

ห้วงมุกท้ายมังกร: การผสมพันธุ์กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ
แบบผิดฝาผิดตัว¹

Neither Fish nor Flesh: Mismatched Eclecticism of Imported Foreign
Constitutional Laws

ปุนเทพ ศิริनुพงศ์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Poonthep Sirinupong
Faculty of Law, Thammasat University

E-mail: poonthep@tu.ac.th

Received: July 20, 2023; Revised: August 20, 2023; Accepted: August 23, 2023

บทคัดย่อ

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นยามประเทศทั้งหลายยกร่าง ปรับปรุงแก้ไข หรือมีการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย เพราะจะต้องทำความเข้าใจกฎหมายที่จะรับเข้ามาให้ถ่องแท้ที่สุด แล้วจึงปรับแต่งให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมกฎหมายปลายทางเพื่อให้ตัวอักษรของกฎหมายที่หยิบยืมมามีผลใช้ได้ดังที่ต้องการ หากการรับเข้าเกิดบนความไม่เข้าใจหรือปรับแต่งอย่างไม่เหมาะสมย่อมมีความเสี่ยงที่จะเกิดการกลายพันธุ์เปลี่ยนความหมายไปในทางที่ไม่คาดคิดหรือบั่นทอนประสิทธิภาพที่ตั้งใจ

¹ บทความนี้แปลสรุปและเรียบเรียงโดยคัดสรรประเด็นจากเนื้อหาคุษุณินพนธ์เรื่อง Same Same But Different: Grundgesetzimport und Verfassungsmutation in Thailand ซึ่งผู้เขียนเสนอต่อมหาวิทยาลัยมินสเตอร์ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และตีพิมพ์โดยสำนักพิมพ์ Nomos ในชุด Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft – Neue Folge ปี 2022.

บางครั้งการกลายพันธุ์ก็เกิดขึ้นจากการเลือกหยิบกฎหมายหลายประเทศมาผสมกันแบบไม่ลงรอยกันจนเป็นที่มาของลักษณะ “หัวมังกรท้ายมังกร” ปรากฏการณ์เช่นว่ามีสัตว์อย่างซึ่งบทความนี้หยิบยกขึ้นมาจากประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญและจากกฎหมายรัฐธรรมนูญร่วมสมัยของประเทศไทย คือ กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เรื่อง (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และ (2) บทบัญญัติว่าด้วยสถาบันกษัตริย์ กับกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เรื่อง (3) วัตถุประสงค์ของการร่างรัฐธรรมนูญ และ (4) การรับรองเสรีภาพทั่วไป

คำสำคัญ: กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ, การกลายพันธุ์

Abstract

An import of foreign constitutional law is common when countries draft, amend or interpret their constitutions. However, doing so is not easy, since the effective implementation of imported laws requires thorough understanding and careful adaptation to the local legal culture. If the importation is based on misinformation or improper adjustment, there is a risk of mutation that can cause meaning transformation in an unexpected way or impairment of the function of the imported laws.

Sometimes mutations arise from mismatched eclecticism, when the relevant actors pick up constitutional laws from different countries and mix them together without a reasonable plan. Many examples of this “Neither Fish nor Flesh” phenomenon can be drawn from the historical and contemporary constitutional law of Thailand. Four case studies will be presented in this article, namely, problems on (1) the concept of constitutional supremacy and (2) provisions on the monarchy in the Constitution of the Kingdom of Siam, B.E. 2475, as well as problems on (3) objects

of constitutional complaints and (4) the provision on the general freedom of action in the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560.

Keywords: Comparative Constitutional Law, Constitutional Import, Mutation

1. บทนำ: ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ

การรับเข้าหรือการหยิบยืม²แนวคิด บทบัญญัติ หรือสถาบันทางกฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ เป็นปรากฏการณ์ปกติธรรมดาที่พบได้ทั่วไปเมื่อประเทศใดประเทศหนึ่งมีการยกร่าง ปรับปรุงแก้ไข หรือแม้แต่ใช้ตีความบทบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดำรงอยู่แล้ว เหตุปัจจัยสำคัญที่ส่งเสริมให้เกิดการรับเข้ามีหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อประหยัดเวลาหรือลดความเสี่ยงจากการลองผิดลองถูกโดยอาศัยประสบการณ์จากประเทศที่อาบนำร้อนมาก่อน³ เพื่อใช้อ้างความเป็น “มาตรฐานสากล” สำหรับเสริมหรือทดแทนความชอบธรรมอย่างอื่นสำหรับให้ได้มาซึ่งการยอมรับรัฐธรรมนูญ⁴ ตลอดจนใช้เป็น “ตัว” เข้าร่วมการเป็นสมาชิกองค์การความร่วมมือระหว่างรัฐ หรือเป็น “คูป้องกัน” เพื่อให้ได้มาซึ่งความช่วยเหลือจากประเทศอื่น⁵

บน “ตลาดรัฐธรรมนูญโลก” (global constitutional market) มีต้นแบบของรัฐธรรมนูญที่แต่ละประเทศอาจเรียนรู้สำหรับใช้เป็นแนวทางการจัดทำรัฐธรรมนูญของตนได้อยู่เหลือคณานับ หากกล่าวอย่างถึงที่สุดแล้ว ประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญในทุกที่ล้วนแต่สามารถใช้เป็นบทเรียนหรือต่อยอดพัฒนาได้ทั้งสิ้น กระนั้นก็ตาม ดูเหมือนว่าจะมีบางประเทศที่จัดว่าเป็นแบบอย่างซึ่งขยาดีกว่าที่อื่น ๆ ได้แก่ “ประเทศคลาสสิก” อย่างเยอรมนี ฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร

² ประเด็นเกี่ยวกับคำอุปลักษณ์ (Metaphor) ดู Vlad Perju, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations,” In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld, and András Sajó (New York: Oxford University Press, 2012), 1306-1308.

³ ดู 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, no. 4 (2003): 845-846.

⁴ Matthias Hartwig, “Die Legitimation des Staates durch Verfassungsrezeption in Mittel- und Osteuropa,” *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999): 919-920.

⁵ Ibid., 922-923; Jonathan M. Miller, “Typology of Legal Transplants,” 847-849.

อาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ตลอดจนหลายประเทศที่เป็นที่สนใจมากขึ้นเรื่อยๆ ในช่วงไม่กี่ทศวรรษที่ผ่านมาอย่างแอฟริกาใต้ แคนาดา และอินเดีย⁶ นอกจากนี้ ยังมีต้นแบบอ้างอิงจากคู่มือร่างรัฐธรรมนูญที่องค์กรพัฒนาเอกชนนานาชาติหรือคณะกรรมการระหว่างประเทศได้จัดทำ “แนวปฏิบัติที่เป็นเลิศ” ขึ้นมา เพื่อให้ประเทศทั้งหลายสามารถใช้เป็นแนวทางได้เช่นกัน⁷

อนึ่ง ตัวละครที่มีบทบาทเกี่ยวข้องในการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นได้ทั้งตัวแทนจากรัฐต้นแบบ ผู้เชี่ยวชาญจากองค์การนานาชาติ รวมไปถึงนักกฎหมายเจ้าถิ่นที่มีความรู้ภาษาที่สองที่สาม หรือกระทั่งมีวุฒิการศึกษาจากต่างชาติซึ่งเอื้อต่อการค้นคว้าข้อมูล⁸ ทั้งนี้ “เส้นทาง” (routes) การนำเข้ากฎหมายต่างประเทศอาจเป็นได้ทั้งการรับเข้าอันมีผลในระบบกฎหมายโดยตรงอย่างการร่างรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย กับการตัดสินใจทางรัฐธรรมนูญ และการรับเข้าโดยอ้อมผ่านงานวิชาการ ในส่วนของ “วัตถุ” (objects) การรับเข้านั้น มีทั้งข้อความคิด บทบัญญัติ คำวินิจฉัย หรือสถาบันทางการเมือง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วทั้ง “เส้นทาง” และ “วัตถุ” แต่ละประเภทต่างสะท้อนและสัมพันธ์ซึ่งกันและกันจนไม่อาจแยกออกจากกันอย่างเป็นเอกเทศได้⁹

ในทุกๆ การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ มีความท้าทายซึ่งเป็นอุปสรรคที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องพยายามก้าวข้ามอยู่สองประการสำคัญคือ หนึ่ง องค์ความรู้เกี่ยวกับเรื่องที่ใช้เป็นแบบอย่าง และ สอง การจัดการปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง “กฎหมาย” กับ “วัฒนธรรมทางกฎหมาย” (legal culture) ทั้งต้นทางและปลายทาง ในส่วนของการเรียนรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญต้นแบบนั้น จำต้องอาศัยเวลาและความสามารถที่เกินไปกว่าการอ่านออกเขียนได้ด้วยภาษาของ

⁶ Morton J. Horwitz, “Constitutional Transplants,” *Theoretical Inquiries in Law* 10, no. 2 (2009): 35; David S. Law and Mila Versteeg, “The Declining Influence of the United States Constitution,” *New York University Law Review* 87, no. 3 (2012): 809-833.

⁷ ตัวอย่างเช่น คู่มือการร่างรัฐธรรมนูญหลังสถานการณ์ขัดแย้ง (Post-Conflict Constitution Drafter’s Handbook) โดย Public International Law & Policy Group และแนวปฏิบัติการสร้างรัฐธรรมนูญ (A Practical Guide to Constitutional Building) โดย International Institute for Democracy and Electoral Assistance

⁸ Cheryl Saunders, “International Involvement in Constitution Making,” In *Comparative Constitution Making*, edited by David Landau and Hanna Lerner (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019): 73-75; Gail J. Hupper, “The Academic Doctorate in Law: A Vehicle for Legal Transplants?,” *Journal of Legal Education* 58, no. 3 (2008): 445.

⁹ Peter Häberle, “Theorieelemente Eines Allgemeinen Juristischen Rezeptionsmodells,” *JuristenZeitung* 47, no. 21 (1992): 1036.

ประเทศที่ประสงค์จะใช้ เพราะการรับเข้ากฎหมายเป็นมากกว่าเพียงการคัดลอกแล้ววางบนบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร (copy and paste) แต่ต้องศึกษาทฤษฎี ประวัติศาสตร์ ความเป็นมา ตลอดจนการใช้ในทางปฏิบัติทั้งหมดประกอบกัน นอกจากนี้ แม้ภายหลังการรับเข้ามาแล้ว การ “อ็อปเตด” ข้อมูลดังกล่าวอยู่เป็นระยะ ก็อาจจะเป็นประโยชน์ต่อการปรับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาในอนาคตต่อไปด้วย

สำหรับปัจจัยเรื่อง “วัฒนธรรมทางกฎหมาย” อันหมายถึงสิ่งต่าง ๆ ทั้งหลายที่ส่งผลต่อ “ความเป็น” และ “ตำแหน่งแห่งที่” ของกฎหมายในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติสำนึกของนักกฎหมายและสาธารณชนซึ่งสะท้อนจากพฤติกรรมการเคารพหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย อันเป็นตัวกำหนด “ความเป็นจริง” ของการบังคับใช้ตัวบทกฎหมายที่ดำรงอยู่นั้น¹⁰ ก็เป็นสิ่งยืนยันยิ่งที่จำต้องประสานและหาทางออกให้เหมาะสมที่สุดเมื่อมีความต้องการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ หลายครั้ง การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญก็เป็นไปเพื่อเข้ามาแทนที่วัฒนธรรมทางกฎหมายแบบเดิมและสร้างขึ้นมาใหม่ เช่น เมื่อมีการเปลี่ยนผ่านทางการเมืองหรือการปฏิรูปการปกครอง¹¹ แต่ก็มีไม่น้อยที่เป็นการนำเข้าเพียงเพื่อเสริมเติมแต่งระบบเดิมที่มีอยู่แล้ว ซึ่งจะต้อพยายามทำให้แนวคิดหรือสถาบันทางกฎหมายใหม่สามารถประสานกับสิ่งต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนแล้วอย่างลงตัวที่สุด¹²

โดยปกติแล้ว ความคาดหวังของผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมอยากให้นแนวคิด บทบัญญัติ หรือองค์กรที่หยิบบ่มมาสามารถทำหน้าที่ได้เช่นเดียวกันหรือใกล้เคียงกับแบบฉบับมากที่สุด อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้ง แผนการที่วางไว้ก็มักจะไม่เป็นไปอย่างราบรื่น ด้วยปัจจัยหลายๆ ประการ ความเป็นไปได้ที่สิ่งซึ่งรับเข้าจะมีสาระหรือทำหน้าที่ที่เปลี่ยนแปลงจากเดิม ปรากฏการณ์อย่างหลังนี้กำลังเริ่มเป็นที่สนใจในทางวิชาการเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ

¹⁰ Esin Örüçü, “Law as Transposition,” *The International and Comparative Law Quarterly* 51, no. 2 (2002): 208.

¹¹ Andrew Harding, “The Legal Transplants Debate: Getting Beyond the Impasse?,” In *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, edited by Vito Breda (Cambridge: Cambridge University Press, 2019): 22.

¹² Örüçü, “Law as Transposition,” *The International and Comparative Law Quarterly* 51, no. 2 (2002): 207.

ภายใต้การศึกษามโนทัศน์ “การกลายพันธุ์” (mutation) ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ

บทความนี้จะนำเสนอประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ โดยเน้นไปที่การกลายพันธุ์ซึ่งเกิดจากการผสมผสานแนวคิดกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายประเทศเข้าด้วยกันแบบผิผิว ผิดตัว หลังจากที่อยู่ในส่วนถัดไปจะได้กล่าวถึงข้อพิจารณาในเชิงทฤษฎีทั่วไปของเรื่องดังกล่าวแล้ว ก็จะหยิบยกตัวอย่างปัญหาบางประการที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยขึ้นมาเป็นกรณีศึกษาเพื่อวิเคราะห์ในตอนท้ายต่อไป

2. การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ

การกลายพันธุ์ หมายถึง กรณีซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศมีการขยายขอบเขตหรือเสริมเติมความหมายใหม่จนมีเนื้อหาหรือการใช้งานที่แตกต่างออกไปจากเดิมในลักษณะที่ระบบกฎหมายต้นฉบับอาจไม่เคยคาดคิดมาก่อน¹³ ในความหมายนี้จึงต้องเป็นเรื่องที่มากกว่าเพียงการปรับแต่งหรือทำให้เหมาะกับสภาพแวดล้อมใหม่บนความต้องการให้บรรลุเป้าหมายตามแบบฉบับในความเป็นจริงได้ อนึ่ง การเกิดขึ้นของปรากฏการณ์กลายพันธุ์ แม้ในบางครั้งจะถูกเชื่อมโยงกับการประเมินวัดผลความสำเร็จของโครงการรับเข้ากฎหมายว่าเรื่องที่รับเข้ามาสามารถทำหน้าที่ได้เช่นระบบกฎหมายต้นทางดังที่มุ่งหวังอันเป็นแรงบันดาลใจให้หยิบยืมหรือไม่¹⁴ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหากเกิดการกลายพันธุ์ในลักษณะใดๆ ขึ้นแล้วย่อมเท่ากับจะกลายเป็นความล้มเหลวโดยทันที หลายครั้ง ความหมายใหม่หรือการบังคับใช้แบบที่ต้นฉบับไม่เคยนึกถึงมาก่อนก็สามารถกลายเป็น “นวัตกรรม” หรือการต่อยอดที่เป็นประโยชน์แม้กระทั่งสำหรับประเทศต้นกำเนิด อันนำไปสู่การหยิบยืมหรือการรับเข้าแบบย้อนกลับด้วยก็เป็นได้

¹³ Horacio Spector, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect,” *Chicago-Kent Law Review* 83, no. 1 (2008): 130.

¹⁴ 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, no. 4 (2003): 890.

เหตุปัจจัยอันทำให้เกิดการกลายพันธุ์นั้นมีหลายประการ ตัวอย่างเช่น การปะทะสังสรรค์ระหว่าง “กฎหมายต่างดาว” กับวัฒนธรรมทางกฎหมายเดิมจนเกิดเป็น “การระคายเคืองทางกฎหมาย” (legal irritants) ที่ตามมาด้วยลูกโซ่แห่งปฏิกิริยาอันคาดการณ์ไม่ได้ หลายๆ ครั้ง “ภูมิคุ้มกัน” ของระบบกฎหมายปลายทางก็ทำงานจนเข้าไปครอบงำเหนือเจตนารมณ์เบื้องต้นที่มุ่งหวัง ส่งผลให้กฎหมายเดิมเติบโตในแบบฉบับใหม่¹⁵ หรือบางครั้ง ผู้รับเข้าหรือผู้ใช้กฎหมายก็จงใจ “บิดเบือน” (abusive) การเติบโตของกฎหมายนั้นเพื่อใช้ไปในทิศทางที่กลับหัวกลับหางสนองผลประโยชน์ทางการเมืองเฉพาะหน้าของตน ดังเห็นตัวอย่างได้ในหลายกรณีที่ทบบัญญัติหรือสถาบันทางการเมืองซึ่งโดยเนื้อเดิมมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนหรือส่งเสริมนิติรัฐประชาธิปไตยถูกใช้ไปในทางที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือกลายเป็นเครื่องมือของระบอบอำนาจนิยม¹⁶

บางคราว การกลายพันธุ์อาจเกิดบนฐานความไม่เข้าใจกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่เป็นต้นแบบแล้วหยิบยืมเข้ามาแบบไม่ครบถ้วนหรือไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ อาจมีบางกรณีที่ความคลาดเคลื่อนหรือผิดรูปเกิดเพราะกระบวนการรับเข้าทางอ้อมที่หยิบต่อมาจากตัวบทแปลซึ่งไม่ใช่ภาษาต้นฉบับอีกชั้นหนึ่ง หรือบางที เมื่อมีการรับเข้าโดยพยายามหยิบเอาส่วนผสมจากหลากหลายต้นทางมาประกอบกัน ก็อาจเป็นสาเหตุของการกลายพันธุ์ได้ หากความพยายามผสมผสานนั้นเป็นไปแบบ “ผิดฝาผิดตัว”

3. กรณีศึกษาการผสมพันธุ์ผิดฝาผิดตัวในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อประเทศหนึ่งประเทศใดมีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น ก็มักจะดูแบบอย่างจากหลากหลายประเทศแล้วคัดสรรเอามารวมกัน บ่อยครั้งจึงมักจะได้นิยามรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างว่ารัฐธรรมนูญฉบับของตนนั้นใช้ส่วนผสมที่ดีเยี่ยมที่สุดจากระบบรัฐสภาแบบ

¹⁵ Gunther Teubner, “Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnorm in rechtssoziologischer Sicht,” In *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, edited by Jürgen Brand and Dieter Stempel (Baden-Baden: Nomos, 1998): 233, 242.

¹⁶ ดู Rosalind Dixon and David Landau, “1989–2019: From democratic to abusive constitutional borrowing,” *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 2 (2019): 490, 496.

อังกฤษ การปกครองสหพันธรัฐแบบอเมริกา ศาสนรัฐธรรมนูญแบบเยอรมัน และประชาธิปไตยทางตรงแบบสวิตเซอร์แลนด์¹⁷

อย่างไรก็ตาม ความพยายามประสมประสานอาจปรากฏเป็นผลท้ายที่สุดแบบผิดพลาด หากผู้ร่างได้จัดให้มีบทบัญญัติซึ่งเนื้อหาไม่ลงรอยดำรงอยู่คู่เคียงกัน หรือเลือกหยิบเอาสิ่งที่มีคุณค่าเบื้องหลังแตกต่างกันมารวมจนเกิดเป็นการปะทะระหว่างอุดมการณ์ที่ไม่อาจสมานเข้าหาได้ ปรากฏการณ์เช่นนี้มีการศึกษาโดยหยิบยืมทฤษฎีทางมานุษยวิทยาว่าด้วย “งานประดิษฐ์” (bricolage) มาใช้วิเคราะห์และเทียบผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ทำงานด้วยการหยิบฉวยคว้าเอาสิ่งต่าง ๆ ตรงหน้า รวมถึงสิ่งที่ไม่อาจไม่จำเป็น มาประกอบโดยปราศจากแบบแผนแน่ชัดว่าเป็นเพียง “นักประดิษฐ์” (bricoleur) ต่างจากการทำงานแบบ “วิศวกร” (engineer) ที่คำนวณและได้รตรองจนมีภาพชัดเจนของโครงการอยู่ในหัวแล้ว จึงค่อยประกอบสิ่งต่าง ๆ เข้าด้วยกัน¹⁸

ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับที่ผ่านมาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน มีหลายกรณีซึ่งใช้เป็นอุทาหรณ์ได้สำหรับการวิเคราะห์การกลายพันธุ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาจากต่างประเทศด้วยเหตุที่ผู้ร่างทำการผสมผสานบทบัญญัติหรือแนวคิดพื้นฐานที่ไม่ลงรอยกันเข้าแบบผิดพลาดจนเกิดเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญแบบ “ห้วม้งกั๊ตยั้งกร” ขึ้น ลักษณะห้วม้งกั๊ตยั้งกรนี้ ท้ายที่สุดมักส่งผลต่อความสำเร็จในทางปฏิบัติของการใช้บังคับบทบัญญัติหรือสถาบันทางกฎหมายที่สร้างขึ้นใหม่นั้น ไม่ว่าจะเพราะนำไปสู่ความสับสนในการเลือกใช้เลือกตีความบทบัญญัติที่อ่านแล้วขัดหรือแย้งกันเอง หรือเป็นเหตุให้ความเข้าใจเกี่ยวกับตัวบทที่ดำรงอยู่ไม่ต้องตรงกัน ตลอดถึงการใส่ส่วนผสมที่ไม่ลงตัวเข้าไปจนบั่นทอนความมุ่งหมายของตัวบททำให้วัตถุประสงค์ตามที่ต้องการไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง

บทความต่อไปนี้จะเลือกหยิบยกตัวอย่างของความ “ผิดพลาดผิดพลาด” บางกรณีในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญและในกฎหมายรัฐธรรมนูญร่วมสมัยของประเทศไทยที่น่าศึกษา

¹⁷ Angelika Nußberger, “Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost: Illusion, Desillusion, Neubeginn,” *Osteuropa* 60, no. 9 (2010): 81; และ Rett R. Ludwikowski, “‘Mixed’ Constitutions: Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot,” *Boston University International Law Journal* 16, no. 1 (1998): 2.

¹⁸ Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law,” *The Yale Law Journal* 108, no. 6 (1999): 1285-1287.

ขึ้นมาวิเคราะห์ที่กรณี ได้แก่ (3.1) กรณีบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญกับ (3.2) บทบัญญัติว่าด้วยพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 และ (3.3) กรณีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญกับ (3.4) บทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) ก่อนที่ในส่วนถัดไปจะได้ ถอดบทเรียนเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้ปัญหาเช่นเดียวกันนี้มีโอกาสเกิดขึ้นซ้ำอีก หากประเทศไทยจะมี โอกาสยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในอนาคต

3.1 ปัญหาหลักความ(ไม่)เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ 2475

การรับรองเอาไว้อย่างชัดเจนให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่น ๆ แม้จะมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ตราขึ้นและประกาศใช้ก่อนสงครามโลกครั้งที่หนึ่งแล้ว อาทิ ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญอิตาลี รัฐธรรมนูญเบลเยียม รัฐธรรมนูญกรีซ และ รัฐธรรมนูญโปรตุเกส แต่ก็ยังไม่ใช่หลักการสากลที่แทบทุกประเทศยึดถือเป็นสรณะอย่างเช่นใน ปัจจุบัน หลายประเทศนอกจากจะยังไม่มีหลักการที่แสดงให้เห็นถึงลำดับชั้นระหว่างรัฐธรรมนูญ กับกฎหมายนิติบัญญัติรับรองเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในทางทฤษฎีเองก็ดูเหมือนจะมอง ตรงข้ามกับหลักการดังกล่าว โดยถือว่าผู้แทนราษฎรซึ่งทำหน้าที่นิติบัญญัติเป็นตัวแทนของ เจตจำนงประชาชาติมีฐานะเสมอเทียบเท่ากับการให้รัฐธรรมนูญ¹⁹ หรือเป็นผู้ทรงอำนาจแต่เพียงผู้ เดียวในการตัดสินว่าสิ่งใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁰ ในช่วงระหว่างมหาสงคราม แนวคิดความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเริ่มขยายความนิยมขึ้นเรื่อยๆ โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญหลาย ฉบับที่จัดทำขึ้นระหว่างนั้นอย่างรัฐธรรมนูญโปแลนด์ โรมาเนีย และเชโกสโลวาเกีย

ระหว่างการจัดทำ “รัฐธรรมนูญถาวร” แห่งราชอาณาจักรสยามฉบับแรก เรอเน กียอง ที่ ปรีชากรมร่างกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้จัดทำเอกสารข้อเสนอสำหรับธรรมนูญการปกครอง สยามขึ้นมาหนึ่งฉบับเสนอต่ออนุกรรมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ใช้เป็นเอกสารตั้งต้นสำหรับ

¹⁹ Philipp Mels, *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel* (München: Wahlen, 2003); 54.

²⁰ Michel Fromont, “Der französische Verfassungsrat,” In *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Teilband I Berichte*, edited by Christian Starck and Albrecht Weber (Baden-Baden: Nomos, 1986): 313.

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับสมบูรณ์²¹ ในข้อเสนอดังกล่าว นายกียองได้หยิบเอาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไปแปลที่รับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเอาไว้ว่า “ห้ามกฎหมายใดแย้งกับรัฐธรรมนูญฉบับนี้หรือขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” มาใส่ไว้ โดยเป็นเรื่องใหม่ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองสยามชั่วคราวมาก่อน ท้ายที่สุด หลักการนี้ก็ปรากฏในรัฐธรรมนูญถาวร เพียงแต่มีการปรับแต่งถ้อยความใหม่ โดยอ้างอิงจากของรัฐธรรมนูญเชโกสโลวักที่บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับตัวบทที่ประกอบหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ตกเป็นโมฆะ” แทน

ข้อเสนอให้รับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญถูกตั้งข้อสังเกตโดยเรย์มอนด์ สตีเวนส์ ที่ปรึกษาราชการกระทรวงต่างประเทศชาวอเมริกันซึ่งเห็นว่าการมีบทบัญญัติดังกล่าวจะเปิดช่องให้องค์กรตุลาการสามารถใช้อำนาจเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติได้ในลักษณะเดียวกันกับที่เป็นอยู่ ณ ประเทศบ้านเกิดของเขา เขาประเมินว่าอำนาจหน้าที่เช่นนี้อาจจะยังไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ของสยามในเวลานั้น จึงควรตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไปก่อน ไม่ก็ให้เขียนรับรองอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติในการตีความรัฐธรรมนูญเอาไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย²² ที่สุดแล้ว รัฐธรรมนูญถาวรก็รับรองทั้ง “หลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” และ “หลักความสูงสุดของสภา” (the supremacy of Parliament) เอาไว้ทั้งคู่เรียงอยู่ต่อกัน²³

จากที่กล่าวมา ดูเหมือนว่าเมื่อพิจารณาตามประวัติศาสตร์ ตามระบบ และตามจุดมุ่งหมายแล้ว การเติมบทบัญญัติที่รับรองหลักความสูงสุดของสภาเพิ่มเข้ามาสะท้อนเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะให้อำนาจในการพิจารณาว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่อยู่ที่สภาเท่านั้น อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวดูจะ “ผิดฝาผิดตัว” กับบทบัญญัติและความตั้งใจเบื้องต้นที่ยังคงหลงเหลือร่องรอยไว้อยู่ ซึ่งต่อมากลายเป็นดัง “ม้าไม้เมืองทROY” ที่เปิดช่องให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติได้ อันนำมาซึ่งความไม่

²¹ ดู หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, สคก.1.1/127 เรื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 (16 ส.ค.-27 มี.ค. 2475).

²² ดู รายงานความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาคติความรัฐธรรมนูญ มาตรา 61-62 ใน รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 40 (สมัยสามัญ) วันอาทิตย์ที่ 7 พฤษภาคม พุทธศักราช 2489.

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 และ 62.

ลงรอยกันระหว่างสภาและศาลภายหลังจากมีคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2489 ที่วินิจฉัยว่ากฎหมายกำหนดความผิดอาชญาฐานเป็นอาชญากรรมสงครามให้มีผลบังคับย้อนหลังไปกับข้อเท็จจริงก่อนกฎหมายประกาศใช้ด้วยนั้นขัดรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับไม่ได้²⁴ ความขัดแย้งดังกล่าวนำไปสู่การจัดตั้งองค์กรเฉพาะอย่าง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นมาในภายหลังเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่²⁵

3.2 พระมหากษัตริย์ระบอบใหม่กับมกฏแบบบริติชและฉลองพระองค์สไตล์ ปรัสเซีย

อีกหนึ่งตัวอย่างของความ “ผิดฝาผิดตัว” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ก็คือความไม่ลงรอยกันระหว่างแนวคิดเบื้องหลังที่ต้องการกับบทกฎหมายที่หยิบยืมมาบัญญัติไว้ในเรื่องที่ว่าด้วยสถานะและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ฝ่ายผู้มีอำนาจทั้งเก่าและใหม่ต่างเห็นตรงกันว่าระบอบใหม่ควรเดินตามแบบอย่างประเทศอังกฤษ²⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตำแหน่งแห่งที่และบทบาทของพระมหากษัตริย์ในระบอบรัฐธรรมนูญที่โดยหลักแล้วจะใช้อำนาจได้ก็แต่ตามความเห็นชอบหรือยินยอมจากสภาหรือรัฐมนตรีก่อนเท่านั้น พระมหากษัตริย์จะทรงเหลือแต่เพียงศักดิ์ส่วนอันทรงเกียรติ (dignified) ที่แยกออกจากอำนาจจริงในเชิงปฏิบัติการ (efficient)²⁷ ซึ่งเป็นขององค์กรอื่นที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองหรือกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ความยากของการเดินตามแบบอย่างกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษก็คือการขาดรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งประมวลเข้าไว้ด้วยกันให้ใช้เป็นต้นแบบเพื่อคัดลอกหรือรับเข้ามา กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ของอังกฤษนั้นเกิดจากทางปฏิบัติทางการเมืองที่พัฒนาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (constitutional conventions)²⁸ ซึ่งไม่ได้

²⁴ คำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 88 และ 89.

²⁶ ดู ประยูร ภมรมนตรี, *ชีวิต 5 แผ่นดินของข้าพเจ้า*, (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2525): 79.

²⁷ การแบ่งกลไกของรัฐธรรมนูญออกเป็นสองส่วนบนพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษคำอธิบายของ Walter Bagehot, *The English Constitution*, (Oxford: Oxford University Press 2001): 7.

²⁸ ข้อความคิดว่าด้วยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ดู ปูนเทพ ศิริบุพผะ, “พระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 206-

บัญญัติเป็นกฎหมายอย่างเป็นทางการไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ เหล่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญสยามจึงต้องไปศึกษาและเทียบเคียงจากรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรอื่น ๆ ที่มีบัญญัติไว้แทน หนึ่งในรัฐธรรมนูญที่ถูกหยิบยืมตัวบทเข้ามาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสยามไม่น้อย โดยเฉพาะในบางเรื่องนั้นแทบจะเป็นการแปลถอดความแบบคำต่อคำ ก็คือรัฐธรรมนูญเมจิแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น²⁹

หากมองอย่างผิวเผิน การรับเข้าบทบัญญัติว่าด้วยพระมหากษัตริย์จากเกาะญี่ปุ่นซึ่งในช่วงทศวรรษกว่า ๆ นับแต่ ค.ศ. 1920 เป็นต้นมาได้กลายเป็นราชอาณาจักรที่ใช้รูปแบบการปกครองระบบรัฐสภาแบบประเทศอังกฤษ³⁰ ก็ดูจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับราชอาณาจักรไทยที่กำลังต้องการบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งโครงสร้างการเมืองการปกครองแบบอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ระบบดังกล่าวของญี่ปุ่นเป็นผลผลิตของการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ หากใช้เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นแต่อย่างใดแรกเริ่มเดิมที ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเมจิมุ่งหมายที่จะสร้างระบอบรัฐธรรมนูญตามแบบฉบับของราชอาณาจักรปรัสเซียที่พระมหากษัตริย์เป็นมากกว่าส่วนอันทรงเกียรติของรัฐธรรมนูญ โดยให้มีพระราชอำนาจที่แท้จริงบางประการอยู่ในฐานะส่วนปฏิบัติการด้านการบริหารและการปกครอง ตลอดจนถึงการนิติบัญญัติในบางสถานการณ์ด้วย³¹ จึงมีบทบัญญัติหลายมาตราที่เขียนขึ้นบนฐานคิดว่าอำนาจเหล่านั้นเป็นพระราชวินิจฉัยโดยแท้มาก่อน

ในขณะที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเมจิซึ่งเขียนบนฐานการอ้างไว้ซึ่งพระราชอำนาจบางประการอย่างกว้างค่อย ๆ ถูกปรับเปลี่ยนและลดบทบาทลงในทางปฏิบัติจากการเติบโตขึ้นของระบบรัฐสภา การหยิบยืม “ถ้อยคำ” ของบทบัญญัติเหล่านั้นเข้ามาในราชอาณาจักรไทยบนความต้องการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันกษัตริย์กับรัฐสภาแบบอังกฤษในฉับพลันทันทีจึงเป็นเรื่องย้อนแย้งในตัวเองที่ตัวบทรัฐธรรมนูญซึ่งรับเข้ามานั้นดูจะไม่ได้ต้องตรงกับความมุ่งหมายที่

215.

²⁹ Eugénie Mérieau, “The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand’s Permanent Constitutional Instability,” In *Constitutional Foundings in Southeast Asia*, edited by Kevin YL Tan and Ngoc Son Bui (New York: Hart Publishing, 2019), 309.

³⁰ Csaba Gergely Tamás, “The Birth of the Parliamentary Democracy in Japan: An Historical Approach,” *Zeitschrift für Japanisches Recht* 17, no. 33 (2012): 154.

³¹ Ando Junko, “Japan und die Preussische Verfassung,” In *Japan und Preussen*, edited by Gerhard Krebs (München: Iudicium, 2022), 168.

แท้จริงแต่อย่างใด ความแตกต่างระหว่างตัวหนังสือกับความคาดหวังดังกล่าวเป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญของความเห็นที่ไม่ลงรอยกันในการตีความหรือให้ความหมายพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญอันนำไปสู่การสละราชสมบัติของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญไม่นานนัก³² ตลอดถึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญที่ยังคลุมเครือสืบมาจนถึงปัจจุบัน

3.3 การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ไม่รวมถึงการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

กระโดดข้ามเวลามายังกรณีการผสมพันธุ์แบบผลิตผาผิตตัวที่เป็นปัจจุบันซึ่งดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หนึ่งในตัวอย่างที่สะท้อนปัญหาชัดเจนที่สุดก็คือการรับรองช่องทางการฟ้องคดีโดยตรงของประชาชนผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้วินิจฉัยว่า “การกระทำ” ที่ละเมิดนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขบางประการ ซึ่งท้ายสุดแล้วกลับเป็นการทำลายแนวคิดพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังของกลไกที่เรียกว่า “คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional complaint) อันเป็นต้นแบบที่ต้องการรับเข้ามาจากต่างประเทศจนเสียสาระสำคัญไป

กล่าวสำหรับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ แม้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำรัฐธรรมนูญไทยบางท่านจะได้เคยหยิบยกขึ้นมาอภิปรายเพื่อให้บรรจุไว้เป็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ครั้งมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 อย่างไรก็ตาม ในคราวนั้น แนวคิดเรื่องดังกล่าวยังไม่ได้รับการยอมรับและถูกคัดค้านโดยเฉพาะจากเหล่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรมซึ่งเกรงว่าการใช้อำนาจตุลาการของตนจะถูกตรวจสอบและเพิกถอนจากองค์กรอื่น³³

ต่อมาเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 กลไกการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญก็ดูเหมือนว่าจะได้รับการรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁴ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวก็แทบจะไม่ได้

³² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่สอง ดู พระราชหัตถเลขาสละราชสมบัติของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ลงวันที่ 2 มีนาคม พ.ศ. 2477.

³³ James R Klein, “The Battle for Rule of Law in Thailand: The Constitutional Court of Thailand,” in *The Constitutional Court of Thailand: The Provisions and the Working of the Court*, edited by Amara Rakasataya and James R Klein (Bangkok: Constitution for the People Society, 2003), 35.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212.

ส่งผลในทางปฏิบัติให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น แต่อย่างไรก็ดี สาเหตุสำคัญก็เพราะกลไกดังกล่าวจำกัดวัตถุแห่งคดีที่ได้แย้งได้เอาไว้เพียงแค่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ทั้งยังต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ซึ่งซ้อนทับกับเงื่อนไขวิธีการยื่นคำร้องที่กำหนดไว้ในกระบวนการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (concrete norm control) ที่กำหนดบังคับให้ศาลต้องส่งความเห็นของคู่ความในคดีไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยอยู่แล้ว หากเป็นกรณีที่คู่ความโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับแก้คดีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้าไม่เคยมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นมาก่อน³⁵

ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งประกาศใช้ปี 2560 ได้มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำว่าด้วยวัตถุแห่งคดีของกลไกร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญให้กว้างขวางขึ้นจาก “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็น “การกระทำ” ดังที่กล่าวมาข้างต้น อนึ่ง หากอ่านจากถ้อยความที่เปลี่ยนแปลงไปนี้ ดูเหมือนว่ากลไกดังกล่าวจะต้องสามารถใช้ได้อย่างครอบคลุมมากขึ้น และจะต้องช่วยเพิ่มประสิทธิภาพของการควบคุมตรวจสอบการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพจากอำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ที่ระบุเอาไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับความหมายของเรื่องที่อยู่ได้ขอบเขตของ “การกระทำ” ตามรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ กลับทำให้พัฒนาการของข้อความคิดเรื่องคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นท้ายที่สุดยังไปได้ไม่ถึงความเป็นกลไกการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเต็มรูปแบบ (full constitutional complaint) เมื่อเทียบกับเรื่องเดียวกันในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ

ตามมุมมองเชิงกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ การจะนับว่าคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ “เต็มรูปแบบ” ได้นั้น สิ่งที่เป็นวัตถุแห่งคดีซึ่งสามารถโต้แย้งโดยช่องทางดังกล่าว

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 โดยการวิเคราะห์ประเด็นความซ้ำซ้อนอย่างละเอียดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน: วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย,” (รายงานการวิจัย, คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), 35-40.

จะต้องครอบคลุมตลอดถึงการใช้อำนาจตุลาการวินิจฉัยพิพากษาคดีของศาลด้วย³⁶ อย่างไรก็ตามจากความระแวงว่าศาลรัฐธรรมนูญจะสถาปนาตัวกลายเป็น “ยอดศาล”(super court) เหนือศาลอื่น ๆ บวกกับความหวั่นเกรงเชิงการบริหารภาระงานที่อาจล้นมือ³⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้ตัดไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเหนือเรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว³⁸ ถึงแม้จะมีประเด็นกล่าวหาหรือโต้แย้งว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็ตาม

อีกหนึ่งข้อยกเว้นที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ไม่ให้เป็นวัตถุประสงค์ในการยื่นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญก็คือเรื่องที่เป็น “การกระทำของรัฐบาล”³⁹ มโนทัศน์ดังกล่าวมีที่มาจากแนวคิดกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเรื่อง “acte de gouvernement” ซึ่งเห็นว่าเรื่องการใช้อำนาจเชิงนโยบายของเหล่าองค์กรสูงสุดแห่งรัฐนั้น โดยหลักแล้วไม่ได้กระทบสิทธิหรือเสรีภาพของพลเมืองโดยตรง จึงมีธรรมชาติทางการเมืองอันไม่อาจใช้กฎหมายเป็นมาตรวัดเพื่อตัดสินวินิจฉัยได้⁴⁰

สำหรับเรื่องที่อยู่ในความหมายของการกระทำของรัฐบาลนั้น ในบันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมีกล่าวเอาไว้ว่าครอบคลุมสามกรณี คือ การใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลอย่างการประกาศสงครามหรือการทำสนธิสัญญา การใช้อำนาจทางรัฐสภาโดยรัฐบาลอย่างการยุบสภาหรือการเสนอกฎหมาย และการใช้อำนาจของรัฐสภาต่อรัฐบาลอย่างการ

³⁶ Tamar Avaliani, “The Importance of Full Constitutional Complaint as the Effective Mechanism For Restoring Human Rights in Constitutional Justice,” *Law & World* 16 (2021): 52.

³⁷ บันทึกการประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ครั้งที่ 7/2560, 20 ตุลาคม 2560: 12.

³⁸ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 (4).

³⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 (1).

⁴⁰ ดู Johannes Koch, *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1998): 124-130.

อภิปรายไม่ไว้วางใจ ซึ่งมีการอธิบายไว้ในบันทึกด้วยว่าเรื่องเหล่านี้ศาลจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว แต่จะให้ฝ่ายการเมืองควบคุมกันเอง⁴¹

ปัญหาว่าสิ่งที่เป็นการกระทำของรัฐบาลสามารถตัดสินด้วยกฎหมายโดยศาลได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ เรื่องนี้แม้จะมีถกเถียงในระบอบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ อยู่ไม่น้อยและมีแนวโน้มที่จะถือว่าเป็นเรื่องที่พ้นไปจากการตรวจสอบโดยศาลเช่นกัน กระนั้น ที่ว่าพ้นไปจากการตรวจสอบโดยศาล โดยทั่วไปแล้วจำกัดหมายถึงพ้นไปจากการตรวจสอบของศาลปกครองเพียงลำพัง ไม่รวมถึงชั้นศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ด้วยเหตุที่หลายเรื่องซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามลักษณะที่มีการยกตัวอย่างขึ้นมาข้างต้นในชั้นการร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญไทยนี้ ส่วนใหญ่แล้วมักจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขบางประการไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งด้วย จึงเป็นปกติธรรมดาที่ศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบของการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ๆ โดยอาศัยเขตอำนาจของตนในเรื่องต่าง ๆ อันรวมไปถึงช่องทางคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญหากว่าการกระทำนั้น ๆ ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน⁴²

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นว่าเงื่อนไขหรือข้อจำกัดที่เพิ่มเติมเข้ามาในชั้นของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นไม่ให้คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญรวมถึงการตรวจสอบสิ่งที่เป็นการกระทำของรัฐบาลเป็นอีกเรื่องที่มีผลผลิตตัวในระบอบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย การใช้หลักการเรื่องการตรวจสอบและการยกเว้นการตรวจสอบจากแนวคิดที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์พื้นฐานของอำนาจตรวจสอบคดีร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญมากำหนดข้อจำกัดการฟ้องคดีส่งผลให้ประสิทธิภาพการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่เป็นไปอย่างเต็มที่ ทั้งยังอนุญาตให้มีการใช้อำนาจที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหลุดพ้นไปจากการตรวจสอบหรือควบคุมได้

⁴¹ บันทึกการประชุมคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ครั้งที่ 7/2560, 20 ตุลาคม 2560: 11.

⁴² Hyun Ho Kang, "Justizfreie Hoheitsakte, insbesondere Regierungsakte, in Korea," In *Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea*, edited by Wolf-Rüdiger Schenke and Jong Hyun Seok (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), 223.

3.4 เสรีภาพทั่วไปแบบลูกผสมเยอรมัน-ฝรั่งเศส

อีกหนึ่งตัวอย่างของความผิดพลาดในตัวในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็คือบทบัญญัติว่าด้วย “เสรีภาพทั่วไป” ที่รับรองเอาไว้ในมาตรา 25 วรรคแรก ว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้น ไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น”

หากไม่นับรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเอาไว้ อย่างกว้างแบบไม่จำแนกแล้ว บทบัญญัติดังเช่นมาตรา 25 วรรคหนึ่ง นี้ถือว่าเป็นเรื่องใหม่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย หลักการดังกล่าวมีการเพิ่มเติมเข้ามาเพื่อใช้เป็นหนึ่งในจุดขายสำหรับประชาสัมพันธ์การรณรงค์ประชามติให้รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ในเอกสารความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้ว่า “เป็นแนวทางใหม่ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยเปลี่ยนจากแนวทางเดิมที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ เป็นการให้ความคุ้มครองทุกกรณีที่มีได้มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายห้ามหรือจำกัดไว้” โดย “มีหลักการเช่นเดียวกับมาตรา 5 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นเอกสารแนบท้ายรัฐธรรมนูญและถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส”⁴³

มาตรา 5 ของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศสบัญญัติว่า “กฎหมายมีสิทธิจะห้ามได้ก็แต่การกระทำซึ่งอาจก่ออันตรายเสียหายแก่สังคม การใดที่มีได้ห้ามไว้โดยกฎหมาย การนั้นย่อมสามารถจะกระทำได้ และบุคคลจะถูกบังคับให้กระทำการที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้มิได้” เมื่อพิจารณาแล้วประโยคกลางของคำประกาศฯ แทบจะตรงกับข้อความส่วนแรกในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญไปทั้งหมด อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อความหลังซึ่งว่าด้วยเงื่อนไขการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นเป็นเนื้อหาที่เติมเข้ามาอันไม่มีปรากฏอยู่ในคำประกาศฯ กระนั้นเมื่อลองเทียบเคียงกับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งเป็นอีกหนึ่งรัฐธรรมนูญที่

⁴³ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562); 36-37.

มีหลักการเรื่องเสรีภาพทั่วไปเช่นเดียวกัน ก็พบว่าส่วนของเงื่อนไขอันมีอยู่สามประการตามเนื้อความส่วนหลังของมาตรา 25 วรรคหนึ่งนั้น มีจำนวนและสาระสำคัญตรงกับที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 2 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมันอย่างมาก จนอนุมานได้ว่าน่าจะใช้มาตราดังกล่าวเป็นต้นแบบ

มาตรา 2 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการพัฒนาบุคลิกลักษณะของตนอย่างอิสระ トラบเท่าที่บุคคลนั้นไม่ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือล่วงละเมิดระบอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎแห่งศีลธรรม” ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความหมายของ “สิทธิในการพัฒนาบุคลิกลักษณะของตน” ตามมาตรานี้ว่า หมายความว่ารวมถึงเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการของบุคคลโดยทำหน้าที่เป็นบทบาทควบคุมครองเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ในกรณีที่ไม่อาจอ้างความคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นการเฉพาะแล้วได้⁴⁴ ขณะที่ในส่วนของเงื่อนไขการจำกัดนั้น ได้รับการอธิบายว่าทั้ง “สิทธิของบุคคลอื่น” และ “กฎแห่งศีลธรรม” ต่างอยู่ในความหมายของ “ระบอบรัฐธรรมนูญ” ซึ่งก็จะต้องเป็นไปโดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อกฎหมายทั้งหลายที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁵

กล่าวก็คือ จากเงื่อนไขข้อจำกัดสามประการในรัฐธรรมนูญเยอรมัน ท้ายที่สุดแล้วตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ซึ่งได้รับการยอมรับจนเป็นบรรทัดฐานทั้งในทางปฏิบัติและทางวิชาการ ปัจจุบันคงเหลือเพียงเงื่อนไขประการเดียวที่ยังใช้อยู่จริง ซึ่งก็มีการอธิบายเงื่อนไขนี้ต่อโดยมีความหมายจำกัดคือจะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น

การบัญญัติเงื่อนไขคล้ายอย่างเยอรมันไว้ในรัฐธรรมนูญไทยจึงมีปัญหาว่าท้ายที่สุดแล้วบทบัญญัตินี้จะมีความหมายเช่นไร บทบัญญัติส่วนที่ไม่มีที่ใช้แล้วในต้นทางจะมีความหมายอย่างไรเมื่อมีการรับเอาถ้อยคำเข้ามาในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย หรือถ้าพยายามจะนำแนวคำอธิบายตามแบบเยอรมันมาใช้กับเงื่อนไขที่รับเข้ามาแล้ว เช่นนี้จะแตกต่างหรือซ้ำซ้อนกับที่

⁴⁴ ดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565): 286.

⁴⁵ Thorsten Kingreen and Ralf Poscher, *Grundrechte Staatsrecht II*, 33rd ed., (Heidelberg: C.F. Müller, 2017): 121-123.

บัญญัติเอาไว้ก่อนว่า “การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น” หรือไม่
เพียงใด

การผสมผสานเนื้อความจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของสองประเทศเข้าด้วยกันดังที่กล่าว
มานี้ เกิดผลเป็นบทบัญญัติที่ยากจะอธิบายโดยไม่ขัดหรือแย้งกันเองในตัว หากถือตามหลักการ
ปัจจุบันของรัฐธรรมนูญต้นทางทั้งสองก็ต้องจัดว่าเป็นบทบัญญัติที่ดูจะย่ำคิดย่ำทำในตัวเอง แต่
หากอธิบายไปตามลายลักษณ์อักษรของถ้อยความปัจจุบันในรัฐธรรมนูญไทยดังที่ปรากฏอยู่ ก็
หมายความว่า “เสรีภาพทั่วไปแบบไทย ๆ” จะมีความหมายจำกัดกว่าทั้ง “แบบฝรั่งเศส” และ
“แบบเยอรมัน” คือนอกจากอยู่ภายใต้เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังมีเงื่อนไขชั้นที่สอง
ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 วรรคหนึ่งตอนท้ายทั้งสามประการอีกด้วย

4. บทสรุปและส่งท้าย: ถอดบทเรียนการร่างรัฐธรรมนูญไทยในอดีต

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นยามประเทศทั้งหลาย
จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ การแสวงหาตัวอย่างที่ผ่านการพิสูจน์แล้วจากต่างประเทศ มีประโยชน์หลาย
ประการ ทั้งช่วยประหยัดต้นทุนต่าง ๆ โดยเฉพาะด้านเวลา ช่วยเสริมความชอบธรรม รวมถึงอาจ
นำมาซึ่งความช่วยเหลือหรือได้รับการยอมรับให้เข้าเป็นสมาชิกความร่วมมือระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศนั้นหาใช่เรื่องง่ายดาย
นอกจากจะต้องทำความเข้าใจกฎหมายที่จะรับเข้ามาให้ถ่องแท้ที่สุดแล้ว ยังต้องปรับแต่งให้
สอดคล้องกับวัฒนธรรมกฎหมายปลายทางเพื่อให้ตัวอักษรของกฎหมายที่หยิบยืมมาใช้ได้จริงบรรลุ
ตามเป้าประสงค์ที่ต้องการ หากการรับเข้าเกิดบนความไม่เข้าใจหรือปรับแต่งอย่างไม่เหมาะสม
ย่อมมีความเสี่ยงที่จะเกิดการกลายพันธุ์หรือการเปลี่ยนความหมายไปในทางที่ไม่คาดคิดได้
บ่อยครั้งการกลายพันธุ์ก็เกิดขึ้นจากการเลือกหยิบกฎหมายจากหลายประเทศมาผสมกันแบบไม่ลง
รอยนักจนเป็นที่มาของบทบัญญัติแบบ “หวมังกุทัยมังกร”

กรณีศึกษาทั้งสี่ที่กล่าวมาเป็นตัวอย่างเป็นตัวอย่างปรากฏการณ์การกลายพันธุ์ของกฎหมาย
รัฐธรรมนูญซึ่งรับเข้ามาจากต่างประเทศแบบผสมผสานกันอย่างผิดฝาผิดตัว ผลที่เกิดขึ้นทำให้
เจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติไม่อาจบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือมีเช่นนั้นก็เป็นเหตุ

ให้เกิดความไม่ชัดเจนในตัวเอง นำไปสู่ปัญหาการตีความอย่างไม่ลงรอยอันส่งผลต่อความเข้าใจไม่ว่าจะในเชิงวิชาการหรือทางปฏิบัติ

เหตุอันน่าพาไปสู่การผสมพันธุ์แบบผิดฝาผิดตัวดังที่พยายามแสดงให้เห็นข้างต้นพบว่า นอกจากความเข้าใจของผู้ร่างที่อาจคลาดเคลื่อนไปจากความหมายตามความเป็นจริงของตัวบทต้นฉบับที่ได้เปลี่ยนแปลงไปเพราะทางปฏิบัติหรือการตีความขององค์กรผู้ทรงอำนาจ บางคราวผลงานของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ปรากฏก็สะท้อนให้อนุมานได้ว่าการทำงานของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอาจมีลักษณะแบบช่างประดิษฐ์ที่หยิบฉวยคว้าเอาบรรดาสิ่งต่าง ๆ ที่เห็นอยู่ตรงหน้ามาต่อติดปะติดผสมกัน โดยปราศจากการคำนวณความจำเป็นหรือคุณประโยชน์อย่างมีแบบแผนรอบคอบล่วงหน้ามาก่อน

ในนามของ “ข้อเสนอแนะ” หากในอนาคตประเทศไทยจะได้มีโอกาสแก้ไขเพิ่มเติมหรือจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ บทเรียนในอดีตดังที่แสดงมาสะท้อนถึงความจำเป็นที่จะต้องมีการมีความรู้ที่ถูกต้อง รอบด้าน และลึกซึ้งเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศที่ประสงค์จะใช้เป็นต้นแบบก่อนจะเลือกรับเข้ามา ทั้งยังต้องมีการวางแผนและคิดวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนก่อนจะลงมือปรับแต่งให้เข้ากับบริบทปลายทางหรือผสมผสานระหว่างหลายต้นแบบ ยิ่งไปกว่านั้น การตรวจสอบและถกเถียงเกี่ยวกับการกล่าวอ้างต่างประเทศของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยนักวิชาการวงนอก ตลอดจนสาธารณชน ก็เป็นยิ่งกว่าเรื่องอันพึงประสงค์ เพื่อทำหน้าที่ถ่วงดุลไม่ให้เกิดการผูกขาดการอธิบายเกี่ยวกับต้นแบบต่างประเทศ จนบางครั้งอาจสร้างความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องให้กับสังคม

อนึ่ง ข้อเสนอแนะข้างต้นนี้นอกจากจะใช้สำหรับหากจะมีการรับเข้ากฎหมายต่างประเทศใหม่อีกในอนาคตแล้ว การประเมินย้อนกลับไปยังบรรดาสิ่งที่เคยรับเข้ามาแล้วก็เป็นเรื่องสำคัญไม่แพ้กัน สี่กรณีที่กล่าวมาในบทความนี้เป็นเพียงตัวอย่างที่ดำรงอยู่ท่ามกลางบทบัญญัติอีกมากที่เคยหรือกำลังเผชิญปัญหาในลักษณะเดียวกัน และล้วนรอให้มีการศึกษาวิเคราะห์เพื่อปรับปรุงให้ถูกต้อง เหมาะสม

References

- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. *ทฤษฎีสถิตขั้นพื้นฐาน*. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565.
- บันทึกการประชุมคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ครั้งที่ 7/2560, 20 ตุลาคม 2560.
- ประยูร ภมรมนตรี. *ชีวิต 5 แผ่นดินของข้าพเจ้า*. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2525.
- ปุนเทพ ศิริณุพงศ์. “พระราชอำนาจยังร่างพระราชบัญญัติ.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).
- รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 40 (สมัยสามัญ) วันอาทิตย์ที่ 7 พฤษภาคม พุทธศักราช 2489.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน: วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย.” รายงานการวิจัย, คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, *สกค.1.1/127 เรื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 (16 ส.ค.-27 มี.ค. 2475)*.
- Avaliani, Tamar. “The Importance of Full Constitutional Complaint as the Effective Mechanism For Restoring Human Rights in Constitutional Justice.” *Law & World* 16 (2021): 52-57.
- Bagehot, Walter. *The English Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Dixon, Rosalind, and Landau, David. “1989–2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing.” *International Journal of Constitutional Law* 17, no. 2 (2019): 489-496.

- Fromont, Michel. "Der französische Verfassungsrat." In *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Teilband I Berichte*, edited by Christian Starck, and Albrecht Weber, 309-341. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- Häberle, Peter. "Theorieelemente Eines Allgemeinen Juristischen Rezeptions-Modells." *JuristenZeitung* 47, no. 21 (1992): 1033-1043.
- Harding, Andrew. "The Legal Transplants Debate: Getting Beyond the Impasse?." In *Legal Transplants in East Asia and Oceania*, edited by Vito Breda, 13-33. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Hartwig, Matthias. "Die Legitimation des Staates durch Verfassungsrezeption in Mittel- und Osteuropa." *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999): 919-939.
- Horwitz, Morton J. "Constitutional Transplants." *Theoretical Inquiries in Law* 10, no. 2 (2009): 535-560.
- Hupper, Gail J. "The Academic Doctorate in Law: A Vehicle for Legal Transplants?." *Journal of Legal Education* 58, no. 3 (2008): 413-454.
- Junko, Ando. "Japan und die Preussische Verfassung," In *Japan und Preussen*, edited by Gerhard Krebs, 163-184. München: Iudicium, 2022.
- Kanda, Hideki, and Milhaupt, Curtis J. "Re-Examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law." *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 4 (2003): 887-901.
- Kang, Hyun Ho. "Justizfreie Hoheitsakte, insbesondere Regierungsakte, in Korea." In *Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea*, edited by Wolf-Rüdiger Schenke, and Jong Hyun Seok, 221-230. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.
- Kingreen, Thorsten, and Poscher, Ralf. *Grundrechte Staatsrecht II*. 33rd ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.

- Klein, James R. "The Battle for Rule of Law in Thailand: The Constitutional Court of Thailand." In *The Constitutional Court of Thailand: The Provisions and the Working of the Court*, edited by Amara Raksataya, and James R Klein, 34-90. Bangkok: Constitution for the People Society, 2003.
- Koch, Johannes. *Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- Law, David S., and Versteeg, Mila. "The Declining Influence of the United States Constitution." *New York University Law Review* 87, no. 3 (2012): 762-858.
- Ludwikowski, Rett R. "'Mixed' Constitutions: Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot." *Boston University International Law Journal* 16, no. 1 (1998): 1-70.
- Mels, Philipp. *Bundesverfassungsgericht und Conseil constitutionnel*. München: Wahlen, 2003.
- Mérieau, Eugénie. "The 1932 Compromise Constitution: Matrix of Thailand's Permanent Constitutional Instability." In *Constitutional Foundings in Southeast Asia*, edited by Kevin YL Tan, and Ngoc Son Bui, 297-318. New York: Hart Publishing, 2019.
- Miller, Jonathan M. "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process." *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 4 (2003): 839-885.
- Nußberger, Angelika. "Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost: Illusion, Desillusion, Neubeginn." *Osteuropa* 60, no. 9 (2010) 81-96.
- Örücü, Esin. "Law as Transposition." *The International and Comparative Law Quarterly* 51, no. 2 (2002): 205-223.
- Perju, Vlad. "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations." In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld, and András Sajó, 1304-1327. New York: Oxford University Press, 2012.
- Saunders, Cheryl. "International Involvement in Constitution Making." In *Comparative Constitution Making*, edited by David Landau, and Hanna Lerner, 69-89. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

- Spector, Horacio. "Constitutional Transplants and the Mutation Effect." *Chicago-Kent Law Review* 83, no. 1 (2008): 129-145.
- Tamás, Csaba Gergely. "The Birth of the Parliamentary Democracy in Japan: An Historical Approach." *Zeitschrift für Japanisches Recht* 17, no. 33 (2012): 146-167.
- Teubner, Gunther. "Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnorm in rechtssoziologischer Sicht." In *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, edited by Jürgen Brand and Dieter Stempel, 233-244. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- Tushnet, Mark. "The Possibilities of Comparative Constitutional Law." *The Yale Law Journal* 108, no. 6 (1999): 1225-1309