

SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

Vol.6 No.2 (January - June 2024)

ISSN 2730 - 3721 (online)



SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

Vol.6 No.2 (January - June 2024) ISSN: 2730-3721 (Online)

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 (มกราคม-มิถุนายน 2567)

ได้รับการจัดอยู่ในฐานข้อมูล TCI กลุ่มที่ 2 (พ.ศ. 2564-2567)

วัตถุประสงค์ของวารสาร

- 1) เพื่อสนับสนุนส่งเสริมให้อาจารย์และบุคลากรภายในคณะได้สร้างสรรค์บทความวิชาการหรือบทความวิจัยที่สอดคล้องต่อยุทธศาสตร์มหาวิทยาลัยและยุทธศาสตร์ชาติ
- 2) เพื่อเป็นช่องทางการเผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการของอาจารย์และบุคลากรภายในคณะอันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม
- 3) เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปได้เผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการ
- 4) เพื่อมุ่งสู่ความเป็นวารสารที่ได้มาตรฐานตามเกณฑ์คุณภาพวารสารระดับชาติรวมถึงระดับนานาชาติและการเป็นวารสารวิชาการที่อยู่ในฐานข้อมูล TCI
- 5) เพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบและประจักษ์ถึงชื่อเสียงของคณะและมหาวิทยาลัย

ขอบเขตของบทความในวารสาร

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัยรวมถึงบทวิจารณ์หนังสือทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมาย การปรับใช้ข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริง หรือประเด็นปัญหากฎหมาย ตลอดจนบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการปรับใช้ศาสตร์แขนงต่าง ๆ กับกฎหมาย เช่น การพัฒนากับกฎหมาย เศรษฐศาสตร์กับกฎหมาย วิทยาศาสตร์กับกฎหมายหรือมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์กับกฎหมาย เป็นต้น

กระบวนการกลั่นกรองบทความ

เมื่อผู้เขียนได้ส่งต้นฉบับบทความตามรูปแบบที่วารสารกำหนดแล้ว กองบรรณาธิการจะพิจารณา รูปแบบและเนื้อหาของบทความพร้อมทั้งให้คำแนะนำเบื้องต้นแก่ผู้เขียนเพื่อแก้ไขบทความ หากมีกรณีที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อผู้เขียนแก้ไขเพิ่มเติมและชำระค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์บทความแล้ว จึงสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 คนที่มาจากหลากหลายหน่วยงาน และส่งบทความให้กับผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความ (Double-blind peer review) จากนั้นจึงให้ผู้เขียนบทความแก้ไขบทความตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ เมื่อผู้เขียนบทความได้แก้ไขเพิ่มเติมบทความตามแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะพิจารณาการตอบรับบทความเข้าสู่กระบวนการพิจารณาตีพิมพ์ต่อไป

กำหนดเวลาเผยแพร่

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ จัดพิมพ์และเผยแพร่วารสารปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 1 (กรกฎาคม-ธันวาคม) และฉบับที่ 2 (มกราคม-มิถุนายน)

บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

- 1) รับรองว่าผลงานดังกล่าวยังไม่ได้รับการตีพิมพ์และเผยแพร่ในแหล่งใดมาก่อน หรือไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ของวารสารอื่นใด
- 2) ยินยอมให้ตรวจพิจารณาและแก้ไขต้นฉบับได้ตามที่เห็นสมควรรวมถึงเผยแพร่ทั้งในแบบรูปเล่มและวารสารอิเล็กทรอนิกส์
- 3) ระบุผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในผลงานแก่บรรณาธิการ ถ้าหากมี
- 4) ปฏิบัติตามคำแนะนำการเขียนบทความตามที่วารสารกำหนด
- 5) เคารพและยึดมั่นในจริยธรรมทางวิชาการอย่างเคร่งครัด

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

- 1) จัดทำและบริหารงานการจัดทำวารสาร
- 2) สรรหา พิจารณากลั่นกรองและคัดเลือกบทความที่จะตีพิมพ์ในวารสาร
- 3) สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความเพื่อตีพิมพ์
- 4) เสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงบทความให้กับผู้เขียนบทความตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด
- 5) หากตรวจพบการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการ บรรณาธิการจะหยุดกระบวนการประเมินและตรวจสอบเพื่อตอบรับหรือปฏิเสธการตีพิมพ์บทความนั้น ๆ
- 6) รักษาความลับข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ

- 1) รักษาความลับข้อมูลในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ
- 2) แจ้งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในการประเมินบทความแก่บรรณาธิการถ้าหากมี
- 3) ประเมินบทความโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญและหลักวิชาการ ไม่ใช้อคติส่วนตัวมาเป็นเกณฑ์ในการประเมินบทความ
- 4) แจ้งการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการในบทความแก่บรรณาธิการ หากมีการตรวจพบ

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
เลขที่ 15 ถนนกาญจนวนิชย์ อำเภอหาดใหญ่
จังหวัดสงขลา 90110 โทร. 0-7428-2525

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer review) จากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย
- ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เป็นของผู้เขียนบทความ กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย
- กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ไม่สงวนสิทธิในการคัดลอก แต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย
- ออกแบบปกวารสาร โดยนายพงศกร แยมมีศิลป์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

กองบรรณาธิการ
(ตั้งแต่วันที่ 30 มกราคม 2567 - ปัจจุบัน)

ที่ปรึกษา

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
ผู้ช่วยคณบดีฝ่ายวิจัยและบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

บรรณาธิการ

อาจารย์กิตติยา พรหมจันทร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

บรรณาธิการร่วม

อาจารย์ธรรตน์ มั่งคุด
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

กองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อารยา สุขสม
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภาณุศ อภิบาลเกียรติกุล
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
อาจารย์พงศ์ศักดิ์ เจ๊ะพงศ์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
อาจารย์พรณพิสุทธิ์ คงจันทร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ณัชนันท์ คุปตานนท์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

ศาสตราจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์
มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

ศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ
มหาวิทยาลัยรังสิต

รองศาสตราจารย์ ดร.พรชัย วิสุทธิศักดิ์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อังจะนิล
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช
มหาวิทยาลัยมหาสารคาม

รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง
มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

รองศาสตราจารย์วรวุฒิ เทพทอง
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์ ดร.อานนท์ มาเมาะ
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนิติ เทพสุเมธานนท์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุทธิศักดิ์ ตือระ
คณะวิทยาการอิสลาม มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

นายนันทน อินทนนท์
บริษัท ดิลกเอนด์ก๊อบบิ้นส์ อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด

นายสุรัชย์ ตรงงาม
มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม

กองจัดการวารสาร

นางอัจฉรา เมฆฉาย
นายพงศกร แยมมีศิลป์
นางวิมลสิริ พลรักษ์

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ปีที่ 6 ฉบับที่ 2 (มกราคม-มิถุนายน 2567) ที่เผยแพร่ฉบับนี้เป็นบทความวิชาการทั้งหมด ซึ่งมีความน่าสนใจในด้านกฎหมายการคลังและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนี้

บทความที่ 1 เรื่อง พลวัตการตรวจเงินแผ่นดินในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยคุณอลงกรณ์ กลิ่นหอม

บทความที่ 2 เรื่อง ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย โดยอาจารย์ ดร.ณัฐดนัย นาจันทร์

และบทความที่ 3 เรื่อง การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปฐเทพ ศิริบุบผะ

ซึ่งแต่ละบทความดังกล่าวนี้ ได้ผ่านการกลั่นกรองจากกองบรรณาธิการและการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญในแต่ละสาขาของบทความนั้น ๆ บทความละ 3 ท่าน รวมทั้งผ่านการพิจารณาและแก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งมีอาจารย์ผู้เป็นบรรณาธิการประจำบทความอย่างน้อย 2 ท่าน เป็นผู้ดูแลเพื่อให้ได้มาตรฐานและคุณภาพ

ทั้งนี้ กองบรรณาธิการและคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ขอขอบคุณผู้เขียนบทความที่กรุณาส่งบทความมาตีพิมพ์เผยแพร่ รวมทั้งขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกมหาวิทยาลัยที่ได้ให้เกียรติเป็นกองบรรณาธิการวารสาร ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ที่กรุณาตอบรับประเมินคุณภาพบทความ ซึ่งคำแนะนำและข้อเสนอแนะของท่านถือเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนบทความและวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์อย่างยิ่ง

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์หวังเป็นอย่างยิ่งว่าการเผยแพร่บทความฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อทุก ๆ ท่านที่สนใจ พร้อมทั้งยินดีน้อมรับทุกคำติชมและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์เพื่อพัฒนาปรับปรุงวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ให้มีมาตรฐานที่ดีและมีคุณค่าทางวิชาการต่อไป

กิตติยา พรหมจันทร์

บรรณาธิการ

28 มิถุนายน 2567

สารบัญ

บทความวิชาการ

พลวัตการตรวจเงินแผ่นดินในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ..... 1

State Audit's Dynamics in Maintaining the State's Financial and Fiscal Discipline

อลงกรณ์ กลิ่นหอม

Alongkorn Klinhom

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่าย
ในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย..... 17

Reflections on the Insufficient Elucidation of the Contrast between Rigid and Flexible
Constitutional Amendment in Thai Constitutional Law Documents

ณัฐดนัย นาจันทร์

Natdanai Nachan

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น 41

Constitutional Import: Concept and Basic Considerations

ปุนเทพ ศิรินุพงศ์

Poonthep Sirinupong

พลวัตการตรวจเงินแผ่นดินในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ

State Audit's Dynamics in Maintaining the State's Financial and Fiscal Discipline

อลงกรณ์ กลิ่นหอม¹

Alongkorn Klinhom

(Received: January 5, 2024, Revised: March 25, 2024, Accepted: April 24, 2024)

บทคัดย่อ

บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินมีลักษณะเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาประเทศและระบอบการปกครองของไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มีบทบัญญัติที่แตกต่างไปจากกฎหมายว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินที่มีมาแต่เดิม ปัจจุบันการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่เป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ และทำให้กลไกตรวจเงินแผ่นดินได้แก่ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีความเกี่ยวเนื่องกับการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐมากขึ้นกว่าเดิม อาทิ กฎหมายมีบทบัญญัติกำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจตรวจเงินแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจส่งลงโทษกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการดำเนินบทบาทที่สำคัญดังกล่าว จึงสมควรอย่างยิ่งที่ผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจะต้องทำความเข้าใจถึงบทบาทอันสำคัญนี้ให้ถูกต้องตรงกัน

คำสำคัญ: กลไกการตรวจเงินแผ่นดิน, วินัยการเงินการคลัง, การรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ

Abstract

The provisions of the State Audit Act are dynamic and vary with the development of the country and the Thai regime. The Organic Law on State Audit 2018 has provisions that are different from the existing law on the State Audit. At present, the State Audit serves as an important mechanism for maintaining the state's financial and fiscal discipline and making the State Audit mechanism, including the State Audit Commission, Auditor General and the State Audit Office, is more involved in maintaining the state's financial and fiscal disciplines

¹ ผู้อำนวยการสำนัก, สำนักวิชาการและให้คำปรึกษาการตรวจเงินแผ่นดิน, สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ขออารีย์สัมพันธ์ ถนนพระรามที่ 6 แขวงพญาไท เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร 10400, alongkorn_k@oag.go.th

Director of State Audit Academic and Advisory Office, State Audit Office Soi Areesampan Rama 6 Rd. Phayatai Bangkok 10400, alongkorn_k@oag.go.th

than ever before. For example, the law has provisions stipulating that the Auditor General has duties and powers to audit the state audit in accordance with the discipline of state fiscal finance law. The State Audit Commission has the duty and authority to order punishment in cases of violations of the discipline of state fiscal finance law and designate the State Audit Office to act as the administrative unit of the Auditor General and the State Audit Commission in carrying out such important roles. Therefore, it is very appropriate for those working in the State Audit Office to understand this important role correctly.

Keywords: The State Audit Mechanism, Financial and Fiscal Discipline, Maintaining the State's Financial and Fiscal Discipline

1. บทนำ

หลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในประเทศไทยจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในปี พ.ศ. 2475 การตรวจเงินแผ่นดินในประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในกลไกที่ถูกปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับการปกครองบ้านเมืองในสมัยนั้นด้วย โดยคณะกรรมการราษฎรเห็นว่า “กรมตรวจเงินแผ่นดินซึ่งสมัยนั้นสังกัดอยู่ในกรมบัญชีกลาง กระทรวงพระคลังมหาสมบัติ การตรวจตราตลอดจนการแสดงความเห็นสำหรับผลแห่งการตรวจย่อมไม่เป็นไปโดยอิสระ สมควรจะโอนกรมตรวจเงินแผ่นดินมาขึ้นต่อคณะกรรมการราษฎร” พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีประกาศโอนกรมตรวจเงินแผ่นดินไปขึ้นต่อคณะกรรมการราษฎร เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2475² ครั้นในปี พ.ศ. 2476 รัฐบาลเห็นสมควรให้การตรวจตราทรัพย์สินสมบัติของแผ่นดินให้เป็นที่น่าเชื่อถือและเป็นที่เชื่อถือแก่ประชาราษฎร์มากขึ้น จึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2476 ขึ้น โดยจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินขึ้น มีประธานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด เทียบเท่าอธิบดี และมีตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเทียบเท่ารองอธิบดี³ ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2476 ได้ถูกยกเลิกไปโดยการประกาศใช้ของพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 ผลของพระราชบัญญัติฉบับใหม่นี้ทำให้สำนักงานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเปลี่ยนชื่อมาเป็นสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ประธานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเปลี่ยนชื่อมาเป็นผู้อำนวยการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน⁴ การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินในประเทศไทยเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่งในปี พ.ศ. 2542 หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 กำหนดให้

² สวัสดิการข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน, 72 ปี สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน, 2530), น. 38.

³ สวัสดิการข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน, เรื่องเดียวกัน, น. 39.

⁴ สวัสดิการข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน, เรื่องเดียวกัน, น. 41.

กลไกตรวจเงินแผ่นดินประกอบด้วย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และต่อมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินก็ได้เกิดขึ้นอีก โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 กำหนดให้กลไกการตรวจเงินแผ่นดินประกอบด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน มีรูปแบบและภารกิจเช่นในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีลักษณะเป็นพลวัต มีการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอดเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการปกครองในประเทศไทยในทุกยุคทุกสมัย

ผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ทำให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีภารกิจเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก⁵ และทำให้กลไกตรวจเงินแผ่นดินเริ่มเข้าไปมีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกับการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐมากขึ้น รายละเอียดจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2. การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐกับการตรวจเงินแผ่นดิน

การตรวจเงินแผ่นดินเริ่มเข้าไปเกี่ยวข้องกับการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลใช้บังคับ ก่อนหน้านั้นการตรวจเงินแผ่นดินยังไม่มี ความเกี่ยวข้องกับเรื่องของวินัยการเงินการคลังของรัฐมากนัก โดยจะเห็นได้จากในพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวินัยการเงินการคลังของรัฐ และในเหตุผลการประกาศใช้ท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ระบุเหตุผลไว้แต่เพียงว่า โดยที่เห็นเป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสียใหม่ เพื่อให้การตรวจสอบการรับจ่าย เก็บรักษาเงิน และทรัพย์สินอื่นของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจเป็นไปโดยถูกต้องเรียบร้อยมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

เมื่อประเทศมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมากขึ้น หลักการทางวิชาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคลังมหาชนได้ถูกนำมาบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายภายใต้หลักคิดที่สำคัญคือความพยายามที่จะรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อาทิ กฎหมายเพิ่มบทบาทภารกิจให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในฐานะหน่วยตรวจสอบภายนอก โดยบัญญัติให้การตรวจเงินแผ่นดินหมายรวมถึง ตรวจว่า การใช้จ่ายเงินหรือการใช้ประโยชน์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ประหยัด เกิดผลสัมฤทธิ์ และมีประสิทธิภาพหรือไม่⁶ ซึ่งเป็นการสนับสนุน “หลักประสิทธิภาพ” อันเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายทั่วไปทางการคลังด้านการงบประมาณ⁷ เพื่อสะท้อนผลการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินในรูปแบบบริการสาธารณะด้านการตรวจเงินแผ่นดินให้แก่หน่วยงานของรัฐ ว่าหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ มีการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ นอกจากนี้ยังมี

⁵ ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลิ่นหอม, การตรวจเงินแผ่นดินของไทยในทศวรรษหน้า, *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช*, 33 (2) (2565), น. 16.

⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 4.

⁷ ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลิ่นหอม, บทบาทของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินในการกำกับการคลังมหาชน, *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์*, 1 (1) (2561), น. 33-37.

การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐปรากฏขึ้นครั้งแรกภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรชี้ขาดสูงสุดของฝ่ายปกครอง ในกระบวนการทางวินัยทางงบประมาณและการคลังที่จะพิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด⁸ การพัฒนาการตรวจเงินแผ่นดินในห้วงเวลานั้น นอกจากฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีกระบวนการตรวจสอบวินัยทางงบประมาณและการคลังดังกล่าว ยังมีบทบัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแจ้งผลการตรวจสอบเพื่อพิจารณาดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ด้วย⁹ โดยกำหนดให้ พนักงานสอบสวนนำรายงานการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้เป็นหลักในการตรวจสอบด้วย

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มีผลวัด ในการรักษาวินัยการคลังของรัฐเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ปรับบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางอาญาออกไปจากการปฏิบัติราชการของกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน¹⁰ และวางระบบในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐไว้ โดยกำหนดให้หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ มีหน้าที่ดูแล ควบคุมเจ้าหน้าที่ของตนให้ใช้จ่ายเงินแผ่นดินอยู่ในกรอบของกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือตามที่กฎหมาย ว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐกำหนด และหากมีการกระทำผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ เมื่อได้รับการแจ้ง ผลการตรวจสอบจากผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายแล้วก็เป็นหน้าที่ของหัวหน้า หน่วยงานนั้น ๆ ที่จะต้องพิจารณาดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของตนตามควรแก่กรณี โดยสำนักงานการตรวจเงิน แผ่นดินหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่มีหน้าที่พิจารณาความผิดแก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจนั้น ๆ เหมือนเช่นในอดีตที่ผ่านมา เว้นเสียแต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเมื่อหัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้รับการแจ้งผลการตรวจสอบ จากผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายแล้วไม่ได้ดำเนินการให้เกิด “วินัยการเงินการคลัง ของรัฐ” ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจึงจะดำเนินการเสนอต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อให้มีการพิจารณาวินัยจรรยาบรรณทางปกครองแก่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ได้

⁸ ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลิ่นหอม, การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน, *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช*, 34(1), (2566), น. 64-65.

⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, มาตรา 46.

¹⁰ เจตนารมณ์ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติชี้แจงไว้ว่า การกำหนดให้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต้องประสานความร่วมมือและความช่วยเหลือกับองค์กรอิสระอื่น และกำหนด แนวทางการทำงานที่ไม่ซ้ำซ้อนกัน จะช่วยลดการทำงานที่ซ้ำซ้อนกับองค์กรอิสระอื่น จะช่วยประหยัดและลดค่าใช้จ่ายในด้านงบประมาณของรัฐ เหตุนี้เองในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 จึงบัญญัติไว้ในมาตรา 7 ให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ส่งเรื่องที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการใช้จ่ายเงินแผ่นดินมีพฤติการณ์อันเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง. ดูเพิ่มเติมใน สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่ สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, *เอกสารประกอบการพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.* (กรุงเทพฯ: นคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา), น. บทสรุปสำหรับสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ธ.

พระราชบัญญัติ การตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงิน แผ่นดิน พ.ศ. 2542	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561
ตรวจสอบการรับจ่าย เก็บรักษาเงิน และทรัพย์สินอื่นของส่วนราชการและ รัฐวิสาหกิจเป็นไปโดยถูกต้องเรียบร้อย มีประสิทธิภาพ	เพิ่มเติมเรื่องตรวจว่าการใช้จ่ายเงิน หรือการใช้ประโยชน์นั้นเป็นไปตาม วัตถุประสงค์ ประหยัด เกิดผลสัมฤทธิ์ และมีประสิทธิภาพหรือไม่	ปรับบทบัญญัติของกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับเรื่องกระบวนการยุติธรรม ทางอาญาออกไปจากการตรวจเงิน แผ่นดิน
ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวินัยการเงิน การคลังของรัฐ	เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับวินัย ทางงบประมาณและการคลัง	ปรับปรุงบทบัญญัติให้มีความเกี่ยวเนื่อง กับการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงิน การคลังของรัฐ

ที่มา: ตารางเปรียบเทียบหลักการตรวจเงินแผ่นดินอดีต-ปัจจุบัน จัดทำโดยผู้เขียน

กล่าวโดยสรุปคือ กลไกการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่ควบคุมกำกับหรือ “ควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ” โดยการแจ้งผลการตรวจสอบให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ พิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตน เพื่อให้การใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐ รวมตลอดถึงการจัดเก็บรายได้ การใช้ประโยชน์ การเก็บรักษาและการบริหารซึ่งเงิน ทรัพย์สิน สิทธิ และผลประโยชน์ของรัฐเป็นไปตามกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี และแบบแผนการปฏิบัติราชการ และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ประหยัด เกิดผลสัมฤทธิ์ และมีประสิทธิภาพ¹¹

ในหัวข้อต่อไป จะได้กล่าวถึงปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ในกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีลักษณะเป็นพลวัต และการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอดดังได้กล่าวไว้แล้วในตอนต้น

3. ปัญหาความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินว่าเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากพลวัตการตรวจเงินแผ่นดิน

เมื่อกล่าวถึงการตรวจเงินแผ่นดิน แน่นอนว่าย่อมต้องมีความเกี่ยวเนื่องกับกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งประกอบไปด้วย สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน¹²

¹¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 4.

¹² ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลั่นหอม, บทบาทของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินในการกำกับการคลังมหาชน, เรื่องเดิม, น. 37-44.



ที่มา: ไดอะแกรมกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน จัดทำโดยผู้เขียน

แม้ว่าปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ¹³ กระนั้นก็ตามยังสร้างความเข้าใจที่สับสนเมื่อมีการศึกษาเปรียบเทียบกับกลไกการตรวจเงินแผ่นดินระหว่างประเทศอื่น ๆ นักวิจัยบางท่านอธิบายว่า ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินควรมีสถานะเป็นอิสระด้วย¹⁴ โดยได้อธิบายความไว้ว่า การที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ไม่ได้กำหนดถึงสถานะของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้อย่างชัดเจน นำมาซึ่งสภาพปัญหาว่าแท้จริงแล้วผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีสถานะเป็นเพียงหัวหน้าหน่วยธุรการขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินเช่นเลขาธิการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ (Secretary) หรือเป็นหัวหน้าองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Head of SAI)¹⁵ อีกทั้งการกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตลอดจนมีมติให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินพ้นจากตำแหน่งได้ อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน อันไม่เป็นไปตามหลักการตามปณิญาธิมาว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติในการตรวจเงินแผ่นดิน ค.ศ. 1977 (Lima Declaration)¹⁶ และปณิญาธิเม็กซิโกว่าด้วย

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, หมวด 12 ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

¹⁴ ภัทธรินทร์ บุญชู, ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (ดุชนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต), 2562, น. 263-264, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:175263

¹⁵ SAI ย่อมาจาก Supreme Audit Institution. โปรดดูข้อมูลในเชิงอรรถที่ 29

¹⁶ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ ลำดับที่ 1 เรื่อง ปณิญาธิมอสโก 2562 ทิศทางการตรวจเงินแผ่นดินในอนาคต (Mosco Declaration 2019 : The Future of Public Section Auditing), สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/th/เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ-ลำดับที่-1-เรื่อง-ปณิญาธิมอสโก-2562-ทิศทางการตรวจเงินแผ่นดินในอนาคต/>

ความเป็นอิสระของกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน ค.ศ. 2007 (Mexico Declaration)¹⁷ ที่กำหนดให้ความเป็นอิสระของสมาชิกและเจ้าหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินจำเป็นต้องได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแต่งตั้ง ถอดถอน วาระการดำรงตำแหน่ง ล้วนเป็นสิ่งที่ควรได้รับการประกันความเป็นอิสระ ทั้งที่โดยข้อเท็จจริงแล้วบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มาตรา 48 ได้บัญญัติรับรองการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน¹⁸ ดังนั้นกรณีของประเทศไทย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีสถานะเป็นองค์กรกลุ่มที่ทำหน้าที่หัวหน้าองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Head of SAI) ซึ่งเห็นได้ชัดจากบทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งบัญญัติให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินรักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และเนื่องจากบทบัญญัติที่กำหนดผู้รักษาการคือบทกำหนดผู้รับผิดชอบตามกฎหมายนั้น ๆ¹⁹ ด้วยเหตุนี้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่กระทำการในฐานะตัวแทนขององค์กรกลุ่มคือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงทำหน้าที่เป็นหัวหน้าองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Head of SAI) ในกฎหมายของไทย

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องความเป็นอิสระ ตามหลักการของปฏิญญาลิมาว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติในการตรวจเงินแผ่นดิน ค.ศ. 1977 ในหมวด 5 ความเป็นอิสระของสถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน ก็มีได้มุ่งหมายว่าผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจะต้องเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อองค์กรใด ๆ แต่มีความมุ่งหมายเพียงให้สถาบันการตรวจเงินแผ่นดินสามารถปฏิบัติงานตรวจสอบตามหน้าที่ได้อย่างเที่ยงตรงและมีประสิทธิภาพ โดยเป็นอิสระจากหน่วยรับตรวจหรือฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่ใช้จ่ายเงินแผ่นดินและจะต้องถูกตรวจสอบการใช้จ่ายเงินโดยสถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้ให้การรับรองไว้แล้วในปัจจุบัน ให้การตรวจเงินแผ่นดินมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล²⁰ ดังนั้น กรณีนี้จึงไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องความเป็นอิสระในการตรวจเงินแผ่นดินขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินว่าขัดหรือแย้งกับเรื่องความเป็นอิสระของสมาชิกและเจ้าหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ตามปฏิญญาลิมาว่าด้วยแนวทางการปฏิบัติในการตรวจเงินแผ่นดิน ค.ศ. 1977 และปฏิญญาเม็กซิโกว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ค.ศ. 2007 แต่ประการใด

ด้วยเหตุผลที่กฎหมายตรวจเงินแผ่นดินมีการปรับเปลี่ยนหลายครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการปกครองในประเทศไทยดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งกลไกการตรวจเงินแผ่นดินมีรูปแบบการบริหารงานโดยผู้บริหารคนเดียวก่อนหน้านี้จะปรับเปลี่ยนมาเป็นรูปแบบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา จึงทำให้บุคลากรในกลไกการตรวจเงินแผ่นดินบางภาคส่วนยังมีความคุ้นชินกับกลไกการตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบผู้บริหารคนเดียว

¹⁷ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, เรื่องเดียวกัน.

¹⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 48.

¹⁹ นิพัทธ์ สระฉันทพงษ์, รักษาการตามพระราชบัญญัติ, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก wiki.kpi.ac.th/index.php?title=รักษาการตามพระราชบัญญัติ

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. มาตรา 243.

ซึ่งคงอยู่มายาวนานถึง 20 ปี ตั้งแต่พระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 ยังมีผลใช้บังคับ และไม่คุ้นชินกับการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน บุคลากรบางภาคส่วนในสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการตรวจเงินแผ่นดินไม่มีอิสระ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วสถาบันการตรวจเงินแผ่นดินย่อมหมายรวมถึงกลไกการตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมด อันได้แก่ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินด้วย

เหตุนี้เองในการวิเคราะห์ความจำเป็นในการตรากฎหมายและการวิเคราะห์ผลกระทบของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 จึงได้บันทึก “ความยุ่งยากที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน” ไว้ว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตลอดจนถึงเจ้าหน้าที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินต้องทำความเข้าใจหน้าที่และอำนาจตามที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้บัญญัติ²¹ โดยเมื่อเปรียบเทียบกับรูปแบบการตรวจเงินแผ่นดิน ทั้ง 3 รูปแบบ คือ รูปแบบกลไกการตรวจเงินแผ่นดินที่มีผู้บริหารสูงสุดเพียงคนเดียว รูปแบบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรบริหารสูงสุด และรูปแบบที่กลไกการตรวจเงินแผ่นดินสังกัดอยู่ในฝ่ายตุลาการ ปัจจุบันกลไกการตรวจเงินแผ่นดินไทยจึงจัดอยู่ในรูปแบบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรบริหารสูงสุด²² เพียงแต่การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐโดยกลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีลักษณะเป็นการแบ่งหน้าที่กันปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ กล่าวคือโดยนัยของกฎหมายสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเสมือนปรับเปลี่ยนหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้กับทั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานตรวจสอบต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้ปฏิบัติหน้าที่ตรวจเงินแผ่นดิน และภารกิจหลักของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีทั้งภารกิจหลักที่เป็นภารกิจตรวจสอบและภารกิจหลักที่ไม่ใช่ภารกิจตรวจสอบ²³

เหตุที่ต้องนำเสนอประเด็นเรื่องสถานะความเป็นอิสระของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมา กลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีปัญหาความขัดแย้งภายในอันเนื่องมาจากพลวัตการตรวจเงินแผ่นดินที่เปลี่ยนแปลงไป²⁴ โดยเฉพาะเมื่อตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมาจากอดีตข้าราชการระดับสูงของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน และแม้แต่นักวิชาการของไทยเองก็ยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อประเด็นเรื่องสถานะความเป็นอิสระของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

²¹ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เรื่องเดิม, ส่วนที่ 3 น. สรุปผลการวิเคราะห์ความจำเป็นและผลกระทบในการตรากฎหมาย (20).

²² ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลั่นหอม, การตรวจเงินแผ่นดินของไทยในทศวรรษหน้า, เรื่องเดิม, น. 27.

²³ ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลั่นหอม, เรื่องเดียวกัน, น. 23-26.

²⁴ การเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ในขณะนั้นสะท้อนให้เห็นร่องรอยความขัดแย้งในองค์กรโดยมีการเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาพระราชบัญญัตินี้โดยองค์กรตรวจเงินแผ่นดินถึงสองฉบับคือ ความเห็นของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและความเห็นของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติ ดูเพิ่มเติมใน สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เรื่องเดิม, ส่วนที่ 3 น. สรุปผลการวิเคราะห์ความจำเป็นและผลกระทบในการตรากฎหมาย (1) และ (7).

กล่าวโดยสรุปคือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตรวจเงินแผ่นดินว่าการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรีหรือแบบแผนการปฏิบัติราชการหรือไม่ หรือตรวจสอบว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐหรือไม่ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่มีหน้าที่และอำนาจไปสั่งการให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและเจ้าหน้าที่ตรวจสอบทำการตรวจสอบเรื่องใด ๆ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นแต่เพียงมีหน้าที่และอำนาจในการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน กำกับการตรวจเงินแผ่นดินตามหน้าที่และอำนาจของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน และสั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งหมายรวมไปถึงการกำกับดูแลสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินด้วย²⁵ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีได้มีอิสระในการกำกับดูแลสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเหมือนอย่างรูปแบบผู้บริหารคนเดียวยุคสมัยที่พระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับอยู่ เนื่องจากเมื่อเทียบเคียงถ้อยคำตามพระราชบัญญัติเดิมกับฉบับปัจจุบันกฎหมายมิได้ใช้ถ้อยคำว่า ให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินรับผิดชอบสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน²⁶ อีกต่อไป และยังกำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินพึงรับฟังคำแนะนำ ข้อเสนอแนะ หรือข้อท้วงติงของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน²⁷ อีกด้วย ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งมีประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กระทำการแทนองค์กรกลุ่ม จึงอยู่ในสถานะหัวหน้ากลไกการตรวจเงินแผ่นดินหรือหัวหน้าองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Head of SAI) ซึ่งการขับเคลื่อนงานตรวจเงินแผ่นดินในรูปคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีข้อดีคือได้ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีประสบการณ์ที่หลากหลายมาช่วยขับเคลื่อนงานตรวจเงินแผ่นดิน แม้จะมีข้อเสียอยู่บ้างกับการบริหารจัดการความคิดเห็นที่หลากหลายจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีประสบการณ์แตกต่างกันมาทำงานร่วมกันในสถานะคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ในหัวข้อต่อไป จะได้กล่าวถึงเรื่องทิศทางของกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวินัยการเงินการคลังของรัฐ

4. ทิศทางของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินกับการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐตามพลวัตตรวจเงินแผ่นดินสากล

ผู้เขียนมีโอกาสดำรงเป็นผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินในการประชุมกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิด (Forum of SAIs with Jurisdictional Functions) ซึ่งจัดขึ้นที่

²⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 27, มาตรา 60.

²⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, มาตรา 27 และมาตรา 37 เปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 48.

²⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 48 วรรคสอง.

ประเทศไทยในระหว่างวันที่ 14-19 ตุลาคม 2566 ณ กรุงเทพมหานคร เพื่อแลกเปลี่ยนความรู้ด้านวิชาการกับกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิด โดยนำหลัก Principle of Jurisdictional Activities of SAIs หรือ INTOSAI P-50²⁸ มาปรับใช้ในการตรวจเงินแผ่นดินไทย



ที่มา: ภาพถ่ายสถานที่จัดประชุม จัดทำโดยผู้เขียน

ที่ประชุมกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดมีฉันทามติที่จะนำเสนอต่อที่ประชุม INCOSAI²⁹ ในการประชุมครั้งถัดไป ในประเด็นที่เกี่ยวกับข้อเสนอให้มีการแบ่งกลุ่ม SAIs ตามภารกิจหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิด นอกเหนือจากการแบ่งกลุ่ม SAIs ตามลักษณะภูมิภาคเช่นในปัจจุบัน ซึ่งกลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยถูกจัดแบ่งอยู่ในกลุ่ม SAIs ภูมิภาคอาเซียนและภูมิภาคเอเชีย

²⁸ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, *เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ เรื่อง INTOSAI P-50 หลักการพื้นฐานของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความผิด*, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/th/เอกสารวิชาการต่างประเทศ-เรื่อง-intosai-p-50>

หลักการพื้นฐานของ INTOSAI P-50 ประกอบด้วย 1. หลักการมีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน 2. หลักความเป็นอิสระของเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการวินิจฉัยความผิด 3. หลักประกันการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร 4. หลักการจำกัดระยะเวลาในการดำเนินการกระบวนการวินิจฉัยความผิด 5. หลักการเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งคัดค้านของคู่กรณี 6. หลักความเป็นธรรมในกระบวนการวินิจฉัยความผิด 7. หลักความเป็นกลางในกระบวนการวินิจฉัยความผิด 8. หลักความมีประสิทธิผลของคำวินิจฉัย 9. หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน 10. หลักการควบคุมคุณภาพกระบวนการวินิจฉัยความผิด 11. หลักการดำเนินการภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และ 12. หลักเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นที่น่ายินดีที่ว่าในระบบกฎหมายไทยหลักการดังกล่าวเหล่านี้ถูกรับไว้แล้วในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งในกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐของไทย ก็ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวด้วย

²⁹ การประชุม INCOSAI ย่อมาจาก International Congress of Supreme Audit Institutions นับเป็นการประชุมที่สำคัญที่สุดซึ่งจัดขึ้นในทุก ๆ สามปี โดยสมาชิกองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นประเทศสมาชิก INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีประเทศสมาชิกมากที่สุดลำดับสอง รองจากองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ประมาณ 190 กว่าประเทศทั่วโลกจะมาประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดแนวทางการพัฒนา การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ด้านการตรวจสอบ รวมถึงการอภิปรายประเด็นปัญหาที่สำคัญร่วมกัน อ้างอิงใน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, *สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน รายงานผลการปฏิบัติงาน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562*, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/sites/default/files/files/reportaudit/ไฟล์ PDF รายงานประจำปี งบประมาณ 62.pdf>

(ASEANSAI and ASOSAI)³⁰ โดยมุ่งหวังที่จะให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ในประเทศกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดได้อย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ซึ่งหากการผลักดันให้มีการแบ่งกลุ่ม SAIs ตามภารกิจหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดสามารถเกิดขึ้นได้จริง ก็น่าจะเป็นผลดีต่อการพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐโดยกลไกการตรวจเงินแผ่นดินในประเทศไทยได้มากขึ้น ซึ่งอาจมีผลต่อพลวัตการตรวจเงินแผ่นดินที่จะดำเนินต่อไปในอนาคต เพราะการแบ่งกลุ่ม SAIs ตามลักษณะภูมิภาคเช่นในปัจจุบันไม่ได้มีการต่อยอดและพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดอย่างเป็นรูปธรรมมากนัก เนื่องจากกลุ่ม SAIs ตามลักษณะภูมิภาคที่มีองค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทยร่วมอยู่เน้นการพัฒนาองค์ความรู้ที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับภารกิจหลักที่เป็นภารกิจตรวจสอบเป็นสำคัญ แต่ไม่มีพัฒนาการองค์ความรู้ในส่วนที่เกี่ยวกับภารกิจวินิจฉัยความผิดของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ในที่นี้จะกล่าวถึงประเทศที่อยู่ในกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดซึ่งมีรูปแบบกลไกการตรวจเงินแผ่นดินที่สังกัดอยู่ในฝ่ายตุลาการไว้พอสังเขป จากการสำรวจข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดินของกลุ่มประเทศสมาชิก INTOSAI³¹ ประมาณ 195 ประเทศพบว่าประมาณร้อยละ 25 มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิด (Jurisdictional Functions) ได้รวมกลุ่มกันครั้งแรกภายใต้ชื่อว่า “กลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจวินิจฉัยความผิด (Forum of Jurisdictional SAIs) ในปี พ.ศ. 2558 จำนวน 10 ประเทศ ได้แก่ บราซิล ชิลี สเปน ฝรั่งเศส อิตาลี เปรู โปรตุเกส โมร็อกโก ตูนิเซีย และตุรกี เพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์ และสร้างความร่วมมือกันในด้านต่าง ๆ เพื่อพัฒนาศักยภาพด้านการวินิจฉัยความผิดขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินซึ่งแม้จะมีได้มีรูปแบบการจัดองค์กรอยู่ในฝ่ายตุลาการแต่มีรูปแบบเป็นองค์กรของรัฐในฝ่ายปกครอง รวมทั้งผลักดันให้จัดทำกรอบมาตรฐานวิชาชีพของ INTOSAI เฉพาะกิจกรรมวินิจฉัยความผิดเพื่อนำไปประยุกต์ใช้ตามบริบทและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งผลการศึกษา³² พบว่า “ระบบควบคุมวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นกระบวนการที่มีความสัมพันธ์กับการตรวจเงินแผ่นดิน โดยการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของทุกประเทศล้วนมีที่มาและแนวทางการจัดตั้งมาจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดินแทบทั้งสิ้น แม้แต่กระบวนการวินัยทางงบประมาณและการคลังในประเทศไทยก็มีแบบอย่างมาจากประเทศฝรั่งเศส (กระบวนการวินัยทางงบประมาณและการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 คือมาตรการที่เป็นรูปธรรม

³⁰ ASOSAI ย่อมาจาก Asian Organization of Supreme Audit Institutions เป็นองค์การระหว่างประเทศด้านการตรวจเงินแผ่นดินในระดับภูมิภาคเอเชีย ภายใต้ INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศอ้างอิงใน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, สดง. *ก้าวสู่ผู้นำองค์กรการตรวจเงินแผ่นดินในภูมิภาคเอเชีย พร้อมร่วมกำหนดทิศทางตรวจเงินแผ่นดินในยุค Next Normal*, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.thailandplus.tv/archives/367987>

³¹ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, *เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ เรื่อง INTOSAI P-50 หลักการพื้นฐานของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความผิด*, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/th/เอกสารวิชาการต่างประเทศ-เรื่อง-intosai-p-50>

³² ภัทรวรินทร์ บุญชู, *เรื่องเดิม*, น. 91.

และเกิดขึ้นมาแล้วในประเทศไทยและสามารถทำให้เกิดการรักษาวินัยทางการคลังได้³³) และประเทศที่มีการพัฒนาระบบการควบคุมตรวจสอบวินัยทางงบประมาณและการคลังของตนเองก็มักเป็นประเทศที่เคยเป็นดินแดนในอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส³⁴ ปัจจุบันกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจวินิจฉัยความผิดมีสมาชิกโดยประมาณ 30 ประเทศ และมีประเทศสมาชิกและผู้สังเกตการณ์รวมทั้งหมด 45 ประเทศ โดยประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศผู้สังเกตการณ์ อย่างไรก็ตามมีความเป็นไปได้อย่างมากที่ประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดต่อไปในอนาคตด้วยเหตุผลที่มีรูปแบบการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐของไทยที่มีพัฒนาการแนวความคิดมาจากเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลังในประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวมาแล้ว ประกอบกับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินของไทยเป็นองค์กรอิสระที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับวินัยการเงินการคลังของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³⁵

จะเห็นได้ว่านับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาหลังประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีการพัฒนาจากหน่วยงานทางปกครองประเภทที่มีกิจกรรมการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งมิได้ให้บริการแก่ประชาชนโดยตรง แต่จัดทำบริการให้แก่หน่วยงานของรัฐด้วยกันเพิ่มมากขึ้น นอกเหนือไปจาก “ภารกิจตรวจตราทรัพย์สินของแผ่นดิน” ที่มีมาแต่เดิม โดยนอกจากมีการปรับปรุงและพัฒนารูปแบบการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐด้วยการนำความรู้จากองค์การระหว่างประเทศที่กลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกมาพัฒนากิจกรรมการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐในประเทศไทยแล้ว ในปี พ.ศ. 2542 กฎหมายยังได้บัญญัติเพิ่มกิจกรรมการจัดทำบริการสาธารณะเรื่อง “การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ” เป็นอีกหนึ่งภารกิจของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยโดยมีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการขับเคลื่อนภารกิจนี้³⁶ มาจนถึงปัจจุบันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มีผลใช้บังคับ แม้จะมีการปรับปรุงการจัดทำกิจกรรมบริการสาธารณะในการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐให้แตกต่างไปจากเดิมบ้างในรายละเอียด³⁷ ก็ตาม

เราจึงอาจกล่าวได้ว่าภารกิจเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐเป็นอีกหนึ่งในบทบาทที่มีใช้ภารกิจในการตรวจเงินแผ่นดิน³⁸ และหากในอนาคตประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกในกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิด กลไกการตรวจเงินแผ่นดินไทยก็คงจะมีโอกาสในการนำ

³³ อรพิน ผลสุวรรณม์ สบายรูป, *วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย* (รายงานผลการวิจัย), (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 54.

³⁴ ภัทรวรินทร์ บุญชู, *เรื่องเดิม*, น. 21.

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 240.

³⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, ส่วนที่ 2 วินัยทางงบประมาณและการคลัง มาตรา 19-25.

³⁷ อลงกรณ์ กลิ่นหอม, *การตรวจเงินแผ่นดินของไทยในทศวรรษหน้า*, *เรื่องเดิม*.

³⁸ ดูเพิ่มเติมใน อลงกรณ์ กลิ่นหอม, *การตรวจเงินแผ่นดินของไทยในทศวรรษหน้า*, *เรื่องเดียวกัน*, น. 25-27.

ความรู้จากองค์การระหว่างประเทศที่กลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกมาพัฒนา รูปแบบกิจกรรมบริการสาธารณะในบทบาทที่มีใช้ภารกิจในการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าวนี้ต่อไป

ทิศทางของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ เมื่อพิจารณา ตามปฏิญญามอสโก ค.ศ. 2019 (Moscow Declaration 2019)³⁹ ที่มุ่งเน้นให้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่เป็น ภาคีสมาชิกดำเนินบทบาทในฐานะ “ที่ปรึกษา (Advisory Role)” โดยองค์กรตรวจเงินแผ่นดินสามารถเป็นที่ปรึกษา ด้วยการให้คำแนะนำแก่หน่วยรับตรวจได้ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐให้มี ประสิทธิภาพและมีการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบริการสาธารณะของกลไก การตรวจเงินแผ่นดิน ประกอบกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มุ่งหวัง ให้การปฏิรูปประเทศในด้านต่าง ๆ เป็นที่ยอมรับในทางสากล⁴⁰ เราจึงอาจกล่าวได้ว่าทิศทางการขับเคลื่อน กลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ ควรมุ่งเน้นไปที่ การดำเนินการเพื่อให้หน่วยรับตรวจมีความรู้ความเข้าใจในหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับมติคณะรัฐมนตรี และแบบแผนการปฏิบัติราชการ เพื่อให้คำแนะนำแก่หน่วยรับตรวจให้สามารถ ปฏิบัติได้ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และการให้ความสำคัญกับการติดตาม ผลการปฏิบัติตามหนังสือแจ้งผลการตรวจสอบของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย เพราะหากหน่วยรับตรวจปฏิบัติตามการแจ้งผลการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าว นอกจากจะช่วยให้หัวหน้า หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ไม่ต้องมีความรับผิดชอบเรื่องวินัยการเงินการคลังของรัฐซึ่งอาจต้องรับโทษทางปกครอง จากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแล้ว ยังช่วยให้การใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐในภาพรวมอยู่ในกรอบ ของวินัยการเงินการคลังของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อีกด้วย ซึ่งเป็นที่น่ายินดีว่าปัจจุบันการขับเคลื่อนกลไก การตรวจเงินแผ่นดินไทยโดยนโยบายการตรวจเงินแผ่นดินของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน⁴¹ และการขับเคลื่อน ภารกิจการตรวจเงินแผ่นดินโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินก็ได้ให้ความสำคัญในบทบาทภารกิจในลักษณะนี้ เป็นอย่างมาก

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จะเห็นได้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีลักษณะเป็นพลวัตคือมีการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอด เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการปกครองในประเทศไทยในทุกยุคทุกสมัย และผล ของการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ทำให้

³⁹ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ ลำดับที่ 1 เรื่อง ปฏิญญามอสโก 2562 ทิศทางการตรวจเงิน แผ่นดินในอนาคต (Mosco Declaration 2019 : The Future of Public Section Auditing), เรื่องเดิม.

⁴⁰ พณรัตน์ มาศมมาตล, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก wiki.kpi.ac.th/index.php?title=เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย_พุทธศักราช_2560

⁴¹ ประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน (พ.ศ. 2566-2570), ข้อ 1.7 และประกาศคณะกรรมการ ตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2567. สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, ประกาศคณะกรรมการ ตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน (พ.ศ. 2566 - 2570), สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก https://www.audit.go.th/sites/default/files/files/about-us/ราชกิจจา_นโยบาย_5 ปี.pdf

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เมื่อประเทศมีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมากขึ้น หลักทางวิชาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคลังมหาชนได้ถูกบัญญัติขึ้นภายใต้หลักคิดที่สำคัญคือ ความพยายามที่จะรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ มีกลไกการตรวจเงินแผ่นดิน ทำหน้าที่ควบคุมกำกับหรือควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดย “ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ” ด้วยการให้บริการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐ แล้วแจ้งผลการตรวจสอบให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ พิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ หากเกิดกรณีที่มีการปฏิบัติไม่เป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐขึ้นในหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ และหากหน่วยงานของรัฐใดมิได้ดำเนินการเพื่อให้เกิดวินัยการเงินการคลังของรัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้⁴² ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินก็มีหน้าที่เสนอเรื่องกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้ดำเนินการเพื่อให้เกิดวินัยการเงินการคลังของรัฐดังกล่าวต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อพิจารณาวินิจฉัยโทษทางปกครอง แก่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐโดยกลไกการตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีลักษณะเป็นการแบ่งหน้าที่กันปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้”

โดยนัยของกฎหมาย⁴³ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงเสมือนปรับเปลี่ยนหน้าที่เป็นหน่วยธุรการให้กับทั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งต่างก็มีภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะของตนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าวมาแล้ว ภารกิจหลักของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงมีทั้งภารกิจหลักที่เป็นภารกิจตรวจตราหรือตรวจสอบซึ่งเป็นภารกิจของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินที่มีมาแต่ดั้งเดิม อันเป็นภาระหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในส่วนของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และภารกิจหลักที่ไม่ใช่ภารกิจตรวจสอบไม่ว่าจะเป็นการวางแผนทางให้เกิดการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐด้วยการดำเนินการเพื่อให้หน่วยงานของรัฐมีความรู้ความเข้าใจในหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย⁴⁴ ซึ่งเป็นภารกิจที่มอบหมายให้อยู่ในหน้าที่และอำนาจของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินอันเป็นมาตรการเชิงป้องกัน และการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทสำคัญในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐด้วยการพิจารณาวินิจฉัยโทษทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการเชิงปราบปราม ที่ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะพัฒนาความร่วมมือทางวิชาการในเรื่องดังกล่าวกับองค์กรตรวจเงินแผ่นดินระหว่างประเทศที่เป็นกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจวินิจฉัยความผิดมากยิ่งขึ้น นอกเหนือจากการพัฒนารูปแบบการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐด้วยการนำความรู้จากองค์กรตรวจเงินแผ่นดินระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก อันได้แก่ ASEANSAI และ ASOSAI ซึ่งพัฒนาการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศในแถบภูมิภาคเอเชียเหล่านี้เน้นบทบาทไปที่การปรับปรุงเทคนิคและเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน เนื่องจากไม่ได้อยู่ในแถบประเทศที่เคยเป็น

⁴² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 95-96.

⁴³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561.

⁴⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 59 (3).

ดินแดนในอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศส อย่างในกลุ่มประเทศ Jurisdictional SAls แต่ก็ส่งผลดีต่อการพัฒนาการขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินของไทย เนื่องจากความเป็นทวิลักษณ์ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินของไทย ซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินยังคงมีบทบาทในการตรวจเงินแผ่นดิน ขณะเดียวกันแม้ว่าองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐซึ่งเป็นบทบาทของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะมีอำนาจสั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำความผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ⁴⁵ แต่ก็หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองที่มีใช้องค์กรตุลาการอย่างประเทศในกลุ่ม Jurisdictional SAls กระนั้นก็ยังสามารถปรับใช้หลักการหรือพัฒนาการทางวิชาการบางอย่างของกลุ่มประเทศ Jurisdictional SAls มาใช้ได้ตามความเหมาะสม ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุผลลัพธ์สุดท้ายที่มุ่งหวังคือ “หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐในประเทศไทยมีการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างเคร่งครัด” ผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงต้องทำความเข้าใจถึงบทบาทอันสำคัญนี้ให้ถูกต้องตรงกันเพื่อให้สามารถปฏิบัติภารกิจตามบทบาทภาระหน้าที่ของตนได้สอดคล้องกับพลวัตการตรวจเงินแผ่นดินที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

บรรณานุกรม

- นิพัทธ์ สระฉันทพงษ์. (2566). *รักษาการตามพระราชบัญญัติ*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก wiki.kpi.ac.th/index.php?title=รักษาการตามพระราชบัญญัติ
- พนารัตน์ มาศมณฑล. *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก wiki.kpi.ac.th/index.php?title=เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย_พุทธศักราช_2560
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561.
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542.
- พระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522.
- พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2476.
- ภัทรวรินทร์ บุญชู. (2562). *ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (ดุชนิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต)* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:175263
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.
- สวัสดิการข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน. (2530). *72 ปี สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน.

⁴⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561, มาตรา 27 วรรคหนึ่ง (5).

สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. *เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.*
กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *ประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน (พ.ศ. 2566 - 2570)*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/sites/default/files/files/about-us/ราชกิจจานุเบกษา นโยบาย 5 ปี.pdf>

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *ประกาศคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เรื่อง นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน ปีงบประมาณ พ.ศ. 2567*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/sites/default/files/files/about-us/นโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๗.pdf>

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน รายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/sites/default/files/files/reportaudit/ไฟล์ PDF รายงานประจำปี งบม.62.pdf>

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ ลำดับที่ 1 เรื่อง ปฏิญญามอสโก 2562 ทิศทางการตรวจเงินแผ่นดินในอนาคต (Moscow Declaration 2019 : The Future of Public Sector Auditing)*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/th/เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ-ลำดับที่-1-เรื่อง-ปฏิญญามอสโก-2562-ทิศทางการตรวจเงินแผ่นดินในอนาคต>

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *เอกสารวิชาการด้านการต่างประเทศ เรื่อง INTOSAI P-50 หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความผิด*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.audit.go.th/th/เอกสารวิชาการต่างประเทศ-เรื่อง-intosai-p-50>

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน. *สตง. ก้าวสู่ผู้นำองค์กรการตรวจเงินแผ่นดินในภูมิภาคเอเชีย พร้อมร่วมกำหนดทิศทางการตรวจเงินแผ่นดินในยุค Next Normal*. สืบค้นวันที่ 1 พฤศจิกายน 2566, จาก <https://www.thailandplus.tv/archives/367987>

อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป. (2545). *วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย (รายงานผลการวิจัย)*. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อลงกรณ์ กลิ่นหอม. (2565). การตรวจเงินแผ่นดินของไทยในทศวรรษหน้า. *วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมมาธิราช*, 33 (2), 15-29.

อลงกรณ์ กลิ่นหอม. (2566). การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน. *วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมมาธิราช*, 34 (1), 61-74.

อลงกรณ์ กลิ่นหอม. (2561). บทบาทของกลไกการตรวจเงินแผ่นดินในการกำกับและการคลังมหาชน. *วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์*, 1 (1), 32-45.

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก และแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย

Reflections on the Insufficient Elucidation of the Contrast between Rigid and Flexible Constitutional Amendment in Thai Constitutional Law Documents

ณัฐดนัย นาจันทร¹

Natdanai Nachan

(Received: March 9, 2024, Revised: June 4, 2024, Accepted: June 17, 2024)

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับประชาชนทั้งหลายภายในประเทศ ดังนั้น รัฐธรรมนูญไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของกฎเกณฑ์ที่มีการรวมไว้ในกฎหมายฉบับเดียวหรือในรูปแบบของกฎเกณฑ์ที่กระจัดกระจายออกจากกันจึงมีสถานะที่แตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป ความแตกต่างนี้ส่งผลให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำลงได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายทั่วไปเสมอ อย่างไรก็ตาม คำอธิบายจำนวนหนึ่งเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายในเอกสารทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะอธิบายถึงรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายในลักษณะที่ว่าสามารถแก้ไขได้ง่าย ดังเช่นกฎหมายธรรมดา การอธิบายในลักษณะนี้ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทความชิ้นนี้จึงเสนอให้มีการปรับปรุงคำอธิบายดังกล่าว โดยคำอธิบายใหม่นั้นจะสะท้อนให้เห็นถึงธรรมชาติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ ในขณะเดียวกัน บทความชิ้นนี้ยังเสนอต่อไปอีกด้วยว่าเมื่อมีการเปรียบเทียบความเหมือนระหว่างกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำลงได้โดยง่ายกับกระบวนการตราหรือแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ไม่ได้ประมวลหลักการทางรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะต้องอธิบายไปในลักษณะที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความเหมือนเช่นนั้นคือความเหมือนในเชิงกระบวนการ การใช้คำอธิบายเช่น “รัฐธรรมนูญนั้นสามารถแก้ไขได้ดังเช่นกฎหมายธรรมดา” เป็นสิ่งที่ควรหลีกเลี่ยง เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญมีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดาได้

คำสำคัญ: กฎหมายรัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก, รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย

¹ อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ชั้น 2 อาคาร E2 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอมือ จังหวัดเชียงราย 57100, natdanai.nac@mfu.ac.th

Lecturer in Public Law, School of Law, Mae Fah Luang University, Floor 2, E2 Building 333 Moo 1 Tasud Sub District, Muang District, Chiang Rai 57100, natdanai.nac@mfu.ac.th

Abstract

Constitutional law, which governs the relationship between the government and its citizens, is distinct from ordinary statutes, whether in the form of a codified or uncoded constitution. This distinction leads to a more challenging process for amending the constitution compared to ordinary laws. However, many elucidations of rigid and flexible constitutional amendments in Thai constitutional law materials often describe flexible constitutional amendments as easily achievable, similar to ordinary statutes. This characterisation is inconsistent with the inherent nature of constitutional law. Therefore, this article proposes a modification to such elucidations. The modified elucidation should reflect the more rigid nature of constitutional amendments compared to ordinary statutes. The article further proposes that when comparing the flexible amendment processes, particularly in countries with an uncoded constitutional system, to the enactment or amendment of ordinary statutes, it is essential to clarify that the similarity lies in the amendment process itself. Phrases like “a constitution can be amended like ordinary legislation” should be avoided, as they can lead to the misunderstanding that the status of a constitution or constitutional rules is equivalent to that of ordinary laws.

Keywords: Constitutional Law, Rigid Constitutional Amendment, Flexible Constitutional Amendment

1. ความนำ

หากผู้ที่ได้อ่านบทความนี้เป็นผู้ที่สนใจกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นผู้ที่ได้ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญมาจากสถาบันการศึกษาภายในประเทศไทย ผู้อ่านคงพอจะคุ้นเคยกับการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ โดยเฉพาะการแบ่งรัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก และรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายอยู่บ้าง ก่อนที่จะกล่าวถึงคำอธิบายการแบ่งแยกประเภททั้งสองนี้ในส่วนอื่นของบทความนี้ ผู้เขียนขอกล่าวสรุปโดยย่อว่า การแบ่งรัฐธรรมนูญออกเป็นสองประเภทโดยอาศัยความยากและง่ายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์นั้นมักจะกระทำลงโดยอธิบายว่ามีรัฐธรรมนูญจำพวกหนึ่งที่มีกระบวนการ “แก้ไขยากยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป” และมีรัฐธรรมนูญอีกจำพวกหนึ่งที่ “แก้ไขได้ง่ายดังเช่นกฎหมายธรรมดา”²

ในฐานะผู้ที่ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญที่เติบโตมากับเอกสารและตำราทั้งหลายที่ใช้อยู่ในประเทศ ผู้เขียนไม่มีข้อโต้แย้งใดต่อคำอธิบายในลักษณะดังกล่าว จนกระทั่งผู้เขียนได้ทำการวิจัยและศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ทั้งในฐานะนักวิจัย หรือในฐานะของผู้สอนที่ต้องค้นคว้าเพิ่มเติมเพื่อหาข้อมูลมาประกอบการสอน และได้ค้นพบว่าแม้คำอธิบายข้างต้นที่แพร่หลายอยู่ในเอกสารทางด้านกฎหมาย

² กรุณาดูความในส่วนที่สามของบทความนี้ซึ่งจะเป็นส่วนที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงคำอธิบายนี้โดยละเอียด

รัฐธรรมนูญของไทยนั้นจะไม่บกพร่องในสาระสำคัญ แต่กลับมีความไม่สมบูรณ์บางประการที่อาจทำให้ความเข้าใจของผู้อ่านต่อการแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญทั้งสองนั้นมีความคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงจัดทำบทความฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อนำเสนอข้อสังเกตของผู้เขียนเองต่อความไม่สมบูรณ์ดังกล่าว โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าเนื้อหาของบทความฉบับนี้จะสามารถเติมเต็มช่องว่างในคำอธิบายถึงการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญโดยอิงอยู่กับความยากและง่ายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มากนักน้อย โดยผู้เขียนประสงค์ที่จะแบ่งเนื้อหาในบทความฉบับนี้ออกเป็นสี่ส่วน ส่วนแรกคือความในส่วนนำนี้ ส่วนที่สองคือการอธิบายถึงหลักการพื้นฐานบางประการที่ผู้เขียนใช้เป็นฐานในการทำข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย (ผู้อ่านจะพบว่าความในส่วนที่สองนั้นมีเนื้อหามากกว่าความในส่วนอื่นอย่างมีนัยสำคัญ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าหากไม่อธิบายทฤษฎีให้ชัดเจนเพียงพอ การทำข้อสังเกตในหัวข้อที่สามย่อมไม่สามารถทำได้อย่างมีน้ำหนักและน่าเชื่อถือ) ความในส่วนที่สามคือการอธิบายถึงข้อสังเกตดังกล่าวในรายละเอียดและความในส่วนสุดท้ายคือการสรุปข้อสังเกตของผู้เขียน

ผู้เขียนขอกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่า บรรดาข้อสังเกตทั้งหลายที่จะปรากฏอยู่ในงานเขียนชิ้นนี้เป็นข้อสังเกตโดยส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งเกิดขึ้นจากการศึกษาคำอธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในเอกสารชิ้นต่าง ๆ ที่เผยแพร่เป็นภาษาไทย เทียบเคียงกับข้อค้นพบและประสบการณ์ต่าง ๆ จากการศึกษาวิจัยของผู้เขียน ผู้เขียนจะยินดีเป็นอย่างยิ่งหากงานชิ้นนี้จะถูกโต้แย้ง ถูกอธิบาย หรือถูกหักล้างโดยความเห็นอื่น หากสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่างานชิ้นนี้ได้ทำหน้าที่ของมันโดยสมบูรณ์แล้ว หน้าที่เช่นว่านั้นคือการจุดประกายให้เกิดการโต้แย้งถกเถียงเกี่ยวกับคำอธิบายว่าด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนมองว่าคำอธิบายเช่นว่านั้น (โดยเฉพาะที่ผลิตออกมาในภาษาไทย) ไม่ได้ถูกโต้แย้ง ไม่มีความเคลื่อนไหว และไม่ได้มีการปรับปรุงมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว

2. ว่าด้วยความหมายและคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

สำหรับหลักการพื้นฐานที่ผู้เขียนใช้ในการจัดทำข้อสังเกตในส่วนที่จะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อที่สามนั้น คือหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับความหมายและคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ และการอธิบายถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หลักการพื้นฐานทั้งสองนั้นมีคำอธิบายที่ผู้อ่านควรให้ความสนใจ ดังนี้

2.1 ความหมายและคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ

สิ่งที่ผู้อ่านจำเป็นต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้น ก่อนที่จะนำไปสู่การพิจารณาข้อสังเกตของผู้เขียนในส่วนต่อจากนี้ไปนั้น นั่นคือการทำความเข้าใจความหมายของรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องเป็นความหมายที่ไม่ผูกติดอยู่กับรูปแบบ (Form) (ความหมายอย่างแคบ) ของรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องเข้าใจถึงความหมายของรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการพิจารณาให้ความหมายผ่านบทบาทของรัฐธรรมนูญ (Function) (ความหมายอย่างกว้าง) เป็นหลัก เหตุผลที่ผู้เขียนจำเป็นต้องเลือกที่จะนำเสนอความหมายของรัฐธรรมนูญในแง่มุมอย่างกว้างนี้ ก็เนื่องมาจากการทำความเข้าใจความหมายของรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่

การยึดติดกับรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งมีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่น³ ผลที่ตามมา (อย่างน้อยก็ในทัศนะของผู้เขียนภายใต้บริบทของการพิจารณาความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญแก้ไขง่าย และแก้ไขยาก) คือความเป็นไปได้ที่ผู้อ่านหรือผู้ที่สนใจศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญจะมองว่าเฉพาะรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่จะมีคุณลักษณะของความเป็นรัฐธรรมนูญที่ “แก้ไขยาก” กลับกัน รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรจะถูก “แก้ไขได้ง่าย” โดยเฉพาะเมื่อเทียบกับกฎหมายธรรมดาทั่วไป ซึ่งเป็นหนึ่งในประเด็นที่บทความนี้ต้องการจะท้าทายโดยผู้เขียนจะได้กล่าวถึงประเด็นนี้โดยละเอียดในส่วนที่สามและสี่ของบทความนี้⁴

ในขณะที่ผู้เขียนมองว่าการทำความเข้าใจความหมายของรัฐธรรมนูญโดยมุ่งพิจารณาบทบาทของรัฐธรรมนูญจะทำให้ผู้อ่านมีมุมมองต่อรัฐธรรมนูญที่กว้างขวางพอที่จะพิจารณาบรรดาข้อสังเกตทั้งหลายต่อจากนี้ไป ผู้เขียนเห็นว่าแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่จะกำหนดนิยามที่สมบูรณ์เพียงหนึ่งเดียวให้กับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากการนิยามความหมายของรัฐธรรมนูญผ่าน “หน้าที่” ที่รัฐธรรมนูญพึงกระทำนั้นมีความแตกต่างกันออกไปตามความเห็นของผู้กำหนดนิยามแต่ละท่าน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณานิยามความหมายดังต่อไปนี้ ผู้เขียนเชื่อว่าผู้อ่านจะพบจุดร่วมที่สำคัญประการหนึ่งจากการนิยามความหมายของนักคิดที่หลากหลาย เช่น นิยามที่กำหนดโดย Galligan และ Versteeg มุ่งพิจารณารัฐธรรมนูญในฐานะกลุ่มของกฎเกณฑ์ที่กำหนดหน้าที่ กำหนดโครงสร้างต่าง ๆ ของรัฐ และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทั้งหลายของรัฐต่อประชาชน ดังนั้น Galligan และ Versteeg จึงอธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญก่อตั้งระบบรัฐบาล กำหนดอำนาจและหน้าที่ของสถาบันต่าง ๆ ของรัฐบาล กำหนดข้อจำกัดสำคัญในการดำเนินงาน และกำกับความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันเหล่านั้นกับประชาชน”⁵ ในขณะที่ Palmer มุ่งกำหนดนิยามของรัฐธรรมนูญให้กว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น Palmer จึงนิยามรัฐธรรมนูญว่าหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ใช้

³ Ernest A. Young, The constitution outside the constitution, *The Yale Law Journal* 117 (3) (2007), p. 410; Samuel E. Finer, *Five constitutions* (Sussex : Harvester Press, 1979), p. 15; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), น. 7. ทั้งนี้ การอธิบายถึงรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบไม่ได้หมายความว่ากฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญจะค้นพบได้ในกฎหมายฉบับเดียวเรียกว่ารัฐธรรมนูญ โดยไม่ปรากฏอยู่ในฐานะของกฎเกณฑ์ในรูปแบบอื่นอีก เพราะเป็นไปไม่ได้ที่กฎหมายเพียงฉบับเดียวจะรวบรวมเอาหลักเกณฑ์ในการปกครองรัฐเอาไว้ได้อย่างครบถ้วน เพียงแต่ในความหมายอย่างแคบนั้น รัฐธรรมนูญคือกฎหมายฉบับเดียวที่รวบรวมเอาหลักเกณฑ์สำคัญในการปกครองรัฐโดยมากเอาไว้และจัดทำเป็นประมวลขึ้นมานั่นเอง โปรดดู Faculty of Law, Victoria University of Wellington, *Law 213: Public Law* (Wellington : Faculty of Law, Victoria University of Wellington, 2023), p. 69.

⁴ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอไว้เพิ่มเติมว่า การอธิบายรัฐธรรมนูญโดยแยกระหว่างกฎเกณฑ์ที่ “เป็นลายลักษณ์อักษร” กับกฎเกณฑ์ที่ “ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” เองก็มีปัญหาในตัว เพราะมีแนวโน้มที่จะทำให้ผู้ศึกษาหลงผิด (Misleading) ไปได้ว่าประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นไม่มีกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรอยู่เลย โดยผู้เขียนเห็นว่าควรแบ่งประเภทหรือแบ่งนิยามตามความหมายอย่างแคบโดยแยกระหว่างประเทศที่ “รวบรวม” หรือ “ไม่รวบรวม” กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียง “ฉบับเดียว” หรือก็คือการแยกระหว่าง Codified และ Uncodified Constitution ซึ่งจะให้ความหมายที่ตรงกับความเป็นจริงมากกว่า โปรดดู Ernest A. Young, Op. cit.

⁵ Denis J. Galligan and Mila Versteeg, Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions, in Denis J. Galligan and Mila Versteeg (Ed.) *Social and Political Foundations of Constitutions*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2013), p. 6.

ในการจัดองค์กรของรัฐที่จะทำหน้าที่ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ⁶ ส่วน Gardbaum กำหนดนิยามความหมายของรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง (Small-C) ว่าหมายถึงบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่จัดสรรอำนาจรัฐระหว่างองค์กรทางการเมืองต่าง ๆ ภายในรัฐ⁷ ส่วน Young อธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายที่ทำหน้าที่ก่อตั้งองค์กรของรัฐทั้งหลาย กำหนดสิทธิบางประการของปัจเจกชน และ (โดยเฉพาะกรณีของประเทศที่มีกฎเกณฑ์ฉบับหนึ่งเรียกว่ารัฐธรรมนูญ) ทำให้โครงสร้างทั้งหลายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมีความสามารถในการต้านทานการเปลี่ยนแปลงได้ผ่านการกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁸

จากการสำรวจนิยามข้างต้น ผู้อ่านจะพบว่า นิยามของรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างที่หลากหลายนั้น มีจุดร่วมกันนั้นคือการอธิบายรัฐธรรมนูญในฐานะของ “กฎเกณฑ์ที่กำหนดโครงสร้างรัฐ กำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจรัฐ และกำหนดความสัมพันธ์ (สิทธิ) ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนทั้งหลายภายในรัฐนั้น” ภายใต้จุดร่วมของการให้ความหมายเช่นนี้ ผู้เขียนอยากจะขอเสนอผู้อ่านทุกท่านเข้าสำรวจคุณลักษณะบางประการของรัฐธรรมนูญซึ่งพอจะสกัดได้จากนิยามความหมายอย่างกว้างนี้ และแยกกันไม่ออกกับการพิจารณารัฐธรรมนูญในฐานะของกฎเกณฑ์ที่แก้ไขยากและแก้ไขง่าย

2.2 คุณลักษณะของรัฐธรรมนูญ

การอธิบายคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญนั้นกระทำได้อย่างหลากหลาย เช่น อาจอธิบายลักษณะของรัฐธรรมนูญโดยอาศัยการพิจารณาความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน⁹ อธิบายรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงกับความขัดแย้งและความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้¹⁰ หรืออาจจะเป็นการอธิบายถึงรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายที่มีชีวิต (Living Constitution) ซึ่งควรถูกพิจารณาให้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามความต้องการทางการเมืองของบรรดาประชาชนทั้งหลายที่ประกอบขึ้นมาเป็นรัฐในห้วงระยะเวลาต่าง ๆ กัน¹¹

⁶ Matthew SR Palmer, Using constitutional realism to identify the complete constitution: Lessons from an unwritten constitution, *The American Journal of Comparative Law* LIV (3) (2006), p. 594.

⁷ Stephen Gardbaum, The place of constitutional law in the legal system, in Michel Rosenfeld and András Sajó (Ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p. 171. ข้อตรงข้ามของ Small-C คือ Big-C ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับหนึ่ง

⁸ Ernest A. Young, Op. cit., pp. 415–428.

⁹ ผู้เขียนขอไม่ลงรายละเอียดไว้ ณ ที่นี้ แต่หากจะกล่าวโดยย่ออาจพอสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นกฎหมายที่เรียกร้องให้มีการดำเนินการตามแบบที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด และ (โดยเฉพาะในหลายประเทศเช่น ไทย เกาหลีใต้ แอฟริกาใต้ เยอรมัน ฯลฯ) มีการแยกศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญออกมาจากศาลปกติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน

¹⁰ Martin Loughlin, On constituent power, in Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (Ed.) *Constitutionalism beyond Liberalism*, (United Kingdom : Cambridge University Press, 2017).

¹¹ Bruce Ackerman, The living constitution, *Harvard Law Review* 120 (7) (2007), pp. 1737–1812. ทั้งนี้ โปรดดูงานเขียนชิ้นสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยตรงใน University of Virginia Press, *Founders Online: To James Madison from Thomas Jefferson, 6 September 1789*, Retrieved December 26, 2023, from <http://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248>

อย่างไรก็ตาม การอธิบายถึงคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญจากแง่มุมเหล่านี้ไม่ใช่สิ่งที่ผู้เขียนจะขอใช้เป็นแกนหลักของบทความนี้¹² ผู้เขียนอยากจะขอเสนอคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญสองประการที่ผู้เขียนเห็นว่ามีแนวโน้มที่น่าจะทำให้ผู้อ่านสามารถทำความเข้าใจการแบ่งแยกระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากได้มากขึ้น คุณลักษณะทั้งสองประการมีดังต่อไปนี้

1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างการปกครองรัฐและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ (ผู้ปกครอง) กับปัจเจกชน (ผู้ถูกปกครอง) ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น การทำความเข้าใจความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายได้อย่างเหมาะสมนั้น ผู้ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญจะต้องทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญในความหมายที่กว้างที่สุด ผลที่ตามมา นั่นคือความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายที่ทำหน้าที่กำหนดโครงสร้างการปกครองรัฐและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและปัจเจกชนทั้งหลาย คุณลักษณะเช่นนี้สามารถพบได้ในกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญทั้งของประเทศที่มีการรวบรวมกฎหมายทางรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นประมวลหนึ่งฉบับเช่นประเทศไทย¹³ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สะท้อนคุณลักษณะของความเป็นกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดโครงสร้างการปกครองของรัฐและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนไว้อย่างชัดเจน¹⁴ ส่วนในประเทศที่ไม่ได้มีการรวบรวมหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายฉบับเดียว (ซึ่งจะกลายเป็นสภาวะยกเว้น ทำให้ในห้วงเวลาปัจจุบันอาจมีแค่สามประเทศที่ใช้ระบบนี้ ได้แก่ อังกฤษ นิวซีแลนด์ และอิสราเอล)¹⁵ เช่น นิวซีแลนด์ กฎเกณฑ์ที่กำหนดโครงสร้างการปกครองรวมไปถึงกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนที่ได้รับการยอมรับ (Recognised)¹⁶ ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ที่อยู่ในรูปกฎหมายบัญญัติ เช่น Constitution Act 1986, the New Zealand Bill of Rights Act 1990 (NZBORA), และ the Public Finance Act 1989 ในขณะเดียวกัน กฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญครอบคลุมไปถึงเอกสารทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะดังเช่น The Treaty of Waitangi ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง

¹² โปรดสังเกตว่าไม่ใช่แค่ตัวผู้เขียนเท่านั้น แต่งานเขียนอื่นที่อธิบายหรือศึกษารัฐธรรมนูญย่อมมีวิธีการนำเสนอความหมาย คุณลักษณะ หรือแม้กระทั่งประเภทของรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันออกไปเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการเขียนและนำเสนองานนั้น ๆ

¹³ โปรดดูข้อสังเกตของวรเจตน์ ภาคีรัตน์เพิ่มเติมเกี่ยวกับความเป็นรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีที่มีเอกภาพของระบบรัฐธรรมนูญไทย และประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งอาจมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญในเชิงอรรถที่ 4 ของ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : อานกฤษฎา, 2564), น. 229-230. ทั้งนี้ รวมถึงคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายที่มีการประมวลหลักเกณฑ์ในการปกครองรัฐส่วนใหญ่ไว้ในกฎหมายฉบับเดียวที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในเชิงอรรถที่ 3

¹⁴ ตัวอย่างเช่น ความในหมวดที่ 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดการจตุรปรัญไทยในฐานะรัฐเดี่ยว กำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจอธิปไตยว่าจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจเป็นส่วน ๆ และจะต้องใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรวมถึงจะต้องเคารพในหลักนิติธรรม ในขณะเดียวกัน ก็มีการกำหนดว่าสิทธิ เสรีภาพ ตลอดจนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้ระบบการเมืองที่รัฐธรรมนูญนี้จัดให้มีขึ้น

¹⁵ Mark Tushnet, Constitution, in Michel Rosenfeld and András Sajó (Ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2012), p. 222.

¹⁶ การได้รับการยอมรับ (Recognised) นี้ มีความสำคัญอย่างยิ่งและจะถูกอธิบายถึงในส่วนที่สองของบทความว่าด้วยลักษณะของรัฐธรรมนูญ

ชาวเมารี (ชนพื้นเมืองของ Aotearoa-New Zealand) กับชนผิวขาวผู้เข้ามาตั้งรกรากในประเทศ และหลักการที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นหลักอำนาจอิสระสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ด้วย

ภายใต้คำอธิบายนี้ ผู้อ่านทุกท่านน่าจะได้อธิบายได้เหมือนกัน นั่นคือทุกประเทศในโลกล้วนมีรัฐธรรมนูญ เพียงแต่รัฐธรรมนูญจะปรากฏขึ้นในลักษณะไหนย่อมขึ้นอยู่กับเหตุปัจจัยทางการเมืองและประวัติศาสตร์ของประเทศ นอกจากนี้ ผู้อ่านอาจจะพอสามารถอนุมานไปได้อีกด้วยว่าโดยเนื้อแท้แล้ว สิ่งที่ยังปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่มีการจัดทำขึ้นเป็นประมวลกฎหมายฉบับหนึ่งนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องมีความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญเสมอไป แน่นอนว่าบรรดาบทบัญญัติทั้งหลายที่กำหนดโครงสร้างรัฐและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนย่อมมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญ แต่ในทางกลับกัน บรรดาบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอื่นที่ไม่ใช่การจัดโครงสร้างรัฐหรือการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน เช่น ความในหมวดว่าด้วยการปฏิรูปประเทศ ที่ปรากฏอยู่ในหมวดที่ 16 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งไม่ได้ทำหน้าที่กำหนดโครงสร้างรัฐหรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนโดยตรงนั้น¹⁷ ย่อมไม่มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ ทั้งนี้ การดำรงอยู่ของกฎหมายที่ไม่ได้มีคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญในกฎหมายสูงสุดที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนั้น ก่อให้เกิดการยกระดับกฎหมายทั้งหลายเหล่านั้นให้มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งดูจะเป็นคุณสมบัติพิเศษประการหนึ่งที่สามารถมีขึ้นได้เมื่อรัฐหนึ่งรัฐใดตัดสินใจรวมเอาบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดโครงสร้างรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนทั้งหลายเข้ามาเป็นกฎหมายฉบับเดียวเรียกว่ารัฐธรรมนูญ¹⁸

2) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่แก้ไขยากยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ คุณลักษณะประการนี้คือแก่นสำคัญของบทความชิ้นนี้ และผู้เขียนเชื่อว่าหลายท่านอาจจะไม่เห็นด้วยกับการอธิบายคุณลักษณะเช่นนี้ของรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่ง อาจเพราะความคุ้นชินกับการอธิบายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ไม่ได้มีการจัดทำกฎหมายสูงสุดชื่อรัฐธรรมนูญขึ้น ว่าสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ดังเช่นกฎหมายธรรมดา¹⁹ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าคุณสมบัติข้อนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถขาดไปได้หากจะพิจารณาว่ากฎหมายใดมีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่

เหตุผลประการสำคัญที่ผู้เขียนใช้เพื่อสนับสนุนคำกล่าวอ้างเช่นว่านี้แท้จริงแล้วมาจากคุณลักษณะประการแรกของรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ ในเมื่อรัฐธรรมนูญคือกฎหมายที่มอบความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจอธิปไตยผ่านกระบวนการสร้างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐและกำหนดแนวทางการใช้อำนาจขององค์กรเช่นว่านั้น (ขอย้ำอีกครั้งว่าเรากำลังกล่าวถึงและทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญในความหมายที่กว้างที่สุด) เช่นนั้นแล้ว จึงเสี่ยงไม่ได้ที่รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกฎหมายที่มีสถานะ “แยกออกมาต่างหาก” จากกฎหมายธรรมดา หากสถานะและการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญไม่แยกออกมาจากกฎหมายธรรมดา รัฐธรรมนูญจะไม่สามารถเพิ่มเติมหน้าที่

¹⁷ ข้อเสนอแนะของผู้เขียน ซึ่งผู้เห็นต่างอาจโต้แย้งได้

¹⁸ Hans Kelsen, *Pure theory of law*, Max Knight trans. (United States : The Lawbook Exchange, Ltd., 2014), p. 222.

¹⁹ โปรดดูความในส่วนที่ 3 ของบทความนี้

ในฐานะของกฎเกณฑ์ที่กำหนดโครงสร้างของรัฐและสร้างกระบวนการที่จะมอบความชอบธรรมในการตรากฎหมายธรรมดาได้²⁰ นอกจากนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญทั้งในรูปแบบที่ถูกจัดทำขึ้นเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งหรือในรูปแบบของบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่ทำหน้าที่ของรัฐธรรมนูญนั้นต่างถือเป็นรากฐานของบรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายภายในรัฐ²¹ ดังนั้น การอธิบายว่ารัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกแก้ไขได้โดยง่ายดังเช่นกฎหมายธรรมดาจึงไม่สอดคล้องกับคุณลักษณะเช่นว่านี้ของรัฐธรรมนูญ ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นจะต้อง “ยาก” กว่าแก้ไขกฎหมายธรรมดาโดยสภาพ

ในกรณีของรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายฉบับเดียวหรือที่คุ้นชินกันในชื่อของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ผู้อ่านย่อมคุ้นเคยกับแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งสืบสาวกลับไปหาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะภายใต้งานเขียนเรื่อง “อะไรคือฐานันดรที่สาม?” ของซีเอเยส (Emmanuel Joseph Sieyès)²² ที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดา และทำให้ต้องมีกระบวนการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกระบวนการเช่นว่านี้ หมายความว่าความรวมถึงการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีความยากยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดาทั่วไป²³ อย่างไรก็ตาม คำอธิบายนี้ดูจะไม่สามารถใช้ได้กับกรณีของประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกรวมขึ้นเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งแต่กระจัดกระจายกันอยู่ทั้งในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention) ทั้งนี้ เนื่องจากภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศดังเช่นอังกฤษหรือนิวซีแลนด์ หลักการประการสำคัญที่ยึดถือคือหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐบาล (Supremacy of Parliament) ภายใต้หลักการนี้ อำนาจของรัฐบาลเป็นอำนาจสูงสุดภายในรัฐและจะสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขหลักเกณฑ์ใดในรัฐได้โดยง่าย แม้กระทั่งหลักเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำกล่าวของ Joel Colón-Ríos ซึ่งได้กล่าวถึงประเด็นนี้ไว้ในการบรรยายในหัวข้อเรื่อง Democratic Constitution-Making ว่า แม้แต่ในระบบของประเทศที่ไม่ได้รวบรวมกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงฉบับเดียวเช่นอังกฤษหรือนิวซีแลนด์ และยึดถือหลักการว่าด้วยอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐบาลที่ทำให้ในทางรูปแบบ การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการในระดับรัฐธรรมนูญดูจะทำได้ง่ายเนื่องจากรัฐบาลสามารถแก้ไขหลักการทางรัฐธรรมนูญได้โดย “ใช้กระบวนการ”²⁴ เช่นเดียวกับการตรา

²⁰ Dieter Grimm, Types of constitutions, in Michel Rosenfeld and András Sajó (Ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2012), pp. 101-103.

²¹ Mark D. Walters, The unwritten constitution as a legal concept, in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (Ed.) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2016).

²² Abbe Emmanuel Joseph Sieyès, *What Is the Third Estate?*, Retrieved March 9, 2024, from <https://pages.uoregon.edu/dluebke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>

²³ โปรดดูงานเขียนของ Roznai หากต้องการศึกษาถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ใน Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford Constitutional Theory (Oxford : Oxford University Press, 2017).

²⁴ โปรดสังเกตว่าผู้เขียนเลือกที่จะอธิบายประเด็นนี้โดยเน้นไปที่การ “ใช้กระบวนการ” มากกว่าการที่จะเปรียบเทียบว่าสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ “ดังเช่น” กฎหมายทั่วไป ซึ่งการใช้คำในลักษณะหลังมีแนวโน้มที่จะทำให้รัฐธรรมนูญและกฎหมายทั่วไปคือสิ่งเดียวกัน และผู้เขียนมองว่ามุมมองแบบนี้ดูจะไม่ถูกต้องนัก

กฎหมายทั่วไป แต่ในทางการเมือง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับทำได้ยากมาก ยากเสียยิ่งกว่ากรณีของประเทศเช่นเม็กซิโก ที่แม้จะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แยกออกมาจากกระบวนการตรากฎหมายปกติ แต่กลับถูกแก้ไขไปแล้วมากกว่า 700 ครั้งนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1917 ซึ่งตรงข้ามกับ Bill of Rights ของนิวซีแลนด์ ซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1990 และถูกแก้ไขเพียง 3 ครั้ง เมื่อเป็นเช่นนี้ แม้แต่ในประเทศเช่นอังกฤษหรือนิวซีแลนด์ รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎเกณฑ์ที่แก้ไขยาก²⁵

ทั้งนี้ ในประเทศดังเช่นอังกฤษหรือนิวซีแลนด์นั้น แม้รัฐสภาจะมีอำนาจสูงสุดในทางทฤษฎี แต่โดยเนื้อแท้แล้วรัฐสภาไม่สามารถตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในลักษณะใดก็ได้ โดยที่อำนาจของรัฐสภาเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน (แนวคิดสัญญาประชาคมที่รับรองว่ามีเพียงประชาชนเท่านั้นที่จะสถาปนาระบบการปกครองและกำหนดเงื่อนไขการปกครองเหนือตนเองได้เป็นรากฐานของกรอบความคิดนี้)²⁶ ดังนั้น อำนาจของรัฐสภาจึงถูกบังคับ (Mandated) ให้ไม่สามารถใช้ในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อประชาชนได้²⁷ ภายใต้มุมมองเช่นนี้ รัฐสภาในประเทศเช่นอังกฤษไม่สามารถแก้ไขกฎหมายเช่น Bill of Rights เพื่อลดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ตามใจปรารถนา

นอกจากนี้ หลักการพื้นฐานประการหนึ่งในระบบกฎหมายของประเทศเช่นอังกฤษหรือนิวซีแลนด์ที่น่าสนใจ นั่นคือกฎว่าด้วยการยอมรับ (Rule of Recognition) หลักการนี้สามารถถูกตีความได้ในลักษณะที่ว่า กฎหมายใดจะมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นจะต้องได้รับการยอมรับจากบุคคลทั้งหลายภายในรัฐ รวมถึงได้รับการยอมรับจากองค์กรเช่นศาลซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย²⁸ ผลที่ตามมา นั่นคือปัจจัยที่แท้จริงที่จะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเป็นไปได้หรือไม่ในกรณีของประเทศเช่นอังกฤษและนิวซีแลนด์ อยู่ที่ปัจจัยในทางการเมืองและการยอมรับของประชาชน ซึ่งทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นกระทำลงได้ยากยิ่งกว่าการตรากฎหมายทั่วไป ดังที่ Colón-Ríos ได้กล่าวไว้

ความที่กล่าวมาข้างต้นนี้คือสิ่งที่ผู้เขียนประสงค์จะใช้เพื่อยืนยันคำกล่าวอ้างในภาพรวมที่ว่าในฐานะกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษแยกออกมาต่างหากจากกฎหมายธรรมดา นั้น รัฐธรรมนูญจะต้องถูกแก้ไขยากยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ ก่อนที่คำกล่าวอ้างนี้จะถูกใช้เพื่อวิพากษ์กรอบในการ อธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายที่ปรากฏอยู่ในเอกสารทางกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนอยากขอเสนอหลักการพื้นฐานอีกประการหนึ่งที่สามารถใช้เพื่อแสดงให้เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำลงได้ยากยิ่งกว่ากฎหมายทั่วไป แม้แต่ในประเทศดังเช่นอังกฤษ นิวซีแลนด์ หรืออิสราเอล หลักการที่ว่านั่นคือหลักว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

²⁵ โปรดดูคำบรรยายของ Joel Colón-Ríos นาที่ 13-16 ใน Joel Colón-Ríos, *Democratic constitution-making*, Retrieved March 7, 2024, from <https://www.facebook.com/MFUSchoolofLaw/videos/1730846077401941/>

²⁶ Jean-Jacques Rousseau, *The social contract*, trans. G. D. H. Cole, (New York : Prometheus Books, 1988), p. 1762.

²⁷ Mark Tushnet, *Op. cit.*, p. 102.

²⁸ Paul Craig, Written and unwritten constitutions: The modality of change, in *Pragmatism, Principle, and Power in Common Law Constitutional Systems*, pp. 284–290, Retrieved March 7, 2024, from <https://doi.org/10.1017/9781839702709.014>

2.3 หลักว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

งานเขียนชิ้นสำคัญเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคืองานของ Yaniv Roznai เรื่อง “Unconstitutional Constitutional Amendment” ซึ่งรวบรวมข้อถกเถียงว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งที่มาแห่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อขัดแย้งในทางทฤษฎีที่ต้องพิจารณา และบรรดารายละเอียดเกี่ยวกับข้อจำกัดเช่นนั้นอย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่ประสงค์ที่จะนำพาผู้อ่านเข้าไปสู่ข้อถกเถียงและรายละเอียดทั้งหลายเช่นนั้น ทั้งนี้เนื่องด้วยการทำเช่นนั้นย่อมจะเกินขอบแห่งวัตถุประสงค์ของบทความนี้ไปและอาจไม่สามารถกระทำลงได้ภายใต้ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบของบทความ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเชื่อว่าการพิจารณาข้อจำกัดบางประการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำให้ผู้อ่านเข้าใจสิ่งที่ผู้เขียนต้องการจะสื่อในบทความนี้มากขึ้น

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นดำรงอยู่ในฐานะกลไกสำคัญที่คุ้มครองสถานะของรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ ข้อจำกัดทั้งหลายที่จะกล่าวต่อไปนี้ ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายปกติ ในขณะเดียวกัน ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวนมากต่างสะท้อนให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่ไม่ได้แค่เพียงวางกรอบกฎเกณฑ์ในการใช้อำนาจอธิปไตย แต่ยังสะท้อนให้เห็นถึงอุดมการณ์ทางการเมืองของรัฐซึ่งต้องได้รับความคุ้มครอง²⁹ ผลที่ตามมาจากการตีความข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ ทำให้เราสามารถค้นหาคำอธิบายข้อจำกัดต่าง ๆ แห่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญได้จากทุกระบบกฎหมายและจากทุกระบบรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณางานเขียนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเราน่าจะสามารถจำแนกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็นสองกลุ่ม ได้แก่ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งและข้อจำกัดโดยปริยาย ซึ่งข้อจำกัดทั้งสองนั้นมีรายละเอียดบางประการที่น่าสนใจและเกี่ยวโยงกับเนื้อความในบทความนี้ ดังนี้

1) ข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ระบุไว้อย่างชัดแจ้ง (Explicit Unamendability)

ในบรรดาข้อจำกัดทั้งหลายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ข้อจำกัดที่ตรวจพบได้ง่ายที่สุดโดยเฉพาะในหมู่ประเทศที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรสูงสุดฉบับหนึ่งเรียกว่ารัฐธรรมนูญคือข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในตัวของรัฐธรรมนูญเอง ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งนี้มักจะถูกบังคับใช้โดยองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของการรวมอำนาจตรวจสอบไว้ที่องค์กรเดียวเช่นศาลรัฐธรรมนูญ หรืออยู่ในรูปของการกระจายอำนาจควบคุมตรวจสอบไปยังศาลยุติธรรมต่าง ๆ

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ กลุ่มแรกคือข้อจำกัดในทางเนื้อหา ซึ่งดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญในฐานะบทมาตรاتیชี้ให้เห็นว่ามีความบางประการในรัฐธรรมนูญที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะพิทักษ์ไว้ให้ไม่สามารถแก้ไขได้ ข้อจำกัดประการนี้ยกสถานะบทบัญญัติบางประการในรัฐธรรมนูญให้เหนือกว่าบทบัญญัติอื่นในแง่ที่สะท้อนให้เห็นว่าบทบัญญัติ

²⁹ Richard Albert, *Constitutional amendments: Making, breaking, and changing constitutions* (Oxford : Oxford University Press, 2019), p. 3; Yaniv Roznai, Op. cit., pp. 42–70.

ที่ไม่สามารถแก้ไขได้นี้ถือเป็นแก่นหลักของรัฐธรรมนูญ³⁰ ซึ่งแต่ละประเทศจะมีการกำหนดข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาที่แตกต่างกันไป เช่น ประเทศตุรกี ความเป็นสาธารณรัฐ ความเป็นรัฐประชาธิปไตย ความเป็นรัฐที่เป็นกลางทางศาสนา ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้³¹ ส่วนในกรณีของประเทศไทยนั้น ความเป็นรัฐเดี่ยวและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขคือสิ่งที่ไม่สามารถแก้ไขได้³² ทั้งนี้ ข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาเช่นนี้มีอีกชื่อเรียกว่า “**บทบัญญัตินิรันดร์ (Eternity Clauses)**”

ส่วนข้อจำกัดโดยชัดแจ้งอีกกลุ่มหนึ่งนั้น คือ**ข้อจำกัดในเชิงกระบวนการ** เช่นเดียวกับข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา ข้อจำกัดเชิงกระบวนการพบได้ในกลุ่มประเทศที่มีรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเท่านั้น ข้อจำกัดในกลุ่มนี้ทำหน้าที่กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะที่ “ยาก” กว่ากฎหมายปกติโดยชัดแจ้ง ผ่านการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องกระทำโดยกระบวนการพิเศษ เช่น มติของสภาพิเศษที่แยกออกมาต่างหากจากองค์กรตรากฎหมายปกติทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กำหนดให้มีการใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Super Majority) หรือเสียงข้างมากสองระดับ (Double Majority) ในการรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม³³ ตัวอย่างของข้อจำกัดในลักษณะนี้ที่มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งนั้นคือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ไม่เพียงแต่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการพิจารณาในรัฐสภา แต่ตลอดสามวาระที่มีการพิจารณาโดยรัฐสภานั้น จะต้องใช้เกณฑ์คะแนนเสียงที่รับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันไป เช่น ในวาระแรก ต้องมีผู้รับรองหลักการของร่างรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยในจำนวนนั้น ต้องมีเสียงจากวุฒิสภาที่ทำให้การรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ส่วนในวาระที่สามนอกจากจะต้องใช้สมาชิกมากกว่ากึ่งหนึ่งในการรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว รัฐธรรมนูญยังบัญญัติไว้ว่า “ในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”³⁴ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ยากกว่าการพิจารณาร่างกฎหมายทั่วไปโดยชัดเจน³⁵

³⁰ Yaniv Roznai, Op. cit., pp. 135–139. ทั้งนี้ เราอาจเทียบสิ่งนี้ได้กับการแยก “รัฐธรรมนูญ (Constitution)” ออกจาก “กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law)” ตามแนวคิดของ Schmitt โปรดดู Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trans. Jeffrey Seitzer (United States: Duke University Press, 2008), pp. 69–70, 76.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี คริสต์ศักราช 1982 มาตรา 4

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255

³³ ทั้งนี้เสียงข้างมากพิเศษหรือเสียงข้างมากสองระดับ คือเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับรองหรือการประกาศใช้รัฐธรรมนูญว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบในลักษณะพิเศษซึ่งแตกต่างจากการให้ความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากทั่วไป (เกินกว่ากึ่งหนึ่งของเงื่อนไขที่กำหนด) ซึ่งผู้เขียนขอไม่ลงรายละเอียดไว้ในที่นี้

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (3) และ (6)

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 133- 146

2) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Implicit Unamendability)

ในขณะที่ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งสามารถค้นพบได้ในประเทศที่ประมวลหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายสูงสุดเพียงฉบับเดียว ข้อจำกัดโดยปริยายนี้สามารถค้นพบได้และถูกบังคับใช้ได้ในทุกประเทศทั่วโลก ไม่ว่าประเทศนั้นจะมีการประมวลหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายสูงสุดแต่เพียงฉบับเดียวหรือไม่ รวมถึงไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) หรือระบบจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งการดำรงอยู่ของข้อจำกัดโดยปริยายนี้เองคือหนึ่งในเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนกล่าวว่ารัฐธรรมนูญนั้นจำเป็นต้องถูกแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ

ในการอธิบายถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายนั้น เราอาจจะสามารถกล่าวได้ว่าในกลุ่มประเทศที่พัฒนามากกฎหมายสูงสุดที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญขึ้นมาบนฐานของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายนั้นดำรงอยู่ในตัวของอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง ทั้งนี้ เนื่องจากผู้เขียนไม่ประสงค์ที่จะใช้พื้นที่ในบทความนี้นำเสนอข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment Power) ผู้เขียนขอกล่าวไว้โดยสรุปว่าในเมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจนี้ขึ้นในรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจนี้ย่อมสามารถถูกใช้ได้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่จำกัด นั่นคือเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แม้รัฐธรรมนูญของประเทศหนึ่งประเทศใดจะไม่ได้จำกัดกรอบแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหา³⁶ แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถถูกใช้ในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ คือทำลายหลักการอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นได้³⁷

ส่วนข้อจำกัดโดยปริยายอีกประเภทที่พบได้โดยทั่วไปในทุกประเทศ และมีการใช้บังคับโดยศาล แม้กระทั่งในกลุ่มประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแต่เพียงฉบับเดียวนั้น คือข้อจำกัดที่เรียกว่า “หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (Basic Structure Doctrine)” หลักการนี้ปรากฏขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในอินเดียประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณี และแทบจะไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย มีเพียงข้อจำกัดในเชิงกระบวนการที่มุ่งเน้นควบคุม “รูปแบบ” และการลงมติรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเงื่อนไขบางประการแตกต่างไปจากการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญปกติ³⁸ นั้นทำให้โดยหลักการแล้ว รัฐสภาของอินเดียสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้

³⁶ โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ คริสต์ศักราช 1996 มาตรา 74 ซึ่งไม่ได้กำหนดข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่ประการใด

³⁷ Joel Colón-Ríos, *Constituent power and the law*, Oxford Constitutional Theory (Oxford : Oxford University Press, 2020), p. 79, และโปรดดูงานเขียนของ Law และ Whalen ที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อหาคู่ความพยายามในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญเดิม David S. Law and Ryan Whalen, *Constitutional amendment versus constitutional replacement: An empirical comparison*, in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (Eds.) *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (London : Routledge, 2020).

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย คริสต์ศักราช 1949 มาตรา 368

อย่างไรก็ตาม ภายใต้คำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งสาธารณรัฐ (Supreme Court) ในคดี *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* เมื่อปี ค.ศ. 1973 อำนาจที่จะมีอยู่อย่างไม่จำกัดของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับถูกจำกัดลงโดยหลักการที่ศาลเรียกว่าหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวโดยย่อ ศาลสูงของอินเดียเห็นว่า ในรัฐธรรมนูญของประเทศหนึ่ง ๆ นั้นย่อมมีหลักการบางประการที่ถือว่าเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (ในกรณีของอินเดียนั้นน่าจะประกอบด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ความเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย ความเป็นกลางทางศาสนาของรัฐธรรมนูญ และหลักการแบ่งแยกอำนาจ) ซึ่งไม่สามารถถูกแก้ไขได้โดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้เขียนถึงข้อจำกัดแห่งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาไว้โดยชัดแจ้ง รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญไปในทางที่จะทำให้ลายหลักการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ³⁹

ภายหลังจากที่หลักการนี้ได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการโดยศาลสูงของอินเดีย การนำหลักการเช่นนี้ไปใช้ก็แผ่ขยายไปทั่วโลก เช่นในปี ค.ศ. 1977 ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้นำหลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานไปใช้ในการวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งอาจจะทำลายหลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน ความเสมอภาค และหลักนิติธรรมนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ⁴⁰

ในขณะเดียวกัน หลักการนี้ถูกพัฒนาขึ้นในกลุ่มประเทศที่ไม่ได้จัดทำประมวลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย ตัวอย่างที่สำคัญของความพยายามเอาหลักการในลักษณะนี้ไปใช้อธิบายถึงข้อจำกัดของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏขึ้นในประเทศอิสราเอลในคดี *EA 1/65 Yardor v Chairman of the Central Elections Committee for the Sixth Knesset* คดี 1 HCJ 4676/94 *Meatraell Ltd v. Knesset* คดี HCJ 142/89 *La'or Movement v. Speaker of the Knesset* และถูกกล่าวถึงอีกครั้งในคดี HCJ 10214/16 *MK Yousef Jabareen v. Knesset* กล่าวโดยย่อ ในคดีเหล่านี้ตุลาการศาลสูงของอิสราเอลยืนยันว่าแม้ในอิสราเอลจะยังไม่ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดขึ้น รัฐสภาของอิสราเอลก็ไม่ได้มีอำนาจที่ไร้ขีดจำกัดในลักษณะที่จะแก้ไขหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในบรรดากฎหมายพื้นฐานทั้งหลายอย่างใดก็ได้ กลับกัน ในอิสราเอลนั้นมีหลักการบางประการที่จัดว่าเป็นรากฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญ ซึ่งแม้กระทั่งรัฐสภาที่ไม่สามารถละเมิดหลักการดังกล่าวได้ ทั้งนี้แม้ระบบการเมืองของอิสราเอลจะยังไม่เปิดโอกาสให้มีการตีความหลักการนี้ในรายละเอียดและปรับใช้อย่างจริงจังกับการพิจารณาคดีต่าง ๆ แต่อย่างน้อยพอจะสรุปได้ว่าหลักการกลุ่มหนึ่งที่เป็นรากฐานของระบบรัฐธรรมนูญของอิสราเอลคือความเป็นรัฐประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และการเคารพในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴¹

³⁹ Venkatesh Nayak, *The basic structure of the Indian Constitution*, Retrieved February 21, 2024, from <https://constitutionnet.org/vl/item/basic-structure-indian-constitution>

⁴⁰ โปรดดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกีที่ 1977/4 ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1977

⁴¹ นอกจากในคำวินิจฉัยทั้ง 4 แล้ว โปรดดูการอธิบายเรื่องนี้ใน Suzie Navot and Yaniv Roznai, *From supra-constitutional principles to the misuse of constituent power in Israel*, *European Journal of Law Reform* 21 (3) (2019).

ผู้เขียนขอกล่าวซ้ำอีกครั้งว่า การดำรงอยู่ของข้อจำกัดโดยปริยาย และกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในอิสราเอลนั้น แสดงให้เห็นว่าแม้ในประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในการแก้ไขบรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ อำนาจของรัฐสภาก็มีอยู่อย่างจำกัดและมีแนวโน้มที่จะไม่สามารถถูกใช้ไปในทิศทางใดก็ได้ ผลที่ตามมานั้นคือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศเหล่านี้ย่อมเกิดขึ้นได้ยากกว่าบรรดากฎหมายทั่วไปอย่างเลี่ยงไม่ได้ แม้จะน่าเสียดายที่ผู้เขียนไม่สามารถค้นหากรณีตัวอย่างของการปรับใช้หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานในประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์ได้ อย่างไรก็ตาม กระแสความพยายามในการเรียกร้องให้มีการรับรองสถานะพิเศษของกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญของนิวซีแลนด์อย่างเป็นทางการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกรณีของ Bill of Rights Act แสดงให้เห็นว่าในประเทศดังเช่นนิวซีแลนด์ที่อำนาจสูงสุดได้รับการเคารพว่าเป็นของรัฐสภานั้น ก็มีความพยายามที่จะควบคุมและจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐสภาอยู่ตลอดเวลา แม้จะไม่ใช่เป็นทางการเท่ากรณีของอิสราเอล⁴²

แม้ว่าจะยังมีข้อถกเถียงหรือแย้งได้บ้าง แต่ผู้เขียนก็เชื่อว่าหลักการทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นน่าจะมีน้ำหนักที่เพียงพอที่จะทำให้ผู้อ่านได้ใคร่ครวญพิจารณาประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนต้องการจะสื่อในสองประการ ประการแรก ในความหมายอย่างกว้าง ทุกประเทศในโลกมีรัฐธรรมนูญเสมอ และประการที่สองรัฐธรรมนูญในทุกประเทศถูกแก้ไขได้โดยยากยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดา ไม่ว่าข้อจำกัดแห่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นจะเกิดมาจากหลักการทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ หรือมาจากกระบวนการทางการเมืองไปจนถึงการตีความหลักกฎหมายต่าง ๆ เพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐสภานั้นมีอำนาจจำกัดก็ตาม⁴³

3. คำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย และข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายดังกล่าว

ก่อนที่จะอธิบายถึงข้อสังเกตของผู้เขียนถึงความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยนั้น ผู้เขียนขอเสนอการอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายที่พบได้ในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยเสียก่อน ผู้เขียนขอกล่าวไว้ ณ ที่นี้ว่า ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องเวลาในการสืบค้นข้อจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลและจำนวนหน้าของบทความ ผู้เขียนไม่สามารถนำเสนอคำอธิบายจากเอกสารทุกฉบับได้ ดังนั้น ผู้เขียนขอเลือกเอาคำอธิบายบางประการที่เขียนไว้ในเอกสารหลักที่ผู้อ่านและผู้ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญในไทยน่าจะคุ้นเคยและน่าจะเคยใช้ประกอบการเรียนในรายวิชานี้มาไว้ ณ ที่นี้เพื่อเป็นฐาน

⁴² The Constitution Unit, *New Zealand needs a new written constitution*, Retrieved March 7, 2024, from <https://constitution-unit.com/2016/08/18/new-zealand-needs-a-new-written-constitution/>; Kate McMillan, *Court decisions on voting rights spur constitutional change in New Zealand*, Retrieved March 7, 2024, from <https://globalcit.eu/court-decisions-on-voting-rights-spur-constitutional-change-in-new-zealand/>

⁴³ หากผู้อ่านสนใจศึกษาฐานข้อมูลเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โปรดพิจารณาสืบค้นฐานข้อมูลที่จัดทำโดย Constitute Project ได้ที่ <https://www.constituteproject.org/topics>

ประกอบคำอธิบายต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนเชื่อว่าผู้อ่านที่ได้อ่านบทความนี้สามารถนำเอาข้อสังเกตที่ปรากฏอยู่ในบทความนี้ไปใช้เพื่อศึกษาคำอธิบายเกี่ยวกับการแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและแก้ไขยากในเอกสารอื่นที่ไม่ได้ถูกกล่าวถึงในบทความฉบับนี้ได้โดยไม่ยากนัก

3.1 คำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย

ในเอกสารของไทยที่ใช้ในการเรียนการสอนรายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญในชั้นปริญญาตรีนั้น ผู้อ่านจะพบคำอธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายเมื่อผู้เขียนแต่ละท่านนำเสนอความในการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญในงานเขียนของตน โดยคำอธิบายหลัก ๆ ที่น่าสนใจที่ผู้เขียนสามารถสืบค้นได้สามารถแบ่งได้เป็นสามกลุ่ม ได้แก่⁴⁴

1) กลุ่มที่อธิบายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและแก้ไขยากในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดามีสถานะเท่าเทียมกัน ประกอบด้วยคำอธิบายของ

ฐาณู ศิริฤทธิ์วัฒนา – “รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยากหมายถึงรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการและเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ แยกออกจากกระบวนการตราหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญ...รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่ายหมายถึงรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะเดียวกันกับการตรากฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่ายจึงส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรารัฐบัญญัติให้มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ซึ่งถือเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย”⁴⁵

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ – “โดยหลักแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่แก้ไขยาก แต่ก็มีข้อยกเว้น เช่นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในสาธารณรัฐที่ 3 และรัฐธรรมนูญของประเทศอิสราเอลปัจจุบัน เพราะเป็นเพียงกฎหมายธรรมดา เป็นพระราชบัญญัติ รัฐสภาจะแก้ไขเมื่อใดก็ได้ ซึ่งหมายความว่ารัฐธรรมนูญจารีตประเพณีจะต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายเสมอเพราะไม่ได้มีความเป็นกฎหมายสูงสุด”⁴⁶

ชาญชัย แสวงศักดิ์ – “รัฐธรรมนูญที่แข็งแกร่งต่าง คือรัฐธรรมนูญที่การแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยากกว่า โดยมีกระบวนการที่ยุ่งยากกว่า โดยต้องผ่านการพิจารณาขององค์กรหลายองค์กร และต้องผ่านการลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ...รัฐธรรมนูญที่อ่อนตัวคือรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยง่ายมากโดยรัฐบัญญัติธรรมดา โดยไม่ต้องมีวิธีการที่กำหนดไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด... รัฐธรรมนูญที่อ่อนตัวจึงขัดแย้งกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญถูกลดชั้นลงมาให้มีค่าระดับเดียวกันกับรัฐบัญญัติธรรมดา”⁴⁷

⁴⁴ ตัวหนาที่ปรากฏอยู่ในคำอธิบายต่อไปนี้เป็นการเน้นโดยผู้เขียน

⁴⁵ ฐาณู ศิริฤทธิ์วัฒนา, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2565), น. 143-144.

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม, น. 11.

⁴⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายมหาชน วิวฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2563), น. 76-77.

2) กลุ่มที่อธิบายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและแก้ไขยากในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายนั้นมีกระบวนการแก้ไขดังเช่นกฎหมายธรรมดา แต่ไม่ได้อธิบายว่าสถานะของรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดามีความเท่าเทียมกัน ผู้เขียนพบว่า ผู้ที่อธิบายในลักษณะนี้มีเพียงเกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ ที่อธิบายไว้ว่า

“รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยาก หมายถึง รัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่จะต้องกระทำโดยวิธีการที่พิเศษและยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ซึ่งส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะนิยมใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยากทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุด... รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่าย หมายถึงรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวิธีการอย่างง่ายนี้ส่วนใหญ่จะใช้กับประเทศที่มีกฎหมายจารีตประเพณี”⁴⁸

3) กลุ่มที่อธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและแก้ไขยาก โดยไม่อธิบายเทียบเคียงกับกฎหมายธรรมดา ทั้งนี้ ประกอบด้วยคำอธิบายของ

ณัฐกร วิทิตานนท์ – “การแบ่งแยกตามวิธีการแก้ไขโดยแบ่งออกเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก ฉะนั้น การแบ่งแยกเช่นนี้คำนึงถึงหลักเกณฑ์การแก้ไขเป็นสำคัญ”⁴⁹

วิชญ์ เครื่องงาม – “การแบ่งแยกตามวิธีการแก้ไข ตามเกณฑ์นี้ รัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น ก. รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย ข. รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก นักวิชาการกล่าวว่า การแบ่งแยกเช่นนี้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเป็นสำคัญ ซึ่งจะสัมพันธ์กับลักษณะของรัฐธรรมนูญที่ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดหรือไม่อีกด้วย”⁵⁰

ดังที่กล่าวไปตั้งแต่ต้นว่าผู้เขียนไม่ได้อยู่ในจุดที่จะรวบรวมคำอธิบายจากเอกสารทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ภายในประเทศได้โดยอาศัยบทความนี้เพียงบทความเดียว แต่ผู้เขียนเชื่อว่าคำอธิบายทั้งหลายที่ยกมานี้สะท้อนให้เห็นภาพรวมของการอธิบายถึงความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายภายใต้การรับรู้ของวงการนิติศึกษาในประเทศไทยแล้ว ทั้งนี้ ภายใต้คำอธิบายทั้งสามกลุ่มนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายถึงข้อสังเกตบางประการของตัวผู้เขียนเองเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยในหัวข้อถัดไป

3.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย

ภายใต้แนวคิดและทฤษฎีที่ยกมาตอนต้น ผู้เขียนเชื่อว่าเมื่อผู้อ่านได้มาพิจารณาถึงคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยอย่างน้อยก็โดยเฉพาะบรรดาชุดคำอธิบายที่ใช้เป็นหลักอยู่ในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้อ่านน่าจะเข้าใจได้ดีว่าเหตุใดผู้เขียนจึงกล่าวว่าบางคำอธิบายที่ยกมานี้มีความบางส่วนที่ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยเฉพาะคำอธิบายในกลุ่มแรกที่น่าเอาความแก้ไขยากและแก้ไขง่ายของรัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมือเปรียบเทียบสถานะของ

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2565), น. 229–230.

⁴⁹ ณัฐกร วิทิตานนท์, *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553).

⁵⁰ วิชญ์ เครื่องงาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), น. 25.

รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายให้เท่ากับกฎหมายธรรมดา ส่วนคำอธิบายในสองกลุ่มที่เหลือได้แก่คำอธิบายของเกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ ที่ชี้ให้เห็นว่าการเปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดานั้นจะต้องเป็นการเปรียบเทียบที่ “กระบวนการ” ของการแก้ไขเพิ่มเติม โดยไม่เปรียบเทียบสถานะระหว่างกฎหมายทั้งสองประเภท รวมถึงคำอธิบายของณัฐกร วิทิตานนท์ และวิชฌุ เครื่องงาม ซึ่งอธิบายการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและแก้ไขยาก โดยไม่อธิบายเชื่อมโยงกับกฎหมายธรรมดา ไม่มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาดังที่จะกล่าวต่อไป

1) การอธิบายกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเท่ากับกฎหมายธรรมดา – คำอธิบายในลักษณะนี้ดูจะไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎี โดยเฉพาะทฤษฎีที่ผู้เขียนนำเสนอไปตอนต้น ว่าการที่รัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ในการสถาปนาระบบการเมืองการปกครอง และจะกลายเป็นต้นสายของอำนาจในการตรากฎหมายได้นั้น รัฐธรรมนูญจะต้องมีที่ทางหรือมีสถานะพิเศษแยกออกมาต่างหากจากกฎหมายธรรมดา แม้แต่ในประเทศที่ไม่ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญในฐานะของกฎหมายสูงสุดขึ้น การแยกกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญออกมาจากบทกฎหมายธรรมดาก็ดำรงอยู่ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อสังเกตว่าการอธิบายความในลักษณะที่ลดระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายธรรมดาจึงอาจจะไม่ถูกต้องนัก ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาเช่นนี้อาจไม่เกิดขึ้นหรือดูจะไม่ได้มีสาระสำคัญหากพิจารณาจากมุมมองของผู้ที่ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะผู้ที่เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ แต่สำหรับผู้ที่ยังเริ่มศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะผู้ที่ยึดถือเอกสารหรือคำอธิบายบางฉบับเป็นเอกสารหลักแต่เพียงฉบับเดียวย่อมก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในระยะยาวได้ว่ากฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศที่รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขได้โดยง่ายนั้นมีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดา

2) การอธิบายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายว่าสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ดังเช่นกฎหมายธรรมดา – ในทัศนะของผู้เขียน คำอธิบายนี้ไม่ได้ผิดพลาด แต่อาจจะมีความไม่สมบูรณ์อยู่บ้าง กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่าการเทียบเคียงรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดาแล้วกล่าวว่ารัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ “ดังเช่น” กฎหมายธรรมดานั้นแสดงให้เห็นถึงการเปรียบเทียบการแก้ไขกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญกับกฎหมายปกติ ซึ่งอาจไม่ใช่การเทียบเคียงที่เหมาะสมนัก เพราะการใช้คำว่า “ดังเช่น” ในที่นี้ หากพิจารณาความหมายของคำจะพบว่าหมายความว่า “เหมือน” คือเป็นคำที่ใช้เพื่อนำเสนอความเหมือนระหว่างสิ่งหนึ่งกับสิ่งหนึ่ง⁵¹ ดังนั้นเมื่ออธิบายว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้โดยง่ายนั้น สามารถกระทำดังเช่นกฎหมายธรรมดา โดยที่มีได้อธิบายเพิ่มเติมว่าเป็นการเปรียบเทียบในเชิงกระบวนการที่เป็นทางการเท่านั้น ย่อมทำให้ปัญหาที่เกิดขึ้นในข้อ 1) มีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงขึ้นไปอีก เพราะย่อมทำให้ผู้อ่านเกิดความสับสนและเข้าใจไปได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายนั้นสามารถถูกแก้ไขได้ดังเช่นกฎหมายธรรมดานั้น ย่อมหมายความว่ารัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายมีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดานั่นเอง ทั้ง ๆ ที่โดยเนื้อแท้แล้ว รัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขได้ง่ายโดยอาศัยกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดาจะต้องถูกควบคุมโดยกระบวนการทางการเมืองอีกเป็นจำนวนมาก และอาจไม่ได้รับการยอมรับโดยประชาชนหรือองค์กรผู้ใช้กฎหมายอื่นดังที่ได้นำเสนอไว้แล้วในหัวข้อที่สอง

⁵¹ โปรดพิจารณาความหมายเพิ่มเติมจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

หากพิจารณาปัญหาที่กล่าวมานี้ ผู้อ่านจะพบว่าหนึ่งในทางออกที่น่าสนใจสำหรับปัญหาดังกล่าวคือการอธิบายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายโดยอาศัยวิธีการอธิบายในกลุ่มที่สาม คืออธิบายโดยไม่กล่าวอ้างหรือสร้างความเชื่อมโยงไปถึงกฎหมายธรรมดาเลย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการกล่าวอ้างและสร้างความเชื่อมโยงไปหากฎหมายธรรมดาคือสิ่งที่สามารถทำได้และควรจะทำ หากประสงค์ที่จะให้มีการอธิบายความถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ครบถ้วนสมบูรณ์ เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ามีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดในระดับรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไขได้โดยกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดาอยู่⁵² ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ใจความสำคัญหรือการให้คำอธิบายที่ถูกต้อง อาจต้องอธิบายว่า **รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย (ในกรณีที่ต้องมีการอ้างอิงหรือสร้างความเชื่อมโยงบางประการระหว่างรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดในระดับรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดานั้น) นั้นหมายถึงรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยกระบวนการเดียวกันกับกฎหมายธรรมดา**

การมุ่งเน้นให้อธิบายความแก้ไขง่ายของรัฐธรรมนูญเมื่อนำเอาไปเทียบกับกฎหมายธรรมดาโดยให้มุ่งพิจารณาเฉพาะกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เป้าหมายสำคัญคือเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความสับสนว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดในระดับรัฐธรรมนูญมีสถานะเท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดา ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ในส่วนที่สองของบทความนี้ว่า คุณลักษณะประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้นคือจะต้องเป็นกฎหมายที่แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ สำหรับกฎหมายสูงสุดที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนั้น ความเชื่อว่าย่อมปรากฏอยู่ในข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง ดังที่ได้นำเสนอไปแล้ว ส่วนในกลุ่มประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพียงฉบับเดียว แต่กฎหมายทางรัฐธรรมนูญกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ รวมถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ แล้ว ความยากของการแก้ไขมีแนวโน้มที่จะเป็นความยากอันเกิดจากบริบททางการเมืองและจารีตทางกฎหมายเสียมากกว่า

ในขณะเดียวกัน ความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศที่กฎหมายทางรัฐธรรมนูญกระจายตัวและการแก้ไขสามารถทำได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดานั้นอาจปรากฏในรูปของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย ซึ่งกรณีตัวอย่างของอิสราเอลนั้นแสดงให้เห็นเป็นอย่างดีว่าองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายให้การยอมรับถึงข้อจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ไม่มีกฎหมายใดระบุถึงข้อจำกัดแห่งอำนาจเช่นนั้นไว้โดยตรงเลยก็ตาม นอกจากนี้ ในกลุ่มประเทศดังเช่นอังกฤษ นิวซีแลนด์ หรืออิสราเอล ที่ยอมรับหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภานั้น อำนาจสูงสุดเช่นนี้ไม่ใช่อำนาจที่ไร้จำกัด อำนาจของรัฐสภาถูกจำกัดและควบคุม (Mandated) ได้โดยประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงซึ่งให้รัฐสภาใช้อำนาจในนามของตน ในกรณีที่รัฐสภาประสงค์จะแก้กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญให้ขัดแย้งกับความต้องการของประชาชน การแก้ไขกฎหมายของรัฐสภาก็มีแนวโน้มที่จะขัดแย้งกับหลักว่าด้วยการยอมรับ (Rule of Recognition) และไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชนรวมถึงองคาพยพทางกฎหมายอื่น เช่นนั้นแล้ว สิ่งของรัฐสภาตราขึ้นย่อมไม่สามารถมีสภาพบังคับในระดับรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น แม้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศเหล่านี้จะเป็นกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดา แต่การทำให้กฎหมาย

⁵² ดูคำอธิบายเรื่องนี้ในหัวข้อที่สองของบทความนี้

ที่ถูกแก้ไขได้รับการยอมรับในระดับรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ยากยิ่งกว่าและดูจะมีลักษณะเป็นกระบวนการที่ต้องทำเพิ่มเติมมากไปกว่าการแก้ไขกฎหมายโดยธรรมดาทั่วไปเพื่อให้กฎหมายที่แก้ไขหรือตราขึ้นใหม่ได้รับการยอมรับในระดับรัฐธรรมนูญ นั่นทำให้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นมีสถานะพิเศษยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดา

3) ความเป็นไปได้ในการพัฒนาคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายให้สมบูรณ์ ก่อนที่จะอธิบายถึงความเป็นไปได้ดังกล่าว ผู้เขียนขอย้ำอีกครั้งว่าการแบ่งแยกรัฐธรรมนูญออกเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากยังมีความสำคัญอยู่ และเป็นข้อเท็จจริงที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบจารีตประเพณี รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขได้โดย “อาศัย” กระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดาจริง สิ่งนี้เป็นข้อค้นพบที่สามารถเจอได้โดยทั่วไปเมื่อผู้อ่านประสงค์จะทำการศึกษารัฐธรรมนูญในแง่ของการเปรียบเทียบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ประเด็นที่ผู้เขียนอยากจะนำเสนอไว้ในบทความนี้จึงไม่ใช่การกำจัดคำอธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายออกไปจากเอกสารทางวิชาการ แต่เป็นข้อเสนอที่จะชี้ให้เห็นว่าการทำให้คำอธิบายในลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อผู้อ่านในลักษณะที่ว่ารัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายนั้นมีสถานะดังเช่นกฎหมายธรรมดานั้นสามารถกระทำลงได้ในลักษณะใด

ดังที่กล่าวไปแล้วในข้อก่อนหน้าว่าคำอธิบายที่ปรากฏอยู่ในเอกสารต่าง ๆ ของประเทศไทย อย่างน้อยก็เท่าที่ได้ยกตัวอย่างมานั้นไม่ได้บกพร่องไปเสียทั้งหมด เพียงแต่อาจจะยังไม่สมบูรณ์⁵³ และในบางครั้ง อาจทำให้ผู้อ่านโดยเฉพาะผู้ที่เพิ่งเริ่มศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานะของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามิที่ทางให้พอจะปรับปรุงได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าหากจะปรับปรุงและปรับแก้การอธิบายความแตกต่างระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองรูปแบบแล้ว แนวทางที่พอจะปรับปรุงได้มีดังนี้

ประการแรก ต้องมีการยืนยันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำลงได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ ทั้งนี้ อาจพิจารณาใช้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงหลักการบางประการเช่น หลักว่าด้วยการยอมรับมาประกอบคำอธิบายดังกล่าว และหากเป็นไปได้ การอธิบายให้เห็นว่าในกลุ่มประเทศที่ไม่มีการประมวลเอากฎหมายทางรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายฉบับเดียวนั้น รัฐธรรมนูญก็ได้รับสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นกัน เพียงแต่ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ว่านี้เป็นเรื่องของจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติทางการเมือง ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในกลุ่มประเทศที่ไม่ได้มีการประมวลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายฉบับเดียว หรือกลุ่มประเทศที่รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดานี้ก็ดูจะเป็นประเด็นสำคัญที่ควรได้รับการพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากงานชิ้นนี้⁵⁴

⁵³ ขอกล่าวย้ำอีกครั้งว่าเป็นทัศนะส่วนตัวของผู้เขียน และหากจะมีผู้ใดโต้แย้งทัศนะนี้ ย่อมถือว่าบทความนี้ทำหน้าที่ของมันได้โดยสมบูรณ์แล้ว

⁵⁴ หนึ่งในงานที่อธิบายประเด็นนี้ได้ที่น่าสนใจคืองานของ Graziella Romeo โปรดดู Graziella Romeo, The conceptualization of constitutional supremacy: Global discourse and legal tradition, *German Law Journal* 21 (2020).

ประการที่สอง ปรับแก้คำอธิบายใหม่ โดยเฉพาะการอธิบายว่ารัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายนั้นสามารถแก้ไขได้ “ดังเช่น”⁵⁵ กฎหมายธรรมดา เป็น “รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายนั้นสามารถแก้ไขได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดา” ผู้เขียนเห็นว่าการเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดาในแง่นี้ควรเน้นเทียบที่กระบวนการ มากกว่าการใช้คำในลักษณะที่อาจสื่อให้เห็นถึงการลดคุณค่าของกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญให้เทียบเท่ากับกฎหมายธรรมดา คำอธิบายของเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เป็นไปในลักษณะที่สอดคล้องกับข้อเสนออยู่แล้ว คือเน้นไปที่การเปรียบเทียบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การแก้ไขปัญหาโดยไม่ต้องมีการกล่าวเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดาดังที่ฉัตรกร วิจิตานนท์ และวิชฌุ เครืองาม ได้นำเสนอไว้ก็จะเป็นอีกทางหนึ่งที่สามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้เขียนหรือผู้อธิบายท่านใดเห็นความจำเป็นที่จะต้องอ้างอิงหรือสร้างความเชื่อมโยงระหว่างกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับกระบวนการตราหรือแก้ไขกฎหมายธรรมดา สิ่งที่ต้องย้ำเตือนตนเองไว้ตลอดคือการอธิบายเปรียบเทียบบนฐานของกระบวนการ และพึงระวังไม่ลดสถานะของรัฐธรรมนูญให้เท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดา

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าลำพังการปรับแก้คำอธิบายตามที่เสนอในข้อเสนอประการที่สองนี้ไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้อ่านเข้าใจบริบทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบที่ครบถ้วน ดังนั้น การอธิบายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายโดยอ้างอิงไปถึงกฎหมายธรรมดา จะต้องกระทำในลักษณะที่ยืนยันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือบรรดากฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญ รวมถึงความเป็นกฎเกณฑ์ที่แก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอตามที่ปรากฏในข้อเสนอข้อแรก และการมุ่งอธิบายความเหมือนในเชิงกระบวนการตามข้อเสนอข้อที่สองไปพร้อม ๆ กัน

ประการที่สาม การเทียบเคียงความแก้ไขยากหรือง่ายของรัฐธรรมนูญ ต้องพิจารณาดำเนินการเทียบเคียงระหว่างรัฐธรรมนูญกับรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญด้วยกันเท่านั้น⁵⁶ การอธิบายถึงกฎหมายธรรมดาเมื่อผู้เขียนท่านใดต้องการอธิบายถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำลงได้ง่ายกว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญอื่นจะต้องเป็นเพียงการชี้ให้เห็นถึงความเหมือนเชิงกระบวนการ ในฐานะเครื่องมือที่จะนำไปใช้ในการเปรียบเทียบความยากง่ายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อไป โดยไม่ลดสถานะของรัฐธรรมนูญให้เทียบเท่ากับกฎหมายธรรมดา

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอกล่าวย้ำอีกครั้งว่า การสร้างความเชื่อมโยงระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดาในแง่ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องดำรงอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเพียงแต่เสนอแนวทางปรับปรุงเพื่อให้เห็นว่าความเชื่อมโยงเช่นนั้นเป็นความเชื่อมโยงในแง่ของความเหมือนในเชิงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากใช้เป็น การเปรียบเทียบสถานะระหว่างกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดา ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดได้เกี่ยวกับสถานะของรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญได้

⁵⁵ ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้อธิบายจะใช้ถ้อยคำใดก็แล้วแต่ แต่หากสื่อความหมายไปในทิศทางเดียวกับคำวดังเช่นก็ควรต้องปรับปรุง

⁵⁶ เช่น เปรียบเทียบระหว่างประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด หรือเปรียบเทียบระหว่างรัฐธรรมนูญของประเทศหนึ่งกับกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญซึ่งถูกประมวลไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว ดังเช่น การเทียบระหว่างกรณีของไทยกับนิวซีแลนด์ ไทยกับอังกฤษ เป็นต้น

5. บทสรุป

ในฐานะของกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งระบบการเมืองและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของกฎหมายฉบับหนึ่งที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญหรืออยู่ในฐานะของกลุ่มกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญ ถือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีสถานะพิเศษกว่าบรรดาบทกฎหมายธรรมดาทั่วไป คุณลักษณะพื้นฐานเช่นนี้ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะภายใต้ระบบกฎหมายหรือระบบการเมืองแบบใดกระทำลงได้ยากเสมอ

หากพิจารณาคูณลักษณะเช่นนี้กับคำอธิบายที่ปรากฏอยู่ในเอกสารหลักทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งบทความนี้ได้นำเสนอโดยแบ่งออกเป็นสามกลุ่ม เราสามารถพบความไม่สอดคล้องกันระหว่างคำอธิบายที่ใช้อยู่ในประเทศไทยกับคุณลักษณะของรัฐธรรมนูญได้ไม่ยากจากคำอธิบายในกลุ่มแรกที่เสนอคำอธิบายว่า รัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขได้ง่ายนั้นคือการแก้ไขได้ดังเช่นกฎหมายธรรมดาที่ทำให้สถานะของรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญมีความเท่าเทียมกับกฎหมายธรรมดา ผลที่ตามมาจากชุดคำอธิบายดังกล่าว นอกจากอาจจะทำให้ผู้อ่านเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานะของรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว คำอธิบายดังกล่าวยังอาจมีแนวโน้มที่ขัดแย้งต่อคำอธิบายในทางวิชาการเกี่ยวกับสถานะของรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่มีสถานะพิเศษกว่ากฎหมายธรรมดา และแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ ซึ่งในกรณีของกลุ่มประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่ถูกประมวลเป็นกฎหมายฉบับเดียว ความยากในการแก้ไขนั้น ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ส่วนในประเทศที่ไม่ปรากฏรัฐธรรมนูญในรูปแบบประมวล หรือมีแต่ให้อำนาจอธิปไตยแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย โดยอาจใช้กระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดานั้น ความยาก ปรากฏอยู่ในแง่ของหลักการทั่วไปทางกฎหมาย จารีตประเพณี และวิถีปฏิบัติทางการเมือง ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว ในหัวข้อที่สองของบทความนี้

ปัญหาสำคัญที่ผู้เขียนเห็นว่าควรได้รับการแก้ไข คือการทำคำอธิบายเพื่อเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดาโดยไม่แสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้ว ความเชื่อมโยงระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดานั้นเป็นเพียงความเชื่อมโยงในส่วนของ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น และไม่มีการยืนยันสถานะพิเศษของรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งไม่มีการชี้ให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญนั้นย่อมต้องถูกแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในการให้คำอธิบายเกี่ยวกับความง่ายและความยากของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้อธิบายไม่ควรใช้ถ้อยคำหรือเขียนความไปในลักษณะที่ลดทอนคุณค่าของรัฐธรรมนูญให้เท่ากับกฎหมายธรรมดา ในขณะเดียวกัน การอธิบายเชื่อมโยงรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายเข้ากับกฎหมายธรรมดาควรอธิบายให้ชัดเจน (ตัวอย่างที่ดีในที่นี้คือคำอธิบายของเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์) ว่าจุดที่มีความเชื่อมโยงกันอยู่ที่ “กระบวนการ” ที่ใช้ซึ่งอาจเป็นกระบวนการเดียวกันเท่านั้น และความเหมือนเชิงกระบวนการนี้ไม่ทำให้สถานะของกฎหมายทั้งสองมีความเท่าเทียมกันแต่ประการใด ทั้งนี้ ผู้ที่จะเขียนอธิบายเรื่องนี้ต้องอย่าเตือนตัวเองไว้เสมอว่าการเทียบเคียงความยากหรือง่ายในประเด็นนี้ เกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญนี้ ต้องเป็นการเทียบเคียงกฎเกณฑ์ในระดับเดียวกัน คือเทียบเคียงระหว่างรัฐธรรมนูญหรือกฎเกณฑ์ในระดับรัฐธรรมนูญต่อกันและกันเท่านั้น

ข้อสังเกตทั้งหลายเหล่านี้ของผู้เขียนกระทำลงโดยหวังว่าจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวแก่ชุดคำอธิบายเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้มีความเคลื่อนไหวหรือถูกท้าทายมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอของผู้เขียนจะวิพากษ์บทความฉบับนี้ซึ่งจะกลายเป็นกระบวนการหนึ่งที่ช่วยปรับปรุงคำอธิบายเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญให้พัฒนาขึ้นไป

บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2565). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2563). *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย*. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ฐาตุร ศิริฤทธิ์วัฒนา. (2565). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย*. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ณัฐกร วิทิตานนท์. (2553). *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2553). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2564). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : อานกฎหมาย.
- วิชญ์ เครื่องงาม. (2523). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ.
- Ackerman, Bruce. (2007). The living constitution. *Harvard Law Review* 120 (7), 1737–1812.
- Albert, Richard. (2019). *Constitutional amendments: Making, breaking, and changing constitutions*. 1st ed.. Oxford : Oxford University Press.
- Colón-Ríos, Joel. (2020). *Constituent power and the law*. Oxford : Oxford University Press.
- Colón-Ríos, Joel. (2024). *Democratic constitution-making*. Retrieved March 7, 2024, from <https://www.facebook.com/MFUSchoolofLaw/videos/1730846077401941/>
- Craig, Paul. (2022). Written and unwritten constitutions: The modality of change. In *Pragmatism, Principle, and Power in Common Law Constitutional Systems*, pp. 263-288. Retrieved March 7, 2024, from <https://doi.org/10.1017/9781839702709.014>
- Faculty of Law, Victoria University of Wellington. (2023). *Law 213: Public Law*. Wellington : Faculty of Law, Victoria University of Wellington.
- Finer, Samuel E.. (1979). *Five constitutions*. Sussex : Harvester Press.

- Galligan, Denis J. and Versteeg, Mila. (2013). Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In Denis J. Galligan and Mila Versteeg (Eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, pp.3-48. Cambridge : Cambridge University Press.
- Gardbaum, Stephen. (2012). The place of constitutional law in the legal system. In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (1st ed.), pp.169-186. Oxford : Oxford University Press.
- Grimm, Dieter. (2012). Types of constitutions. In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (1st ed.), pp.98-132. Oxford : Oxford University Press.
- Kelsen, Hans. (2014). *Pure theory of law*. Translated by Max Knight. United States : The Lawbook Exchange, Ltd.
- Law, David S. and Whalen, Ryan. (2020). Constitutional amendment versus constitutional replacement: An empirical comparison. In Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (Eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (1st ed.), pp. 74-100. United Kingdom : Routledge.
- Loughlin, Martin. (2017). On constituent power. In Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (Eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism*, pp.151-175. United Kingdom : Cambridge University Press.
- McMillan, Kate. *Court decisions on voting rights spur constitutional change in New Zealand*. Retrieved December 21, 2022, from <https://globalcit.eu/court-decisions-on-voting-rights-spur-constitutional-change-in-new-zealand/>
- Navot, Suzie and Roznai, Yaniv. (2019). From supra-constitutional principles to the misuse of constituent power in Israel. *European Journal of Law Reform*, 21 (3), [i]-424.
- Nayak, Venkatesh. *The basic structure of the Indian Constitution*. Retrieved February 21, 2024, from <https://constitutionnet.org/vl/item/basic-structure-indian-constitution>
- Palmer, Matthew S. R.. (2006). Using constitutional realism to identify the complete constitution: Lessons from an unwritten constitution. *The American Journal of Comparative Law*. LIV (3), 587–636.
- Romeo, Graziella. (2020). The conceptualization of constitutional supremacy: Global discourse and legal tradition. *German Law Journal*, 21(5), 904-923.

- Rousseau, Jean-Jacques. (1988). *The social contract*. Translated by G. D. H. Cole. New York : Prometheus Books.
- Roznai, Yaniv. (2017). *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*. 1st ed.. Oxford : Oxford University Press.
- Schmitt, Carl. (2008). *Constitutional theory*. Translated by Jeffrey Seitzer. United States : Duke University Press.
- Sieyes, Emmanuel Joseph. *What is the Third Estate?*. Retrieved March 9, 2024, from <https://pages.uoregon.edu/dluebke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>
- The Constitution Unit. (2016). *New Zealand needs a new written constitution*. Retrieved March 7, 2024, from <https://constitution-unit.com/2016/08/18/new-zealand-needs-a-new-written-constitution>
- Tushnet, Mark. (2012). Constitution. In Michel Rosenfeld and András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (1st ed.). Oxford : Oxford University Press.
- University of Virginia Press. (1789). *Founders Online: To James Madison from Thomas Jefferson*. Retrieved December 26, 2023, from <http://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248>
- Walters, Mark D.. (2016). The unwritten constitution as a legal concept. In David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (Eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, pp.33-52. Oxford : Oxford University Press.
- Young, Ernest A.. (2007). The constitution outside the constitution. *The Yale Law Journal*, 117 (3), 408-473.

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 สามารถจะเลือกหยิบยืมมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาก็ได้ อย่างไรก็ตาม กระบวนการการรับเข้านั้น เป็นเรื่องที่ซับซ้อนอันมีอุปสรรคและข้อจำกัดไม่น้อย อาทิ การต้องเข้าใจข้อมูลความรู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อความคิด หรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวอย่างอย่างถ่องแท้ การปะทะระหว่างวัตถุประสงค์ที่รับเข้ามากับบริบท วัฒนธรรมทางกฎหมายของรัฐปลายทาง ตลอดจนความเสี่ยงที่จะเกิดผลข้างเคียงไม่พึงประสงค์ทำให้กฎหมาย รัฐธรรมนูญที่รับเข้ากลายเป็นอุปสรรคไป ด้วยเหตุนี้ บรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจึงต้องคอยระมัดระวังและต้องพยายาม เตรียมการให้ดีที่สุดสำหรับการหาสมดุลที่เหมาะสมระหว่างบริบทกฎหมายดั้งเดิมกับบรรทัดฐานหรือ สถาบันทางกฎหมายใหม่ที่รับเข้ามา

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 ของดุชฎินิพนธ์หัวข้อ Same Same But Different: Grundgesetzimport und Verfassungsmutation in Thailand ซึ่งผู้เขียนเสนอต่อมหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ Nomos ในชุด Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft - Neue Folge ปี 2022 อนึ่ง เอกสารอ้างอิงที่ปรากฏในบทความนี้เป็นเพียง ส่วนหนึ่งของการค้นคว้าที่ปรากฏในดุชฎินิพนธ์เท่านั้น 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.

“บทสนทนาหูทวนลม” (Dialogue of the Deaf)⁴ นี้ถูกพัฒนาต่อจนพบกันได้ทั้งที่ทางสายกลางว่าการรับเข้ากฎหมายนั้นเกิดขึ้นจริง โดยสามารถพิสูจน์เชิงประจักษ์ได้ แต่ก็ทำให้เป็นเรื่องปกกล้วยอย่างแค่การทำสำเนาตัวบท เพราะปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่ากฎหมายมีบริบทและวัฒนธรรมประกอบอยู่อันจกต้องคำนึงถึงด้วยเสมอ เช่นนี้ การรับเข้ากฎหมายจึงกลายเป็นปรากฏการณ์ทางปฏิบัติที่ได้รับความสนใจทางวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาปัญหาสำคัญที่ว่า เหตุใดจึงมีการหยิบยืมหรือรับเข้ากฎหมาย มีใครเป็นตัวกระทำการ และอาจเกิดขึ้นได้ในรูปแบบลักษณะเช่นใดได้บ้าง โดยมีปัจจัย อุปสรรค หรือข้อพิจารณาใดบ้างที่ต้องคำนึงหากจะมีการดำเนินการเช่นว่า ต่อคำถามเหล่านี้ ในหัวข้อต่าง ๆ ของบทความจะได้นำเสนอแต่ละเรื่องเป็นลำดับโดยมุ่งเน้นที่ปรากฏการณ์ในส่วนของการกฎหมายรัฐธรรมนูญ

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

อนึ่ง แม้ในทางวิชาการจะมีการใช้อุปมาอุปไมย (Metaphor) สำหรับปรากฏการณ์การรับเข้ากฎหมายแตกต่างหลากหลายออกไป อาทิเช่น การปลูกถ่ายกฎหมาย (Legal Transplant) การหยิบยืมกฎหมาย (Legal Borrowing) การโอนย้ายกฎหมาย (Legal Transfer) อย่างไรก็ตามบทความนี้จะไม่ลงไปพิจารณาประเด็นโต้แย้งเบื้องหลังการเลือกใช้คำเหล่านั้น⁶ แต่จะถือว่าคำทั้งหลายนั้นเป็นคำพ้องความหมายของกันและกันโดยเลือกใช้คำไทยว่า “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 จนกลายเป็นตัวอย่างมาตรฐานที่นานาชาติดียึดถือหรือกำหนดเป็นแนวทางร่วมกัน 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 กรณีที่ผู้มิบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญไปค้นคว้าหรือเลือกเอาตัวอย่างจากต่างประเทศมาเองไม่ว่าจะโดยอาศัยพื้นความรู้ทางภาษาที่ช่วยให้สามารถเข้าถึงข้อมูลได้ หรือบ่อยครั้ง พวกเขาเหล่านั้นก็มีความรู้ทางกฎหมายของประเทศต้นทางประกอบอยู่ด้วย เพราะเคยมีประสบการณ์หรือโอกาสศึกษาต่อทางนิติศาสตร์ระดับสูงในประเทศนั้น ๆ มาก่อน²⁴

4. เส้นทางการรับเข้า

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

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 ยังปรากฏกรณีที่ต้องครวญฉันทรัฐธรรมนูญในนานาประเทศใช้คำวินิจฉัย 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 โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากโครงการดังกล่าวขึ้นอยู่กับความมุ่งหวังที่จะทำซ้ำความสำเร็จเดิมในรัฐต้นทาง เช่นนี้้องค์ความรู้ที่ครบถ้วนและสมบูรณ์ที่สุดเกี่ยวกับหลักการและทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวของกฎหมายรัฐธรรมนูญประเทศแบบฉบับย่อมเป็นยิ่งกว่าสิ่งพึงปรารถนา ขณะเดียวกัน “บริบทแวดล้อมทางวัฒนธรรมกฎหมาย” ของทั้งรัฐต้นทางและปลายทางก็เป็นอีกเรื่องที่ต้องใคร่ครวญอย่างจริงจัง เช่นนี้ การตอบคำถามสำคัญแรกเริ่มให้ได้อย่างชัดเจนว่าการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นมีขึ้นเพื่อที่จะเสริมหรือจะแทนที่สภาพวัฒนธรรมทางกฎหมายเดิมอันดำรงอยู่ก่อน ก็จะเป็นตัวกำหนดแนวทางการดำเนินการทั้งหมดต่อไป

เมื่อเริ่มต้นจะพิจารณาว่าจะรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจากแม่แบบแห่งใดแห่งหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นจากรัฐชาติใดรัฐชาติหนึ่งเฉพาะเจาะจงหรือจากแนวปฏิบัติที่เป็นเลิศในตลาดสากล ก็จำเป็นที่จะต้องทำการสังสมศึกษา และวิเคราะห์ข้อมูลความรู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อความคิดหรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวอย่งนั้นเสียก่อน อย่างไรก็ตาม การค้นคว้าทั้งหลายล้วนต้องเผชิญกับกำแพงสำคัญอย่าง “ภาษา” และ “เวลา” ทั้งในแง่ของการเรียนรู้หลักกฎหมายโดยตรงและการซึมซับบริบทโพ้นกฎหมายทั้งหลายที่ส่งอิทธิพลต่อการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างประวัติศาสตร์ 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 การเรียนรู้เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่ว่าจะสำเร็จเสร็จลงโดยเด็ดขาดทันทีที่มีการประกาศใช้บทบัญญัติซึ่งหยิบยืมจากต่างประเทศแล้ว 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

หากเป็นการรับเข้ามาเพื่อเสริมความแข็งแกร่งหรือพัฒนาระบบกฎหมายเดิมที่มีพื้นฐานติดอยู่แล้ว เช่นนี้ก็ต้องพยายาม “ปรับแต่ง” (Tuning) กฎหมายใหม่ที่รับเข้ามาให้ประสานกับโครงสร้างระบบกฎหมายเดิมได้อย่างไม่สูญเสียสาระสำคัญวัตถุประสงค์หรือความสามารถนำไปใช้ประโยชน์ที่ต้องการได้รับอันเป็นเหตุผลของการหยิบยืมตั้งแต่แรก เปรียบดังที่ เอชิน เออร์อูจือ ได้อุปมาไว้ให้เห็นภาพว่าเป็นฉากเช่นการปรับแต่งคีย์ของเพลงให้เหมาะกับเครื่องดนตรีหรือระดับเสียงของนักร้อง โดยยังคงรักษากันไดเสียงให้เหมือนหรือใกล้เคียงกับต้นฉบับที่สุดเอาไว้³⁴

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 ทั้งยังแวดล้อมด้วยปัจจัยและตัวละครหลากหลาย 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 เช่นเดียวกับทฤษฎีอภิปรัชญาของฟรังเคนแบร์คก็กล่าวถึงความเป็นไปได้ของการเกิดปฏิกิริยาภูมิคุ้มกันเอาไว้ โดยเฉพาะเมื่อมีการรับเข้าแบบที่ไม่เตรียมพร้อมมองค้ำความรู้อะไรหรือเตรียมวิธีนำไปปรับใช้อย่างเพียงพอ 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 และการตัดสินใจภายใต้ปัจจัยด้านผลประโยชน์ที่ถูกกำหนดจากภายนอกรัฐ

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.
- Fedtko, 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.

คำแนะนำผู้แต่ง

การเตรียมต้นฉบับบทความ

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการบทความวิจัยและอื่น ๆ โดยให้ผู้แต่งศึกษาวิธีการจัดส่งบทความในเว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> และเตรียมต้นฉบับบทความดังนี้

1. บทความวิจัยหรือบทความวิชาการ ไม่ต่ำกว่า 15 หน้า แต่ไม่เกิน 20 หน้า (ตั้งแต่วันที่ 22 สิงหาคม 2565 เป็นต้นไป)
 2. จัดพิมพ์ลงในกระดาษ A4 ระยะห่างจากขอบกระดาษทั้งด้านบน ด้านล่าง ด้านซ้ายและด้านขวา 2.54 เซนติเมตร หรือ 1 นิ้ว ใช้แบบอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 Point ดังที่ปรากฏตัวอย่างใน Template
 3. องค์ประกอบหลักของบทความมีดังนี้
 - 1) ชื่อเรื่อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 2) ชื่อ-นามสกุล ตำแหน่งในงาน ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานที่สังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 3) บทคัดย่อไม่เกิน 250 คำ และคำสำคัญไม่เกิน 3 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 4) เนื้อหาบทความ
 - 5) เชิงอรรถและบรรณานุกรม รวมถึงบรรณานุกรมภาษาไทยที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ
 4. บทความวิจัยมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐาน ขอบเขตการวิจัย ระเบียบวิธีการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ผลการวิจัย สรุปผลและข้อเสนอแนะ กิตติกรรมประกาศ (หากมี)
 5. บทความวิชาการมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อบทนำ เนื้อหา สรุปผลและข้อเสนอแนะโดยผู้แต่งสามารถกำหนดชื่อหัวข้อและจำนวนหัวข้อได้ตามความเหมาะสม
 6. หากมีการใช้ตารางหรือรูปภาพ นอกจากใช้ขนาดตัวอักษร 14 Point แล้ว ให้มีการอ้างอิงแหล่งที่มาตามรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถด้วย
 7. ให้ใช้รูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถและบรรณานุกรมตามที่กำหนด
 8. เอกสารที่ถูกอ้างอิงในเชิงอรรถทุกรายการจะต้องนำมาเขียนในบรรณานุกรมด้วย
- ทั้งนี้ กองบรรณาธิการมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับพิจารณาบทความในกรณีที่บทความดังกล่าวไม่ได้จัดเตรียมต้นฉบับบทความตามหลักเกณฑ์ที่กองบรรณาธิการกำหนด

ขั้นตอนการส่งต้นฉบับ

1. ผู้แต่งจัดส่งบทความ (Submission) ผ่านระบบวารสารออนไลน์ของวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ที่เว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> เท่านั้น
2. หากผู้แต่งมีข้อสงสัยเพิ่มเติม สามารถสอบถามได้ที่คุณอัจฉรา เมฆฉาย โทร. 0-7428-2525 ในวันและเวลาราชการ หรืออีเมล atchara.me@psu.ac.th

ลิขสิทธิ์ในบทความและสิทธิในการเผยแพร่หรือทำซ้ำ

ลิขสิทธิ์ในบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่เป็นของวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ มีสิทธิในการเผยแพร่ ทำซ้ำ หรือรวบรวมบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่แล้ว ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนในบทความ กองบรรณาธิการวารสารไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย ทั้งนี้ กองบรรณาธิการวารสารไม่สงวนสิทธิในการคัดลอก แต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

รูปแบบการอ้างอิงและบรรณานุกรม

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ใช้รูปแบบการอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษและบรรณานุกรม ดังต่อไปนี้

1. การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษ (footnote)

การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12 Point โดยให้พิมพ์ไว้ส่วนล่างของแต่ละหน้าที่อ้างอิงตามระบบการแทรกเชิงอรรถในโปรแกรม Microsoft Word และห่างจากขอบซ้ายของกระดาษ 1.25 เซนติเมตร ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษ ดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง), ครั้งที่พิมพ์, (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. อรรถ ธรรมโน, <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> , พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2548), น. 45. Arthur Cecil Pigou, <i>The economics of welfare</i> , 4 th ed., (London : Macmillan, 1952), p. 65. Adrian F. Muller and Thomas Sterner, <i>Environmental taxation in practice</i> , (England : Ashgate, 2006), p. 56-57.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (เดือนปีที่พิมพ์), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับประเทศไทย, <i>วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี</i> , 5 (2) (2560), น. 63. Gilbert E. Metcalf and David Weisbach, The design of a carbon tax, <i>Harvard Environmental Law Review</i> , 33 (58) (2009), pp. 33-43.
3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. สุเมธ ศิริคุณโชติ, การคลังยุคทุนนิยม, ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ), <i>อาจารย์บุชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i> , (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 259. Janet E. Milne and Mikael Skou Andersen, Introduction to environmental taxation concepts and research, In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i> , (Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2012), pp. 15-32.
4. หนังสือพิมพ์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อหนังสือพิมพ์ (ตัวเอียง) (วันเดือนปีที่พิมพ์), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก, <i>กรุงเทพธุรกิจ</i> (3 พฤษภาคม 2561), น. 9. Saadia Gardezi, Voting patterns in Punjab, <i>The Nation-Lahore</i> (2018, June 16), p. 6.

ประเภท	รูปแบบ
5. วิทยานิพนธ์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อวิทยานิพนธ์, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 89. Thinnavut Phoombanchoed, Tax policy for financing education expenses, (Master's thesis, Thammasat University, 2013), p. 40.
6. รายงานการวิจัย	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตราภาษี (รายงานผลการวิจัย), (สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2560), น. 55-56. Sarayut Wutthayaphon and Avirut Charnchai Kittikon, <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report), Bangkok : Central Tax Court, 2010), p. 35.
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ), ชื่อการประชุม (ตัวเอียง), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า. จิตตภา สารพัฒน์ก ไชยปัญญา, การอธิบายเรื่อง "สมาส" ในตำราไวยากรณ์ไทย, ใน สุชาติ พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ), <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i>, (ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2559), น. 160. Nguyen Thai-Nghe, Tomas Horvath and Lars Schmidt-Thieme, Factorization Models for Forecasting Student Performance, In Mykola Pechenizkiy (Ed.), <i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i>, (Eindhoven : Eindhoven University of Technology, 2011), p. 11.
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ (ตัวเอียง), สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL เอนก เหล่าธรรมทัศน์, <i>พรรคการเมืองกับความรู้สึกสามัคคี</i>, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/ CNN Wire Staff, <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i>, Retrieved May 3, 2011, from http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (ปีที่พิมพ์), เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL อริศรา เหล็กคำ, กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเงื่อนไขในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง, <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1) (2560), น. 7-38, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160 Justin T. Buckingham, Lavonia Smith LeBeau, and William M. P. Klein., The performance versus ability distinction following social comparison feedback, <i>Current Research in Social Psychology: An electronic journal</i>, 63 (4) (2011), Retrieved June 23, 2011, from http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html
10. วิทยานิพนธ์จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์, เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL วีระพงศ์ วงศ์แสนศรี, วิเคราะห์โทษปรับความผิดโทษในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556, น. 29, สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก http://tdc.thailis.or.th/tdc/ Daniel C. Oshi, Rural women and the financing of health care in Nigeria (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies, 2009, p. 78, Retrieved September 17, 2015, from http://libopac.ait.ac.th/

ประเภท	รูปแบบ
11. กฎหมาย	ชื่อกฎหมาย ปี พ.ศ. ที่ประกาศใช้, เลขมาตรา/เลขข้อ
	พระราชบัญญัติจัดสรรรายได้ประเภทภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่อำนาจการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2534, มาตรา 27 Human Rights Act 1998, Section 10
12. การอ้างอิงเอกสารซ้ำและไม่เือกสารอื่นมาก่อน	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดียวกัน, เลขหน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Ibid, p. 65.
13. การอ้างอิงเอกสารซ้ำแต่เือกสารอื่นมาก่อน	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดิม, หน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Op. cit., p. 65.

2. บรรณานุกรม

การอ้างอิงบรรณานุกรมให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 Point ตามที่กำหนดใน Template โดยเรียงลำดับตามตัวอักษรเริ่มต้นจากภาษาไทยและภาษาอังกฤษในลำดับถัดมา ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงบรรณานุกรมดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง). ครั้งที่พิมพ์. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์. อริญ ธรรมโน. (2548). <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> . พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน). Pigou, Arthur Cecil. (1952). <i>The economics of welfare</i> . 4 th ed.. London : Macmillan. Muller, Adrian F., and Sterner, Thomas. (2006). <i>Environmental taxation in practice</i> . Aldershot, England : Ashgate.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่), เลขหน้าที่. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา สำหรับประเทศไทย. <i>วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์</i> , 5 (2), 63-88. Metcalf, Gilbert E., and Weisbach, David. (2009). The design of a carbon tax. <i>Harvard Environmental Law Review</i> , 33 (58), 33-43.
3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), เลขหน้า. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์. สุเมธ ศิริคุณโชติ. (2561). การคลังยุคทุนนิยม. ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ). <i>อาจารย์บุชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i> . น. 259. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Milne, Janet E., and Andersen, Mikael Skou. (2012). Introduction to environmental taxation concepts and research. In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i> , pp. 15-32. Cheltenham : Edward Elgar Publishing.
4. หนังสือพิมพ์	ชื่อผู้แต่ง. (วันเดือนปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อหนังสือพิมพ์ (ตัวเอียง), เลขหน้า. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (3 พฤษภาคม 2561). มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก. <i>กรุงเทพธุรกิจ</i> , น. 9. Gardezi, Saadia. (2018, June 16). Voting patterns in Punjab. <i>The Nation-Lahore</i> , p. 6.

ประเภท	รูปแบบ
5. วิทยานิพนธ์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อวิทยานิพนธ์. (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต, ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา). กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2557). ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). Thinnavut Phoombanchoed. (2013). Tax policy for financing education expenses. (Master's thesis, Thammasat University).
6. รายงานการวิจัย	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์. กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). การจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตราภาษี (รายงานผลการวิจัย). สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. Sarayut Wutthayaphon and Avirut Charnchai Kittikon. (2010). <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report). Bangkok : Central Tax Court.
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ). ชื่อการประชุม ครั้งที่ (ตัวเอียง) (เลขหน้า). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์. จิตตภา สารพัฒน์ ไชยปัญญา. (2559). การอธิบายเรื่อง "สมาส" ในตำราไวยากรณ์ไทย. ใน สุชาดา พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ). <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i> (หน้า 160). ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. Thai-Nghe, N., Horvath, T., and Schmidt-Thieme, L.. (2011). Factorization Models for Forecasting Student Performance. In Mykola Pechenizkiy (Ed.). <i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i> (p. 11). Eindhoven : Eindhoven University of Technology.
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ (ตัวเอียง). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL เอนก เหล่าธรรมทัศน์. (2561). <i>พรรคการเมืองกับความรู้รักสามัคคี</i>. สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/ CNN Wire Staff. (2011). <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i>. Retrieved May 3, 2011, from http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL อริตรา เหล็กคำ. (2560). กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเงื่อนไขในกลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง. <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1). สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน, 2561, จาก https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160 Buckingham, Justin T., LeBeau, Lavonia Smith, and Klein, William M.P.. (2011). The performance versus ability distinction following social comparison feedback. <i>Current Research in Social Psychology: An electronic journal</i>, 63 (4). Retrieved June 23, 2011, from http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html
10. วิทยานิพนธ์จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาดุษฎีบัณฑิต) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา. สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก URL วีระพงศ์ วงศ์แสนศรี. (2556). วิเคราะห์โทษปรับความผิดหลัโทษในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก http://tdc.thailis.or.th/tdc/ Oshi, Daniel C.. (2009). Rural women and the financing of health care in Nigeria (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies. Retrieved September 17, 2015, from http://libopac.ait.ac.th/

บทความวิชาการ

พลวัตการตรวจเงินแผ่นดินในการรักษาวินัยการเงินการคลังของรัฐ

State Audit's Dynamics in Maintaining the State's Financial and Fiscal Discipline

- อลงกรณ์ กลิ่นหอม -
- Alongkorn Klinhom -

ข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของคำอธิบายความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและแก้ไขง่ายในเอกสารทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย

Reflections on the Insufficient Elucidation of the Contrast between Rigid and Flexible Constitutional Amendment in Thai Constitutional Law Documents

- ณัฐดนัย นาจันทร์ -
- Natdanai Nachan -

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ: ข้อความคิดและข้อพิจารณาเบื้องต้น

Constitutional Import: Concept and Basic Considerations

- ปูนเทพ ศิรินพงค์ -
- Poonthep Sirinupong -



SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

FACULTY OF LAW PRINCE OF SONGKLA UNIVERSITY

15 KARNJANAVANICH RD. , HATYAI , SONGKHLA 90110 TEL. +66 74 282525



www.law.psu.ac.th



fb.com/psulaw



psulaw.official



psulaw.official