

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น¹

Constitutional Import: Concept and Basic Considerations

ปุนเทพ ศิรินพงค์²

Poonthep Sirinupong

(Received: April 10, 2024, Revised: June 14, 2024, Accepted: June 17, 2024)

บทคัดย่อ

“การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ” เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องปกติแทบทั่วโลกเมื่อมีการร่าง การปรับปรุงแก้ไข หรือการใช้การตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ การเรียนรู้จากผู้อื่นเป็นที่มาของความรู้และแรงบันดาลใจในการพัฒนาระบบการเมืองการปกครองของประเทศได้เป็นอย่างดี ในปัจจุบัน “ตลาดรัฐธรรมนูญโลก” เต็มไปด้วยตัวแบบและแหล่งอ้างอิงหลากหลายที่รัฐซึ่งต้องการปรับปรุงระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน สามารถจะเลือกหยิบยืมมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาคือที่ต้องประสบได้ อย่างไรก็ตาม กระบวนการการรับเข้านั้น เป็นเรื่องที่ซับซ้อนอันมีอุปสรรคและข้อจำกัดไม่น้อย อาทิ การต้องเข้าใจข้อมูลความรู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อความคิด หรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวอย่างอย่างถ่องแท้ การปะทะระหว่างวัตถุประสงค์ที่รับเข้ามากับบริบท วัฒนธรรมทางกฎหมายของรัฐปลายทาง ตลอดจนความเสี่ยงที่จะเกิดผลข้างเคียงไม่พึงประสงค์ทำให้กฎหมาย รัฐธรรมนูญที่รับเข้ากลายเป็นอุปสรรคไป ด้วยเหตุนี้ บรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจึงต้องคอยระมัดระวังและต้องพยายาม เตรียมการให้ดีที่สุดสำหรับการหาสมดุลที่เหมาะสมระหว่างบริบทกฎหมายดั้งเดิมกับบรรทัดฐานหรือ สถาบันทางกฎหมายใหม่ที่ได้รับเข้ามา

คำสำคัญ: การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ, กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, การกลายพันธุ์

Abstract

“Constitutional import” is a common phenomenon almost all over the world when a constitution is drafted, amended, or interpreted. Learning from others is a good source of knowledge and inspiration for the development of a country's political system. Nowadays,

¹ บทความนี้แปล สรุป และเรียบเรียงจากบทที่ 1 ของดุซงึนพันธ์หัวข้อ Same Same But Different: Grundgesetzimport und Verfassungsmutation in Thailand ซึ่งผู้เขียนเสนอต่อมหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ Nomos ในชุด Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft - Neue Folge ปี 2022 อนึ่ง เอกสารอ้างอิงที่ปรากฏในบทความนี้เป็นเพียง ส่วนหนึ่งของการค้นคว้าที่ปรากฏในดุซงึนพันธ์เท่านั้น ผู้สนใจเพิ่มเติมสามารถดูจากเอกสารฉบับเต็มซึ่งรวบรวมงานวิชาการภาษาอังกฤษ และภาษาเยอรมันในเรื่องนี้เอาไว้อย่างครอบคลุม

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200, poonthep@tu.ac.th

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University, 2 Phra Chan Road, Phra Nakhon, Bangkok, 10200, poonthep@tu.ac.th

the “global constitutional market” is filled with a variety of models and references that countries wishing to improve their constitutional systems can choose to borrow to solve their problems. However, constitutional import is a complex process with many obstacles and limits. These include the need to thoroughly understand the information and knowledge related to borrowed constitutional ideas or institutions, the clash between the imported material and the legal cultural context of the host state, and the risk of unwanted side effects causing the adopted constitutional law to mutate. Its actors must therefore be careful and try to find the best balance between the traditional legal context and the newly imported constitutional norms or institutions.

Keywords: Constitutional Import, Comparative Constitutional Law, Mutation

1. บทนำ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์หลักในการนำเสนอข้อคิดว่าด้วย “การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ” อันหมายถึงปรากฏการณ์ซึ่งพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศหนึ่งได้เติบโตหรือก้าวหน้าด้วยการใช้ประสบการณ์หรือข้อความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นมาเป็นต้นแบบแนวทาง โดยมีเนื้อหาที่มุ่งศึกษาปัญหาข้อพิจารณาในเชิงทฤษฎีจากงานวิชาการต่าง ๆ ที่ศึกษาหรือวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวข้างต้นเป็นสำคัญ ทั้งนี้ แม้งานทางวิชาการที่อ้างอิงบางส่วนจะเป็นการพิเคราะห์เรื่องดังกล่าวบนฐานของกฎหมายเอกชน แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าข้อพิจารณาส่วนใหญ่นั้นสามารถใช้เป็นฐานคิดที่ข้ามพ้นไปจากขอบเขตดังกล่าว อันรวมถึงการประยุกต์ใช้กับประเด็นในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ด้วยเช่นกัน

กล่าวสำหรับการศึกษา “การรับเข้ากฎหมาย” นั้น ดูราวกับจะกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทั่วไปทางวิชาการเสียแล้วว่า เมื่อใดก็ตามที่เอ่ยถึงหัวข้อนี้ขึ้น ก็จำต้องโหมโรงด้วยปัญหาโต้แย้งความเป็นไป(ไม่)ได้ของมนทัศน์ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อถกเถียงสุดขั้วระหว่างฝ่ายสนับสนุนและปฏิเสธของอลัน วัตสันกับปีแอร์ เลอกรอง สำหรับฝ่ายสนับสนุนเห็นว่าการเคลื่อนย้ายข้ามชาติข้ามดินแดนของกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้โดยง่ายและแทบจะเป็นเรื่องปกติธรรมดา การหยิบยืมนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการเกิดขึ้นมาของกฎหมายหลายแห่งที่ แม้จะมีวัฒนธรรมหรือปัจจัยเชิงเศรษฐกิจสังคมแตกต่างกันก็ตาม ขณะที่ฝ่ายปฏิเสธเห็นว่ากฎหมายมีวัฒนธรรมอันเป็นเนื้อในประกอบอยู่ที่ไม่อาจหยิบยืมหรือเคลื่อนย้ายไปไหนได้ การคัดลอกตัวบทจึงเป็นได้แต่เพียงการหยิบเอาเปลือกหรือกระพี้ ไม่ใช่แก่นหรือสาระสำคัญซึ่งผูกพันกับบริบททางสังคมแต่ละที่อันมีลักษณะเฉพาะตัว³

³ ดู Alan Watson, *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2th ed., (Athens : University of Georgia Press, 1993), p. 95-101; Pierre Legrand, The impossibility of ‘legal transplants’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1997), pp. 114-120; Michele Graziadei, Comparative law as the study of transplants and receptions, In Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (New York : Oxford University Press, 2006), pp. 467-470.

“บทสนทนาหูหนวก” (Dialogue of the Deaf)⁴ นี้ถูกพัฒนาต่อจนพบกันได้ทั้งที่ทางสายกลางว่าการรับเข้ากฎหมายนั้นเกิดขึ้นจริง โดยสามารถพิสูจน์เชิงประจักษ์ได้ แต่ก็ทำให้เป็นเรื่องปกกล้วยอย่างแค่การทำสำเนาตัวบท เพราะปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่ากฎหมายมีบริบทและวัฒนธรรมประกอบอยู่อันจกต้องคำนึงถึงด้วยเสมอ เช่นนี้ การรับเข้ากฎหมายจึงกลายเป็นปรากฏการณ์ทางปฏิบัติที่ได้รับความสนใจทางวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาปัญหาสำคัญที่ว่า เหตุใดจึงมีการหยิบยืมหรือรับเข้ากฎหมาย มีใครเป็นตัวกระทำการ และอาจเกิดขึ้นได้ในรูปแบบลักษณะเช่นใดได้บ้าง โดยมีปัจจัย อุปสรรค หรือข้อพิจารณาใดบ้างที่ต้องคำนึง หากจะมีการดำเนินการเช่นว่า ต่อคำถามเหล่านี้ ในหัวข้อต่าง ๆ ของบทความจะได้นำเสนอแต่ละเรื่องเป็นลำดับ โดยมุ่งเน้นที่ปรากฏการณ์ในส่วนของการกฎหมายรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในที่นี้สมควรกล่าวถึงความสำคัญและสถานะของการศึกษาการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญในวงวิชาการกฎหมายมหาชนร่วมสมัยเป็นเบื้องต้นก่อน โดยในปัจจุบัน กระแสของการศึกษาตามแนวทางนี้ได้เฟื่องฟูขึ้นมาคู่ขนานกับการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแบบดั้งเดิมในแนวทางหน้าที่นิยม (Functionalism) หรือการศึกษาสถาบันหรือหลักการทางกฎหมายที่ทำหน้าที่หรือมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ในระบบกฎหมายมากกว่าหนึ่งแห่งเปรียบเทียบกัน จนเกินกว่าที่จะนับว่าเป็นเพียงแนวการศึกษาทางเลือก⁵ การศึกษาการรับเข้ากฎหมายกับการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบโดยทั่วไปกลายเป็นตั้งเหรียญอีกด้านของกันและกัน ในขณะที่การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเป็นเหมือนสารตั้งต้นของการรับเข้ากฎหมาย การรับเข้ากฎหมายก็เป็นรูปธรรมเชิงประจักษ์ที่เกิดจากกฎหมายเปรียบเทียบ ปัจจุบัน มีงานศึกษาจำนวนไม่น้อยอธิบายการศึกษาการรับเข้ากฎหมายว่าเป็นวิธีวิทยาสำคัญแบบหนึ่งของการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ที่อาจเป็นไปได้ทั้งการวิเคราะห์หาคำตอบของปรากฏการณ์ในเชิงทฤษฎีเพื่อหาคำอธิบายอย่างเหมาะสมอันจะนำไปสู่การสร้างแนวปฏิบัติที่ดี หรือนำเสนอรูปธรรมของตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศหรือระบบกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะในมิติมุมมองของ “ผู้นำเข้า” หรือ “ส่งออก”

อนึ่ง แม้ในทางวิชาการจะมีการใช้อุปมาอุปไมย (Metaphor) สำหรับปรากฏการณ์การรับเข้ากฎหมาย แตกต่างหลากหลายออกไป อาทิเช่น การปลูกถ่ายกฎหมาย (Legal Transplant) การหยิบยืมกฎหมาย (Legal Borrowing) การโอนย้ายกฎหมาย (Legal Transfer) อย่างไรก็ตามบทความนี้จะไม่ลงไปพิจารณาประเด็นโต้แย้งเบื้องหลังการเลือกใช้คำเหล่านั้น⁶ แต่จะถือว่าคำทั้งหลายนั้นเป็นคำพ้องความหมายของกันและกัน โดยเลือกใช้คำไทยว่า “การรับเข้ากฎหมาย” เป็นโวหารภาพพจน์หลัก

⁴ Sebghatullah Qazi Zada and Abdul Haseeb Ansari, Legal transplant and the ‘dialogue of deaf’: Revisiting the debate between transferists and culturalists, *The NUSRL Journal of Law & Policy*, 2 (2) (2015), pp. 41.

⁵ ตัวอย่างเช่นใน International Journal of Constitutional Law ฉบับปี 2003 เล่มที่ 2 มีหลายบทความที่กล่าวถึงเรื่องนี้หรือในคู่มือศึกษา (Handbook) กฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรฐานแทบทุกฉบับก็จะต้องมีหัวข้อเรื่องนี้อยู่อย่างน้อยบทหนึ่ง

⁶ ประเด็นถกเถียงเกี่ยวกับการใช้คำดู Vlad Perju, Constitutional transplants, borrowing, and migrations, In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (New York : Oxford University Press, 2012), pp. 1306-1308.

2. เหตุผลของการรับเข้า

คำถามสำคัญประการแรกที่ต้องพิจารณาก็คือ เพราะเหตุใดจึงเกิดปรากฏการณ์ของการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้น จากการศึกษาปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นโดยประเทศใดประเทศหนึ่งนั้นมักจะมีปัจจัยสำคัญอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างประกอบกันจากสามเหตุผลสำคัญที่สุดดังต่อไปนี้ กล่าวคือ การประหยัดต้นทุน การอิงอาศัยความชอบธรรม และการตัดสินใจภายใต้ปัจจัยด้านผลประโยชน์ที่ถูกกำหนดจากภายนอกรัฐ

คำอธิบายที่ง่ายและตรงไปตรงมาที่สุดว่าเหตุใดระบบกฎหมายหนึ่งถึงเลือกจะหยิบยืมความคิดหรือต้นแบบของประเทศอื่นเข้ามาใช้กับตนก็คือวลีที่ว่า “เราไม่ต้องเสียเวลาประดิษฐ์ล้อขึ้นใหม่” การใช้ประสบการณ์ของผู้อื่นเป็นแนวทางโดยที่ไม่จำเป็นต้องเรียนรู้ด้วยตนเองทุกสิ่งทุกอย่างจากศูนย์นั้น สามารถช่วยประหยัดต้นทุนทางทรัพยากรต่าง ๆ⁷ โดยเฉพาะเวลาที่ไม่ต้องเสียไปจากความพยายามลองผิดลองถูกแบบไม่มีแผนที่หรือเข็มทิศ ด้วยความที่การจัดทำรัฐธรรมนูญในกรณีจำนวนมากเกิดขึ้นมาในสถานการณ์ไม่ปกติ อาทิ ภายหลังการปฏิวัติหรือการเรียกร้องการปฏิรูปขนานใหญ่ซึ่งมักปรากฏพร้อมกับความต้องการให้ได้กฎหมายสูงสุดฉบับใหม่โดยเร็ว⁸ การมองหาต้นแบบที่มีอยู่แล้วในต่างประเทศจึงเหมือนจะเป็นแนวทางที่ใช้การได้สะดวกที่สุดเพื่อให้ผู้มีหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการตามภารกิจของตนจนสำเร็จลุล่วงภายในกรอบระยะเวลาที่จำกัด นอกจากนี้ในแง่ความสำเร็จที่เป็นแรงบันดาลใจชั้นดีแล้ว ความผิดพลาดซึ่งอาจเคยเกิดขึ้นในที่แห่งอื่น ก็เป็นบทเรียนที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน อันสามารถใช้เรียนรู้เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เหตุการณ์ไม่พึงปรารถนาปรากฏขึ้นซ้ำรอย

ในขณะเดียวกัน การอ้างอิงต้นแบบที่ได้รับการยอมรับระดับสากล บ่อยครั้งก็สามารถช่วยเสริมสร้างความชอบธรรมให้กับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่กำลังทำขึ้นมาได้ด้วย โดยความชอบธรรมในมิตินี้ขึ้นอยู่กับคำอธิบายเรื่องความเป็นเหตุและผลของตัวสถาบันหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละกรณีว่าเป็นที่น่าเชื่อถือ ได้รับการยอมรับ หรือผ่านการใช้ปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพมาแล้ว จนกลายเป็นตัวอย่างมาตรฐานที่นานาชาติยึดถือหรือกำหนดเป็นแนวทางร่วมกัน การอ้าง “มาตรฐานสากล” เช่นนี้ สามารถใช้ได้ทั้งเป็นความชอบธรรมเสริมสำหรับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่โดยทั่วไปมักตั้งอยู่บนฐานของความชอบธรรมเชิงกระบวนการแบบประชาธิปไตยอยู่แล้ว หรือในหลายกรณี ก็มักกลายเป็นความชอบธรรมหลักสำหรับขดเชยหรือทดแทนความชอบธรรมเชิงกระบวนการไป หากว่าเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเลยหรือมีแต่เพียงไม่มากนัก⁹

เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการเลือกรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญก็คือการตัดสินใจบนเป้าหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยด้านผลประโยชน์ที่ถูกกำหนดจากภายนอกรัฐ ในหลายกรณี มาตรการ

⁷ Jonathan M. Miller, A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process, *The American Journal of Comparative Law*, 51 (4) (2003), pp. 845-846.

⁸ Ernst A. Kramer, Hauptprobleme der Rechtsrezeption, *JuristenZeitung* 72 (1) (2017), pp. 5.

⁹ ดู Jonathan M. Miller, Op. cit., pp. 854-867; Matthias Hartwig, Die Legitimation des Staates durch Verfassungsrezeption in Mittel- und Osteuropa, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59 (1999), pp. 919-920.

ส่งเสริมหรือทำความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยประเทศที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า หรือโดยองค์การระหว่างประเทศ มักจะตั้งอยู่บนเงื่อนไขที่ว่าประเทศผู้รับการสนับสนุนจำเป็นต้องสร้างโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจและกฎหมายที่สอดคล้องกับแนวทางแบบเสรีนิยมโดยมีนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐาน¹⁰ หรือในบางเงื่อนไข การมีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้วางโครงสร้างโดยมีสถาบันที่สอดคล้องกับมาตรฐานแบบนิติรัฐประชาธิปไตยก็เปรียบดั่ง “ตัวเข้าร่วม” เป็นสมาชิกของความร่วมมือในระดับนานาชาติ¹¹ เช่นนี้ จึงเลี่ยงไม่ได้ที่หลายประเทศซึ่งต้องการความช่วยเหลือดังกล่าวหรือต้องการเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมระหว่างประเทศ จำต้องรับเอาต้นแบบมาตรฐานไม่ว่าจะเป็นสถาบันการเมืองหรือบทบัญญัติหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าพัฒนาแล้วเข้ามา เพื่อที่จะตอบสนองต่อข้อเรียกร้องดังกล่าว

3. ตลาดและผู้ค้า (Markets and Merchants)

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาก็คือ ในปรากฏการณ์การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นอย่างเป็นสากลั่นนั้น มีใครบ้างเป็นตัวการในการดำเนินการและตัวการดังกล่าวเลือกสรรหรือจัดการรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้เป็นต้นแบบเพื่อการรับเข้าจากที่ใดได้บ้างและอย่างไร

ผลของความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้การหาบทบัญญัติหรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศสำหรับใช้เป็นต้นแบบการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้น เป็นไปโดยง่าย สะดวกและไม่ยุ่งยาก ฐานข้อมูลพื้นฐานสำคัญแห่งหนึ่งก็คือเว็บไซต์ Constitute Project ซึ่งไม่เพียงได้มีการรวบรวมบทบัญญัติฉบับภาษาอังกฤษของรัฐธรรมนูญนานาประเทศทั้งที่แปลงอย่างเป็นหรือไม่เป็นทางการขึ้นเข้ามาไว้ด้วยกันเท่านั้น แต่ผู้เข้าชมเว็บไซต์ยังสามารถเลือกค้นหารายหมวดหมู่เพื่อเทียบเคียงบทบัญญัติของประเทศทั้งหลายที่มีอยู่ในเรื่องประเภทเดียวกันสำหรับศึกษาเปรียบเทียบได้อีกด้วย¹²

นอกจากนี้ การเพิ่มปริมาณของหนังสือกฎหมายรัฐธรรมนูญที่นำเสนอเนื้อหาของประเทศต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษไม่ว่าจะในเชิงรายประเทศหรือเปรียบเทียบกัน เช่น ตำราคู่มือกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (Handbook of Comparative Constitutional Law) ของสำนักพิมพ์ Oxford, Cambridge, Routledge หรือ Edward Elgar หรือชุดหนังสือ Constitutional Systems of the World ของสำนักพิมพ์ Bloomsbury ตลอดจนการขยายจำนวนวารสารวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ อาทิ International Journal of Constitutional Law, European Constitutional Law Review และ Comparative Constitutional Studies รวมถึงความร่วมมือหรือการจัดประชุมทางวิชาการที่ขยายออกเป็นวงกว้างขึ้นเรื่อย ๆ ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา โดยเฉพาะการประชุมของสมาคมกฎหมายมหาชนนานาชาติ (ICON•S Annual Conference) ที่จัดขึ้นเป็นประจำทุกปีตั้งแต่ ค.ศ. 2014 หรือในภูมิภาคเอเชียเองก็มีการจัดประชุม Asian Constitutional Law Forum อย่างต่อเนื่องเป็นประจำในทุกสองปี ซึ่งเพิ่มฐานข้อมูลอันเป็นเครื่องมือ

¹⁰ Jonathan M. Miller, Op. cit., pp. 847-849; Michele Graziadei, Op. cit., pp. 459-461.

¹¹ เช่น กรณีการจะเข้าร่วมเป็นสมาชิกของประชาคมยุโรปของชาติยุโรปตะวันออก ดู Matthias Hartwig, Op. cit., pp. 922-923.

¹² Constitute, Retrieved April 10, 2024, from <https://www.constituteproject.org/>

ให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการหยิบยืมหรือใช้แนวทางจากต่างประเทศมีตัวเลือกหลากหลายมากขึ้นราวกับการเดินจับจ่ายสินค้าในซูเปอร์มาร์เก็ตที่มีผลิตภัณฑ์จากนานาประเทศตั้งเรียงรายให้เลือกสรรตามความพึงใจ

แม้ในทางความเป็นจริง ประสบการณ์ของทุกประเทศทั่วโลกล้วนเป็นเรื่องที่สามารถเรียนรู้และใช้ประโยชน์ได้ทั้งหมด แต่ก็ดูเหมือนจะมีบางประเทศที่ในทางสถิติแล้วได้รับการยอมรับและกลายเป็นต้นแบบอ้างอิงให้กับประเทศต่าง ๆ มากกว่าที่อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร¹³ อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา ดูเหมือนว่าบัลลังก์บนลำดับขายดีของ “ประเทศคลาสสิก” ที่กล่าวมาจะค่อย ๆ ถูกท้าทายด้วยประเทศอื่นที่ได้รับความสนใจเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ อย่างแอฟริกาใต้ แคนาดา หรืออินเดีย¹⁴

การจะเลือกประเทศใดเป็นต้นแบบนั้น นอกจากชื่อเสียงที่ได้รับการยอมรับของประเทศดังกล่าว ยังมีปัจจัยอื่น ๆ อีกไม่น้อยที่ส่งผลต่อการพิจารณาด้วยเช่นกัน บางกรณี เหตุผลของการหยิบยืมก็เกิดขึ้นจากฐานความรู้ที่ผู้มิชอบบทกี่ยวข้องคุ้นเคย มีประสบการณ์ ผ่านการอบรมศึกษามา หรือมีความสามารถด้านภาษาที่ช่วยให้เข้าถึงได้ บางครั้ง การเลือกต้นแบบก็มักจะหันไปหาประเทศที่มีประเพณีหรือวัฒนธรรมทางรัฐธรรมนูญใกล้เคียงกัน¹⁵ อาทิเช่น ประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภาเหมือนกัน ประเทศที่จัดอยู่ในสกุลกฎหมายเดียวกัน หรือประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมซึ่งคุ้นชินกับระบอบการเมืองการปกครองของประเทศเจ้าอาณานิคมซึ่งตัดสินใจเลือกใช้โครงสร้างสถาบันทางการเมืองแบบที่ใกล้เคียงกับประเทศเจ้าอาณานิคมเดิม

ในทางปฏิบัติปกติ การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญมักไม่ได้เกิดขึ้นจากการหยิบยืมเอาประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้เป็นต้นแบบโดยลำพัง แต่จะปรากฏความพยายามของผู้ร่างที่คอยประสานหลักการหรือบทบัญญัติจากหลากหลายที่เข้ามาไว้ด้วยกัน เช่นนี้ จึงไม่ใช่เรื่องน่าแปลกใจ หากจะพบรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ๆ ที่อวดอ้างสรรพคุณว่าได้คัดสรรสุดยอดวัตถุดิบอย่างระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ ระบบสหพันธรัฐแบบสหรัฐอเมริกา ศาลรัฐธรรมนูญแบบเยอรมนี และประชาธิปไตยทางตรงแบบสวิตเซอร์แลนด์ เข้ามาผสมกันจนเกิดเป็นรัฐธรรมนูญลูกผสมชั้นยอด¹⁶

เพิ่มเติมไปจากต้นแบบที่อ้างอิงอยู่กับประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว ในปัจจุบัน ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งหลายยังสามารถอาศัยต้นแบบจาก “แนวปฏิบัติที่เป็นเลิศ” ของการจัดทำรัฐธรรมนูญที่องค์กรพัฒนาเอกชนนานาชาติต่าง ๆ จัดทำเป็นคู่มือแนะนำเสนอแนวทางที่ไม่ผูกติดกับบริบทหรือประสบการณ์ของแต่ละประเทศ ตัวอย่างเช่น คู่มือการร่างรัฐธรรมนูญหลังสถานการณ์ขัดแย้ง (Post-Conflict Constitution

¹³ Morton J. Horwitz, Constitutional transplants, *Theoretical Inquiries in Law*, 10 (2) (2009), pp.535.

¹⁴ David S. Law and Mila Versteeg, The declining influence of the United States Constitution, *New York University Law Review*, 87 (3) (2012), pp. 809-833.

¹⁵ Vlad Perju, Op. cit., pp. 1320-1321.

¹⁶ Rett R. Ludwikowski, ‘Mixed’ constitutions: Product of an East-Central European constitutional melting pot, *Boston University International Law Journal*, 16 (1) (1998), pp. 2; Angelika Nußberger, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost: Illusion, Desillusion, Neubeginn, *Osteuropa*, 60 (9) (2010), pp. 81.

Drafter's Handbook) โดย Public International Law & Policy Group¹⁷ และแนวปฏิบัติการสร้างรัฐธรรมนูญ (A Practical Guide to Constitutional Building) โดย International Institute for Democracy and Electoral Assistance¹⁸ นอกจากนี้ รายงานฉบับต่าง ๆ ของคณะกรรมการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยผ่านกฎหมาย (European Commission for Democracy through Law) หรือคณะกรรมการ เวนิส (Venice Commission) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้สภายุโรป (Council of Europe) ที่จัดทำรายงาน ข้อเสนอ หรือแนวทางเกี่ยวกับประเด็นโครงสร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญหลาย ๆ เรื่อง ก็เป็นแหล่งข้อมูลสำคัญให้ประเทศอื่นที่สนใจใช้ได้ แม้จะไม่ใช่สมาชิกภาคีอย่างเป็นทางการก็ตาม¹⁹

กินแทร์ ฟรังเคนแบร์ค เปรียบเทียบรูปแบบการรับเข้าความคิดทางรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เป็นการหยิบยืมโดยตรงจากรัฐใดรัฐหนึ่งเช่นนี้กับการเลือกซื้อเฟอร์นิเจอร์ในห้างอิกีย (IKEA) โดยอุปมาภาพของซูเปอร์มาร์เก็ตกฎหมายรัฐธรรมนูญตามแนวปฏิบัติที่เป็นเลิศทั้งหลายว่าเป็นดังผู้จัดจำหน่ายเฟอร์นิเจอร์และสินค้าตกแต่งบ้านจากประเทศสวีเดนที่มีการแปลงรูปสถาบันหรือส่วนประกอบทางรัฐธรรมนูญที่อาจเคยยึดโยงหรือมีรากเหง้าภายใต้สภาพแวดล้อมทางสังคมหรือประวัติศาสตร์แบบใดแบบหนึ่งให้หลุดพ้นจากบริบทดังกล่าว จนได้มาเป็นสินค้าสำเร็จรูปซึ่งมีลักษณะแบบอุดมคติ พร้อมปรับใช้กับสถานการณ์ใหม่ โดยตั้งแสดงและจัดเรียงไว้ในห้องแสดงรอให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งหลายมาเลือกจับจ่ายตามจินตนาการและความคิดสร้างสรรค์ที่มี เพื่อนำไปจัดเรียงสิ่งต่าง ๆ ต่อเข้าด้วยกันเอง เหมือนกับการเลือกซื้อเฟอร์นิเจอร์ประดับห้อง ทั้งนี้ นอกจากการเลือกและปรับแต่งตามชอบใจแล้ว หากว่าผู้ซื้อประสงค์จะรับสินค้าตามชุดตัวอย่าง ซึ่งมีการจัดเลือกไว้อยู่แล้ว ก็อาจทำได้เช่นกัน²⁰

ใน “ตลาดรัฐธรรมนูญ” ที่กล่าวมาทั้งหมด ก็จะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่จำนวนไม่น้อยคอยทำหน้าที่เป็นดั่งนายหน้า หรือ “พ่อค้า” ซึ่ง “นำเข้า-ส่งออก” ความคิดกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ อาจพิจารณาจัดผู้ที่มีบทบาทดังกล่าวในภาพรวมได้เป็นสามกลุ่มด้วยกัน ได้แก่ บรรดาองค์กรระหว่างประเทศหรือองค์กรพัฒนาเอกชนนานาชาติทั้งหลาย ที่ส่วนใหญ่นั้น นอกจากได้จัดทำแนวทางหรือคู่มือการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น ก็ยังมีโครงการสนับสนุนด้วยการจัดอบรมให้ความรู้หรือส่งผู้เชี่ยวชาญไปให้คำปรึกษาสำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญในภาคปฏิบัติโดยตรงด้วย²¹ หรือบางครั้ง ผู้ที่ทำหน้าที่ “ตัวแทน” ดังกล่าว ก็อาจเป็นองค์กรหรือ

¹⁷ The Public International Law & Policy Group, *Post-Conflict constitution drafter's handbook* (2007), Retrieved April 10, 2024, from https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/PostConflictConstitutionDrafterHandbook_PILPG2007.pdf

¹⁸ Markus Böckenförde, Nora Hedling, and Winluck Wahiu, *A practical guide to constitution building* (Stockholm: International IDEA, 2011), Retrieved April 10, 2024, from <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/a-practical-guide-to-constitution-building.pdf>

¹⁹ Paul P. Craig, Transnational constitution-making: The contribution of the Venice Commission on Law and Democracy, *The UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2 (1) (2017), pp. 73-75.

²⁰ Günter Frankenberg, Constitutional transfer: The IKEA theory revisited, *International Journal of Constitutional Law*, 8 (3) (2010), pp. 570-576.

²¹ Cheryl Saunders, International involvement in constitution making, In David Landau and Hanna Lerner (Eds.), *Comparative Constitution Making*, (Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2019), pp. 73-74.

บุคลากรจากประเทศซึ่งพยายามจะขยายอิทธิพลหรือส่งเสริมแนวทางแบบของประเทศตนให้เป็นที่ยอมรับและได้รับการหยิบยืมไปใช้ในประเทศอื่น ๆ โดยอาจเป็นได้ทั้งในรูปแบบของมูลนิธิทางการเมือง องค์กรวิชาชีพ องค์กรวิชาการ²² ตลอดจนหน่วยงานพิเศษที่จัดตั้งขึ้นมาเป็นการเฉพาะสำหรับภารกิจด้านสนับสนุนความร่วมมือในการพัฒนากฎหมาย²³ นอกจากนี้ ปัจเจกบุคคลเองก็สามารถมีบทบาทลักษณะนี้ได้ด้วย โดยอาจเป็นลักษณะของการทำหน้าที่ที่ปรึกษาหรือไม่ก็ได้มีบทบาทในการให้ความรู้ทางวิชาการที่ส่งผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศปลายทางในทางใดทางหนึ่ง

กลุ่มสุดท้ายซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีบทบาทสำคัญที่สุดในทางความเป็นจริงก็คือบรรดาตัวละครเจ้าถิ่น (Local Actors) ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศตนเองไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม พวกเขาเหล่านี้อาจเป็นนักการเมือง นักกฎหมาย หรือนักวิชาการที่เข้าไปทำงานร่วมกับตัวแทนต่างชาติและเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะเลือกรับกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศเข้ามาหรือไม่ อย่างไร นอกจากนี้ การรับเข้าอาจเกิดขึ้นได้จากปัจจัยบุคคลภายในประเทศเพียงลำพัง โดยไม่มีชาวต่างชาติเข้ามาข้องเกี่ยวเลยก็ได้เช่นกัน อาทิ กรณีที่ผู้มีส่วนบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญไปค้นคว้าหรือเลือกเอาตัวอย่างจากต่างประเทศมาเองไม่ว่าจะโดยอาศัยพื้นฐานความรู้ทางภาษาที่ช่วยให้สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ หรือบ่อยครั้ง พวกเขาเหล่านั้นก็มีความรู้ทางกฎหมายของประเทศต้นทางประกอบอยู่ด้วย เพราะเคยมีประสบการณ์หรือโอกาสศึกษาต่อทางนิติศาสตร์ระดับสูงในประเทศนั้น ๆ มาก่อน²⁴

4. เส้นทางการรับเข้า

การรับเข้า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ไม่ว่าจะเป็นการหยิบยืมข้อความคิด หลักการพื้นฐาน สถาบันทางการเมือง ตลอดจนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ อย่างไรก็ตามมี “เส้นทาง” (Routes) หลักอยู่สามแบบที่นำพากฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศเข้ามาสู่รัฐปลายทางได้ โดยเส้นทางที่สำคัญที่สุดก็คือการรับเข้าผ่านกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ซึ่งอาจเปิดโอกาสหรือพื้นที่ให้สาธารณชนได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจหรือจับตาการเลือกรับเข้ามาจากต้นแบบประเทศใดประเทศหนึ่งว่าผู้มีส่วนบทบาทในการยกย่องได้ตัดสินใจหรือพิจารณาอย่างเหมาะสมหรือไม่

ร่องรอยของการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศผ่านกระบวนการตรารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหลายครั้งก็ปรากฏให้เห็นอย่างแจ่มชัด ไม่ว่าจะเป็นในเอกสารประกอบการยกย่อง หรือรายงานการประชุมของผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือบางครั้งแม้จะไม่ได้มีการบันทึกไว้โดยตรง ก็อาจรับรู้ได้จากถ้อยความระหว่างบรรทัดหรือด้วยการเทียบถ้อยความกับรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ ที่ประกาศใช้อยู่ก่อนแล้ว อย่างไรก็ตาม

²² Cheryl Saunders, Ibid, pp. 75.

²³ ตัวอย่างเช่น German Agency for International Cooperation GmbH (GIZ), Spanish Agency for International Development Cooperation (AECID), Australian Agency For International Development (AusAID), United States Agency for International Development (USAID)

²⁴ Gail J. Hupper, The academic doctorate in law: A vehicle for legal transplants?, *Journal of Legal Education*, 58 (3) (2008), pp. 445.

เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ถ้อยความซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากต่างประเทศ อาจไม่ต้องตรงกับต้นฉบับไปเสียทั้งหมด เพราะโดยทั่วไป ผู้ร่างก็ต้องปรับแต่งถ้อยคำให้สอดคล้องกับบริบทปลายทาง หรือบางกรณีก็อาจมีการเพิ่มเติมตามความจำเป็นของระบบกฎหมายปลายทาง นอกจากนี้ ก็เป็นไปได้เช่นกันว่า กรณีที่กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศต้นทางได้มีพัฒนาการเพิ่มเติมต่อยอดไปจากตัวบทเดิมแล้วด้วยแนว คำวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่ตีความและชี้ขาด ประเทศปลายทางก็อาจคำนึงถึงหลักการใหม่นั้นและเรียบเรียงประกอบเข้า²⁵จนเกิดเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ ที่แม้ว่าจะมีถ้อยคำแตกต่างไป แต่กลับต้องตรงกับ ความหมายที่เป็นปัจจุบันในระบบกฎหมายที่เป็นต้นแบบนั้น

อีกเส้นทางที่สำคัญไม่แพ้กันก็คือการเดินทางผ่านคำวินิจฉัยขององค์กรตัดสินคดีทางรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่กฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเป็นที่มาหรือต้นแบบของการบัญญัติซึ่งปรากฏออกมาเป็น กฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่แล้ว การอ้างอิงหรือใช้แนวทางต่างประเทศเพื่อให้ความหมายหรือประกอบการตีความ บทบัญญัติดังกล่าวอาจนับได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของแนวทางการตีความกฎหมายปกติในฐานะการพิจารณาเชิงประวัติศาสตร์²⁶ อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏกรณีที่ต้องครวญฉีกรัฐธรรมนูญในนานาประเทศใช้คำวินิจฉัย ของตนเป็นเส้นทางการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศแรกเริ่มอยู่เนืองนิจ ทั้ง ๆ ที่บทบัญญัติซึ่งเป็น วัตถุในการตีความนั้นอาจไม่ได้อ้างอิงหรือมีที่มาจากต่างประเทศเลย โดยอาจเกิดขึ้นในลักษณะของการหยิบยืม แนวทางการตีความหรือการให้เหตุผลทางกฎหมายแบบขององค์กรวินิจฉัยคดีทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ เมื่อต้องพิจารณาปัญหาในเรื่องที่มีลักษณะอันเทียบเคียงกันได้ หรือเป็นการรับเอาผ่านเข้ามาเมื่อต้องมีการตีความ บทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานสากลอย่างเรื่องสิทธิเสรีภาพ หรือหลักการพื้นฐานของการปกครอง²⁷

เส้นทางสุดท้ายที่เกิดขึ้นเป็นประจำ แม้ว่าจะไม่ได้มีผลโดยตรงต่อการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย รัฐธรรมนูญขึ้นมาในระบบกฎหมายก็ตาม ก็คือ การรับเข้าผ่านคำสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยนักวิชาการ ทั้งหลายที่ได้นำเสนอความคิดของต่างประเทศออกมาในรูปของตำรา หนังสือ งานวิจัย หรือบทความต่าง ๆ งานวิชาการเหล่านี้เป็นการเตรียมทางขั้นดีสำหรับการจะรับเข้าผ่านช่องทางที่เป็นทางการอย่างการบัญญัติ กฎหมายหรือการวินิจฉัยคดีที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจมีข้อจำกัดในการแสวงหาข้อมูลหรือเข้าถึงความรู้ชั้นปฐมภูมิ ด้วยตนเอง แตกต่างจากนักวิชาการซึ่งได้รับการบ่มเพาะหรือศึกษาค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศ ในด้านนั้น ๆ มาอย่างเชี่ยวชาญ²⁸

ในทางปฏิบัติ การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งสามช่องทางนั้นคงไม่สามารถจะแยกพิจารณาออกจากกันเป็นเอกเทศอย่างเด็ดขาดได้ นอกจากนี้ เส้นทางทั้งสามเองก็สะท้อนนัยยะของสิ่งที่ เป็น “วัตถุ”

²⁵ Peter Häberle, Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen, In Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (Eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I: Entwicklung und Grundlagen*, (Heidelberg : C.F. Müller, 2004), pp. 316-321.

²⁶ Jörg Manfred Mössner, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99, no. 2 (1974), pp. 218.

²⁷ Jörg Manfred Mössner, Ibid, pp. 218. ตัวอย่างของการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ดู Tania Groppi and Marie-Claire Ponthoreau, *The use of foreign precedents by constitutional judges*, (USA : Hart, 2013).

²⁸ Jörg Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht: Südafrika 1993 – 1996* (Baden-Baden : Nomos, 1996), p. 48.

(Object) ของการรับเข้าอยู่ในตัวด้วยเช่นกันทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษา และหลักวิชาการ จึงเป็นเรื่องปกติที่อาจปรากฏว่ามีการเดินทางคู่ขนานหรือข้ามไปมาระหว่างกันของ “วัตถุ” กับ “เส้นทาง” แต่ละลักษณะ²⁹ เช่น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาศัยแรงบันดาลใจจากแนวการวินิจฉัยของศาลต่างประเทศมาปรับให้กลายเป็นบทบัญญัติในกฎหมายที่จัดทำขึ้นมาใหม่ของประเทศตน หรือศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยดูแนวทางจากตัวบทประกอบคำอธิบายทางวิชาการของต่างประเทศ หากกล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว การแบ่งแยกในที่นี้อาจไม่ใช่เรื่องจำเป็นเท่าใดนัก เพราะตามความเป็นจริง การรับเข้ากฎหมายจากต่างประเทศเป็นเรื่องของกระบวนการและปฏิสัมพันธ์ต่อเนื่องที่จำเป็นต้องเชื่อมโยงองค์ความรู้จากประเทศต้นทางไม่ว่าจะเป็นจากตัวบทกฎหมาย แนวคำวินิจฉัยของศาล ตลอดจนคำอธิบายทางวิชาการทั้งหมด โดยต้องถ่ายทอดต่อไปในทั้งสามเส้นทางของประเทศปลายทางด้วย

5. อุปสรรคและข้อจำกัด

เทพเจนนีสองหน้าเป็นสัญลักษณ์เปรียบเทียบของความพยายามรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญว่ามีสองด้านที่ต้องมองไปด้วยกันหรือคำนึงถึงให้ได้สมดุลเสมอ คือ “ต้นฉบับ” และ “การปรับแต่ง”³⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากโครงการดังกล่าวขึ้นอยู่กับความมุ่งหวังที่จะทำให้สำเร็จเด่นในรัฐต้นทาง เช่นนี้้องค์ความรู้ที่ครบถ้วนและสมบูรณ์ที่สุดเกี่ยวกับหลักการและทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศแบบฉบับย่อมเป็นยิ่งกว่าสิ่งพึงปรารถนา ขณะเดียวกัน “บริบทแวดล้อมทางวัฒนธรรมกฎหมาย” ของทั้งรัฐต้นทางและปลายทางก็เป็นอีกเรื่องที่ต้องใคร่ครวญอย่างจริงจัง เช่นนี้ การตอบคำถามสำคัญแรกเริ่มให้ได้อย่างชัดเจนว่าการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นมีขึ้นเพื่อที่จะเสริมหรือจะแทนที่สภาพวัฒนธรรมทางกฎหมายเดิมอันดำรงอยู่ก่อน ก็จะเป็นตัวกำหนดแนวทางการดำเนินการทั้งหมดต่อไป

เมื่อเริ่มต้นจะพิจารณาว่าจะรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจากแม่แบบแห่งใดแห่งหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นจากรัฐชาติใดรัฐชาติหนึ่งเฉพาะเจาะจงหรือจากแนวปฏิบัติที่เป็นเลิศในตลาดสากล ก็จำเป็นที่จะต้องทำการสังสมศึกษา และวิเคราะห์ข้อมูลความรู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อความคิดหรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวอย่งนั้นเสียก่อน อย่างไรก็ตาม การค้นคว้าทั้งหลายล้วนต้องเผชิญกับกำแพงสำคัญอย่าง “ภาษา” และ “เวลา” ทั้งในแง่ของการเรียนรู้หลักกฎหมายโดยตรงและการซึมซับบริบทโพ้นกฎหมายทั้งหลายที่ส่งอิทธิพลต่อการใช้การตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างประวัติศาสตร์ กรอบการเมืองและวัฒนธรรม หรือโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันต่าง ๆ ที่ยากจะทำความเข้าใจได้ทั้งหมดในระยะเวลาจำกัด แม้กระนั้น การเรียนรู้ให้ดีที่สุดภายใต้กรอบเวลาที่มีก็สามารถช่วยหลีกเลี่ยงการประเมินอย่างไม่ถูกต้องหรือความเข้าใจที่ผิดพลาดอันไม่จำเป็นออกไป³¹

²⁹ Peter Häberle, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, *JuristenZeitung*, 47 (21) (1992), pp. 1036.

³⁰ Mitchell Gordon, Don't Copy Me, Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type, *Washington University Global Studies Law Review*, 8 (3) (2009), pp. 488-489.

³¹ Cheryl Saunders, Transplants in public law, In Mark Elliott, Jason NE Varuhas, and Shona Wilson Stark (Eds.), *The Unity of Public Law?*, (Oxford : Hart Publishing, 2020), pp. 264.

ขณะเดียวกัน การเรียนรู้เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่จะสำเร็จเสร็จลงโดยเด็ดขาดทันทีที่มีการประกาศใช้บทบัญญัติซึ่งหยิบยืมจากต่างประเทศแล้ว แต่ต้องเป็นกระบวนการต่อเนื่องตลอดไปอย่างไม่รู้จบ ถึงแม้ว่าผลผลิตของการรับเข้าควรเติบโตและมีชีวิตในทางรัฐธรรมนูญของตนเองบนผืนดินประเทศปลายทาง กระนั้นก็ตาม ข้อมูลของประเทศต้นทางที่ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เป็นนิจ จะเป็น “คู่มือการใช้งาน”³² ที่ดี ที่ไม่เพียงแต่สำหรับการใช้การตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่ดำรงอยู่แล้วเท่านั้น แต่รวมถึงตลอดถึงสำหรับใช้พัฒนาหลักการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศที่รับเข้าให้ดียิ่งขึ้นอีกในอนาคตต่อไปด้วย

อีกความท้าทายที่ทุกการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจะต้องประสบ ก็คือการปะทะกับ “วัฒนธรรมทางกฎหมาย” (Legal culture) อันหมายถึงองค์รวมของบรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่เดิม ตลอดจนปัจจัยทางสังคมที่มีต่อพฤติกรรมและการเคารพหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กับนิตินัยของทั้งนักกฎหมายและสาธารณชนของรัฐปลายทาง ซึ่งมีอิทธิพลสำคัญต่อประสิทธิผลและความเป็นจริงของการบังคับใช้กฎหมายในสังคมอย่างมาก การรับเข้ากฎหมายโดยละเอียดหรือไม่ใส่ใจกับบริบทดั้งเดิมอันดำรงอยู่มาก่อนย่อมไม่ต่างอะไรกับการพยายามสร้าง “โลกเสมือน” (Virtual Reality) ขึ้นมาบนความจริงสมมติที่ไม่น่าเชื่อถือว่าจะเป็นไปได้³³ อย่างไรก็ตาม การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญในทุกบริบทก็ทำให้ว่าจะต้องจัดการกับวัฒนธรรมทางกฎหมายท้องถิ่นด้วยรูปแบบเดียวกันทั้งหมด แต่จะต้องรับมือด้วยวิถีทางที่แตกต่างกันออกไปในตามกรณี โดยขึ้นอยู่กับจุดมุ่งหมายและเป้าประสงค์ของแต่ละโครงการ

หากเป็นการรับเข้ามาเพื่อเสริมความแข็งแกร่งหรือพัฒนาระบบกฎหมายเดิมที่มีพื้นฐานดีอยู่แล้ว เช่นนี้ก็ต้องพยายาม “ปรับแต่ง” (Tuning) กฎหมายใหม่ที่รับเข้ามาให้ประสานกับโครงสร้างระบบกฎหมายเดิมได้อย่างไม่สูญเสียสาระสำคัญวัตถุประสงค์หรือความสามารถนำไปใช้ประโยชน์ที่ต้องการได้รับอันเป็นเหตุผลของการหยิบยืมตั้งแต่แรก เปรียบดังที่ เอชิน เออร์อูจือ ได้อุปมาไว้ให้เห็นภาพว่าเป็นฉากเช่นการปรับแต่งคีย์ของเพลงให้เหมาะกับเครื่องดนตรีหรือระดับเสียงของนักร้อง โดยยังคงรักษาคันโน้ตเสียงให้เหมือนหรือใกล้เคียงกับต้นฉบับที่สุดเอาไว้³⁴

แต่ก็มีอยู่บ่อยครั้งที่การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นพร้อมกับความคาดหวังที่จะปลดปล่อยประเทศปลายทางจากวัฒนธรรมทางกฎหมายแบบเดิม เพื่อก่อร่างสร้างวัฒนธรรมทางกฎหมายแบบใหม่ขึ้นมา³⁵ โดยเฉพาะในรัฐทั้งหลายที่ต้องการเปลี่ยนผ่านระบอบการปกครองจากเดิมที่เคยมีสภาพเป็นอยู่ติธรรมรัฐให้ก้าวเดินใหม่บนเส้นทางแบบนิติรัฐ-ประชาธิปไตย กรณีเช่นนี้ หากหวังให้การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเกิดประสิทธิผลตามประสงค์ได้อย่างแท้จริง ก็จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องปฏิรูปองคาพยพทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกับ

³² Günter Frankenberg, *Verfassungstransfer*, In Philipp Dann, Stefan Kadelbach, and Markus Kaltenborn (Eds.), *Entwicklung und Recht*, (Baden-Baden : Nomos, 2014), pp. 610.

³³ Esin Örüçü, *Law as transposition*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 51 (2) (2002), pp. 208.

³⁴ Esin Örüçü, *Ibid*, pp.207.

³⁵ Andrew Harding, *The legal transplants debate: Getting beyond the impasse?*, In Vito Breda (Ed.), *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2019), pp. 22.

สัมพันธ์กับวัฒนธรรมทางกฎหมายด้วย อันรวมถึงการจัดการศึกษากฎหมาย การจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนการเสริมสร้างนิติสำนึกแบบใหม่ให้กับประชาชน³⁶

6. ความสำเร็จและความเสี่ยงที่ควรระวัง

คำถามว่าความสำเร็จของการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญควรวัดจากอะไรและอย่างไร ดูเหมือนในงานวิชาการทั้งหลายซึ่งศึกษาการรับเข้ากฎหมายนั้นจะมีการใช้ “มาตร” หรือแนวทางการประเมินค่าความสำเร็จที่ต่างกันอย่างออกไป ตั้งแต่ประสิทธิภาพการบังคับใช้ของกฎหมาย ความมีเสถียรภาพของระบบกฎหมาย การเติบโตมีชีวิตของตนเองโดยหลุดพ้นจากร่มเงาของประเทศต้นแบบ ตลอดไปจนถึงวัดจากการเติบโตทางเศรษฐกิจ³⁷ ความหลากหลายเช่นนี้ทำให้การประเมินดูเหมือนจะกลายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีมากกว่าที่จะหาหลักการร่วมทั่วไปได้ กระนั้น หากยืนอยู่บนมุมมองของระบบกฎหมายที่เลือกจะรับกฎหมายจากต่างประเทศเข้ามา ก็อาจมีบางประเด็นที่สามารถใช้เป็นแนวทางหลักในการประเมินความสำเร็จได้อยู่ นั่นคือ ดูว่ากฎหมายที่รับเข้ามานั้นได้รับการนำไปใช้ปฏิบัติในลักษณะเช่นเดียวกันกับที่มุ่งหวัง โดยตอบสนองภารกิจหน้าที่ตามแบบต้นฉบับภายใต้เงื่อนไขการปรับแต่งให้เหมาะสมกับบริบทปลายทาง³⁸ เช่น ในประเทศที่มีการเปลี่ยนผ่านจากการปกครองแบบเผด็จการหรืออำนาจนิยมไปสู่ระบอบเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายซึ่งรับเอาหลักการเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนเข้าไป โดยเฉพาะด้านมิติการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองแล้วสามารถสถาปนาการเมืองที่ประชาชนมีอำนาจอย่างแท้จริง โดยมีระบบการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มีประสิทธิภาพขึ้นมาได้ หรือประเทศที่ต้องการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญจึงหยิบยืมรูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเข้าไป จนทำให้รัฐธรรมนูญกลายเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริงขึ้นมาได้

เหตุที่กระบวนการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องต่อเนื่องยาวนาน ทั้งยังแวดล้อมด้วยปัจจัยและตัวละครหลายหลาก ความสำเร็จของการรับเข้าจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจรับประกันแน่นอนได้ แม้ว่าผู้มีบทบาทในการรับเข้าจะเตรียมตัวหรือวางแผนการดำเนินงานอย่างดีเพียงใดก็ตาม³⁹ เพราะทุก ๆ การรับเข้ากฎหมายนั้นจะมี “ความเสี่ยง” และความเป็นไปได้ของการเกิด “ผลข้างเคียงไม่พึงประสงค์” ประกอบอยู่เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากปฏิกิริยาต่อต้าน (Resistance) จากการกลายพันธุ์ (Mutation) หรือจากการผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัว (Mismatch)

³⁶ Gebhard M. Rehm, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72 (1) (2008), pp. 37.

³⁷ รายละเอียดข้อถกเถียงเรื่องการประเมินความสำเร็จ ดู David Nelken, *Towards a sociology of legal adaptation*, In David Nelken and Johannes Feest (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, (Oxford : Hart Publishing, 2001), pp. 22.

³⁸ Hideki Kanda and Curtis J. Milhaupt, *Re-Examining legal transplants: The director's fiduciary duty in Japanese corporate law*, *The American Journal of Comparative Law*, 51 (4) (2003), pp. 890.

³⁹ Matthias Hartwig, *Op. cit.*, pp. 936.

กุนเทอร์ ท็อยบ์เนอร์ ใช้มโนทัศน์ว่าด้วย “ความระคายเคืองทางกฎหมาย” (Legal Irritants) อธิบายปรากฏการณ์อันซับซ้อนเมื่อวัฒนธรรมทางกฎหมายของถิ่นหนึ่งถูกเสริมแต่งโดยบรรทัดฐานทางกฎหมายใหม่ที่นำเข้ามาจากต่างแดน ซึ่งคาดหมายได้ว่าจะเกิดลูกโซ่แห่งปฏิกิริยาที่คาดการณ์ล่วงหน้าไม่ได้ตามมา อันส่งผลกระทบต่อทั้งบริบทด้านสังคมกับด้านกฎหมายปลายทางและต่อความหมายของกฎหมายที่รับเข้า ทั้งนี้ เขามองว่าการจะประเมินค่าความสำเร็จของภารกิจนั้นจำเป็นต้องรอจวบจนปฏิกิริยาทั้งหลายสงบและเกิดจุดสมดุลขึ้นเสียก่อน โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่รับเข้ามาหลังจากได้รับการปรับแต่งและมีการปรับตัวกับบริบทใหม่ยังคงเหลือสาระสำคัญดั้งเดิมอยู่ หรือถูก “ปฏิกิริยาภูมิคุ้มกัน” (Immune Reaction) ของสังคมปลายทางต่อต้านจนไม่มีเค้าเดิมหรือสูญเสียอัตลักษณ์ไป⁴⁰ เช่นเดียวกับทฤษฎีอิกเกียของฟรังเคนแบร์คก็กล่าวถึงความเป็นไปได้ของการเกิดปฏิกิริยาภูมิคุ้มกันเอาไว้ โดยเฉพาะเมื่อมีการรับเข้าแบบที่ไม่เตรียมพร้อมมองค้ความรู้อะไรหรือเตรียมวิธีนำไปปรับใช้อย่างเพียงพอ จนความไม่เข้าใจหรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนส่งผลต่อการทำงานของกฎหมายหรือแนวคิดที่รับเข้ามา แล้วนำไปสู่ความล้มเหลวจากเป้าหมายที่ตั้งใจหรือไม่ก็เกิดเป็นปรากฏการณ์กลายพันธุ์ขึ้นในที่สุด⁴¹

นอกจากความไม่รู้หรือไม่เข้าใจ ความเปลี่ยนแปลงของความหมายบทบัญญัติซึ่งรับเข้ามาที่นับว่าเป็นการกลายพันธุ์ยังอาจเกิดขึ้นจากกระบวนการเติมความแก่ข้อความคิดกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมด้วยเหตุและผลหรือแก่นสารใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายปลายทาง จนเกิดเป็นตัวอย่างหรือทางเลือกใหม่ของการปรับใช้กฎหมายที่แม้แต่ในระบบกฎหมายต้นทางก็คาดคิดไม่ถึงมาก่อน⁴²

หรือหากเป็นการรับเข้าซึ่งอยู่บนวิธีการประสมประสานวัตถุดิบทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากหลากหลายแหล่งกำเนิด บ่อยครั้งก็ปรากฏว่าที่สุดแล้วเกิดเป็นผลลัพธ์การผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัวขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบการดำรงอยู่คู่เคียงกันของบทบัญญัติซึ่งมีเนื้อหาไม่ลงรอย การขัดกันของอำนาจหน้าที่ระหว่างสถาบันต่าง ๆ ตลอดจนการปะทะกันของคุณค่าเบื้องหลังบนอุดมการณ์พื้นฐานที่แตกต่างกัน อันส่งผลให้เป้าหมายในภาพรวมของโครงการเบี่ยงเบนไป ความไม่เป็นระบบนี้ถูกศึกษาและหาคำอธิบายโดย มาร์ก ทูชเนต ซึ่งหยิบยืมทฤษฎีว่าด้วย “งานประดิษฐ์” (Bricolage) ของนักมานุษยวิทยา โคลด เลวี-สเตราส์ มาใช้ และค้นพบว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญในหลากหลายประเทศทั่วโลกนั้น ปรากฏอยู่เนื่อง ๆ ที่ผู้ร่างได้ทำงานเป็นเพียง “นักประดิษฐ์” ซึ่งหยิบฉวยคว้าเอาสิ่งต่าง ๆ ตรงหน้า รวมถึงอันที่อาจไม่จำเป็น เข้ามาประกอบกันโดยปราศจากแบบแผนที่แน่ชัดต่างจากการทำงานแบบ “วิศวกร” ที่จะมีภาพสำเร็จสมบูรณ์ของโครงการอยู่ในหัว แล้วค่อยเลือกสรรหยิบใช้เอาแต่วัตถุดิบหรือองค์ประกอบที่ผ่านการคำนวณและไตร่ตรองแล้วว่าเหมาะสมเป็นประโยชน์อย่างแท้จริง⁴³

⁴⁰ Gunther Teubner, *Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnorm in rechtssoziologischer Sicht*, In Jürgen Brand and Dieter Stempel (Eds.), *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, (Baden-Baden : Nomos, 1998), pp. 233, 242.

⁴¹ Günter Frankenberg, *Verfassungstransfer*, Op. cit., pp. 610.

⁴² Horacio Spector, *Constitutional transplants and the mutation effect*, *Chicago-Kent Law Review*, 83 (1) (2008), pp. 130.

⁴³ ดู Mark Tushnet, *The possibilities of comparative constitutional law*, *The Yale Law Journal*, 108 (6) (1999), pp. 1285-1287.

อนึ่ง โดยปกติแล้ว ลำพังปรากฏว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามา “กลายพันธุ์” คือมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ตรงกับต้นฉบับไม่ว่าด้วยเหตุปัจจัยใด ยังไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดที่นำไปสู่ข้อสรุปทันทีว่า โครงการรับเข้านั้นประสบความสำเร็จหรือล้มเหลว ในบางกรณี ความหมายหรือมุมมองที่เกิดขึ้นมาใหม่ อาจกลายเป็นนวัตกรรมซึ่งไม่เพียงสามารถแก้ปัญหาของระบบกฎหมายปลายทางได้อย่างเหมาะสม แต่ยังใช้เป็นบทเรียนหรือแรงบันดาลใจย้อนกลับให้แก่ประเทศต้นทางด้วยเช่นกัน

กระนั้นก็ตาม หลายครั้ง การกลายพันธุ์กลับเกิดขึ้นจาก “การบิดเบือน” (Abusive) อันเปรียบดั่ง “ด้านมืด” ของเรื่องราวว่าด้วยการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญที่ปรากฏพบเห็นได้อยู่เสมอไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบัน การบิดเบือนในที่นี้หมายถึงกรณีการรับเข้าข้อความคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันทางกฎหมาย รัฐธรรมนูญจากรัฐต้นแบบที่ปกครองด้วยรัฐธรรมนูญแบบเสรีประชาธิปไตย โดยเจตนาที่แท้จริงหาได้มุ่งสถาปนาระบบการปกครองเหมือนอุดมการณ์ต้นทาง เพียงแค่ต้องการอาศัยผ้าคลุมแห่งความชอบธรรมเพื่อปกปิดระบบการปกครองแบบอำนาจนิยมที่อยู่เบื้องหลังเท่านั้น ในความเป็นจริง บทบัญญัติหรือสถาบันที่รับเข้ามานี้อาจไม่ได้ทำหน้าที่ใด ๆ อย่างที่ควรจะเป็นเลย หรือซ้ำร้ายกว่านั้นอาจถูกใช้เพื่อเป็นปฏิปักษ์กับพัฒนาการของความเป็นเสรีประชาธิปไตยและเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปเสียด้วย⁴⁴

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อมีการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ณ ที่ใดที่หนึ่ง บรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการ ก็มักจะทำการศึกษาแล้วเลือกสรรต้นแบบจาก “ซูเปอร์มาร์เก็ตกฎหมายรัฐธรรมนูญ” เพื่อ “รับเข้า” มาปรับใช้กับประเทศของตน จนปรากฏการณ์การรับเข้าหรือหยิบยืมกฎหมายรัฐธรรมนูญกลายเป็นเรื่องปกติธรรมดา อนึ่ง เหตุผลอันเป็นที่มาของการรับเข้าเช่นนี้อาจแตกต่างกันออกไป อาทิ การประหยัดต้นทุน การอิงอาศัยความชอบธรรม และการตัดสินใจภายใต้ปัจจัยด้านผลประโยชน์ที่ถูกกำหนดจากภายนอก

เพื่อให้การรับเข้ากฎหมายเป็นไปอย่างราบรื่นสมปรารถนา กระบวนการดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นจากการศึกษาองค์ความรู้ประเทศต้นทางอย่างครบถ้วนรอบด้าน โดยต้องได้มีการปรับแต่งอย่างสมดุลกับบริบทและวัฒนธรรมของระบบกฎหมายปลายทาง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่มีความซับซ้อนและไม่ง่ายดายเลย บ่อยครั้งความพยายามที่ยังไม่ดีพอเมื่อประกอบกับปัจจัยเหนือการควบคุมก็อาจนำไปสู่ “การกลายพันธุ์” หรือ “การผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัว” อันเป็นเหตุให้วัตถุประสงค์ที่ตั้งใจไว้แต่แรกไม่สามารถจะบรรลุตามที่ต้องการได้

ในนามของ “ข้อเสนอแนะ” การอภิปรายปัญหาเรื่องการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาทั้งหมดข้างต้นเป็นความพยายามของผู้เขียนที่จะทดลองนำเสนองานศึกษาในเชิงทฤษฎีอันตั้งอยู่บนความประสงค์แฝงที่หวังจะกระตุ้นวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยให้เพิ่มความสนใจการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับแง่มุมด้านการพิจารณาการรับเข้ากฎหมายมากยิ่งขึ้นไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การวิจัยในแง่การประเมินผลความพยายามรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วจำนวนมากจากการจัดทำ

⁴⁴ ดู Rosalind Dixon and David Landau, 1989–2019: From democratic to abusive constitutional borrowing, *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2) (2019), pp. 490, 496.

รัฐธรรมนูญไทยในอดีตว่าเป็นเช่นไร ประสบความสำเร็จหรือกล่าวได้ว่าล้มเหลวเพียงใด เพราะดูเหมือนว่าจะมีหลายกรณีในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบันซึ่งเกิดเป็น “การกลายพันธุ์” หรือ “การผิดฝาผิดตัว” ทำให้บทบัญญัติหรือการปรับใช้นั้นผิดแผกแตกต่างไปจากต้นฉบับที่ใช้เป็นแนวทางอันเนื่องมาจากการรับเข้ามาอย่างมีปัญหาที่จำเป็นต้องทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ก่อนว่าเกิดข้อผิดพลาดหรือมีความคลาดเคลื่อนอย่างไรบ้าง เพื่อจะได้ทำการปรับแต่งให้ถูกต้องเหมาะสมต่อไป⁴⁵

บรรณานุกรม

- ปุนเทพ ศิริบุพผะ. (2561). “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 47 (1), 81-108.
- ปุนเทพ ศิริบุพผะ. (2566). ห้วงมุกุทัยมังกกร: การผสมพันธุ์กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว. *CMU Journal of Law and Social Sciences*, 16 (2), 35-58.
- Böckenförde, Markus, Hedling, Nora, and Wahiu, Winluck. *A practical guide to constitution building* (Stockholm: International IDEA, 2011). (2011). Retrieved April 10, 2024, from <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/a-practical-guide-to-constitution-building.pdf>
- Constitute. Retrieved April 10, 2024, from <https://www.constituteproject.org/>
- Craig, Paul P. (2017). Transnational constitution-making: The contribution of the Venice Commission on Law and Democracy. *The UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2 (2), 156-187.
- Dixon, Rosalind, and Landau, David. (2019). 1989–2019: From democratic to abusive constitutional borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, 17 (2), 489-496.
- Fedtke, Jörg. (1996). *Die Rezeption von Verfassungsrecht: Südafrika 1993 – 1996*. Baden-Baden : Nomos.
- Frankenberg, Günter. (2014). Verfassungstransfer. In Philipp Dann, Stefan Kadelbach, and Markus Kaltenborn (Eds.), *Entwicklung und Recht*, pp. 589-618. Baden-Baden : Nomos.
- Frankenberg, Günter. (2010). Constitutional transfer: The IKEA theory revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (3), 563-579.
- Gordon, Mitchell. (2009). Don't copy me, Argentina: Constitutional borrowing and rhetorical type. *Washington University Global Studies Law Review*, 8 (3), 487-519.

⁴⁵ ตัวอย่างงานศึกษาในแง่มุมนี้ได้แก่ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 47 (1) (2561), น. 81-108; ปุนเทพ ศิริบุพผะ, ห้วงมุกุทัยมังกกร: การผสมพันธุ์กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศแบบผิดฝาผิดตัว, *CMU Journal of Law and Social Sciences*, 16 (2) (2566), น. 35-58.

- Graziadei, Michele. (2006). Comparative law as the study of transplants and receptions. In Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pp. 441-476. New York : Oxford University Press.
- Groppi, Tania, and Ponthoreau, Marie-Claire. (2013). *The use of foreign precedents by constitutional judges*. USA : Hart.
- Häberle, Peter. (2004). Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen. In Detlef Merten and Hans-Jürgen Papier (Eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band I: Entwicklung und Grundlagen*, pp. 313-348. Heidelberg : C.F. Müller.
- Häberle, Peter. (1992). Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells. *JuristenZeitung*, 47 (21), 1033-1043.
- Harding, Andrew. (2019). The legal transplants debate: Getting beyond the impasse?. In Vito Breda (Ed), *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, pp. 13-33. Cambridge : Cambridge University Press.
- Hartwig, Matthias. (1999). Die Legitimation des Staates durch Verfassungsrezeption in Mittel- und Osteuropa. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, 919-939.
- Horwitz, Morton J. (2009). Constitutional transplants. *Theoretical Inquiries in Law*, 10 (2), 535-560.
- Hupper, Gail J. (2008). The academic doctorate in law: A vehicle for legal transplants?. *Journal of Legal Education*, 58 (3), 413-454.
- Kanda, Hideki, and Milhaupt, Curtis J. (2003). Re-Examining legal transplants: The director's fiduciary duty in Japanese corporate law. *The American Journal of Comparative Law*, 51 (4), 887-901.
- Kramer, Ernst A. (2017). Hauptprobleme der Rechtsrezeption. *JuristenZeitung*, 72 (1), 1-11.
- Law, David S., and Versteeg, Mila. (2012) The declining influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, 87 (3), 762-858.
- Legrand, Pierre. (1997). The impossibility of 'legal transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (2), 111-124.
- Ludwikowski, Rett R. (1998). 'Mixed' constitutions: Product of an East-Central European constitutional melting pot. *Boston University International Law Journal*, 16 (1), 1-70.
- Miller, Jonathan M. (2003). A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process. *The American Journal of Comparative Law*, 51 (4), 839-885.
- Mössner, Jörg Manfred. (1974). Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99 (2), 193-242.

- Nelken, David. (2001). Towards a sociology of legal adaptation. In David Nelken and Johannes Feest (Eds.), *Adapting Legal Cultures*, pp. 7-54. Oxford : Hart Publishing.
- Nußberger, Angelika. (2010). Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost: Illusion, Desillusion, Neubeginn. *Osteuropa*, 60 (9), 81-96.
- Örücü, Esin. (2002) Law as transposition. *The International and Comparative Law Quarterly*, 51 (2), 205-223.
- Perju, Vlad. (2012). Constitutional transplants, borrowing, and migrations. In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, pp. 1304-1327. New York : Oxford University Press.
- Rehm, Gebhard M. (2008). Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 72 (1), 1-42.
- Saunders, Cheryl. (2020). Transplants in public law. In Mark Elliott, Jason NE Varuhas, and Shona Wilson Stark (Eds.), *The Unity of Public Law?*, pp. 257-278. Oxford : Hart Publishing.
- Saunders, Cheryl. (2019). International involvement in constitution making. In David Landau and Hanna Lerner (Eds.), *Comparative Constitution Making*, pp. 69-89. Cheltenham : Edward Elgar Publishing.
- Spector, Horacio. (2008). Constitutional transplants and the mutation effect. *Chicago-Kent Law Review*, 83 (1), 129-145.
- Teubner, Gunther. (1998). Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnorm in rechtssoziologischer Sicht. In Jürgen Brand and Dieter Stempel (Eds.), *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, pp. 233-244. Baden-Baden : Nomos.
- The Public International Law & Policy Group, Post-Conflict constitution drafter's handbook. (2007). Retrieved April 10, 2024, from https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/PostConflictConstitutionDrafterHandbook_PILPG2007.pdf
- Tushnet, Mark. (1999). The possibilities of comparative constitutional law. *The Yale Law Journal*, 108 (6), 1225-1309.
- Watson, Alan. (1993). *Legal transplants: An approach to comparative law*. 2th ed.. Athens : University of Georgia Press.
- Zada, Sebghatullah Qazi, and Ansari, Abdul Haseeb. (2015). Legal transplant and the 'dialogue of deaf': Revisiting the debate between transferists and culturalists. *The NUSRL Journal of Law & Policy*, 2 (2), 41-60.