วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปสู่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม: ถอดบทเรียนจากทฤษฎีของยานิฟ รอซไน

ชื่อผู้แต่ง: รวินท์ ลีละพัฒนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร

การอ้างอิงที่แนะนำ: รวินท์ ลีละพัฒนะ และชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปสู่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม: ถอดบทเรียนจากทฤษฎีของยานิฟ รอซไน’ (2568) 54(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 105.

ผู้สนับสนุนหลัก

SATYAPON & PARTNERS THAILAND Intellectual Property Law Firm

ptt

Baker McKenzie.

Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม

CSBC LAW OFFICES

วิญญูชน

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.

DS&B DOMNERN SOMGIAT & BOONMA

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปสู่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม : ถอดบทเรียนจากทฤษฎีของยานิฟ รอซไน

From Unconstitutional Constitutional Amendments to Constitutional Provisions that Should be Amended: Lessons from Yaniv Roznai's Theory*

รวินท์ ลีละพัฒนะ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Rawin Leelapatana
Assistant Professor, Faculty of Law, Chulalongkorn University
ชมพูนุท ตั้งถาวร
นักวิชาการผู้ชำนาญการ สำนักนวัตกรรมเพื่อประชาธิปไตย สถาบันพระปกเกล้า
Chompunoot Tangthavorn
Senior Research Fellow, The Office of Innovation for Democracy,
King Prajadhipok's Institute

วันที่รับบทความ 24 พฤษภาคม 2567; วันแก้ไขบทความ 9 กันยายน 2567; วันตอบรับบทความ 16 กันยายน 2567

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษาทฤษฎีที่มีชื่อเสียงในเรื่อง "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" ของยานิฟ รอซไนใหม่เพื่อเป็นกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้ถึง

* บทความนี้เป็นการเผยแพร่งานวิจัยเรื่อง "จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปสู่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม : ถอดบทเรียนจากทฤษฎีของยานิฟ รอซไน" ซึ่งได้รับทุนจากสถาบันพระปกเกล้า และได้รับการอนุญาตให้นำมาย่อเพื่อเผยแพร่ในรูปบทความวิจัย.

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะใดบ้างที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม (“กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ”) ผู้เขียนมุ่งนำเสนอให้เห็นว่ากรอบดังกล่าวมีหัวใจสำคัญ ได้แก่ “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง” (modified constitutional escalator) ซึ่งอนุมานว่ายิ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดมีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการที่ปวงชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกได้เองโดยตรงร่วมกันเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นก็ยิ่งสมควรถูกสันนิษฐานว่าเป็นตัวบทที่ควรจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในทางกลับกัน การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญใดที่อำนวยให้ปวงชนสามารถใช้สิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เองในรูปแบบที่ใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกมากยิ่งขึ้น การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นก็ควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่สมควร ทั้งนี้ การที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีฯ จะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้ในความเป็นจริงต้องอาศัยสมมติฐานพื้นฐาน 3 ประการด้วยกัน ได้แก่ สมมติฐานต่อความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ ผู้เขียนมุ่งวิเคราะห์ศักยภาพและข้อจำกัดของกรอบทฤษฎีข้างต้นผ่านบริบทของระบอบประชาธิปไตยใหม่ 3 กรณีศึกษา ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย ซึ่งเคยเผชิญหรือยังคงเผชิญกับวัฒนธรรมอำนาจนิยมที่ท้าทายสมมติฐานทั้งสาม กรณีศึกษาของไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพื่อเปลี่ยนผ่านระบบรัฐธรรมนูญให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นแต่ขณะเดียวกัน บริบทดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม ซึ่งมองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจที่ธำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” ในทางตรงกันข้าม มาเลเซียเป็นตัวอย่างของบริบทที่หากนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้อาจก่อให้เกิดผลทางลบต่อตัวกรอบดังกล่าวเอง ส่วนบริบทของไทยมีลักษณะ “ก้ำกึ่ง” ระหว่างบริบทของไต้หวันและบริบทของมาเลเซีย กล่าวคือ ประสบการณ์ของไทยสะท้อนการที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้บางส่วน

คำสำคัญ : กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง ยานิฟ รอซไน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ

Abstract

This article seeks to re-examine Yaniv Roznai’s famous theory of ‘unconstitutional constitutional amendments’ as a legal-theoretical framework for determining constitutional provisions that should be amended (‘the legal-theoretical framework’). Central to this framework is the idea of ‘modified constitutional escalator’ which suggests that the more a constitutional provision hinders the inclusive and equitable expression of constituent power by the people—regardless of social status or

generation—the more it should be amended. Conversely, any change to a constitutional provision that aims to facilitate the ability of people from all parts of society and generations to express their primary constituent power should be regarded as a proper constitutional amendment. The authors argue that the effectiveness of the legal-theoretical framework is contingent on three assumptions: the assumption on constitutional perfection, the monist constituent power assumption, and the active citizenry assumption. In this article, we aim to assess the capacity and limitations pertaining to the legal-theoretical framework through the lens of three new democracies—Taiwan, Malaysia, and Thailand—that experienced, or are still experiencing, a culture of authoritarianism that challenges these assumptions. The Taiwanese experience represents the context in which the legal-theoretical framework effectively applies. However, it simultaneously challenges the monist constituent power assumption, which regards constituent power as a force that exists independently, without needing to be justified. The Malaysian case, in contrast, represents the context in which the application of the legal-rational framework would have an adverse effect on the framework itself. Finally, the Thai experience lies 'in-between' the Taiwanese and Malaysian contexts, as it is a setting in which the legal-theoretical framework can partially apply.

Keywords: the legal-theoretical framework, the modified constitutional escalator, Yaniv Roznai, constituent power, the principle of amendability of the constitution

1. บทนำ

ปัจจุบัน ได้มีนักวิชาการทางนิติศาสตร์จำนวนมากที่หันมาศึกษาลักษณะ ขอบเขต ข้อจำกัด และทฤษฎีที่เกี่ยวด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผลงานของนักวิชาการกลุ่มนี้ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าเมื่อกฎเกณฑ์และเงื่อนไขว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งหรือฝ่าฝืนกฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหล่านี้จึงมีลักษณะเป็น “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (unconstitutional constitutional amendment)[1] อย่างไรก็ดี ผู้เขียนกลับไม่พบผลงานชิ้นใดเลยที่พยายามจะสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่ช่วยอธิบายว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญลักษณะใดที่สมควรจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นมาโดยตรง

จากการสำรวจของผู้เขียน นักวิชาการทางนิติศาสตร์ดูจะมีทัศนะต่อประเด็นดังกล่าวว่าเป็นประเด็นการเมือง (political) ที่ไม่อาจอธิบายได้โดยอาศัยทฤษฎีทางนิติศาสตร์ โดยนักวิชาการบางส่วนอธิบายสาเหตุที่ตัวบทรัฐธรรมนูญควรถูกแก้ไขว่าเป็นเพราะตัวบทเหล่านั้นมีข้อผิดพลาดหรือไม่ตอบสนองกับความต้องการของสังคมได้อีกต่อไปจนอาจถึงระดับที่ส่งผลให้เกิดเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญสั่นคลอน (เป็นการอธิบายจากมิติอุปสงค์ (demand side))[2] ขณะที่นักวิชาการอีกบางส่วนอธิบายสาเหตุที่ตัวบทรัฐธรรมนูญควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมว่าเป็นผลมาจากความพยายามของชนชั้นนำที่จะสร้างความชอบธรรมให้แก่ตนเองหรือเพื่อกระชับอำนาจของตนเอง (เป็นการอธิบายจากมิติอุปทาน (supply side))[3]

เมื่อผลงานวิชาการที่นำเสนอกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม (“กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ”) อันเป็นมูลเหตุของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังเป็นสิ่งที่ขาดหายไป ผู้เขียนจึงเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องพยายามเติมเต็มช่องว่างทางวิชาการที่ปรากฏ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนตระหนักดีว่าในความเป็นจริง การพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขไม่อาจตัดขาดจากบริบทเฉพาะและความต้องการ

---

[1] E.g., 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); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017) chs 1-2, 4-5.

[2] 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; Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2012) 3-5.

[3] 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; David Landau and Rosalind Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’ (2018) 86 The George Washington Law Review 438, 455-460; Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy* (Harvard University Press 2010) 79.

ของดินแดนและประชาชนในดินแดนหรือรัฐหนึ่ง ๆ[4] แต่สิ่งที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มุ่งนำเสนอก็คือ “เกณฑ์ขั้นต่ำที่สุดในทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย” ซึ่งช่วยบ่งชี้หลักการทางกฎหมายที่ตัวบทของรัฐธรรมนูญต้องยึดถือเป็นอย่างน้อยที่สุด หากบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับหลักการขั้นต่ำ เช่นว่า บทบัญญัตินั้นก็ยิ่งสมควรถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลง[5] ด้วยความเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำที่สุดในทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ จึงมิได้มีลักษณะถึงขั้นเป็นเกณฑ์ชี้วัดที่ระบุได้ถึงเนื้อหาทุกประเภทของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข หากแต่มุ่งเน้นไปที่เนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนตั้งสมมติฐานเบื้องต้นไว้ว่าเราอาจสังเคราะห์กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ผ่านการอ่านงานวิชาการที่มีอยู่ในเรื่องใกล้เคียงกันใหม่นั่นก็คืองานเกี่ยวด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ แทนที่จะตั้งต้นการอ่านงานเช่นว่าในฐานะทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ทฤษฎี UCA”) ผู้เขียนจะอ่านงานนั้นใหม่ในฐานะทฤษฎีที่กอปรด้วยเมล็ดพันธุ์ทางความคิดที่ช่วยทำหน้าที่เป็นเกณฑ์บ่งชี้ซึ่งช่วยอธิบายลักษณะของตัวบทรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยทฤษฎี UCA ที่ผู้เขียนเลือกมาเพื่อเป็นฐานสำหรับสกัดหากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ได้แก่ทฤษฎีของนักวิชาการชื่อดังชาวอิสราเอลที่ชื่อยานิฟ รอซไน (Yaniv Roznai) เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวมีองค์ประกอบที่ช่วยบ่งชี้ภาพในมุมกว้างว่าผู้ใดและสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้เงื่อนไขอะไร กล่าวให้ถึงที่สุด บทความนี้มุ่งตอบคำถามที่ว่าทฤษฎี UCA ของรอซไนจะสามารถใช้เป็นฐานความคิดสำหรับสังเคราะห์กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ได้แค่ไหนเพียงใด คำถามวิจัยหลักดังกล่าวประกอบด้วยคำถามวิจัยย่อย ได้แก่ (ก) กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้นี้มีองค์ประกอบเชิงเนื้อหาที่เป็นแกนประการใดบ้าง (ข) กรอบดังกล่าวจะสามารถนำไปปรับใช้ได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใดหากต้องนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ เช่นว่าไปปรับใช้กับบริบทข้อเท็จจริงในบริบทประชาธิปไตยใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าการทดลองนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากงานของรอซไนไปปรับใช้ใน “บริบทประชาธิปไตยใหม่” จะช่วยอำนวยให้เห็นภาพของขอบเขตและข้อจำกัดของกรอบประการนี้ ทั้งนี้ บริบทประชาธิปไตยใหม่เป็นบริบทของสังคมที่มีรูปแบบการปกครอง (อย่างเป็นทางการ) ที่เป็นประชาธิปไตย แต่อุดมการณ์เสรีนิยมและแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนอันเป็นสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ เคยหรือยังคงต้องเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ รวมไปถึงความขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์อันทำให้การก่อรูปเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวเป็นไปได้อย่างยากลำบาก[6]

---

[4] 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.

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

[6] สำหรับนิยามของบริบทประชาธิปไตยใหม่ ดู Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003).

บทความฉบับนี้ใช้ระเบียบวิจัยแบบวิเคราะห์การปรับใช้หลักการและทฤษฎีทางกฎหมาย (theoretical research methodology) ขณะเดียวกัน ผู้เขียนจะใช้วิธีการวิจัยแบบ “การวิเคราะห์ทฤษฎีผ่านบริบท” (contextual analysis) โดยจะวิเคราะห์การนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้ไปทดลองปรับใช้กับบริบทข้อเท็จจริงเพื่อวิเคราะห์ศักยภาพ ขอบเขต รวมไปถึงข้อจำกัดของกรอบประการนี้ผ่านประสบการณ์และบริบททางรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบของ 3 กรณีศึกษา ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย โดยมุ่งเจาะจงไปที่รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่[7] ทั้งสามกรณีศึกษาต่างเป็นบริบทประชาธิปไตยใหม่ที่สมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ เคยหรือยังคงเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ แต่ขณะเดียวกันก็สะท้อนบริบทรัฐธรรมนูญที่สะท้อนผลของการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายไปทางใดทางหนึ่งอย่างสุดขั้ว (ไต้หวันและมาเลเซีย) และบริบทที่ไม่ได้มีผลทางใดทางหนึ่งอย่างเบ็ดเสร็จ (ไทย) ผู้เขียนเริ่มต้นด้วยการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการอ่านทฤษฎี UCA ของรอซไนใหม่เพื่อชี้ให้เห็นว่าทฤษฎีนี้มีศักยภาพในการเป็นฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ (ส่วนที่ 2) ก่อนที่จะนำเสนอสารัตถะ (ส่วนที่ 3) และสมมติฐานพื้นฐาน (ส่วนที่ 4) ของกรอบประการนี้ จากนั้น ผู้เขียนจะวิเคราะห์ศักยภาพและข้อจำกัดของกรอบที่สกัดออกมาได้ผ่านบริบทของไต้หวัน (ส่วนที่ 5) มาเลเซีย (ส่วนที่ 6) และไทย (ส่วนที่ 7)

2. ความเป็นไปได้ในการอ่านทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน ใหม่

เบื้องต้น ก่อนที่จะอธิบายว่าทำไมทฤษฎี UCA ของรอซไนจึงมีศักยภาพในการเป็นฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ผู้เขียนใคร่ขออธิบายสารัตถะของทฤษฎีนี้เสียก่อน ภายใต้อิทธิพลความคิดของโจเซฟ ซิแยส (Emmanuel Joseph Sieyès) และคาร์ล ชมิตต์ (Carl Schmitt) รอซไนเริ่มต้นพัฒนาทฤษฎี UCA ของเขาด้วยการแบ่งแยก “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (constituent power) ออกจาก “อำนาจที่ถูกสถาปนา” (constituted power) โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสำหรับวางกรอบและจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองที่มีลักษณะ “ล้นพ้น” และเป็นแหล่งกำเนิดของรัฐธรรมนูญและสถาบันทางการเมืองทั้งปวง[8] ส่วนอำนาจที่ถูกสถาปนาเป็นเพียงอำนาจที่มีขอบเขตเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด[9] รอซไนอธิบายว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจที่มีเอกลักษณะเฉพาะตัว” (Sui Generis)[10] คือเป็น “อำนาจที่อยู่กึ่งกลาง” ระหว่างอำนาจ

---

[7] 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.

[8] Yaniv Roznai, ‘The Boundaries of Constituent Authority’ (2021) 52 Connecticut Law Review 1381, 1384-1394.

[9] เพิ่งอ้าง 1386.

[10] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 105.

สองประการ ได้แก่ “อำนาจสถาปนาแรกเริ่มสำหรับก่อตั้งรัฐธรรมนูญ” หรือ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก” (primary constituent power) และ “อำนาจที่ถูกสถาปนา”[11] ความน่าสนใจของทฤษฎีของรอซไนก็คือในขณะที่นักวิชาการส่วนใหญ่ให้ความสนใจกับข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวคิดอำนาจกึ่งกลางที่เขาได้นำเสนอย้ำเตือนว่าเมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ นั่นก็เท่ากับว่าอำนาจประการนี้ได้รับอาณัติโดยตรงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก[12] ด้วยสถานะที่ได้กล่าวมา อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถแตะต้องและเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญได้ อำนาจดังกล่าวจึงมีคุณลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ในตนเอง ตลอดทั้งมีสถานะทางกฎหมายเหนืออำนาจที่ถูกสถาปนา[13] อย่างไรก็ดี เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก อำนาจประการนี้จึงมีลักษณะเป็นเพียง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ” (“secondary constituent power”)[14] ขณะเดียวกัน ด้วยความเป็นอำนาจที่อยู่กึ่งกลางระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกและอำนาจที่ถูกสถาปนา อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิจึงแสดงตนออกมาในรูปของ “เฉด” (spectrum) คืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิอาจมีเฉดความเข้มใกล้เคียงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกหรืออำนาจที่ถูกสถาปนาก็ได้[15] กล่าวโดยสรุป รอซไนใช้คำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ยามกล่าวถึงอำนาจก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญของปวงชนรวม ๆ กัน คำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก” เมื่อต้องการเน้นถึง “อำนาจในการจัดทำและยกเลิกรัฐธรรมนูญ”[16] และคำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ” ในฐานะคำพ้องความหมายของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทความฉบับนี้จะยึดแนวทางการใช้ถ้อยคำตามแนวของรอซไนที่ได้กล่าวมา

รอซไนผนวกแนวคิดความเป็นเฉดสีของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิเข้ากับทัศนะแบบเสรีนิยมและได้พัฒนาเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัยที่เรียกว่า **“แนวคิดขั้นบันไดทาง**

---

[11] สำหรับรายละเอียดของทฤษฎี UCA ของรอซไน ดูประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2567) 15-26; ปิยบุตร แสงกนกกุล, รัฐธรรมนูญ : *ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน* (ฟ้าเดียวกัน 2559) 34, 38-39, 93-100; 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) 26-32.

[12] 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.

[13] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 105.

[14] Yaniv Roznai, ‘Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability’ (เชิงอรรถ 12) 30.

[15] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 162, 175.

[16] Bui Ngoc Son, ‘The National Assembly of Vietnam’ in Po Jen Yap and Rehan Abeyratne (eds) *Routledge Handbook of Asian Parliaments* (Routledge 2023) 407.

รัฐธรรมนูญ" ("constitutional escalator") ขึ้นมา[17] แนวคิดดังกล่าวถือว่ายิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยตนเองโดยตรงมากเท่าใดจนใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (เช่น ผ่านกระบวนการจัดทำประชามติ หรือโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้เลือกโดยตรง) การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีความชอบธรรมมาก และสามารถมีขอบเขตการดำเนินการได้อย่างกว้างขวางครอบคลุมไปถึงส่วนที่เป็น "แก่น" ของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล[18] นอกจากนี้ แม้รอซไนรับรู้ถึงความสำคัญของบทนิรันดรในฐานะเครื่องมือพิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและรับรู้ว่าบทบัญญัติประเภทนี้เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เขามิได้มองบทดังกล่าวว่าเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญแข็งกระด้าง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทนิรันดรเอาไว้หาได้ปิดช่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก เนื่องจากอำนาจประการนี้อยู่เหนือและเป็นที่มาของตัวบทรัฐธรรมนูญ[19]

จากข้างต้น จะเห็นได้พอสังเขปว่ารอซไนมิได้มองรัฐธรรมนูญเป็นประติมากรรมที่สมบูรณ์แบบตรงกันข้าม ประชาชนเป็นผู้กำหนดขอบเขตว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้อย่างกว้างขวางแค่ไหนเพียงใด ตลอดจนมีสิทธิแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอ (ถึงแม้ปรากฏบัญญัติบทนิรันดรอยู่ก็ตาม) ผ่านการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในทัศนะของผู้เขียนสารัตถะดังกล่าวเปิดช่องให้ทฤษฎีของรอซไนสามารถถูกอ่านใหม่เพื่อเป็นฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

3. กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะดำเนินการอ่านทฤษฎี UCA ของรอซไนใหม่ งานวิชาการ ณ ปัจจุบันที่เกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักมุ่งเน้นศึกษาประเด็น ได้แก่ รูปแบบที่ปรากฏของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำในรูปเชิงอรรถต่อท้ายรัฐธรรมนูญหรือในเอกสารที่เป็นเอกเทศแยกต่างหากจากรัฐธรรมนูญฉบับดั้งเดิม) อะไรคือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขได้ การจัดลำดับชั้น (tiers) และกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนความแตกต่างระหว่างการแทนที่รัฐธรรมนูญ (constitutional replacement) กับการแก้ไขเพิ่มเติม

---

[17] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 162-171, 221; อ้างอิงคำแปลจาก รวินท์ ลีละพัฒนะ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, 'มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย : ศึกษาผ่าน ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ' (สถาบันพระปกเกล้า 2564) 209.

[18] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 162-171, 221; Yaniv Roznai, 'Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures' (เชิงอรรถ 11) 26-32, 37-40.

[19] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 131.

รัฐธรรมนูญ[20] สำหรับผู้เขียน ทฤษฎีของรอซไนมีองค์ประกอบที่พิเศษกว่างานเขียนว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่นในการเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ได้แก่ (ก) การนำเสนอถึงขอบเขตที่ตัวบทรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติม (“ขอบเขตฯ”) ซึ่งแฝงเอาไว้ด้วย “หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ” และ (ข) ทฤษฎี UCA ของรอซไนสอดแทรกเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยเงื่อนไขที่ต้องมีอยู่ก่อนอันจะทำให้การกำหนดขอบเขตฯ สามารถเป็นไปได้ นั่นก็คือสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน การทราบถึงเงื่อนไขและหลักการเบื้องหลังของขอบเขตฯ ช่วยเป็นฐานในการบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม

3.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ : หัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

หากอ่านทฤษฎี UCA โดยเฉพาะในส่วนแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญใหม่ เราจะพบว่างานเขียนของรอซไนส่วนนี้ได้สอดแทรกแนวคิดเกี่ยวด้วยขอบเขตฯ ตลอดจนเชื่อมโยงขอบเขตดังกล่าวเข้ากับกระบวนการประชาธิปไตย การทราบถึงขอบเขตฯ ช่วยให้เราเห็นภาพในมุมกว้างว่าบุคคลและสถาบันทางการเมืองใดมีความชอบธรรมในการกำหนดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมและภายใต้ข้อจำกัดเพียงใด ขอบเขตฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎีของรอซไนสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ยิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากขึ้นเท่าใด อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะยิ่งตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดน้อยลงเท่านั้น (และอาจถึงขั้นไร้ข้อจำกัด) และขอบเขตของตัวบทรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไขได้ก็จะกว้างมากขึ้นตามไปด้วย ถ้าหากพิจารณาให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปอีก ผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอว่าขอบเขตฯ ที่ได้กล่าวมาได้แฝงเอาไว้ซึ่งสิ่งที่ผู้เขียนเรียกว่า**หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ** อันถือเป็นหัวใจของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ดังจะสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.1.1 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องชี้วัดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของระบบรัฐธรรมนูญ

เบื้องต้น หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญปรากฏผ่านการวิเคราะห์ทัศนะของรอซไนต่อองค์ประกอบพื้นฐานที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรม หากพิจารณาจากสารัตถะของทฤษฎี UCA ซึ่งมีความเชื่อมโยงกับหลักความชอบธรรมทางประชาธิปไตย อาจมีผู้อนุมานว่ารัฐธรรมนูญในอุดมคติของรอซไน ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่มีที่มาที่เป็นประชาธิปไตย (และด้วยที่มาที่เป็น

[20] 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) 76-78; Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (เชิงอรรถ 1); David Landau and Rosalind Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’ (เชิงอรรถ 3).

ประชาธิปไตย เนื้อหาของรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีแนวโน้มที่เป็นประชาธิปไตยตามไปด้วย)[21] อย่างไรก็ตาม ถ้าอ่านงานเขียนของเขาอย่างละเอียด จะพบว่ารอซไนรับรู้ถึงความเป็นจริงที่ว่าในการจัดทำรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ รัฐ ประชาชนหาได้เข้าไปมีส่วนร่วมแต่อย่างใด[22] การนี้แสดงให้เห็นว่าสำหรับรอซไน องค์ประกอบสำคัญที่ทำให้ระบบรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยจึงไม่ใช่การที่รัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยประชาชนหรือมีกระบวนการจัดทำที่เป็นประชาธิปไตย[23] คำถามที่เกิดขึ้นคือแล้วรอซไนมองว่าอะไรเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย

เมื่อพิจารณาจากขอบเขตฯ ที่สกัดออกมาได้จากงานเขียนของรอซไนอย่างพินิจพิเคราะห์ โดยเฉพาะในส่วนที่ว่ายิ่งประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากเท่าใด ขอบเขตฯ ก็ยิ่งกว้างขวางมากขึ้นเท่านั้น เราก็พอจะสืบสาวออกมาได้ว่าในทัศนะของรอซไน การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกจัดทำขึ้นภายใต้กระบวนการที่ประชาชนมีส่วนร่วมหาได้มีผลทำให้ตราสารนั้นขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไปโดยสิ้นเชิง ตรงกันข้าม การที่**รัฐธรรมนูญสามารถถูก “ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้” (reconstitute) ภายใต้กระบวนการที่ประชาชนทุกภาคส่วนมีส่วนร่วม** ต่างหากที่ช่วยสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้แก่รัฐธรรมนูญ[24] กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญมีหัวใจคือการธำรงไว้ซึ่ง “สิทธิของประชาชนในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุด” ให้คงอยู่ตลอดเวลา[25]

3.1.2 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญกับการปฏิเสธปัญหามือของผู้วายชนม์ (The dead hand problem)

นอกจากนี้ หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญยังสะท้อนผ่านการวิเคราะห์มุมมองของรอซไนต่อ “ปัญหามือของผู้วายชนม์” (“the dead hand problem”)[26] ปัญหามือของผู้วายชนม์ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าการที่คนรุ่นอดีตซึ่งเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญและเสียชีวิตไปแล้วกำหนดบทนิรันดรเอาไว้ในตัวบทรัฐธรรมนูญย่อมทำให้คนรุ่นหลังต้องถูกผูกติดกับคุณค่าที่ผู้ที่ตายไปแล้วกำหนด[27] รอซไนเห็นว่าทฤษฎี UCA ของตน (หากนำไปปรับใช้) เป็นทฤษฎีที่จะช่วยอำนวยให้นักกฎหมายสามารถก้าวข้ามปัญหาประการนี้ไปได้ ดังที่ได้นำเสนอไป ภายใต้ทฤษฎี UCA บทนิรันดร

---

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

[22] Yaniv Roznai, ‘Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures’ (เชิงอรรถ 11) 27.

[23] เพิ่งอ้าง 28-31.

[24] เพิ่งอ้าง 27; แนวคิดลักษณะนี้สามารถเทียบเคียงได้กับทัศนะของ 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.

[25] Richard Albert, ‘Constitutional Handcuffs’ (2010) 42 Arizona State Law Journal 663, 676.

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

[27] Richard Albert, ‘Constitutional Handcuffs’ (เชิงอรรถ 25) 702-714; John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press 1980) 11.

เพียงแต่สร้างข้อจำกัดว่าการแสดงออกซึ่งเจตจำนงในการเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญจะกระทำในรูปของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เท่านั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง รอซไนมิได้มองบทนิรันดรเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญ[28] ตรงกันข้าม ประชาชนสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทนิรันดรและบทบัญญัติที่บทนิรันดรห้ามแก้ไขได้ภายใต้บริบทที่เรียกว่า “โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ” (constitutional moment) ดังจะนำเสนอให้เห็นต่อไป[29] นี่จึงหมายความว่ารัฐไม่อาจยกบทนิรันดรเป็นข้ออ้างเพื่อจำกัดขอบเขตฯ และปฏิเสธความปรารถนาและเจตจำนงของประชาชนที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของตนอย่างเบ็ดเสร็จ (โดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (โปรดดูประเด็นนี้ในส่วนถัดไป))

กล่าวให้ถึงที่สุด ขอบเขตฯ ที่สกัดออกมาจากงานของรอซไนสะท้อนภาพของการที่ประชาชนทุกรุ่นต่างทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญอย่างเสมอภาค ประชาชนรุ่นอนาคตหาได้มีสถานะและความชอบธรรมทางประชาธิปไตยด้อยกว่าประชาชนรุ่นอดีตผู้ร่างรัฐธรรมนูญและต้องถูกผูกติดกับคุณค่าที่ผู้ที่ตายไปแล้วกำหนด (ในรูปบทนิรันดร) โดยไม่อาจปฏิเสธได้[30]

3.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก : เงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดขอบเขตที่ตัวบทรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติม

เพื่อสืบสาวหาเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ เราจำเป็นต้องพิจารณาทัศนะของรอซไนต่อหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญประกอบกับอีกหนึ่งศักยภาพที่ทำให้ทฤษฎีของเขาสามารถเป็นฐานตั้งต้นสำหรับสร้างกรอบดังว่านั่นก็คือการที่ทฤษฎี UCA สอดแทรกเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยเงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้ประชาชนสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดขอบเขตฯ เมื่อลองย้อนกลับไปพิจารณาและอ่านทฤษฎี UCA ใหม่ เราจะพบว่าเงื่อนไขที่สร้างความชอบธรรมให้ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดขอบเขตฯ ได้แก่ **สถานะความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ**

3.2.1 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เราสามารถสืบสาวความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและตัวบทของรัฐธรรมนูญที่ถูก

---

[28] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 131.

[29] อ้างอิงคำแปลภาษาไทยจาก เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, ‘โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญจากประชาชน’ (*The 101.World*, 25 มีนาคม 2563) <https://www.the101.world/constitutional-moment/> สืบค้นเมื่อ 3 มิถุนายน 2567.

[30] Yaniv Roznai, ‘Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures’ (เชิงอรรถ 11) 31.

แก้ไขออกมาได้ว่ายิ่งการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิมีลักษณะใกล้เคียงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกมากยิ่งขึ้นเท่าใด (คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงมาก) ตัวบทรัฐธรรมนูญที่ถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนั้นก็ยิ่งควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นตัวบทที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมาก และเป็นผลผลิตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[31]

3.2.2 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ (constitutional moment)

นอกเหนือจากกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบปกติ รอซไนยังอาศัยประสบการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1962 เพื่อเป็นตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญ[32] เหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากประธานาธิบดีของฝรั่งเศส ณ ขณะนั้นคือนายพลชาร์ล เดอ โกล (Charles de Gaulle) ต้องการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ในส่วนที่มาของประธานาธิบดี ให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเพื่อเพิ่มอำนาจและความชอบธรรมให้แก่ตน[33] แต่แทนที่จะอาศัยช่องทางการแก้ไขเพิ่มเติมปกติ เดอ โกลกลับเลือกที่จะอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งอนุญาตให้ประธานาธิบดีสามารถนำ “ร่างกฎหมายใด ๆ ของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับการจัดโครงสร้างอำนาจภายในรัฐ” เข้าสู่กระบวนการประชามติ[34] ซึ่งร่างกฎหมายของเดอ โกลที่มีผลเปลี่ยนแปลงวิธีการได้มาซึ่งประธานาธิบดีก็ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนเสียงข้างมาก[35] ภายหลังเหตุการณ์ประชามติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ได้ถูกร้องขอให้เข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น แต่สุดท้ายคณะตุลาการเลือกที่จะไม่รับคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่าตนมิอาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา “ความชอบด้วยกฎหมายของการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนในการจัดทำประชามติระดับชาติ”[36] รอซไนเห็นพ้องกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเขาเสนอมุมมองว่า “ปวงชนถือเป็นราชา ... ผู้ทรงไว้อยู่เสมอซึ่งอำนาจในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ”[37] ดังนั้น หากปวงชน

---

[31] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 162-175.

[32] เพิ่งอ้าง 159-162.

[33] ดู Serge Berstein, *The Republic of de Gaulle 1958-1969* (Peter Morris (tr), Cambridge University Press 1993) 71.

[34] สำหรับตัวบทรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ดู <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf>.

[35] ดูประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย : ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ’ (เชิงอรรถ 17) 179-185.

[36] Décision 62-20 DC - 06 novembre 1962, para 2; Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (เชิงอรรถ 1) 23.

[37] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 159.

เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดสมควรถูกแก้ไขและได้แสดงเจตจำนงที่จะเปลี่ยนแปลงบทบัญญัตินั้นแล้ว การตัดสินใจที่เกิดขึ้นย่อมถือเป็นที่สุด[38]

3.2.3 การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิเด็ดขาดของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการปกติและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ณ โมงยามแห่งรัฐธรรมนูญข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่ารอซไนหาได้มองว่า “เมื่อรัฐธรรมนูญถูกประกาศใช้แล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกย่อมอันตรธานหายไป”[39] ในทางกลับกัน **การรักษาความเป็นไปได้ที่ประชาชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกได้เองโดยตรงแม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะผ่านล่วงเลยไปแล้วเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สุดของหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ**[40] โดยการเข้าไปมีส่วนปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประชาชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถือเป็น “สิทธิอันสัมบูรณ์” ซึ่งประชาชนจึง “มีความชอบธรรม” ที่จะยกสิ่งนี้ขึ้นกล่าวอ้างกับรัฐได้[41] และรัฐไม่อาจละเมิด จำกัด หรือชั่งน้ำหนักสิทธิดังกล่าวเพื่อสร้างสมดุลกับหลักการอื่นได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ[42] หากแต่ต้องอำนวยการให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ด้วยตนเองผ่าน “ช่องทางที่เป็นประชาธิปไตย” เช่น การออกเสียงประชามติ[43] ส่วนการแสดงออกซึ่งสิทธิประการนี้ผ่านผู้แทนหรือนักการเมืองเป็นเรื่องที่มีความชอบธรรมรองลงมา[44]

3.3 ลักษณะเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

การที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอซไนเชื่อมโยงหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญเข้ากับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกทำให้เราสามารถสืบสาวเนื้อหาของกรอบดังกล่าวออกมาได้ว่า**ยิ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใด**

---

[38] Gary Jeffrey Jacobsohn and Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution* (Yale University Press 2020) 248.

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

[40] ดู Yaniv Roznai, ‘The Boundaries of Constituent Authority’ (เชิงอรรถ 8) 1405.

[41] 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.

[42] ดู 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.

[43] Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 169-170.

[44] เพิ่งอ้าง 162-164.

มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการที่ปวงชนทุกภาคส่วนและทุกรุ่นจะสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกได้เองโดยตรงร่วมกันเพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นก็ยิ่งสมควรถูกสันนิษฐานว่าเป็นตัวบทที่ควรจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในทางกลับกัน **การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญใดที่อำนวยให้ปวงชนสามารถใช้สิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เองในรูปแบบที่ใกล้เคียงกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกมากยิ่งขึ้น การเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนั้นก็ควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงที่สมควร**[45] ผู้เขียนขอเรียกเนื้อหาส่วนนี้ของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ว่า **"ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง"** ผู้เขียนใช้คำว่า "ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง" เนื่องจาก ในทางหนึ่ง ผู้เขียนสกัดแนวคิดดังกล่าวออกมาจากงานของรอซไน แต่ขณะที่ทฤษฎี UCA มีแกนกลาง ได้แก่ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขั้นบันไดที่ผู้เขียนสกัดออกมามุ่งเน้นไปที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไข ดังนั้น ผู้เขียนจึงเพิ่มเติมคำว่า "ดัดแปลง" เข้าไป

ภายใต้แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลง ผู้เขียนพอจะสืบสาวประเภทของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่ามีลักษณะเป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญโดยตรงของปวงชนร่วมกันออกมาได้ดังนี้ ได้แก่

- บทบัญญัติที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญา หรือตัดสิทธิทางการเมืองบางประการต่อผู้ที่มีส่วนในการขับเคลื่อนประชาชนเพื่อเปลี่ยนแปลงคุณค่าที่คนรุ่นอดีตกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ[46]

- บทบัญญัติที่ทำให้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประชาชนต้องตกอยู่ภายใต้ความอนุบาลของสถาบันอื่น

- บทบัญญัติที่มีผลปฏิเสธ "สิทธิทางการเมืองพื้นฐาน" ของประชาชนอันจำเป็นต่อการรักษาความเป็นไปได้ที่ "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสามารถแสดงออกในอนาคต" ไม่ว่าจะเป็นสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้แทน (เพื่อเข้าไปทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) สิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม รวมไปถึงสิทธิในเสรีภาพ[47] และ

- บทบัญญัติที่สะท้อน "ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นการเมือง" ในแบบชมิตต์ที่มุ่งหมายหรือมีผลกีดกันมิให้บางภาคส่วนของสังคมเข้าไปมีส่วนในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบางประเด็นหรือทั้งฉบับ โดยตีตรากลุ่มเหล่านั้นว่าเป็น "ผู้อื่น" หรืออาจถึงขั้นเป็น "ศัตรูของชาติ"[48]

---

[45] ดู George Duke, 'Can the people exercise constituent power?' (2023) 21 International Journal of Constitutional Law 798, 807-810.

[46] ดู กรณีของฮอนดูรัส 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.

[47] Yaniv Roznai, 'The Boundaries of Constituent Authority' (เชิงอรรถ 8) 1405.

[48] เพิ่งอ้าง 1406; Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (The University of Chicago Press 2007) 27-28.

4. สมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎีของรอซไน : กรอบความคิดของงานวิจัย

จากข้างต้นเราได้เห็นถึงเนื้อหาของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาจากงานของรอซไนไปแล้ว ในส่วนนี้ผู้เขียนขอสกัดสมมติฐานพื้นฐานอันอำนวยให้กรอบดังกล่าวสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพซึ่งประกอบด้วยกันดังนี้

4.1 สมมติฐานต่อความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ

กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ จะปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อเราตั้งสมมติฐานเอาไว้ว่าแม้รัฐธรรมนูญจะถือเป็น “กฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน” แต่ตราสารดังกล่าวหาได้เป็น “ประติมากรรมที่สมบูรณ์แบบ”[49] บทบัญญัติทุก ๆ ส่วนของรัฐธรรมนูญรวมไปถึงบทนิรันดรนั้นสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้โดยผู้เป็นเจ้าของนั่นก็คือประชาชนทุกรุ่นทุกเหล่า สิ่งนี้นำไปสู่สมมติฐานพื้นฐานประการที่สอง

4.2 สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม

กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ยึดถือ “แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม” (“a monist model of constituent power”) กล่าวคือ กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ จะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อระบบรัฐธรรมนูญสันนิษฐานไว้ซึ่งและยอมรับการธำรงอยู่โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน โดยในรัฐหนึ่ง ๆ จะมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เพียงอำนาจเดียว[50] และไม่มีภาคส่วนใดของสังคมที่อาจถูกกีดกันจากการเป็นส่วนหนึ่งของปวงชนหรือถูกตีตราว่าเป็น “ศัตรูของชาติ” นอกจากนี้ ลักษณะสำคัญที่สุดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหาใช่การที่อำนาจดังกล่าวได้ถูกแสดงออกในระหว่างเวลาที่รัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้น หากแต่เป็นการที่ประชาชนสามารถ “เรียกใช้” สถานะความเป็นเจ้าของอำนาจประการนี้ได้ภายหลังจากรัฐธรรมนูญได้ถูกประกาศใช้[51]

4.3 สมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้

สมมติฐานประการที่สองนำไปสู่สมมติฐานต่อไปที่ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไม่อาจปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพได้เลยหากระบบรัฐธรรมนูญไม่ยอมรับใน “ศักยภาพของมนุษย์

---

[49] Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Harvard University Press 2020) 145.

[50] 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) 13 Global Constitutionalism 591, 599.

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

ในฐานะปัจเจกบุคคลที่ ... [สามารถ] กำหนดหลักการในการกระทำและดำเนินชีวิตของตนเอง [ได้]"[52] และไม่ปฏิบัติต่อผู้ใด "เสมือนวัตถุสิ่งของ"[53] ดังนั้น ระบบดังกล่าวจะต้องรับประกันสิทธิอันสัมบูรณ์ของประชาชนทุกคนและทุกรุ่นในการ "กำหนดและเปลี่ยนแปลง [อัตลักษณ์ของ] ตนเองและของรัฐ [ที่ตนเป็นพลเมืองที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ] ไปในแบบที่ตนเห็นว่าดีที่สุด"[54] ปวงชนทุกคนทุกรุ่นในทัศนะของรอซไนจึงมิได้มีบทบาทเพียง "แซ่ซ้อง" ผู้นำของรัฐ หากแต่เป็น "พลเมืองตื่นรู้" ผู้ทรงสิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมืองและตัดสินใจทางการเมืองได้เองโดยตรง[55] สิ่งนี้ยังแสดงให้เห็นว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่าการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนโดยตรงมีความชอบธรรมสูงกว่าการมีส่วนร่วมผ่านผู้แทนหรือนักการเมือง[56]

สมมติฐานทั้งสามประการสะท้อนให้เห็นว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎีของรอซไนมีลักษณะเป็น**การนำเสนอ "สิ่งที่ควรจะเป็น"** กล่าวคือ กรอบดังกล่าวเป็นแม่แบบและเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย (objective) ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างเป็นสากล ขณะเดียวกัน ลักษณะดังกล่าวของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ก็สะท้อน**กลิ่นไอของวิธีคิดแบบสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivism)** ซึ่งมองกฎหมายเป็นกลไกการควบคุมทางสังคมที่มนุษย์สร้างขึ้นที่สามารถ "ธำรงอยู่ได้อย่างเป็นเอกเทศ" แยกต่างหากจากศีลธรรมและความเชื่อส่วนบุคคลหรือของสังคม[57] อย่างไรก็ตาม การมองกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ แยกออกจากบริบทความเป็นจริงจะทำให้เราเห็นแต่ภาพของหลักการและเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควรจะเป็น ซึ่งยึดถืออุดมการณ์เสรีนิยมเป็นคุณค่านำแต่ไม่อาจทราบถึงข้อจำกัดยามต้องนำกรอบนั้นไปปรับใช้ใน "บริบทประชาธิปไตยใหม่" ซึ่งเป็นบริบทของระบบรัฐธรรมนูญที่เคยเผชิญกับหรือยังคงเผชิญกับวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการแต่ขณะเดียวกันก็มีการพยายามเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตย/เปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยได้สำเร็จ สิ่งนี้ทำให้สมมติฐานพื้นฐาน

---

[52] ดลวัฒน์ บัวประดิษฐ์, 'จริยศาสตร์สำนักขงจื่อ : ระหว่างอัตตาณัติ กับ ความเป็นตัวเองที่เที่ยงแท้' (2557) 14 วารสารศิลปะศาสตร์ 85, 90.

[53] Allen Wood, 'End in Itself and Dignity' in Yasushi Kato and Gerhard Schönrich (eds) *Kant's Concept of Dignity* (De Gruyter 2020) 214; George Duke, 'Can the people exercise constituent power?' (เชิงอรรถ 45) 810, 816.

[54] Richard Albert, 'Constitutional Handcuffs' (เชิงอรรถ 25) 676; Donald S Lutz, 'Towards a Theory of Constitutional Amendment' (เชิงอรรถ 1) 356.

[55] รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 12; ผู้เขียนอาศัยนิยามคำว่า "พลเมืองตื่นรู้" จาก วรินทร สิริพงษ์ณภัทร, 'การเสริมสร้างคุณลักษณะพลเมืองตื่นรู้ของผู้เรียนโดยการตั้งคำถามแบบโสเครติส' (2566) 51 วารสารครุศาสตร์ 1, 3; Lucia Rubinelli, *Constituent Power: A History* (Cambridge University Press 2020) 131.

[56] Oran Doyle, 'Populist constitutionalism and constituent power' (2019) 20 German Law Journal 161, 178; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (เชิงอรรถ 1) 162-164.

[57] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight (tr), Lawbook Exchange 2005) 1 ,85; Ran Hirschl, 'From comparative constitutional law to comparative constitutional Studies' (2013) 11 International Journal of Constitutional Law 1, 2.

ทั้งสามประการข้างต้นหาได้เป็นแนวคิดกระแสหลักของสังคมและระบบรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่การสร้างชาติ[58] การนี้ ผู้เขียนอาศัยประสบการณ์จาก 3 กรณีศึกษา ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย เพื่อวิเคราะห์ขอบเขตและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

5. ไต้หวัน : ความสำเร็จของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ และองค์ประกอบที่ควรพิจารณาเพิ่มเติม

ผู้เขียนมุ่งอาศัยประสบการณ์ของไต้หวันเพื่อเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถช่วยเปลี่ยนผ่านระบบรัฐธรรมนูญที่เป็นเผด็จการให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกัน ประสบการณ์ของไต้หวันก็สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของสมมติฐานว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในฐานะ “อำนาจที่ธำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์”

5.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสองประการที่ปรากฏในระบบรัฐธรรมนูญไต้หวัน

เบื้องต้น การทำความเข้าใจแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้ระบบโครงสร้างรัฐธรรมนูญของไต้หวันนั้นจะต้องพิจารณาบริบททางประวัติศาสตร์ประกอบ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่บังคับใช้เหนือเกาะไต้หวันและบริเวณเกาะโดยรอบ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1947 (Constitution of the Republic of China ต่อไปนี้จะเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ ROC”) โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกจัดทำขึ้นในช่วงเวลาที่สงครามกลางเมืองระหว่างรัฐบาลของจีนขณะนั้น ได้แก่ รัฐบาลคณะชาติ (Kuomintang ต่อไปจะเรียกว่า “KMT”) นำโดยนายพลเจียง ไคเชก (Chiang Kai-shek) กับพรรคคอมมิวนิสต์จีน (Chinese Communist Party ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พรรค CCP”) นำโดยเหมา เจ๋อตง (Mao Zedong) กำลังดำเนินไป ในช่วงปลายทศวรรษที่ 1940 รัฐบาล KMT ได้ผลักดันให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด (รวมถึงไต้หวันซึ่งเป็นหนึ่งในมณฑลของจีน) รัฐธรรมนูญ ROC ได้รับสัตยาบันจากสมัชชารัฐธรรมนูญแห่งชาติ (National Constituent Assembly) ซึ่งมีสมาชิกส่วนใหญ่มาจากสมาชิกพรรค KMT (ส่วนพรรค CCP ปฏิเสธการเข้าร่วม) และมีผู้แทนจากไต้หวันเข้าร่วมประชุมจำนวน 18 คน จาก 1,701 คน เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม ค.ศ. 1946 ณ กรุงหนานจิง (Nanjing) (ปัจจุบันอยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน) ก่อนจะมีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการในวันเดียวกันหนึ่งปีให้หลัง[59] การที่รัฐธรรมนูญ ROC ได้รับสัตยาบันจากสมัชชารัฐธรรมนูญแห่งชาติยืนยันว่า

---

[58] รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 28-29; Jaclyn L. Neo, ‘A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia’ (เชิงอรรถ 7) 73-74.

[59] สำหรับประวัติการจัดทำรัฐธรรมนูญ ROC ดู 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.

รากฐานความชอบธรรมดั้งเดิมของกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน” (อันได้แก่ ชาวจีนทั้งมวล (Chinese People) รวมถึงชาวไต้หวัน)[60] มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ ROC ยังได้สถาปนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีประธานาธิบดีเป็นประมุขขึ้นเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม ใน ค.ศ. 1949 รัฐบาล KMT ต้องพ่ายแพ้สงครามต่อพรรคคอมมิวนิสต์ ภายหลังสงครามกลางเมืองยุติลง พรรค CCP ของเหมาซึ่งเป็นผู้ชนะได้สถาปนาสาธารณรัฐประชาชนจีน (the People's Republic of China) ขึ้น ส่วนรัฐบาลของนายพลเจียงต้องหนีมาตั้งหลัก ยึดครอง และบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ROC เหนือเกาะไต้หวันและบริเวณโดยรอบบางส่วน (ส่วนรัฐบาลเหมาก็บังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1954 ที่สถาปนาระบอบคอมมิวนิสต์เหนือจีนแผ่นดินใหญ่ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1982 ซึ่งก็ยังคงรูปแบบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์เอาไว้)[61] นายพลเจียงอาศัยการธำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC ซึ่งได้รับฐานอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนเพื่ออ้างอำนาจการปกครองอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด (ไม่ใช่แค่ไต้หวัน)[62] นอกจากนี้ ผู้เขียนยังจะได้นำเสนอให้เห็นต่อไปว่าการที่เจียงอาศัยรัฐธรรมนูญ ROC เพื่อรักษาสถานะความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งมวลได้ส่งผลให้ดินแดนไต้หวันต้องตกอยู่ภายใต้การปกครองแบบเผด็จการจวบจน ค.ศ. 1991

หากพิจารณาเชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ การที่รัฐบาล KMT อาศัยรัฐธรรมนูญ ROC เพื่ออ้างอำนาจการปกครองอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดนั้นมีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธตัวตนของปวงชนไต้หวันโดยเฉพาะระหว่าง ค.ศ. 1949 และ ค.ศ. 1991 แนวทางดังกล่าวขัดแย้งกับสมมติต่อความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญและสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อย่างค่อนข้างชัดเจน เนื่องจากแนวทางของพรรค KMT ทำให้พลเมืองของไต้หวันซึ่งเป็นผู้อยู่ใต้บังคับของรัฐธรรมนูญ ROC ในทางความเป็นจริงไม่เพียงไม่อาจจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ แต่แนวทางดังกล่าวยังทำให้ตัวตนของปวงชนชาวไต้หวันกลายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ด้วยกระแสเรียกร้องประชาธิปไตยนับตั้งแต่ ค.ศ. 1991 เป็นต้นมา ข้อท้าทายต่อสมมติฐานต่อความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญได้ลดระดับลง โดยเราสามารถเห็นได้ถึงความพยายามของรัฐบาลไต้หวัน (ซึ่งตระหนักดีว่าตนไม่อาจกลับไปมีอำนาจเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดได้อีกต่อไป) ที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ROC ให้สะท้อนเจตจำนงและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน (Taiwanese people) มากยิ่งขึ้น[63] ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบรัฐธรรมนูญ

---

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

[61] Bui Ngoc Son, ‘Globalization of Constitutional Identity’ (2017) 26 Washington International Law Journal 463, 517-522.

[62] ดู Hui-Ching Chang and Richard Holt, *Language, Politics and Identity in Taiwan Naming China* (Routledge 2015) 196.

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

ของไต้หวัน ณ ปัจจุบันสะท้อนการธำรงอยู่ร่วมกันของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสองประการ ได้แก่ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน และแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไต้หวัน ประเด็นที่น่าสนใจก็คือแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันหาได้เป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดขึ้นจากหรือเป็นผลของ “การวิวัฒนาการ” ของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน ภายใต้บริบทสมัยใหม่ที่ชาวไต้หวันต้องการประชาธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนไม่อาจปฏิเสธการเกิดขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน แต่ขณะเดียวกัน การถือกำเนิดของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของชาวไต้หวันก็หาได้มีผลปฏิเสธการธำรงอยู่ของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนได้อย่างเบ็ดเสร็จ เนื่องจากการดังกล่าวย่อมทำให้รัฐบาลไต้หวันต้องสูญเสียสถานะความเป็นรัฐบาลที่มีความชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด[64] ลักษณะดังกล่าวขัดกับสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อย่างชัดเจน เพื่อความเข้าใจของผู้อ่าน ผู้เขียนใคร่ขออภิปรายภาพความย้อนแย้งและการผสานความย้อนแย้งที่ได้กล่าวมาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นดังต่อไปนี้

5.1.1 กลไกสถาปนาและธำรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน

ในส่วนนี้ ผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอให้เห็นถึงโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ที่ช่วยสถาปนาไว้ซึ่งแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน ตลอดจนการทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในไต้หวัน

5.1.1.1 โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ในฐานะรัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน

โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ROC ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก ดร.ซุน ยัตเซ็น (Sun Yat-sen) ประธานพรรค KMT คนแรก โดยเฉพาะแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 5 ฝ่าย (yuans)[65] ที่สำคัญรัฐธรรมนูญได้สถาปนาสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) ซึ่งเป็นสัญลักษณ์ของปวงชนชาวจีนทั้งผองขึ้น การธำรงอยู่ของสมัชชาแห่งชาติควบคู่ไปกับสภานิติบัญญัติ (legislative yuan) และสภาควบคุม (control yuan) ทำให้ระบบรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC แบบดั้งเดิมเป็น “ระบบตรีสภา” (tricameralism)[66] สมัชชาแห่งชาติมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และประกอบด้วย

---

[64] Chien-Chih Lin, ‘We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities’ in Richard Albert, Menaka Guruswamy, and Nishchal Basnyat, (eds) *Founding Moments in Constitutionalism* (Hart 2019) 180, 187.

[65] อันประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ อำนาจควบคุม (control yuan) ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการเงิน ป้องกันการทุจริตภาครัฐ และอำนาจสอบคัดเลือกบุคคล (examination yuan) ซึ่งทำหน้าที่เฟ้นหาบุคคลที่มีความสามารถให้เข้ามาร่วมงานกับภาครัฐ. 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) 102.

[66] ดู 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).

ผู้แทนจากชาวจีน ทิเบต มองโกเลีย ชนกลุ่มน้อย ชาวจีนโพ้นทะเล และกลุ่มสตรี[67] สมัชชาแห่งชาติชุดแรกได้รับการเลือกตั้งเหนือแผ่นดินจีนเมื่อ ค.ศ. 1947 ในส่วนของอำนาจตามกฎหมาย สภาดังกล่าวมีอำนาจในการเลือกประธานาธิบดี รวมทั้งมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[68] โดยรัฐธรรมนูญ ROC ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดช่องทางในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ 2 ช่องทาง ช่องทางแรกคือสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 1 ใน 5 มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ข้อเสนอนั้นต้องได้รับคะแนนอนุมัติจากที่ประชุมสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยคะแนนไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของสมาชิกที่มาประชุม โดยองค์ประชุมต้องมีจำนวนสมาชิกเข้าร่วมประชุม 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด นอกจากนี้ ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังอาจกระทำโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติจำนวน 1 ใน 4 โดยต้องได้รับการอนุมัติจากสมัชชาแห่งชาติ[69] หากอธิบายโดยอาศัยทฤษฎีของรอซไน การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมัชชาแห่งชาติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญมอบหมายให้สภาแห่งนี้เป็นผู้ใช้ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิ” (ในนามปวงชนชาวจีน)

5.1.1.2 การทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในไต้หวัน

ภายหลังการประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1947 รัฐธรรมนูญ ROC แทบมิเคยได้มีโอกาสบังคับใช้เหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเลย ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่าระหว่างสงครามกลางเมืองระหว่างพรรค KMT และพรรค CCP กำลังดำเนินไป เจียง ไคเชกได้ขยายอำนาจตนเองทั้งโดยการประกาศกฎอัยการศึกและโดยอาศัยสมัชชาแห่งชาติ ใน ค.ศ. 1948 สมัชชาแห่งชาติได้ผ่าน “บทบัญญัติชั่วคราวสำหรับต่อต้านกบฏคอมมิวนิสต์” (Temporary Provisions against the Communist Rebellion ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บทบัญญัติชั่วคราวฯ”) ซึ่งมีผลระงับใช้รัฐธรรมนูญ ROC ต่อมา ในปี ค.ศ. 1949 เจียงพ่ายแพ้ต่อเหมาจนต้องล่าถอยมายังมณฑลไต้หวัน และพยายามทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนมีความเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญในดินแดนดังกล่าว โดยอาศัยกลไกดังต่อไปนี้

(ก) รัฐธรรมนูญ ROC และสมัชชาแห่งชาติ – นับตั้งแต่ ค.ศ. 1949 เจียงได้บังคับใช้ทั้งรัฐธรรมนูญ ROC กฎอัยการศึก และบทบัญญัติชั่วคราวฯ เหนือดินแดนที่เป็นมณฑลไต้หวัน นอกจากรัฐบาล KMT แล้ว สมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวนหนึ่งก็ยังได้ลี้ภัยมายังมณฑลแห่งนี้ด้วย[70] เจียง (ซึ่งขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีจากการเลือกของสมัชชาแห่งชาติ) ได้อาศัยการธำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC และสมัชชาแห่งชาติชุดแรกที่ได้รับการเลือกตั้งเหนือดินแดนจีนแผ่นดินใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1947 เป็นสัญลักษณ์เพื่อยืนยันว่าประธานาธิบดีและรัฐบาลสาธารณรัฐจีน (ที่ต้องถอยร่นมายังมณฑลไต้หวัน) เป็นสถาบันมีความชอบธรรมเพราะได้รับการเลือกจากปวงชนชาวจีนเจ้า

---

[67] มาตรา 25, 26, 28 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

[68] มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

[69] มาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

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

ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และเป็นผู้แทนของชาวจีนทั้งผอง[71] การปฏิเสธสถานะทางกฎหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวัน (พลเมืองท้องถิ่น) จึงมีความจำเป็นเพื่อรักษาความหวังของพรรค KMT ที่จะกลับไปครองอำนาจและรักษาความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเอาไว้ หากยอมให้ชาวไต้หวันกล่าวอ้างว่าตนเป็นกลุ่มปวงชนที่แยกต่างหากจากปวงชนชาวจีนได้ รัฐบาล KMT ก็ย่อมสูญเสียสถานะความเป็นรัฐบาลอันชอบธรรมเพียงรัฐบาลเดียวเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมด และจะกลายเป็นเพียงรัฐบาลของไต้หวัน[72]

(ข) คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 31 – ครั้นเวลาผ่านไปจนถึงกลางทศวรรษที่ 1950s วาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC นั้นต้องสิ้นสุดลงตามกฎหมาย ดังที่ได้นำเสนอไปการธำรงอยู่ของสมาชิกตรีสภาโดยเฉพาะสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญต่อการรักษาไว้ซึ่งสถานะความเป็นรัฐบาลจีนอันชอบธรรมเพียงรัฐบาลเดียวของรัฐบาล KMT การสิ้นสุดวาระของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจึงเป็นปัญหาต่อสถานะทางกฎหมายและการเมืองของทั้งตัวเจียงและรัฐบาล KMT สภาผู้พิพากษาสูงสุด (The Council of Grand Justices) หรือที่ปัจจุบันถูกรู้จักกันทั่วไปในนาม “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งไต้หวัน” (Constitutional Court R.O.C. (Taiwan)) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ (judicial yuan) และมีอำนาจในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ[73] มีบทบาทสำคัญยิ่งในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ในคำตีความลำดับที่ 31 (Judicial Yuan Interpretation no.31) ศาลรัฐธรรมนูญอ้างเหตุ “การธำรงอยู่ของภัยคอมมิวนิสต์ซึ่งกระทบต่อความมั่นคง” อนุญาตให้สมาชิกสภาชุดแรกสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้และไม่เคยถูกเลือกตั้งใหม่ในระดับชาติจนกระทั่ง ค.ศ. 1991[74] คำตีความลำดับที่ 31 ส่งผลทางลบต่อสมมติฐานทั้งสามประการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อย่างมีนัยสำคัญ การที่ศาลอนุญาตให้สมัชชาแห่งชาติชุดแรกสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้จนกว่าจะมีการเลือกตั้งใหม่ทำให้ระหว่าง ค.ศ. 1954 และ ค.ศ. 1990 ชาวไต้หวันไม่อาจขับเคลื่อนในฐานะพลเมืองตื่นรู้ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการเข้าไปออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตน

(ค) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติชั่วคราวฯ – สมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดแรก (ที่ไม่ได้รับการเลือกตั้งใหม่) ได้ใช้อำนาจอนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติชั่วคราวฯ เพื่อปฏิเสธอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันด้วยการระงับใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งได้ไม่เกินสองวาระ เปิดช่องให้เจียง ไคเชก ซึ่งอ้างความชอบธรรมว่าตนได้รับการเลือก

---

[71] 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.

[72] ดู 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).

[73] มาตรา 78 ของรัฐธรรมนูญ ROC.

[74] Judicial Yuan Interpretation no.3 1 <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310212> (Translated by Professor Jau-Yuan Hwang).

จากสมัชชาแห่งชาติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนชาวจีนทั้งมวลผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและปกครองแบบเผด็จการได้ถึงสี่วาระระหว่าง ค.ศ. 1950 จนถึงแก่กรรมเมื่อ ค.ศ. 1975 รวมทั้งด้วยการเพิ่มอำนาจให้ประธานาธิบดีมีอำนาจควบคุมจำนวนสมาชิกตรีสภาทำให้การเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดใหม่เพื่อเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เกิดขึ้น[75]

5.1.2 บทบัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีนในฐานะเครื่องมือที่ช่วยสถาปนาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันอย่างค่อยเป็นค่อยไป

การที่ตัวบทรัฐธรรมนูญ ROC ไม่เคยถูกแก้ไขมิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มิเคยถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับบริบทของไต้หวัน หากสังเกตในส่วนท้ายของรัฐธรรมนูญ ROC นับตั้งแต่ ค.ศ. 1991 เป็นต้นมา เราจะพบบทบัญญัติที่เรียกว่า “บทบัญญัติเพิ่มเติมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน” (Additional Articles of the Constitution of the Republic of China ต่อไปนี้จะเรียกว่า “บทบัญญัติเพิ่มเติมฯ”) ซึ่งมีผลแก้ไขเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปบทต่อท้ายช่วยผสานการธำรงไว้ซึ่งตัวตนของรัฐบาลไต้หวันที่แยกต่างหากจากรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเข้ากับความจำเป็นที่ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้สะท้อน “เจตจำนงของปวงชนไต้หวัน” มากขึ้นอันช่วยปูทางให้ไต้หวันก้าวไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริงได้สำเร็จ[76] เหตุการณ์และเนื้อหาของการตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ที่ผู้เขียนให้ความสนใจเป็นพิเศษและจะใช้วิเคราะห์ศักยภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ได้แก่ การตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ซึ่งนำไปสู่การปฏิรูปและยกเลิกสถาบันที่เป็นหนึ่งในสัญลักษณ์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนนั่นก็คือสมัชชาแห่งชาติ การปฏิรูปรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นมีจุดเริ่มต้นมาจากเหตุการณ์สำคัญสองเหตุการณ์ในช่วงทศวรรษที่ 1990 เหตุการณ์แรก ได้แก่ การขับเคลื่อนภาคประชาชนและนักศึกษาเรียกร้องให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดแรกก้าวลงจากตำแหน่ง[77] ส่วนอีกเหตุการณ์คือความพยายามของสมัชชาแห่งชาติที่จะขยายอำนาจตนเองผ่านการตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ครั้งที่ 5 อันสร้างความไม่พอใจแก่สาธารณชนชาวไต้หวันเป็นวงกว้าง สิ่งที่น่าสนใจคือสถาบันที่มีบทบาทสำคัญที่มีส่วนช่วยผลักดันให้การปฏิรูปรัฐธรรมนูญก็คือศาลรัฐธรรมนูญผ่านคำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 การวิเคราะห์การปูทางไปสู่การยกเลิกสมัชชาแห่งชาติผ่านคำตีความทั้งสองจะช่วยให้เราสามารถเห็นถึงศักยภาพของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ และองค์ประกอบที่กรอบประการนี้ควรพิจารณาเพิ่มเติม

---

[75] มาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญ ROC; Chien-Chih Lin, ‘Law and Politics of the Constitutional Amendment in Taiwan’ (เชิงอรรถ 70) 127-128.

[76] บทบัญญัติเพิ่มเติมฯ <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0000002>; Chien-Chih Lin , ‘We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities’ (เชิงอรรถ 64) 188-193.

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

5.2 คำตีความลำดับที่ 261 และคำตีความลำดับที่ 499 ของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน

ภายใต้กระแสเรียกร้องของประชาชนให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติชุดใหม่ประกอบกับข้อเท็จจริงว่าสมาชิกของสภาแห่งนี้หลายคนก็ได้ทยอยเสียชีวิตไป ได้มีสมาชิกพรรค DPP (Democrat Progressive Party) ซึ่งเป็นฝ่ายค้าน ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญทบทวนการตีความลำดับที่ 31 คำร้องของสมาชิกพรรค DPP อันนำไปสู่การจัดทำคำตีความลำดับที่ 261 เมื่อ ค.ศ. 1990 คำตีความดังกล่าวยังเป็นรากฐานของการจัดทำคำตีความลำดับที่ 499 ในอีก 10 ปีให้หลัง

5.2.1 คำตีความของศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 261 : การปูทางไปสู่การสร้างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันในระบบกฎหมาย

คำตีความลำดับที่ 261 มีประเด็นปัญหากฎหมายหลักที่ศาลต้องตีความ ได้แก่ ประเด็นที่ว่า “บรรดาสมาชิกตรีสภาที่ได้รับการเลือกตั้งเมื่อ ค.ศ. 1947 จะสามารถอยู่ปฏิบัติหน้าที่ได้ตลอดไปโดยไม่ต้องมีการเลือกตั้งใหม่หรือไม่”[78] ภายใต้กระแสเรียกร้องประชาธิปไตยของสังคม ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าคำตีความลำดับที่ 31 รัฐธรรมนูญ ROC และบทบัญญัติชั่วคราวฯ หาได้มุ่งหมายให้สมาชิกตรีสภาสามารถดำรงตำแหน่งอยู่ได้โดยไม่ต้องเลือกตั้งใหม่ตลอดไป ตรงกันข้าม รัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชน (ซึ่งสะท้อนเป็นนัยถึงปวงชนไต้หวัน) สามารถแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตนผ่านการเข้าไปมีส่วนในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตน[79] แต่ขณะเดียวกัน ศาลก็รับรู้ว่าการเลือกตั้งเหนือแผ่นดินจีนทั้งหมดเป็นสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้ในความเป็นจริง การเลือกตั้งจะเกิดขึ้นได้ก็แต่เหนือ “อาณาเขตอิสระ” (“free territory”) นั่นก็คือพื้นที่ของเกาะไต้หวันและเกาะโดยรอบ ทั้งยังยอมรับความเป็นจริงว่ามาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ ROC ซึ่งกำหนดองค์ประกอบของสมัชชาแห่งชาติให้ต้องประกอบด้วยผู้แทนจากจีนแผ่นดินใหญ่ยังอยู่ในช่วงที่ “ไม่อาจใช้บังคับได้อย่างเต็มที่”[80] สุดท้ายศาลได้สั่งให้รัฐบาลไป “จัดทำแผนการที่เหมาะสม” ที่จะอำนวยให้การเลือกตั้งสมาชิกตรีสภาชุดใหม่ซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนแห่ง “อาณาเขตอิสระ” สามารถเกิดขึ้น ศาลยังสั่งให้สมาชิกตรีสภาชุดแรกที่ไม่เคยได้รับการเลือกตั้งใหม่เลยจะต้องก้าวลงจากตำแหน่งภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1991[81]

กล่าวให้ถึงที่สุด คำตีความลำดับที่ 261 มีผลลดระดับความเข้มข้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนชาวจีน และส่งสัญญาณว่ารัฐจะต้องสถาปนา “ปวงชนชาวไต้หวัน” ในฐานะ “แนวคิดทางกฎหมาย” ให้เกิดขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญควบคู่กับนโยบายจีนเดียว[82] คำตีความ

---

[78] 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); ดู เนื้อหาคำตีความจากอ้างอิงนี้.

[79] Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003) 146.

[80] ดู ส่วนของเหตุผลของการตีความ (reasoning) ของคำตีความลำดับที่ 261.

[81] เพิ่งอ้าง.

[82] Chien-Chih Lin, ‘We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities’ (เชิงอรรถ 64) 189-190.

ลำดับที่ 261 ปูทางไปสู่การตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ครั้งที่ 1 ซึ่งได้แบ่งแยกพื้นที่ของจีนส่วนที่เรียกว่า “อาณาเขตอิสระ” (free area) ซึ่งอยู่ใต้อาณัติของรัฐบาลสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ออกจากพื้นที่ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพรรค CCP (นั่นก็คือสาธารณรัฐประชาชนจีน) โดยกำหนดให้การใช้อำนาจของทางการภายใต้รัฐธรรมนูญ ROC ทั้งหมดรวมถึงการเลือกตั้งสมาชิกตรีสภา (รวมถึงสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ) จำกัดอยู่เฉพาะเหนือดินแดนส่วนแรก[83] การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้น**เป็นจุดเริ่มต้นของการแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนในระบบกฎหมาย**[84] สถานะของปวงชนชาวไต้หวันปรากฏชัดเจนยิ่งขึ้นไปอีกภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 3 ซึ่งยกเลิกอำนาจของสมัชชาแห่งชาติในการเลือกประธานาธิบดี แล้วให้ประชาชนมีสิทธิเลือกประธานาธิบดีโดยตรง[85] การตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ครั้งที่ 1 และ 3 ได้ช่วยสถาปนาหลักการที่ว่าการแสดงออกซึ่งอำนาจในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามหรือโครงสร้างของระบบรัฐธรรมนูญจะมีความชอบธรรมมากที่สุดหากประชาชนท้องถิ่นสามารถใช้อำนาจนั้นได้เองโดยตรง นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ยังได้ยกระดับความเข้มข้นของการแยก “ปวงชนชาวไต้หวัน” ออกจาก “ปวงชนชาวจีน” ด้วยการยกเลิกสถานะของไต้หวันในฐานะ “มณฑล” (province) ตามรัฐธรรมนูญ[86] การค่อย ๆ สถาปนา “ปวงชนชาวไต้หวัน” ขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญมีส่วนผลักดันให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความกล้าหาญมากขึ้นในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังปรากฏในคำตีความลำดับที่ 499

5.2.2 คำตีความลำดับที่ 499 : ปวงชนไต้หวันกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ความชอบธรรมของสมัชชาแห่งชาติ (ที่แม้จะได้รับการเลือกตั้งใหม่) ถูกสั่นคลอนอีกครั้งจากการที่สมัชชาดังกล่าวใช้อำนาจอนุมัติบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 1999 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นมีปัญหาทั้งในเชิงกระบวนการและในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ ในเชิงกระบวนการ เราจะพบว่าการอนุมัติบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ในครั้งที่ 5 สมัชชาแห่งชาติใช้วิธีการลงคะแนนโดยลับแทนที่จะใช้การออกเสียงโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน ส่วนในเชิงเนื้อหา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1999 มีผลเปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจากเดิมที่ให้สมาชิกเหล่านี้มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเหนืออาณาเขตอิสระ (ตามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1) เป็นให้กำหนดจำนวนสมาชิกดังกล่าวจากสัดส่วนคะแนนเสียงที่พรรคการเมืองได้รับในการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ[87]

---

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

[84] Oran Doyle, ‘Populist constitutionalism and constituent power’ (เชิงอรรถ 56) 174.

[85] มาตรา 2 ของบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ.

[86] Chien-Chih Lin, ‘Law and Politics of the Constitutional Amendment in Taiwan’ (เชิงอรรถ 70) 130, 138.

[87] สำหรับรายละเอียดของปัญหาทั้งสองมิติ ดู Jiunn-rong Yeh, ‘Beyond unconstitutionality: The public oversight of constitutional revision in Taiwan’ in in Rehan Abeyratne and Bui Ngoc Son (eds) *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2022) 155-156.

เหตุการณ์ข้างต้นนำมาซึ่งความไม่พอใจแก่สาธารณชนเป็นวงกว้าง จนทำให้มีสมาชิกสภาบางส่วนได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ที่เกิดขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นพ้องกับรอซไนว่าการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปในลักษณะที่ “สะท้อนเจตจำนงของปวงชนอย่างเต็มที่”[88] ประการสำคัญก็คือ ศาลตีความคำว่า “ปวงชน” บนพื้นฐานของคำตีความลำดับที่ 261 ดังนั้น ปวงชนในที่นี้จึงหมายถึงพลเมืองของอาณาเขตอิสระหรือก็คือปวงชนชาวไต้หวัน[89] สุดท้าย ศาลตีความว่าเมื่อสมัชชาแห่งชาติมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ROC ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชน สมาชิกของสมัชชาดังกล่าว “จึงต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของปวงชน”[90] สำหรับศาล การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 มีผลลดระดับให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติให้กลายเป็นเพียง “ผู้แทนของพรรคการเมือง”[91] ขณะเดียวกัน ศาลยังได้เน้นย้ำว่าวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไป “โดยเปิดเผยต่อสาธารณชน” เพื่อให้ปวงชน “ได้มีโอกาสทราบ [และ] วิพากษ์วิจารณ์” การดำเนินงานของสมัชชาแห่งชาติ[92] ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจึงถือว่าขัดกับหลักการประชาธิปไตยและถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[93] กล่าวให้ถึงที่สุด คำตีความลำดับที่ 499 ได้ช่วยพัฒนาและทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันฝังรากลึกลงไปอีกในระบบกฎหมายหลัง ค.ศ. 1991

5.3 บทเรียนจากไต้หวันในฐานะภาพสะท้อนการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

เบื้องต้น คำตีความลำดับที่ 499 สอดคล้องกับตรรกะของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงซึ่งเป็นแกนของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่ว่าหากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่เป็นอุปสรรคทำให้ปวงชนทุกหมู่เหล่าและทุกรุ่นไม่สามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกได้ด้วยตนเอง บทบัญญัตินั้นย่อมสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน บทบัญญัติเพิ่มเติมฯ เมื่อ ค.ศ. 1999 (หากวิเคราะห์ผ่านม่านของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไม่ใช่จากมุมของทฤษฎี UCA) เป็นตัวอย่างของบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญที่ทำให้

---

[88] Judicial Yuan Interpretation no.499, 4-5.

[89] เพิ่งอ้าง 15.

[90] Jiunn-rong Yeh, ‘Beyond unconstitutionality: The public oversight of constitutional revision in Taiwan’ (เชิงอรรถ 87) 156.

[91] 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.

[92] 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) 208-209.

[93] Judicial Yuan Interpretation no.499, 18.

“ปวงชน” ซึ่งเป็นพลเมืองตื่นรู้ผู้ทรงสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญถูก “กลืน” ให้อยู่ภายใต้ความอนุบาลขององค์กรอื่น (นั่นก็คือพรรคการเมือง)[94] และหากพิจารณาให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปอีก คำตีความของศาลยังเป็นการบ่งชี้โดยอ้อมว่าการยกเลิกบทบัญญัติชั่วคราวฯ ซึ่งเป็นเครื่องมือของเจียง ไคเชกในการสถาปนาระบอบเผด็จการเป็นบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่สมควรแล้ว เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติซึ่งเป็นผู้แทนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้รับการเลือกตั้งใหม่ อันส่งผลทำให้การระงับสิทธิในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนรุ่นหลังคงอยู่ต่อไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด

จากคำตีความลำดับที่ 499 ยังสามารถสืบสาวต่อไปได้อีกว่าสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน ตัวบทของรัฐธรรมนูญ ROC ว่าด้วยสมัชชาแห่งชาติจะสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่เฉพาะไปในทางที่อำนวยให้โครงสร้างและการใช้อำนาจของสถาบันดังกล่าวโดยเฉพาะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น ดังนั้น แม้จะไม่ได้กล่าวเอาไว้โดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญดูจะยอมรับโดยปริยายว่าการปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญส่วนนี้เพื่ออำนวยให้ปวงชนไต้หวันสามารถแสดงออกซึ่งสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองโดยตรงมากยิ่งขึ้น (ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุติยภูมิในลักษณะที่ใกล้เคียงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกมากกว่าเดิมที่ต้องดำเนินการผ่านผู้แทน (นั่นก็คือสมัชชาแห่งชาติ)) เป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่สมควร[95] การตราบัญญัติเพิ่มเติมฯ ครั้งที่ 7 ได้ทำให้วิธีคิดตามขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความไม่พอใจของสังคมต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 ได้สร้างแรงกดดันให้มีการยกเลิกสมัชชาแห่งชาติ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 เมื่อ ค.ศ. 2005 สมัชชาแห่งชาติได้ถูกยกเลิกอย่างถาวร โดยบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ได้โอนอำนาจอนุมัติข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมัชชาแห่งชาติให้แก่สภานิติบัญญัติ และกำหนดให้ประชาชนเหนืออาณาเขตอิสระเป็นผู้ให้สัตยาบันต่อข้อเสนอดังกล่าวผ่านการออกเสียงประชามติ[96] จากเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5 จนถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 เราพอจะสรุปได้ว่ากรณีของไต้หวันสะท้อนให้เห็นว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถนำไปปรับใช้เพื่อช่วยป้องกันมิให้เกิดปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในขณะที่คำตีความลำดับที่ 499 สะท้อนภาพการที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ถูกนำไปปรับใช้ คำตีความลำดับที่ 261 ชี้ให้เห็นถึงสิ่งที่กรอบประการนี้ต้องคำนึงถึงเพิ่มเติม ดังที่ผู้เขียนได้นำเสนอไป การธำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ROC สมัชชาแห่งชาติ และบทบัญญัติชั่วคราวฯ มีผลทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวมาท้าทายสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจ

---

[94] David KC Huang and Nigel NT Li, ‘Unconstitutional Constitutional Amendment in Taiwan: A Retrospective Analysis of Judicial Yuan Interpretation No.499 [2000]’ (เชิงอรรถ 91) 424.

[95] ดู George Duke, ‘Can the people exercise constituent power?’ (เชิงอรรถ 45) 809.

[96] มาตรา 12 ของบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ.

สถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อย่างชัดเจน เนื่องจากสมมติฐานประการนี้มองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าเป็น “อำนาจที่ธำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องพิสูจน์” ซึ่งอยู่เหนือและปราศจากขีดจำกัดทางกฎหมายของ “ปวงชนผู้มีความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน” คำตีความลำดับที่ 261 แสดงให้เห็นว่าหากปราศจาก “การต่อสู้ช่วงชิงทางรัฐธรรมนูญ” คือ การที่กลุ่มผลประโยชน์ที่แตกต่างหลากหลายในสังคมพยายามต่อสู้กันทางความคิด (รวมถึงทางกายภาพ) ในโลกแห่งความเป็นจริงโดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้อัตลักษณ์ตัวตนของตน อุดมการณ์ ความคิดที่ตนยึดมั่นเป็นคุณค่านำหรือได้รับการยอมรับหรือได้รับการจัดสรรพื้นที่ในระบบรัฐธรรมนูญ[97] ก็คงจะไม่เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ช่วยอำนวยให้แนวความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันค่อย ๆ ถูกรับรองอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมาย นัยนี้แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในไต้หวันมีลักษณะ “กลับด้าน” ไปจากความสัมพันธ์ระหว่างแนวคิดทั้งสองภายใต้สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมซึ่งถือว่าอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ก่อนและเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตให้กับการปรับใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจที่ถูกสถาปนา (เช่น อำนาจตีความ-วินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ) โดยบริบทของไต้หวันสะท้อนให้เห็นว่าการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญได้ช่วยสร้างพื้นที่ให้ “ปวงชน” ผู้เป็นเจ้าของอำนาจประการแรกค่อย ๆ ถือกำเนิดขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญอันปูทางให้สามารถนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ได้โดยสอดคล้องกับความเป็นจริง[98] และหากปราศจากการตราบัญญัติเพิ่มเติมฯ ที่มีผลแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน เราคงไม่มีโอกาสได้เห็นศาลแสดงบทบาทดังที่ปรากฏในคำตีความลำดับที่ 499 กล่าวให้ถึงที่สุด ประสบการณ์ของไต้หวันเผยให้เห็น**ถึงเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อน** (ในกรณีของไต้หวัน คือ การรับรองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันโดยการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ) ที่จะช่วยอำนวยให้สถาบันรัฐ (เช่น ศาล) มีความกล้าที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงที่ว่าความสำเร็จของการปรับใช้แนวคิดและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ในไต้หวันนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีน (ซึ่งเป็นแนวคิดที่ไม่อาจปฏิเสธได้ในทางปฏิบัติ) ทำให้สามารถวิเคราะห์ต่อไปได้ว่าความสำเร็จของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไม่จำเป็นต้องอาศัยสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมเสมอไป (กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องยึดถือสมมติฐานดังกล่าวอย่างเคร่งครัดด้วยการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนและสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไต้หวันให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญเพียงแนวคิดเดียว)

---

[97] 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.

[98] Oran Doyle, ‘Populist constitutionalism and constituent power’ (เชิงอรรถ 56) 173-174.

6. มาเลเซีย : บริบทที่ควรเลี่ยงการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

ตรงกันข้ามกับไต้หวัน ประสบการณ์ของมาเลเซียซึ่งเป็นดินแดนที่เผชิญกับความขัดแย้งทางชาติพันธุ์โดยเฉพาะระหว่างชาวมาเลย์และชาวจีนดังจะได้กล่าวถึงต่อไปเป็นตัวอย่างของบริบทที่ถ้านำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้อาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี

6.1 การสร้างระบบรัฐธรรมนูญที่ปราศจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในขณะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อาศัยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมเป็นฐานตั้งต้น ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์โดยเฉพาะระหว่างชาวมาเลย์และชาวจีนทำให้มาเลเซียเผชิญกับความยากลำบากในการสถาปนาแนวคิด “ปวงชนผู้มีความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน” ให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญ ชาวมาเลย์ซึ่งนับถือศาสนาอิสลามมองว่าตนเป็น “ภูมิบุตร” (Bumiputera) หรือชนท้องถิ่นดั้งเดิมผู้มีเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษเหนือแผ่นดินที่ตนเป็นเจ้าของ ส่วนชาวจีนซึ่งนับถือศาสนาพุทธและคริสต์ที่เกิดและเติบโตเหนือดินแดนมาเลเซียและมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าชาวมาเลย์ก็มองว่าตนเป็นพลเมืองมาเลเซียเฉกเช่นกันและสมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐาน[99]

แม้ดินแดนมาเลเซียจะประสบกับปัญหาความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ แต่สิ่งหนึ่งที่กลุ่มชาติพันธุ์เหล่านี้เห็นพ้องกันก็คือการสร้างรัฐเอกราชใหม่ที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นของตนเองขึ้นมา ในช่วงทศวรรษที่ 1950s เจ้าชายชาวมาเลย์และเป็นแกนนำพรรค UMNO (United Malays National Organisation) ซึ่งเป็นตัวแทนชาติพันธุ์มาเลย์ที่ชื่อตนกูอับดุล เราะห์มาน (Tunku Abdul Rahman ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ท่านตนกู”) ได้เป็นตัวตั้งตัวตีในการประนีประนอมผลประโยชน์ระหว่างรัฐบาลบริเตน เจ้าอาณานิคม บรรดาเจ้าผู้ปกครอง (the Rulers หรือบรรดาสุลต่านของรัฐต่าง ๆ) และพรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนชาติพันธุ์อื่น (ได้แก่ พรรค MCA (Malaysian Chinese Association) ซึ่งเป็นตัวแทนชาวจีนและพรรค MIC (Malaysian Indian Congress) ซึ่งเป็นตัวแทนของชาวอินเดีย (และเอเชียใต้))[100] ทั้งสามพรรคการเมืองได้รวมตัวกันเป็น “กลุ่มพันธมิตร” (The Alliance) และได้เข้าเจรจาเอกราชและจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐดังกล่าวกับรัฐบาลบริเตน ณ กรุงลอนดอนเมื่อ ค.ศ. 1956[101]

ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริเตนและกลุ่มพันธมิตรเลือกที่จะไม่จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (constituent assembly) ดังเช่นกรณีไต้หวัน หากแต่เลือกที่จะแต่งตั้งคณะกรรมาธิการ (commission) ขึ้นมาชุดหนึ่งประกอบด้วยนักวิชาการด้านกฎหมายและผู้พิพากษาจำนวน 5 คน ซึ่งคัดเลือกมาจากชาวต่างชาติทั้งหมด (ได้แก่ สกอตแลนด์ ออสเตรเลีย อังกฤษ อินเดีย และปากีสถาน)[102] กล่าวอีกนัยหนึ่ง

---

[99] 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.

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

[101] ดู Joseph M. Fernando, *The Alliance Road to Independence* (University of Malaya Press 2009) ch 6.

[102] 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 I:*

การตั้งกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากชาวต่างชาติทั้งหมดสะท้อนให้เห็นว่ากลุ่มพันธมิตรและรัฐบาลบริเตนเลือกที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญโดยเลี่ยงการขับเคลื่อนแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวมาเลย์[103] ศาลของมาเลเซียเองก็ได้ยืนยันสภาวะดังกล่าวเอาไว้ในคดี Phang Chin Hok โดยศาลได้กล่าวว่าระหว่าง ค.ศ. 1956 และ ค.ศ. 1957 “ปวงชนชาวมาลายาหาได้มีโอกาสรวมตัวกันเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ” (“[T]here was no occasion for Malayans to get together to draw up a Constitution”)[104] หากลองวิเคราะห์ การเลี่ยงการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดูจะช่วยอำนวยให้การดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญดำเนินไปได้อย่างลุล่วง ดังที่ศาสตราจารย์แอนดรูว์ ฮาร์ดิ้ง (Andrew Harding) ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ ก่อนที่จะเดินทางไปยังกรุงลอนดอน กลุ่มพันธมิตรและบรรดาเจ้าผู้ปกครองได้ทำบันทึกความเข้าใจ (memorandum) ประนีประนอมผลประโยชน์ระหว่างชาติพันธุ์เอาไว้ล่วงหน้าแล้ว[105] การประนีประนอมที่เกิดขึ้นตั้งอยู่บนหลักการที่ว่าชาวจีนและชาวอินเดียจะได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นพลเมือง การใช้ภาษา และการนับถือศาสนา ตลอดจนได้รับการประกันว่ารัฐเอกราชใหม่จะไม่เป็นรัฐศาสนา (รัฐอิสลาม) หากแต่เป็นรัฐฆราวาสที่เป็นประชาธิปไตย[106] แต่ขณะเดียวกัน ชาวมาเลย์ในฐานะภูมิบุตรยังได้รับการรับประกันเอกสิทธิ์ที่จะได้รับการเลือกปฏิบัติเชิงบวกเพื่อเยียวยาสถานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า ชาวมาเลย์ยังได้รับการยืนยันว่าในรัฐเอกราชใหม่บรรดาเจ้าผู้ปกครองจะยังคงพระราชสถานะในฐานะผู้นำทางศาสนาและจิตวิญญาณของตน ทั้งศาสนาอิสลามจะเป็นศาสนาประจำชาติและภาษามาเลย์จะเป็นภาษาราชการ[107] ข้อตกลงระหว่างชาติพันธุ์นี้เป็นที่รู้จักกันในนาม **“สัญญาประชาคม” (Social Contract)**[108] การจัดทำรัฐธรรมนูญที่เบี่ยงเบนไปจากข้อตกลงดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งและความรุนแรงระหว่างชาติพันธุ์ขึ้นภายหลังรัฐธรรมนูญถูกประกาศใช้[109] ขณะเดียวกัน การขับเคลื่อนมวลชนเพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในบริบทที่มีความอ่อนไหวทางชาติพันธุ์อาจเปิดช่องให้กลุ่มชาวมาเลย์ปฏิเสธการสถาปนารัฐฆราวาสที่เป็นประชาธิปไตย[110]

Constitution-Making (Hart 2023) 179-183; 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.

[103] Jaclyn L. Neo, ‘A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia’ (เชิงอรรถ 7) 82.

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

[105] Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (2nd edn, Hart 2022) 18.

[106] 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) 266.

[107] 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.

[108] เพิ่งอ้าง 258-259.

[109] Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (เชิงอรรถ 105) 19-20.

[110] ดู Julian C. H. Lee, *Islamization and Activism in Malaysia* (ISEAS 2010) 55-56.

โดยสรุป ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์โดยเฉพาะระหว่างชาวมาเลย์และชาวจีนทำให้การสร้างชาติและการจัดทำรัฐธรรมนูญของมาเลเซีย**เริ่มต้นด้วยการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ**[111] สำหรับโครงสร้างการปกครอง รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 สถาปนาระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาอันมีสมเด็จพระราชาธิบดี (Yang di-Pertuan Agong) ทรงเป็นพระประมุข ตลอดจนรับรองสัญญาประชาคมระหว่างชาติพันธุ์เอาไว้ อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่สัญญาประชาคมนั้นตั้งอยู่บนหลักสิทธิพิเศษ-เอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์มิใช่แนวคิดพลเมืองตื่นรู้-อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน (ทุกหมู่เหล่า) นั่นจึงทำให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ เข้าข่ายที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมหากพิจารณาบนพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

6.2 บทบัญญัติที่ควรปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

หากได้อ่านตัวบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 ทั้งฉบับ จะพบว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้หาได้มีบทบัญญัติที่รับรองโดยชัดแจ้งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวมาเลเซีย หากแต่มุ่งรับรองข้อตกลงสัญญาประชาคมระหว่างกลุ่มชาติพันธุ์ ดังจะเห็นได้ว่ามาตรา 8(2) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 กำหนดหลักทั่วไปเอาไว้ว่ารัฐไม่อาจกระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเลือกปฏิบัติต่อพลเมืองด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติเว้นแต่รัฐธรรมนูญจะอนุญาต[112] อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญได้อนุญาตให้รัฐสามารถกระทำการอันเข้าข่ายเลือกปฏิบัติต่อบุคคลได้เพื่อพิทักษ์การธำรงอยู่หรือสวัสดิภาพของชาวมาเลย์ซึ่งเป็นภูมิบุตร[113] ภายใต้มาตรา 8 มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญจึงได้รับรองสิทธิพิเศษของชาวมาเลย์ทั้งสิทธิพิเศษในการศึกษาและได้รับทุนการศึกษาและสิทธิพิเศษในการได้รับการจัดสรรตำแหน่งราชการ และสิทธิพิเศษที่จะได้รับการอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจการค้า[114] นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังพิทักษ์อัตลักษณ์ของชาวมาเลย์ด้วยการรับรองให้ภาษามาเลย์เป็นภาษาราชการแต่ก็มิได้ห้ามการใช้ อนุรักษ์ และศึกษาภาษาอื่น[115] ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็น “ศาสนาประจำสหพันธ์” แต่ก็มิได้กำหนดโครงสร้างการปกครองให้เป็นรัฐอิสลาม[116] ที่สำคัญรัฐธรรมนูญกำหนดให้บรรดาเจ้าผู้ปกครอง ผลัดเปลี่ยนกันทุก 5 ปีขึ้นดำรงตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดี[117]

---

[111] ดูประกอบบทวิเคราะห์กระบวนการจัดทำ ค.ศ. 1957 รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 40-45.

[112] มาตรา 8(2) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[113] มาตรา 8(5) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[114] มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[115] มาตรา 152(1) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[116] มาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[117] มาตรา 32(3) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

การกำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำสหพันธ์และการกำหนดให้บรรดาสุลต่านผลัดเปลี่ยนกันทุก 5 ปีขึ้นดำรงตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดีมีผลให้บุคคลที่จะขึ้นดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐต้องเป็นชาวมาเลย์มุสลิมเท่านั้น[118] สิ่งนี้เอื้ออำนวยให้ชาติพันธุ์มาเลย์สามารถควบคุมกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลลดทอนเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษของภูมิบุตร หากพิจารณาตัวบทมาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไป ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎร (Dewan Rakyat) และวุฒิสภา (Dewan Negara) ด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา แต่ในกรณีที่การดังกล่าวกระทบและมีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิพิเศษและเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์ (มาตรา 153) และอัตลักษณ์ของชาวมาเลย์ (สถานะของภาษามาเลย์ในฐานะภาษาราชการ (มาตรา 152) เอกสิทธิ์ของเจ้าผู้ปกครอง (มาตรา 71(1)) โครงสร้างที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง (มาตรา 38)) ข้อเสนอนั้นไม่เพียงแต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หากแต่ยังต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง (Conference of Rulers) ซึ่งเป็นที่ประชุมร่วมกันของบรรดาสุลต่าน ราชา และพระประมุขจาก 9 รัฐ[119] จะเห็นได้ว่ามาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญได้แปลงให้เจ้าผู้ปกครองเป็น “ผู้พิทักษ์ความเป็นมาเลย์” และหากวิเคราะห์ผ่านมุมกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ การรับรองบทบาทที่ได้กล่าวมามีผลกีดกันมิให้บางภาคส่วนของสังคม (กล่าวคือ ชาติพันธุ์ที่มิใช่ภูมิบุตร) สามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญที่รับรองสัญญาประชาคม[120]

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 จะมีตัวบทที่เข้าข่ายสมควรถูกแก้ไขตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ แต่ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่าการปรับใช้กรอบประการนี้ในบริบทของมาเลเซียก่อให้เกิดผลทางลบต่อทั้งเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญและตัวกรอบดังกล่าวเอง

6.3 ผลทางลบของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้

ผู้เขียนจะนำเสนอให้เห็นว่ามาเลเซียเป็นตัวอย่างของบริบทที่ถ้ามีการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้จะก่อให้เกิดผลทางลบผ่านเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1971 และคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับสถานะของศาสนาอิสลาม

6.3.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971 : การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิเสธกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

เหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1971 เป็นผลพวงมาจากเหตุจลาจลเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1969 การจลาจลเมื่อ ค.ศ. 1969 เกิดขึ้นภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปในปีเดียวกัน โดยในการเลือกตั้งครั้งนั้นกลุ่มพันธมิตร (แม้จะได้รับชัยชนะในภาพรวม) พ่ายแพ้ต่อพรรคฝ่ายค้านซึ่งได้รับการสนับสนุนจากชาวจีนในหลายเขต ชาวจีนเฉลิมฉลองชัยชนะของฝ่ายค้าน

---

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

[119] มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957.

[120] Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (เชิงอรรถ 105) 126.

และมีการใช้วาทกรรมยั่วยุชาวมาเลย์ เช่น “พวกมาเลย์กลับบ้านนอกไป” (“Orang Melayu Balek Kampong”) “กำจัดพวกมาเลย์ให้หมด” (“Semua Melayu Kasi Habis”) “กัวลาลัมเปอร์เป็นของพวกเราชาวจีน” (“Kuala Lumpur Sekarang China Punya”) วาทกรรมเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่าชาวจีนต้องการแก้ไขสถานภาพของชาติพันธุ์ตามรัฐธรรมนูญให้ทัดเทียมกับชาติพันธุ์มาเลย์ (ซึ่งหากมีการแก้ไข ก็จะทำให้รัฐธรรมนูญของมาเลเซียสอดคล้องกับตรรกะและหลักการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มากขึ้น) จึงไม่แปลกที่ฝ่ายหลังจะรู้สึกว่าสถานะภูมิบุตรของตนถูกคุกคาม[121] อย่างไรก็ดี แทนที่จะเลือกประนีประนอมกับชาวจีนด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปตามแนวทางที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สนับสนุน รัฐบาลที่มีพรรค UMNO เลือกที่จะจัดการกับสถานการณ์ความขัดแย้งด้วยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและ “จัดความสัมพันธ์” ระหว่างชาติพันธุ์ใหม่ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971 อันมีผลทำให้มาเลเซียกลายเป็น “รัฐตำรวจเผด็จการกึ่งประชาธิปไตย” คือรัฐที่มีโครงสร้างการปกครองภายใต้ระบบรัฐสภาแต่รัฐมีอำนาจควบคุมสอดส่องกลุ่มประชาชนที่อาจเป็นภัยต่ออุดมการณ์ชาตินิยมมาเลย์อันเป็นเหตุให้รัฐสามารถใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญได้อย่างกว้างขวาง[122]

ในภาพรวม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971 มีผลขยายขอบเขตของ “ภูมิบุตร” ผู้ที่ได้รับเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษตามมาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญให้รวมไปถึงชนพื้นถิ่นในรัฐซาบาห์และรัฐซาราวัก รวมถึงเพิ่มมาตรา 10(4) ซึ่งอนุญาตให้รัฐสภาผ่านพระราชบัญญัติที่มีผลจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออกและแสดงความคิดเห็นอันมีผลห้ามตั้งคำถามต่อพระราชสถานะและพระราชอำนาจของบรรดาเจ้าผู้ปกครองและเอกสิทธิ์ของภูมิบุตรชาวมาเลย์และชนพื้นถิ่นในรัฐซาบาห์และรัฐซาราวัก นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971 ยังมีผลทำให้การกำหนดความผิดและโทษทางอาญาแก่การตั้งคำถามต่ออัตลักษณ์และเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์มีความ “เป็นสถาบัน” มากขึ้นด้วยการแก้มาตรา 159(5) กำหนดให้การแก้ไขมาตรา 10(4) ของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่ออกภายใต้มาตราดังกล่าวต้องได้รับอนุมัติจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 และ “ต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง”[123]

จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1971 ไม่แต่เพียงเพิ่มบทบัญญัติที่มีผลทำให้ชาติพันธุ์ที่มิใช่ภูมิบุตรมีสถานะเป็น “ผู้อื่น” หรือ “คนนอก” มากยิ่งขึ้นกว่าเดิม[124] หากแต่ยังสร้างความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้แก่การกำหนดโทษทางอาญาแก่การขับเคลื่อนปวงชนเพื่อแก้ไขสัญญาประชาคมที่คนรุ่นอดีตกำหนดเอาไว้ หากพิจารณาจากมุมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาผ่านการอ่านทฤษฎี UCA ของรอซไนใหม่ บทบัญญัติทั้งสองลักษณะเข้าข่ายเป็นบทบัญญัติ

---

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

[122] Andrew Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* (เชิงอรรถ 105) 64.

[123] ดู รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 50.

[124] Ratna Rueban Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft in Malaysian Courts: A Naïve ‘Schmittian’ Misappropriation’ (เชิงอรรถ 51) 119-120.

ที่สมควรถูกแก้ไข กระนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1971 ยังคงมีผลบังคับจนถึงปัจจุบัน โดยรัฐสภาของมาเลเซียก็ไม่เคยดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลลดระดับการคุ้มครองสิทธิพิเศษและเอกสิทธิ์ของภูมิบุตรไปจากเมื่อ ค.ศ. 1971 เลย ตรงกันข้าม ความพยายามลดระดับของสิ่งดังกล่าวมีแต่จะนำไปสู่การล่มสลายของรัฐบาลดังที่ปรากฏเมื่อ ค.ศ. 2019 โดยรัฐบาลขณะนั้นได้ประกาศนโยบาย “ปฏิรูปการเมือง” ซึ่งรวมไปถึงแผนการลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) เพื่อปฏิรูปให้มาเลเซียเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น การเข้าเป็นภาคีตราสารระหว่างประเทศฉบับนี้ย่อมนำไปสู่การยกเลิกหรือลดระดับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1971 อันมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญของมาเลเซียมีเนื้อหาสอดคล้องกับสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ พรรคฝ่ายค้านได้อาศัยเหตุนี้ปลุกปั่นภาคประชาสังคมว่าการกระทำของรัฐบาลเป็นปฏิปักษ์ต่อเอกสิทธิ์และสิทธิพิเศษของภูมิบุตรและพระราชสถานะของเจ้าผู้ปกครองชาวมาเลย์ ด้วยแรงต่อต้านที่เกิดขึ้น (ประกอบกับเหตุการณ์อื่น) สุดท้ายรัฐบาลต้องมีอันล่มสลายลงเพียง 1 ปีให้หลัง[125]

กล่าวให้ถึงที่สุด ประสบการณ์ของมาเลเซียเชื้อเชิญให้คำนึงว่าการนำ/เรียกร้องให้มีการนำหลักการและสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ (โดยเฉพาะสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมและสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้) มาปรับใช้สามารถกลายเป็นชนวนที่ทำให้แนวคิดและตรรกะของกรอบประการนี้ถูกต่อต้านจากฝ่ายที่มีอำนาจนำภายในรัฐมากกว่าเดิมจนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเพิ่มจำนวนบทบัญญัติที่มีเนื้อหาปฏิเสธตรรกะและสมมติฐานของกรอบดังกล่าว[126]

6.3.2 คำพิพากษาของศาลมาเลเซียเกี่ยวกับสถานะของศาสนาอิสลาม : ความขัดแย้งระหว่างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ กับแนวคิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ กับบทบัญญัติมาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำสหพันธ์ ผู้เขียนได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่าบทบัญญัตินี้อำนวยให้ชาวมาเลย์มุสลิมเท่านั้นที่สามารถขึ้นดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐซึ่งมีอำนาจยับยั้งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อสัญญาประชาคมได้ หากวิเคราะห์เชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ บทบัญญัติมาตรา 3(1) จึงมีผลกีดกันมิให้บางภาคส่วนของสังคม (ได้แก่ ชาติพันธุ์ที่มิใช่ภูมิบุตร) เข้าไปมีส่วนในการแก้ไข

---

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

[126] ดูประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 64.

เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบางประเด็น (ได้แก่ ประเด็นที่กระทบเอกสิทธิ์ของชาวมาเลย์) อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรา 159(5) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 มิได้บังคับให้การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 3(1) ต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมเจ้าผู้ปกครอง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาตามความเป็นจริง ความพยายามเรียกร้องให้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมาตรา 3(1) ด้วยเหตุที่ว่าบทบัญญัติดังกล่าวสนับสนุนให้เกิดการกีดกันมิให้ชาติพันธุ์ที่มิใช่ภูมิบุตรสามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตัวบทรัฐธรรมนูญที่รับรองสัญญาประชาคมย่อมก่อให้เกิดแรงต้านจากชุมชนชาวมาเลย์ แต่นอกเหนือจากแรงต้านจากชั้นนำและสังคม การแก้ไขมาตรา 3(1) ยังอาจต้องเผชิญกับแรงต้านจากศาลอีกด้วย

นับตั้งแต่ ค.ศ. 2010 เป็นต้นมา ศาลแห่งสหพันธ์ของมาเลเซียได้มีโอกาสวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสถานะของศาสนาอิสลามซึ่งสังคมให้ความสนใจเป็นวงกว้างนั่นก็คือคดี Allah-Herald แม้คดีดังกล่าวจะไม่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ผลของคำพิพากษานี้ก็กระทบต่อแนวทางการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 คดี Allah-Herald มีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัย ได้แก่ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยห้ามโบสถ์คาทอลิกตีพิมพ์จดหมายข่าวฉบับภาษามาเลย์ซึ่งมีการใช้คำว่า “อัลเลาะห์” (Allah) เพื่อสื่อความหมายถึงพระเจ้าของศาสนาคริสต์เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฝ่ายรัฐมนตรีให้เหตุผลว่าการกระทำของโบสถ์มีผลชักชวนให้ชาวมาเลย์มุสลิมเข้ารีตศาสนาคริสต์จึงเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อมาตรา 3(1) ของรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายโบสถ์โต้แย้งว่าการกระทำของตนเป็นการใช้เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์[127] และศาลแห่งสหพันธ์ (ซึ่งเป็นศาลสูงสุด)[128] ได้วินิจฉัยว่าคำสั่งของรัฐมนตรีเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยทั้งสองศาลไม่เพียงแต่ให้น้ำหนักกับการคุ้มครองศาสนาอิสลามซึ่งสะท้อนอัตลักษณ์ชาติพันธุ์มาเลย์เหนือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหากแต่ยังมีทัศนคติต่อมาตรา 3(1) ว่ามีสถานะเป็น “อภิรัฐธรรมนูญ” คือเป็นบรรทัดฐานพื้นฐานที่อยู่เหนือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งหมดซึ่งทำหน้าที่กำหนดนิยามและอัตลักษณ์ความเป็นรัฐ[129] หนึ่งในผู้พิพากษาประจำคดีนี้ยังได้ยืนยันว่าสถาบันของรัฐมีหน้าที่ในการพิทักษ์บรรทัดฐานดังกล่าวไม่ให้ถูกเปลี่ยนแปลง รัฐจึง “ต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองศาสนาอิสลามเป็นอันดับแรก ... ส่วนการปฏิบัติศาสนกิจตามหลักศาสนาอื่นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อการนั้นไม่เป็นภัยต่อ ... อัตลักษณ์ความเป็นมาเลย์มุสลิม”[130]

ทัศนะของผู้พิพากษาชาวมาเลย์ในคดี Allah-Hearld ต่อมาตรา 3(1) ที่ข้างต้นดูจะเป็นการส่งสัญญาณโดยอ้อมว่าหากเกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะของศาสนาอิสลามภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มากขึ้น ศาลก็พร้อมที่จะวินิจฉัยว่าการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

---

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

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

[129] Andrew Harding, ‘Constitutional Trajectory in Malaysia: Constitutionalism without Consensus?’ (เชิงอรรถ 107) 276-278.

[130] The Allah-Herald case (The Court of Appeal), 493; Ratna Rueban Balasubramaniam, ‘Constitutional Statecraft in Malaysian Courts: A Naïve ‘Schmittian’ Misappropriation’ (เชิงอรรถ 51) 120, 123-124.

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในขณะที่กรณีศึกษาของไต้หวันสะท้อนภาพของการที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถช่วยป้องกันมิให้เกิดปรากฏการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บริบทของมาเลเซียเป็นตัวอย่างของบริบทที่แนวคิดและตรรกะของกรอบดังกล่าวถูกทำให้กลายเป็น “ภัยต่อความมั่นคง-ศัตรูของชาติ” (ซึ่งเป็นตรรกะที่กรอบประการนี้ปฏิเสธ) เสียเอง

จากเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1971 เหตุวิกฤตรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 2019 และ คดี Allah-Herald ผู้เขียนพอจะสืบสาวข้อสรุปในเชิงทฤษฎีออกมาได้ว่าในขณะที่แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับในระบบรัฐธรรมนูญของไต้หวัน กรณีศึกษาของมาเลเซียเชื้อเชิญให้ทบทวนการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ในระบบรัฐธรรมนูญของดินแดนที่เป็นประชาธิปไตยใหม่ที่เผชิญความแตกแยกจนถึงระดับที่ไม่อาจหาข้อตกลงร่วมกันได้ว่า “ใครคือปวงชนที่มีความเป็นหนึ่งเดียว” ซึ่งเป็นรากฐานความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ การนำตรรกะ-วิธีคิด-หลักการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ในระบบรัฐธรรมนูญที่เผชิญปัญหาดังเช่นในมาเลเซียมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลทางลบไม่เพียงต่อเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญ หากแต่ยังจะเป็นการทำลายกรอบดังกล่าวเสียเองด้วย

7. ไทย : บริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถปรับใช้ได้บางส่วน

หากวิเคราะห์ประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของไทยนับแต่ที่มีการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ในช่วงศตวรรษที่ 19 จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2567) เราสามารถเห็นได้ถึงการต่อสู้ช่วงชิงกันเพื่อเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญระหว่างแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนและอุดมการณ์ “ราชาชาตินิยม” ที่ถือว่าองค์พระมหากษัตริย์ทรงเป็น “ศูนย์รวมความเป็นหนึ่งเดียวของชาติ” มาโดยตลอด[131] การต่อสู้ช่วงชิงดังกล่าวกระทบต่อการพัฒนาและการปรับใช้สมมติฐานทั้งสามประการของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ เป็นอย่างยิ่ง

7.1 ความพยายามสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนในระบบรัฐธรรมนูญและความสำเร็จของฝ่ายอนุรักษนิยมในการรื้อฟื้นอุดมการณ์ราชาชาตินิยม

ภายหลังประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาเมื่อ พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

---

[131] ธงชัย วินิจจะกูล, *โฉมหน้าราชาชาตินิยม* (ฟ้าเดียวกัน 2559); Chris Baker and Pasuk Phongpaichit, *A History of Thailand* (Cambridge University Press 2014) 76; 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) 312-318.

ซึ่งบัญญัติรับรองว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศ [หรืออำนาจอธิปไตย] นั้น*เป็นของ*ราษฎรทั้งหลาย”[132] ในทัศนะของนักวิชาการ เช่น เมรีโอ (Eugénie Mérieau) และกล้า สมุทวณิช การกำหนดให้อำนาจสูงสุดของประเทศ “เป็นของ” ปวงชน ย่อมหมายถึงการกำหนดให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นของปวงชนผู้สามารถกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่เห็นควรขึ้นอย่างเป็นทางการไปในตัว (อย่างน้อยก็ในแง่การสร้างความชอบธรรมให้กับระบอบใหม่)[133] ทั้งนี้ อาจมีผู้ตั้งคำถามว่าคณะราษฎรมุ่งสถาปนาให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากในความเป็นจริงคณะราษฎรเองก็พยายามผูกขาดอำนาจในการออกแบบระบบรัฐธรรมนูญไว้ที่ตนเอง ตลอดจนอาศัยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2476 ขจัดผู้ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองโดยอาศัยรัฐธรรมนูญ)[134] นอกจากนี้ ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง คณะราษฎรได้เลือกที่จะ “ประนีประนอมกับฝ่ายชนชั้นนำเดิม”[135] โดยคณะราษฎรไม่เพียงแต่เชิญบุคคลที่สนับสนุนอุดมการณ์ราชาชาตินิยมให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนแรกเท่านั้น หากแต่ยังยอมให้ฝ่ายชั้นนำมีบทบาทหลักในการร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของประเทศ การเหล่านี้กระทบต่อการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนเป็นอย่างยิ่ง[136] การประนีประนอมกับฝ่ายชนชั้นนำเดิมมีส่วนทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (“รัฐธรรมนูญฯ 2475”) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของไทยและถูกประกาศใช้แทนที่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม ชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำจาก “อำนาจสูงสุด ... เป็นของราษฎร ...” เป็น “อำนาจอธิปไตย**ย่อมมาจาก**ปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”[137] สุพจน์ ด่านตระกูล ได้วิเคราะห์เอาไว้ว่าการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำนี้ “...นับเป็นบาทก้าวแรกของฝ่ายอนุรักษนิยม... ที่ใช้ถ้อยคำภาษาเป็นกองหน้า ช่วงชิงการนำจากคณะราษฎร....”[138] เนื่องจากการใช้คำว่า “มาจาก”

---

[132] มาตรา 1 ของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).

[133] กล้า สมุทวณิช, ‘“มาจาก” หรือ “เป็นของ” : ร่องรอยแห่งการรับรองอำนาจสูงสุดในรัฐธรรมนูญไทย’ (*สถาบันปรีดี พนมยงค์*, 1 พฤศจิกายน 2565) <https://pridi.or.th/th/content/2022/11/1310> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2567; รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 118-119; 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) 318.

[134] เพิ่งอ้าง; ดูประกอบ Scott Barmé, *Luang Wichit Wathakan and the Creation of a Thai Identity* (ISEAS 1993) 110.

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

[136] Eugénie Mérieau, ‘The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand’s Permanent Constitutional Instability’ (เชิงอรรถ 133) 304-307.

[137] มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475.

[138] สุพจน์ ด่านตระกูล, *ประวัติรัฐธรรมนูญ* (สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม 2550) 28.

อาจสื่อถึงว่าปวงชนเป็นเพียงองคาพยพ (entity) หนึ่งของรัฐที่ไม่อาจใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเองโดยตรงตามนัยของทฤษฎี UCA ของรอซไน หากแต่ต้องกระทำ “ผ่าน” ประมุขของรัฐนั่นก็คือองค์พระมหากษัตริย์[139]

ความสำเร็จของฝ่ายชนชั้นนำที่สามารถเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสะท้อนให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 ไม่อาจลบล้างฐานความชอบธรรมแบบธรรมเนียมนิยมไปจากระบบกฎหมายไทย ในทางกลับกัน ความผันผวนทางการเมืองระหว่าง พ.ศ. 2475 และ พ.ศ. 2490 เปิดโอกาสให้ฝ่ายชนชั้นนำฝ่ายอนุรักษนิยมสามารถรื้อฟื้นอำนาจนำของฝ่ายตนได้สำเร็จโดยอาศัยการร่วมมือกับกองทัพ แต่แม้จะสามารถรื้อฟื้นอำนาจนำของฝ่ายตนขึ้นมาได้ ฝ่ายอนุรักษนิยมก็เลือกที่จะไม่รื้อฟื้นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หากแต่ได้เชื่อมโยงอุดมการณ์ราชาชาตินิยมเข้ากับระบอบประชาธิปไตยและสถาปนาระบอบประชาธิปไตยที่อยู่ภายใต้การอนุบาลของชนชั้นนำ (tutelage democracy) ขึ้นมา[140] ระบอบดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของ **“แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยม”** อันมีสารัตถะดังต่อไปนี้[141]

ประการแรก ในขณะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มองว่ารัฐธรรมนูญเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรมสูงสุดภายในรัฐ แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมมองพระมหากษัตริย์เป็นส่วนนิรันดรของรัฐธรรมนูญ อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ และ “มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” เสมอ[142] ดังนั้น “ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (หรือแม้แต่อำนาจอธิปไตย) เป็นของปวงชนและพระมหากษัตริย์”[143] ประชาชนจึงมีหน้าที่ “แซ่ซ้อง” และ “พิทักษ์” สถาบันชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์[144] ข้อเท็จจริง

---

[139] กล้า สมุทวณิช, “มาจาก” หรือ “เป็นของ” : ร่องรอยแห่งการรับรองอำนาจสูงสุดในรัฐธรรมนูญไทย, <https://pridi.or.th/th/content/2022/11/1310>; Eugénie Mérieau, ‘The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand’s Permanent Constitutional Instability’ (เชิงอรรถ 133) 318; Thongchai Winichakul, ‘Toppling Democracy’ (2008) 38 Journal of Contemporary Asia 11, 14-15.

[140] รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 121-124; 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.

[141] โปรดอ้างอิงลักษณะทั้งสองประการ ประกอบ Rawin Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution: Constitutional Amendment in the Binary-Star Scenario’ in Bui Ngoc Son and Mara Malagodi (eds) *Asian Comparative Constitutional Law, Volume* 2: Constitutional Amendment (Hart 2024) 284-288.

[142] เพิ่งอ้าง 287; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550) 182-183; Tom Ginsburg, ‘Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand’s postpolitical constitution’ (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 83, 88-89.

[143] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ* (สถาบันพระปกเกล้า 2544) 13.

[144] สายชล สัตยานุรักษ์, *คึกฤทธิ์กับประดิษฐกรรมความเป็นไทย เล่ม 2 ยุคจอมพลสฤษดิ์ถึงทศวรรษที่ 2530* (สำนักพิมพ์มติชน 2550) 17-58.

ที่พิสูจน์ถึงการที่พระมหากษัตริย์ทรงร่วมเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่เสมอก็คือการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของไทยต่างจะต้องผ่านการลงพระปรมาภิไธยทั้งสิ้นจึงจะมีผลใช้บังคับ[145] นอกจากนี้ คำปรารภของรัฐธรรมนูญทุกฉบับก็จะเขียนข้อความทำนองเดียวกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่พระมหากษัตริย์พระราชทานแก่ประชาชน (โปรดดูด้านล่าง) ยิ่งไปกว่านั้น แม้รัฐธรรมนูญบางฉบับซึ่งตราขึ้นหลังการรัฐประหาร พ.ศ. 2490 “ดูเหมือนจะ” เปิดช่องให้ปวงชนสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงระบบรัฐธรรมนูญของตนผ่านการออกเสียงประชามติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เราก็สามารถพบว่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ยังคงตั้งอยู่บนแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมโดยกำหนดให้การทำประชามติจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชดำริเห็นสมควร[146]

ประการที่สอง แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมตั้งอยู่บนฐานความคิดที่ว่า “การเมือง” เป็น “ความพยายามช่วงชิงอำนาจเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว” ผ่านกลไกการเลือกตั้ง[147] การเมืองเสียงข้างมากจึงเป็นมูลเหตุของการทุจริตคอร์รัปชันโดยนักการเมือง ตลอดจนเปิดโอกาสให้พรรคการเมืองที่มีอุดมการณ์เป็นปฏิปักษ์ต่ออุดมการณ์ราชาชาตินิยมสามารถเข้ามีส่วนร่วมในกิจกรรมการปกครองได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[148] ดังนั้น บุคคลที่สมควรได้รับโอกาสให้เข้าไปมีบทบาทออกแบบระบบรัฐธรรมนูญ (คือ ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ) จึงควรเป็นบุคคลที่มีคุณธรรมจริยธรรมและมีความเป็นกลางทางการเมือง[149]

จากข้างต้น ผู้เขียนสามารถสืบสาวประเภทของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขในมุมมองอนุรักษนิยมออกมาได้ดังนี้ เบื้องต้น ภายใต้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยม การปรับปรุงตัวบทรัฐธรรมนูญเพื่อยกระดับความเข้มข้นของการพิทักษ์สถาบันชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์ถือเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม (อาจเทียบเคียงได้กับการที่รัฐธรรมนูญซึ่งตราขึ้นภายหลัง พ.ศ. 2490 ขยายขอบเขตพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้มากขึ้นอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในการมีส่วนร่วมเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (โปรดดูข้างต้น) เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญที่สมาชิกคณะราษฎรมีบทบาทในการจัดทำ) ขณะเดียวกัน ยังสนับสนุนการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มกลไกการตรวจสอบนักการเมืองให้มีจริยธรรม (โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหาร พ.ศ. 2549 ประกอบดังจะได้กล่าวถึงต่อไป)

---

[145] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559.

[146] มาตรา 173 และมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492; มาตรา 169 และมาตรา 170 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511; มาตรา 228 และมาตรา 229 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517.

[147] David Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand* (Routledge 2011) 301.

[148] Prajak Kongkirati, *Thailand: Contestation, Polarization, and Democratic Regression* (Cambridge University Press 2024) 53; Thongchai Winichakul, ‘Toppling Democracy’ (เชิงอรรถ 139) 15, 20, 24.

[149] David Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand* (เชิงอรรถ 147) 301-302.

7.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีฯ มาปรับใช้

การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า "รัฐธรรมนูญฯ 2540") ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของภูมิทัศน์รัฐธรรมนูญไทยโดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมักได้รับการยกย่องโดยทั่วไปว่าเป็น ผลผลิตของการปฏิรูปการเมือง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นบทบาทของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต่อทั้งการรักษาความเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและการทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในฐานะพลเมืองตื่นรู้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย[150] ตลอดจนวิเคราะห์มรดกและอิทธิพลของรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่ยังคงปรากฏอยู่จนถึงปัจจุบัน สิ่งนี้จะช่วยให้สามารถวิเคราะห์ทิศทางและความเป็นไปได้ในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ตามแบบรอซไนมาปรับใช้ในบริบทไทย

7.2.1 การรักษาความเป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยม

เบื้องต้น หากพิจารณาจากทั้งกระบวนการจัดทำ คำปรารภ และเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฯ 2540 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นผลผลิตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและสะท้อนความพยายามรักษาแนวคิดดังกล่าวให้เป็นแนวคิดนำทางรัฐธรรมนูญ ในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ("รัฐธรรมมนูญฯ 2534") แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) ซึ่งกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ 2540 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้"[151] การกำหนดเช่นนี้จึงหมายความว่ากระบวนการจัดทำและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องยึดถือแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและไม่อาจแตะต้องหรือเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฯ 2534 ที่แก้ไขเพิ่มเติมยังกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนให้พระมหากษัตริย์ทรงมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ "[หาก] พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ ... และพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป"[152]

นอกจากนี้ คำปรารภของรัฐธรรมนูญฯ 2540 เป็นอีกส่วนที่ยืนยันว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีส่วนร่วมในการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังปรากฏข้อความที่ว่า "เมื่อรัฐสภาได้

---

[150] รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 128-130 (ส่วนที่ 7.2 นี้เป็นการพัฒนามาจากผลงานชิ้นนี้ จึงขอให้โปรดอ้างงานดังกล่าวประกอบ).

[151] มาตรา 211 เตรส วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญฯ 2534 (ฉบับที่ 6).

[152] มาตรา 211 ปัณรส วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญฯ 2534 (ฉบับที่ 6).

พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ... ได้ลงมติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย [ฯ] ... [พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว] ทรงพระราชดำริว่า สมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติตามมติของรัฐสภา”[153] ในส่วนของเนื้อหา รัฐธรรมนูญฯ 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดบทนิรันดรห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 313(1)) และห้ามประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพไปในทางที่มีผลล้มล้างระบอบดังกล่าว (มาตรา 63)

7.2.2 การทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในฐานะพลเมืองตื่นรู้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้น

แม้รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะยังคงยืนยันถึงแก่นของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยม แต่ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ช่วยสร้างความตระหนักให้กับประชาชนในระดับหนึ่งว่าตน “เป็นส่วนหนึ่งของผู้มีอำนาจทางการเมืองที่มีส่วนร่วมในการกำหนดอนาคตและชะตากรรมของตัวเองได้”[154] ในขณะที่รัฐธรรมนูญของไทยส่วนใหญ่เป็นผลของการทำรัฐประหาร การจัดทำรัฐธรรมนูญฯ 2540 เป็นผลผลิตของการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญด้วยวิถีประชาธิปไตย (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2534 ครั้งที่ 6) ทั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฯ 2540 นั้นมีที่มาจากการเลือกตั้งของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชน (อย่างน้อยก็ในส่วนของสภาผู้แทนราษฎร)[155] นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฯ 2534 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมยังได้เน้นย้ำให้ “สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ”[156] อันส่งผลให้ในระดับจังหวัด รัฐได้จัดตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญถูกขึ้นเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชน/ภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคม[157] การยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เปิดช่องทางให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นอย่างกว้างขวาง และค่อนข้างเป็นที่ประจักษ์ว่ามีการนำความคิดเห็นที่ได้รับไปประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ[158] กล่าวโดยสรุปกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ 2540 สะท้อนให้เห็นถึงการสร้างพื้นที่ให้แก่การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มากขึ้นกว่าแต่ก่อน

ในส่วนเนื้อหา รัฐธรรมนูญฯ 2540 มุ่งยกระดับความตระหนักต่อความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการออกแบบรัฐธรรมนูญด้วยการกลับไปใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย”[159] ที่สำคัญ รัฐธรรมนูญยังรับรองสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่จะ “ต่อต้านโดยสันติวิธี” ซึ่งการได้มาซึ่งอำนาจด้วยวิถีที่ไม่เป็นไป

---

[153] คำปรารภของรัฐธรรมนูญฯ 2540 (เน้นโดยผู้เขียน).

[154] กล้า สมุทวณิช, ‘การแก้ไข การร่างใหม่ทั้งฉบับ : ทฤษฎีและประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย’ (*สถาบันปรีดี พนมยงค์*, 2 ธันวาคม 2565) <https://pridi.or.th/th/content/2022/12/1342> สืบค้นเมื่อ 3 กันยายน 2567.

[155] ดู รายละเอียดจาก มาตรา 211 ทวิ ประกอบมาตรา 211 ฉ ของรัฐธรรมนูญฯ 2534 (ฉบับที่ 6).

[156] มาตรา 211 เตรส วรรคสาม.

[157] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย’ (สถาบันพระปกเกล้า 2555) 117.

[158] เพิ่งอ้าง 119-120.

[159] มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540; รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 17 วันที่ 22 เมษายน 2540, 1.

ตามรัฐธรรมนูญ”[160] บทบัญญัตินี้ถูกตราขึ้น “เพื่อยืนยันให้ชัดแจ้งว่าการกระทำรัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้ว่าการกระทำสำเร็จก็ตามถ้าหาก [ประชาชน] สามารถกระทำการต่อผู้กระทำรัฐประหารให้อำนาจกลับคืนมาเช่นเดิมได้ รัฐธรรมนูญก็จะไม่สิ้นผลลง”[161] ยิ่งไปกว่านั้น แม้รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะมิได้เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถ “มีส่วนร่วมทางการเมืองได้เองโดยตรง” ทั้งด้วยการอนุญาตให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 50,000 คนขึ้นไปสามารถเสนอร่างพระราชบัญญัติ[162] และขอให้วุฒิสภาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง[163] ก็ได้ช่วยเพาะเมล็ดพันธุ์ทางความคิดว่าด้วยการมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงอันเป็นสิ่งจำเป็นต่อการพัฒนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ในระบบรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรก[164]

7.2.3 อิทธิพลของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ต่อระบบรัฐธรรมนูญไทย

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่าการจัดทำและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้ทำให้ทั้งแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเสรีนิยม ซึ่งเป็นแก่นของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ว่าผลที่ได้กล่าวมาทำให้ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่เกิดการรัฐประหาร พ.ศ. 2549 ซึ่งนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ 2540 เปลี่ยนไปจากเดิมอย่างไร

7.2.3.1 การยกระดับ “ปวงชน” ในฐานะที่มาของความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ

ในมุมหนึ่ง แม้ว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 จะไม่สามารถยับยั้งวงจรรัฐประหารเพื่อกระชับอำนาจนำของฝ่ายอนุรักษนิยม[165] แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็หาได้สิ้นอิทธิพลไปเสียจากระบบรัฐธรรมนูญไทยโดยสิ้นเชิง ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงมีสิ่งที่ทอม กินส์เบิร์ก (Tom Ginsburg) เรียกว่า “ผลหลังมรณะ” (“constitutional afterlife”) หรือ อิทธิพลในการเป็น “มาตรชี้วัดความชอบธรรม” ให้แก่รัฐธรรมนูญฉบับหลังจากนั้นแม้ตัวรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายแล้วก็ตาม[166] ดังจะเห็นว่า การจัดทำรัฐธรรมนูญหลัง พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นผลพวงของการทำรัฐประหาร ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (“รัฐธรรมนูญฯ 2550”) หรือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (“รัฐธรรมนูญฯ 2560”) ได้หยิบยืม “ตรรกะ-กลไก” ของแนวคิดอำนาจ

---

[160] มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540.

[161] รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ 2540 ครั้งที่ 18 วันที่ 23 เมษายน 2540, 27.

[162] มาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540.

[163] มาตรา 304 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540.

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

[165] วสุชน รักษ์ประชาไท, *ขวาสุดขั้ว : ระบอบคนดีกับการเมืองยุคประชาธิปไตยกลับหลังหัน* (สำนักพิมพ์มติชน 2566) 174.

[166] Tom Ginsburg, ‘Constitutional afterlife’ (เชิงอรรถ 142) 84, 99; อ้างอิงคำแปลจาก รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 130.

สถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนมาใช้ด้วยการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ประชาชนตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ การหยิบยืมกลไกดังกล่าวมาเพื่อเป็น “เสื้อคลุม” ให้กับรัฐธรรมนูญที่เป็นผลพวงของคณะรัฐประหาร[167] อำนวยให้ผู้ก่อการรัฐประหาร ผู้สนับสนุน หรือแม้กระทั่งศาลกล่าวอ้างได้ว่ารัฐธรรมนูญได้รับความชอบธรรมจากปวงชนและมีความเป็นประชาธิปไตย[168] นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฯ 2540 มีผลหลังมรณะในการ “เพิ่มระดับความคาดหวัง [จากสังคม] ต่อการมีส่วนร่วมทางการเมือง”[169] ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฯ 2560 ได้ขยายขอบเขตการมีส่วนร่วมของภาคพลเมืองในบางลักษณะที่ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ 2540 โดยเฉพาะการอนุญาตให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 50,000 คนขึ้นไปสามารถเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้[170]

เมื่อวิเคราะห์เชื่อมโยงกับกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ผู้เขียนเห็นว่าผลหลังมรณะของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ไม่เพียงแต่ทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนซึ่งเป็นแก่นของกรอบดังกล่าวไม่อาจถูกปฏิเสธในระบบรัฐธรรมนูญได้อย่างเด็ดขาดอีกต่อไป หากแต่ยังส่งผลให้ฝ่ายอนุรักษนิยมต้องอาศัย “ตรรกะ” ของแนวคิดประการนี้เพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การกระทำของฝ่ายตน

7.2.3.2 ความพยายามอนุบาลอุดมการณ์เสรีนิยมกับบทบาทของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ในการสร้างวาทกรรมสาธารณะ

ในอีกมุมหนึ่ง ผู้เขียนขอให้พึงพิจารณาว่าแม้รัฐธรรมนูญฯ 2540 จะมุ่งประกาศให้การทำรัฐประหารเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ตัวรัฐธรรมนูญนี้เองก็ยังคงมุ่งพิทักษ์แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมเอาไว้ การทำรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 มุ่งทำให้แนวคิดนี้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นมากกว่าเดิม ดังนั้น เราจะพบว่ามาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 และมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560 ยังคงยืนยันสถานะศักดิ์สิทธิ์ขององค์พระมหากษัตริย์ ทั้งมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 และมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560 ยังคงบทนิรันดรที่ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นอกจากนี้ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ[171] และ

---

[167] Rawin Leelapatana, ‘Thailand’s Competing Notions of Constituent Power: The Making of the 2017 Constitution in the Binary-Star Scenario’ (เชิงอรรถ 131) 328-329.

[168] ‘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/> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2567.

[169] 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.

[170] มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 และมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560. Rawin Leelapatana, ‘Thailand’s 2017 Constitution: Constitutional Amendment in the Binary-Star Scenario’ (เชิงอรรถ 141) 294-295.

[171] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ที่คณะรัฐประหารจัดทำขึ้นเพื่อกำหนดกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญถาวรไม่ได้กำหนดว่าเมื่อประชาชนให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว และมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ถ้าหากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยจะเป็นเช่นไร แต่ก็พออนุมานได้ว่าหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจบังคับได้ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กำหนดเอาไว้

คำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งสองได้ยืนยันถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนารัฐธรรมนูญ[172] ที่สำคัญ รัฐธรรมนูญทั้งสองได้ยกระดับการอนุบาลอุดมการณ์เสรีนิยมเอาไว้ด้วย อนึ่ง เมื่อหนึ่งในคำถามย่อยของบทความนี้มุ่งวิเคราะห์ว่ากรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากงานของรอซไนจะสามารถนำมาปรับใช้กับบริบทของไทยได้มาก-น้อยแค่ไหนเพียงใด ผู้เขียนจึงขอศึกษาเจาะจงเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เราจะพบว่ารัฐธรรมนูญฯ 2560 ได้เพิ่มบทจำกัดสิทธิซึ่งถือได้ว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่อำนวยให้ปวงชนสามารถแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่น การอนุญาตให้จำกัดเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธโดยอาศัยเหตุ “การรักษาความมั่นคงของรัฐ” และ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”[173] ซึ่งเป็นเหตุที่มิได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ 2540 และรัฐธรรมนูญฯ 2550 สิทธิในการชุมนุมเป็นหลักประกันที่อำนวยให้ประชาชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการเคารพและคุ้มครองจากรัฐ หากมีการขับเคลื่อนเพื่อแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของอำนาจประการนี้[174] นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฯ 2560 ยังได้เพิ่มกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อความพยายามปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยประชาชน โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่ขัดต่อบทนิรันดรตามมาตรา 255 ได้จนกว่าจะมีการนำร่างฯ ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย แม้ร่างฯ นั้นจะเข้าข่ายที่ต้องผ่านการทำประชามติ (เนื่องจากมีเนื้อหาที่มุ่งเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่สำคัญ เช่น บททั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หรือหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) และประชาชนให้ความเห็นชอบไปแล้วก็ตาม[175] ยิ่งไปกว่านั้น ก่อนเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2567 รัฐธรรมนูญฯ 2560 ได้กำหนดให้มีวุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรัฐประหาร[176] เพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีอำนาจร่วมกับฝ่ายหลังในการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ในวาระที่หนึ่ง (วาระรับหลักการ) และวาระที่สาม (การลงมติเห็นชอบ) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องได้รับคะแนนเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนน “ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”[177] ฝ่ายที่สนับสนุนประชาธิปไตยได้โจมตีที่มาของวุฒิสภาว่าไม่มีความเป็นประชาธิปไตยและเป็นอุปสรรคต่อการที่ปวงชนชาวไทยจะได้ใช้สิทธิในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกแบบระบบรัฐธรรมนูญของตนเอง[178]

อย่างชัดเจนว่า “[หากพระมหากษัตริย์] ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป” (มาตรา 37 วรรคแปด).

[172] คำปรารภของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับเขียนเอาไว้ว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว “ทรงพระราชดำริว่าสมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติ [ให้ตราและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ]”.

[173] มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560.

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

[175] ดู มาตรา 256(7)(8)(9) ของรัฐธรรมนูญฯ 2560.

[176] มาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560.

[177] มาตรา 256 (3) และ (6) ของรัฐธรรมนูญฯ 2560.

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

ในพ.ศ. 2563 ได้มีภาคประชาสังคม (iLaw) เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงที่มาของสภาแห่งนี้โดยอิงรูปแบบจากรัฐธรรมนูญฯ 2540 โดย iLaw เสนอให้รื้อฟื้นวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง 200 คน[179] รวมถึงยกเลิกบทบัญญัติในส่วนคะแนนเสียงพิเศษที่ต้องได้รับจากสมาชิกวุฒิสภาในวาระที่ 1 และ 3[180] อย่างไรก็ตาม ร่างดังกล่าวมีอันต้องตกไปเนื่องจากไม่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา[181] ผู้เขียนมีข้อสังเกตต่อความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ดังนี้ *ประการแรก* ความพยายามของภาคประชาชนข้างต้นสะท้อนให้เห็นถึงการอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ 2540 เป็น “มาตรชี้วัด” ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปัจจุบันเป็นอุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม *ประการที่สอง* สิ่งนี้สอดคล้องกับตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ *ประการที่สาม* หากพิจารณาในแง่บวก แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของ iLaw จะไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภา แต่การเรียกร้องในสังคมที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากผลหลังมรณะของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ดูเป็นตัวเร่งที่ทำให้ตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ แบบรอซไนกลายเป็นสิ่งที่ภาคประชาสังคมแลกเปลี่ยน ถกเถียง อภิปรายระหว่างกัน ตลอดจนกลายเป็นสิ่งที่กลุ่มผลประโยชน์พยายามใช้เพื่อโน้มน้าวและเปลี่ยนแปลงความคิด-ทัศนคติของสมาชิกในสังคม หรือที่เรียกในทางทฤษฎีว่า “วาทกรรมสาธารณะ” (public discourse) หรือการอภิปรายแลกเปลี่ยนในหมู่ภาคประชาสังคมที่ต่อสู้ช่วงชิง (struggle) กับทัศนะ-ตรรกะแบบอนุรักษนิยมในพื้นที่สาธารณะของในประเทศไทย[182]

สำหรับคำว่าวาทกรรมสาธารณะตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎี “วาทกรรมรัฐธรรมนูญนิยม” (Discursive Constitutionalism) ของศาสตราจารย์บุย งอก ซอน (Bui Ngoc Son) ซึ่งมุ่งนำเสนอบทบาทของวาทกรรมในการพัฒนาแนวคิดประชาธิปไตยและพลเมืองตื่นรู้ โดยบุยได้ชี้ให้เห็นว่าการผลักดันให้เกิดกระบวนการประชาธิปไตย (democratisation) จำเป็นต้องอาศัย[183]

- “ความคิด” (Ideas) ซึ่งหมายถึงการอภิปรายถึงหลักการประชาธิปไตยทั้งแนวคิดอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชน แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ[184]

- “ผู้แสดง” (Actors) ไม่ว่าจะเป็นองค์กรทางการเมืองอย่างศาลรัฐธรรมนูญ หรือกลุ่มพลเมืองตื่นรู้ผู้ตระหนักถึงบทบาทของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมออกแบบระบบรัฐธรรมนูญ[185]

---

[179] มาตรา 10 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... (นายจอน อึ๊งภากรณ์กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ) [‘ร่างฯ iLaw’].

[180] มาตรา 9 ของร่างฯ iLaw.

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

[182] Bui Ngoc Son, ‘Constitutional Mobilization’ (2018) 17 Washington University Global Studies Law Review 113, 116; Bui Ngoc Son, ‘Discursive Constitutionalism’ (2023) 23 Chicago Journal of International Law 342, 349-351

[183] Bui Ngoc Son, ‘Discursive Constitutionalism’ (เชิงอรรถ 182) 349-351.

[184] เพิ่งอ้าง 349.

[185] เพิ่งอ้าง 350.

- “การทำวาทกรรม” (Actions) ซึ่งหมายถึงการสื่อสารแนวคิดและหลักการประชาธิปไตยไม่ว่าทางใดก็ตาม[186] และ

- “พื้นที่” (Space) ซึ่งหมายถึงบรรยากาศและภาวะที่ทำให้การอภิปรายความคิดของหลักการรัฐธรรมนูญนิยมดังกล่าวเกิดขึ้น[187] บรรยากาศที่เอื้อให้เกิดการอภิปรายนี้ อาจไม่ใช่บรรยากาศที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการแสดงความเห็นอย่างเต็มที่ แต่ในภาวะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ก็จะยิ่งเป็นแรงขับให้เกิดวาทกรรมดังกล่าวเพื่อต่อต้านการใช้อำนาจนั้น[188] แม้กระบวนการสร้างวาทกรรมประชาธิปไตยนั้นอาจจะยังไม่ทำให้กระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยเกิดขึ้นได้สำเร็จ แต่อย่างน้อยที่สุด การดังกล่าวก็เพิ่มให้ต้นทุนให้รัฐและสังคมไม่อาจปฏิเสธหลักการและแนวคิดแบบเสรีนิยมได้อย่างเบ็ดเสร็จอีกต่อไป[189]

ประเด็นที่ผู้เขียนต้องการนำเสนอก็คือแม้ว่าฝ่ายอนุรักษนิยมจะยังคงมีอำนาจนำในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย แต่การก่อตัวขึ้นของวาทกรรมของฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยโดยอาศัยรัฐธรรมนูญฯ 2540 เป็นมาตรชี้วัดก็ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ แบบรอซไนไม่สามารถถูกปฏิเสธได้อย่างสมบูรณ์เหมือนอย่างกรณีของประเทศมาเลเซีย ตรงกันข้ามยิ่งเกิดการก่อตัวของวาทกรรมรัฐธรรมนูญนิยมที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนคือความชอบธรรม ประกอบกับกระแสพลเมืองตื่นตัวก็ยิ่งทำให้พื้นที่การปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ขยายมากขึ้น เรื่อย ๆ และกลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับชี้วัดความชอบธรรมของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในพื้นที่ความเป็นจริง

7.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากอิทธิพลของรัฐธรรมนูญฯ 2540 ที่ช่วยสร้างพื้นที่ให้กับตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมายฯ ในระบบรัฐธรรมนูญไทย ผู้เขียนยังพบว่านับตั้งแต่ พ.ศ. 2555 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดทิศทางของความเป็นได้ในการนำกรอบประการดังกล่าวมาปรับใช้ ผู้เขียนได้แบ่งคำวินิจฉัยที่สะท้อนบทบาทของศาลที่ได้กล่าวมาออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตีความขยายขอบเขตของบทนิรันดร การวิเคราะห์บทบาทของศาลในที่นี้จะช่วยให้เห็นถึงขอบเขตและข้อจำกัดของการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ผ่านบทเรียนจากไทย

---

[186] เพิ่งอ้าง 350-351.

[187] เพิ่งอ้าง 351.

[188] เพิ่งอ้าง 347.

[189] เพิ่งอ้าง 388.

7.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

สืบเนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฯ 2560 เป็นผลพวงของการทำรัฐประหาร ทำให้มีความพยายามจากทั้งพรรคการเมืองที่เสียประโยชน์จากการยึดอำนาจและภาคประชาคมที่สนับสนุนอุดมการณ์เสรีนิยมที่จะเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอันมีผลจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกตั้งเพื่อทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ อย่างไรก็ตาม ความพยายามเหล่านั้นถูกโต้แย้งจากสมาชิกรัฐสภาบางส่วน สุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เข้ามาวินิจฉัยถึงขอบเขตอำนาจของรัฐสภาในการเสนอและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวมา

ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเอาไว้ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฯ 2560 เป็นผลผลิตจากออกเสียงประชามติ รัฐธรรมนูญทั้งสองจึงเป็นผลผลิตของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดทางไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการประชามติเสียก่อน[190] คำวินิจฉัยที่ 4/2564 ยังวางหลักเพิ่มเติมว่าภายหลังร่างรัฐธรรมนูญถูกจัดทำสำเร็จแล้ว ต้องมีการจัดให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อรับหรือไม่รับร่างนั้นด้วย[191] ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาเป็นเพียงอำนาจตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงไม่อาจใช้อำนาจนั้นไปในทิศทางที่มีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญได้[192]

หากลองวิเคราะห์ คำวินิจฉัยทั้งสองข้างต้นยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่ในการอำนวยให้ปวงชนชาวไทยเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถใช้สิทธิในการกำหนดและเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญของตนไปในทิศทางที่ตนเห็นควร สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่แค่สิทธิในทางทฤษฎี แต่เป็นสิ่งที่ต้องได้รับความเคารพและการอำนวยให้เกิดผลในทางปฏิบัติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้แสดงบทบาทในลักษณะเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไต้หวันนั่นก็คือบทบาทในการช่วยสร้างและยืนยันถึงการมีอยู่ของพื้นที่ทางรัฐธรรมนูญให้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวไทย สิ่งนี้เป็นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนอันจะอำนวยให้สถาบันรัฐสามารถที่จะนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ การเน้นย้ำความสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งในฐานะทฤษฎีกฎหมายและแนวทางปฏิบัติโดยศาลดูจะทำให้รัฐไทยไม่อาจปฏิเสธตรรกะของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญเชิงดัดแปลงในส่วนที่ว่าหากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกของปวงชน บทบัญญัตินั้นสมควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อย่างเบ็ดเสร็จอีกต่อไป

---

[190] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18-22/2555, 21-23; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564, 10-11.

[191] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564, 11.

[192] เพิ่งอ้าง 10.

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนใคร่ขอตั้งข้อสังเกตเชิงเทคนิคต่อกระบวนการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ปวงชนแสดงเจตจำนงว่าต้องการมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญฯ 2560 เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ 2550 รัฐธรรมนูญฯ 2560 จำกัดให้คณะรัฐมนตรีเป็นเพียงสถาบันการเมืองเดียวที่สามารถริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติได้[193] และถึงแม้พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 จะกำหนดให้ประชาชนสามารถเข้าชื่อร้องขอให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการดังกล่าวได้ แต่สุดท้ายอำนาจตัดสินใจก็อยู่ที่ฝ่ายหลัง[194] นั่นจึงหมายความว่า ถ้าหากปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ก็ไม่สามารถกระทำได้เลย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายใดกำหนดให้อำนาจในการริเริ่มขอให้มีการออกเสียงประชามติ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ที่จะริเริ่มให้มีการจัดประชามติได้ มีแต่เพียงคณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างมาก (ซึ่งอยู่เป็นพรรคร่วมรัฐบาล) เท่านั้น

7.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับบทนิรันดร

นอกเหนือจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้เขียนพบว่ามีคำวินิจฉัยบางฉบับที่มีผลจำกัดการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้ในบริบทของไทย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผู้เขียนให้ความสนใจในที่นี้ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564 อันเป็นผลพวงมาจากการที่มีผู้ชุมนุมปราศรัยเรียกร้องให้มีการยกเลิกมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญที่ห้าม “[การ] กล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ” เพื่อเปิดช่องให้สภาผู้แทนราษฎรสามารถตัดสินคดีความพระมหากษัตริย์ได้ดังเช่นภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475[195] หากอธิบายผ่านมุมของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อาจกล่าวได้ว่าข้อเสนอของผู้ชุมนุมเป็นการพยายามลดพื้นที่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมและขยายพื้นแก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน อันเป็นรูปแบบการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่กรอบดังกล่าวสนับสนุน อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้ร้องไปยังศาลว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเข้าขายเป็น “เซาะกร่อนบ่อนทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และศาลก็ได้วินิจฉัยไปในทางที่เห็นพ้อง[196]

ประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนใคร่ขอเน้นย้ำคือคำวินิจฉัยที่ 19/2564 สะท้อนบทบาทของศาลในการตีความขยายขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[197] โดยคำวินิจฉัยนี้ได้สร้างบรรทัดฐานขึ้นมาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 6 ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 2 พระมหากษัตริย์ ไม่สามารถกระทำได้ เพราะจะเป็นการบ่อนทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งที่ในมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไข

---

[193] มาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560.

[194] มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564.

[195] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564, 2-5.

[196] เพิ่งอ้าง 7-8, 25-27.

[197] Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (เชิงอรรถ 1) 149.

บทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์สามารถกระทำได้เพียงแต่ต้องได้รับความเห็นชอบผ่านการออกเสียงประชามติ[198] กล่าวให้ถึงที่สุด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้ทำให้หมวด 2 พระมหากษัตริย์กลายเป็นบทนิรันดรที่ต้องห้ามแก้ไขไปโดยปริยาย ขณะเดียวกัน คำวินิจฉัยข้างต้นยังส่งผลในทางจำกัดต่อการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ อันเป็นหนึ่งในวิธีการแสดงออกซึ่งเจตจำนงปวงชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้วางหลักว่าการแสดงออกซึ่งเสรีภาพดังกล่าวในลักษณะที่ก้าวล่วงต่อสถาบันพระมหากษัตริย์/แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบอนุรักษนิยมย่อมถือเป็นการใช้สิทธิที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น[199]

หากวิเคราะห์ทั้งสองประเด็นที่ผู้เขียนยกขึ้นมาประกอบกัน คำวินิจฉัยที่ 19/2564 สะท้อนให้เห็นว่าการนำตรรกะของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญเชิงดัดแปลงโดยเฉพาะในส่วนที่ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกของปวงชน บทบัญญัตินั้นสมควรถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบทบัญญัติที่สมควรถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง มาปรับใช้เพื่อลดทอนพระเกียรติยศ พระราชอำนาจ และพระราชสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ และศาลรัฐธรรมนูญก็มีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าความพยายามปรับใช้ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความพยายามของภาคประชาชนที่จะนำตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีทางกฎหมายฯ มาปรับใช้เพื่อปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นชนวนที่ทำให้แนวคิดและตรรกะของกรอบประการนี้ถูกปฏิเสธจากองค์กรรัฐโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญมากกว่าเดิม ความเป็นไปได้ที่ได้กล่าวมาสามารถเทียบเคียงได้กับประสบการณ์ของมาเลเซีย

7.4 ข้อเสนอแนะในการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้ประเทศไทย

จากส่วนที่ 7.2 และ 7.3 เราสามารถสรุปได้ว่าแม้ภายใต้บริบทของประเทศไทย ณ ปัจจุบัน กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ยังไม่อาจถูกนำมาปรับใช้ได้อย่างเต็มที่ได้ดังเช่นกรณีไต้หวัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับใช้กรอบดังกล่าวเพื่อลดทอนพระราชอำนาจและพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ แต่การก่อตัวขึ้นของแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนและวาทกรรมประชาธิปไตยได้ทำให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ แบบรอซไนไม่สามารถถูกปฏิเสธได้อย่างเบ็ดเสร็จได้อีกต่อไปดังเช่นกรณีของมาเลเซีย สิ่งนี้นำไปสู่ข้อสรุปที่ใหญ่ขึ้น กล่าวคือ บริบทของไทยสอดคล้องกับบทเรียนจากไต้หวันที่ว่าการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติไม่จำเป็นต้องยึดสมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

[198] ดูประกอบ Rawin Leelapatana, 'Thailand's 2017 Constitution: Constitutional Amendment in the Binary-Star Scenario' (เชิงอรรถ 141) 306.

[199] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564, 25-28.

แบบเอกนิยมอย่างเคร่งครัด ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะขอเสนอแนะเกี่ยวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมที่จะนำไปสู่การเปิดพื้นที่ให้ปวงชนได้แสดงออกถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้นซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญของกรอบเชิงทฤษฎีทางกฎหมายฯ แบบรอซไน ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะของผู้เขียนตั้งอยู่บนข้อจำกัดของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้ในความเป็นจริงตามส่วนที่ 7.3 โดยผู้เขียนเห็นว่าหากไม่ยอมรับข้อจำกัดดังกล่าว ย่อมจะทำให้การนำกรอบประ การนี้มาปรับใช้ในบริบทของไทยเป็นไปไม่ได้โดยสิ้นเชิง

7.4.1 บทบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติในรัฐธรรมนูญ

เราได้เห็นไปแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่าการออกเสียงประชามติเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าต้องการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องดำเนินการก่อนจะจัดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการยกร่างรัฐธรรมนูญ กระนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเน้นย้ำความสำคัญของการแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการประชามติ แต่ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นไปแล้วว่าถ้าหากในอนาคต ประชาชนเห็นควรให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กฎหมายไทยก็มิได้กำหนดกลไกใดเอาไว้เลยที่จะอำนวยให้ประชาชนสามารถแสดงออกซึ่งความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อผลักดันการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังใคร่ขอให้ทบทวนข้อห้ามที่มาตราดังกล่าวกำหนดโดยเฉพาะในส่วนที่ห้ามการจัดให้มีการออกเสียงประชามติในประเด็นที่ “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถ้อยคำว่า “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” เปิดช่องให้มีผู้ตีความว่าการขอให้ออกเสียงประชามติเพื่อปูทางไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะกระบวนการทำประชามติดังกล่าวมุ่งหมายให้เกิดการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่กำลังบังคับใช้อยู่

ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการเพิ่มเติมถ้อยคำในตัวบทมาตรา 166 บนพื้นฐานของแนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงที่ถือว่าการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญควรจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดให้น้อยที่สุด โดยกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเข้าชื่อกันเพื่อริเริ่มจัดให้มีการออกเสียงประชามติจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้เองโดยไม่ต้องให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติ เพียงแต่ต้องมีการแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ[200] ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่าควรเชื่อมโยงการริเริ่มออกเสียงประชามติโดยประชาชนกับรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน (โดยให้รัฐสภาร่วมกับผู้แทนภาคประชาชนปรับคำถามประชามติให้มีความเหมาะสม) แทนการให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจอนุมัติ[201] แต่ในส่วนของการแก้ไขข้อจำกัดของมาตราดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้ตามแนวบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 19/2564 คำวินิจฉัยนี้สะท้อนให้เห็นว่าสังคมไทยประกอบด้วยมวลชนที่มีความเห็นต่างในประเด็นเกี่ยวกับพระราชอำนาจและสถาบันพระมหากษัตริย์ เมื่อการแสดงออก

---

[200] โปรดดู มาตรา 9(4) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2564.

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

ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องมาจากเจตจำนงของปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวกัน เคารพและยอมรับความแตกต่างซึ่งกันและกันในระบอบประชาธิปไตย และที่สำคัญ เพื่อให้การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (ถ้าจะมี) สามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดในการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดให้การออกเสียงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชนยังคงต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ขณะเดียวกัน ก็ควรกำหนดข้อจำกัดด้วยว่าการขอให้มีการออกเสียงประชามตินั้น จะต้องไม่ละเมิดและนำไปสู่การปฏิเสธการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิมนุษยชน เนื่องจากการรับรองสิทธิถือเป็นหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อีกทั้งการรับรองคุ้มครองสิทธิของปวงชนนี้เองก็ถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนเป็นไปได้

7.4.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนได้นำเสนอให้เห็นไปแล้วว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดระดับชั้นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ กล่าวคือ นอกเหนือจากบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขอย่างเด็ดขาด รัฐธรรมนูญได้แยกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปกติออกจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางหมวด บางมาตรา หรือบางประเด็น ที่เป็นสาระสำคัญและจะต้องนำมาผ่านการออกเสียงประชามติ อย่างไรก็ตาม แม้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถูกเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือแม้ร่างฯ จะได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้มาออกเสียงประชามติมาแล้ว แต่มาตรา 256(8) และ (9) ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่สามารถตีความได้ว่าก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างนั้นอาจถูกส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ามีเนื้อหาขัดต่อบทนิรันดรได้ ผู้เขียนเห็นว่าหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้รับความเห็นชอบจากประชาชนแล้วและศาลรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยภายหลังตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็จะเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นและต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญคัดค้านเสียงของปวงชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักเสรีนิยมประชาธิปไตย และแนวบรรทัดฐานที่ศาลเคยวางเอาไว้เอง (คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564) กล่าวโดยย่อ บทบัญญัติมาตรา 256(9) มีผลทำให้ประชาชนต้องตกอยู่ภายใต้ความอนุบาลของสถาบันอื่นนั่นก็คือศาลรัฐธรรมนูญ และเข้าข่ายสมควรถูกแก้ไขตามนัยของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้แก้ไขลำดับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 โดยกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนเลยว่าให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะ**ก่อน**ที่จะมีการนำร่างดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการออกเสียงประชามติ (หากเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด) และระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาอยู่นั้น ก็จะต้องยับยั้งการจัดให้มีการออกเสียงประชามติไปก่อนจนกว่าศาลจะพิจารณาเสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อป้องกันกรณีที่คำวินิจฉัยศาลอาจจะขัดกับเสียงของผู้แทนปวงชน

7.4.3 บทนิรันดรกับการคุ้มครองสิทธิการเมืองพื้นฐาน

นอกจากนี้ ผู้เขียนใคร่ขอให้เสนอให้มีการทบทวนบทนิรันดรตามมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้นำเสนอไปแล้ว นอกเหนือจากการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบรูปแบบ-ระบอบการปกครอง บทนิรันดรของรัฐธรรมนูญไทยนับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมายังห้ามการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อ “รูปแบบของรัฐ” อย่างไรก็ตาม เมื่อในปัจจุบันแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนได้มีความเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้นในระบบรัฐธรรมนูญไทย รัฐไทยจึงยิ่งควรพิจารณาถึงความเป็นไปได้ที่จะยกระดับการคุ้มครอง “สิทธิทางการเมืองพื้นฐาน” ของประชาชนอันจำเป็นต่อการรักษาความเป็นไปได้ที่อำนาจดังกล่าวสามารถแสดงออกในอนาคต เช่น สิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้แทน สิทธิในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม รวมไปถึงสิทธิในเสรีภาพ ด้วยการกำหนดห้ามให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่มีผลลดระดับการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้[202]

8. สรุป

บทความมุ่งนำเสนอให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะอ่านทฤษฎี UCA ของยานิฟ รอซไนใหม่เพื่อเป็นฐานสำหรับสร้างกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ อันเป็นสิ่งที่ขาดหายไปในงานวิชาการ ณ ปัจจุบัน หัวใจของกรอบประการนี้ ได้แก่ แนวคิดขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญแบบดัดแปลงซึ่งสนับสนุนสิทธิเด็ดขาดของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทุกภาคส่วนและทุกรุ่นในการเข้าไปมีส่วนร่วมกันในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาหรือสร้างกลไกที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิที่ได้กล่าวมาจึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นตัวบทที่สมควรถูกเปลี่ยนแปลง ทั้งนี้ การที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ จะสามารถปรับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพได้ในความเป็นจริงต้องอาศัยสมมติฐานพื้นฐาน 3 ประการด้วยกัน ได้แก่ สมมติฐานต่อความสมบูรณ์แบบของรัฐธรรมนูญ สมมติฐานว่าด้วยแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยม และสมมติฐานว่าด้วยพลเมืองตื่นรู้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ศักยภาพและข้อจำกัดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ผ่านการวิเคราะห์การนำกรอบดังกล่าวไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ ได้แก่ ไต้หวัน มาเลเซีย และไทย ซึ่งสมมติฐานทั้งสามประการเคยหรือยังคงต้องเผชิญกับความท้าทายจากวัฒนธรรมอำนาจนิยมและการปกครองแบบเผด็จการ บทเรียนที่สังเคราะห์ออกมาจากประสบการณ์ของทั้งสามบริบทแสดงให้เห็นว่าการยึดถือแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็น “แกน” ของเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับบ่งชี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขจะดูจะเหมาะสมและปรับใช้ได้ดีกับระบบรัฐธรรมนูญที่ประสบความสำเร็จในการสถาปนา “หลักความเป็นสูงสุดของเสียงอันศักดิ์สิทธิ์ของปวงชน” (เช่น ไต้หวัน) แต่หากการสถาปนาหลักดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลทางลบ (เช่น มาเลเซีย) หรือไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง (เช่น ไทย) สิ่งนี้ก็เชื้อเชิญให้พิจารณาถึงผลทางลบหรือข้อบกพร่องตลอดจนขีดจำกัดของการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ไปปรับใช้ ตลอดจนเชื้อเชิญให้

[202] Silvia Suteu, *Eternity Clause in Democratic Constitutionalism* (Oxford University Press 2021) 63.

พิจารณาถึงรูปแบบการปรับใช้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่แตกต่างไปจากฐานะเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย

ไต้หวันเป็นตัวอย่างของบริบทที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถนำไปปรับใช้ได้ในทางปฏิบัติแต่ต้องพึ่งพาการดำเนินการทางกฎหมายบางประการก่อน โดยคำตีความศาลรัฐธรรมนูญลำดับที่ 499 ได้แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่สกัดกั้นประชาชนรุ่นอนาคตในการแสดงออกซึ่งสิทธิในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในฐานะเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถือเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่สมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งการนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ มาปรับใช้ในไต้หวันนี้ นอกจากจะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วยังทำให้เกิดการเพิ่มการยอมรับของประชาชนต่อตัวรัฐธรรมนูญด้วย[203] ขณะเดียวกัน ประสบการณ์ของไต้หวันแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนที่จะช่วยผลักดันให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถถูกนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติได้ คำตีความลำดับที่ 261 และการตราบทบัญญัติเพิ่มเติมฯ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 4 ได้ช่วยอำนวยให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนไต้หวันค่อย ๆ ปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายแยกต่างหากจากแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนชาวจีนอันเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญแสดงบทบาทดังที่ปรากฏในคำตีความลำดับที่ 499

ในทางกลับกัน ความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์ในมาเลเซียไม่เพียงแต่ท้าทายการสถาปนาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเอกนิยมอันเป็นสมมติฐานพื้นฐานของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ขึ้นในรัฐดังกล่าว[204] หากแต่ยังชี้ให้เห็นว่าการนำแนวคิดและหลักการของกรอบประการนี้มาปรับใช้อาจส่งผลทางลบ-เกิดข้อบกพร่องมากกว่าเป็นคุณ ด้วยเหตุที่การปรับใช้หลักการและตรรกะของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ในมาเลเซียมีแนวโน้มจะนำไปสู่ผลทางลบ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับข้อสังเกตของศาสตราจารย์แอนดรูว์ ฮาร์ดิ้ง ที่ว่าเสถียรภาพของระบบรัฐธรรมนูญของรัฐดังกล่าวดูจะขึ้นอยู่กับ “การคงเอาไว้ซึ่งความขัดแย้งระหว่างชาติพันธุ์” มากกว่าการพยายามสร้างปวงชนที่เป็นหนึ่งเดียวขึ้นมาภายใต้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ[205]

สุดท้าย ประสบการณ์ของไทยแสดงให้เห็นว่าข้อเสนอให้มีการยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจและพระราชสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์เพื่อขยายขอบเขตของการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชนดังเช่นข้อเสนอของกลุ่มผู้ชุมนุม ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดข้อถกเถียงในสังคม หากแต่ยังนำไปสู่สภาวะที่กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ถูกปฏิเสธมากยิ่งขึ้นกว่าเดิมโดยภาครัฐดังเช่นในมาเลเซีย (ในกรณีของไทยคือโดยศาลรัฐธรรมนูญ) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็ได้วิเคราะห์ให้เห็นไปแล้วว่าผลหลังมรณะของ

---

[203] Chien-Chih Lin, ‘We the Taiwanese People: A Constitution with Two Antagonistic Constitutional Identities’ (เชิงอรรถ 64) 196.

[204] รวินท์ ลีละพัฒนะ, *ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอซไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย* (เชิงอรรถ 11) 64.

[205] Andrew Harding, ‘Constitutional Trajectory in Malaysia: Constitutionalism without Consensus?’ (เชิงอรรถ 107) 254.

รัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้ทำให้แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของปวงชนมีความเป็นรูปธรรมและเป็นสถาบันมากยิ่งขึ้น และหากเทียบเคียงกับบทเรียนของไต้หวัน แนวคิดดังกล่าวถือเป็นเงื่อนไขที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จก่อนที่จะช่วยผลักดันให้กรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ สามารถถูกนำไปปรับใช้ในทางปฏิบัติได้ ในขั้นที่สุด การปะทะกันระหว่างอุดมการณ์อนุรักษนิยมและอุดมการณ์เสรีนิยมที่รุนแรงมากขึ้นนับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาได้ส่งผลให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฯ 2540 กลายเป็น “มาตรชี้วัด” ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับหลังจากนั้นสมควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือการปรากฏอยู่ของกลไกยับยั้ง (veto) การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของปวงชน (ซึ่งเป็นแนวคิดที่มีความเป็นสถาบันมากขึ้นด้วยผลของรัฐธรรมนูญฯ 2540) ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฯ 2560 (โดยเฉพาะกลไกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง) ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสาธารณะเป็นวงกว้าง จนนำไปสู่การเรียกร้องจากภาคประชาชนให้มีการเปลี่ยนแปลงและยกเลิกบทบัญญัติเหล่านั้น ในเชิงทฤษฎี การที่รัฐธรรมนูญฯ 2540 กลายสภาพเป็นมาตรชี้วัดนี้เชื้อเชิญให้เราพิจารณาถึงการธำรงอยู่และบทบาทของกรอบความคิดเชิงกฎหมายฯ เหนือไปจากฐานะ “แม่แบบและเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายที่เป็นภววิสัยซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างเป็นสากล” โดยประสบการณ์ของไทยสะท้อนสภาวะที่ตรรกะและวิธีคิดของกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ จะปรับใช้ได้ก็ต่อเมื่อสิ่งดังกล่าวถูก “ขับเคลื่อนจากภาคประชาสังคม” ให้กลายเป็น “วาทกรรมสาธารณะ”[206]

จากการทดลองนำกรอบความคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากงานของรอซไนไปปรับใช้ในบริบทประชาธิปไตยใหม่ทั้งสามบริบท ผู้เขียนใคร่ขอสรุปว่าจริงอยู่ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดช่องให้ปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถใช้สิทธิปรับปรุงเปลี่ยนแปลงนิยามของระบบรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ตนเห็นว่าดีที่สุดถือเป็นหัวใจของกระบวนการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตย (แบบเสรีนิยม) แต่อีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญไม่แพ้กันที่จะทำให้กรอบแนวคิดเชิงทฤษฎีกฎหมายฯ ที่สกัดออกมาได้จากทฤษฎี UCA ของรอซไนสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ คือศาล (โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ) นอกจากนี้ บทเรียนจากไต้หวันและไทยยังได้ชี้เห็นว่าปัจจัยด้านเวลาก็ถือเป็นส่วนที่สำคัญไม่แพ้กัน ถ้าหากพิจารณากรณีศึกษาไทย ก็เห็นได้ชัดเจนว่าการพัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยแบบรัฐสมัยใหม่ที่ฝ่ายอนุรักษนิยมปฏิเสธยากขึ้นเรื่อย ๆ ตลอดจนภาวะพลเมืองตื่นรู้ที่เห็นเป็นที่ประจักษ์ แม้จะไม่สามารถทำให้การเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นได้ทันทีแต่การค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงที่ปรากฏนี้ก็ส่งผลไปในทิศทางบวกต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมากขึ้นนั่นเอง

[206] Bui Ngoc Son, ‘Discursive Constitutionalism’ (เชิงอรรถ 182) 349-351.