเมืองที่รับรู้ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการเข้าไปออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตน หากแต่อำนาจให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนสามารถดำรงอยู่อย่างเป็นสถาบันในระบบรัฐธรรมนูญของไต้หวันในลักษณะที่ปฏิเสธการดำรงอยู่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน

(ค) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติชั่วคราว ๆ – สมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดแรก (ที่ได้รับอนุญาตจากศาลให้ดำรงตำแหน่งไประหว่างรัฐบาลยังต้องเผชิญกับภัยต่อความมั่นคง) ได้ใช้อำนาจอนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติชั่วคราว ๆ เพื่อปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันด้วยการระงับใช้บทบัญญัติของ

¹⁶⁶ Judicial Yuan Interpretation no. 31 : <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310212> (Translated by Professor Jau-Yuan Hwang).

¹⁶⁷ Judicial Yuan Interpretation no. 85 : <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310266> (Translated by Professor Jau-Yuan Hwang).

¹⁶⁸ Chien-Chih Lin, ‘We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities’ in Richard Albert, Menaka Guruswamy, and Nishchal Basnyat, *Founding Moments in Constitutionalism* (Hart 2019) 186-187; Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, ‘An Evolving Court with Changing Functions: The Constitutional Court and Judicial Review in Taiwan’ in Albert H. Y. Chen and Andrew Harding (eds), *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018) 118-119; Wen-Chen Chang, ‘The Constitutional Court of Taiwan’ in András Jakab, Arthur Dyevre, Katholieke, and Giulio Itzcovich (eds), *Comparative Constitutional Reasoning* (Cambridge University Press 2017) 641.

รัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งได้ไม่เกินสองวาระ เปิดช่องให้เจียง ไคเชกซึ่งอ้างความชอบธรรมว่าตนได้รับการเลือกจากสมาชิกแห่งชาติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนชาวจีนทั้งหมดผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและปกครองแบบเผด็จการได้ถึงสี่วาระระหว่างค.ศ.1950 จนถึงแก่กรรมเมื่อค.ศ.1975 รวมทั้งด้วยการเพิ่มอำนาจให้ประธานาธิบดีมีอำนาจควบคุมจำนวนสมาชิกตรีสภาทำให้การเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติชุดใหม่เพื่อเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เกิดขึ้น¹⁶⁹ ด้วยเหตุที่สมาชิกสมาชิกแห่งชาติชุดแรกไม่เคยถูกเลือกตั้งใหม่เลยและยังเป็นตรายางให้กับระบอบเผด็จการทำให้ประชาชนได้หัวนุ่นใหม่ (ที่เกิดและเติบโตบนเกาะไต้หวันและต่อต้านรัฐบาล KMT) ขนานนามสมาชิกเหล่านี้ว่า “โจรเก่า” (“old thieves”) คือเป็นเพียงสัญลักษณ์ของความหวังของรัฐบาล KMT ที่จะหวนครองอำนาจเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด แต่ไม่มีความเชื่อมโยงใด ๆ กับชาวไต้หวันเลย¹⁷⁰

2.1.2 บทบัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีนในฐานะเครื่องมือที่ช่วยสถาปนาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันอย่างค่อยเป็นค่อยไป

การที่ตัวบทรัฐธรรมนูญ ROC ไม่เคยถูกแก้ไขมิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มีเคยถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับบริบทของไต้หวัน ตรงกันข้าม การแก้ไขรัฐธรรมนูญ (ในรูปแบบที่เป็นเอกลักษณ์) ไม่เพียงแต่ทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันค่อย ๆ ถูกพัฒนาขึ้น หากแต่ยังช่วยให้ไต้หวันประสบความสำเร็จในการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตย หากสังเกตในส่วนท้ายของรัฐธรรมนูญ ROC นับตั้งแต่ค.ศ.1991 เป็นต้นมา เราจะพบบทบัญญัติที่เรียกว่า “บทบัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน” (Additional Articles of the Constitution of the Republic of China ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บทบัญญัติเพิ่มเติม ๓”) ซึ่งมีผลแก้ไขเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบต่อท้าย (แทนที่จะแก้ไขตัวรัฐธรรมนูญโดยตรง) ช่วยผสมผสานการอ้างไว้ซึ่งตัวตนของรัฐบาลไต้หวันที่ยกต่างหากจากรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเข้ากับความจำเป็นที่ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้สะท้อน “เจตจำนงของปวงชนไต้หวัน” และให้เหมาะสมกับบริบทของไต้หวันมากขึ้น¹⁷¹ ปัจจุบัน (พ.ศ.2567) รัฐธรรมนูญ ROC ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๓ สำเร็จจำนวน 7 ครั้ง ได้แก่ เมื่อค.ศ.1991 ค.ศ.1992 ค.ศ.1994 ค.ศ.1997 ค.ศ.1999 ค.ศ.2000 และค.ศ.

¹⁶⁹ มาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญ ROC; Lin, ‘Law and Politics’, 127-128.

¹⁷⁰ CL Chiou, *Democratizing Oriental Despotism: China from 4 May 1919 to 4 June 1989 and Taiwan from 28 February 1947 to 28 June 1990* (St Martin’s Press 1995) 108.

¹⁷¹ คำปรารภของบทบัญญัติเพิ่มเติม ๓ ยังได้ระบุไว้ชัดเจนว่าบทบัญญัตินี้ถูกตราขึ้น “เพื่อตอบสนองความต้องการของชาติก่อนการรวมประเทศ” (“To meet the requisites of the nation prior to national unification, ...”) สิ่งดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติเพิ่มเติม ๓ ยังคงยึดมั่นต่อนโยบาย “จีนเดียว” และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีนถือเป็นรัฐบาลเดียวของจีนที่มีความชอบธรรม บทบัญญัติเพิ่มเติม ๓: <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>; Lin, ‘We the Taiwanese People’, 188-193.

2005¹⁷² แต่เหตุการณ์และเนื้อหาของการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ที่คณะผู้วิจัยให้ความสนใจเป็นพิเศษและจะใช้วิเคราะห์ศักยภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ได้แก่ การตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ซึ่งนำไปสู่การปฏิรูปและยกเลิกสถาบันที่เป็นหนึ่งในสัญลักษณ์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน นั่นก็คือสมัชชาแห่งชาติ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นต่อไปว่าตัวบทรัฐธรรมนูญ ROC ในส่วนนี้เข้าข่ายเป็นตัวบทที่สมควรถูกแก้ไขหากพิจารณาภายใต้มุมมองแบบรอชไน

อนึ่ง คณะผู้วิจัยใคร่ขอให้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่ากว่าที่สมัชชาแห่งชาติจะถูกเลิกอย่างเป็นทางการต้องรอจนกระทั่งการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ครั้งที่ 7 เมื่อค.ศ.2005 นั้นจึงหมายความว่าก่อนหน้าค.ศ.2005 สมัชชาแห่งชาติได้ดำรงอยู่มาแล้วเหนือแผ่นดินไต้หวันเป็นเวลากว่า 6 ทศวรรษ โดยที่สมาชิกของสภาแห่งนี้ยังได้รับสิทธิพลประโยชน์ต่าง ๆ การแก้ไขบทบัญญัติชั่วคราว ๗ เมื่อค.ศ.1960 ยังช่วยอำนวยให้สมัชชาแห่งชาติกลายเป็น “สถาบันถาวร” ที่มีฝ่ายวิจัยและฝ่ายธุรการเป็นของตนเอง (ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญ ROC ประสงค์จะให้เรียกประชุมสมัชชาดังกล่าวเฉพาะยามที่ต้องเลือกประธานาธิบดีและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ)¹⁷³ ด้วยสภาพความเป็นจริงที่ได้กล่าวมา การยกเลิกสมัชชาแห่งชาติจึงมิใช่สิ่งที่จะสามารถดำเนินการได้อย่างฉับพลันทันใด หากแต่ต้องดำเนินการอย่าง “ค่อยเป็นค่อยไป”¹⁷⁴ ที่สำคัญคือหากพิจารณาข้อเท็จจริงระหว่างค.ศ. 1949 และค.ศ.1991 การจะปฏิรูปและยกเลิกสมัชชาแห่งชาติโดยฉับพลันผ่านการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันก็เป็นสิ่งเป็นไปไม่ได้ทั้งทางการเมืองและในทางทฤษฎีกฎหมายเพราะการดำรงอยู่ซึ่งสมัชชาแห่งชาติเท่ากับเป็นการปฏิเสธตัวตนของอำนาจประการนี้ในทางกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในช่วงก่อนการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗

ในช่วงทศวรรษที่ 1990s ได้เกิดเหตุการณ์สำคัญที่ช่วยปูทางไปสู่การปฏิรูปและยกเลิกสมัชชาแห่งชาติได้สำเร็จสองเหตุการณ์ เหตุการณ์แรก ได้แก่ การขับเคื้อนภาคประชาชนและนักศึกษาที่รู้จักกันในนาม “ขบวนการดอกกลีลิ่ป่า” (Wild Lily movement) เรียกร้องให้บรรดา “โจรเผ่า” ก้าวลงจากตำแหน่งเพื่อเปิดทางให้มีการจัดการเลือกตั้งสมัชชาแห่งชาติชุดใหม่¹⁷⁵ ส่วนอีกเหตุการณ์คือความพยายามของสมัชชาแห่งชาติที่จะขยายอำนาจตนเองผ่านการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ครั้งที่ 5 อันสร้างความไม่พอใจแก่

¹⁷² สำหรับสรุปรายละเอียดของบทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ทั้ง 7 ครั้ง see Bui, ‘Constitutional Amendment’, 120-122.

¹⁷³ Lin, ‘Law and Politics’, 127.

¹⁷⁴ Albert HY Chen, ‘Constitutional Change in Hong Kong and Taiwan in the Late Twentieth Century: A Comparative Perspective’ in Chang-fa Lo, Nigel N.T. Li, and Tsai-yu Lin (eds), *Legal Thoughts Between the East and the West in the Multilevel Legal Order: A Liber Amicorum in Honour of Professor Herbert Han-Pao Ma* (Springer 2016) 118.

¹⁷⁵ Lung-chu Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective* (3rd ed, Oxford University Press 2015) 55.

สาธารณชนเป็นวงกว้าง สิ่งที่น่าสนใจคือสถาบันที่มีบทบาทสำคัญที่มีส่วนช่วยผลักดันให้การปฏิรูปและยกเลิกสมาชิกพรรคแห่งชาติเป็นไปได้สำเร็จก็คือสถาบันที่เคยช่วยอำนวยความสะดวกให้ “บรรดาโจรเฒ่า” สามารถดำรงตำแหน่งอยู่ได้โดยไม่เคยถูกเลือกตั้งใหม่ในระดับชาติอย่างศาลรัฐธรรมนูญ คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่อำนวยความสะดวกให้การปฏิรูปและยกเลิกนี้เกิดขึ้น ได้แก่ คำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 คำตีความฉบับหลังยังเป็นครั้งแรกที่ศาลยืนยันถึงอำนาจของตนในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การวิเคราะห์การปูทางไปสู่การยกเลิกสมาชิกพรรคแห่งชาติผ่านคำตีความทั้งสองจะช่วยให้เราสามารถเห็นถึงศักยภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ และองค์ประกอบที่รอบประการณ์นี้ควรพิจารณาเพิ่มเติม

2.2 คำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 ของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 31 มีผลทำให้ไต้หวันไม่มีการเลือกตั้งสมาชิกพรรคแห่งชาติใหม่ในระดับชาติเลยระหว่างค.ศ.1947 จนถึงค.ศ.1991 แต่ครั้งเวลาผ่านไปจนถึงทศวรรษที่ 1980s สมาชิกสภาแห่งนี้ได้เริ่มทยอยเสียชีวิตลง บ้างก็มีสุขภาพทรุดโทรม ขณะเดียวกัน สมาชิกพรรค KMT ส่วนหนึ่งก็เริ่มตระหนักดีว่า “ความฝัน” ที่รัฐบาลสาธารณรัฐจีนจะหวนกลับไปครองอำนาจเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในทางความเป็นจริง (สหประชาชาติเองได้ปฏิเสธสมาชิกภาพของสาธารณรัฐจีน และยอมรับว่ารัฐบาลสาธารณรัฐประชาชนเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเมื่อค.ศ.1971)¹⁷⁶ และคิดหาแนวทางที่ปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ROC นอกจากรัฐบาล KMT จะได้ยกเลิกกฎอัยการศึกเมื่อค.ศ.1987 (หลังจากใช้บังคับมากกว่า 4 ทศวรรษ) รัฐบาลโดยเฉพาะภายใต้การนำของประธานาธิบดีลี เต็งฮุย (Lee Teng-Hui) ยังพยายามหาทางปฏิรูปสมาชิกพรรคแห่งชาติโดยเฉพาะด้วยการ “หาทางลง” ให้กับสมาชิกชุดแรก เช่น นโยบายเกษียณโดยสมัครใจพร้อมบำนาญ¹⁷⁷ ในขณะที่ภายนอกสภา ประชาชนคนรุ่นใหม่ที่เกิดและเติบโตบนเกาะไต้หวันที่ไม่พอใจกับรัฐบาลเผด็จการได้รวมตัวกันเป็นขบวนการดอกทิวลิปป่าเรียกร้องให้มีการเลือกตั้งสมาชิกพรรคแห่งชาติชุดใหม่ จนในค.ศ.1990 ได้มีสมาชิกพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้า (Democrat Progressive Party ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พรรค DPP”) ซึ่งเป็นฝ่ายค้าน¹⁷⁸ ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทบทวนการตีความลำดับที่ 31 คำร้องของสมาชิกพรรค DPP นำไปสู่การจัดทำคำตีความลำดับที่ 261 เมื่อค.ศ.1990 คำตีความดังกล่าวยังเป็นรากฐานของการจัดทำคำตีความลำดับที่ 499 ในอีก 10 ปีให้หลัง

¹⁷⁶ Resolution of the United Nations General Assembly 2758.

¹⁷⁷ Wei-Bin Zhang, *Taiwan's Modernization: Americanization and Modernizing Confucian Manifestations* (World Scientific Publishing 2003) 67.

¹⁷⁸ อาศัยคำแปลจาก ‘วิเคราะห์ผลเลือกตั้งไต้หวัน พรรค DPP ยังครองรัฐบาล แต่ทำไมพรรคลำดับ 3 มาแรงขึ้น’ (Prachatai, 17 มกราคม 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/01/107667>> เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2567.

2.2.1 คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 261: การปฎิบัติไปสู่การสร้างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันในระบบกฎหมาย

คำตีความลำดับที่ 261 มีประเด็นปัญหากฎหมายหลักที่ศาลต้องตีความ ได้แก่ ประเด็นที่ว่า “บรรดาสมาชิกตรีสภาที่ได้รับการเลือกตั้งเมื่อค.ศ.1947 ณ ดินแดนจีนทั้งหมดจะสามารถอยู่ปฏิบัติหน้าที่ได้ตลอดไปโดยไม่ต้องมีการเลือกตั้งใหม่หรือไม่”¹⁷⁹ เบื้องต้น ศาลยืนยันว่าช่วงเวลาที่มีการจัดทำคำตีความลำดับที่ 31 สาธารณรัฐจีนต้องเผชิญกับภัยคอมมิวนิสต์ การให้บรรดาสมาชิกตรีสภาอยู่ในตำแหน่งต่อไปแม้วาระของตนจะสิ้นสุดลงไปแล้วตามรัฐธรรมนูญจนกว่าจะจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการอำนวยให้ระบบการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 5 ฝ่ายภายใต้รัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ต่อไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลในคำตีความลำดับที่ 261 ไม่แต่เพียงไม่ปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน และยังช่วยรักษาอำนาจของพรรค KMT เอาไว้¹⁸⁰

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความต่อไปว่าคำตีความลำดับที่ 31 รัฐธรรมนูญ ROC และบทบัญญัติชั่วคราว ๆ หาได้อนุญาตให้สมาชิกตรีสภาสามารถดำรงตำแหน่งอยู่ได้โดยไม่ต้องเลือกตั้งใหม่ ตรงกันข้าม ศาลเน้นย้ำถึงความสำคัญของการเปิดโอกาสให้ประชาชน (ซึ่งสะท้อนเป็นนัยถึงปวงชนไต้หวัน) สามารถแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตนผ่านการเข้าไปมีส่วนในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตน¹⁸¹ แต่ขณะเดียวกัน ศาลก็รับรู้ว่าการเลือกตั้งเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเป็นสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้ในความเป็นจริง การเลือกตั้งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เหนือ “อาณาเขตอิสระ” (“free territory”) นั่นก็คือพื้นที่ของเกาะไต้หวันและเกาะโดยรอบ ทั้งยังยอมรับความเป็นจริงว่ามาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ ROC ซึ่งกำหนดองค์ประกอบของสมาชิกสภาแห่งชาติให้ต้องประกอบด้วยผู้แทนจากชาวจีน ทิเบต มองโกเลีย ชนกลุ่มน้อย ชาวจีนโพ้นทะเล และกลุ่มสตรี ยังอยู่ในช่วงที่ “ไม่อาจใช้บังคับได้อย่างเต็มที่” (“not entirely applicable at the present time”)¹⁸² คำตีความส่วนนี้สะท้อนให้เห็นว่าศาลรับรู้ถึงกระแสเรียกร้องประชาธิปไตยในหมู่ “ชาวไต้หวัน” ตลอดจนยอมรับว่าบทบัญญัติมาตรา 26 ไม่สะท้อนสภาวะที่แท้จริงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC ในปลายศตวรรษที่ 20 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับระบบตรีสภาจึงจำเป็นต้องได้รับ “การตีความใหม่ภายใต้บริบททางสังคมที่แปรเปลี่ยนไป”¹⁸³ สุดท้าย ศาลได้สั่งให้รัฐบาลไป “จัดทำแผนการที่เหมาะสม” ที่จะอำนวยให้การเลือกตั้งสมาชิกตรีสภาชุดใหม่ซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนแห่ง “อาณาเขตอิสระ” สามารถเกิดขึ้น ศาลยังสั่งให้

¹⁷⁹ Judicial Yuan Interpretation no. 261 : <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310442> (translated by Translated by Nigel N. T. LI) และโปรดดูเนื้อหาคำตีความจากอ้างอิงนี้.

¹⁸⁰ Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, 146.

¹⁸¹ Po Jen Yap and Chien-Chih Lin, *Constitutional Convergence in East Asia* (Cambridge University Press 2022) 139.

¹⁸² โปรดดูส่วนของเหตุผลของการตีความ (reasoning) ของคำตีความลำดับที่ 261.

¹⁸³ Ginsburg, *Judicial Review*, 146.

สมาชิกตรีสภาชุดแรกที่ไม่เคยได้รับการเลือกตั้งใหม่เลยจะต้องก้าวลงจากตำแหน่งภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ.1991¹⁸⁴

กล่าวให้ถึงที่สุด คำตีความลำดับที่ 261 มีผลลดระดับความเข้มข้นของแนวคิดอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนชาวจีน และส่งสัญญาณว่ารัฐจะต้องสถาปนาแนวคิด “เรา ปวงชนชาวไต้หวัน” (“We the Taiwanese People”) ในฐานะ “แนวคิดทางกฎหมาย” ให้เกิดขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญควบคู่กับ นโยบายจีนเดียว¹⁸⁵ คำตีความลำดับที่ 261 ปูทางไปสู่การตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 1 ซึ่งได้แบ่งแยก พื้นที่ของจีนส่วนที่เรียกว่า “อาณาเขตอิสระ” (free area) ซึ่งอยู่ใต้อำណัติของรัฐบาลสาธารณรัฐจีน (เกาะ ไต้หวันและเกาะรอบข้าง) ออกจากพื้นที่ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพรรค CCP (นั่นก็คือสาธารณรัฐประชาชน จีน) โดยกำหนดให้การใช้อำนาจทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC ทั้งหมดรวมถึงการเลือกตั้งสมาชิกตรีสภา (รวมถึงสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ) จำกัดอยู่เฉพาะเหนือดินแดนส่วนแรก¹⁸⁶ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเป็นจุดเริ่มต้นของการแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันออกจากอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนในระบบกฎหมาย¹⁸⁷

สถานะของปวงชนชาวไต้หวันปรากฏชัดเจนยิ่งขึ้นไปอีกภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 3 ซึ่งยกเลิกอำนาจของสมัชชาแห่งชาติในการเลือกประธานาธิบดี แล้วให้ประชาชนมีสิทธิเลือกประธานาธิบดี โดยตรง¹⁸⁸ การตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ทั้งสองครั้งได้ช่วยสถาปนาหลักการที่ว่า การแสดงออกซึ่งอำนาจใน

¹⁸⁴ เหตุผลของการตีความ (reasoning) ของคำตีความลำดับที่ 261.

¹⁸⁵ Lin, ‘We the Taiwanese People’, 189-190.

¹⁸⁶ มาตรา 1 ของบทบัญญัติเพิ่มเติมใช้คำว่า “The electors of the free area of the Republic of China” <<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>>

¹⁸⁷ Doyle, ‘Populist constitutionalism’, 174; Lin, ‘Law and Politics’, 129, 137-138

¹⁸⁸ มาตรา 2 ของบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ:

“The president and the vice president shall be directly elected by the entire populace of the free area of the Republic of China. This shall be effective from the election for the ninth-term president and vice president in 1996. The presidential and the vice presidential candidates shall register jointly and be listed as a pair on the ballot. The pair that receives the highest number of votes shall be elected. Citizens of the free area of the Republic of China residing abroad may return to the ROC to exercise their electoral rights and this shall be stipulated by law.

Presidential orders to appoint or remove from office the president of the Executive Yuan or personnel appointed with the confirmation of the Legislative Yuan in accordance with the Constitution, and to dissolve the Legislative Yuan, shall not require the

การกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามหรือโครงสร้างของระบบรัฐธรรมนูญจะมีความชอบธรรมมากที่สุดหากประชาชนท้องถิ่น (พลเมืองไต้หวัน) สามารถใช้อำนาจนั้นได้เองโดยตรง นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ยังได้ยกระดับความเข้มข้นของการแยก “ปวงชนชาวไต้หวัน” ออกจาก “ปวงชนชาวจีน” ด้วยการยกเลิกสถานะของไต้หวันในฐานะ “มณฑล” (province) ตามรัฐธรรมนูญ¹⁸⁹

การสถาปนา “ปวงชนชาวไต้หวัน” ขึ้นมาอย่างค่อยเป็นค่อยไปมีส่วนผลักดันให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความกล้าหาญมากขึ้นในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังปรากฏในคำตีความลำดับที่ 499 คำตีความลำดับที่ 499 ยังสะท้อนตรรกะวิธีคิดแบบกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชโน

2.2.2 คำตีความลำดับที่ 499: ปวงชนไต้หวันกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่จะอธิบายที่มาที่ไปและเนื้อหาของคำตีความลำดับที่ 499 คณะผู้วิจัยใคร่ขอกล่าวถึงสถานการณ์ทางการเมืองในไต้หวันก่อนจะมีการทำคำตีความนี้เล็กน้อย จากหัวข้อที่ 2.2.1 เราจะเห็นได้ว่าการตรวบบัญญัติเพิ่มเติม ๆ มีผลทำให้เกิดการเลือกสมาชิกตรีสภาชุดใหม่ที่วอานาเขตอิสระ และอำนวยให้ประชาชนสามารถเลือกตั้งผู้นำของตน (ประธานาธิบดี) ได้โดยตรง แต่นั่นก็มิได้ทำให้ความชอบธรรมของสมัชชาแห่งชาติสูงขึ้นมากนัก ทั้งนี้ เนื่องมาจากแม้การตรวบบัญญัติเพิ่มเติม ๆ จะอำนวยให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันค่อย ๆ ถูกสถาปนาขึ้น แต่ประชาชนรุ่นใหม่กลับยังคงมองสมัชชาแห่งชาติเป็นมรดกของการปกครองแบบเผด็จการ รวมทั้งมองว่าสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นเพียงนักการเมืองที่ควบคุมกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเบ็ดเสร็จและพร้อมจะใช้กลไกนี้เพื่อรักษาผลประโยชน์ของ

countersignature of the president of the Executive Yuan. The provisions of Article 37 of the Constitution shall not apply.

The president may, by resolution of the Executive Yuan Council, issue emergency decrees and take all necessary measures to avert imminent danger affecting the security of the State or of the people or to cope with any serious financial or economic crisis, the restrictions in Article 43 of the Constitution notwithstanding. However, such decrees shall, within ten days of issuance, be presented to the Legislative Yuan for ratification. Should the Legislative Yuan withhold ratification, the said emergency decrees shall forthwith cease to be valid.

To determine major policies for national security, the president may establish a national security council and a subsidiary national security bureau. The organization of the said organs shall be stipulated by law.”
<<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>>.

¹⁸⁹ Lin, ‘Law and Politics’, 130, 138.

ตนเอง¹⁹⁰ ความชอบธรรมของสมาชิกแห่งชาติถูกสั่นคลอนมากขึ้นไปอีกจากการที่สมาชิสดังกล่าวใช้อำนาจอนุมัติบทบัญญัติเพิ่มเติม ๆ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ.1999 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นมีปัญหาทั้งในเชิงกระบวนการและในเชิงเนื้อหา¹⁹¹

(ก) ในเชิงกระบวนการ เราจะพบว่า การอนุมัติบทบัญญัติเพิ่มเติม ๆ ในครั้งที่ 5 สมาชิกแห่งชาติใช้วิธีการลงคะแนนโดยลับแทนที่จะใช้การออกเสียงโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

(ข) ในเชิงเนื้อหา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.1999 มีผลเปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกสมาชิกแห่งชาติจากเดิมที่ให้สมาชิกเหล่านี้มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเหนืออาณาเขตอิสระ (ตามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1) เป็นให้กำหนดจำนวนสมาชิกดังกล่าวจากสัดส่วนคะแนนเสียงที่พรรคการเมืองได้รับในการเลือกตั้งสมาชิกสภาิติบัญญัติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 มีผลทำให้สมาชิกสมาชิกแห่งชาติให้กลายเป็น “ผู้แทนของพรรคการเมือง”¹⁹² นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.1999 ยังมีผลขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของสมาชิกแห่งชาติออกไปอีก 2 ปี 42 วัน

เหตุการณ์ข้างต้น (โดยเฉพาะการที่สมาชิกแห่งชาติขยายวาระการดำรงตำแหน่งของตนเอง) นำมาซึ่งความไม่พอใจแก่สาธารณชนเป็นวงกว้าง จนทำให้มีสมาชิกสภาบางส่วนได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติเพิ่มเติม ๆ ที่เกิดขึ้น¹⁹³ อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสนใจว่ารัฐธรรมนูญ ROC มิได้อนุญาตไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงมิได้กำหนดบทนิรันดรเอาไว้เหมือนรัฐธรรมนูญของไทย

เบื้องต้น ในประเด็นอำนาจวินิจฉัยของศาล แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาว่าด้วยความชอบรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบ ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ตรรกะตามแบบคดี *Marbury v. Madison* เพื่อยืนยันอำนาจของตนในการวินิจฉัยปัญหานี้¹⁹⁴ โดยศาลให้เหตุผลว่าอำนาจตีความกฎหมายของตนตามรัฐธรรมนูญรวมไปถึงอำนาจที่จะ “วินิจฉัยการขัดกัน

¹⁹⁰ Jiunn-rong Yeh, ‘Beyond unconstitutionality: The public oversight of constitutional revision in Taiwan’ in Abeyratne and Bui (eds), *The Law*, 158.

¹⁹¹ สำหรับปัญหาทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 see Ibid 155-156.

¹⁹² David KC Huang and Nigel NT Li, ‘Unconstitutional Constitutional Amendment in Taiwan: A Retrospective Analysis of Judicial Yuan Interpretation No.499 [2000]’ (2020) 15 *University of Pennsylvania Asian Law Review* 421, 424.

¹⁹³ สำหรับที่มาที่ไปของการจัดทำคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญทุกฉบับ see Ibid 431-440.

¹⁹⁴ 5 U.S. 137 (1803).

และความไม่สอดคล้องกันระหว่างบรรทัดฐานทางกฎหมายซึ่งรวมไปถึงความขัดแย้งระหว่างรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”¹⁹⁵

ในส่วนเนื้อหาของคำวินิจฉัย ถึงรัฐธรรมนูญ ROC จะมีได้กำหนดบทนิรันดรเอาไว้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็หาได้มองว่าสมาชิกแห่งชาติสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างไม่มีข้อจำกัดตรงกันข้าม ศาลมองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสมาชิกแห่งชาติเป็นการ “ใช้อำนาจในนามของปวงชน” และ “ต้องใช้โดยเคารพปวงชน”¹⁹⁶ หากวิเคราะห์บนพื้นฐานของข้อเขียนของรอสไน การยอมรับซึ่งเจตจำนงของปวงชนในฐานะที่มาของความชอบธรรมของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชี้ให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญยอมรับโดยปริยายถึงแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน (แม้ศาลจะเลี่ยงที่จะใช้ถ้อยคำดังกล่าว) และสถานะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ใช้โดยสมาชิกแห่งชาติในฐานะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ทฤษฎีที่มีรูปแบบการแสดงออกที่ใกล้เคียงกับอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ¹⁹⁷ แต่สำหรับศาล เจตจำนงของปวงชนไม่เพียงแต่อยู่ “เหนือ” รัฐธรรมนูญ หากแต่ยังเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (คือ เป็นสิ่งที่อยู่ “ภายใน” รัฐธรรมนูญ) อีกด้วย¹⁹⁸ กล่าวให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญได้หันดูจะเห็นพ้องกับรอสไนว่าหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเป็นภาพสะท้อนของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ¹⁹⁹ และก็เช่นเดียวกับรอสไน ศาลได้หันเห็นว่า การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปในลักษณะที่ “สะท้อนเจตจำนงของปวงชนอย่างเต็มที่” (“fully reflect the will of the people”)²⁰⁰ ประการสำคัญก็คือ ศาลตีความคำว่า “ปวงชน” บนพื้นฐานของคำตีความลำดับที่ 261 ดังนั้น ปวงชนในที่นี้จึงมิได้หมายถึงปวงชนชาวจีน หากแต่หมายถึงพลเมืองของอาณาเขตอิสระหรือก็คือปวงชนชาวไต้หวัน²⁰¹

ท้ายที่สุด ศาลตีความว่าเมื่อสมาชิกแห่งชาติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ROC ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชน “สมาชิกของสมาชิก[แห่งนี้]จึงต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของปวงชน”²⁰² ขณะเดียวกัน วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไป “โดยเปิดเผยต่อสาธารณชน” เพื่อให้ปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ “ได้มีโอกาสทราบ[และ]วิพากษ์วิจารณ์” การ

¹⁹⁵ Judicial Yuan Interpretation no. 499 : <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310680> (translated by Ming-Sung Kuo and Hui-Wen Chen) [ส่วน holding]; Chang, ‘The Constitutional Court of Taiwan’, 655.

¹⁹⁶ Judicial Yuan Interpretation no.499, 5.

¹⁹⁷ Duke, ‘Can the people’, 807.

¹⁹⁸ Judicial Yuan Interpretation no.499, 5, 18.

¹⁹⁹ Roznai, *UCA*, 137.

²⁰⁰ Judicial Yuan Interpretation no.499, 4-5.

²⁰¹ Ibid 15.

²⁰² Yeh, ‘Beyond unconstitutionality’, 156.

ดำเนินงานของสมัชชาแห่งชาติ²⁰³ ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจึงถือว่าขัดกับหลักการประชาธิปไตยและถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁰⁴

กล่าวให้ถึงที่สุด ในขณะที่คำตีความลำดับที่ 261 ช่วยปูทางให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันถูกสถาปนาขึ้นในระบบกฎหมาย คำตีความลำดับที่ 499 ได้ช่วยพัฒนาและทำให้แนวคิดนี้ฝังรากลึกลงไปอีกในระบบกฎหมายของไต้หวันหลังค.ศ.1991 ที่สำคัญคณะผู้วิจัยเห็นว่าคำตีความหลังนั้นมีความสอดคล้องกับข้อสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชใน ส่วนคำตีความแรกช่วยชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบที่สามารถนำไปใช้เพื่อพัฒนากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.3 บทเรียนจากไต้หวันในฐานะภาพสะท้อนการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอชใน

เบื้องต้น คำตีความลำดับที่ 499 สอดคล้องกับตรรกะของแนวคิดชั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงซึ่งเป็นแกนของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่ว่าหากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่เป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนทุกหมู่เหล่าและทุกรุ่นไม่สามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง บทบัญญัตินั้นย่อมสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน บทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ เมื่อค.ศ.1999 (หากวิเคราะห์ผ่านม่านของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไม่ใช่จากมุมมองของทฤษฎี UCA) เป็นตัวอย่างของบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญที่ทำให้ “ปวงชน” ซึ่งเป็นพลเมืองต้นรู้ผู้ทรงสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญถูก “กลืน” (subsumed) ให้อยู่ภายใต้ความอนุบาลขององค์กรอื่น (นั่นก็คือพรรคการเมือง)²⁰⁵ และหากพิจารณาให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปอีก คำตีความของศาลยังเป็นการบ่งชี้โดยอ้อมว่าการยกเลิกบทบัญญัติชั่วคราว ฯ ซึ่งเป็นเครื่องมือของเจียง ไคเชกในการสถาปนาระบบเบ็ดเตล็ดการเป็นสิ่งที่สมควรแล้ว เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติซึ่งเป็นผู้แทนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้รับการเลือกตั้งใหม่ อันส่งผลทำให้การระงับ (suspension) สิทธิในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนรุ่นหลังคงอยู่ต่อไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด (perpetual)

จากคำตีความลำดับที่ 499 เรายังสามารถสืบสาวต่อไปได้อีกว่าสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน **ตัวบทของรัฐธรรมนูญ ROC ว่าด้วยสมัชชาแห่งชาติจะสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะไปในทางที่อำนวยความสะดวกและการใช้อำนาจของสถาบันดังกล่าวโดยเฉพาะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น** ดังนั้น แม้จะไม่ได้กล่าวเอาไว้โดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญดูจะยอมรับโดยปริยายว่าการปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญส่วนนี้เพื่ออำนวยความสะดวกให้ปวงชนไต้หวันสามารถแสดงออกซึ่งสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองโดยตรงมากยิ่งขึ้น (ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

²⁰³ Law and Hsieh, ‘Judicial Review’, 208-209.

²⁰⁴ Judicial Yuan Interpretation no.499, 18.

²⁰⁵ Huang and Li, ‘Unconstitutional Constitutional Amendment’, 424.

ทุติยภูมิในลักษณะที่ใกล้เคียงกับอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญมากกว่าเดิมที่ต้องดำเนินการผ่านผู้แทน (นั่นก็คือสมาชิกแห่งชาติ) เป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่สมควร²⁰⁶ การตราบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 6 และครั้งที่ 7 ได้ทำให้วิถีคิดตามชั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความไม่พอใจของสังคมต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ได้สร้างแรงกดดันให้สมาชิกแห่งชาติต้องอนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 6 ในเวลาเพียงหนึ่งเดือนหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำตีความลำดับที่ 499 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 6 มีผลลดสถานะของสมาชิกแห่งชาติจากการเป็นสถาบันถาวร (ด้วยผลของการแก้ไขบทบัญญัติชั่วคราว ฯ เมื่อค.ศ.1960) ให้เป็นสภาพที่จะประชุมกันเฉพาะยามที่ต้องพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁰⁷ ต่อมา ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 เมื่อค.ศ.2005 ซึ่งเป็นการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งล่าสุด สมาชิกแห่งชาติได้ถูกยกเลิกอย่างถาวรอย่างถาวร โดยบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ได้โอนอำนาจอนุมัติข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมาชิกแห่งชาติให้แก่สภานิติบัญญัติ และกำหนดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (ประชาชน) เหนืออาณาเขตอิสระเป็นผู้ให้สัตยาบันต่อข้อเสนอดังกล่าวผ่านการออกเสียงประชามติ²⁰⁸ จากเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 จนถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 เราพอจะสรุปได้ว่าในได้หวั่น การดำเนินการปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญโดยอาศัยตรรกะและวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ช่วยป้องกันมิให้เกิดปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในขณะที่คำตีความลำดับที่ 499 สะท้อนภาพการที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ถูกนำไปปรับใช้ คำตีความลำดับที่ 261 เชื่อเชิญให้กลับไปทบทวนสมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้กรอบดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ คำตีความประการหลังเชื่อเชิญให้พิจารณาว่าประสิทธิภาพของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ อาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับสมมติฐานพื้นฐานที่ได้นำเสนอในบทที่ 2 โดยเฉพาะสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม

²⁰⁶ See Duke, 'Can the people', 809.

²⁰⁷ Law and Hsieh, 'Judicial Review', 210.

²⁰⁸ มาตรา 12 ของบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ:

“Amendment of the Constitution shall be initiated upon the proposal of one-fourth of the total members of the Legislative Yuan, passed by at least three-fourths of the members present at a meeting attended by at least three-fourths of the total members of the Legislative Yuan, and sanctioned by electors in the free area of the Republic of China at a referendum held upon expiration of a six-month period of public announcement of the proposal, wherein the number of valid votes in favor exceeds one-half of the total number of electors. The provisions of Article 174 of the Constitution shall not apply.”
<<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>>.

ลักษณะทางรัฐธรรมนูญ” และ “เอกลักษณ์ความเป็นชาติ” ของตนเองมาตั้งแต่ก่อนที่บทบัญญัติเพิ่มเติม ๆ จะถูกตราขึ้นเมื่อค.ศ.1991²⁰⁹ การดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC สมัชชาแห่งชาติ และบทบัญญัติชั่วคราว ๆ มีผลทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ๆ ข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาท้าทายสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ อย่างชัดเจน เนื่องจากสมมติฐานประการนี้มองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าเป็น “อำนาจที่ดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” ซึ่งมีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญตลอดจนอยู่เหนือและปราศจากขีดจำกัดทางกฎหมายของ “ปวงชนผู้มีความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน”

เราได้เห็นไปแล้วในส่วนที่ 2.2.1 ว่าการรับรองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับ “ความเป็นจริงทางการเมือง” (นั่นก็คืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไต้หวัน) ให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นผลพวงของการที่กลุ่มผลประโยชน์ที่แตกต่างหลากหลายในสังคมและสถาบันของรัฐพยายามต่อสู้กันทางความคิด (รวมถึงทางกายภาพ) ในโลกแห่งความเป็นจริงโดยมีเป้าหมายเพื่อให้อัตลักษณ์ตัวตนของตน อุดมการณ์ ความคิดที่ตนยึดมั่นเป็นคุณค่าหรือได้รับการยอมรับหรือได้รับการจัดสรรพื้นที่ในระบบรัฐธรรมนูญ นักวิชาการเรียกปรากฏการณ์นี้ว่า “การต่อสู้ช่วงชิงทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional struggles)²¹⁰ บทเรียนจากไต้หวันที่สำคัญจึงได้แก่บทเรียนที่ว่าในบริบทประชาธิปไตยใหม่ การต่อสู้ช่วงชิงทางรัฐธรรมนูญเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ หากปราศจากการต่อสู้ช่วงชิงทางรัฐธรรมนูญ ก็คงจะไม่เกิดคำตีความลำดับที่ 261 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ช่วยอำนวยให้แนวความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันค่อย ๆ ถูกรับรองอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมาย²¹¹ และหากปราศจากการตราบัญญัติเพิ่มเติม ๆ ที่มีผลแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน เราคงไม่มีโอกาสได้เห็นศาลรัฐธรรมนูญแสดงบทบาทดังที่ปรากฏในคำตีความลำดับที่ 499 ขณะเดียวกัน ประสบการณ์ของไต้หวันก็เชื่อเชิญให้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจมีลักษณะ “กลับตาลปัตร” กล่าวคือ ในขณะที่สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมถือว่าอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ก่อนและเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตให้การปรับใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจที่ถูกสถาปนา (เช่น อำนาจตีความ-วินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ) บริบทของไต้หวันแสดงให้เห็นว่าการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญได้ช่วยสร้างพื้นที่ให้ “ปวงชน” ผู้เป็นเจ้าของอำนาจประการแรกค่อย ๆ ถือกำเนิดขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญอันปูทางให้สามารถนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎี

²⁰⁹ Lin, ‘We the Taiwanese People’, 185, 187.

²¹⁰ Dian AH Shah, Andrew J Harding, and Jonathan N Liljeblad, ‘Thematic Issue Editorial Comment: Constitutional Struggles in Asia’ (2022) 50 Federal Law Review 131, 132-135.

²¹¹ Doyle, ‘Populist constitutionalism’, 173-174.

กฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ได้โดยสอดคล้องกับความเป็นจริง²¹² กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประสบการณ์ของไต้หวันเชื้อเชิญให้คำนึงถึงเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อน (ในกรณีของไต้หวัน คือ การรับรองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันโดยการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ) ที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้สถาบันรัฐ (เช่น ศาล) มีความกล้าที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ

ประสบการณ์ของไต้หวันเชื้อเชิญให้คำนึงอีกด้วยว่าแม้กระแสเรียกร้องประชาธิปไตยในหมู่คนรุ่นใหม่จะทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนไม่อาจปฏิเสธการเกิดขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันได้อีกต่อไป (และด้วยการค่อย ๆ ถู้อำนาจขึ้นของแนวคิดหลังก็ปูทางให้สามารถนำตรรกะและหลักการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้) แต่กระนั้น การปฏิเสธการดำรงอยู่ของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนอย่างเบ็ดเสร็จย่อมทำให้รัฐบาลไต้หวันต้องสูญเสียสถานะความเป็นรัฐบาลที่มีความชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด²¹³ หากวิเคราะห์ให้เป็นทฤษฎีข้อเท็จจริงนี้สะท้อนว่าความสำเร็จของการปรับใช้แนวคิดและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไม่จำเป็นต้องอาศัยสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกราชนิยมเสมอไป (หรือยึดถือสมมติฐานดังกล่าวอย่างเคร่งครัดด้วยการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนและสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญเพียงแนวคิดเดียว)

3. มาเลเซีย: บริบทที่ควรเลี่ยงการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

ในขณะที่ไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถถูกนำไปปรับใช้ได้สำเร็จในทางปฏิบัติ มาเลเซียเป็นตัวอย่างของบริบทที่ไม่ควรนำกรอบดังกล่าวไปปรับใช้ คณะผู้วิจัยเริ่มต้นส่วนที่ 3 นี้ด้วยการนำเสนอให้เห็นว่าความขัดแย้งทางชาติพันธุ์และโครงสร้างของระบบรัฐธรรมนูญของมาเลเซียท้าทายต่อการทำให้สมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอซโน้ทั้งสามประการเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง (ส่วนที่ 3.1) จากนั้นคณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะทำความเข้าใจระบบรัฐธรรมนูญของมาเลเซียโดยเชื่อมโยงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งความเป็นไปได้นี้เปิดทางให้แก่การปรับใช้หลักการและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ (ส่วนที่ 3.2) แต่ในส่วนสุดท้าย คณะผู้วิจัยอาศัยเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลแห่งสหพันธ์เพื่อวิเคราะห์ให้เห็นว่าแนวทางการทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญตามหัวข้อ 3.2 และกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไม่เพียงแต่ไม่อาจปรับใช้ได้ในทางความเป็นจริงได้เท่านั้น แต่หากนำไปปรับใช้แล้วอาจส่งผลกระทบต่อตัวกรอบดังกล่าวเองอีกด้วย (ส่วนที่ 3.3)

²¹² Ibid 174.

²¹³ Lin, 'We the Taiwanese People', 180, 187.

3.1 ระบบรัฐธรรมนูญที่ปราศจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ: การถือกำเนิดของชาติมาเลเซีย และรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957

ในขณะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ อาศัยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมเป็นฐานตั้งต้น ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์โดยเฉพาะระหว่างชาวมลายูและชาวจีนทำให้มาเลเซียเผชิญกับความยากลำบากในการสถาปนาแนวคิด “ปวงชนผู้มีความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน” ให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญ เพื่อจะได้เข้าใจความยากลำบากที่ได้กล่าวมา คณะผู้วิจัยใคร่ขอเสนอข้อมูลโดยสังเขปของความหลากหลายทางชาติพันธุ์ในมาเลเซียและสถานการณ์ความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ระหว่างและหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เหตุการณ์ดังกล่าวเกี่ยวพันกับความพยายามสร้างชาติและการก่อตั้งสหพันธรัฐมาลายา (Malayan Union) การเข้าใจประวัติศาสตร์ ณ ช่วงเวลานี้จะช่วยให้เห็นสาเหตุว่าทำไมการปรับใช้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมในมาเลเซียเป็นสิ่งที่ท้าทาย สุดท้าย คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าความขัดแย้งที่ได้กล่าวมากระทบต่อรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของมาเลเซีย (The Federal Constitution of Malaysia ต่อไปนี้จะเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957”) อย่างไร

3.1.1 มาเลเซียในฐานะดินแดนแห่งความหลากหลายทางชาติพันธุ์

ดินแดนที่ประกอบรวมกันเป็นประเทศมาเลเซียในปัจจุบันเคยเป็นอาณานิคมของจักรวรรดิบริเตน (British Empire) โดยในอดีต ดินแดนแห่งนี้มีโครงสร้างการปกครองแบ่งเป็น 4 ส่วน ได้แก่²¹⁴

(ก) รัฐมาลายาที่รวมกันเป็นสหพันธ์ (Federated Malay states) ประกอบด้วยรัฐเปรัก (Perak) รัฐสลังงอร์ (Selangor) รัฐปะหัง (Pahang) และรัฐเนกรีเซมบีลัน (Negeri Sembilan) รัฐเหล่านี้มีเจ้าผู้ปกครอง (The Rulers) หรือบรรดาสุลต่าน (Sultan) เป็นประมุข (ยกเว้นรัฐเนกรีเซมบีลันที่เรียกตำแหน่งเจ้าผู้ปกครองว่าพระประมุข (Yang di-Pertuan Besar)) โดยสุลต่านจะเป็นผู้นำทางศาสนาอิสลามและธรรมเนียมปฏิบัติท้องถิ่น แต่อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินจะขึ้นกับสภาสหพันธ์ (Federal Council) ซึ่งมีข้าหลวงชาวบริเตนเป็นประธาน

(ข) รัฐมาลายานอกสหพันธ์ (Unfederated Malay States) ซึ่งไม่ขึ้นต่อสภาสหพันธ์ประกอบด้วยรัฐปะลิส (Perlis) รัฐยะโฮร์ (Johor) รัฐกลันตัน (Kelantan) รัฐตรังกานู (Terengganu) และรัฐเกดะห์หรือไทรบุรี (Kedah) เช่นเดียวกับรัฐมาลายาที่รวมกันเป็นสหพันธ์ รัฐมาลายานอกสหพันธ์แต่ละรัฐมีเจ้าผู้ปกครองนั่นก็คือบรรดาสุลต่าน (ยกเว้นรัฐปะลิสที่เรียกตำแหน่งเจ้าผู้ปกครองว่าราชา (Raja)) เป็นประมุขแบบสืบราชสันตติวงศ์ แต่รัฐเหล่านี้มีการบริหารราชการภายในภายใต้คำแนะนำของที่ปรึกษาชาวบริเตนที่แยกขาดจากกัน

(ค) อาณานิคมช่องแคบ (Straits Settlements) อันได้แก่รัฐปีนัง (Penang) และรัฐมะละกา (Malacca) รัฐเหล่านี้มีประมุขเป็นผู้ว่าการ (Yang di-Pertua Negeri) หาใช่สุลต่าน อาณานิคมช่องแคบเคยเป็นสถานีการค้าของจักรวรรดิบริเตน นอกจากปีนังและมะละกา อีกหนึ่งดินแดนที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของอาณา

²¹⁴ สำหรับรายละเอียด ‘Evolution to Malaysia’: <https://www.ehm.my/about/history-of-malaysia>.

นิคมช่องแคบ ได้แก่ สิงคโปร์ (Singapore) สิงคโปร์เคยเคยเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธรัฐมาลายาเมื่อ ค.ศ.1963 ก่อนถูกขับออกมาและตั้งตนเป็นรัฐอิสระเมื่อค.ศ.1965²¹⁵

(ง) รัฐซาบาห์ (Sabah) และรัฐซาราวัก (Sabah and Sarawak) ซึ่งปัจจุบันเป็นดินแดนที่เรียกว่า มาเลเซียตะวันออก รัฐทั้งสองเป็นดินแดนที่ชาวบริเตนได้รับมอบจากสุลต่านแห่งบรูไน ก่อนที่ในค.ศ.1888 จะ กลายสถานะเป็นดินแดนในอารักขาของบริเตน (รัฐซาราวักถูกปกครองโดยตระกูลบรูค (Brooke family) ชาวบริเตน ซึ่งสุลต่านแห่งบรูไนยกฐานะให้เป็น “ราชาขาวแห่งซาราวัก” (The White Rajah)) รัฐทั้งสองเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของมาเลเซียเมื่อค.ศ.1963²¹⁶

นอกจากความซับซ้อนของโครงสร้างการปกครองในยุคอาณานิคม พื้นที่ที่ประกอบรวมกันเป็น ประเทศมาเลเซียยังเป็นดินแดนที่มีความหลากหลายทางชาติพันธุ์และศาสนา²¹⁷ โดยชนพื้นเมือง หรือ “ภูมิจิต” (bumiputra) ของดินแดนแห่งนี้ ได้แก่ ชาวมาเลย์ (Malays) ซึ่งนับถือศาสนาอิสลามและชนพื้นเมืองใน รัฐซาบาห์และรัฐซาราวัก ต่อมาเมื่อชาวบริเตนได้เข้ามาปกครองและตั้งสถานีการค้าในช่วงศตวรรษที่ 19 ได้มี ชาวต่างถิ่นโดยเฉพาะชาวจีน (Chinese) ซึ่งนับถือศาสนาพุทธและศาสนาคริสต์และชาวเอเชียใต้โดยเฉพาะ ชาวอินเดีย (Indian) ซึ่งนับถือศาสนาฮินดูจำนวนมากเดินทางเข้ามายังดินแดนมาลายาและอาณานิคมช่อง แคบเพื่อเป็นแรงงานและประกอบธุรกิจโดยเฉพาะธุรกิจยางพาราและดีบุก²¹⁸ ชาวจีนทำการค้าจนมั่งคั่งและ สามารถครองส่วนแบ่งทางเศรษฐกิจส่วนใหญ่ของมาลายาและอาณานิคมช่องแคบเองเอาไว้ได้ ชาวจีนรุ่นหลังที่ เกิดและเติบโตในดินแดนแห่งนี้ยังรู้สึกถึงความเป็น “ภูมิจิต” ของชาติพันธุ์ตนมากกว่าชนรุ่นก่อน และได้ พยายามเรียกร้องสิทธิและเอกสิทธิ์ให้แก่ชาติพันธุ์ตนและพยายามเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการบริหาร บ้านเมืองมากกว่าเดิม แต่ในทางกลับกัน แม้เจ้าอาณานิคมชาวบริเตนจะยังคงให้เจ้าผู้ปกครองชาวมาเลย์ดำรง ตำแหน่งประมุขของแคว้นตนและอนุญาตให้ชาวมาเลย์สามารถนับถือศาสนาอิสลามและปฏิบัติพิธีกรรม

²¹⁵ See Kevin YL Tan, *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2015).

²¹⁶ See Steven Runciman, *The White Rajah: A History of Sarawak from 1841 to 1946* (Cambridge University Press 1960).

²¹⁷ A Halim Wan and P Melati Wan, ‘Clinical Sociology and Community Mediation’ in Jan Marie Fritz (ed), *International Clinical Sociology* (Springer 2008) 209-210.

²¹⁸ Amarjit Kaur, ‘Migration and the Refugee Regime in Malaysia: Implications for a Regional Solution’ in Angus Francis and Rowena Maguire (eds), *Protection of Refugees and Displaced Persons in the Asia Pacific Region* (Routledge 2016) 95.

ท้องถิ่นได้ แต่ชาวมลายูส่วนใหญ่กลับมีฐานะยากจน จึงไม่แปลกที่ชาวมลายูจะมองชาวจีนเป็นภัยคุกคามต่อสถานะภูมิบุตรของตน²¹⁹

ระหว่างและหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (ค.ศ.1939 ถึง ค.ศ.1945) ความขัดแย้งระหว่างชาวมลายูและชาวจีนได้ทวีความตึงเครียดมากยิ่งขึ้น การนี้กระทบต่อการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นในมาเลเซียเป็นอย่างมาก คณะผู้วิชัยได้วิเคราะห์ปัจจัยที่ทำให้ความขัดแย้งดังกล่าวตึงเครียดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

(ก) ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 กำลังดำเนินไประหว่างค.ศ.1942 และค.ศ.1945 กองทัพจักรวรรดิญี่ปุ่นได้บุกเข้ายึดครองดินแดนมาลายาและอาณานิคมช่องแคบ การรุกรานของกองทัพญี่ปุ่นได้กระตุ้นความรู้สึก “ชาตินิยม” (nationalism) หรือความสำนึกในเชื้อชาติของตนในหมู่ชาติพันธุ์ต่าง ๆ อันส่งผลสืบเนื่องให้ความแตกแยกระหว่างชาวมลายูและชาวจีนฝังลึกลงไปอีก โดยแต่ละชาติพันธุ์ต้องการเป็นเอกราชจากจักรวรรดิบริเตนและสร้างชาติสำหรับเชื้อชาติตนเองขึ้น²²⁰

(ข) สถานการณ์ความขัดแย้งระหว่างชาวมลายูและชาวจีนย้ายแหล่งไปอีกสืบเนื่องจากการที่ทั้งสองชาติพันธุ์ยึดถืออุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างกัน โดยชาวจีนมีแนวโน้มฝักใฝ่อุดมการณ์คอมมิวนิสต์ (Communist) มากกว่าชาวมลายู²²¹ ระหว่างสงคราม กองกำลังติดอาวุธคอมมิวนิสต์ซึ่งมีแกนนำเป็นชาวจีนได้สังหารชาวมลายูไปเป็นจำนวนมากภายใต้ข้ออ้างว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ฝักใฝ่กองทัพญี่ปุ่น²²²

(ค) ภายหลังจากญี่ปุ่นพ่ายแพ้สงครามและบริเตนได้กลับเข้ามาครอบครองมาลายาอีกครั้ง รัฐบาลของจักรวรรดิบริเตนได้มอบหมายให้เซอร์แฮโรลด์ แม็คไมเคิล (Sir Harold MacMichael) ดำเนินแผนรวมดินแดนมาลายาให้เป็นหนึ่งโดยสถาปนาสหภาพมาลายาซึ่งประกอบด้วยรัฐมาลายาที่รวมกันเป็นสหพันธ์ รัฐมาลายา นอกสหพันธ์ และอาณานิคมช่องแคบ (ยกเว้นสิงคโปร์)²²³ ระบบกฎหมายของสหภาพมาลายามอบสัญชาติ

²¹⁹ โปรดอ้างอิงรายละเอียดส่วนนี้ประกอบ Harshan Kumarasingham, ‘A Foreign Commission for Domestic Needs: The Constitutional Founding of Malaysia’ in Kevin YL Tan and Bui Ngoc Son (eds), *Constitutional Foundings in Southeast Asia* (Hart 2019) 141.

²²⁰ Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (2nd edn, Hart 2022) 11-12; Akashi Yoji and Yoshimura Mako (eds), *New Perspectives on the Japanese Occupation in Malaya and Singapore, 1941-1945* (NUS 2008) 18 (Introduction).

²²¹ Jaclyn Neo, ‘Malay Nationalism, Islamic Supremacy and the Constitutional Bargain in the Multi-ethnic Composition of Malaysia’ (2006) 13 *International Journal on Minority and Group Rights* 95, 97.

²²² Wilson T. V. Tay, ‘Dimensions of Ketuanan Melayu in the Malaysian constitutional framework’ in Andrew Harding and Dian Shah (eds), *Law and Society in Malaysia: Pluralism, Religion and Ethnicity* (Routledge 2018) 48.

²²³ สำหรับประวัติโดยละเอียดของสหภาพมาลายา see Hasbollah Bin Mat Saad, *A Brief History of Malaysia: Texts and Materials* (Pena Hijrah Resources 2018) 90-91.

ให้กับบุคคลทุกเชื้อชาติที่เกิดเหนือดินแดนดังกล่าวโดยไม่เลือกปฏิบัติ ขณะเดียวกันยังลดทอนอำนาจของบรรดาเจ้าผู้ปกครองด้วยการกำหนดให้บรรดาสุลต่าน “สละพระราชอำนาจแก่ราชบัลลังก์บริเตน”²²⁴ ความขัดแย้งระหว่างชาวมลายูและชาวจีนที่คุกรุ่นมาตั้งแต่ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลให้ชาวมลายูเกรงว่านโยบายความเสมอภาคทางสัญชาติของสหภาพมาลายาจะทำให้ชาวจีนสามารถยึดครองส่วนแบ่งทางเศรษฐกิจทั้งหมดและครองอำนาจทางการเมืองอย่างเด็ดขาด ตลอดจนถึงกังวลว่าพรรคคอมมิวนิสต์ที่นำโดยชาวจีนจะกลืนชาติพันธุ์มาเลย์ไปทั้งหมด²²⁵ การนี้นำไปสู่การก่อตั้งพรรค UMNO (United Malays National Organisation หรือ Pertubuhan Kebangsaan Melayu Bersatu) เพื่อเป็นตัวแทนของชาวมลายูและเพื่อต่อต้านการดำรงอยู่ของสหภาพมาลายู²²⁶ ระหว่างค.ศ.1945 และค.ศ.1946 ได้เกิดเหตุการณ์ปะทะกันระหว่างทั้งสองชาติพันธุ์ในหลายรัฐ²²⁷ กล่าวให้ถึงที่สุด การก่อตั้งสหภาพมาลายาขึ้นมาบนแนวคิดสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคหาได้ช่วยอำนวยความสะดวกให้เกิดเสถียรภาพขึ้นเหนือมาลายาและอาณานิคมช่องแคบ หากแต่ทำให้ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ย่าแย่งลงไปกว่าเดิม

ท้ายที่สุด สหภาพมาลายาต้องล่มสลายลง โดยบรรดาเจ้าผู้ปกครองชาวมลายูและสมเด็จพระเจ้าจอร์จที่ 6 แห่งจักรวรรดิบริเตน (George VI) ได้ลงนามใน “ข้อตกลงสหพันธรัฐมาลายา ค.ศ.1948” (The Federation of Malaya Agreement 1948) อันมีผลสถาปนาสหพันธรัฐมาลายาขึ้นแทนที่สหภาพมาลายา ระบบกฎหมายของสหพันธรัฐมาลายาไม่เพียงแต่จำกัดสิทธิในการได้สัญชาติแก่ชาวจีนและชาวอินเดียมากกว่าเดิม หากแต่ยังได้รื้อฟื้นเอกสิทธิ์ของบรรดาเจ้าผู้ปกครองภายใต้นโยบาย “ชาติพันธุ์ (มาเลย์) อัคราธิปัตย์” (Ketuanan Melayu) อันทำให้พรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนของชาติพันธุ์จีนและอินเดีย ได้แก่ พรรค MCA (Malaysian Chinese Association) และพรรค MIC (Malaysian Indian Congress) ได้พยายามต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมกันระหว่างชาติพันธุ์²²⁸ แต่แม้ชาติพันธุ์หลักของดินแดนมาลายาจะมีความไม่ลงรอยระหว่างกันเอง แต่หากวิเคราะห์ให้ดี สิ่งหนึ่งที่ทั้งพรรค UMNO พรรค MCA และพรรค MIC ซึ่งเป็นแกนนำและ

²²⁴ Andrew Harding, ‘Constitutionalism, Islam, and National Identity in Malaysia’ in Rainer Grote and Tilmann Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (Oxford University Press 2012) 204; Robert Jackson, *The Malayan Emergency and Indonesian Confrontation: The Commonwealth's Wars 1948-1966* (Pen & Sword Aviation 2011) 11. คณะผู้วิจัยแปลคำว่า “Crown” ว่า “ราชบัลลังก์” โดยอ้างอิงจากบรรดาศักดิ์ อูรรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538) 319.

²²⁵ Neo, ‘Malay Nationalism’, 97-98.

²²⁶ Jackson, *The Malayan Emergency*, 11; Roger Kershaw, *Monarchy in South East Asia: The Faces of Tradition in Transition* (Routledge 2001) 60.

²²⁷ Cheah Boon Kheng, ‘Sino-Malay Conflicts in Malaya, 1945-1946: Communist Vendetta and Islamic Resistance’ (1981) 12 *Journal of Southeast Asian Studies* 108, 110-111.

²²⁸ Tay, ‘Dimensions of Ketuanan’, 51.

ตัวแทนของชาวมาเลย์ ชาวจีน และชาวอินเดียต่างเห็นพ้องกันก็คือความจำเป็นที่ต้องสถาปนารัฐเอกราชซึ่งมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นของตนเองขึ้นมา²²⁹

จากข้างต้น เราสามารถวิเคราะห์ได้ว่าประสบการณ์ความพยายามสร้างชาติของมาเลเซียและระบบกฎหมายของรัฐเอกราชสะท้อนให้เห็นถึงความขัดแย้งระหว่าง “การสร้างปวงชนที่มีความเป็นหนึ่งเดียวและเสมอภาค” และ “การรักษาและพิทักษ์ไว้ซึ่งเอกลักษณ์ของชาวมาเลย์”²³⁰ ความขัดแย้งประการนี้ทำหายุต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 เป็นอย่างยิ่ง

3.1.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957

ดังที่ได้นำเสนอไปข้างต้น แม้สหพันธรัฐมาลายาจะประสบกับปัญหาความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ แต่สิ่งหนึ่งที่กลุ่มชาติพันธุ์เหล่านี้เห็นพ้องกันก็คือการสร้างรัฐเอกราชใหม่ที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นของตนเองขึ้นมา เชื้อพระวงศ์แห่งรัฐเคดะห์ (Kedah หรือไทรบุรี) ท่านหนึ่งนามว่าตนกูอับดุล เราะห์มาน (Tunku Abdul Rahman ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ท่านตนกู”) ผู้ดำรงตำแหน่งมุขมนตรี (chief minister เทียบเท่ากับนายกรัฐมนตรี) ของสหพันธรัฐมาลายาและเป็นแกนนำพรรค UMNO ได้เป็นตัวตั้งตัวตีในการเจรจาผลประโยชน์ระหว่างบรรดาเจ้าผู้ปกครองและพรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนของชาติพันธุ์ทั้งสามพรรค ด้วยทัศนะทางการเมืองสายกลาง (moderate) และสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนของทุกชาติพันธุ์ ท่านจึงได้รับการยอมรับจากพรรค MCA และพรรค MIC ทั้งการที่ท่านเป็นเชื้อพระวงศ์และสำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ยังได้ช่วยทำให้ท่านได้รับการยอมรับจากบรรดาเจ้าผู้ปกครองและจักรวรรดิบริเตน²³¹ ท่านตนกูประสบความสำเร็จในการประนีประนอมผลประโยชน์ระหว่างทุกฝ่ายและเป็นแกนนำของ “กลุ่มพันธมิตร” (The Alliance) หรือกลุ่มตัวแทนสามพรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนของชาติพันธุ์หลักเข้าเจรจาเอกราชและจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐดังกล่าวกับรัฐบาลบริเตน ณ กรุงลอนดอนในช่วงเดือนมกราคม ค.ศ.1956²³² ภายหลังกมาเลเซีย (สหพันธรัฐมาลายา) ได้รับเอกราช กลุ่มพันธมิตรได้เปลี่ยนชื่อเป็นพันธมิตรแนวร่วมแห่งชาติ จวบจนถึงปัจจุบัน ความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ในสหพันธรัฐมาลายาส่งผลต่อรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ ดังนี้

²²⁹ See Andrew Harding, ‘Constitution-Making and Autochthony: The Constitution of the Federation of Malaya 1957’ in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 1*, 178-179.

²³⁰ Tamir Moustafa, *Constituting Religion: Islam, Liberal Rights, and the Malaysian State* (Cambridge University Press 2018) 53.

²³¹ Don Lehman Jr., *Colonialism to Independence Southeast Asia (1511-2014)* (Lulu Press 2014) 159.

²³² สำหรับรายละเอียดการเจรจา See Joseph M. Fernando, *The Alliance Road to Independence* (University of Malaya Press 2009) ch 6.

เบื้องต้น ความขัดแย้งข้างต้นทำให้ที่ประชุม ณ กรุงลอนดอนเลือกจะทำตามข้อเสนอของท่านตนกูที่ไม่จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (constituent assembly) ขึ้นเพื่อร่างรัฐธรรมนูญของรัฐเอกราชในนามปวงชนดังเช่นการจัดทำรัฐธรรมนูญ ROC หากแต่เลือกที่จะแต่งตั้งคณะกรรมการ (commission) ขึ้นมาชุดหนึ่งประกอบด้วยนักวิชาการด้านกฎหมายและผู้พิพากษาจำนวน 5 คน ซึ่งคัดเลือกมาจากชาวต่างชาติทั้งหมด (ได้แก่ สกอตแลนด์ อังกฤษ ออสเตรเลีย อินเดีย และปากีสถาน)²³³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กลุ่มพันธมิตรและรัฐบาลบริเตนเลือกที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญโดยเลี่ยงการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ²³⁴ คณะกรรมการที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 เป็นที่รู้จักกันในนาม “คณะกรรมการรีด” (Reid Commission)²³⁵ หากลองวิเคราะห์ การเลี่ยงการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะช่วยอำนวยความสะดวกดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญดำเนินไปได้อย่างลุล่วง เนื่องจาก

(ก) ดังที่ศาสตราจารย์แอนดรูว์ ฮาร์ดิง (Andrew Harding) ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ การตั้งนักกฎหมายหรือพลเมืองชาวมาเลย์ (หรือหนึ่งในสามชาติพันธุ์หลักของมาลายา) เป็นกรรมการร่างรัฐธรรมนูญย่อมทำให้ชาติพันธุ์อื่นตั้งคำถามต่อความเป็นกลางของบุคคลดังกล่าว สิ่งนี้อาจทำให้เกิดการต่อต้านจากชาติพันธุ์ที่รู้สึกว่าคุณเสียประโยชน์ภายหลังรัฐธรรมนูญประกาศใช้แล้ว²³⁶

(ข) ศาสตราจารย์ฮาร์ดิงยังตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่าในแง่ข้อเท็จจริง ก่อนที่ท่านตนกูจะเดินทางไปยังกรุงลอนดอน กลุ่มพันธมิตรและบรรดาเจ้าผู้ปกครองได้ทำบันทึกความเข้าใจ (memorandum) ประนีประนอมผลประโยชน์ระหว่างชาติพันธุ์เอาไว้ล่วงหน้าแล้ว²³⁷ การประนีประนอมที่เกิดขึ้นตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าชาวจีนและชาวอินเดียจะได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นพลเมือง การใช้ภาษาของชาติพันธุ์ตน และสิทธิในเสรีภาพในการนับถือศาสนา ตลอดจนได้รับการประกันว่ารัฐเอกราชใหม่จะไม่เป็นรัฐศาสนา (รัฐอิสลาม) หากแต่เป็นรัฐฆราวาสที่เป็นประชาธิปไตย²³⁸ การประกันสิทธิในความเป็นพลเมืองมี

²³³ Harding, ‘Constitution-Making and Autochthony’, 181; Joseph M. Fernando, ‘Constitutionalism and the politics of constitution-making in Malaya, 1956-1957’ in H. Kumarasingham (ed), *Constitution-making in Asia: Decolonisation and State-Building in the Aftermath of the British Empire* (Routledge 2016) 137.

²³⁴ Neo, ‘A Contextual Approach’, 82.

²³⁵ สำหรับรายละเอียดของการจัดทำรัฐธรรมนูญ Harding, ‘Constitution-Making and Autochthony’, 179-182.

²³⁶ Ibid 180-181.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid 180-184; Mohamed Azam Mohamed Adil and Nisar Mohammad Ahmad, ‘The Status and Implementation of Islamic Law in Malaysia’ in Rossella Bottoni, Rinaldo Cristofori, and Silvio Ferrari (eds), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism – A Comparative*

ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อชาวจีนและชาวอินเดีย เนื่องจากความเป็นพลเมืองทำให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิในการทำงานและสามารถเข้าเป็นสหภาพแรงงาน สามารถเข้าทำงานราชการ ได้รับสิทธิทางการศึกษาและได้รับทุนการศึกษา ตลอดจนไม่ถูกเนรเทศและได้รับประกันการถือครองและเป็นเจ้าของที่ดิน²³⁹ แต่ขณะเดียวกัน ชาวมลายูในฐานะมุขมนตรียังได้รับการรับประกันเอกสิทธิ์ที่จะได้รับการเลือกปฏิบัติเชิงบวก (affirmative actions) เพื่อเยียวยาสถานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า ชาวมลายูยังได้รับการยืนยันว่าในรัฐเอกราชใหม่ บรรดาเจ้าผู้ปกครองจะยังคงพระราชสถานะในฐานะผู้นำทางศาสนาและจิตวิญญาณของตน ทั้งศาสนาอิสลามจะเป็น “ศาสนาประจำรัฐ” และภาษามลายูจะเป็นภาษาราชการ²⁴⁰ ข้อตกลงที่ได้กล่าวมาเป็นที่รู้จักกันในนาม “สัญญาประชาคม” (Social Contract)²⁴¹ พึงสังเกตว่าคำว่า “สัญญาประชาคม” มีความหมายแตกต่างจากสัญญาประชาคมในตะวันตกซึ่งหมายถึงข้อตกลงระหว่างรัฐกับปัจเจกชนซึ่งมุ่งป้องกันการใช้อำนาจรัฐอย่างบิดเบือนดังเช่นสัญญาประชาคมตามปรัชญาตะวันตก²⁴² ศาสตราจารย์ฮาร์ดีงสรุปว่าหน้าที่ของคณะกรรมการการรีดคือการ “แปลงข้อตกลง[ข้างต้น]ให้มีผลบังคับทางกฎหมาย” การดำเนินการให้เป็นไปตามข้อตกลงซึ่งเกิดจากตัวแทนของชาติพันธุ์ช่วยให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรม ส่วนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เบี่ยงเบนไปจากข้อตกลงดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งและความรุนแรงระหว่างชาติพันธุ์ขึ้นภายหลังรัฐธรรมนูญถูกประกาศใช้²⁴³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง สัญญาประชาคมมุ่งผสมผสานการปกครองแบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาตามแบบบริเตนเข้ากับการธำรงไว้ซึ่งแนวคิด 3Rs คือเชื้อชาติ ศาสนา (อิสลาม) และสถาบันพระมหากษัตริย์ ขณะเดียวกัน การขับเคลื่อนมวลชนเพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในบริบทที่มีความอ่อนไหว

Overview (Springer 2016) 266; Vincent Depaigne, *Legitimacy Gap: Secularism, Religion, and Culture in Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2017) ch 6.

²³⁹ Tan Sri Mohamed Saffian, *An Introduction to the Constitution of Malaysia* (Government Printer 1976) 286-287.

²⁴⁰ Andrew Harding, ‘Constitutional Trajectory in Malaysia: Constitutionalism without Consensus?’ in Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (eds), *Constitutionalism beyond Liberalism* (Cambridge University Press 2017) 268.

²⁴¹ Ibid; Mavis C. Puthuchery, ‘Malaysia's “social Contract”: The Invention and Historical Evolution of an Idea’ in Norani Othman, Maris C. Puthuchery, and Clive S. Kessier (eds), *Sharing the nation: faith, difference, power and the state 50 years after Merdeka* (Strategic Information & Research Development Centre 2008).

²⁴² Harding, ‘Constitutional Trajectory’, 258.

²⁴³ Harding, ‘Constitution-Making and Autochthony’, 180; Harding, *The Constitution of Malaysia*, 19-20.

ทางชาติพันธุ์และศาสนาอาจเปิดช่องให้กลุ่มชาวมลายูอิสลามหัวรุนแรงปฏิเสธการสถาปนารัฐฆราวาสที่เป็นประชาธิปไตย²⁴⁴

(ค) สืบเนื่องจากข้อสังเกตของศาสตราจารย์ฮาร์ดีง คณะผู้วิจัยเห็นต่อไปว่าการตั้งกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญจากชาวอาณานิคมหรือการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีผู้แทนจากกลุ่มชาติพันธุ์ยังอาจทำให้การถกเถียงกันเหนือประเด็นสัญชาติ ศาสนา และภาษาราชการ เป็นไปโดยไม่มีที่สิ้นสุดดังที่เกิดขึ้นกับกรณีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรในอินโดนีเซียระหว่างค.ศ.1956 และค.ศ.1959²⁴⁵

โดยสรุป ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์โดยเฉพาะระหว่างชาวมลายูและชาวจีน ทำให้การสร้างชาติและการจัดทำรัฐธรรมนูญของมาเลเซียเริ่มต้นด้วยการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน²⁴⁶ ศาลของมาเลเซียเองก็ได้ยืนยันสถานะการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยปราศจากการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเอาไว้ในคำพิพากษาคดี Phang Chin Hok โดยศาลกล่าวว่าระหว่างค.ศ.1956 และค.ศ.1957 “ปวงชนชาวมลายูหาได้มีโอกาสรวมตัวกันเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ” (“[T]here was no occasion for Malaysians to get together to draw up a Constitution”)²⁴⁷ ในทัศนะของรองศาสตราจารย์แจ๊คสัน นีโอ คำตัดสินส่วนนี้แสดงให้เห็นว่าศาลมาเลเซียปฏิเสธที่จะมองรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 เป็น “ผลผลิตของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวมลายูและมาเลเซีย”²⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาลายา (The Federal Constitution of Malaya) ถูกประกาศใช้เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1957 ก่อนที่ต่อมาจะเปลี่ยนชื่อเป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย (The Federal Constitution of Malaysia) เมื่อ ค.ศ.1963 ภายหลังจากผนวกรัฐซาบฮาร์ รัฐราซาวัค และสิงคโปร์ (ซึ่งต่อมาแยกตัวออกไปเมื่อค.ศ.1965) เข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ สำหรับโครงสร้างการปกครอง รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 สถาปนาระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีสมเด็จพระราชาธิบดี (Yang di-Pertuan Agong) ทรงเป็นพระประมุข ตลอดจนรับรองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองทั้งปวง แต่ขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญก็ได้รับรองเอกสิทธิ์และสถานะพิเศษของมุขมนตรีชาวมลายู นอกจากนี้ พรรคการเมืองของมาเลเซีย (จนถึงปัจจุบัน) เองก็ถูกก่อตั้งขึ้นโดยเชื่อมโยงกับชาติพันธุ์ นอกจากพรรค UMNO พรรค MCA และพรรค MIC แล้ว ยังมีพรรคการเมืองอื่นอีก เช่น พรรค DAP (Democratic Action Party) ซึ่งเป็นตัวแทนของชาวจีนและสนับสนุนแนวคิด “รัฐฆราวาสที่เป็น

²⁴⁴ See Julian C. H. Lee, *Islamization and Activism in Malaysia* (ISEAS 2010) 55-56.

²⁴⁵ Cf Robert W. Hefner, *Civil Islam: Muslims and Democratization in Indonesia* (Princeton University Press 2000) 44.

²⁴⁶ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไฮ*, 40-45.

²⁴⁷ *Phang Chin Hock v Public Prosecutor* [1980] 1 MLJ 70, 72-73. สำหรับคำพิพากษาลงบัพ: <https://www.defendingforb.org/media/uofg00iw/phang-chin-hock-v-public-prosecutor-1980-1-mlj-70.pdf>.

²⁴⁸ Neo, ‘A Contextual Approach’, 82.

ประชาธิปไตย”²⁴⁹ พรรค PAS (Pan-Malaysian Islamic Party) ซึ่งเป็นตัวแทนของชาวมุสลิมและการยึดหลักคำสอนของศาสนาอิสลามในการปกครอง²⁵⁰ และพรรค Bersatu (Malaysian United Indigenous Party) ซึ่งถูกก่อตั้งโดยมหาธีร์ โมฮัมหมัด (Mahathir Mohamad) อดีตนายกรัฐมนตรีและสนับสนุนการปฏิบัติตามสัญญาประชาคมระหว่างชาติพันธุ์²⁵¹

คณะผู้วิจัยจะลงรายละเอียดของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและสะท้อนการปะทะกันระหว่าง “ธรรมเนียมท้องถิ่น” (rites) กับ “แนวคิดตะวันตก” (ประชาธิปไตยและสิทธิ (rights)) ตลอดจนวิเคราะห์ผลของสิ่งนี้ต่อการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ต่อไป²⁵² แต่ก่อนจะวิเคราะห์รายละเอียดของรัฐธรรมนูญที่ปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของมาเลเซียและผลของสิ่งนี้ต่อการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ในส่วนที่ 3.2 คณะผู้วิจัยใคร่ขอให้ผู้อ่านพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่เราอาจจะทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐโดยเชื่อมโยงแนวคิด 3Rs เข้ากับเจตจำนงของปวงชนและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน ความเป็นไปได้นี้ดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 มุ่งหมายให้ระบอบประชาธิปไตยเป็นกรอบในการบริหารและปกครองรัฐเอกราช

3.2 ความเป็นไปได้ในการเชื่อมโยงระบอบรัฐธรรมนูญของมาเลเซียกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน

ใน ส่วนที่ 3.1 เราได้เห็นไปแล้วว่าความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ในมาเลเซียทำให้กลุ่มพันธมิตรเลือกที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐเอกราชโดยเลี่ยงการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 จะมุ่งพิทักษ์เอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษของชาวมุสลิม แต่เราต้องไม่ลืมว่า คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญก็ได้มุ่งสถาปนาระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักในการปกครอง นี่จึงทำให้ในมาเลเซีย ณ ปัจจุบันมีนักวิชาการและผู้พิพากษาสายเสรีนิยมที่เสนอให้ตีความรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 บนพื้นฐานของเจตนารมณ์ของผู้ร่าง (นักวิชาการเรียกวิธีการตีความนี้ว่า “Originalism” ต่อไปนี้จะเรียกว่า “การตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ ๆ”)²⁵³ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าแนวทางการตีความดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะทำความเข้าใจระบอบรัฐธรรมนูญของมาเลเซียโดยเชื่อมโยงกับอำนาจสถาปนา

²⁴⁹ DAP’s objectives : <https://dapmalaysia.org/en/about-dap/>.

²⁵⁰ PAS’s history: <https://pas.org.my/kenali-pas/>.

²⁵¹ Bersatu’s purpose and goals: <https://bersatu.org/prinsip-perjuangan/>.

²⁵² See Moustafa, *Constituting Religion*, ch 6.

²⁵³ Thio Li-ann, ‘It is a Little Known Legal Fact’: Originalism, Customary Human Rights Law and Constitutional Interpretation’ [2010] Singapore Journal of Legal Studies 558, 560; Thio Li-ann, ‘Jurisdictional Imbroglia: Civil and Religious Courts, Turf Wars and Article 121(1A) of the Federal Constitution’ in Andrew Harding and HP Lee (eds), *Constitutional Landmarks in Malaysia: The First 50 Years 1957-2007* (LexisNexis 2007) 197.

รัฐธรรมนูญ ซึ่งความเป็นไปได้นี้เปิดทางให้แก่การปรับใช้หลักการและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๖

นักวิชาการและผู้พิพากษาที่สนับสนุนการตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ ๖ หาได้มองรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 เป็นตราสารที่มุ่งสถาปนารัฐอิสลามที่มีพันธกิจหลักในการสร้างความศักดิ์สิทธิ์และละเมิดมิได้ให้กับนโยบายชาติพันธุ์อัตตาธิปไตย²⁵⁴ ตรงกันข้าม นักกฎหมายกลุ่มนี้มองว่าคณะกรรมการรีดซึ่งเป็นผู้ร่างต้องการให้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่เป็น “กรอบ” (framework) สำหรับการดำเนินการปกครองแบบประชาธิปไตยในรัฐฆราวาสที่เป็นเอกราช โดยที่ประชาชนสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐสภา รัฐบาล และศาล ในการพัฒนาระบบดังกล่าว ปวงชนชาวมาเลเซียจึงถือเป็นพลเมืองตื่นรู้ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพและเป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ แม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 จะมีได้สะท้อนการแสดงออกซึ่งการมีส่วนร่วมของปวงชน แต่ประชาชนก็สามารถแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตนด้วยการเข้าไปกำหนดนิยามของรัฐธรรมนูญใหม่ได้ตลอดช่วงเวลาที่ยังมีผลบังคับใช้ร่วมกับภาคีรัฐ²⁵⁵ กล่าวให้เป็นที่ทฤษฎีมากยิ่งขึ้น แนวทางการตีความตามเจตนารมณ์ ๖ จึงสนับสนุนให้เราทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เชื่อมโยงกับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ²⁵⁶ รอชในเองก็ดูจะสนับสนุนวิธีคิดนี้ ดังที่คณะผู้วิจัยได้นำให้เห็นไปในบทที่ 2 แล้วว่าในทัศนะของเขา แม้รัฐธรรมนูญจะมีกระบวนการจัดทำที่ปวงชนไม่ได้มีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมและแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่นั่นมิได้หมายความว่าภายหลังรัฐธรรมนูญได้ถูกประกาศใช้แล้ว ปวงชนจะไม่สามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจประการนี้ได้

อีวอนน์ ทิว (Yvonne Tew) หนึ่งในนักวิชาการที่สนับสนุนการตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ ๖ สนับสนุนให้ศาล (ซึ่งมักโอนอ่อนผ่อนตามดุลยพินิจของฝ่ายบริหาร) แสดงบทบาทผู้พิทักษ์เจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วยการเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ละเมิดหลักการประชาธิปไตยและ/หรือไม่เคารพเจตจำนงของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ²⁵⁷ ในทัศนะของทิว ที่ศาลควรยึดถือแนวทางดังกล่าวก็เพราะด้วยโครงสร้างของระบบรัฐสภา รัฐบาลมาเลเซียมีแนวโน้มอาศัยเสียงข้างมากที่ตนถือครองในสภาผู้แทนราษฎร (Dewan Rakyat) อนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลทำให้ฝ่ายบริหารไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบ²⁵⁸ หากตีความข้อเสนอของทิวให้กว้างขึ้น เราพอจะอนุมานได้ว่าภายใต้การตีความรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ ๖ บทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญที่เป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนไม่สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมพัฒนา

²⁵⁴ สำหรับรายละเอียดทั้งหมด see Yvonne Tew, ‘Malaysia’s Invisible Constitution’ in Rosalind Dixon and Adrienne Stone (eds), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018) 377, 392-395.

²⁵⁵ Yvonne Tew, *Constitutional Statecraft in Asian Courts* (Oxford University Press 2020) 79.

²⁵⁶ Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft’, 110-114.

²⁵⁷ Ibid 108, 125.

²⁵⁸ Tew, *Constitutional Statecraft*, 131-147.

รัฐธรรมนูญของตนได้ย่อมถือเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไข และหากมีการแก้ไขบทบัญญัตินั้นไปแล้ว ศาลไม่เพียงแต่จะต้องไม่เพิกถอน หากแต่ยังต้องสนับสนุนให้การเปลี่ยนแปลงนั้นเกิดขึ้นด้วย การทำความเข้าใจลักษณะของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 โดยอิงกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างที่ต้องการสถาปนารัฐประชาธิปไตยที่ประชาชนเป็นพลเมืองตื่นรู้จะสอดคล้องกับวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสโน กล่าวให้ถึงที่สุด การทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญตามแนวทางนี้จึงเป็น “เงื่อนไขที่ต้องดำเนินการก่อน” (หากกล่าวโดยอิงประสบการณ์ของไต้หวัน) สำหรับการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในมาเลเซีย

3.3 บทเรียนจากการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสโนในมาเลเซีย

สืบเนื่องจากการที่การตีความรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างเปิดช่องให้แก่การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในมาเลเซีย ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นถึงตัวบทของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่สมควรถูกแก้ไขตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ อย่างไรก็ตาม ในส่วนสุดท้าย คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์ให้เห็นว่าการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในบริบทแบบมาเลเซียอาจก่อให้เกิดแรงต้านซึ่งส่งผลทางลบต่อตัวกรอบดังกล่าวเอง

3.3.1 บทบัญญัติที่ควรปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

หากได้อ่านตัวบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 ทั้งฉบับ เราจะพบว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้หาได้มีบทบัญญัติที่รับรองโดยชัดแจ้งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวมาเลเซีย หากแต่มุ่งรับรอง “อัตลักษณ์ของชาวมาเลย์” (Malay identity) แยกออกต่างหากจาก “อัตลักษณ์ของชาติพันธุ์อื่นที่มีเชื้อชาวมาเลย์” (Non-Malays) อย่างชัดเจนดังปรากฏดังนี้

(ก) เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงสัญญาประชาคมระหว่างกลุ่มชาติพันธุ์ มาตรา 8(2) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 กำหนดหลักทั่วไปเอาไว้ว่ารัฐไม่อาจกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติเว้นแต่รัฐธรรมนูญจะอนุญาต²⁵⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญได้อนุญาตให้รัฐสามารถกระทำการอันเข้าข่าย

²⁵⁹ มาตรา 8(2) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957:

“(2) Except as expressly authorized by this Constitution, there shall be no discrimination against citizens on the ground only of religion, race, descent, place of birth or gender in any law or in the appointment to any office or employment under a public authority or in the administration of any law relating to the acquisition, holding or disposition of property or the establishing or carrying on of any trade, business, profession, vocation or employment.” โป ร ต อ ้ า ง อ ง อ ง ต ้ ว บ ท ร ัฐ ธิ ร ร ม น ุ ญ จ า ก <https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10_akta/perlembagaan_persekutuan/federal_constitution.pdf>.

เลือกปฏิบัติต่อบุคคลได้เพื่อพิทักษ์การดำรงอยู่หรือสวัสดิภาพของชาวมาเลย์ซึ่งเป็นภูมิบุตร²⁶⁰ ด้วยผลของ มาตรา 8 มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญจึงได้รับรองสิทธิพิเศษของชาวมาเลย์ทั้งสิทธิพิเศษในการศึกษาและ ได้รับทุนการศึกษา สิทธิพิเศษในการได้รับการจัดสรรตำแหน่งราชการ (quota) สิทธิพิเศษที่จะได้รับการ อำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจการค้า²⁶¹

(ข) รัฐธรรมนูญยังพิทักษ์อัตลักษณ์ของชาวมาเลย์ด้วยการรับรองให้ภาษามาเลย์เป็นภาษาราชการ แต่ ก็มีได้ห้ามการใช้ อนุรักษ์ และศึกษาภาษาอื่น²⁶²

²⁶⁰ มาตรา 8(5) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957:

“(5) This Article does not invalidate or prohibit— ... (c) any provision for the protection, well-being or advancement of the aboriginal peoples of the Malay Peninsula (including the reservation of land) or the reservation to aborigines of a reasonable proportion of suitable positions in the public service;”.

²⁶¹ มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957:

“(1) It shall be the responsibility of the Yang di-Pertuan Agong to safeguard the special position of the Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak and the legitimate interests of other communities in accordance with the provisions of this Article ...

(3) The Yang di-Pertuan Agong may, in order to ensure in accordance with Clause (2) the reservation to Malays and natives of any of the States of Sabah and Sarawak of positions in the public service and of scholarships, exhibitions and other educational or training privileges or special facilities, give such general directions as may be required for that purpose to any Commission to which Part X applies or to any authority charged with responsibility for the grant of such scholarships, exhibitions or other educational or training privileges or special facilities; and the Commission or authority shall duly comply with the directions.”

²⁶² มาตรา 152(1) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957: “(1) The national language shall be the Malay language ...”

(ค) นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็น “ศาสนาประจำสหพันธ์” แต่ก็ได้กำหนดโครงสร้างการปกครองให้เป็นรัฐอิสลาม²⁶³ การใช้ภาษามาเลย์เป็นนิจ การนับถือศาสนาอิสลาม และการยึดถือขนบธรรมเนียมมาเลย์เป็นข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญใช้บ่งชี้ว่าบุคคลใดเป็นชาวมาเลย์²⁶⁴

(ง) รัฐธรรมนูญกำหนดให้บรรดาเจ้าผู้ปกครอง (สุลต่าน ราชา (รัฐปะลิส) พระประมุข (รัฐเนกรีเซมปีลัน)) ผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันทุก 5 ปีขึ้นดำรงตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดี²⁶⁵

การกำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำสหพันธ์และการกำหนดให้บรรดาสุลต่านผลัดเปลี่ยนกันทุก 5 ปีขึ้นดำรงตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดีมีผลให้บุคคลที่จะขึ้นดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐต้องเป็นชาวมาเลย์มุสลิมเท่านั้น²⁶⁶ สิ่งนี้เอื้ออำนวยให้ชาติพันธุ์มาเลย์สามารถควบคุมกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและยับยั้ง (veto) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลลดทอนเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษของภูมิภาค โดยเฉพาะตาม (ก) และ (ข) หากพิจารณาตัวบทมาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญ²⁶⁷ บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้

²⁶³ มาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957: “(1) Islam is the religion of the Federation; but other religions may be practiced in peace and harmony in any part of the Federation.”

²⁶⁴ มาตรา 160(2) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957: “(2) ... “Malay” means a person who professes the religion of Islam, habitually speaks the Malay language, conforms to Malay custom”

²⁶⁵ มาตรา 32(3) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957: “(3) The Yang di-Pertuan Agong shall be elected by the Conference of Rulers for a term of five years, but may at any time resign his office by writing under his hand addressed to the Conference of Rulers or be removed from office by the Conference of Rulers, and shall cease to hold office on ceasing to be a Ruler.”

²⁶⁶ J.A.M. Caldwell, *DUSTUR: A Survey of the constitutions of the Arab and Muslim States* (Brill 1966) 111.

²⁶⁷ มาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957:

“(1) Subject to the following provisions of this Article and to Article 161E the provisions of this Constitution may be amended by federal law.

(2) (Repealed).

(3) A Bill for making any amendment to the Constitution (other than an amendment excepted from the provisions of this Clause) and a Bill for making any amendment to a law passed under Clause (4) of Article 10 shall not be passed in either House of Parliament unless it has been supported on Second and Third

Readings by the votes of not less than two-thirds of the total number of members of that House.

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำในรูปพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment) Bill) โดยร่างกฎหมายนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎร (Dewan Rakyat) และวุฒิสภา (Dewan Negara) ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา ประการสำคัญคือร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบและมีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิพิเศษและเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์ (มาตรา 153) และอัตลักษณ์ของชาวมาเลย์ (สถานะของภาษามาเลย์ในฐานะภาษาราชการ (มาตรา 152) เอกสิทธิ์ของเจ้าผู้ปกครอง (มาตรา 71(1)) โครงสร้างที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง (มาตรา 38)) ไม่เพียงแต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หากแต่ยังต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง (Conference of Rulers หรือ Majlis Raja-Raja) ซึ่งเป็นที่ประชุมร่วมกันของบรรดาสุลต่าน ราชา และพระประมุขจาก 9 รัฐ²⁶⁸

จะเห็นได้ว่ามาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญข้างต้นได้รับรองให้เจ้าผู้ปกครองเป็น “ผู้พิทักษ์ความเป็นมาเลย์” หากวิเคราะห์ผ่านมุมมองความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ การรับรองที่ได้กล่าวมามีผลกีดกันมิให้บางภาคส่วนของสังคม (กล่าวคือ ชาติพันธุ์ที่มีเชื้อมุขลิบ) สามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญที่รับรองแนวคิดชาติพันธุ์อัตตาธิปไตย²⁶⁹

(4) The following amendments are excepted from the provisions of Clause (3), that is to say:

(a) any amendment to Part III of the Second or to the Sixth or Seventh Schedule;

(b) any amendment incidental to or consequential on the exercise of any power to make law conferred on Parliament by any provision of this Constitution other than Articles 74 and 76;

(bb) subject to Article 161E any amendment made for or in connection with the admission of any State to the Federation or its association with the States thereof, or any modification made as to the application of this Constitution to a State previously so admitted or associated;

(c) any amendment consequential on an amendment made under paragraph (a).

(5) A law making an amendment to Clause (4) of Article 10, any law passed thereunder, the provisions of Part III, Article 38, 63(4), 70, 71(1), 72(4), 152, or 153 or to this Clause shall not be passed without the consent of the Conference of Rulers.

(6) In this Article “amendment” includes addition and repeal; and in this Article and in Article 2(a) “State” includes any territory.”

²⁶⁸ มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957

²⁶⁹ Harding, *The Constitution of Malaysia*, 126.

3.3.2 การปฏิเสธรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยมุ่งแสดงให้เห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 โดยอิงเจตนารมณ์ของผู้ร่าง เพื่อเปิดทางให้แก่การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ในบริบทของมาเลเซียก่อให้เกิดผลทางลบต่อ ทั้งเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญและตัวกรอบดังกล่าวเอง คณะผู้วิจัยจะนำเสนอประเด็นนี้ผ่านเหตุการณ์ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.1971 และคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับสถานะของศาสนาอิสลาม

3.3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1971: การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อปฏิเสธรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑

เหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.1971 เป็นผลพวงของความขัดแย้งระหว่างชาวมาเลย์ และชาวจีนที่ยังคงครุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนนำไปสู่การจลาจลเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ.1969 การจลาจลเมื่อค.ศ.1969 เกิดขึ้นภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปในปีเดียวกัน โดยในการเลือกตั้งครั้งนั้นกลุ่ม พันธมิตร (แม้จะได้รับชัยชนะในภาพรวม) พ่ายแพ้ต่อพรรคฝ่ายค้านซึ่งได้รับการสนับสนุนจากชาวจีนก็ใน หลาย ๆ พื้นที่ ชาวจีนเฉลิมฉลองชัยชนะของฝ่ายค้านและมีการใช้วาทกรรมยั่วยุชาวมาเลย์ เช่น “พวกมาเลย์ กลับบ้านนอกไป!” (“Orang Melayu Balek Kampong”) “กำจัดพวกมาเลย์ให้หมด” (“Semua Melayu Kasi Habis”) “กัวลาลัมเปอร์เป็นของพวกเราชาวจีน” (“Kuala Lumpur Sekarang China Punya”) วาท กรรมเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าชาวจีนต้องการแก้ไขสภาพของชาติพันธุ์ตามรัฐธรรมนูญให้ทัดเทียมกับชาติ พันธุ์มาเลย์ (ซึ่งหากมีการแก้ไขก็จะทำให้รัฐธรรมนูญของมาเลเซียสอดคล้องกับตรรกะและหลักการของกรอบ ความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ มากขึ้น) จึงไม่แปลกที่ฝ่ายหลังจะรู้สึกว่สถานะภูมิบุตรของตนถูกคุกคาม²⁷⁰

อย่างไรก็ดี แทนที่รัฐบาลที่มีพรรค UMNO เป็นแกนนำจะประนีประนอมกับชาวจีนด้วยการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปตามแนวทางที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ สนับสนุน รัฐบาลได้ประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินและเลือกที่จะจัดความรูปแบบสัมพันธ์ระหว่างชาติพันธุ์ใหม่ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1971 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นมีผลทำให้มาเลเซียกลายเป็นสิ่งที่ศาสตราจารย์ ฮาร์ดีงเรียกว่า “รัฐตำรวจเผด็จการกึ่งประชาธิปไตย” (“authoritarian semi-democratic police state”) ที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนสามารถถูกจำกัดได้อย่างกว้างขวาง²⁷¹ ในภาพรวม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งนั้นมีผล

(ก) ขยายขอบเขตของ “ภูมิบุตร” ผู้ที่ได้รับเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษตามมาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญให้ รวมไปถึงชนพื้นถิ่นในรัฐซาบฮาร์และรัฐซาราวัก (โปรดดูตัวบทข้างต้น)

(ข) เพิ่มมาตรา 10(4) ซึ่งอนุญาตให้รัฐสภาผ่านพระราชบัญญัติที่มีผลจำกัดการใช้เสรีภาพในการ แสดงออกและแสดงความคิดเห็นอันมีผลห้ามตั้งคำถามต่อพระราชสถานะและพระราชอำนาจของบรรดาเจ้า

²⁷⁰ สำหรับรายละเอียดของเหตุการณ์ In-Won Hwang, *Personalized Politics: The Malaysian State Under Mahathir* (ISEAS 2003) 73-79.

²⁷¹ Harding, *The Constitution of Malaysia*, 64.

ผู้ปกครองและเอกสิทธิ์ของภูมิภาคชาวมาเลย์และชนพื้นถิ่นในรัฐซาบะห์และรัฐซาราวัก²⁷² ภายหลังเหตุการณ์จลาจลเมื่อ ค.ศ.1969 รัฐบาลมาเลเซียได้แก้ไขพระราชบัญญัติต่อต้านการปลุกปั่น ค.ศ.1948 (Sedition Act 1948) กำหนดให้การกระทำที่ได้อ้างว่าเป็นความผิดและต้องได้รับโทษทางอาญา²⁷³

(ค) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1971 ยังมีผลทำให้การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่การตั้งคำถามต่ออัตลักษณ์และเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์มีความ “เป็นสถาบัน” (institutionalised) มากขึ้นด้วยการแก้ไขมาตรา 159 (5) กำหนดให้การแก้ไขมาตรา 10(4) ของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติตาม (ข) ต้องได้รับอนุมัติจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 และต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง (โปรดดูตัวบทข้างต้น)²⁷⁴

โดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ.1971 ไม่แต่เพียงเพิ่มบทบัญญัติที่มีผลทำให้ชาติพันธุ์ที่มีใช้ภูมิภาค (โดยเฉพาะชาวจีน) มีสถานะเป็น “ผู้อื่น” หรือ “คนนอก” (pendatang) มากยิ่งขึ้นกว่าเดิม²⁷⁵ หากแต่ยังสร้างความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้แก่การกำหนดโทษทางอาญาแก่การขับเคลื่อนวงชนรุ่นปัจจุบันและอนาคตเพื่อแก้ไขแนวคิด 3Rs ที่คนรุ่นอดีตกำหนดเอาไว้ หากพิจารณาจากมุมมองของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากงานของรอชไน บทบัญญัติทั้งสองถือว่าเข้าข่ายเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไข อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ.1971 ยังคงมีผลบังคับจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ.2567) โดยรัฐสภาของมาเลเซียก็ไม่เคยดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลลดระดับการคุ้มครองสิทธิพิเศษและเอกสิทธิ์ของภูมิภาคไปจากเมื่อ ค.ศ.1971 เลย ตรงกันข้าม วิกฤตการณ์การเมืองเมื่อ ค.ศ.2019 ซึ่งเป็นปีที่มาเลเซียจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปเป็นเครื่องพิสูจน์ว่าความพยายามลดระดับของสิ่งดังกล่าวมีแต่จะนำไปสู่การล่มสลายของรัฐบาล

การเลือกตั้งทั่วไปเมื่อ ค.ศ.2019 เป็นการเลือกตั้งครั้งแรกนับตั้งแต่มาเลเซียได้รับเอกราชเมื่อ ค.ศ.1957 ที่พันธมิตรแนวร่วมแห่งชาติ (หรือกลุ่มพันธมิตรเดิม) ประสบกับความพ่ายแพ้ และนับจากนั้นเป็นต้นมา ก็ไม่เคยมีกลุ่มการเมืองใดที่สามารถครองเสียงข้างมากในรัฐสภามาเลเซียได้อย่างเด็ดขาดอีกเลย สาเหตุหนึ่งที่พันธมิตรแนวร่วมแห่งชาติต้องพ่ายแพ้เป็นเพราะเหตุการณ์การทุจริตกองทุน 1MDB ที่นายนาจิบ ราซัค (Najib

²⁷² มาตรา 10(4) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957: “(4) In imposing restrictions in the interest of the security of the Federation or any part thereof or public order under Clause (2)(a), Parliament may pass law prohibiting the questioning of any matter, right, status, position, privilege, sovereignty or prerogative established or protected by the provisions of Part III, Article 152,153 or 181 otherwise than in relation to the implementation thereof as may be specified in such law.”

²⁷³ Hwang, *Personalized Politics*, 107.

²⁷⁴ โปรดดูประกอบ รวิวิท ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*, 49-50.

²⁷⁵ Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft’, 119-120.

Razak) อดีตนายกรัฐมนตรีจากพรรค UMNO ถูกกล่าวหาว่ามีส่วนเกี่ยวพัน²⁷⁶ แนวร่วม Pakatan Harapan (PH) ที่มีพรรค Bersatu เป็นแกนนำและชนะการเลือกตั้งได้ประกาศนโยบาย “ปฏิรูปการเมือง” โดยหนึ่งในนั้นได้แก่แผนการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)) เพื่อปฏิรูปให้มาเลเซียเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น การเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศฉบับนี้ย่อมนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปทิศทางที่สอดคล้องกับสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ และอาจไปถึงขั้นยกเลิกหรือลดระดับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเมื่อค.ศ.1971 พรรคฝ่ายค้านได้อาศัยเหตุนี้ไปลุกปั่นภาคประชาสังคมว่าการกระทำของรัฐบาลเป็นปฏิปักษ์ต่อเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษของภูมิภาคและพระราชสถานะของเจ้าผู้ปกครองชาวมาเลย์ ด้วยแรงต่อต้านที่เกิดขึ้น (ประกอบกับเหตุการณ์อื่น) สุดท้ายรัฐบาล PH ต้องมีอันล่มสลายลงเพียง 1 ปีให้หลัง²⁷⁷

กล่าวให้ถึงที่สุด ประสบการณ์ของมาเลเซียเชื่อเชิญให้คำนึงว่าการนำหรือเรียกร้องให้มีการนำหลักการและสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ (โดยเฉพาะสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมและสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้) มาปรับใช้ สามารถกลายเป็นชนวนที่ทำให้แนวคิดและตรรกะของกรอบประการนี้ถูกต่อต้านจากฝ่ายที่มีอำนาจนำภายในรัฐมากกว่าเดิมจนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเพิ่มจำนวนบทบัญญัติที่มีเนื้อหาปฏิเสธ-สมมติฐานของกรอบดังกล่าว²⁷⁸

3.3.2.2 คำพิพากษาของศาลมาเลเซียเกี่ยวกับสถานะของศาสนาอิสลาม: ความขัดแย้งระหว่างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กับแนวคิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะพิจารณาการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กับบทบัญญัติมาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำสหพันธ์ คณะผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่าบทบัญญัติดังกล่าวอำนาจให้ชาวมาเลย์มุสลิมเท่านั้นที่สามารถขึ้นดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐผู้มีอำนาจยับยั้งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อสัญญาประชาคมได้ หากวิเคราะห์เชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ก็อาจกล่าวได้ว่ามาตรา 3(1) มีผลทำให้บางภาคส่วนของสังคม ได้แก่

²⁷⁶ See Mark R Thompson and Joseph Chinyong Liow (ed), *Malaysia's 14th General Election and UMNO's Fall: Intra-Elite Feuding in the Pursuit of Power* (Routledge 2020).

²⁷⁷ Wilson TV Tay, ‘Making Progress on a Rocky Path: Democratic Consolidation and Endurance in Malaysia, 2018-2021’ in Tom Gerald Daly and Dinesha Samarathne (eds), *Democratic Consolidation and Constitutional Endurance in Asia and Africa: Comparing Uneven Pathways* (Oxford University Press 2024) 353-355.

²⁷⁸ โปรตดูประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานีฟ รอชไน*, 64.

ชาติพันธุ์ที่มีใช้ภูมิบุตร มีอาจเข้าไปมีส่วนในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในประเด็นที่กระทบเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์ หนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรา 159 (5) ของรัฐธรรมนูญมิได้บังคับให้การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3(1) อันมีผลกำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำสหพันธรัฐต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง แม้บทบัญญัตินี้จะเป็หัวใจของหลัก 3Rs และอัตลักษณ์ของชาวมาเลย์ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามความเป็นจริง ความพยายามเรียกร้องให้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมาตรา 3(1) ด้วยเหตุที่ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสนับสนุนให้เกิดการกีดกันมิให้ชาติพันธุ์ที่มีใช้ภูมิบุตรสามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญที่รับรองแนวคิดชาติพันธุ์อัตตาริปัตย์ยอมก่อให้เกิดแรงต้านจากชุมชนชาวมาเลย์และอาจนำไปสู่เหตุการณ์ในลักษณะเดียวกับที่เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ.1969 และค.ศ.1971 แต่นอกเหนือจากแรงต้านจากชนชั้นนำและสังคม การแก้ไขมาตรา 3(1) ยังอาจต้องเผชิญกับแรงต้านจากศาลอีกด้วย

ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา ศาลแห่งสหพันธ์ของมาเลเซียได้มีโอกาสวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสถานะของศาสนาอิสลามซึ่งสังคมให้ความสนใจเป็นวงกว้างนั่นก็คือคดี Allah-Herald แม้คดีดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ผลของคำพิพากษานี้ก็กระทบต่อแนวทางการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 คดี Allah-Herald มีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัย ได้แก่ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยห้ามโบสถ์คาทอลิกตีพิมพ์จดหมายข่าวฉบับภาษามาเลย์ซึ่งมีการใช้คำว่า “อัลเลาะห์” (Allah) เพื่อสื่อความหมายถึงพระเจ้าของศาสนาคริสต์โดยเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฝ่ายรัฐมนตรีให้เหตุผลว่าการกระทำของโบสถ์มีผลชักชวนให้ชาวมาเลย์มุสลิมเข้ารับศาสนาคริสต์ซึ่งจึงเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อมาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายโบสถ์โต้แย้งว่าการกระทำของตนเป็นการใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาโดยชอบด้วยมาตรา 11(1) ของรัฐธรรมนูญ²⁷⁹

ศาลไฮคอร์ท (High Court) ซึ่งเป็นศาลชั้นต้นเห็นพ้องกับฝ่ายโบสถ์²⁸⁰ แต่ต่อมา ศาลอุทธรณ์²⁸¹และศาลแห่งสหพันธ์ (ซึ่งเป็นศาลสูงสุด)²⁸² ได้กลับคำตัดสินและยืนยันว่าคำสั่งของรัฐมนตรีเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁸³ โดยผู้พิพากษา (ซึ่งเป็นชาวมาเลย์) ในคดีนี้ไม่เพียงแต่ให้นำหนักกับการคุ้มครองศาสนาอิสลามซึ่ง

²⁷⁹ สำหรับรายละเอียดของคดีที่เป็นภาษาอังกฤษ see Moustafa, *Constituting Religion*, 147-148.

²⁸⁰ *Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur v Menteri Dalam Negeri* [2010] 2 MLJ 78.

²⁸¹ *Menteri Dalam Negeri & Others v Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur* [2013] 6 MLJ 468.

²⁸² *Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur v Menteri Dalam Negeri & Ors* [2014] 4 MLJ 765.

²⁸³ โปรดดูรายละเอียดของคำตัดสินจาก Carolyn Evans and Timnah Rachel Baker, ‘Communal Religious Rights or Majoritarian Oppression: Conversion and Proselytism Laws in

สะท้อนอัตลักษณ์ชาติพันธุ์มาเลย์เหนือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ²⁸⁴ หากแต่ยังมีทัศนคติต่อมาตรา 3(1) ว่ามีสถานะเป็น “อภิรัฐธรรมนูญ” (“meta-constitution”) คือเป็นบรรทัดฐานพื้นฐานที่อยู่เหนือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งหมดซึ่งทำหน้าที่กำหนดนิยามและอัตลักษณ์ความเป็นรัฐ สถาบันของรัฐมีหน้าที่ในการพิทักษ์บรรทัดฐานดังกล่าวไม่ให้ถูกเปลี่ยนแปลง รัฐจึง “ต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศาสนาอิสลามเป็นอันดับแรก ... ส่วนการปฏิบัติศาสนกิจตามหลักศาสนาอื่นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อการนั้นไม่เป็นภัยต่อ ... อัตลักษณ์ความเป็นมาเลย์มุสลิม”²⁸⁵

ทัศนคติของผู้พิพากษาชาวมาเลย์ในคดี Allah-Herald ต่อมาตรา 3(1) ที่ข้างต้นดูจะเป็นการส่งสัญญาณโดยอ้อมว่าหากเกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะของศาสนาอิสลามภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มากขึ้น ศาลก็พร้อมที่จะวินิจฉัยว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

จากเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.1971 เหตุวิฤตรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.2019 และคดี Allah-Herald คณะผู้วิจัยพอจะสืบสาวข้อสรุปในเชิงทฤษฎีออกมาได้ว่าในขณะที่แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับในระบบรัฐธรรมนูญของไต้หวัน กรณีศึกษาของมาเลเซียเชื่อเชิญให้ทบทวนการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ในระบบรัฐธรรมนูญที่เผชิญความแตกแยกจนถึงระดับที่ไม่อาจหาข้อตกลงร่วมกันได้ว่า “ใครคือปวงชนที่มีความเป็นหนึ่งเดียว” ซึ่งเป็นรากฐานความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญและชนชั้นนำและสมาชิกส่วนใหญ่ของสังคม (ชาวมาเลย์) เองก็ปฏิเสธที่จะยอมรับให้อุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่า นำ ฮานนา เลอร์เนอร์ (Hanna Lerner) เรียกบริบททางรัฐธรรมนูญที่เผชิญสถานะเช่นนี้ว่า “สังคมที่แตกแยกอย่างร้ายลึก” (“Deeply Divided Societies”)²⁸⁶ จากประสบการณ์ของมาเลเซีย การนำตรรกะ-วิธีคิด-หลักการของกรอบข้างต้นไปปรับใช้ในสังคมที่แตกแยกอย่างร้ายลึกมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดให้เกิดผลทางลบไม่เพียงต่อเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญ หากแต่ยังจะเป็นการทำลายกรอบดังกล่าวเสียเองด้วย

Malaysia and India’ in Nehal Bhuta (ed), *Freedom of Religion, Secularism, and Human Rights* (Oxford University Press 2019) 80 .

²⁸⁴ Harding, ‘Constitutional Trajectory’, 278.

²⁸⁵ The Allah-Herald case (The Court of Appeal), 493; Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft’, 120, 123-124.

²⁸⁶ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิว รอส* ใน , 150-151; Hanna Lerner, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* (Cambridge University Press 2011) 19-29.

3.3.3 ความเป็นไปได้ในการปรับปรุงเปลี่ยนรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นในบริบทที่ไม่เหมาะสมที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้

จากบทวิเคราะห์ในส่วนที่ 3.3.2 คำถามที่เกิดขึ้นคือในบริบทที่การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้จะก่อให้เกิดผลทางลบดังเช่นมาเลเซีย จะยังคงมีความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับเป้าประสงค์ของกรอบดังกล่าวนั้นคือการอำนวยความสะดวกให้สมาชิกในสังคมสามารถเข้ามามีบทบาทในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตนได้กว้างขวางมากที่สุด

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าอุปสรรคในการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการปรับใช้แนวคิดตามแบบกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ในมาเลเซียหาได้ปิดช่องทางสำหรับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 ให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นเสียเลยทีเดียว ตรงกันข้ามนับตั้งแต่ค.ศ.2019 เป็นต้นมา ความขัดแย้ง (อันทำให้ไม่อาจสถาปนาวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวขึ้นมาได้) ดูจะเป็นแรงขับเคลื่อนให้การดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยซ้ำไป²⁸⁷ สิ่งนี้พิสูจน์ได้จากเหตุการณ์การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 เพื่อลดอายุผู้มีสิทธิเลือกตั้งจาก 21 ปีเหลือ 18 ปี และเมื่อสมาชิกรัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งเป็นผู้มีอำนาจให้การอนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การลดอายุของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจึงมีผลโดยอ้อมในการทำให้กลไกการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในมาเลเซียสะท้อนเจตจำนงของพลเมืองได้ครอบคลุมหลากหลายภาคส่วนและหลายรุ่นมากขึ้น

เหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อค.ศ.2019 ข้างต้นเป็นผลพวงมาจากความตื่นตัวของคนรุ่นใหม่ต่อแนวคิดประชาธิปไตย²⁸⁸ ด้วยสถานการณ์ทางการเมืองของมาเลเซียภายหลังค.ศ.2018 ซึ่งไม่มีกลุ่มการเมืองใดที่สามารถอาจครองเสียงข้างมากเด็ดขาดและสามารถควบคุมกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างเบ็ดเสร็จในรัฐสภา พรรคการเมืองต่าง ๆ (ซึ่งเป็นตัวแทนชาติพันธุ์) ดูจะเห็นตรงกันในระดับหนึ่งถึงความจำเป็นที่ต้องสร้างความชอบธรรมให้การดำเนินนโยบายของตน (ซึ่งอาจต้องกระทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) ด้วยการขยายฐานผู้สนับสนุนไปยังกลุ่มเยาวชนชนมากกว่าเดิม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การรักษาระยะของแต่ละชาติพันธุ์ในศตวรรษที่ 21 ต้องพึ่งพากลไกประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น²⁸⁹ ขณะเดียวกัน ถ้าพิจารณาในมุมกลับ สถานการณ์นี้ก็แสดงให้เห็นว่าการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญให้สะท้อนเจตจำนงของพลเมืองได้ครอบคลุมหลากหลายภาคส่วนและหลายรุ่นมากขึ้นมิได้ถูกขับเคลื่อนจากความเชื่อในทฤษฎี

²⁸⁷ Andrew Harding, 'The Dynamics of Constitutional Amendment in Malaysia' in Bui and Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2*, 178-184.

²⁸⁸ Wilson TV Tay, 'Bipartisan Support for Constitutional Amendment to Lower Voting Age in Malaysia: Consensus Is the Way Forward in a Developing Democracy' (*Constitutionnet*, 1 August 2019) <<https://constitutionnet.org/news/bipartisan-support-constitutional-amendment-lower-voting-age-malaysia-consensus-way-forward>> accessed 13 August 2024.

²⁸⁹ Ibid; Tay, 'Making Progress', 354-355.

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือแนวคิดอัตตานิยมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากแต่ถูกขับเคลื่อนจากความแตกแยกระหว่างชาติพันธุ์เพื่อ “รักษาผลประโยชน์ส่วนตัว”²⁹⁰

หากสรุปให้เป็นทฤษฎี ประสบการณ์ของมาเลเซียเชื้อเชิญให้พิจารณาว่าการบรรลุเป้าหมายของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ (นั่นก็คือการอำนวยให้ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรัฐสามารถเข้ามามีส่วนร่วมมากที่สุดในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตน) ในสังคมประชาธิปไตยใหม่ที่แตกแยกอย่างร้ายลึก อาจจะไม่ได้อาศัยอยู่กับการสร้างปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวขึ้นมาหรือการทำให้อุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่า นำ แต่อาจขึ้นอยู่กับกรยอมรับว่าความขัดแย้ง (กรณีของมาเลเซียคือความขัดแย้งทางชาติพันธุ์) เป็น “สถาบันทางรัฐธรรมนูญ”²⁹¹ และพื้นที่ของความขัดแย้งที่ถูกทำให้เป็น สถาบันทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็สามารถกลายเป็นแรงผลักดันให้กลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ เห็นถึงความจำเป็นของการยกระดับการคุ้มครองสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเพื่อความอยู่รอดของตนเอง (self-preservation)²⁹²

4. สรุป

ในบทที่ 3 นี้ เราได้เห็นถึงประสิทธิภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอซโนผ่านประสบการณ์ของไต้หวันและมาเลเซีย ไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถถูกนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพจนอำนวยให้การเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยเป็นไปได้สำเร็จและป้องกันการเกิดขึ้นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กระนั้น สถานะการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไต้หวันด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนชาวจีนเชื้อเชิญให้เราต้องหันกลับมาทบทวนสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กรณีของไต้หวันแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนอันจะอำนวยให้สถาบันรัฐพร้อมที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ นั่นก็คือการสร้างพื้นที่ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional space) ให้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ประสบการณ์ของไต้หวันไม่อาจนำมาปรับใช้กับกรณีของมาเลเซียซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งสถาปนาระบอบประชาธิปไตยควบคู่ไปกับความเป็นรัฐชาติพันธุ์อัตตานิยมและแนวคิด 3Rs การตีความรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 โดยอิงกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างเพื่อเชื่อมโยงตราสารดังกล่าวเข้ากับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันจะช่วยให้เปิดทางให้แก่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดให้เกิดผลทางลบต่อทั้งเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญและตัวกรอบดังกล่าวเอง ภายใต้โครงสร้างรัฐชาติพันธุ์อัตตานิยม การ

²⁹⁰ See Harding, ‘The Dynamics’, 178-179.

²⁹¹ Harding, ‘Constitutional Trajectory’, 254; Cf Lener, *Making Constitutions*, ch 2.

²⁹² Cf Ran Hirschl, ‘The Political Origins of the New Constitutionalism’ (2004) 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 71, 89; Ran Hirschl, ‘The Strategic Foundations of Constitutions’ in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (eds), *Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press 2013) 170.

ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยและสอดคล้องกับสมมติฐานของ กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ทั้งสามประการมากยิ่งขึ้นแต่จะถูกต่อต้านจากฝ่ายที่มีอำนาจนำภายในรัฐ สิ่งนี้อาจนำไปสู่การเพิ่มจำนวนบทบัญญัติที่มุ่งทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กลายเป็นข้อยกเว้นมากยิ่งขึ้น ขณะเดียวกัน การเปลี่ยนแปลงในรูปแบบนี้ก็มิแน่วโน้มจะถูกศาลวินิจฉัยว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

บทที่ 4

การปรับใช้กรอบความคิดทางกฎหมายสำหรับบังคับบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควร ถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่สกัดออกมาจากผลงานของยานิฟ รอซไน ในประเทศไทย

1. ความนำ

ในบทที่ 3 คณะผู้วิจัยได้อาศัยกรณีศึกษาของไต้หวันเพื่อเป็นตัวอย่างบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอซไนสามารถปรับใช้ได้แนวทางปฏิบัติ และกรณีของประเทศมาเลเซียซึ่งสะท้อนผลทางลบหากได้มีการนำกรอบประการนี้ไปปรับใช้ สำหรับบทที่ 4 นี้ คณะผู้วิจัยจะหันมาพิจารณาการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ในบริบทของประเทศไทย หากวิเคราะห์ประวัติศาสตร์การเมืองและรัฐธรรมนูญของไทยนับแต่ที่มีการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ (nation-state) ภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2567) เราจะพบว่า การสถาปนาแนวคิดอำนาจอธิปไตยและแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนนั้นถูกท้าทายจากอุดมการณ์ราชาชาตินิยมที่ถือว่าองค์พระมหากษัตริย์ทรงเป็น “ศูนย์รวมความเป็นหนึ่งเดียวของชาติ” มาโดยตลอด²⁹³ ดังนั้น ในส่วนที่ 2 ถึงส่วนที่ 4 ของบท คณะผู้วิจัยมุ่งนำเสนอให้เห็นถึงพัฒนาการของความขัดแย้งระหว่างอุดมการณ์ทั้งสองประการในไทย และผลต่อการพัฒนาและสถาปนาให้สมมติฐานทั้งสามประการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ได้แก่ สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองที่รับรู้ เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญ

จากนั้น ในส่วนที่ 5 คณะผู้วิจัยจะนำเสนอให้เห็นว่าในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีโอกาสวินิจฉัยข้อพิพาทจำนวนหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับความพยายามปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยเหล่านี้ไม่เพียงแต่สร้างบรรทัดฐานเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาเท่านั้น หากแต่ยังมีผลกำหนดแนวทางการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนอีกด้วย การศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะทำให้เห็นข้อจำกัดของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น และในที่สุดท้ายของบท คณะผู้วิจัยจะสรุปขอบเขตที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ สามารถนำมาปรับใช้ในประเทศไทย เพื่อเป็นการนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่คณะผู้วิจัยจะกล่าวถึงในบทที่ 5 ต่อไป โดยคณะผู้วิจัยมีข้อเสนอว่าประเทศไทยเป็นตัวอย่างของบริบทที่สามารถนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ไปปรับใช้ได้แนวทางปฏิบัติ แต่การปรับใช้ดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ หรือถ้ากล่าวอย่างกระชับ กรณีศึกษาของไทยอยู่ “ก้ำกึ่ง” ระหว่างกรณีของไต้หวันและมาเลเซีย

²⁹³ Chris Baker and Pasuk Phongpaichit, *A History of Thailand* (Cambridge University Press 2014) 76.

2. การก่อตัวขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนและการสร้างประชาธิปไตยแบบไทยก่อน พ.ศ. 2540: สถานะที่ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ถูกปฏิเสธโดยสิ้นเชิง

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะนำเสนอให้เห็นภาพของการต่อสู้ช่วงชิงกันทางความคิดระหว่างฝ่ายอนุรักษนิยม (ทหารและชนชั้นนำจารีตไทย) ซึ่งยึดมั่นในสามเสาหลักของ “ความเป็นไทย” (Thai-ness) ได้แก่ ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และฝ่ายเสรีนิยมซึ่งสนับสนุนแนวคิดประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมและ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนก่อนพ.ศ.2540²⁹⁴ แนวความคิดแรกเป็นแนวคิดนำในการสร้างรัฐชาติไทยสมัยใหม่ (modern Thai nation-state) และสถาปนาระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่แม้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จะสิ้นสุดลงโดยผลของการปฏิวัติเมื่อพ.ศ.2475 แต่นับตั้งแต่พ.ศ.2490 เป็นต้นมา ฝ่ายอนุรักษนิยมไทยก็ค่อย ๆ ประสบความสำเร็จในการรื้อฟื้นให้อุดมการณ์ชาตินิยมกษัตริย์นิยมหรือที่นักวิชาการทางประวัติศาสตร์เรียกว่า “อุดมการณ์ราชาชาตินิยม”²⁹⁵ ให้กลายเป็นแนวคิดนำในระบบรัฐธรรมนูญไทย²⁹⁶ การดังกล่าวมีผลต่อการพัฒนาและสถาปนาแนวคิดพลเมืองที่รัฐผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและทรงสิทธิเด็ดขาดในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตนเองให้เป็นแนวคิดนำในระบบรัฐธรรมนูญของไทยอีกด้วย

2.1 การปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อนพ.ศ.2475

สำหรับเหตุการณ์ที่อาจพอถือได้ว่าเป็นความพยายามครั้งแรกที่จะสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนให้ก่อตัวขึ้นในประเทศไทยนั้น ได้แก่ คำกราบบังคมทูลความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงการปกครองราชการแผ่นดิน ร.ศ.103²⁹⁷ อย่างไรก็ตาม ภายใต้การสถาปนารัฐชาติที่ปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เพื่ออ้างไว้ซึ่งเอกราชของสยามจากอาณานิคมตะวันตก ข้อเสนอดังกล่าวได้ถูกปฏิเสธ โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงให้เหตุผลว่าประชาชนสยาม (ไทย) ณ ขณะนั้น “ยังไม่มีความรู้ [ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยและ] การฝึกหัดใดแต่เดิมมาเลย” พระมหากษัตริย์ต่างหากที่ทรงเป็น “ผู้อยู่ในยุคธรรม [และเป็น] ผู้รักใคร่คิดจะทำนุบำรุงราษฎรให้อยู่เย็น[เป็นสุข]ยิ่งกว่าผู้อื่นทั้งสิ้น...”²⁹⁸ กล่าวให้ถึงให้ถึงที่สุด รัฐไทยสมัยใหม่มีจุดเริ่มต้นจากการสร้าง “ประชาชน[ที่]มีหน้าที่เทิดทูน/เคารพ

²⁹⁴ Björn Dressel, ‘When Notions of Legitimacy Conflict: The Case of Thailand’ (2010) 38 Politics & Policy 445; Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions of Constituent Power’, 312-318.

²⁹⁵ ธงชัย วินิจจะกุล, *โฉมหน้าราชาชาตินิยม* (ฟ้าเดียวกัน 2559).

²⁹⁶ Thongchai Winichakul, ‘Toppling Democracy’ (2008) 38 Journal of Contemporary Asia 11, 15.

²⁹⁷ Eiji Murashima, ‘The Origin of Modern Official State Ideology in Thailand’ (1988) 19 Journal of Southeast Asian Studies 80, 84.

²⁹⁸ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, *พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก่ไขการปกครองแผ่นดิน* (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470) 63.

สักการะองค์พระมหากษัตริย์และแสดงออกซึ่งความจงรักภักดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์”²⁹⁹ การอ้างไว้ซึ่งความเป็นรัฐชาติภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ถูกท้าทายอย่างหนักจากเหตุการณ์การปฏิวัติเมื่อพ.ศ. 2475

2.2 ความพยายามสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนในระบบรัฐธรรมนูญและความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษนิยมในการรื้อฟื้นอุดมการณ์ราชาชาตินิยม

ภายหลังประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาเมื่อพ.ศ. 2475 คณะราษฎรซึ่งเป็นผู้ก่อการปฏิวัติได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับรองเป็นครั้งแรกเอาไว้ว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศ (อำนาจอธิปไตย) นั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย”³⁰⁰ ในทัศนะของเมรีโอและกล้า สมุทวนิช การกำหนดให้อำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของปวงชน ย่อมหมายถึงการกำหนดให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนไปในตัว อย่างน้อยก็ในแง่การสร้างความปลอดภัยให้กับระบอบใหม่³⁰¹ กระนั้น อาจมีผู้ตั้งคำถามว่าคณะราษฎรมุ่งหมายที่จะสถาปนาให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนเป็นแนวคิดนำในทางรัฐธรรมนูญจริงหรือ เนื่องจาก ในความเป็นจริง คณะราษฎรเองก็พยายามผูกขาดอำนาจในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญไว้ที่ตนเอง ตลอดจนอาศัยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2476 ขจัดผู้ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองโดยอาศัยรัฐธรรมนูญ³⁰²

อย่างไรก็ตาม ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง คณะราษฎรได้เลือกที่จะ “ประนีประนอมกับฝ่ายชนชั้นนำเดิม”³⁰³ โดยคณะราษฎรไม่เพียงแต่เชิญบุคคลที่สนับสนุนอุดมการณ์ราชาชาตินิยมให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนแรกเท่านั้น หากแต่ยังยอมให้ฝ่ายชั้นนำมีบทบาทหลักในการร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของประเทศ การเหล่านี้อาจกระทบต่อการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนเป็นอย่างยิ่ง³⁰⁴ ดังจะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (“รัฐธรรมนูญ ฯ 2475”) ซึ่ง

²⁹⁹ รวิวิท ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไน*, 118.

³⁰⁰ มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

³⁰¹ กล้า สมุทวนิช, ‘การแก้ไข การร่างใหม่ทั้งฉบับ : ทฤษฎีและประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย’ (*สถาบันปรีดี พนมยงค์*, 2 ธันวาคม 2565) <<https://pridi.or.th/th/content/2022/12/1342>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567; รวิวิท ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไน*, 119-121; Mériau, ‘The 1932 Compromise Constitution’, 318.

³⁰² Scott Barmé, *Luang Wichit Wathakan and the Creation of a Thai Identity* (ISEAS 1993) 110.

³⁰³ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475* (ฟ้าเดียวกัน 2553); Federico Ferrara, *The Political Development of Modern Thailand* (Cambridge University Press 2015) ch 3.

³⁰⁴ Mériau, ‘The 1932 Compromise Constitution’, 304-307.

เป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของไทยและถูกประกาศใช้แทนที่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2475 ได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำจาก “อำนาจสูงสุด ... เป็นของราษฎร ...” เป็น “อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”³⁰⁵ สุพจน์ ตำนตระกุล ได้วิเคราะห์เอาไว้ว่าการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำนี้ “...นับเป็นบทก้าวแรกของฝ่ายอนุรักษนิยม...ที่ใช้ถ้อยคำภาษาเป็นกึ่งหน้า ช่วงชิงการนำจากคณะราษฎร...”³⁰⁶ เนื่องจากการใช้คำว่า “มาจาก” อาจสื่อถึงว่าปวงชนเป็นเพียงองค์ประกอบ (entity) หนึ่งของรัฐที่ไม่อาจใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองโดยตรงตามนัยของทฤษฎี UCA ของรอชไน หากแต่ต้องกระ “ผ่าน” ประมุขของรัฐนั่นก็คือองค์พระมหากษัตริย์³⁰⁷

ความสำเร็จของฝ่ายชนชั้นนำที่สามารถเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสะท้อนให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อพ.ศ.2475 ไม่อาจลบล้างฐานความชอบธรรมแบบธรรมเนียมนิยมไปจากระบบกฎหมายไทย ในทางกลับกัน ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ๒ 2475 การพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทยกลับต้องเผชิญกับเหตุการณ์ความผันผวนทางการเมืองอันสืบเนื่องมาจากความพยายามแย่งชิงอำนาจนำทางการเมืองระหว่างกลุ่มคณะราษฎรฝ่ายทหาร กลุ่มคณะราษฎรฝ่ายพลเรือน และกลุ่มชนชั้นนำ³⁰⁸ ความผันผวนทางการเมืองที่เกิดขึ้นเปิดโอกาสให้ฝ่ายชนชั้นนำสามารถรื้อฟื้นอำนาจนำของฝ่ายตนได้สำเร็จในช่วงทศวรรษที่ 2500 โดยอาศัยการร่วมมือกับกองทัพทำการรัฐประหาร แต่แม้จะสามารถรื้อฟื้นอำนาจนำของฝ่ายตนขึ้นมาได้ ฝ่ายอนุรักษนิยมก็เลือกที่จะไม่รื้อฟื้นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเลือกที่จะเชื่อมโยงอุดมการณ์ราชาชาตินิยมเข้ากับระบอบประชาธิปไตย และสถาปนาระบอบประชาธิปไตยที่อยู่ภายใต้การอนุบาลของชนชั้นนำ (tutelage democracy)³⁰⁹

³⁰⁵ มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

³⁰⁶ สุพจน์ ตำนตระกุล, *ประวัติรัฐธรรมนูญ* (สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม 2550) 28.

³⁰⁷ กล้า สมทวนิช, “มาจาก” หรือ “เป็นของ” : ร่องรอยแห่งการรับรองอำนาจสูงสุดในรัฐธรรมนูญไทย, <<https://pridi.or.th/th/content/2022/11/1310>>; Mérieau, ‘The 1932 Compromise Constitution’, 318; Winichakul, ‘Toppling Democracy’, 14-15.

³⁰⁸ ฐิติ พวงศ์เจริญ, *การเมืองการปกครองไทย : พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ (พ.ศ. 2475-2540)* (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) บทที่ 1-บทที่ 3.

³⁰⁹ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชไน*, 121-124; Ferrara, *The Political Development*, ch 5; Thongchai Winichakul, ‘The Monarchy and anti-monarchy: Two elephants in the Room of Thai Politics and the State of Denial’ in Pavin Chachavalpongpun (ed), *“Good Coup” Gone Bad: Thailand's Political Developments since Thaksin's Downfall* (ISEAS 2014) 84.

ภายใต้กลไกการอนุบาลดังกล่าวทำให้นับตั้งแต่พ.ศ.2490 เป็นต้นมา การรัฐประหารได้กลายเป็นวิธีการหลักที่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมมักใช้เพื่อรักษาอำนาจทางการเมืองของฝ่ายตน ตลอดจนเพื่อลดทอนกระแสเรียกร้องประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม³¹⁰ คณะรัฐประหารหลังพ.ศ.2490 มักอ้างภัยต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ ตลอดจนความด้อยประสิทธิภาพและการทุจริตของนักการเมืองเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การยึดอำนาจ³¹¹ ความสำเร็จที่ได้กล่าวมาของฝ่ายอนุรักษ์นิยมยังทำให้การรัฐประหารกลายเป็นวิธีการหลักในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของประเทศไทยโดยเฉพาะช่วงก่อนพ.ศ.2540 ดังจะเห็นได้ว่าการทำรัฐประหารแต่ละครั้ง กองทัพมักจะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับถาวร (ซึ่งเปิดพื้นที่ให้กับการเลือกตั้งและกลไกรัฐสภา) ที่ใช้บังคับอยู่ ก่อนจะปกครองโดยอาศัยคำสั่งและประกาศคณะรัฐประหารและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวซึ่งยกเลิกระบอบรัฐสภา การเลือกตั้ง รวมไปถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากนั้นจึงค่อยดำเนินการจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่เพื่อรื้อฟื้นระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาภายใต้กลไกการอนุบาลเสียงประชาชน กลไกอนุบาลที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดคือการกำหนดให้มีวุฒิสภาที่ประกอบด้วยวุฒิสมาชิกที่มาจากแต่งตั้งทั้งหมด³¹² หากวิเคราะห์เชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นมิได้มีผลแต่เพียงลดทอนความสำคัญของการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ และยังทำให้ปวงชนชาวไทยแทบไม่เคยมีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมกันในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง³¹³

2.3 ศาลกับการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน

นอกจากการใช้อำนาจจาก “ปลายกระบองคืน” ศาลเองก็มีส่วนสำคัญในการปฏิเสธแนวคิดพลเมืองตื่นรู้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และแปลงปวงชนชาวไทยให้กลายเป็นพลเมืองตั้งรับผู้ทำได้เพียงแต่ “แช่ซ่อง” คณะรัฐประหารและ “ยอมรับ” การทำรัฐประหาร โดยศาลฎีกาไทยมีแนวโน้มที่จะยอมรับว่าหากการรัฐประหารเป็นไปโดยสำเร็จลุล่วง คณะรัฐประหารก็จะถือเป็นผู้ปกครองที่มีความชอบธรรมและประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารซึ่งมีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมถือเป็นกฎหมาย³¹⁴ ในสมัยหลัง ศาลยังมีแนวโน้มจะอนุমানว่าการยึดอำนาจสำเร็จนั้นเท่ากับว่า “การรัฐประหารมิได้ถูกต้องด้านจากประชาชน” (ถึงในความเป็นจริงจะมีประชาชนบางกลุ่มที่ต่อต้านรัฐบาลอยู่ก็ตาม)³¹⁵

³¹⁰ Ferrara, *The Political Development*, 271.

³¹¹ เช่น คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490; ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2501

³¹² รวินท์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิพ รอสไฮน*, 123-126.

³¹³ โปรตดู ญัฐดนัย นาจันทร์, ‘รัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ: วิเคราะห์กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (สยาม) พุทธศักราช 2475’ (2566) 5 วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ 59.

³¹⁴ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

³¹⁵ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3578/2560.

2.4 ปัญญาชนกับการสร้างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม

ปัญญาชนฝ่ายอนุรักษ์นิยมที่เป็นชนชั้นสูงและข้าราชการ และปัญญาชนที่เป็นนักกฎหมายยังเป็นอีกกลุ่มบุคคลที่มีบทบาทสำคัญที่ช่วยอำนวยความสะดวกการราชาชาตินิยมเป็นแนวคิดนำเหนือแนวคิดพลเมืองตื่นรู้เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในระบบรัฐธรรมนูญไทย ปัญญาชนที่เป็นชนชั้นสูงและข้าราชการสนับสนุนแนวความคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นหัวใจของ “ระบอบประชาธิปไตยแบบไทย” (Thai-style democracy) เนื่องจากพระองค์ทรงเป็น “ธรรมราชา” ผู้ทรงเป็นแบบอย่างของผู้ปกครองที่ทรงคุณธรรมในทางกลับกัน นักการเมืองได้ถูกสร้างภาพให้เป็นกลุ่มบุคคลที่มุ่งแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนด้วยการทุจริต³¹⁶ การที่ทรงเป็น “แบบอย่างในอุดมคติ” ทำให้พระมหากษัตริย์จึง “ทรงอยู่ในสถานะที่สามารถควบคุมดูแลการใช้อำนาจของ [รัฐบาล] แทนประชาชน”³¹⁷ ตลอดจนทรงได้รับการคาดหวังให้ทำหน้าที่เป็น “กรรมการสูงสุดผู้ชี้ขาดข้อพิพาท” ยามเกิดวิกฤตการณ์เมืองระดับชาติ³¹⁸

ปัญญาชนฝ่ายอนุรักษ์นิยมยังเสนอความคิดต่อไปว่าการอ้างไว้ซึ่งความเป็นหนึ่งเดียวของชาติซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นศูนย์กลางสำคัญเหนือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักประการแรกนั้นอาจถูกยกเว้นได้หากมีความจำเป็นที่ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น การก่อรัฐประหารจึงถือเป็นการ “ก่อกรรมดี” เพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม (โดยเฉพาะเพื่อพิทักษ์ความมั่นคงของชาติภายใต้อุดมการณ์ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และขจัดการทุจริตประพฤติมิชอบของนักการเมือง) แม้การดังกล่าวจะขัดจ้อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ตาม³¹⁹ ส่วนสิทธิเสรีภาพซึ่งเป็นหลักประกันสำคัญที่จะทำให้ปวงชนสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนา

³¹⁶ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *พระเจ้าผู้ทรงปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย: 60 ปี สิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย* (มติชน 2549); สุวรรณ สถาอานันท์ และสุรเดช โชติอุดมพันธ์, *หนึ่งทศวรรษเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์ไทย: เว้นตา อารมณ์ สังคม ความจริง* (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2559) 333-336; Kevin Hewison and Kengkij Kitirianglarp, ‘Thai-Style Democracy’ in Søren Ivarsson and Lotte Isager (eds), *Saying the Unsayable: Monarchy and Democracy in Thailand* (NIAS Press 2010) 186-189.

³¹⁷ สายชล สัตยานุรักษ์, *คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรมความเป็นไทย เล่ม 2 ยุคจอมพลสฤษดิ์ถึงทศวรรษที่ 2530* (สำนักพิมพ์มติชน 2550) 44; Winichakul, ‘Toppling Democracy’, 24-30.

³¹⁸ Duncan McCargo, ‘Network Monarchy and Legitimacy Crises in Thailand’ (2005) 18 *The Pacific Review* 499, 500-501, 506-508.

³¹⁹ David Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand* (Routledge 2011) 28; Rawin Leelapatana, ‘The Thai-Style Democracy in Post-1932 Thailand and Its Challenges: A Quest for Nirvana of Constitutional Samsara in Thai Legal History before 1997’ in Andrew Harding and Munin Pongsapan (eds), *Thai Legal History: From Traditional to Modern Law* (Cambridge University Press 2021) 221-223.

รัฐธรรมนูญได้ถูกมองว่าเป็นเพียงเครื่องมือที่ส่งเสริมความเห็นแก่ตัว ทั้งประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่เองก็ยังคง “ด้อยการศึกษา” เป็น “ผู้รู้เท่าไม่ถึงการณ์” และ “ยากจน” ทำให้ไม่พร้อมที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง ประชาชนจึงควร “รู้ที่สูงที่ต่ำ” และเปิดโอกาสให้ “คนดีที่มีคุณธรรม” ขึ้นมาเป็นผู้นำ³²⁰ ปวงชนชาวไทยนั้นมีหน้าที่หลัก ได้แก่ “การพร้อมใจกันแซ่ซ้องและเคารพเทิดทูนองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งปกครองด้วยหลักธรรมตามคติของพระพุทธศาสนา” และจะขับเคลื่อนได้ก็แต่เพื่อพิทักษ์สถาบันพระมหากษัตริย์³²¹ รัฐธรรมนูญไทยหลังพ.ศ.2490 ก็มักเขียนขึ้นโดยอิงแนวคิดนี้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2575 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 ให้ “บุคคลมีหน้าที่รักษาไว้ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข”³²² และยังมีบัญญัติข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญด้วยว่าประชาชน “จะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นปฏิกิริยาต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญมิได้”³²³ ซึ่งแม้รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาอาจจะไม่ได้บัญญัติด้วยถ้อยคำที่ตรงกันทุกถ้อยคำ แต่ก็มีข้อความคล้ายคลึงกัน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 กำหนดให้ประชาชน “..มีหน้าที่รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญนี้”³²⁴

นอกเหนือจากปัญญาชนที่เป็นชนชั้นนำและข้าราชการ ปัญญาชนที่เป็นนักวิชาการด้านกฎหมายเอง เช่น บวรศักดิ์ อูรรณโณ ยังได้ช่วยพัฒนาคำอธิบายทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนแนวคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นแก่นของประชาธิปไตยไทย โดยนักคิดเหล่านี้มีอธิบายว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาและมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่เสมอ” (เพียงแต่อาจทรง “สละ ... กลับคืนมาที่ประชาชนได้”)³²⁵ สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันที่แสดงออกซึ่ง “ความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญ”³²⁶ กล่าวให้ถึงที่สุด นัก

³²⁰ Ibid; สายชล สัตยานุรักษ์, *ศีกฎทฤษฎีกับประดิษฐ์กรรมความเป็นไทย เล่ม 2*, 19, 64-72; Michael Kelly Connors, *Democracy and national identity in Thailand* (NIAS 2007) 225.

³²¹ Andrew Harding and Rawin Leelapatana, ‘Constitution-Making in 21st-Century Thailand: The Continuing Search for a Perfect Constitutional Fit’ (2019) 7 *The Chinese Journal of Comparative Law* 266, 269.

³²² มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2575 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495

³²³ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2575 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495

³²⁴ มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

³²⁵ บวรศักดิ์ อูรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550) 182-183.

³²⁶ เรื่องเดียวกัน 182-184; วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3, นิติบรรณาการ 2530) 74-77.

กฎหมายฝ่ายนี้สนับสนุนสิ่งที่เรียกได้ว่า “แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม”³²⁷ โดยได้สรุปอัตลักษณ์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยว่าอำนาจเช่นว่า “เป็นของพระมหากษัตริย์[และประชาชน] ร่วมกัน”³²⁸ ข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ถึงการที่พระมหากษัตริย์ทรงร่วมเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่เสมอก็คือ

(ก) การประกาศใช้รัฐธรรมนูญของไทยไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากการทำรัฐประหารหรือรัฐธรรมนูญที่มีที่มาที่เป็นประชาธิปไตยต่างจะต้องผ่านการลงพระปรมาภิไธยทั้งสิ้นจึงจะมีผลใช้บังคับ³²⁹

(ข) นอกจากนี้ คำปรารภของรัฐธรรมนูญทุกฉบับก็จะเขียนในข้อความทำนองเดียวกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งทีพระมหากษัตริย์พระราชทานแก่ประชาชน

(ค) แม้รัฐธรรมนูญบางฉบับซึ่งตราขึ้นหลังการรัฐประหารพ.ศ.2490 เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 “ดูเหมือนจะ” เปิดช่องให้ปวงชนสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุดผ่านการทำประชามติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เราก็สามารถพบว่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ยังคงตั้งอยู่บนแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมโดยกำหนดให้การทำประชามติจะเกิดขึ้นได้ได้ก็ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชดำริเห็นสมควร³³⁰

โดยสรุป ความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษ์นิยมในการรื้อฟื้นอำนาจนำทางการเมืองในช่วงทศวรรษที่ 2490 จนถึง 2500 ทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนกลายเป็นแนวคิดที่มีสถานะรองมาจากแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมซึ่งมีแนวคิดชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ เป็นแกนกลางแนวคิดหลังยังเป็นหลักที่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมใช้ตีความคำว่า “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญ³³¹ ผลที่เกิดขึ้นทำให้สมมติพื้นฐานของกรอบ

³²⁷ Harding and Leelapatana, ‘Constitution-Making in 21st-Century Thailand’, 272-276; Rawin Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution: Constitutional Amendment in the Binary-Star Scenario’ in Bui and Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2*, 284-288.

³²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ* (สถาบันพระปกเกล้า 2544) 13.

³²⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559, 4-5.

³³⁰ มาตรา 173 และมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 169 และมาตรา 170 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และมาตรา 228 และมาตรา 229 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517. โปรดศึกษาประกอบ Kobkua Suwannathat-Pian, *Kings, Country and Constitutions: Thailand’s Political Development 1932-2000* (Routledge 2003) ch 2.

³³¹ Khemthong Tonsakulrungruang, ‘Thailand’s Unamendability: Politics of Two Democracies’ in Abeyratne and Bui (eds), *The Law*, 182-185.

ความคิดเชิงกฎหมาย ๆ ไม่เพียงแต่มีได้เป็นคุณค่า นำ แต่ทำให้กรอบดังกล่าวแทบไม่อาจนำมาปรับใช้ได้โดยสิ้นเชิงในช่วง 60 ปีแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

3. บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขภายใต้มุมมองแบบอนุรักษ์นิยมไทย

ความสำเร็จของชนชั้นนำและกองทัพไทยในการเชื่อมโยงอุดมการณ์ราชาชาตินิยมเข้ากับระบอบประชาธิปไตยและสถาปนาระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้นำเสนอไปในส่วนที่ 2 ทำให้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าภายใต้มุมมองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม อะไรเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข จากการศึกษาประวัติศาสตร์ แนวคิดทางการเมือง แนวคิดทางกฎหมายของฝ่ายอนุรักษ์นิยม คณะผู้วิจัยเห็นว่าแนวคิดของฝ่ายดังกล่าวต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขตั้งอยู่บนสมมติฐาน 3 ประการ โดยสมมติฐานทั้งสามขัดแย้งกับสมมติฐานของกรอบความคิดเชิงกฎหมาย ๆ อย่างชัดเจน

3.1 สมมติฐานว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์และการมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์

เช่นเดียวกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากงานของรอซโน แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมไทยหาได้มองรัฐธรรมนูญเป็นประติมากรรมที่สมบูรณ์แบบ อย่างไรก็ตามแนวคิดทั้งสองมีมุมมองต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับสถาบันทางการเมืองภายในรัฐที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในขณะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ มองว่ารัฐธรรมนูญเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรมสูงสุดภายในรัฐ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นหัวใจและอัตลักษณ์ของระบบรัฐธรรมนูญ ตลอดจน ทรงมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสมอ หากปราศจากสถาบันพระมหากษัตริย์แล้ว ระบบรัฐธรรมนูญและความเป็นชาติย่อมไม่อาจดำรงอยู่ได้³³² กล่าวให้ถึงที่สุด ในทัศนะของฝ่ายอนุรักษ์นิยมไทย พระมหากษัตริย์ถือเป็นส่วนนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ และเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญ ในทางกลับกัน รัฐธรรมนูญเป็นเพียงตราสารลายลักษณ์ซึ่งย่อมปราศจากคุณค่าหากปราศจากชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์³³³

3.2 สมมติฐานว่าด้วย “การเมืองสะอาด”

แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมหาได้มอง “การเมือง” (politics) เป็นคำสามัญและมีความหมายเป็นกลาง (คือ เป็น “กิจกรรมทางการเมืองและการจัดสรรการใช้อำนาจในทุกรัฐ”)³³⁴ หากมีทัศนะต่อสิ่งดังกล่าวว่าเป็น “ความพยายามช่วงชิงอำนาจเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว” (“the naked grasping for power, the clinging to self-interest”) ผ่านกลไกการเลือกตั้ง³³⁵ สำหรับชนชั้นนำและ

³³² Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution’, 287; Streckfuss, *Truth*, 301.

³³³ Ibid; Tom Ginsburg, ‘Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand’s postpolitical constitution’ (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 83, 88-89.

³³⁴ Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford University Press 2003) 32.

³³⁵ Streckfuss, *Truth*, 301.

กองทัพ การเมืองเสียงข้างมาก (majoritarian politics) จึงเป็นมูลเหตุของการทุจริตคอร์รัปชันเนื่องจากสิ่งดังกล่าวอำนวยให้หนักรการเมืองที่ปราศจากคุณธรรมและเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนเข้ามากอบโกยผลประโยชน์ของรัฐ ตลอดจนเป็นมูลเหตุของความแตกแยกทางความคิด³³⁶ ฝ่ายอนุรักษนิยมยังมีความกังวลว่าการเมืองแบบมีส่วนร่วมเปิดโอกาสให้พรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์เป็นปฏิปักษ์ต่ออุดมการณ์ราชาชาตินิยมสามารถเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมการปกครองได้อย่างชอบธรรมและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³³⁷ ดังนั้น บุคคลที่สมควรได้รับโอกาสให้เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐหรือเป็นผู้นำ รวมถึงเป็นผู้ที่มีบทบาทในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บุคคลที่มีคุณธรรมจริยธรรมและไม่ถูกรบกวนงจากการเมืองเสียงข้างมาก³³⁸ ความเป็นหนึ่งเดียว (unity) และ “การเมืองสะอาด” (clean politics) จึงถือเป็นเป้าหมายสูงสุดของรัฐ³³⁹

3.3 สมมติฐานว่าด้วยปวงชนผู้มีหน้าที่แก่ซึ่งชาติ-พระมหากษัตริย์

ในขณะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดพลเมืองตื่นรู้ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมหาได้มองความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีอำนาจกับปวงชน บนพื้นฐานของแนวคิดปัจเจกชนนิยมหรือความเชื่อในศักยภาพของปัจเจกชนที่จะคิดและให้เหตุผลได้ด้วยตนเอง³⁴⁰ หากแต่มองว่าปวงชนไม่อาจแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เอง หากแต่ต้องกระทำร่วม-ผ่านพระมหากษัตริย์ บทบาทหลักของประชาชนภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญจึงได้แก่การ “แซ่ซ้อง” และ “พิทักษ์” สถาบันชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์³⁴¹

³³⁶ คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519; Winichakul, ‘Toppling Democracy’, 15, 20-24. โปรตดู ชัยอนันต์ สมุทวณิช, *ไตรลักษณ์รัฐกับการเมืองไทย* (สถาบันนโยบายศึกษา 2540).

³³⁷ Leelapatana, ‘The Thai-Style Democracy’, 222-227; Prajak Kongkirati, *Thailand: Contestation, Polarization, and Democratic Regression* (Cambridge University Press 2024) 53.

³³⁸ สังคีต พิริยะรังสรรค์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *คอร์รัปชันกับประชาธิปไตยไทย* (คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537) 110; วสุชน รัชชประชาไท, *ชาวสุตซั่ว: ระบอบคนดีกับการเมืองยุคประชาธิปไตยกลับหลังหัน* (สำนักพิมพ์มติชน 2566) 273-301; Tom Ginsburg, ‘Thailand’s Democratic Moment: The Constitution of 1997’ in Gabriel L Negretto (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives* (Cambridge University Press 2020) 188.

³³⁹ Streckfuss, *Truth*, 302.

³⁴⁰ สายชล สัตยานุรักษ์, *คึกฤทธิกับประดิษฐกรรมความเป็นไทย เล่ม 2*, 17-58.

³⁴¹ Rawin Leelapatana and Abdurrachman Satrio Pratomo, ‘The Relationship Between a Kelsenian Constitutional Court and an Entrenched National Ideology: Lessons from Thailand and Indonesia’ (2020) 14 ICL Journal 497, 507-508.

จากสมมติฐานทั้งสามประการข้างต้น คณะผู้วิจัยสามารถสืบสาวประเภทของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขในมุมมองอนุรักษ์นิยมออกมาได้ดังนี้

(ก) ภายใต้อุดมการณ์ราชาชาตินิยม การปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญเพื่อยกระดับความเข้มข้นของการพิทักษ์สถาบันชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์ถือเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม

(ข) ขณะเดียวกัน แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมยังสนับสนุนการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มกลไกการตรวจสอบนักการเมืองให้มีจริยธรรม ในภาพที่กว้างขึ้น ภายใต้แนวคิดดังกล่าว บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับระบบรัฐสภาเป็นสิ่งที่ถูกสันนิษฐานว่าสมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างได้อยู่เสมอ

4. ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540: ความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎี ๓ มาปรับใช้

ในส่วนที่ 2 และส่วนที่ 3 เราได้เห็นไปแล้วถึงความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษ์นิยมในการสถาปนาอำนาจนำของฝ่ายตนและพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในแบบชาตินิยมกษัตริย์นิยมขึ้นมา แต่ถึงแม้ฝ่ายอนุรักษ์นิยมจะยังคงสามารถครองอำนาจนำทางการเมืองได้ แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (“รัฐธรรมนูญ ๓ 2540”) ถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของไทย ในภาพรวม รัฐธรรมนูญ ๓ 2540 เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่เกิดกระแสเรียกร้องประชาธิปไตยภายในสังคมอันเป็นผลพวงจากความรุนแรงในเหตุการณ์พฤษภาทมิฬเมื่อพ.ศ.2535³⁴² กระแสโลกาภิวัตน์ของอุดมการณ์เสรีนิยมและวิกฤตเศรษฐกิจในปลายทศวรรษที่ 2530 และต้น 2540 เป็นปัจจัยเสริมที่ทำให้การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น³⁴³ รัฐธรรมนูญ ๓ 2540 จึงมีเนื้อหาสนับสนุนแนวคิดพลเมืองตื่นรู้และมักได้รับการยกย่องว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” รวมถึงเป็น “รัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดของไทย”³⁴⁴ ส่วนในแง่ของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ๓ 2540 มิได้เป็นผลผลิตของการทำรัฐประหารดังเช่นรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ของประเทศไทย หากแต่เป็นผลของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (“รัฐธรรมนูญ ๓ 2534”) เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี คงไม่ถูกนักที่จะกล่าวว่าอุปสงค์ต่อประชาธิปไตยในสังคมเป็นปัจจัยเดียวที่ผลักดันให้เกิดการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ.2540 หากวิเคราะห์ให้ดี ชนชั้นนำและปัญญาชนฝ่ายอนุรักษ์นิยมต่างหากที่มีส่วนผลักดันให้การจัดทำรัฐธรรมนูญ ๓ 2540 เกิดขึ้น ดังจะพบว่ามี การแต่งตั้งนายแพทย์ประเวศ วะสี

³⁴² นิยม รัฐอมฤต, ‘สภาพปัจจุบัน ปัญหา และแนวโน้ม บริบทการเปลี่ยนแปลงสังคมโลกและสังคมไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์’ ใน ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ (บรรณาธิการ), *การเมืองการปกครองไทย 2550* (สถาบันพระปกเกล้า 2551) 285.

³⁴³ Patrick Ziegenhain, *Institutional Engineering and Political Accountability in Indonesia, Thailand and the Philippines* (ISEAS 2014) 69-71.

³⁴⁴ Andrew Harding and Peter Leyland, *The Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis* (Hart 2011) 23.

ปัญญาชนซึ่งฝายอนุรักษนิยมให้การยอมรับเป็นประธาณะกรรมพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.) รวมถึงมีการแต่งตั้งนักวิชาการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมอย่างศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญหลัก³⁴⁵ ดังนั้น จึงไม่น่าแปลกใจที่กระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ ๒540 จะยังคงวิธีคิดและตรรกะของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมเอาไว้

ในตอนที่ 4 นี้³⁴⁶ คณะผู้วิจัยจะขอเริ่มด้วยการแสดงให้เห็นบทบาทของรัฐธรรมนูญ ๒540 ต่อทั้งการรักษาความเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและการทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในฐานะพลเมืองตื่นรู้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย ทั้งนี้ ส่วนสุดท้ายของตอนที่ 4 นี้ จะวิเคราะห์มรดกและอิทธิพลของรัฐธรรมนูญ ๒540 ที่ยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน การทราบถึงผลของรัฐธรรมนูญ ๒540 ต่อแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอิทธิพลของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่ยังปรากฏอยู่จะช่วยให้สามารถวิเคราะห์ทิศทางและความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ ที่สกัดออกมาจากงานของรอชโนมาปรับใช้ในบริบทไทย

4.1 รัฐธรรมนูญ ๒540 กับการรักษาความเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยม

เบื้องต้น หากพิจารณาจากทั้งกระบวนการจัดทำ คำปรารภ และเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ๒540 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่เพียงแต่ “ทำให้การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน[ผู้เป็นพลเมืองตื่นรู้]อยู่ภายใต้อุดมการณ์ราชาชาตินิยม” ดังที่หนึ่งในคณะผู้วิจัยเคยตั้งข้อสังเกตเอาไว้เท่านั้น³⁴⁷ หากแต่ยังอาจเรียกได้ว่าเป็นผลผลิตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและสะท้อนความพยายามรักษาแนวคิดดังกล่าวให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญ³⁴⁸

(ก) ในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ๒540 จะพบว่านอกจากจะมีการแต่งตั้งนักคิดฝายอนุรักษนิยมให้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ ๒534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) ยังได้กำหนดให้ “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้”³⁴⁹ การกำหนดเช่นนี้จึงหมายความว่ากระบวนการจัดทำและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ๒540 ต้องยอมรับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมเป็น “แก่น”

³⁴⁵ Michael K. Connors, ‘Framing the Peoples Constitution’ in Duncan McCargo (ed), *Reforming Thai Politics* (ISEAS 2003) 41-47.

³⁴⁶ พัฒนาต่อยอดมาจาก รวินท์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชโน*, 124-128.

³⁴⁷ รวินท์ ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชโน*, 127 (ตอนที่ 4.1 นี้เป็นการพัฒนาจากผลงานชิ้นนี้ จึงขอให้โปรดอ้างอิงงานดังกล่าวประกอบ).

³⁴⁸ See Borwornsak Uwanno and Wayne D. Burns, ‘The Thai Constitution of 1997: sources and process’ (1998) 32 *University of British Columbia Law Review* 227.

³⁴⁹ มาตรา 211 เตรส วรคสีของรัฐธรรมนูญ ๒534 (ฉบับที่ 6)

ของรัฐธรรมนูญ และไม่อาจแตะต้องหรือเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ ดังนั้น หากร่างรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยมีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงความเป็นแนวคิดนำของเสาหลักทั้งสามของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ร่างนั้นย่อมเข้าข่ายเป็นสิ่งที่อัลเบิร์ตเรียกว่า “รัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (“unconstitutional constitution”)³⁵⁰

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ ฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) ยังกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญที่สภาาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำ³⁵¹ แต่ถ้ารัฐสภามีมติเห็นชอบแต่มีมติดังกล่าวได้รับคะแนนเสียงไม่ถึงครึ่งหนึ่งของสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ก็ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปผ่านการทำประชามติ³⁵² ที่สำคัญก็คือรัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนให้พระมหากษัตริย์ทรงมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ “[หาก]พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ [ไม่ว่าจะเป็นร่างที่รัฐสภานุมัติหรือร่างที่ได้รับความเห็นชอบในกระบวนการประชามติ] และพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป”³⁵³

(ข) คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 เป็นอีกส่วนที่ยืนยันว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีส่วนร่วมในการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังปรากฏข้อความที่ว่า “พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มหิตลาธิเบศรรามาธิบดีจักรีนฤเบดินทรสยามินทราธิราช บรมนาถบพิตร ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ประกาศว่า ... เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่สภาาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำขึ้นอย่างรอบคอบแล้ว ได้ลงมติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยสืบไป ทรงพระราชดำริว่า สมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติตามมติของรัฐสภา”³⁵⁴

(ค) เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 เองก็สมมติฐานทั้งสามประการที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอใน ส่วนที่ 3 โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงยืนยันว่า “ประเทศไทยมีการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”³⁵⁵ ตลอดจนห้ามบุคคลใช้สิทธิเสรีภาพไปในลักษณะที่มีผลล้มล้างระบอบดังกล่าว³⁵⁶ ในทางกลับกัน รัฐธรรมนูญกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องพิทักษ์ไว้ซึ่งสามสถาบันหลักของความเป็นไทย นั่นก็คือสถาบัน

³⁵⁰ See Albert, ‘Four Unconstitutional Constitutions’.

³⁵¹ มาตรา 211 ปันรศ วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ฯ 2534 (ฉบับที่ 6)

³⁵² มาตรา 211 ปันรศ วรรคห้า และมาตรา 211 สัตตรสของรัฐธรรมนูญ ฯ 2534 (ฉบับที่ 6)

³⁵³ มาตรา 211 ปันรศ วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2534 (ฉบับที่ 6); รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน*, 128.

³⁵⁴ คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 (เน้นโดยคณะผู้วิจัย); Harding and Leelapatana, ‘Constitution-Making in 21st-Century Thailand’, 275-276.

³⁵⁵ มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540

³⁵⁶ มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540

ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ รวมไปถึงระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข³⁵⁷ ที่สำคัญ “เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ [ในลักษณะที่กระทบสถาบันหลักของประเทศ]” รัฐธรรมนูญ ๒540 ยังเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยฉบับแรกที่ยกระดับการคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ด้วยการห้ามการเสนอ “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”³⁵⁸ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ๒540 ยังตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าด้วยการเมืองสะอาด ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงได้สถาปนาศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และองค์กรอิสระขึ้นมา ตลอดจนให้อำนาจแก่สถาบันที่ไม่สังกัดพรรคการเมืองอย่างวุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง³⁵⁹

4.2 รัฐธรรมนูญ ๒540 กับการทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในฐานะพลเมืองตื่นรู้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย

แม้รัฐธรรมนูญ ๒540 จะยังคงยืนยันถึงแก่นของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยม แต่ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ช่วยสร้างความตระหนักให้กับประชาชนในระดับหนึ่งว่าตน “เป็นส่วนหนึ่งของผู้มีอำนาจทางการเมืองที่มีส่วนร่วมในการกำหนดอนาคตและชะตากรรมของตนเองได้ สามารถต่อสู้โต้แย้งกับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ สามารถเลือกรัฐบาลเข้ามาบริหารประเทศในแนวทางที่ตัวเองชื่นชอบขอศรัทธาได้ ไม่ใช่เพียงผู้ใต้ปกครองที่จะต้องรอรับความเมตตาปราณีหรือทำได้เพียงร้องขอความเป็นธรรม”³⁶⁰ คณะผู้วิจัยจะพิจารณาผลทางบวกของรัฐธรรมนูญ ๒540 ต่อแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนโดยวิเคราะห์กระบวนการจัดทำและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

(ก) หากพิจารณากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญ ๒540 เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์และไม่ได้ผ่านการให้ความเห็นชอบด้วยกระบวนการประชามติ (ดังที่ได้กล่าวไป การทำประชามติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างดังกล่าวไม่ถึงกึ่งหนึ่ง) แต่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน ในขณะที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยส่วนใหญ่เป็นคณะบุคคลที่คณะรัฐประหารแต่งตั้งหรือมีความเชื่อมโยงกับคณะรัฐประหาร สมาชิกสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ ๒540 นั้นมีที่มาจาก การเลือกตั้งของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชน (อย่างน้อยก็ในส่วนของสภาผู้แทนราษฎร) จำนวน 99 คน

³⁵⁷ มาตรา 66 ของรัฐธรรมนูญ ๒540

³⁵⁸ มาตรา 313(1) ของรัฐธรรมนูญ ๒540; รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 22 วันที่ 27 เมษายน 2540, 67.

³⁵⁹ มาตรา 304 ของรัฐธรรมนูญ ๒540; Khemthong Tonsakulrungruang, ‘Thailand’s Obsession with Clean Politics Dismantles its Democracy’ (*New Mandala*, 3 March 2020) <<https://verfassungsblog.de/thailands-obsession-with-clean-politics-dismantles-its-democracy/>> accessed 4 September 2024.

³⁶⁰ กล้า สมุทวณิช, ‘การแก้ไข การร่างใหม่ทั้งฉบับ’ (ออนไลน์).

ประกอบด้วยผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มาจากการเลือกกันเอง ซึ่งรัฐสภาจะเลือกให้เหลือจังหวัดละ 1 คน (จากตัวแทนจังหวัดละ 10 คน ที่มาจากการเลือกกันเองของผู้สมัคร) และผู้ทรงคุณวุฒิสาขาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกจำนวน 23 คน³⁶¹ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้เน้นย้ำให้ “ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ”³⁶² บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้มีแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นในระดับจังหวัดเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชน³⁶³ กล่าวให้ถึงที่สุด ในกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 ภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมไม่เพียงแต่สามารถแสดงความคิดเห็นต่อสิ่งที่ควรถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญได้อย่างกว้างขวาง³⁶⁴ หากแต่ยังสามารถรณรงค์ที่จะรับหรือไม่รับรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย³⁶⁵

ทั้งนี้ จากกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ได้อธิบาย คณะผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 สะท้อนให้เห็นถึงการสร้างพื้นที่ให้แก่การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มากขึ้นกว่าแต่ก่อน แม้ว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวจะไม่ได้ผ่านการออกเสียงประชามติเนื่องจากผู้แทนของปวงชนได้ให้ความเห็นชอบไปก่อนแล้วตามกระบวนการที่กำหนด แต่การยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เปิดช่องทางให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวาง และค่อนข้างเป็นที่ประจักษ์ว่ามีการนำความคิดเห็นที่ได้รับไปประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ³⁶⁶

(ข) ในแง่ของเนื้อหา เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 หลายส่วนได้ช่วยสร้างความรู้สำนึกในความเป็น “พลเมืองตื่นรู้ผู้มีเหตุผลและสามารถกำหนดชะตาของตนเอง” (“independent-minded agents of their own destiny”) และรู้สำนึกถึงความเป็นเจ้าของรัฐธรรมนูญในหมู่ปวงชนอันเป็นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒³⁶⁷ เบื้องต้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญ ๒ 2534 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย ...”³⁶⁸ รัฐธรรมนูญ ๒ 2540 มุ่งยกระดับความตระหนักต่อความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อำนาจ

³⁶¹ มาตรา 211 ทวิ ประกอบมาตรา 211 ฉ ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2534 (ฉบับที่ 6)

³⁶² มาตรา 211 เตรส วรคสาม

³⁶³ บวรศักดิ์ อวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ประสพการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย’ (สถาบันพระปกเกล้า 2555) 117.

³⁶⁴ เรื่องเดียวกัน 119-123.

³⁶⁵ รังสรรค์ ธนะพรพันธ์, ‘เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2545), 76-80, 96.

³⁶⁶ บวรศักดิ์ อวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ’, 119-120.

³⁶⁷ Duncan McCargo, ‘Peopling Thailand's 2015 Draft Constitution’ (2015) 37 Contemporary Southeast Asia 329, 330, 344.

³⁶⁸ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2534

สถาปนารัฐธรรมนูญ และสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการออกแบบรัฐธรรมนูญ ด้วยการกลับไปใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย”³⁶⁹

นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ได้ถูกจัดทำขึ้นภายหลังประเทศเข้าเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ด้วยการภาคยานุวัติเมื่อพ.ศ.2539 ส่งผลให้รัฐธรรมนูญดังกล่าวมีบทบัญญัติรับรองแนวคิดการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นครั้งแรก การรับรองดังกล่าวทำให้สมมติฐานของกรอบความคิดทางกฎหมาย ฯ ที่ว่า “จะปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนไม่ใช่มนุษย์ ปฏิบัติ[ต่อมนุษย์]เยี่ยงสัตว์สิ่งของ [และ]ปฏิบัติต่อมนุษย์อื่นโดยที่ตัวเองเหนือกว่าเขา ... ไม่ได้” ลงหลักปักฐานมากขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย³⁷⁰

ที่สำคัญ รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ยังรับรองสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่จะ “ต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปได้ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”³⁷¹ วัตถุประสงค์ 65 ได้ถูกบัญญัติขึ้น “เพื่อยืนยันให้ชัดเจนว่าการกระทำรัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้ว่าการกระทำสำเร็จก็ตามถ้าหาก[ประชาชน]สามารถกระทำการต่อผู้กระทำรัฐประหารให้อำนาจกลับคืนมาเช่นเดิมได้ รัฐธรรมนูญก็จะไม่สิ้นผลลง”³⁷²

ยิ่งไปกว่านั้น แม้รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 จะมีได้เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถ “มีส่วนร่วมทางการเมืองได้เองโดยตรง” ทั้งด้วยการอนุญาตให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 50,000 คนขึ้นไปสามารถเสนอร่างพระราชบัญญัติ³⁷³ และขอให้วุฒิสภาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง³⁷⁴ ก็ได้ช่วยเพาะเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยการมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงอันเป็นสิ่งจำเป็นต่อการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ในระบบรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรก³⁷⁵

³⁶⁹ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540; รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 17 วันที่ 22 เมษายน 2540, 1.

³⁷⁰ มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540; รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 17 วันที่ 22 เมษายน 2540, 3.

³⁷¹ มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540

³⁷² รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 18 วันที่ 23 เมษายน 2540, 27.

³⁷³ มาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540

³⁷⁴ มาตรา 304 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540

³⁷⁵ Frank Munger, ‘Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand’ (2007) 40 Cornell International Law Journal 455, 463-464.

กล่าวโดยสรุป แม้ตัวบทรัฐธรรมนูญ ๒540 จะยังคงเน้นย้ำอุดมการณ์ชาตินิยมกษัตริย์นิยมเอาไว้ แต่การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ.2540 ได้ทำให้แก่นและแนวคิดที่เป็นหัวใจของกรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ ประการที่ปรากฏขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย พัฒนาการที่เกิดขึ้นช่วยสร้างความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎี ๒ มาปรับใช้ในประเทศไทย

4.3 “ผลหลังมรณะ” ของรัฐธรรมนูญ ๒540

จากส่วนที่ 4.1 และ 4.2 จะเห็นได้ว่าการจัดทำและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ๒540 ได้ทำให้ทั้งแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเสรีนิยมซึ่งเป็นแก่นของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ.2540 ไม่อาจหยุดยั้งวงจรรัฐประหารเอาไว้ได้ ตรงกันข้าม ความเคลือบแคลงต่อพลังเสรีนิยมที่เพิ่มมากขึ้นภายหลังพ.ศ.2540 ทำให้ฝ่ายอนุรักษ์นิยมตัดสินใจทำรัฐประหารขึ้นเพื่อกระชับอำนาจนำของฝ่ายตนถึงสองครั้งเมื่อพ.ศ.2549 และพ.ศ.2557³⁷⁶ แต่กระนั้น ฝ่ายอนุรักษ์นิยมก็มีอาจปฏิเสธผลของการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ.2540 ได้อย่างเบ็ดเสร็จ ในส่วนที่ 4.3 นี้ คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์ว่าผลของการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ.2540 ทำให้ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่เกิดการรัฐประหารพ.ศ. 2549 ซึ่งนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญ ๒540 เปลี่ยนไปจากเดิมอย่างไร คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวจาก 2 มุม มุมหนึ่งได้แก่การที่รัฐธรรมนูญ ๒540 ได้อำนวยให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเสรีนิยมมีความเป็นสถาบันมากขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย (ส่วนที่ 4.3.1) ส่วนอีกมุมหนึ่ง ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญ ๒540 อำนวยให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมยังคงดำรงอยู่

4.3.1 การยกระดับ “ปวงชน” ในฐานะที่มาของความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ

ในทางหนึ่ง แม้ว่ารัฐธรรมนูญ ๒ พ.ศ. 2540 จะไม่สามารถยับยั้งวงจรเพื่อกระชับอำนาจของฝ่ายอนุรักษ์นิยมได้³⁷⁷ แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็หาได้สิ้นอิทธิพลไปเสียจากระบบรัฐธรรมนูญไทยโดยสิ้นเชิง ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงมีสิ่งที่น่าสนใจที่ศาสตราจารย์ทอม กินส์เบิร์ก (Tom Ginsburg) เรียกว่า “ผลหลังมรณะ” (“constitutional afterlife”) หรือ อิทธิพลในการเป็น “มาตรฐานชีวิตความชอบธรรม” ให้แก่รัฐธรรมนูญฉบับหลังจากนั้นแม้ตัวรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายแล้วก็ตาม³⁷⁸ การที่รัฐธรรมนูญ ๒540 ได้ยกระดับมาตรฐานความเป็นประชาธิปไตยให้แก่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิเสรีภาพ การกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง และการสร้างกลไกที่เป็นประชาธิปไตยเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้กลายเป็นรัฐธรรมนูญที่ “อยู่ในความทรงจำของประชาชน” ส่งผลให้เมื่อจะมีการยกร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หลังจากพ.ศ. 2540 ก็ไม่อาจ

³⁷⁶ Jonathan Head, ‘Thailand’s Constitution: New Era, New Uncertainties’ (BBC, 7 April 2017) <www.bbc.com/news/world-asia-39499485> accessed 5 September 2024.

³⁷⁷ วสุชน รัชชประชาไท, *ขวาสุดซ้าย*, 174.

³⁷⁸ Ginsburg, ‘Constitutional afterlife’, 84, 99. อ้างอิงคำแปลจาก รวิวิท ลีละพัฒนนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอยชไน*, 130.

หลีกเลี่ยงการนำเอา “รัฐธรรมนูญ ๒ 2540 [มา]เป็น “คู่เทียบ”” ได้³⁷⁹ การยอมรับกลไกของเสรีนิยมประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 เองส่งผลให้การทำให้รัฐประหารและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ นับตั้งแต่พ.ศ.2549 เป็นต้นมาจำเป็นจะต้องกล่าวอ้างถึงการทำให้เพื่อปวงชนและการมีส่วนร่วมของปวงชนมากกว่าเดิม ดังจะเห็นได้ว่าแม้ว่าแถลงการณ์คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การควบคุมอำนาจการปกครองประเทศ จะมีการกล่าวอ้างถึงการรัฐประหารที่เป็นการ “...เทิดทูนไว้ ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นที่เคารพยิ่งของปวงชนชาวไทยทุกคน”³⁸⁰ หรือ “...ปกป้องเทิดทูนดำรงรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นศูนย์รวมจิตใจประชาชนชาวไทย...”³⁸¹ ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวคิดของฝ่ายอนุรักษนิยมและสะท้อนวัฒนธรรมทางการเมืองเดิมก็ตาม แต่ก็ต้องมีการกล่าวอ้างถึงการทำให้เพื่อประชาชน หรือ “เพื่อให้ประชาชนเกิดความรักความสามัคคี”³⁸²

นอกจากนี้ การจัดทำรัฐธรรมนูญหลัง พ.ศ. 2540 ไม่ว่าจะเป็รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (“รัฐธรรมนูญ ๒ 2550”) หรือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (“รัฐธรรมนูญ ๒ 2560”) ก็จำเป็นจะต้องอาศัยความชอบธรรมจากปวงชนในฐานะที่มาของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ชอบธรรมตามคติของเสรีนิยมประชาธิปไตย (แม้ว่าจะมีส่วนผสมของฝ่ายอนุรักษนิยมในการพยายามรักษาไว้ซึ่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์) ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ๒ ทั้งสองฉบับฝ่ายอนุรักษนิยมได้หยิบยืม “กลไก” ของแนวคิดเสรีนิยม นั่นก็คือแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนมาใช้ด้วยการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ประชาชนตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ การหยิบยืมกลไกดังกล่าวมาเพื่อเป็น “เสื้อคลุม” ให้กับรัฐธรรมนูญที่เป็นผลพวงของคณะรัฐประหารอำนาจให้ผู้ก่อการรัฐประหาร ผู้สนับสนุน หรือแม้กระทั่งศาล (ดังจะได้นำเสนอในส่วนที่ 5) กล่าวอ้างได้ว่ารัฐธรรมนูญได้รับความชอบธรรมจากปวงชนและมีความเป็นประชาธิปไตย³⁸³

³⁷⁹ Ginsburg, ‘Thailand’s Democratic Moment’, 186-188; กล้า สมุทวณิช, ‘การแก้ไข การร่างใหม่ทั้งฉบับ’ (ออนไลน์).

³⁸⁰ แถลงการณ์คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/give-take/content_give/NALT-kpk_statement.pdf

³⁸¹ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การควบคุมอำนาจการปกครองประเทศ <https://dld.go.th/th/images/stories/npomc/kct01.pdf>

³⁸² เรื่องเดียวกัน

³⁸³ ‘นายกฯ ชี้ 250 ส.ว. ผ่านประชามติ 16 ล้านเสียง ถือเป็น “ประชาธิปไตย” – มติ ครม. เพิ่มวงเงินบริหารหนี้ 23,000 ล้าน’ (*Thai Publica*, 26 กุมภาพันธ์ 2562) <<https://thaipublica.org/2019/02/ncpo-cabinet-2562-9/>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567; Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions’, 328-329.

ในส่วนของเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ ฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเองก็ไม่อาจปฏิเสธแนวความคิดการมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนที่รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ได้ริเริ่มเอาไว้โดยเบ็ดเสร็จ ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 มีผลหลังมรณะในการ “เพิ่มระดับความคาดหวัง[จากสังคม]ต่อการมีส่วนร่วมทางการเมือง” (“increasing baseline expectations about public participation”)³⁸⁴ รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับสร้างความชอบธรรมให้แก่ตนเองด้วยการขยายขอบเขตการมีส่วนร่วมของภาคพลเมืองในบางลักษณะที่ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 โดยเฉพาะการอนุญาตให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 50,000 คนขึ้นไปสามารถเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้³⁸⁵

เมื่อวิเคราะห์เชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ คณะผู้วิจัยเห็นว่าผลหลังมรณะของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ไม่เพียงแต่ทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนซึ่งเป็นแก่นของกรอบดังกล่าวไม่อาจถูกปฏิเสธในระบบรัฐธรรมนูญได้อย่างเด็ดขาดอีกต่อไป หากแต่ยังส่งผลให้ฝ่ายอนุรักษ์นิยมต้องอาศัย “ตรรกะและวาทกรรม” ของแนวคิดประการนี้เพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การกระทำของฝ่ายตน³⁸⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเกิดรัฐประหารขึ้นถึงสองครั้งเมื่อพ.ศ.2549 และพ.ศ.2557 หาได้เปิดโอกาสที่จะนำแนวคิดและตรรกะของกรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในไทย หากพิจารณาในแง่บวก การที่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมเลือกจะอาศัยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่ตนทำให้แนวคิดนี้ลงหลักปักฐานมากขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย

4.3.2 ความพยายามอนุบาลอุดมการณ์เสรีนิยมกับบทบาทของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ในการสร้างวาทกรรมสาธารณะ

ในอีกทางหนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญ ฯ 2540 จะประกาศให้การทำรัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่คณะผู้วิจัยก็ได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าตัวรัฐธรรมนูญนี้เองก็ยังคงมุ่งพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษ์นิยมเอาไว้ การทำรัฐประหารเมื่อพ.ศ.2549 และพ.ศ.2557 มุ่งทำให้สิ่งทั้งสองมีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นมากกว่าเดิม การรัฐประหารทั้งสองครั้งและตัวบทของรัฐธรรมนูญ ฯ 2550 และรัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ตั้งอยู่บนตรรกะที่ว่ารัฐธรรมนูญ ฯ 2540 เปิดพื้นที่ให้กับพลังเสรีนิยมมากจนเกินไปจนทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ถูกคุกคามตลอดจนอำนวยให้นักการเมืองที่ฉ้อฉลเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารประเทศและเป็นมูลเหตุของความแตกแยกในสังคม³⁸⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในทัศนะของฝ่ายที่สนับสนุนการทำรัฐประหารและภายใต้มุมมองของรัฐธรรมนูญ ฯ 2550 และรัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ตัวบทของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองเข้าข่ายเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลง ดังนั้น

³⁸⁴ Ginsburg, ‘Thailand’s Democratic Moment’, 188.

³⁸⁵ มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2550 และมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560.

³⁸⁶ Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution’, 293.

³⁸⁷ แกลงการณั คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 1; คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฯ 2550 และ 2560

เราจะพบว่ารัฐธรรมนูญทั้งฉบับพุทธศักราช 2550 และฉบับปัจจุบันยังคงยืนยันระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สถานะศักดิ์สิทธิ์ขององค์พระมหากษัตริย์ และยังคงบทนิรันดร์ที่ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข³⁸⁸ นอกจากนี้ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ³⁸⁹และคำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งสองได้ยืนยันถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนารัฐธรรมนูญ³⁹⁰ ที่สำคัญรัฐธรรมนูญทั้งสองได้ยกระดับการอนุบาลอุดมการณ์เสรีนิยมเอาไว้ด้วย หนึ่ง เมื่อหนึ่งในคำถ้อยของงานวิจัยมุ่งวิเคราะห์ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสโนจะสามารถนำมาปรับใช้กับบริบทของไทย โดยเฉพาะกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด คณะผู้วิจัยจึงขอศึกษาเจาะจงเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แม้คณะรัฐประหารและผู้สนับสนุนจะกล่าวอ้างว่ารัฐธรรมนูญ ๆ 2560 เป็นผลผลิตการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาต่อบทของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะพบได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เพิ่มบทจำกัดสิทธิซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่อำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่น การอนุญาตให้จำกัดเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธโดยอาศัยเหตุ “การรักษาความมั่นคงของรัฐ” และ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”³⁹¹ ซึ่งเป็นเหตุที่มีได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ๆ 2540³⁹² และรัฐธรรมนูญ ๆ 2550³⁹³ สิทธิในการชุมนุมเป็นหลักประกันที่อำนวยความสะดวกให้ประชาชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการเคารพและคุ้มครองจากรัฐ หากมีการขับเคลื่อนเพื่อแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของอำนาจประการนี้³⁹⁴ รัฐธรรมนูญ ๆ 2560 ยังเพิ่มกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อความพยายาม

³⁸⁸ มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ ๆ 2550 และมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ ๆ 2560.

³⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ที่คณะคณะรัฐประหารจัดทำขึ้นเพื่อกำหนดกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญถาวรไม่ได้กำหนดว่าเมื่อประชาชนให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว และมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ถ้าหากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยจะเป็นเช่นไร แต่ก็พออนุมานได้ว่าหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจบังคับได้ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “[หากพระมหากษัตริย์] ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป” (มาตรา 37 วรรคแปด)

³⁹⁰ คำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับเขียนเอาไว้ว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว “ทรงพระราชดำริว่าสมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติ[ให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ]”

³⁹¹ มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญ ๆ 2560

³⁹² มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญ ๆ 2540

³⁹³ มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ ๆ 2550

³⁹⁴ Lawrence Liang, ‘Bulldozing Basic Structures: Legal–Spatial Dimensions of Constituent Power’ (2023) 53 Social Change 179, 179.

ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยประชาชน อันทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้แก้ไขได้ยากเป็นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่ขัดต่อบทนิรันดรตามมาตรา 255 (คือมีลักษณะมุ่งเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐเดี่ยวหรือระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข) ได้จนกว่าจะมีการนำร่าง ฯ ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย แม้ร่าง ฯ นั้นจะเข้าข่ายที่ต้องผ่านการทำประชามติ (เนื่องจากมีเนื้อหาที่มุ่งเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่สำคัญ เช่น บททั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หรือหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) และประชาชนให้ความเห็นชอบไปแล้วก็ตาม³⁹⁵ นอกจากนี้ ก่อนเดือนพฤษภาคม พ.ศ.2567 รัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ได้กำหนดให้มีวุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรัฐประหาร³⁹⁶ เพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีอำนาจร่วมกับฝ่ายหลังในการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ในวาระที่หนึ่ง (วาระรับหลักการ) และวาระที่สาม (การลงมติเห็นชอบ) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่เพียงแต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากในสภา แต่ “ในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”³⁹⁷ ฝ่ายประชาธิปไตยโจมตีที่มาของวุฒิสภาว่าไม่มีความเป็นประชาธิปไตยและเป็นอุปสรรคต่อการที่ปวงชนชาวไทยจะได้ใช้สิทธิในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตนเอง³⁹⁸

ในพ.ศ.2563 กลุ่ม iLaw ซึ่งเป็นภาคประชาสังคมได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงที่มาของสภาแห่งนี้โดยอิงรูปแบบจากรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 โดย iLaw เสนอให้รื้อฟื้นวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง 200 คน³⁹⁹ รวมถึงตัดบทบัญญัติในส่วนคะแนนเสียงพิเศษที่ต้องได้รับจากสมาชิกวุฒิสภาในวาระที่ 1 และ 3 ออก⁴⁰⁰ อย่างไรก็ตาม ร่าง ฯ ดังกล่าวไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยมีสมาชิกวุฒิสภาถึง 78 คนที่ลงมติไม่เห็นชอบ และ 156 คนที่งดออกเสียง⁴⁰¹ คณะผู้วิจัยมีข้อสังเกตต่อความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ดังนี้ *ประการแรก* ความพยายามของภาคประชาชนที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอสะท้อนให้เห็นถึงการอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 เป็น “มาตรชีวิต” ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน เป็น

³⁹⁵ โปรดตุ มาตรา 256(7)(8)(9) ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560

³⁹⁶ มาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560

³⁹⁷ มาตรา 256 (3) และ (6) ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560

³⁹⁸ ‘แก้รัฐธรรมนูญ: เทียบ 20 ฉบับ รัฐธรรมนูญ 2560 ชนะเลิศที่สุดแห่งการแก้ไขยาก’ (iLaw, 7 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://www.ilaw.or.th/articles/3973>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567.

³⁹⁹ มาตรา 10 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ)

⁴⁰⁰ มาตรา 9 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ)

⁴⁰¹ ‘ร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน “ไม่ผ่าน” ความเห็นชอบจากรัฐสภา’ (iLaw, 18 พฤศจิกายน 2563) <<https://www.ilaw.or.th/articles/22760>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567.

อุปสรรคต่อการการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม *ประการที่สอง* สิ่งนี้สอดคล้องกับตรรกะและวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ หากพิจารณาในแง่บวก แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของ iLaw จะไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภา แต่การเรียกร้องในสังคมที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากผลหลังมรณะของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ดูเป็นตัวเร่งที่ทำให้ตรรกะและวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กลายเป็นสิ่งที่ภาคประชาสังคมแลกเปลี่ยน ถกเถียงอภิปรายระหว่างกัน ตลอดจนกลายเป็นสิ่งที่กลุ่มผลประโยชน์พยายามใช้เพื่อโน้มน้าวและเปลี่ยนแปลงความคิด-ทัศนคติของสมาชิกในสังคม หรือที่เรียกในทางทฤษฎีว่า “วาทกรรมสาธารณะ” (public discourse) ที่ต่อสู้ช่วงชิง (struggle) กับทัศนะ-ตรรกะแบบอนุรักษนิยมในพื้นที่สาธารณะของประเทศไทย⁴⁰² ประเด็นหลักที่คณะผู้วิจัยใคร่ขอเสนอในที่นี้ก็คือภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยในศตวรรษที่ 21 สะท้อนว่ายิ่งรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นภายหลังพ.ศ.2540 พยายามสร้างกลไกอนุบาลอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนมากเท่าใด ความพยายามนั้นก็ยิ่งกลายเป็นแรงขับ (impetus) ให้เกิดการเรียกร้องให้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจากสังคมอันทำให้ตรรกะและวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ กลายเป็นวาทกรรมสาธารณะ⁴⁰³

5. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากอิทธิพลของรัฐธรรมนูญ ฯ 2540 ที่ช่วยสร้างพื้นที่ให้กับตรรกะและวิถีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ ในระบบรัฐธรรมนูญไทย คณะผู้วิจัยยังพบว่านับตั้งแต่พ.ศ.2555 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดทิศทางของความเป็นได้ในการนำกรอบประการดังกล่าวมาปรับใช้ คณะผู้วิจัยได้แบ่งคำวินิจฉัยที่สะท้อนบทบาทของศาลที่ได้กล่าวมาออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (ส่วนที่ 5.1) และคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตีความขยายขอบเขตของบทนิรันดร (ส่วนที่ 5.2) การวิเคราะห์บทบาทของศาลในที่นี้จะช่วยให้เห็นถึงขอบเขตและข้อจำกัดของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ผ่านบทเรียนจากไทย

⁴⁰² Bui Ngoc Son, ‘Constitutional Mobilization’ (2018) 17 Washington University Global Studies Law Review 113, 116; Bui Ngoc Son, ‘Vietnam’s Mixed Constitution and Human Rights’ (2022) 16 Law & Ethics of Human Rights 295, 304.

⁴⁰³ Rawin Leelapatana, Kornkanok Buawichien, and Suprawee Asanasak, ‘Thailand’ in Luís Roberto Barroso and Richard Albert (eds), *The 2021 International Review of Constitutional Reform* (University of Texas at Austin 2022) 226–227.

5.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

คำวินิจฉัยแรกของศาลที่เกี่ยวข้องกับความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นผลพวงมาจากความไม่พอใจต่อการทำรัฐประหารเมื่อพ.ศ.2549 โดยเฉพาะจากพรรคเพื่อไทย (พรรคไทยรักไทยเดิม) ซึ่งเป็นฝ่ายที่สูญเสียอำนาจในเหตุการณ์ครั้งนั้น ภายหลังจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ๒550 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการและหลายภาคส่วนว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ทำให้เกิดความถดถอยของการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทย เนื่องจากมีที่มาจากจากรัฐประหาร⁴⁰⁴ และเมื่อพรรคเพื่อไทยชนะการเลือกตั้งทั่วไปใน พ.ศ. 2554 รัฐบาลพรรคเพื่อไทยภายใต้การนำของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ก็ได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยมีการกำหนดให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ อย่างไรก็ตาม ได้มีกลุ่มบุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับแผนการของรัฐบาลร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เท่ากับเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นความพยายาม “ล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ”⁴⁰⁵

แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับคำร้องและวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวโดยกล่าวอ้างสถานะของตนในฐานะ “องค์กรซึ่งมีหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ”⁴⁰⁶ และแม้ว่าถึงที่สุดแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ารัฐบาลไม่ได้กระทำความผิดฐานล้มล้างการปกครอง⁴⁰⁷ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยไปถึงประเด็นการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยวินิจฉัยว่า

“...อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมาย และองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมือง.....และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา....

⁴⁰⁴ Allen Hickens, ‘The Thai Political Landscape After the 2019 Election’ (2020) 2 King Prajadhipok’s Institute Journal of Democracy and Governance 107, 109; Michael K. Connors, ‘Anticorruption Politics in Thailand: From Regime Institutionalization to Sovereignty Wars’ in Cheng Chen and Meredith Leigh Weiss (eds), *The Political Logics of Anticorruption Efforts in Asia* (Suny Press 2019) 163.

⁴⁰⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18-22/2555, 2-3; รัฐธรรมนูญ ๒ พ.ศ. 2550 มาตรา 68

⁴⁰⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18-22/2555, 21-23

⁴⁰⁷ เรื่องเดียวกัน 24-25.

....การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ... มาตรา 291 แม้เป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ.....**เนื่องจากรัฐธรรมนูญ....ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่** หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา ...(ก็) จะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291”⁴⁰⁸

คณะผู้วิจัยสามารถสกัดสาระสำคัญของคำวินิจฉัยในส่วนข้างต้นออกมาได้สามประการ ดังต่อไปนี้ *ประการแรก* ศาลรัฐธรรมนูญได้ยอมรับความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน รวมถึงยอมรับด้วยว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น “อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ” และมี “ลำดับศักดิ์สูงกว่า” อำนาจของสถาบันการเมืองต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น *ประการที่สอง* ศาลรัฐธรรมนูญมองว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจของสถาบันที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น (คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) นั้นจะต้องกระทำภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดทั้งในเชิงกระบวนการและในเชิงเนื้อหา ในเมื่อการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะส่งผลให้เกิดการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็ย่อมเป็นการขัดกับ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” ตลอดจนเป็นการฝ่าฝืนบทนิรตน⁴⁰⁹ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงตีความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยองค์การทางการเมืองที่ไม่ใช่ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรายมาตรา ภายใต้เงื่อนไขและขอบเขตเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนด *ประการที่สาม* ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ด้วยการแก้ไขกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีการจัดทำรัฐธรรมนูญ ๒ พ.ศ. 2540 นั้นไม่สามารถดำเนินการได้ หากแต่ถ้าหากจะทำเช่นนั้น จะต้องกระทำโดยได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อน ผ่านการออกเสียงประชามติ

จากข้อสังเกตทั้งสามประการ จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้ปวงชนชาวไทยเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถใช้สิทธิในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของระบอบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นควร สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่แค่สิทธิในทางทฤษฎี แต่เป็นสิ่งที่ต้องได้รับความรับเคารพและการอำนวยความสะดวกให้เกิดผลในทางปฏิบัติ การเน้นย้ำความสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งในฐานะทฤษฎีกฎหมายและแนวทางปฏิบัติโดยศาลตุจะทำให้รัฐไทยไม่อาจปฏิเสธตรรกะของแนวคิดชั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญเชิงดัดแปลงในส่วนที่ว่าหากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน บทบัญญัตินั้นสมควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อย่างเบ็ดเสร็จอีกต่อไป

อนึ่ง คณะผู้วิจัยยังใคร่ขอตั้งข้อสังเกตในเชิงเทคนิคบางประการต่อคำวินิจฉัยข้างต้นซึ่งจะเป็นสิ่งที่นำไปสู่ข้อเสนอของคณะผู้วิจัยในบทที่ 5 ด้วย กล่าวคือ แม้ว่าคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 จะถูกวิพากษ์วิจารณ์

⁴⁰⁸ เรื่องเดียวกัน 23.

⁴⁰⁹ เรื่องเดียวกัน.

ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ฝ่ายตุลาการก้าวล่วงอำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่⁴¹⁰ แต่ถ้าหากพิเคราะห์ถึงบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ๓ 2550 แล้ว จะเห็นว่าอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นผูกขาดอยู่กับรัฐสภาแต่เพียงองค์กรเดียว ประชาชนแทบไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการโดยตรงเลย⁴¹¹ ยิ่งกว่านั้น ถ้าหากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 จะเห็นได้ว่าการออกเสียงประชามติสามารถริเริ่มได้แต่เพียงโดยคณะรัฐมนตรี⁴¹² ดังนั้น เท่ากับว่าถ้าหากในขณะนั้นรัฐบาลต้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็สามารถใช้วิธีการกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อถามประชาชนว่าต้องการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ แต่คณะผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่า ถ้าหากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปเป็นว่าประชาชนต้องการแสดงเจตจำนงเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เอง จะดำเนินการได้โดยทางใด เนื่องจากบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งบังคับใช้อยู่ขณะนั้นไม่ได้เปิดช่องให้ประชาชนสามารถเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อีกทั้งยังไม่สามารถเข้าชื่อเพื่อริเริ่มขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ วิธีเดียวที่จะแสดงออกซึ่งเจตจำนงที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ ก็คงเป็นแต่เพียงการชุมนุมตามกรอบของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ หรือแสดงความคิดเห็นผ่านช่องทางต่าง ๆ เท่านั้น⁴¹³

ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญ ๓ 2550 ได้สิ้นผลไป ก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นรัฐธรรมนูญถาวรแทน เช่นเดียวกับ รัฐธรรมนูญ ๓ 2550 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็น “ผลพวงของรัฐประหาร” อีกทั้งยังมีบทบัญญัติหลายประการที่ส่งผลให้เกิดการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างมากเกินไป⁴¹⁴ ด้วยเหตุนี้ นับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หลายภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นภาคประชาชน หรือแม้แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคฝ่ายค้าน จึงพยายามผลักดันให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยการจัดตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จนนำไปสู่การจัดตั้งคณะกรรมการ

⁴¹⁰ ‘ย้อนรอยกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการวิวัฒน์ และข้อเสนอต่อการปฏิรูป’ (*iLaw*, 7 สิงหาคม 2567) <<https://www.ilaw.or.th/articles/40859>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567; สรุปลสาระสำคัญจากเสวนาวิชาการ เรื่อง “อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ : ฝ่าทางตันการเมืองไทย” (8 มีนาคม 2563): <https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-parliament-power-to-amend-the-constitution/>.

⁴¹¹ มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ ๓ 2550

⁴¹² มาตรา 165 ของรัฐธรรมนูญ ๓ 2550

⁴¹³ โปรตอ้างอิงบทวิเคราะห์ส่วนนี้ประกอบ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ภายใต้โครงการปฏิรูปสถาบันการเมือง)’ (สถาบันพระปกเกล้า 2556) 31-32.

⁴¹⁴ “‘ก้าวไกล’ ยื่นร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญชุด “ลบล้างผลพวงรัฐประหาร” รวม 3 ฉบับ’ (*ไทยรัฐ*, 22 กรกฎาคม 2567) <<https://www.thairath.co.th/news/politic/2803129>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

วิสามัญ ฯ ของสภาผู้แทนราษฎรขึ้นเพื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม⁴¹⁵ นอกจากนี้ ยังมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองบางส่วนที่เห็นถึงความจำเป็นในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาเช่นกัน⁴¹⁶ อย่างไรก็ตาม ใ้ได้มีสมาชิกรัฐสภายกประเด็นขึ้นมาว่ารัฐสภาที่มีอำนาจเสนอ-พิจารณาให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ต่อมาประธานรัฐสภาได้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจที่ใดกล่าวมานี้หรือไม่⁴¹⁷

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า ถ้าหากพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฯ มาตรา 291 ที่กำหนดเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีที่มีการเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นการแก้ไขกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จะต้องนำไปผ่านการออกเสียงประชามติอีกครั้ง ซึ่งเท่ากับว่าถ้าหากจะมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องผ่านการออกเสียงประชามติซึ่งเป็นการขอความเห็นชอบจากปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย รัฐธรรมนูญ⁴¹⁸ กล่าวให้ถึงที่สุด รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้แก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ ฯ 2550 แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องตีความเพื่อให้มีการกลับไปถามประชาชนเพิ่มเติมอีก

อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยตามแนวทางของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 โดยวินิจฉัยว่า

“...การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยวิธีการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้มีหมวด 15/1 ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจอธิปไตยรัฐธรรมนูญดั้งเดิมต้องการปกป้องคุ้มครองไว้ หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยออกเสียงประชามติเสียก่อน....อันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตามครรลองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข...”⁴¹⁹

ผลจากคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ถ้าหากต้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ จะต้องมีการขอให้ออกเสียงประชามติก่อนหนึ่งครั้ง และเมื่อประชาชนให้ความเห็นชอบแล้ว ก็จะต้องมีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งถ้าหากรัฐสภาให้ความเห็นชอบ ก็จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปผ่านการลงประชามติ (ซึ่งยังไม่มีการออกเสียงเลือก

⁴¹⁵ โปรดดู รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

⁴¹⁶ โปรดดู ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ลงวันที่ 1 กันยายน 2563 พร้อมบันทึกหลักการและเหตุผล โดยนายวิรัช รัตนเศรษฐ์ และคณะ

⁴¹⁷ สำหรับรายละเอียดของร่างเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564, 2-4.

⁴¹⁸ มาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560

⁴¹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564, 10-11.

สมาชิกสภาว่ารัฐธรรมนูญถ้าหากกำหนดสมาชิกสภาว่ารัฐธรรมนูญมาจากการเลือกตั้ง และการออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบกับรัฐธรรมนูญในกรณีที่กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติ)⁴²⁰

อย่างไรก็ตาม ในอีกมุมหนึ่ง คณะผู้วิจัยเห็นว่า คำวินิจฉัยที่ 4/2564 นี้ได้ช่วยต่อยุ่ถึงสิทธิของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุด ระบบรัฐธรรมนูญต้องรักษาความเป็นไปได้ที่ปวงชนจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญได้เองโดยตรงแม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะผ่านลู่เลยไปแล้ว

กระนั้น เช่นเดียวกับกรณีของความพยายามจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญ ฯ 2550 คณะผู้วิจัยใคร่ขอตั้งข้อสังเกตเชิงเทคนิคต่อกระบวนการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ปวงชนแสดงเจตจำนงว่าต้องการมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดอันจะมีผลต่อการทำข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยในบทที่ 5 เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ฯ 2550 รัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ยังคงจำกัดให้คณะรัฐมนตรีเป็นเพียงสถาบันการเมืองเดียวที่สามารถริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติได้⁴²¹ และถึงแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 จะกำหนดให้ประชาชนสามารถเข้าชื่อร้องขอให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการดังกล่าวได้ แต่สุดท้ายอำนาจตัดสินใจก็อยู่ที่ฝ่ายหลัง⁴²² นั่นจึงหมายความว่า ถ้าหากปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ก็ไม่สามารถกระทำได้เลย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายใดกำหนดให้อำนาจในการริเริ่มขอให้มีการออกเสียงประชามติ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ที่จะริเริ่มให้มีการจัดประชามติได้ มีแต่เพียงคณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภาเสียงข้างมาก (ซึ่งอยู่เป็นพรรคร่วมรัฐบาล) เท่านั้น⁴²³

5.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับบทนิรนต์

นอกเหนือจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยพบว่ามีคำวินิจฉัยบางฉบับที่มีผลจำกัดการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ใน

⁴²⁰ เฟิงอ้าง, 11.

⁴²¹ มาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560

⁴²² มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564

⁴²³ นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตต่อคำว่า “ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม” ที่ปรากฏในคำวินิจฉัย ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวตั้งใจให้เจตจำนงร่วมกันของปวงชนที่แสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แสดงไว้เมื่อจัดทำรัฐธรรมนูญนี้ ผูกติดอยู่กับปวงชนรุ่นหลังที่เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่งการวินิจฉัยวางหลักเช่นนี้อาจทำให้เกิดสภาวะที่รอชในกล่าวว่าเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญแข็งกระด้างเกินไป ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับแนวคิดการปฏิเสธ “มือของผู้วายชนม์” อย่างไรก็ตาม การใช้ถ้อยคำดังกล่าวปรากฏแค่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้เท่านั้น

บริบทของไทย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่คณะผู้วิจัยให้ความสนใจในที่นี่ ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564

คำวินิจฉัยที่ 19/2564 มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ในช่วงพ.ศ.2563 ได้มีกลุ่มผู้ชุมนุมปราศรัยเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ โดยหนึ่งในข้อเสนอหลักของผู้ชุมนุม ได้แก่ การขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมวดพระมหากษัตริย์ (หมวด 2) ด้วยการให้เลิกมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญที่ห้าม “[การ]กล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ” เพื่อเปิดช่องให้สภาผู้แทนราษฎรสามารถตัดสินคดีความพระมหากษัตริย์ได้ดังเช่นภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475⁴²⁴ หากอธิบายผ่านมุมมองของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ อาจกล่าวได้ว่า ข้อเสนอของผู้ชุมนุมเป็นการพยายามลดพื้นที่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและขยายพื้นที่แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนอันเป็นรูปแบบการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่กรอบดังกล่าวสนับสนุน ต่อมา ได้มีผู้ร้องศาลรัฐธรรมนูญว่าการกระทำของกลุ่มผู้ชุมนุมถือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁴²⁵ แม้ว่าคำวินิจฉัยที่ 19/2564 นี้จะไม่ได้เป็นการวินิจฉัยเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง (เพราะยังไม่ได้มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภา) แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึงการสร้างบทนิรันตรของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า

“...พระมหากษัตริย์ ... เป็นที่เคารพและศรัทธาเป็นศูนย์รวมจิตใจและความเป็นหนึ่งเดียวกันของปวงชนชาวไทยมาโดยตลอดเวลาหลายร้อยปี คณะราษฎรผู้ก่อการเปลี่ยนแปลงและประชาชนชาวไทยยังคงเห็นพ้องกันอันเชิญพระมหากษัตริย์เพื่อทรงเป็นสถาบันหลักที่จะต้องคงอยู่คู่กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย...โดยเรียกรูปแบบนี้ว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ... ข้อเรียกร้องให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้การรับรองพระราชสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ว่าทรงเป็นประมุขของรัฐที่ผู้ใดจะกล่าวหาหรือละเมิดมิได้นั้น เป็นการเขาะกร่อนบ่อนทำลายการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข...

....การใช้สิทธิเสรีภาพของผู้ถูกร้อง....ไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย....ผู้ถูกร้อง...ใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยไม่รับฟังความเห็นของผู้อื่น ไม่ยอมรับความเห็นที่แตกต่างของบุคคลจนถึงกับล่วงละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่นที่เห็นต่างด้วยการด่าทอ รบกวบนพื้นที่ส่วนตัว ยุยงปลุกปั่นด้วยข้อเท็จจริงที่บิดเบือนจากความจริง...มีส่วนจุดประกาย...ให้เกิดความรุนแรงในบ้านเมือง ทำให้เกิดความแตกแยกของคนในชาติ ... ”⁴²⁶

⁴²⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564, 2-5.

⁴²⁵ เรื่องเดียวกัน, 7-8.

⁴²⁶ เรื่องเดียวกัน, 25-27.

หากลองพิจารณา คำวินิจฉัยข้างต้นสะท้อนบทบาทของศาลในการตีความขยายขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴²⁷ โดยคำวินิจฉัยนี้ได้สร้างบรรทัดฐานขึ้นมาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 6 ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 2 พระมหากษัตริย์ ไม่สามารถกระทำได้ เพราะจะเป็นการบ่อนทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งที่ในมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขบทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์สามารถกระทำได้แต่ต้องได้รับความเห็นชอบผ่านการออกเสียงประชามติ นั้นหมายความว่า โดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติมาตรา 6 ที่อยู่ในหมวด 2 ไม่ได้ถูกวางไว้ให้เป็นบทนิรันตร แต่เป็นบทที่สามารถแก้ไขได้ด้วยกระบวนการที่ยากกว่าปกติเท่านั้น⁴²⁸ กล่าวให้ถึงที่สุด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้ทำให้หมวด 2 พระมหากษัตริย์ กลายเป็นบทนิรันตรที่ต้องห้ามแก้ไขไปโดยปริยาย

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยที่ 19/2564 ยังส่งผลต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ อันเป็นหนึ่งในวิธีการแสดงออกซึ่งเจตจำนงปวงชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้วางหลักว่าการแสดงออกซึ่งเสรีภาพดังกล่าวในลักษณะที่ก้าวล่วงต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมย่อมถือเป็นการใช้สิทธิที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น⁴²⁹

กล่าวโดยสรุป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำเสนอข้างต้นมีส่วนสำคัญในการกำหนดทิศทางของการปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากงานของรอชโน ในระบบรัฐธรรมนูญ ในมุมหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เมื่อพ.ศ. 2555 และ พ.ศ. 2564 ได้ยอมรับแนวคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนอย่างเป็นทางการ และส่งผลให้แนวคิดดังกล่าวมีความเป็นสถาบันอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย การยอมรับนี้ได้ช่วยเพิ่มความเป็นไปได้ให้แก่การปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ ในระบบรัฐธรรมนูญไทย อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 ก็สะท้อนข้อจำกัด (หรือขีดจำกัด) ของการปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ กล่าวคือ กรอบประการนี้ไม่อาจนำมาปรับใช้ในลักษณะที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อพระราชสถานะหรือลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ดังนั้น ถ้าหากต้องการนำกรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในทางปฏิบัติในไทยจะต้องมีหลักประกันว่าการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นต้องไม่กระทบต่อพระราชสถานะหรือลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งคณะผู้วิจัยจะขออธิบายรายละเอียดส่วนนี้เพิ่มเติมเมื่อก้าวถึงข้อเสนอแนะ

⁴²⁷ Albert, *Constitutional Amendments*, 149.

⁴²⁸ โปรตดูประกอบ Leelapatana, 'Thailand's 2017 Constitution', 306.

⁴²⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564, 27.

6. บทสรุป: การปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ที่สกัดจากทฤษฎีของรอชไนในบริบทของไทย

จากที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าพัฒนาการทางรัฐธรรมนูญของไทยสะท้อน “ความพยายามช่วงชิงความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ระหว่างฝ่ายอนุรักษนิยมและฝ่ายเสรีนิยม⁴³⁰ การต่อสู้ช่วงชิงอำนาจดังกล่าวทำให้ทั้งสองฝ่ายต้องพยายามควบคุมกลไกการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเอาไว้ให้ได้⁴³¹ ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว ฝ่ายอนุรักษนิยมมักจะเป็นฝ่ายที่สามารถกุมอำนาจในการกำหนดโครงสร้างและรูปแบบของรัฐธรรมนูญ⁴³² อาจมีเพียงพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ที่กลุ่มคณะราษฎรมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอนุรักษนิยม⁴³³ ในขณะที่ฝ่ายเสรีนิยมพยายามสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและสิทธิของปวงชนในการเข้าไปมีส่วนร่วมออกแบบระบบรัฐธรรมนูญร่วมกัน ฝ่ายอนุรักษนิยมซึ่งครองอำนาจนำทางการเมืองมาตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 2500 ได้พยายามใช้กลไกทางรัฐธรรมนูญเพื่อ (1) สถาปนาให้สถาบันชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์เป็นเสาหลักของชาติ (2) ทำให้หลักการ “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ และกลายเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ รวมถึง (3) ทำให้ประชาชนมีหน้าที่หลักที่ต้องแข่งขันต่อผู้นำของรัฐ งานเขียนของชนชั้นนำและปัญญาชนฝ่ายอนุรักษนิยมหลายชิ้นก็สะท้อนให้แนวคิดและคติที่ได้กล่าวมา ทั้งนี้ ถ้าหากช่วงใดที่พลังของฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยแข็งแกร่งมากขึ้นจนท้าทายอำนาจนำทางการเมืองของฝ่ายอนุรักษนิยม ฝ่ายดังกล่าวก็มักจะใช้กลไกทางการเมืองหรือสุดท้ายก็จะอาจใช้การรัฐประหารเพื่อกระชับอำนาจและสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ที่วางรากฐานการใช้อำนาจของฝ่ายตนให้เข้มข้นกว่าเดิม⁴³⁴

ทั้งนี้ นับตั้งแต่พ.ศ.2540 เป็นต้นมา การต่อสู้ระหว่างอุดมการณ์ทั้งสองข้างต้นเพื่อเป็นอุดมการณ์หลักในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ถึงแม้ฝ่ายอนุรักษนิยมจะยังคงสามารถรักษาอำนาจนำของฝ่ายตนภายใต้อุดมการณ์ชาตินิยมกษัตริย์นิยมเอาไว้ได้ แต่กระแสโลกาภิวัตน์ของอุดมการณ์เสรีนิยมประกอบกับบรรยากาศของพลเมืองตื่นรู้ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ๒540 ก็บังคับให้ฝ่ายดังกล่าวต้องยอม “เปิดพื้นที่” (co-opt) ให้กับแนวคิดและกลไกเสรีนิยมรวมถึงแนวคิดอำนาจ

⁴³⁰ วิเชียร เฟงพิศ, ‘การช่วงชิงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในรัฐธรรมนูญ’ (*สถาบันปรีดี พนมยงค์*, 26 มีนาคม 2564) <<https://pridi.or.th/th/content/2021/03/649>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

⁴³¹ Eugénie Mérieau, ‘Thailand’s Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015)’ (2016) 46 *Journal of Contemporary Asia* 445, 446, 449; Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution’, 284-285.

⁴³² Suwannathat-Pian, *Kings*, 47-67.

⁴³³ โปรตตุ วิเชียร เฟงพิศ, ‘แนวความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของปรีดี พนมยงค์’ (*วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 2559).

⁴³⁴ Ferrara, *The Political Development*, 271-272.

สถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนให้มากยิ่งขึ้นกว่าในอดีต⁴³⁵ รวิทร์ ลีละพัฒนะ จึงได้สรุปลักษณะของการช่วงชิงความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมและฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยในระบบรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบันเอาไว้ว่าเปรียบเสมือน “ดาวสองดวงที่มีแรงดึงดูดระหว่างกัน” (“binary-star scenario”) กล่าวคือ ฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยไม่สามารถสถาปนารัฐธรรมนูญได้หากปราศจากความยินยอมจากฝ่ายอนุรักษ์นิยมซึ่งถือเป็นหนึ่งในภาคส่วนสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมเองก็ไม่สามารถสร้างความชอบธรรมในการสถาปนารัฐธรรมนูญได้ถ้าหากปราศจากการยืนยันว่าปวงชนเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (หรืออย่างน้อยที่สุด ก็มีส่วนในการเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ)⁴³⁶

ทัศนคติที่ขัดแย้งกันต่อลักษณะและเนื้อหาของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศไทยทำทลายต่อสมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากงานของยานิพรอชโนเป็นอย่างยิ่ง โดยคณะผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์ความเป็นไปได้ นำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ มาปรับใช้ในประเทศไทยได้ดังนี้

ในทางหนึ่ง ถึงแม้ระบบรัฐธรรมนูญของไทยภายหลังพ.ศ.2540 จะเปิดพื้นที่ให้กับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนมากขึ้นกว่าเดิม แต่ด้วยวัฒนธรรมทางการเมืองและอุดมการณ์ราชาชาตินิยมที่หยั่งรากลึก แนวคิดและอำนาจทางการเมืองของฝ่ายอนุรักษ์นิยมจึงยังคงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกปฏิเสธได้ในระบบการเมืองและระบบรัฐธรรมนูญของประเทศไทย⁴³⁷ ดังนั้น คำปรารภของรัฐธรรมนูญไม่เว้นแม้แต่รัฐธรรมนูญ ๒540 ซึ่งได้ชื่อว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” จึงจำเป็นต้องมีข้อความให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการประกาศใช้รัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่ “(พระมหากษัตริย์) ทรงพระราชทาน”⁴³⁸ ขณะเดียวกัน ฝ่ายเสรีนิยมก็ยังคงไม่อาจอ้างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่มุ่งเปลี่ยนแปลงพระราชอำนาจและพระราชสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ไปในทางลบ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ณ ปัจจุบันสะท้อนให้เห็นว่าการนำตรรกะของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญเชิงดัดแปลงโดยเฉพาะในส่วนที่ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน บทบัญญัตินั้นสมควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง มาปรับใช้เพื่อลดทอนพระเกียรติยศ พระราชอำนาจ และพระราชสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ และศาลรัฐธรรมนูญก็มีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าความพยายามปรับใช้ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่

⁴³⁵ Ibid 276.

⁴³⁶ Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions’, 318.

⁴³⁷ Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution’, 308-309.

⁴³⁸ คำปรารภรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ ๒540; ปรารภรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ ๒550; และ ปรารภรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ ๒560. See Andrew Harding and Peter Leyland, ‘The Color of Thailand’s (Un)Constitutional Reforms: Red, Yellow, or Orange?’ in David K. Linnan (ed), *Legitimacy, Legal Development and Change: Law and Modernization Reconsidered* (Routledge 2012) 95-96.

ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ดังเช่นคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับข้อเสนอของกลุ่มผู้ชุมนุม ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เมื่อ พ.ศ.2564) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความพยายามของภาคประชาชนที่จะนำตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิง ทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ มาปรับใช้เพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสถาบัน พระมหากษัตริย์เป็นชนวนที่ทำให้แนวคิดและตรรกะของกรอบประการนี้ถูกปฏิเสธจากองค์กรรัฐโดยเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญมากกว่าเดิม ความเป็นไปได้ที่ได้กล่าวมาสามารถเทียบเคียงได้กับประสบการณ์ของมาเลเซีย

อย่างไรก็ตาม บทบาททางการเมืองที่เพิ่มมากขึ้นของประชาชนในปัจจุบัน รวมถึงภูมิทัศน์ทาง รัฐธรรมนูญที่แปรเปลี่ยนไปนับตั้งแต่พ.ศ.2540 ก็ทำให้รัฐไทยไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าปัจจุบันแนวคิดอำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนซึ่งเป็นแก่นของกรอบความคิดเชิงกฎหมาย ฯ ได้เริ่มมีความเป็นสถาบันมากขึ้น ในระบบรัฐธรรมนูญไทยและเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไทย⁴³⁹ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ ได้ยืนยันถึงการดำรงอยู่และความสำคัญของแนวคิดดังกล่าวในระบบรัฐธรรมนูญไว้ดังที่ได้แสดงในส่วนที่ 5 กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้แสดงบทบาทในลักษณะเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไต้หวันนั่นก็คือ บทบาทในการช่วยสร้างและยืนยันการมีอยู่ของพื้นที่ทางรัฐธรรมนูญให้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวง ชนชาวไทยและอำนวยให้แนวคิดเช่นว่าถูกสถาปนาขึ้นอย่างเป็นทางการในระบบรัฐธรรมนูญไทย สิ่งนี้เป็น เงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนอันจะอำนวยให้สถาบันรัฐสามารถที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎี กฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ ดังนั้น แม้ในปัจจุบัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อสถาบันชาติและสถาบัน พระมหากษัตริย์จะยังมีอาจกระทำได้ แต่อย่างน้อยการยอมรับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน เอาไว้อย่างเป็นทางการก็ได้เปิดช่องให้แก่การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญมาตราอื่นที่ไม่ กระทบกระเทือนต่อสถาบันพระมหากษัตริย์แต่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้สิทธิของประชาชนในการกำหนด และเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุด

ดังนั้น เราจึงสามารถสรุปได้ว่าระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่อาจปฏิเสธการนำ กรอบเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้โดยสิ้นเชิง แต่ขณะเดียวกันการนำกรอบดังกล่าวมาปรับใช้ได้ก็ต้อง คำนึงถึงข้อจำกัด คณะผู้วิจัยเห็นว่า แนวโน้มในการพัฒนาประชาธิปไตยของประเทศไทยก็น่าจะส่งผลดีต่อ การปรับใช้กรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ เช่นกัน เมื่อระบบรัฐธรรมนูญไม่อาจปฏิเสธการนำกรอบเชิงทฤษฎี กฎหมาย ฯ มาปรับใช้โดยสิ้นเชิง ในบทต่อไป คณะผู้วิจัยจะขอเสนอแนะเกี่ยวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ควร ถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่จะนำไปสู่การเปิดพื้นที่ให้ปวงชนได้แสดงออกถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้นซึ่ง เป็นเงื่อนไขสำคัญของกรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอชโน

⁴³⁹ Leelapatana, 'Thailand's Competing Notions', 316-317.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป: ข้อพิจารณาต่อการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ไปปรับใช้

ในช่วงเวลาราวสองทศวรรษที่ผ่านมา เราจะพบว่า มีนักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญจำนวนมากที่ให้ความสนใจศึกษาประเด็น “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยกลับพบว่า ยังไม่มีผลงานวิชาการที่พยายามนำเสนอเกณฑ์ขั้นต่ำทางกฎหมายสำหรับบ่งชี้ว่า บทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม อันเป็นมูลเหตุของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อเติมเต็มช่องว่างทางวิชาการ คณะผู้วิจัยใช้วิธีเลือกงานวิชาการเกี่ยวกับ UCA ที่ก่อปรด้วย เมล็ดพันธุ์ทางความคิดที่ช่วยทำหน้าที่เป็นเกณฑ์บ่งชี้ซึ่งช่วยอธิบายลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและอ่านนั้นใหม่บนพื้นฐานของแนวคิดตามเมล็ดพันธุ์ที่ได้กล่าวมาเพื่อสกัดกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ออกมา

งานวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งนำเสนอให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะอ่านทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอสไนใหม่เพื่อเป็นฐานสำหรับสร้างเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บ่งชี้ตัวบทรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม คณะผู้วิจัยพบว่า ทฤษฎี UCA ของรอสไนมีองค์ประกอบที่พิเศษกว่างานเขียนว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่นในการเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ได้แก่ การนำเสนอถึงขอบเขต ๑ ซึ่งแฝงเอาไว้ด้วยหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ และเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยเงื่อนไขที่ต้องมีอยู่ก่อนอันจะทำให้การกำหนดขอบเขต ๑ สามารถเป็นไปได้ ดังที่ได้เห็นในบทที่ 2 กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอสไนได้ช่วยให้เห็นภาพในมุมกว้างว่าผู้ใดหรือสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้ข้อจำกัดอะไร หลักการและทฤษฎีใดที่ถือเป็นหัวใจในการบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข และลักษณะเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ มีหัวใจ ได้แก่ สิทธิเด็ดขาดของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุกภาคส่วนและทุกรุ่นในการเข้าไปมีส่วนร่วมกันในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิที่ได้กล่าวมาจึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นตัวบทที่สมควรถูกเปลี่ยนแปลง ในทางกลับกัน การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญเพื่ออำนวยให้ปวงชนสามารถใช้สิทธิประการนี้โดยตรงได้มากยิ่งขึ้นก็ควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการดำเนินการที่สมควรแล้ว คณะผู้วิจัยเรียกแนวคิดนี้ว่า “แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง” แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงสะท้อนให้เห็นว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๑ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอสไน สนับสนุนการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยเพื่ออำนวยให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น โดยกรอบดังกล่าวจะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อระบบรัฐธรรมนูญยึดถือสมมติฐาน 3 ประการ ได้แก่ สมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าประชาชนทุกรุ่นทุกเหล่าสามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

รัฐธรรมนูญได้อย่างเท่าเทียมกันเพื่อให้ตราสารนั้นเป็น “รัฐธรรมนูญของเรา” อย่างแท้จริง สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมซึ่งถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของปวงชนผู้มีเจตจำนงเป็นหนึ่งเดียวที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ตลอดจนอยู่เหนือข้อจำกัดทางกฎหมายและดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์ ในรัฐและระบบรัฐธรรมนูญหนึ่ง ๆ จะมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เพียงอำนาจเดียวและไม่มีภาคส่วนใดของสังคมที่อาจถูกกีดกันจากการเข้าไปร่วมใช้อำนาจดังกล่าว สมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ซึ่งเชื่อมโยงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเข้ากับแนวคิด “อัตตาณัติ” และ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ด้วยสมมติฐานทั้งสามประการ เราจึงสามารถกล่าวได้ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ มีลักษณะเป็นอุดมคติแบบเสรีนิยมและมีความเป็นเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย คือ เป็นแม่แบบและเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่นำเสนอ “สิ่งที่ควรจะเป็น” และ “เกณฑ์ขั้นต่ำที่สุดในทางกฎหมาย” ซึ่งช่วยบ่งชี้หลักการทางกฎหมายที่ตัวบทของรัฐธรรมนูญต้องยึดถือเป็นอย่างน้อยที่สุด หากไม่ยึดถือแล้วตัวบทนั้นก็สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรก็ตาม เราไม่อาจวิเคราะห์ศักยภาพและประสิทธิภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ ได้เลยหากมองกรอบนี้จากมิติสิ่งที่ควรเป็นแต่ไม่ได้ทดลองนำกรอบประการนี้ไปทดลองปรับใช้กับบริบทข้อเท็จจริง (หรือ “มิตความเป็น”)

ในบทที่ 3 และบทที่ 4 คณะผู้วิจัยได้วิเคราะห์การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ ไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย ซึ่งสมมติฐานทั้งสามประการในบทที่ 2 เคยหรือยังคงต้องเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ รวมไปถึงความขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์อันทำให้การก่อรูปเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวเป็นไปได้ยากลำบาก คณะผู้วิจัยสังเคราะห์รูปแบบและข้อพิจารณาการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ ออกมาในรูปของแม่แบบทางกฎหมาย 3 ประการ ได้แก่ แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ สามารถนำไปปรับใช้ได้ทางปฏิบัติ (Decisive model) แม่แบบที่สะท้อนผลทางลบหรือข้อบกพร่องของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ ไปปรับใช้ (Defective model) และแม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ สามารถนำไปปรับใช้ในรูปวาทกรรม (Discursive model) คณะผู้วิจัยเรียกแม่แบบเหล่านี้รวม ๆ ว่า “แม่แบบ 3Ds” แม่แบบ 3Ds เชื่อเชิญให้ทบทวนการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ ไปปรับใช้ในฐานะ “เกณฑ์ขั้นต่ำที่สุดในทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย” ซึ่งช่วยบ่งชี้หลักการทางกฎหมายที่ตัวบทของรัฐธรรมนูญต้องยึดถือเป็นอย่างน้อยที่สุด

ภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ส่งผลให้เกิดการขัดขวางการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ เช่น การจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดเงื่อนไขให้ตรากฎหมายจำกัดอย่างกว้างขวาง หรือบทบัญญัติที่ส่งผลเป็นอุปสรรคต่อการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการที่เป็นประชาธิปไตย หรือแม้แต่บทบัญญัติที่กำหนดให้ม็อบหรือกรือสามารถล้มล้างผลการออกเสียงประชามติหลังจากออกเสียงประชามติ หรือบทบัญญัติที่จำกัดการริเริ่มการออกเสียงประชามติที่มากเกินไปข้อจำกัดเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฯลฯ ถือเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับหลักการขั้นต่ำที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๓ นำเสนอ และยิ่งสมควรถูก

ปรับปรุงเปลี่ยนแปลง แต่แม่แบบ 3Ds ซึ่งสังเคราะห์ออกมาจากประสบการณ์ของไต้หวัน มาเลเซีย และไทย แสดงให้เห็นว่าการยึดถือแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็น “แกน” ของเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับบังคับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขจะต้องเหมาะสมและปรับใช้ได้กับระบบรัฐธรรมนูญที่ประสบความสำเร็จในการสถาปนา “หลักความเป็นสูงสุดของเสียงอันศักดิ์สิทธิ์ของปวงชน” (เช่น ไต้หวัน) แต่หากการสถาปนาแนวหลักกล่าวจะก่อให้เกิดผลทางลบ (เช่น มาเลเซีย) หรือไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง (เช่น ไทย) สิ่งนี้ก็เชื่อเชิญให้พิจารณาถึงผลทางลบหรือข้อบกพร่อง ตลอดจนขีดจำกัดของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ ตลอดจนเชื่อเชิญให้พิจารณาถึงรูปแบบการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่แตกต่างไปจากฐานะเกณฑ์บังคับทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย

1.1 แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้ทางปฏิบัติ

เหตุการณ์นับตั้งแต่การจัดทำคำตีความลำดับที่ 499 จนถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 ในไต้หวันสะท้อนให้เห็นว่าทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการยอมรับ (โดยปริยาย) ต่อตรรกะของแนวคิดชั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงที่ว่าหากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่เป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนทุกหมู่เหล่าและทุกรุ่นไม่สามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง บทบัญญัตินั้นย่อมสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

คำตีความลำดับที่ 499 แสดงให้เห็นว่าสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ทำให้สถาบันที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสิ้นสภาพการเป็น “ผู้แทนของปวงชน” และกลายเป็น “ผู้แทนของพรรคการเมือง” รวมถึงบทบัญญัติที่มีผลกระทบมิให้คนรุ่นอนาคตได้มีโอกาสใช้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไข ส่วนการปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญที่อำนวยความสะดวกให้ปวงชนสามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุกัญมในลักษณะที่ใกล้เคียงกับอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญได้มากกว่าเดิมเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่สมควรแล้ว ฝ่ายการเมืองเองได้ยอมรับตรรกะนี้โดยปริยายด้วยการผ่านบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 6 และครั้งที่ 7 อันมีผลทำให้ปัจจุบันประชาชนไต้หวันเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจขั้นที่สุดว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหนึ่ง ๆ สมควรถูกปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ กล่าวให้ถึงที่สุด กรณีของไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่เกณฑ์ขั้นต่ำทางกฎหมายตามบทที่ 2 สามารถถูกนำไปปรับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติเพื่อชี้ขาดว่าบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม (decisive)⁴⁴⁰ การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ได้ในไต้หวันไม่เพียงแต่ช่วยป้องกันมิให้เกิดกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้น หากแต่ยังช่วยเพิ่มการยอมรับของประชาชนต่อตัวรัฐธรรมนูญ⁴⁴¹

อย่างไรก็ดี ก่อนการตราบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ เมื่อค.ศ.1991 รัฐบาล KMT ได้อาศัยรัฐธรรมนูญ ROC การดำรงอยู่ของสมาชิกแห่งชาติบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ และคำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 31 และคำ

⁴⁴⁰คณะผู้วิจัยอ้างว่า “decisive” ตาม Abeyrante and Bui, ‘Unconstitutional constitutional amendments’, 11-12.

⁴⁴¹ Lin, ‘We the Taiwanese People’, 196.

ตีความลำดับที่ 85 เพื่ออ้างไว้ซึ่งแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าว แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันจึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประสพการณ์ของไต้หวันในส่วนนี้ทำทนายสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ เป็นอย่างยิ่ง เพื่ออำนวยความสะดวกให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ระบบรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องสร้างพื้นที่ทางรัฐธรรมนูญให้กับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนขึ้นมาก่อน กล่าวให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้น ประสพการณ์ของไต้หวันสะท้อนให้เห็นถึงเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนที่จะช่วยผลักดันให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถถูกนำไปในทางปฏิบัติได้ บริบทของไต้หวันแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญ (ในคำตีความลำดับที่ 261) และการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยสร้างพื้นที่ให้ “ปวงชน” ผู้เป็นเจ้าของอำนาจประการแรกค่อย ๆ ถือกำเนิดขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญ (แยกต่างหากจากแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน) อันปูทางให้สามารถนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไปปรับใช้ได้โดยสอดคล้องกับความเป็นจริง ขณะเดียวกัน ประสพการณ์ของไต้หวันก็แสดงให้เห็นด้วยว่าความสำเร็จของการปรับใช้แนวคิดและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ไม่จำเป็นต้องอาศัย/ยึดถือสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมอย่างเคร่งครัด

อนึ่ง คณะผู้วิจัยใคร่ขอสงวนท้ายส่วนนี้ด้วยการนำเสนอความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในไต้หวันครั้งล่าสุดเมื่อค.ศ.2022 เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเชื้อเชิญให้ลองหันมาทบทวนความเหมาะสมของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 ดังที่ได้นำเสนอไปในบทที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 ได้มีผลโอนอำนาจในการให้สัตยาบันแก่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากสมัชชาแห่งชาติให้แก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งชาวไต้หวันผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ ในช่วงทศวรรษที่ 2020 ได้เกิดกระแสเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ROC ให้ลดอายุของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจาก 20 ปีให้เหลือ 18 ปี ถ้าได้ลองวิเคราะห์ตามตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ การแก้ไขดังกล่าวเป็นสิ่งที่เหมาะสม เพราะการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นย่อมช่วยขยายขอบเขตการมีส่วนร่วมของปวงชนในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (ผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) อย่างไรก็ตาม แม้สภานิติบัญญัติจะได้อนุมัติญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อลดอายุของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจาก 20 ปีลงมาเป็น 18 ปี และประชาชนเสียงข้างมากที่มามีออกเสียงประชามติเห็นชอบกับข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่บทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 7 ได้กำหนดว่าข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับเสียงเห็นชอบด้วยคะแนน “เกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมด” (“exceeds one-half of the total number of electors”) ไม่ใช่ “ของผู้ที่มาออกเสียงลงคะแนน” เมื่อข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้รับคะแนนสัตยาบันถึงกึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมด ข้อเสนอจึงตกไป

เหตุการณ์ประชามติเมื่อค.ศ.2022 ของไต้หวันเชื้อเชิญให้นักวิชาการหันมาพิจารณาว่าการเพิ่มบทบาทให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจขั้นที่สุดว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหรือไม่ตามบทบัญญัติเพิ่มเติม ฯ ครั้งที่ 7 สนับสนุนหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อหัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ นั่นคือ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญผ่านการแสดงออกซึ่งหรือที่ใกล้เคียงกับอำนาจ

ปฐมนิยามรัฐธรรมนูญกันแน่ ในทางหนึ่ง ถ้าพิจารณาภายใต้มุมมองของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ แบบตรงไปตรงมา การตราบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญที่มีผลถาวรโอนอำนาจให้สภายันจากสมาชิกแห่งชาติไปยังประชาชนโดยตรงถือเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่สมควรแล้วเพราะการดังกล่าวอำนวยให้ประชาชนสามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองโดยตรงมากยิ่งขึ้น การกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญต้องได้รับสัตยาบันจากประชาชนด้วยคะแนน “เกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมด” ย่อมทำให้การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นสะท้อนเจตจำนงของปวงชนและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง⁴⁴² แต่ในอีกมุมหนึ่ง การตราบทบัญญัติเพิ่มเติมครั้งที่ 7 เชื่อเชิญให้เราหันกลับมาพิจารณาถึงสถานะ “การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ อย่างล้นเกิน” กล่าวคือ เราอาจมองว่าเงื่อนไขการลงคะแนนให้สัตยาบันที่บทบัญญัติเพิ่มเติม ๗ ครั้งที่ 7 กำหนดมีผลทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ROC ไม่อาจถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้โดยสภาพ (ทั้งที่บทบัญญัติบางส่วนสมควรถูกแก้ไขตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗) อันขัดกับสมมติฐานว่าด้วยความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗⁴⁴³ การตัดสินใจว่ามุมมองใดเป็นมุมมองที่ถูกต้องควรจะเป็นการตัดสินใจทางการเมือง แต่ประเด็นหนึ่งที่ควรขบคิดก็คือการกำหนดให้ปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะอะไรเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข อาจทำให้บรรดากลุ่มที่ต้องการผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงมองว่าการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญผ่านกลไกทางการเมืองเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากและศาลอาจกลายเป็นองค์กรที่อาจเข้ามามีบทบาทมากขึ้นกว่าเดิมในการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗⁴⁴⁴

1.2 แม่แบบที่สะท้อนผลทางลบของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗

ในบทที่ 3 คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าบรรดาชาติพันธุ์หลักในมาเลเซีย (มาเลย์ จีน และอินเดีย) ต่างพยายามที่จะรักษาอัตลักษณ์ของตนเองที่แตกต่างจากชาติพันธุ์อื่น และแทบไม่มีทางเป็นไปได้เลยที่ชาติพันธุ์ซึ่งเป็นชนพื้นถิ่นและประชากรส่วนใหญ่อย่างชาวมาเลย์จะยอมให้มีการผ่อนผันหรือยกเลิกนโยบายชาติพันธุ์อัตตาธิปไตยบนพื้นฐานของแนวคิด 3Rs ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ที่เกิดขึ้นไม่เพียงแต่ทำทลายการสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมอันเป็นสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๗ ขึ้นในมาเลเซีย⁴⁴⁵ หากแต่ยังชี้ให้เห็นว่าการนำแนวคิดและหลักการของกรอบดังกล่าวมาปรับใช้อาจส่งผลทางลบ-เกิดข้อบกพร่อง (defect) มากกว่าเป็นคุณ

เหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1971 (รวมถึงการดำเนินการที่มีผลลดทอนการยกระดับการคุ้มครองอำนาจนำของชาวมาเลย์มุสลิมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนั้น) สะท้อนให้เห็นว่าภายใต้นโยบาย

⁴⁴² See Yeh, ‘Beyond unconstitutionality’, 167.

⁴⁴³ Lin, ‘Law and Politics’, 140.

⁴⁴⁴ Ibid 140-141.

⁴⁴⁵ รวิทร์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิพ รอชไน*, 64.

ชาติพันธุ์อัตตาศิปตย์ การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้เพื่อปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นมีแต่จะถูกต่อต้านจากชาวมาเลเซียจนอาจนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลยกระดับการคุ้มครองแนวคิด 3Rs อันทำให้แนวคิดขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงกลายเป็นข้อยกเว้นมากกว่าเดิม ยิ่งไปกว่านั้น บรรทัดของศาลในคดี Allah-Herald แสดงให้เห็นว่าศาลมาเลเซียมีแนวโน้มที่จะมองแนวคิด 3Rs เป็น “อภิรัฐธรรมนูญ” ซึ่งดำรงอยู่เหนือแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและหลักประชาธิปไตย และอาจวินิจฉัยในอนาคตว่าการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากกล่าวให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้น ในขณะที่กรณีของไต้หวันสะท้อนความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ และทฤษฎี UCA ประสบการณ์ของมาเลเซียสะท้อนความขัดแย้งกันระหว่างแนวคิดทั้งสอง

อย่างไรก็ดี อุปสรรคในการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการปรับใช้แนวคิดตามแบบกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ในมาเลเซียหาได้ปิดช่องทางสำหรับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1957 ไปในทิศทางที่มีผลยกระดับการคุ้มครองสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่น ตรงกันข้าม ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ (อันทำให้ไม่อาจสถาปนาวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวขึ้นมาได้) จะเป็นแรงขับเคลื่อนให้การดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยซ้ำไป ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ.2019 ประสบการณ์ของสังคมที่มีความแตกแยกอย่างร้ายลึกอย่างมาเลเซียสะท้อนให้เห็นว่าการบรรลุเป้าหมายของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ นั่นก็คือการอำนวยให้ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นสามารถเข้ามามีส่วนร่วมมากที่สุดในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตนอาจจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับการสร้างวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวขึ้นมาหรือการทำให้อุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่า นำ แต่อาจจะขึ้นอยู่กับการรับรองพื้นที่ของความขัดแย้งเอาไว้ในระบบรัฐธรรมนูญ

1.3 แม่แบบที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ สามารถนำไปปรับใช้ผ่านการสร้างวาทกรรม

ในบทที่ 4 คณะผู้วิจัยได้วิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในระบบรัฐธรรมนูญไทยและมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้ เบื้องต้น สืบเนื่องจากความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษ์นิยมไทยที่สามารถรื้อฟื้นและรักษาอำนาจทางการเมืองมาได้ตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 2500 การคาดหวังว่าจะนำตรรกะและวิธีคิดของกรอบเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในบริบทของไทยอย่างเต็มรูปแบบดังเช่นในไต้หวันจะเป็นสิ่งไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ ในทางตรงกันข้าม ประสบการณ์ของไทยแสดงให้เห็นว่าข้อเสนอให้มีการยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจและพระราชสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์เพื่อขยายขอบเขตของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของวงชนดังเช่นข้อเสนอของกลุ่มผู้ชุมนุม ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดข้อถกเถียงในสังคม หากแต่นำไปสู่สถานะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ถูกปฏิเสธมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมโดยภาครัฐ (ในกรณีของไทยคือโดยศาลรัฐธรรมนูญ) ดังเช่นในประเทศมาเลเซีย

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ.2540 ได้อำนวยให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของวงชนมีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย และฝ่ายอนุรักษ์นิยมเองก็ไม่อาจทัดทานความเปลี่ยนแปลงนี้ได้ หากแต่ต้องยอมรับการดำรงอยู่ของแนวคิดดังกล่าว

มากยิ่งขึ้น การนี้พิสูจน์ได้จากการที่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญถาวรนับตั้งแต่พ.ศ.2549 เป็นต้นมาต้องอ้างความชอบธรรมจากปวงชนในฐานะผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หากพิจารณาคำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งรัฐธรรมนูญ ๒ 2550 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นผลพวงของการทำรัฐประหาร คำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับต่างกล่าวถึงกระบวนการทำประชามติเพื่ออ้างว่าตนได้รับอำนาจอธิปไตย (mandate) จากประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับอ้างความชอบธรรมจากกระบวนการประชามติทำให้ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพิ่มหมวดว่าด้วยการยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นโดยอ้างอิงความชอบธรรมจากปวงชน (แม้จะเป็นไปเพื่อปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวก็ตาม) กล่าวให้ถึงที่สุด แม้ฝ่ายอนุรักษ์นิยมจะยังคงสามารถรักษาอำนาจนำทางการเมืองของตนเอาไว้ได้ภายหลังการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ.2540 แต่ชนชั้นนำและกองทัพไทยในปัจจุบันไม่เพียงไม่อาจปฏิเสธการดำรงอยู่ของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเสรีนิยมในฐานะเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหนึ่ง ๆ สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ได้อย่างเบ็ดเสร็จ หากแต่ยังต้องอาศัยกลไกของแนวคิดดังกล่าวทั้งเพื่อปฏิเสธการปรับใช้แนวคิดและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ และเพื่อเป็น “เกราะคุ้มกัน” แก่แนวคิดรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขตามแบบราชาชาตินิยม⁴⁴⁶ และถ้าพิจารณาในแง่บวก เช่นเดียวกับกรณีของไต้หวัน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ช่วยสร้างพื้นที่ทางรัฐธรรมนูญให้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไทย ตลอดจนอำนวยความสะดวกให้แนวคิดประการนี้ถูกสถาปนาขึ้นอย่างเป็นทางการในระบบรัฐธรรมนูญไทย สิ่งนี้เป็นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนอันจะอำนวยความสะดวกที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ ไปปรับใช้

ในขั้นที่สุด การปะทะกันระหว่างอุดมการณ์อนุรักษ์นิยมและอุดมการณ์เสรีนิยมที่รุนแรงมากขึ้นนับตั้งแต่พ.ศ.2540 เป็นต้นมาได้ส่งผลให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 กลายเป็น “มาตรชีวิต” ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับหลังจากนั้นสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่⁴⁴⁷ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการปรากฏอยู่ของกลไกยับยั้ง (veto) การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน (ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีความเป็นสถาบันมากขึ้นด้วยผลของรัฐธรรมนูญ ๒ 2540) ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ๒ 2560 (โดยเฉพาะกลไกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง) ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสาธารณะเป็นวงกว้าง จนนำไปสู่การเรียกร้องจากภาคประชาชนให้มีการเปลี่ยนแปลงและยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้น (โปรดดู บทที่ 4) ในเชิงทฤษฎีการที่รัฐธรรมนูญ ๒ 2540 กลายสภาพเป็นมาตรชีวิตนี้เชื่อเชิญให้เราพิจารณาถึงการดำรงอยู่และบทบาทของกรอบความคิดเชิงกฎหมาย ๒ เหนือไปจากฐานะ “แม่แบบและเกณฑ์บังคับทางกฎหมายที่เป็นภาววิสัยซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างเป็นสากล” โดยประสบการณ์ของไทยสะท้อนสถานะที่ตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๒ จะปรับใช้ได้ก็ต่อเมื่อสิ่งดังกล่าวถูก “ขับเคลื่อนจากภาคประชาสังคม” ให้กลายเป็น “วาทกรรมสาธารณะ” คณะผู้วิจัยพัฒนาข้อเสนอส่วนนี้มาจากทฤษฎี “วาทกรรมรัฐธรรมนูญ

⁴⁴⁶ Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions’, 328-334.

⁴⁴⁷ Ginsburg, ‘Thailand’s Democratic Moment’, 186-189.

นิยม” (Discursive Constitutionalism) ของศาสตราจารย์บุย จอก ซอน (Bui Ngoc Son) ซึ่งมุ่งนำเสนอ บทบาทของวาทกรรมในการพัฒนาแนวคิดประชาธิปไตยและพลเมืองตื่นรู้ โดยบุยได้ชี้ให้เห็นว่าการผลักดันให้เกิดกระบวนการประชาธิปไตย (democratisation) จำเป็นต้องอาศัย⁴⁴⁸

- “ความคิด” (Ideas) ซึ่งหมายถึงการอภิปรายถึงหลักการประชาธิปไตยทั้งแนวคิดอำนาจอธิปไตย และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชน แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ⁴⁴⁹

- “ผู้แสดง” (Actors) ไม่ว่าจะเป็นองค์กรทางการเมืองอย่างศาลรัฐธรรมนูญ หรือกลุ่มพลเมืองตื่นรู้ผู้ตระหนักถึงบทบาทของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมออกแบบระบบรัฐธรรมนูญ⁴⁵⁰

- “การทำวาทกรรม” (Actions) ซึ่งหมายถึงการสื่อสารแนวคิดและหลักการประชาธิปไตยไม่ว่าทางใดก็ตาม⁴⁵¹ และ

- “พื้นที่” (Space) ซึ่งหมายถึงบรรยากาศและภาวะที่ทำให้การอภิปรายความคิดของหลักการรัฐธรรมนูญนิยมดังกล่าวเกิดขึ้น⁴⁵² บรรยากาศที่เอื้อให้เกิดการอภิปรายนี้ อาจไม่ใช่บรรยากาศที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่ แต่ในภาวะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ก็จะเป็นแรงขับให้เกิดวาทกรรมดังกล่าวเพื่อต่อต้านการใช้อำนาจนั้น⁴⁵³ แม้กระบวนการสร้างวาทกรรมประชาธิปไตยนั้นอาจจะยังไม่ทำให้กระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยเกิดขึ้นได้สำเร็จ แต่อย่างน้อยที่สุด การดังกล่าวก็เพิ่มให้ต้นทุนให้รัฐและสังคมไม่อาจปฏิเสธหลักการและแนวคิดแบบเสรีนิยมได้อย่างเบ็ดเสร็จอีกต่อไป⁴⁵⁴

โดยสรุป แม้ว่าฝ่ายอนุรักษ์นิยมจะยังคงมีอำนาจนำในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย แต่การก่อตัวขึ้นของวาทกรรมของฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยก็ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอสโน ไม่สามารถถูกปฏิเสธได้อย่างสมบูรณ์เหมือนอย่างกรณีของประเทศมาเลเซีย ตรงกันข้าม ยิ่งเกิดการก่อตัวของวาทกรรมรัฐธรรมนูญนิยมที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนคือความชอบธรรม ประกอบกับกระแสพลเมืองตื่นตัวก็ยิ่งทำให้พื้นที่การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ขยายมากขึ้น เรื่อย ๆ หรือกล่าวให้ถึงที่สุด ธรรมชาติในการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ๆ ของประเทศไทยถูกพัฒนาขึ้นโดยวาทกรรมสาธารณะ

⁴⁴⁸ Bui, ‘Discursive Constitutionalism’, 349-351.

⁴⁴⁹ Ibid 349.

⁴⁵⁰ Ibid 350.

⁴⁵¹ Ibid 350-351.

⁴⁵² Ibid 351.

⁴⁵³ Ibid 347.

⁴⁵⁴ Ibid 388.

2. ข้อเสนอแนะในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ประเทศไทย

ในส่วนนี้ของบท คณะผู้วิจัยจะขอสรุปคำตอบของคำถามย่อยของงานวิจัยฉบับนี้ที่ว่า “ภายใต้คำถามประสิทธิภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสโน กรอบดังกล่าวจะสามารถนำมาปรับใช้กับบริบทของไทย โดยเฉพาะกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ได้มาก-น้อยแค่ไหนเพียงใด” ก่อนจะตอบคำถามดังกล่าวคณะผู้วิจัยขอเน้นย้ำอีกครั้งว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ได้สะท้อนให้เห็นถึงการให้คุณค่ากับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน จากบทที่ 4 และส่วนที่ 1 ของบทนี้ เราได้เห็นไปแล้วว่าแม้ภายใต้บริบทของประเทศไทย ณ ปัจจุบัน กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ยังไม่อาจถูกนำมาปรับใช้ได้อย่างเต็มที่ดังเช่นกรณีไต้หวัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้กรอบความคิดดังกล่าวเพื่อลดทอนพระราชอำนาจและพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์และสถาบันพระมหากษัตริย์ แต่การก่อตัวขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและวาทกรรมประชาธิปไตยได้ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาจากทฤษฎี UCA ของรอสโน ไม่สามารถถูกปฏิเสธได้อย่างเบ็ดเสร็จได้อีกต่อไปดังเช่นกรณีของมาเลเซีย กล่าวอีกนัยหนึ่ง บริบทของไทยแสดงให้เห็นว่ายิ่งวาทกรรมอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนและกระแสพลเมืองตื่นตัวพัฒนามากขึ้นเท่าใด พื้นที่การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ในระบบรัฐธรรมนูญก็ยิ่งขยายมากขึ้นตามไปด้วย เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กลายเป็นแนวคิดที่ไม่อาจถูกปฏิเสธได้อีกต่อไปในระบบรัฐธรรมนูญไทย คณะผู้วิจัยจึงขอเสนอความเป็นไปได้ที่จะปรับใช้แนวคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ บนพื้นฐานของข้อจำกัดตามความเป็นจริงเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต่อไปนี้

2.1 บทบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติในรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติประการแรกของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่คณะผู้วิจัยเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ กระบวนการจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามมาตรา 166 ในบทที่ 4 เราได้เห็นไปแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่าการออกเสียงประชามติเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าต้องการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องดำเนินการก่อนจะจัดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการยกร่างรัฐธรรมนูญ

กระนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเน้นย้ำความสำคัญของการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการประชามติ แต่มาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญกลับไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถขับเคลื่อนในฐานะเจ้าของอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้าหากในอนาคต ประชาชนเห็นควรให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐธรรมนูญไทยก็มิได้กำหนดกลไกใดเอาไว้เลยที่จะอำนวยความสะดวกให้ประชาชนสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อผลักดันการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ดังเช่น

รัฐธรรมนูญของเวเนซุเอลา⁴⁵⁵ ด้วบทมาตรา 166 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนดให้การออกเสียงประชามติจะริเริ่มได้ก็แต่โดยคณะรัฐมนตรี (และแม้ว่าในปัจจุบัน ประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 ซึ่งกำหนดรายละเอียดในมาตรา 9 ให้ประชาชนสามารถเข้าชื่อกันเพื่อร้องขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ก็ตาม แต่สุดท้าย อำนาจตัดสินใจให้มีการจัดการออกเสียงประชามติหรือไม่ก็ยังคงอยู่ที่คณะรัฐมนตรี) นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังใคร่ขอให้บทวนข้อห้ามที่มาตราดังกล่าวกำหนด โดยเฉพาะในส่วนที่ห้ามการจัดให้มีการออกเสียงประชามติในประเด็นที่ “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถ้อยคำว่า “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ที่ได้กล่าวมาเปิดช่องให้มีผู้ตีความว่าการขอให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะกระบวนการทำประชามติดังกล่าวมุ่งหมายให้เกิดการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่กำลังบังคับใช้อยู่ กล่าวให้ถึงที่สุด ด้วบทมาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญ ฯ 2560 ไม่เพียงแต่ยังไม่รองรับการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยประชาชน (ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องดำเนินการหากเกิดกระแสเรียกร้องรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในสังคม) แต่ข้อจำกัดที่ปรากฏในตัวบทดังกล่าวอาจเป็นอุปสรรคต่อการริเริ่มเช่นว่าด้วยซ้ำไป

คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำในด้วบทมาตรา 166 บนพื้นฐานของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงที่ถือว่าการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญควรจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดให้น้อยที่สุด โดยกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเข้าชื่อกันเพื่อริเริ่มจัดให้มีการออกเสียงประชามติจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้เองโดยไม่ต้องให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เพียงแต่ต้องมีการแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ⁴⁵⁶ ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าควรเชื่อมโยงการริเริ่มออกเสียงประชามติโดยประชาชนกับรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนแทนการให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจอนุมัติ⁴⁵⁷ แต่ในส่วนของการแก้ไขข้อจำกัดของมาตราดังกล่าว คณะผู้วิจัยเห็นว่าจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ มาปรับใช้ในประเทศไทยด้วยโดยเฉพาะข้อจำกัดตามแนวบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 19/2564 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยเอาไว้ว่าการชุมนุมเรียกร้องให้ปฏิรูปสถาบันพระมหากษัตริย์ถือเป็นการละเมิดสิทธิประชาชนที่ยังเคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ คำวินิจฉัยที่ได้กล่าวมาสะท้อนให้เห็นว่าสังคมไทยประกอบด้วยมวลชนที่มีความเห็นต่างในประเด็นเกี่ยวกับพระราชอำนาจและสถาบันพระมหากษัตริย์ เมื่อการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องมาจากเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวกัน เคารพและยอมรับความแตกต่างซึ่งกันและกันในระบอบประชาธิปไตย และที่สำคัญ เพื่อให้การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (ถ้าจะมี) สามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดในการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คณะผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดให้การออกเสียงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชนยังคงต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบ

⁴⁵⁵ มาตรา 347-350 ของรัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา

⁴⁵⁶ โปรตเทียบ มาตรา 9(4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2564

⁴⁵⁷ Maartje De Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2015) 184.

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ขณะเดียวกัน ก็ควรกำหนดข้อจำกัดด้วยการขอให้มีการออกเสียงประชามตินั้น จะต้องไม่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการรับรองสิทธิถือเป็นหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อีกทั้งการรับรองคุ้มครองสิทธิของปวงชนนี้เองก็ถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนเป็นไปได้ (โปรดดูบทที่ 2)

2.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติประการที่สองที่คณะผู้วิจัยเห็นว่าสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยอาศัยตรรกะวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ได้แก่ มาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดระดับชั้น (tiers) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ กล่าวคือนอกจากบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขอย่างเด็ดขาด รัฐธรรมนูญได้แยกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปกติออกจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางหมวด บางมาตรา หรือบางประเด็น ที่เป็นสาระสำคัญและจะต้องนำมาผ่านการออกเสียงประชามติ อย่างไรก็ตาม แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะถูกเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือแม้ร่าง ฯ จะได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้มาออกเสียงประชามติมาแล้วก็ตาม แต่มาตรา 256(8) และ (9) ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่สามารถตีความได้ว่าก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบขึ้นทูลเกล้า ทูลกระหม่อมถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างนั้นอาจถูกส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ามีเนื้อหาขัดต่อบทนิรันดรได้ คณะผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่าหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว และศาลรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยภายหลังตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็จะทำให้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์การที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นและต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ คัดค้านเสียงของปวงชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งคณะผู้วิจัยเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักเสรีนิยมประชาธิปไตย และแนวบรรทัดฐานที่ศาลเคยวางเอาไว้เอง (คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564) กล่าวโดยย่อ บทบัญญัติมาตรา 256 (9) มีผลทำให้ประชาชนต้องตกอยู่ภายใต้ความอนุบาลของสถาบันอื่นนั่นก็คือศาลรัฐธรรมนูญ และเข้าข่ายสมควรถูกแก้ไขตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ

ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงขอเสนอให้แก้ไขลำดับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 โดยกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนเลยว่าให้ศาลสามารถเข้ามาตรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะก่อนที่จะมีการนำร่างดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการออกเสียงประชามติ (หากเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด) และระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายู่ที่นั่น ก็จะต้องยับยั้งการจัดให้มีการออกเสียงประชามติไปก่อนจนกว่าศาลจะพิจารณาเสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันกรณีที่คำวินิจฉัยศาลอาจจะขัดกับเสียงของผู้แทนปวงชน

2.3 บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิการเมืองพื้นฐาน

ดังที่ได้นำเสนอไปในบทที่ 2 การคุ้มครองสิทธิทางการเมืองพื้นฐานเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับ

ปัจจุบันได้อนุญาตให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพทางการเมืองบางประการอย่างเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธซึ่งมีข้อจำกัดว่า

“...การจัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง (การชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ) จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”⁴⁵⁸

คณะผู้วิจัยเห็นว่า การอนุญาตให้จำกัดเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธโดยอาศัยเหตุกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อ “การรักษาความมั่นคงของรัฐ” และ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งเป็นเหตุที่มีได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ๒ 2540⁴⁵⁹ และรัฐธรรมนูญ ๒ 2550 ถ้อยคำเหล่านี้มีลักษณะที่กว้างและกำกวมเปิดช่องให้ศาลอ้างเหตุเหล่านี้เพื่อจำกัดการขับเคลื่อนมวลชนโดยเฉพาะก่อนการทำประชามติตาม (ก) และ (ข) ข้างต้นหรือในการรณรงค์เพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴⁶⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 ก็แสดงให้เห็นแล้วว่าศาลได้นำข้อยกเว้นดังกล่าวมาปรับใช้อย่างกว้าง ทั้งนี้รัฐธรรมนูญ ๒ 2540 และรัฐธรรมนูญ ๒ 2550 ได้บัญญัติให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวต้องทำโดยบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะในกรณีชุมนุมสาธารณะ หรือจำกัดเพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะซึ่งถือเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเพื่อสาธารณประโยชน์ของประชาชน หรือจำกัดในกรณีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเฉพาะระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือเป็นช่วงเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือการใช้กฎอัยการศึก⁴⁶¹ เท่านั้น

ดังนั้น คณะผู้วิจัยเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวโดยใช้ถ้อยคำตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 และรัฐธรรมนูญ ๒ 2550 โดยแก้ไขเพิ่มเติมวรรคสองของมาตรา 44 ให้เป็น

“การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะอาดของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

นอกจากนี้ เมื่อในปัจจุบัน แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนได้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย รัฐไทยจึงยิ่งควรพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะยกระดับการคุ้มครอง “สิทธิทางการเมืองพื้นฐาน” ของประชาชนอันจำเป็นต่อการรักษาความเป็นไปได้ที่อำนาจดังกล่าวสามารถแสดงออกในอนาคต เช่น สิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้แทน สิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพใน

⁴⁵⁸ มาตรา 44 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2560 (การเน้นและความในวงเล็บ ทำโดยคณะผู้วิจัย)

⁴⁵⁹ มาตรา 44 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2540

⁴⁶⁰ Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution’, 297-298.

⁴⁶¹ มาตรา 44 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2540 และมาตรา 63 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2560

การรวมกลุ่ม รวมไปถึงสิทธิในเสรีภาพ ด้วยการกำหนดห้ามให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่มี ผลลดระดับการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้⁴⁶²

3. ข้อความส่งท้าย

จากการทดลองนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอสไฮน์ ไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ทั้งสามบริบท คณะผู้วิจัยพบว่าจริงอยู่ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อ เปิดช่องให้ปวงชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยสามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบ รัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุดถือเป็นหัวใจของกระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็น ประชาธิปไตย (แบบเสรีนิยม) แต่อีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญไม่แพ้กันที่จะทำให้กรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีกฎหมาย ฯ ในแบบรอสไฮน์สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ คือศาล (โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ) นอกจากนี้ บทเรียน จากไต้หวันและไทยยังได้ชี้ให้เห็นว่าปัจจัยด้านเวลาก็ถือเป็นส่วนที่สำคัญไม่แพ้กัน ถ้าหากพิจารณากรณีศึกษาไทย ก็เห็นได้ชัดเจนว่าการพัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยแบบรัฐสมัยใหม่ที่ฝ่ายอนุรักษ์นิยมปฏิเสธยกขึ้น เรื่อย ๆ ตลอดจนภาวะพลเมืองตื่นรู้ที่เห็นเป็นที่ประจักษ์ แม้จะไม่สามารถทำให้การเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นได้ ทันที แต่การค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงที่ปรากฏนี้ก็ส่งผลไปในทิศทางบวกต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มากขึ้นนั่นเอง

⁴⁶² Suteu, *Eternity Clause*, 63.

บรรณานุกรม

กฎหมายต่างประเทศ

Resolution of the United Nations General Assembly 2758.

บทบัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน:

<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>.

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน:

<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000001>

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย:

https://www.jac.gov.my/spk/images/stories/10_akta/perlembagaan_persekutuan/federal_constitution.pdf

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐรัสเซีย: <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-russia.html>.

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์: <https://sso.agc.gov.sg/Act/CONS1963>.

คำพิพากษา/คำวินิจฉัยของศาลไทย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3578/2560

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564

คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

Décision 62-20 DC - 06 novembre 1962.

Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v State of Kerala [1973] INSC 258.

J u d i c i a l Y u a n I n t e r p r e t a t i o n n o . 3 1 :

<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310212>.

J u d i c i a l Y u a n I n t e r p r e t a t i o n n o . 8 5 :

<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310266>.

J u d i c i a l Y u a n I n t e r p r e t a t i o n n o . 2 6 1 :

<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310442>

J u d i c i a l Y u a n I n t e r p r e t a t i o n n o . 4 9 9 :

<https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310680> (translated by Ming-

Sung Kuo and Hui-Wen Chen).

Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803).

Menteri Dalam Negeri & Others v Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur [2013] 6 MLJ 468.

Phang Chin Hock v Public Prosecutor [1980] 1 MLJ 70.

Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur v Menteri Dalam Negeri [2010] 2 MLJ 78.

Titular Roman Catholic Archbishop of Kuala Lumpur v Menteri Dalam Negeri & Ors [2014] 4 MLJ 765.

หนังสือภาษาไทย

จุฬณี ตันติกุลานันท์, *การเมืองเรื่องชาติพันธุ์ในมาเลเซีย: ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับจีนและข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

ชัยอนันต์ สมุทวณิช, *ไตรลักษณ์รัฐกับการเมืองไทย* (สถาบันนโยบายศึกษา 2540).

ธงชัย วินิจจะกุล, *โฉมหน้าราชาชาตินิยม* (ฟ้าเดียวกัน 2559).

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475* (ฟ้าเดียวกัน 2553).

_____, *พระผู้ทรงปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย : 60 ปี สิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย* (มติชน 2549).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550).

_____, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538).

_____, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ* (สถาบันพระปกเกล้า 2544).

ปิยบุตร แสงกนกกุล, *รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน* (ฟ้าเดียวกัน 2559).

ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร: ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร* (ฟ้าเดียวกัน 2560).

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, *พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน* (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร 2470).

ภุรี พวงศ์เจริญ, *การเมืองการปกครองไทย : พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ (พ.ศ. 2475-2540)* (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563)

รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2567).

วสุชน รักษ์ประชาไท, *ชาวสุตซัว: ระบอบคนดีกับการเมืองยุคประชาธิปไตยกลับหลังหัน* (สำนักพิมพ์มติชน 2566).

วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3, นิติบรรณาการ 2530).

สังคีต พิริยะรังสรรค์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *คอร์ปชั่นกับประชาธิปไตยไทย* (คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2537).

สายชล สัตยานุรักษ์, *คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรมความเป็นไทย เล่ม 2 ยุคจอมพลสฤษดิ์ถึงทศวรรษที่ 2530* (สำนักพิมพ์มติชน 2550).

สุพจน์ ต้านตระกูล, *ประวัติรัฐธรรมนูญ* (สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม 2550).

สุวรรณ สถาอาพันธ์ และสุรเดช โชติอุดมพันธ์, *หนึ่งทศวรรษเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์ไทย: แว่นตา อารมณ์ สังคมความจริง* (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2559).

บทในหนังสือภาษาไทย

นิยม รัฐอมฤต, ‘สภาพปัจจุบัน ปัญหา และแนวโน้ม บริบทการเปลี่ยนแปลงสังคมโลกและสังคมไทยภายใต้กระแสโลกาภิวัตน์’ ใน ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ (บรรณาธิการ), *การเมืองการปกครองไทย 2550* (สถาบันพระปกเกล้า 2551).

งานวิจัยภาษาไทย

ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (ภายใต้โครงการปฏิรูปสถาบันการเมือง)’ (สถาบันพระปกเกล้า 2556).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย’ (สถาบันพระปกเกล้า 2555).

รวินท์ สีสระพัฒน และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ’ (สถาบันพระปกเกล้า 2564).

รวินท์ สีสระพัฒน และลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี, ‘กรอบความสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชนระหว่างการเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ: บทเรียนจากยุโรปสู่ประเทศไทย’ (ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564).

รังสรรค์ ณะพรพันธ์, ‘เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540’ (รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2545).

บทความภาษาไทย

ณัฐดนัย นาจันทร์, ‘รัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ: วิเคราะห์กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (สยาม) พุทธศักราช 2475’ (2566) 5 วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ 59.

ดลวัฒน์ บัวประดิษฐ์, ‘จริยศาสตร์สำนักขงจื้อ: ระหว่างอัตตานิยม กับ ความเป็นตัวเองที่เที่ยงแท้’ (2557) 14 วารสารศิลปศาสตร์ 85.

วรินทร์ สิริพงษ์ณภัทร, ‘การเสริมสร้างคุณลักษณะพลเมืองต้นรู้ของผู้เรียนโดยการตั้งคำถามแบบโสเครติส’ (2566) 51 วารสารครุศาสตร์ 1.

วิทยานิพนธ์ภาษาไทย

วิเชียร เฟ่งพิศ, ‘แนวความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของปรีดี พนมยงค์’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

รายงานการประชุม

รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 17 วันที่ 22 เมษายน 2540.

รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 18 วันที่ 23 เมษายน 2540

รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 22 วันที่ 27 เมษายน 2540.

แหล่งอ้างอิงภาษาไทยอื่น

กล้า สมทวนิช, ‘การแก้ไข การร่างใหม่ทั้งฉบับ : ทฤษฎีและประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย’ (สถาบันปรีดี พนมยงค์, 2 ธันวาคม 2565) <<https://pridi.or.th/th/content/2022/12/1342>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

_____, ‘“มาจาก” หรือ “เป็นของ”: ร่องรอยแห่งการรับรองอำนาจสูงสุดในรัฐธรรมนูญไทย’ (สถาบัน ปรีดี พนมยงค์, 1 พฤศจิกายน 2565) <<https://pridi.or.th/th/content/2022/11/1310>> เข้าถึง เมื่อ 5 กันยายน 2567.

“ก้าวไกล” ยื่นร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญชุด “ลบล้างผลพวงรัฐประหาร” รวม 3 ฉบับ’ (ไทยรัฐ, 22 กรกฎาคม 2567) <<https://www.thairath.co.th/news/politic/2803129>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

‘แก้รัฐธรรมนูญ: เทียบ 20 ฉบับ รัฐธรรมนูญ 2560 ชนะเลิศที่สุดแห่งการแก้ไขยาก’ (iLaw, 7 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://www.ilaw.or.th/articles/3973>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567.

เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, ‘โมฆะแห่งรัฐธรรมนูญจากประชาชน’ (The 101.World, 25 มีนาคม 2563) <<https://www.the101.world/constitutional-moment/>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2567.

‘นายกฯ ชี้ 250 ส.ว. ผ่านประชามติ 16 ล้านเสียง ถือเป็น “ประชาธิปไตย” – มติ ครม. เพิ่มวงเงินบริหารหนี้ 23,000 ล้าน’ (Thai Publica, 26 กุมภาพันธ์ 2562) <<https://thaipublica.org/2019/02/ncpo-cabinet-2562-9/>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567.

‘ย้อนรอยกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการวิวัฒน์ และข้อเสนอต่อการปฏิรูป’ (iLaw, 7 สิงหาคม 2567) <<https://www.ilaw.or.th/articles/40859>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

‘ร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน “ไม่ผ่าน” ความเห็นชอบจากรัฐสภา’ (iLaw, 18 พฤศจิกายน 2563) <<https://www.ilaw.or.th/articles/22760>> เข้าถึงเมื่อ 5 กันยายน 2567.

‘วิเคราะห์ผลเลือกตั้งได้วัน พรรค DPP ยังครองรัฐบาล แต่ทำไมพรรคลำดับ 3 มาแรงขึ้น’ (Prachatai, 17 มกราคม 2567) <<https://prachatai.com/journal/2024/01/107667>> เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2567.

วิเชียร เฟ่งพิศ, ‘การช่วงชิงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในรัฐธรรมนูญ’ (สถาบันปรีดี พนมยงค์, 26 มีนาคม 2564) <<https://pridi.or.th/th/content/2021/03/649>> เข้าถึงเมื่อ 3 กันยายน 2567.

สรุปสาระสำคัญจากเสวนาวิชาการ เรื่อง “อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ : ฝ่าทางตันการเมืองไทย” (8 มีนาคม 2563): <https://www.law.tu.ac.th/seminar-summary-parliament-power-to-amend-the-constitution/>.

“อันวาร์ อิบราฮิม” ผู้นำฝ่ายค้านมาเลเซียกับการเลือกตั้งครั้งหน้า’ (*Thaipublica*, 25 กันยายน 2565) < <https://thaipublica.org/2022/09/anwar-ibrahim-and-upcoming-general-election/>> เข้าถึงเมื่อ 24 มิถุนายน 2567.

หนังสือภาษาอังกฤษ

Albert R, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford University Press 2019).

Baker C and Phongpaichit P, *A History of Thailand* (Cambridge University Press 2014).

Barak A, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (Daniel Kayros (tr), Cambridge University Press 2015).

Barmé S, *Luang Wichit Wathakan and the Creation of a Thai Identity* (ISEAS 1993).

Beetham D, *The Legitimation of Power* (Palgrave Macmillan 1991).

Berstein S, *The Republic of de Gaulle 1958-1969* (Peter Morris (tr), Cambridge University Press 1993).

Bui NS and Malagodi M (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendment* (Hart 2024).

Caldwell JAM, *DUSTUR: A Survey of the constitutions of the Arab and Muslim States* (Brill 1966).

Chang H and Holt R, *Language, Politics and Identity in Taiwan Naming China* (Routledge 2015).

Chang WC and others, *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials* (Hart Publishing 2014).

Chen L, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective* (3rd end, Oxford University Press 2015).

Chen DP, *US-China Rivalry and Taiwan's Mainland Policy: Security, Nationalism, and the 1992 Consensus* (Palgrave Macmillan 2017).

Chiou CL, *Democratizing Oriental Despotism: China from 4 May 1919 to 4 June 1989 and Taiwan from 28 February 1947 to 28 June 1990* (St Martin's Press 1995).

Coicaud J, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility* (Cambridge University Press 2002).

Colón-Ríos J, *Constituent Power and the Law* (Oxford University Press 2020).

Connors MK, *Democracy and national identity in Thailand* (NIAS 2007).

Croce M and Salvatore A, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013).

Depaigne V, *Legitimacy Gap: Secularism, Religion, and Culture in Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2017).

De PK, *Comparative Politics* (Pearson 2011).

De Visser M, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2015).

Donnelly J, *Universal human rights in theory and practice* (2nd edn, Cornell University Press 2003).

Dyzenhaus D, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* (Oxford University Press 1997).

Elkins Z, Ginsburg T, and Melton J, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009).

Ely JH, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980).

Fernando JM, *The Alliance Road to Independence* (University of Malaya Press 2009).

Ferrara F, *The Political Development of Modern Thailand* (Cambridge University Press 2015).

Fuller LL, *The Morality of Law* (2nd edn, Yale University Press 1964).

Ginsburg T, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003).

Harding A, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (2nd edn, Hart 2022).

Harding A and Leyland P, *The Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis* (Hart 2011).

Hasbollah BMS, *A Brief History of Malaysia: Texts and Materials* (Pena Hijrah Resources 2018).

Hwang I, *Personalized Politics: The Malaysian State Under Mahathir* (ISEAS 2003).

Hefner RW, *Civil Islam: Muslims and Democratization in Indonesia* (Princeton University Press 2000).

Hirschl R, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2014).

_____, *Constitutional Theocracy* (Harvard University Press 2010).

Jacobsohn GJ, *Constitutional Identity* (Harvard University Press 2020).

Jacobsohn GJ and Roznai Y, *Constitutional Revolution* (Yale University Press 2020).

Johansen SØ, *The Human Rights Accountability Mechanisms of International Organizations* (Cambridge University Press 2020).

Kelsen H, *Pure Theory of Law* (Max Knight (tr), Lawbook Exchange 2005).

Kershaw R, *Monarchy in South East Asia: The Faces of Tradition in Transition* (Routledge 2001).

Kongkirati P, *Thailand: Contestation, Polarization, and Democratic Regression* (Cambridge University Press 2024).

Kosciejew RJ, *The Treadmills of Time* (AuthorHouse 2014).

Lee JCH, *Islamization and Activism in Malaysia* (ISEAS 2010).

Lehman Jr. D, *Colonialism to Independence Southeast Asia (1511-2014)* (Lulu Press 2014).

Lerner H, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* (Cambridge University Press 2011).

Loughlin M, *The Idea of Public Law* (Oxford University Press 2003).

Mohamed Saffian (Tan Sri), *An Introduction to the Constitution of Malaysia* (Government Printer 1976).

Möllers C, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford University Press 2013).

Moustafa T, *Constituting Religion: Islam, Liberal Rights, and the Malaysian State* (Cambridge University Press 2018).

Patberg M, *Constituent Power in the European Union* (Oxford University Press 2020).

Raeder LC, *Limited Government and the Death of God: The Rise and Fall of Freedom* (Lexington Books 2019).

Roznai Y, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017).

Rubinelli L, *Constituent Power: A History* (Cambridge University Press 2020).

Runciman S, *The White Rajah: A History of Sarawak from 1841 to 1946* (Cambridge University Press 1960).

Shah DAH, *Constitutions, Religion and Politics in Asia: Indonesia, Malaysia and Sri Lanka* (Cambridge University Press 2017).

Sieyès EJ, 'What is the Third Estate?' in *Political Writings* (Michael Sonenscher (ed), Hackett Publishing 2003).

Suteu S, *Eternities Clauses in Democratic Constitutionalism* (Oxford University Press 2021).

Schabas WA, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015).

Schmitt C, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer (tr), Duke University Press 2008).

_____, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press 2007).

Smith SW, *End-of-Life Decisions in Medical Care: Principles and Policies for Regulating the Dying Process* (Cambridge University Press 2012).

Somers W, *The State of Taiwan: From International Law to Geopolitics* (Brill 2023).

Streckfuss D, *Truth on Trial in Thailand* (Routledge 2011).

Suteu S, *Eternity Clause in Democratic Constitutionalism* (Oxford University Press 2021).

Suwannathat-Pian K, *Kings, Country and Constitutions: Thailand's Political Development 1932-2000* (Routledge 2003).

Tan KYL, *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2015).

Tebbit M, *Philosophy of Law: An Introduction* (Routledge 2017).

Tew Y, *Constitutional Statecraft in Asian Courts* (Oxford University Press 2020).

Vinx L, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford University Press 2007).

Yap PJ and Lin C, *Constitutional Convergence in East Asia* (Cambridge University Press 2022).

Zhang W, *Taiwan's Modernization: Americanization and Modernizing Confucian Manifestations* (World Scientific Publishing 2003).

Ziegenhain P, *Institutional Engineering and Political Accountability in Indonesia, Thailand and the Philippines* (ISEAS 2014).

บทในหนังสือภาษาอังกฤษ

Abeyrante R and Bui NS, 'Unconstitutional constitutional amendments as constitutional politics' in Rehan Abeyrante and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).

Albert R, 'Discretionary Referendums in Constitutional Amendments' in Richard Albert and Richard Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (Oxford University Press 2022).

Bui NS, 'The National Assembly of Vietnam' in Po Jen Yap and Rehan Abeyratne, *Routledge Handbook of Asian Parliaments* (Routledge 2023).

_____, 'Unconstitutional constitution in Vietnamese discourse' in Rehan Abeyratne and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).

Celemin YA, 'Between the Explicit and Implicit Limits? An Analysis of Judicial Review of the Constitutional Amendment Doctrine in Colombia' in Alejandro Linares Cantillo (ed), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* (Oxford University Press 2021).

- Chang W, 'The Constitutional Court of Taiwan' in András Jakab, Arthur Deyevre, Katholieke, and Giulio Itzcovich (eds), *Comparative Constitutional Reasoning* (Cambridge University Press 2017).
- Chen AHY, 'Constitutional Change in Hong Kong and Taiwan in the Late Twentieth Century: A Comparative Perspective' in Chang-fa Lo, Nigel N.T. Li, and Tsai-yu Lin (eds), *Legal Thoughts Between the East and the West in the Multilevel Legal Order: A Liber Amicorum in Honour of Professor Herbert Han-Pao Ma* (Springer 2016).
- Chen HW, 'When the Temporary Becomes Indefinite: Legitimacy, Path Dependency and Taiwan's Hybrid Approach to Constitutional Amendment Codification' in Richard Albert (ed), *The Architecture of Constitutional Amendments: History, Law, Politics* (Hart 2023).
- Comella VF, 'The Death of Constituent Power' in Ran Hirschl and Yaniv Roznai (eds), *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity* (Cambridge University Press 2024).
- Connors MK, 'Anticorruption Politics in Thailand: From Regime Institutionalization to Sovereignty Wars' in Cheng Chen and Meredith Leigh Weiss (eds), *The Political Logics of Anticorruption Efforts in Asia* (Suny Press 2019).
- Connors MK, 'Framing the Peoples Constitution' in Duncan McCargo (ed), *Reforming Thai Politics* (ISEAS 2003).
- Dixon R, 'Constitutional amendment rules: a comparative perspective' in Tom Ginsburg and Rosalind Dixon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).
- Dixon R and Stone A, 'Constitutional Amendment and Political Constitutionalism' in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford University Press 2016).
- Evans C and Baker TC, 'Communal Religious Rights or Majoritarian Oppression: Conversion and Proselytism Laws in Malaysia and India' in Nehal Bhuta (ed), *Freedom of Religion, Secularism, and Human Rights* (Oxford University Press 2019).
- Fernando JM, 'Constitutionalism and the politics of constitution-making in Malaya, 1956-1957' in H. Kumarasingham (ed), *Constitution-making in Asia: Decolonisation and State-Building in the Aftermath of the British Empire* (Routledge 2016).
- Fruhstorfer A, 'Referendums and Autocratization: Explaining Constitutional Referendums in the Post-Soviet Space' in Richard Albert and Richard Stacey (eds), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (Oxford University Press 2022).

- Ginsburg T, 'Thailand's Democratic Moment: The Constitution of 1997' in Gabriel L Negretto (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives* (Cambridge University Press 2020).
- Harding A, 'Constitution-Making and Autochthony: The Constitution of the Federation of Malaya 1957' in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume I: Constitution-Making* (Hart 2023).
- _____, 'Constitutional Trajectory in Malaysia: Constitutionalism without Consensus?' in Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (eds), *Constitutionalism beyond Liberalism* (Cambridge University Press 2017).
- _____, 'Constitutionalism, Islam, and National Identity in Malaysia' in Rainer Grote and Tilmann Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity* (Oxford University Press 2012).
- _____, 'The Dynamics of Constitutional Amendment in Malaysia' in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendment* (Hart 2024).
- Harding A and Leyland P, 'The Color of Thailand's (Un)Constitutional Reforms: Red, Yellow, or Orange?' in David K. Linnan (ed), *Legitimacy, Legal Development and Change: Law and Modernization Reconsidered* (Routledge 2012).
- Hewison K and Kitirianglarp K, 'Thai-Style Democracy' in Søren Ivarsson and Lotte Isager (eds), *Saying the Unsayable: Monarchy and Democracy in Thailand* (NIAS Press 2010).
- Hirschl R, 'The Strategic Foundations of Constitutions' in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (eds), *Social and Political Foundations of Constitutions* (Cambridge University Press 2013).
- Holmes S and Sunstein CR, 'The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe' in Sanford Levinson (ed), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press 1995).
- Huang C, 'Unpopular Sovereignty: Constitutional Identity through the lens of the Sunflower and Umbrella Movements' in Brian Christopher Jones (ed), *Law and Politics of the Taiwan Sunflower and Hong Kong Umbrella Movements* (Routledge 2017).
- Jackson R, *The Malayan Emergency and Indonesian Confrontation: The Commonwealth's Wars 1948-1966* (Pen & Sword Aviation 2011).

- Kaur A, 'Migration and the Refugee Regime in Malaysia: Implications for a Regional Solution' in Angus Francis and Rowena Maguire (eds), *Protection of Refugees and Displaced Persons in the Asia Pacific Region* (Routledge 2016).
- Kelsen H, 'Who ought to be the guardian of the constitution? Kelsen's reply to Schmitt' in Lars Vinx (ed)(tr), (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015).
- Kumarasingham H, 'A Foreign Commission for Domestic Needs: The Constitutional Founding of Malaysia' in Kevin YL Tan and Bui Ngoc Son (eds), *Constitutional Foundings in Southeast Asia* (Hart 2019).
- Lasenson R, 'In Defense of a Hobbesian Conception of Law' in Joseph Raz (ed), *Authority* (New York University Press 1990).
- Law DS and Hsieh HY, 'Judicial Review of Constitutional Amendments: Taiwan' in David S. Law (ed), *Constitutionalism in Context* (Cambridge University Press 2022).
- Law DS and Whalen R, 'Constitutional Amendment vs constitutional replacement: an empirical comparison' in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021).
- Leelapatana R, 'Thailand's 2017 Constitution: Constitutional Amendment in the Binary-Star Scenario' in Bui Ngoc Bui and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendment* (Hart 2024).
- _____, 'Thailand's Competing Notions of Constituent Power: The Making of the 2017 Constitution in the Binary-Star Scenario' in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds), *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 1: Constitution-Making* (Hart 2023).
- _____, 'The Thai-Style Democracy in Post-1932 Thailand and Its Challenges: A Quest for Nirvana of Constitutional Samsara in Thai Legal History before 1997' in Andrew Harding and Munin Pongsapan (eds), *Thai Legal History: From Traditional to Modern Law* (Cambridge University Press 2021).
- Leelapatana R, Buawichien K, and Asanasak S, 'Thailand' in Luís Roberto Barroso and Richard Albert (eds), *The 2021 International Review of Constitutional Reform* (University of Texas at Austin 2022).
- Lin C, 'The Birth of the Constitution of the Republic of China' in Kevin YL Tan and Michael Ng, *Constitutional Foundings in Northeast Asia* (Hart 2022).

- _____, 'Law and Politics of the Constitutional Amendment in Taiwan' in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi, *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 2: Constitutional Amendments* (Hart 2024).
- _____, 'We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities' in Richard Albert, Menaka Guruswamy, and Nishchal Basnyat, *Founding Moments in Constitutionalism* (Hart 2019).
- Lo C, 'Taiwan: External Influences mixed with traditional elements to form its unique legal system' in Ann Black and Gary Bell (eds), *Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, adaptations, and innovations* (Cambridge University Press 2011).
- Malagodi Mara, 'Limiting constituent power? Unconstitutional constitutional amendments and time-bound constitution making in Nepal' in Rehan Abeyratne and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).
- Mérieau E, 'The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand's Permanent Constitutional Instability' in Kevin Tan and Bui Ngoc Son (eds), *Constitutional Foundings in Southeast Asia* (Hart 2019).
- Mohamed Azam Mohamed Adil and Nisar Mohammad Ahmad, 'The Status and Implementation of Islamic Law in Malaysia' in Rossella Bottoni, Rinaldo Cristofori, and Silvio Ferrari (eds), *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism – A Comparative Overview* (Springer 2016).
- Puthuchery MC, 'Malaysia's "social Contract": The Invention and Historical Evolution of an Idea' in Norani Othman, Maris C. Puthuchery, and Clive S. Kessier (eds), *Sharing the nation: faith, difference, power and the state 50 years after Merdeka* (Strategic Information & Research Development Centre 2008).
- Qing J, 'The Supervisory System of Confucian Constitutionalism: Reflections on the Supervision of the State by the Academy' in Daniel A. Bell and Ruiping Fan (eds), *A Confucian Constitutional Order: How China's Ancient Past Can Shape Its Political Future* (Princeton University Press 2013).
- Rosenfeld M, 'Constitutional Identity' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012).
- Roznai R, 'Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures' in Richard Albert, Xenophon Contiades,

- and Alkmene Fotiadou (eds), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Hart 2017).
- _____, ‘Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability’ in Richard Albert and Bertil Emrah Oder (eds), *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies* (Springer 2018).
- _____, ‘The Straw that Broke the Constitution’s Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments’ in Alejandro Linares Cantillo (ed), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* (Oxford University Press 2021).
- _____, ‘The uses and abuses of constitutional unamendability’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021).
- Scovazzi T, ‘The Prohibition of Torture and State of Necessity’ in Andrea Carcano and Tullio Scovazzi (eds), *Upholding the Prohibition of Torture: The Contribution of the European Court of Human Rights* (Brill 2023).
- Slagstad R, ‘Liberal constitutionalism and its critics: Carl Schmitt and Max Weber’ in Jon Elster and Rune Slagstad (eds), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge University Press 1988).
- Tay WTV, ‘Dimensions of Ketuanan Melayu in the Malaysian constitutional framework’ in Andrew Harding and Dian Shah (eds), *Law and Society in Malaysia: Pluralism, Religion and Ethnicity* (Routledge 2018).
- _____, ‘Making Progress on a Rocky Path: Democratic Consolidation and Endurance in Malaysia, 2018-2021’ in Tom Gerald Daly and Dinesha Samararatne (eds), *Democratic Consolidation and Constitutional Endurance in Asia and Africa: Comparing Uneven Pathways* (Oxford University Press 2024).
- Tew Y, ‘Malaysia’s Invisible Constitution’ in Rosalind Dixon and Adrienne Stone (eds), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018).
- Thompson MR and Liow JC (ed), *Malaysia’s 14th General Election and UMNO’s Fall: Intra-Elite Feuding in the Pursuit of Power* (Routledge 2020).
- Tonsakulrungruang K, ‘Thailand’s Unamendability: Politics of Two Democracies’ in Rehan Abeyratne and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).

- Li-ann T, 'Jurisdictional Imbroglio: Civil and Religious Courts, Turf Wars and Article 121(1A) of the Federal Constitution" in Andrew Harding and HP Lee (eds), *Constitutional Landmarks in Malaysia: The First 50 Years 1957-2007* (LexisNexis 2007).
- Vinx L, 'Carl Schmitt's defence of sovereignty' in David Dyzenhaus and Thomas Poole (eds), *Law, Liberty and State: Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law* (Cambridge University Press 2015).
- Wan AH and Wan PM, 'Clinical Sociology and Community Mediation' in Jan Marie Fritz (ed), *International Clinical Sociology* (Springer 2008).
- Winichakul T, 'The Monarchy and anti-monarchy: Two elephants in the Room of Thai Politics and the State of Denial' in Pavin Chachavalpongpun (ed), *"Good Coup" Gone Bad: Thailand's Political Developments since Thaksin's Downfall* (ISEAS 2014).
- Wood A, 'End in Itself and Dignity' in Yasushi Kato and Gerhard Schönrich (eds), *Kant's Concept of Dignity* (De Gruyter 2020).
- Yeh J, 'Beyond unconstitutionality: The public oversight of constitutional revision in Taiwan' in Rehan Abeyratne and Bui Ngoc Son (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022).
- _____, 'The Cult of Fatung: Representational Manipulation and Reconstruction in Taiwan' in Graham Hassall and Cheryl Saunders (eds), *The People's Representatives: Electoral Systems in the Asia-Pacific Region* (Allen & Unwin 1997).
- Yeh J and Chang W, 'An Evolving Court with Changing Functions: The Constitutional Court and Judicial Review in Taiwan' in Albert H. Y. Chen and Andrew Harding (eds), *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018).
- Yoji A and Mako Y (eds), *New Perspectives on the Japanese Occupation in Malaya and Singapore, 1941-1945* (NUS 2008).

บทความภาษาอังกฤษ

- Abeyratne R and Yap PJ, 'Constitutional dismemberments, basic structure doctrine, and pragmatic justifications in context: A rejoinder' (2022) 20 *International Journal of Constitutional Law* 905.
- Acar A, 'On Yaniv Roznai's Theory of Substantive Unamendability' (2017) 13 *European Constitutional Law Review* 836.
- Albert R, 'Constitutional Amendment and Dismemberment' (2018) 43 *The Yale Journal of International Law* 1.

_____, 'Constitutional Handcuffs' (2010) 42 Arizona State Law Journal 663.

_____, 'The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules' (2013) 59 McGill Law Journal 227.

_____, 'Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations' (2017) 50 Cornell International Law Journal 140.

_____, 'The Structure of Constitutional Amendment Rules' (2014) 49 Wake Forest Law Review 913.

_____, 'The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada' (2015) 41 Queen's Law Journal 145.

Aroney N, Duke G, and Tierney S, 'A theory of plural constituent power for federal systems' [2024] Global Constitutionalism 1.

Balasubramaniam RR, 'Constitutional Statecraft in Malaysian Courts: A Naïve 'Schmittian' Misappropriation' (2022) 17 Asian Journal of Comparative Law 106.

Barcentewicz M, 'Constituent Power and Constituent Authority' (2021) 52 Connecticut Law Review 1317.

Bui NS, 'Constitutional Amendment and Democracy' (2020) 30 Minnesota Journal of International Law 75.

_____, 'Constitutional Mobilization' (2018) 17 Washington University Global Studies Law Review 113.

_____, 'Discursive Constitutionalism' (2023) 23 Chicago Journal of International Law 342.

_____, 'Globalization of Constitutional Identity' (2017) 26 Washington International Law Journal 463.

_____, 'Vietnam's Mixed Constitution and Human Rights' (2022) 16 Law & Ethics of Human Rights 295.

Cheah BK, 'Sino-Malay Conflicts in Malaya, 1945-1946: Communist Vendetta and Islamic Resistance' (1981) 12 Journal of Southeast Asian Studies 108.

Chen L and Reisman WM, 'Who Owns Taiwan' (1972) 81 Yale Law Journal 599.

Colon-Rios J, 'The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform' (2010) 48 Osgoode Hall Law Journal 199.

Doyle O, 'Populist constitutionalism and constituent power' (2019) 20 German Law Journal 161.

- Doyle O and Walsh R, 'Constitutional amendment and public will formation: Deliberative mini-publics as a tool for consensus democracy' (2022) 20 *International Journal of Constitutional Law* 398.
- Dressel B, 'When Notions of Legitimacy Conflict: The Case of Thailand' (2010) 38 *Politics & Policy* 445.
- Duke G, 'Can the people exercise constituent power?' (2023) 21 *International Journal of Constitutional Law* 798.
- Garoupa N and Santos Botelho C, 'Measuring Procedural and Substantial Amendment Rules: An Empirical Exploration' (2021) 22 *German Law Journal* 216.
- Ginsburg T, 'Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand's postpolitical constitution' (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 83.
- Ginsburg T and Melton J, 'Does the Constitutional Amendment Rule Matter at all?: Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty' (2015) 13 *International Journal of Constitutional Law* 686.
- Harding A and Leelapatana R, 'Constitution-Making in 21st-Century Thailand: The Continuing Search for a Perfect Constitutional Fit' (2019) 7 *The Chinese Journal of Comparative Law* 266.
- Harel A and Shinar A, 'Two concepts of constitutional legitimacy' (2023) 12 *Global Constitutionalism* 80.
- Hickens A, 'The Thai Political Landscape After the 2019 Election' (2020) 2 *King Prajadhipok's Institute Journal of Democracy and Governance* 107.
- Hirschl R, 'From comparative constitutional law to comparative constitutional Studies' (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law* 1.
- _____, 'The Political Origins of the New Constitutionalism' (2004) 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 71.
- Huang DKC and Li NNT, 'Unconstitutional Constitutional Amendment in Taiwan: A Retrospective Analysis of Judicial Yuan Interpretation No.499 [2000]' (2020) 15 *University of Pennsylvania Asian Law Review* 421.
- Hudson A, *The Veil of Participation: Citizens and Political Parties in Constitution-Making Processes* (Cambridge University Press 2021).
- Kalyvas A, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power' (2005) 12 *Constellations* 223.

- Landau D and Dixon R, 'Tiered Constitutional Design' (2018) 86 *The George Washington Law Review* 438.
- Landau DE, Dixon R, and Roznai Y, 'From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras' (2019) 8 *Global Constitutionalism* 40.
- Law DS and Versteeg M, 'Sham Constitutions' (2013) 101 *California Law Review* 863.
- Leelapatana R and Asanasak S, 'Constitutional Struggles and Polarised Identities in Thailand: The Constitutional Court and the Gravitational Pull of Thai-Ness upon Liberal Constitutionalism' (2022) 50 *Federal Law Review* 156.
- Leelapatana R and Satrio A, 'The Relationship Between a Kelsenian Constitutional Court and an Entrenched National Ideology: Lessons from Thailand and Indonesia' (2020) 14 *ICL Journal* 497.
- Liang L, 'Bulldozing Basic Structures: Legal–Spatial Dimensions of Constituent Power' (2023) 53 *Social Change* 179.
- Li-ann T, 'It is a Little Known Legal Fact': Originalism, Customary Human Rights Law and Constitutional Interpretation' [2010] *Singapore Journal of Legal Studies* 558.
- _____, 'Soft constitutional law in nonliberal Asian constitutional democracies' (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 766.
- _____, 'Varieties of Constitutionalism in Asia' (2021) 16 *Asian Journal of Comparative Law* 285.
- Lutz DS, 'Towards a Theory of Constitutional Amendment' (1994) 88 *The American Political Science Review* 355.
- McCargo D, 'Network Monarchy and Legitimacy Crises in Thailand' (2005) 18 *The Pacific Review* 499.
- _____, 'Peopling Thailand's 2015 Draft Constitution' (2015) 37 *Contemporary Southeast Asia* 329.
- McConnell MW, 'Textualism and the Dead Hand of the Past' (1998) 66 *The George Washington Law Review* 1127.
- Mérieau E, 'Thailand's Deep State, Royal Power and the Constitutional Court (1997–2015)' (2016) 46 *Journal of Contemporary Asia* 445.
- Munger F, 'Constitutional Reform, Legal Consciousness, and Citizen Participation in Thailand' (2007) 40 *Cornell International Law Journal* 455.

- Murashima E, 'The Origin of Modern Official State Ideology in Thailand' (1988) 19 *Journal of Southeast Asian Studies* 80.
- Neo JL, 'A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia' (2020) 15 *Asian Journal of Comparative Law* 69.
- _____, 'Malay Nationalism, Islamic Supremacy and the Constitutional Bargain in the Multi-ethnic Composition of Malaysia' (2006) 13 *International Journal on Minority and Group Rights* 95.
- Polzin M, 'Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law' (2016) 14 *International Journal of Constitutional Law* 411.
- Rigger S, 'Competing conceptions of Taiwan's identity: The irresolvable conflict in cross-strait relations' (1997) 6 *Journal of Contemporary China* 307.
- Roznai Y, 'Constitutional Amendability and Unamendability in South-East Asia' (2019) 14 *Journal of Comparative Law* 188.
- _____, 'The Sovereign is He who Holds the Constituent Power' (2021) 23 *Ethics & Politics* 247.
- _____, 'The Boundaries of Constituent Authority' (2021) 52 *Connecticut Law Review* 1381.
- _____, 'Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea' (2013) 61 *The American Journal of Comparative Law* 657.
- Roznai Y and Yolcu S, 'An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision' (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 175.
- Shah D, 'The 'Three RS' in Malaysia's Struggle for Constitutional Democracy' (2022) 50 *Federal Law Review* 137.
- Shah DAH, Harding AJ, and Liljeblad JN, 'Thematic Issue Editorial Comment: Constitutional Struggles in Asia' (2022) 50 *Federal Law Review* 131.
- Tay W, 'Basic Structure Revisited: The Case of Semenyih Jaya and the Defence of Fundamental Constitutional Principles in Malaysia' (2019) 14 *Asian Journal of Comparative Law* 113.
- Tommasini N, 'Judicial self-empowerment and unconstitutional constitutional amendments' (2024) 22 *International Journal of Constitutional Law* 2.

Uwanno B and Burns WD, 'The Thai Constitution of 1997: sources and process' (1998) 32 University of British Columbia Law Review 227.

Velasco-Rivera M and Colón-Ríos J, 'On the Legal Implications of a "Permanent" Constituent Power' (2023) 12 Global Constitutionalism 269.

Verdugo S, 'Is it time to abandon the theory of constituent power?' (2023) 21 International Journal of Constitutional Law 14.

Wang F, 'A Prolonged Exile: National Imagination of the KMT Regime in Postwar Taiwan' (2013) 52 Oriens Extremus 137.

Wang T and Chou IS, 'The Emergence of Modern Constitutional Culture in Taiwan' (2010) 5 National Taiwan University Law Review 1.

Winichakul T, 'Toppling Democracy' (2008) 38 Journal of Contemporary Asia 11.

Yap PJ, 'The Conundrum of Unconstitutional Constitutional Amendments' (2015) 4 Global Constitutionalism 114.

Yap PJ and Abeyratne R, 'Judicial self-dealing and unconstitutional constitutional amendments in South Asia' (2021) 19 International Journal of Constitutional Law 127.

เอกสารภาษาอังกฤษอื่น ๆ

Stone A, 'Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity' (2018) Melbourne Legal Studies Research Paper Series No. 7865.

เว็บไซต์

Bersatu's purpose and goals: <https://bersatu.org/prinsip-perjuangan/>.

DAP's objectives: <https://dapmalaysia.org/en/about-dap/>.

'Evolution to Malaysia': <https://www.ehm.my/about/history-of-malaysia>.

ข้อมูลอย่างเป็นทางการของรัฐธรรมนูญ ROC: <https://english.president.gov.tw/Page/93>.

Head J, 'Thailand's Constitution: New Era, New Uncertainties' (BBC, 7 April 2017) <www.bbc.com/news/world-asia-39499485> accessed 5 September 2024.

PAS's history: <https://pas.org.my/kenali-pas/>.

Tay WTV, 'Bipartisan Support for Constitutional Amendment to Lower Voting Age in Malaysia: Consensus Is the Way Forward in a Developing Democracy' (Constitutionnet, 1 August 2019) <<https://constitutionnet.org/news/bipartisan-support-constitutional-amendment-lower-voting-age-malaysia-consensus-way-forward>> accessed 13 August 2024.

Khemthong Tonsakulrungruang, 'Thailand's Obsession with Clean Politics Dismantles its

Democracy' (*New Mandala*, 3 March 2020) <<https://verfassungsblog.de/thailands-obsession-with-clean-politics-dismantles-its-democracy/>> accessed 4 September 2024.