

ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญ
ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของยานิฟ รอสโน
กับกรณีศึกษาใน
มาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย

รวินทร์ สัตตะพัฒนะ



ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสโน กับกรณีศึกษาใน
มาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย

ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสโน กับกรณีศึกษาใน
มาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย

รวินทร์ สัตะพัฒนะ

โครงการส่งเสริมการผลิตผลงานวิชาการ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

 **สำนักพิมพ์**
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2568

195.-

รวินท์ สีสะพัฒนะ

ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสโน กับกรณีศึกษา
ในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย / รวินท์ สีสะพัฒนะ

1. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ. 2. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ -- มาเลเซีย.
3. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ -- อินโดนีเซีย. 4. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ -- ไทย.
5. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. 6. กฎหมายรัฐธรรมนูญ -- มาเลเซีย.
7. กฎหมายรัฐธรรมนูญ -- อินโดนีเซีย. 8. กฎหมายรัฐธรรมนูญ --ไทย.
9. รอสโน, ยานิฟ. ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.

342.0390959

ISBN (e-book) 978-974-03-4359-2

สพจ. 2715



asskunkaewitak sutongkum
Knowledge to All
www.cupress.chula.ac.th

สิทธิในการผลิตและพิมพ์หนังสือเล่มนี้เป็นของสำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแต่ผู้เดียว
การผลิตและการลอกเลียนหนังสือเล่มนี้ไม่ว่ารูปแบบใดทั้งสิ้น
ต้องได้รับอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรจากสำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

จัดทำโดย สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2568

www.cupress.chula.ac.th [CUB6706-004K]

โทร. 0-2218-3562-3

บรรณาธิการอำนวยการ : รองศาสตราจารย์ ดร.วิมลวรรณ พิมพ์พันธุ์

กองบรรณาธิการฝ่ายวิชาการ : ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ปิยนดา บุนนาค

ศาสตราจารย์ ดร.ปราโมทย์ เดชะอำไพ

ศาสตราจารย์ นายแพทย์ชิษณุ พันธุ์เจริญ

รองศาสตราจารย์ ดร.พิมพ์พันธ์ เดชะคุปต์

ผู้ประสานงาน : วาสนา ข้าเซ็น

พิสูจน์อักษร : พุรกอน สลาม

ออกแบบปกและรูปเล่ม : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สั่งซื้อได้ที่

ศูนย์หนังสือแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ถนนพญาไท เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

<http://www.chulabook.com>

โทร. 08-6323-3703-4

customer@chulabook.chula.ac.th, info@chulabook.chula.ac.th

Apps: CU-eBook Store

คำนำ

หนังสือ “ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสโน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย” เล่มนี้มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ผู้เขียนได้มีโอกาสร่วมทำวิจัยกับศาสตราจารย์บุย งอก ซอน (Bui Ngoc Son) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายเอเชียแห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University) สหราชอาณาจักร ในโครงการ “การศึกษาเปรียบเทียบ การจัดทำรัฐธรรมนูญในเอเชีย” (Asian Comparative Constitutional Law: Constitution-Making) เมื่อ พ.ศ. 2564 โดยผู้เขียนได้รับมอบหมายให้ศึกษาการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ระหว่างที่ได้ทำวิจัยดังกล่าว ศาสตราจารย์บุยได้ย้าเตือนผู้เขียนอยู่เสมอให้เห็นความจำเป็นที่นักวิชาการชาวเอเชียต้องช่วยกันพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบในเอเชียอันเป็นงานวิชาการที่ยังมีจำนวนไม่มากนัก ผู้เขียนตระหนักถึงสิ่งนี้ และค้นพบว่า ประเทศไทยเองก็ยังมีได้มีงานวิชาการด้านกฎหมายมหาชน/รัฐธรรมนูญภาษาไทยที่ศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศในทวีปเอเชียด้วยกันมากนัก ผู้เขียนจึงคิดที่จะพัฒนาต่อยอดงานวิจัยร่วมกับศาสตราจารย์บุยข้างต้น โดยเลือกประเด็นต่อยอดคือ ประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นสิ่งที่สังคมไทยกำลังให้ความสนใจเป็นอันมากในช่วงปีที่ผู้เขียนเริ่มต้นทำการค้นคว้าเพื่อเริ่มต้นจัดทำหนังสือ (กันยายน พ.ศ. 2565)

หนังสือเล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสโน ซึ่งเป็นหนึ่งในทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้รับความสนใจมากที่สุด ในแวดวงวิชาการ ผู้เขียนจักอาศัยบทเรียนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศกำลังพัฒนาในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้สามประเทศ ได้แก่ มาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย เพื่อทบทวนประสิทธิภาพของทฤษฎีของรอสโน และสกัดบทเรียนที่เขาสามารถเรียนรู้เพื่อนำไปปรับปรุงทฤษฎีของตน อนึ่ง ในการวิเคราะห์ประสบการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาเลเซียและอินโดนีเซีย ผู้เขียนได้รับความช่วยเหลืออย่างดียิ่งจากอาจารย์และเพื่อนชาวต่างชาติของผู้เขียนในการให้ข้อมูล และตรวจสอบความถูกต้องของสิ่งที่ผู้เขียนวิเคราะห์ ทั้งศาสตราจารย์แอนดรูว์ ฮาร์ดิง (Professor Andrew Harding) แห่งมหาวิทยาลัยแห่งชาตัสคิงส์โปร์ ดร.วิลสัน แท้ (Dr. Wilson Tay) แห่งคณะนิติศาสตร์ Taylor’s University ประเทศมาเลเซีย และอาจารย์อับลเราะห์มาน ซาตรีโอ (Abdurrachman Satrio) แห่งคณะนิติศาสตร์ Trisakti University ประเทศอินโดนีเซีย ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านเหล่านี้ไว้ ณ ที่นี้

รวินท์ ลีละพัฒนาะ

26 ธันวาคม 2566

สารบัญ

บทที่ 1 ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไน	1
1. วัตถุประสงค์ของหนังสือ “ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอสไน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย”	1
2. วิธีวิจัยที่รอสไนใช้เพื่อประพันธ์หนังสือและโครงสร้างของหนังสือ UCA	6
3. ข้อเสนอแนะพื้นฐานพื้นฐานของทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรอสไน	8
3.1 การยอมรับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมในฐานะคุณค่านำของสังคม	9
3.2 การยอมรับสถานะของปวงชนในฐานะผู้มีอำนาจสูงสุดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	12
3.3 การยอมรับบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ	24
4. การปรับใช้ทฤษฎีของรอสไนในประเทศกำลังพัฒนา : กรณีศึกษาของมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย	28
บทที่ 2 ใครควรเป็นผู้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ? :	35
บททวนข้อสันนิษฐานว่าด้วยผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญของรอสไนผ่านประสบการณ์ของมาเลเซีย	
1. ความนำ	35
2. ภาพรวมและโครงสร้างการเมืองการปกครองของมาเลเซีย	36
3. ประวัติศาสตร์การสร้างชาติมาเลเซีย	38
4. การจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 : การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยปราศจากโมฆยามแห่งรัฐธรรมนูญ	40
5. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1957 : การทำแนวคิด 3Rs ให้เป็นสถาบันมากยิ่งขึ้น	46
6. วิกฤตตุลาการกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	51
7. วิเคราะห์บทบาทของศาลมาเลเซียในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ข้อจำกัดในทางปฏิบัติของการปรับใช้ทฤษฎีของรอสไน	57
7.1 อำนาจของศาลมาเลเซียในการทบทวนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	58
7.2 ศาลกับการปฏิเสธแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	59
7.3 ศาลกับการรับรองรุกรานเนอการา	60
7.4 ศาลกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระหว่างเหตุวิกฤตตุลาการ	60
7.5 บทเรียนจากคำพิพากษาของศาลมาเลเซียต่อรอสไน	64

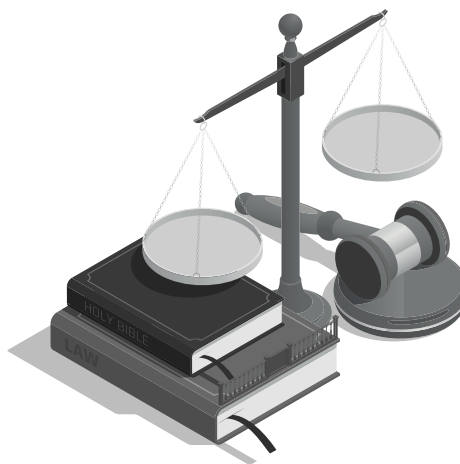
8. บทส่งท้าย : สถาบันพระมหากษัตริย์ของมาเลเซียกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชนชั้นนำ	66
8.1 บทบาทโดยทั่วไปของสถาบันพระมหากษัตริย์มาเลเซียตามรัฐธรรมนูญ	66
8.2 ความขัดแย้งระหว่างพรรค UMNO และเจ้าผู้ปกครอง : มูลเหตุที่ทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์เข้ามาเกี่ยวข้องกับประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	67
8.3 บทเรียนต่อทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรอชไน	74
บทที่ 3 ความเป็นการเมืองของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ทบทวนการปรับใช้ทฤษฎีของรอชไนรัฐธรรมนูญผ่านประสบการณ์ของอินโดนีเซีย	77
1. ความนำ	77
2. ประวัติศาสตร์การสร้างชาติและการมีผลบังคับของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1945	79
3. หลักปรัชญาศีลกับการสถาปนาระบอบเผด็จการภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1945	87
4. ความสัมพันธ์ระหว่างหลักปรัชญาศีลกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	95
5. การแก้ไขรัฐธรรมนูญระหว่าง ค.ศ. 1999 และ ค.ศ. 2002 กับข้อสันนิษฐานพื้นฐานของรอชไน	99
5.1 เหตุการณ์ที่นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1945	99
5.2 รายละเอียดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	100
5.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนอุดมการณ์เสรีนิยม	101
5.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนหลักปรัชญาศีล	104
6. ข้อเสนอให้รื้อฟื้นรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1945 ฉบับดั้งเดิมกับบทเรียนสำหรับรอชไน	106
6.1 ความเห็นสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระหว่าง ค.ศ. 1999 และ ค.ศ. 2002 กับทฤษฎีของรอชไน	109
6.2 ความเห็นสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อรื้อฟื้นการตีความหลักปรัชญาศีล ภายใต้แนวคิดรัฐปิตุลาและหลักบูรณานियัมกับทฤษฎีของรอชไน	110
7. บทส่งท้าย : ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรอชไนกับพลังทางสังคม	113

บทที่ 4 การยับยั้งและการบิฉนทฤษฎีของรอซโน : บทเรียนจากความพยายามแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในไทยในศตวรรษที่ 21	115
1. ความนำ	115
2. แนวคิดว่าด้วยความชอบธรรมในระบบรัฐธรรมนูญไทยกับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ	117
2.1 รัฐชาติสมัยใหม่ การเปลี่ยนแปลงการปกครอง และการสถาปนาประชาธิปไตยแบบไทย	118
2.2 ลักษณะของการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก่อน พ.ศ. 2540	122
2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และ การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	124
2.4 ลักษณะของการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหลัง พ.ศ. 2540	129
3. ที่มา ฐานแห่งความชอบธรรม และเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	133
3.1 ที่มาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	133
3.2 ฐานความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	134
3.3 เนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	136
4. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับกลไกอนุบาล เสียงของประชาชน	139
5. บทส่งท้าย : จากกลไกเพื่อยับยั้งแนวคิดขั้ฉบับันใดทางรัฐธรรมนูญไปสู่ การปรับใช้ทฤษฎีของรอซโนอย่างบิฉน	143
บทที่ 5 บทสรุป	149
1. ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสังคมที่แตกแยก	150
2. แนวคิดรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	152
บรรณานุกรม	159
ดัชนี	195
ประวัติผู้เขียน	201

สารบัญคำพิพากษา/คำวินิจฉัยของศาล

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96)	153
[1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC)	
(6 September 1996)	
Decision No. 62-20 DC of November 6, 1962.	77
Decision No 140/PUU-VII/2009	111
Decision No 02/PUU-XVI/2018	112
Decision No 82/PUU-XVI/2018	111
<i>Alma Nudo Atenza v Public Prosecutor</i> [2019] 4 MLJ 1.	61
<i>Dhinesh a/l Tanaphll v Lembaga Pencegahan Jenayah & Ors</i> [2022] 3 MLJ 356.	63
<i>Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v State of Kerala</i> [1973] INSC 258	17
<i>Indira Gandhi Mutho v Pengarah Jabatan Agama Islam Perak & Ors and others</i>	61
[2018] 1 MLJ 545.	
<i>J.P. Berthelsen v. Director-General of Immigration, Malaysia & Ors</i> [1987]	54
1 MLJ 134.	
<i>Loh Kooi Choon v Government of Malaysia</i> (1977) 2 MLJ 187.	29
<i>Maria Chin Abdullah v Director-General of Immigration</i> [2021] 3 MLRA 1.	63
<i>Mat Shuhaimi bin Shafiei v Public Prosecutor</i> [2014] 2 MLJ 145.	60
<i>Mohamad Noor bin Othman v Mohamad Yusof Jaafar</i> [1988] 2 MLJ 129.	55
<i>Phang Chin Hock v Public Prosecutor</i> [1980] 1 MLJ 70.	59
<i>Public Prosecutor v Azmi Bin Sharom</i> [2015] MLJU 594.	60
<i>Public Prosecutor v Dato' Yap Peng</i> [1987] 2 MLJ 311.	55
<i>Public Prosecutor v Kok Wah Kuan</i> [2008] 1 Malayan LJ 1.	60
<i>Semenyih Jaya Sdn Bhd v Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat & Another Case</i>	61
[2017] MLJ 561.	
<i>Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor</i> [2010] 2 MLJ 333.	29
<i>TunKu Abdul Rahman v Dato Seri Mahathir Mohamad</i> [1988] 2 MLJ 532.	55

บทที่ 1



ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชโน

1. วัตถุประสงค์ของหนังสือ “ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยานิฟ รอชโน กับกรณีศึกษาในมาเลเซีย อินโดนีเซีย และไทย”

ปัจจุบัน ประเด็น “การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (unconstitutional constitutional amendment) ได้กลายเป็นหัวข้อที่นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนจำนวนมากให้ความสนใจ¹ อย่างไรก็ตาม ผู้อ่านบางท่านอาจเกิดความสงสัยว่าเมื่อรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรได้ชื่อว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ (supreme law of the state) ตัวยกของรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมจะมีลักษณะ/เข้าข่ายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อย่างไร และขณะเดียวกัน หากเรายอมรับว่าตัวยกของรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอาจมีลักษณะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้นไม่เท่ากับว่าเรากำลังปฏิเสธสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือ² กระนั้น เมื่อพิจารณา ลักษณะของ “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (constitutional amendment power) ให้ถี่ถ้วน เราสามารถพบความเป็นไปได้ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสถานะที่ได้กล่าวมาก็ทำได้ตั้งแต่เป็นการยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

¹ E.g., Bui Ngoc Son, ‘Constitutional Amendment and Democracy’ (2020) 30 Minnesota Journal of International Law 75; Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law* (Oxford University Press 2020) 1; Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (Oxford University Press 2019); Rosalind Dixon and Richard Holden, ‘Constitutional Amendment Rules’ in Tom Ginsburg (ed), *Comparative Constitutional Design* (Cambridge University Press 2012) 195.

² Mark Tushnet, ‘Constitution-Making: An Introduction’ (2013) 91 Texas Law Review 1983, 2005.



สตีเฟน โฮมส์ (Stephen Holmes) และคาส ซันสไตน์ (Cass Sunstein) ได้ตั้งข้อสังเกตถึงลักษณะเฉพาะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า ในทางหนึ่ง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจที่มีผลกำหนดบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ” (“frame constitutional norms”) ของรัฐเอกเช่นในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ขณะเดียวกัน อำนาจดังกล่าวก็มีใช้ “อำนาจเหนือรัฐธรรมนูญ” (extra-constitutional) หากแต่เป็น “อำนาจที่มีขอบเขตจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญ” (framed)³ ลักษณะประการหลังของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสะท้อนความเป็นไปได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณีอาจเข้าข่ายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้⁴ ในบรรดานักวิชาการผู้สนใจศึกษาประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์ชาวอิสราเอล (Israeli) นาม ยานิฟ รอซไน (Yaniv Roznai) เป็นหนึ่งในผู้ที่มีความโดดเด่นมากที่สุด เนื่องจากเขาได้พยายามสร้างทฤษฎีเฉพาะสำหรับอธิบายประเด็นดังกล่าว⁵

รอซไนถือได้ว่าเป็นนักวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญรุ่นใหม่ผู้ได้รับรางวัลทางวิชาการจำนวนมากมาย และปัจจุบัน (พ.ศ. 2566) ดำรงตำแหน่งเป็นศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัย Reichman รอซไนมีความสนใจต่อการประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ช่วงต้นทศวรรษ 2010 และได้ผลิตงานวิชาการจำนวนมากเพื่อวิเคราะห์ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก⁶ แต่ผลงานเล่มที่สำคัญที่สุดและมีชื่อเสียงที่สุดของรอซไนคงจะหนีไม่พ้นหนังสือ *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “หนังสือ UCA”) ซึ่งเป็นผลงานตีพิมพ์

³ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, ‘The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe’ in Sanford Levinson (ed), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press 1995) 276.

⁴ สำหรับงานวิชาการภาษาไทยว่าด้วย “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” และ “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” โปรดดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, *รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน* (ฟ้าเดียวกัน 2559) 93-100.

⁵ See Joel I. Colon-Rios, ‘Enforcing the Decisions of the People: Book Reviews’ (2018) 33 *Constitutional Commentary* 1, 1.

⁶ E.g., Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, ‘An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision’ (2012) 10 *International Journal of Constitutional Law* 175; Yaniv Roznai, ‘Constitutional Amendability and Unamendability in South-East Asia’ (2019) 14 *Journal of Comparative Law* 188; Yaniv Roznai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea’ (2013) 61 *The American Journal of Comparative Law* 657.



ศาสตราจารย์ยานีฟ รอสไน (Prof. Yaniv Roznai)
(ภาพของรอสไนจาก <https://verfassungsblog.de/author/yaniv-roznai/>)

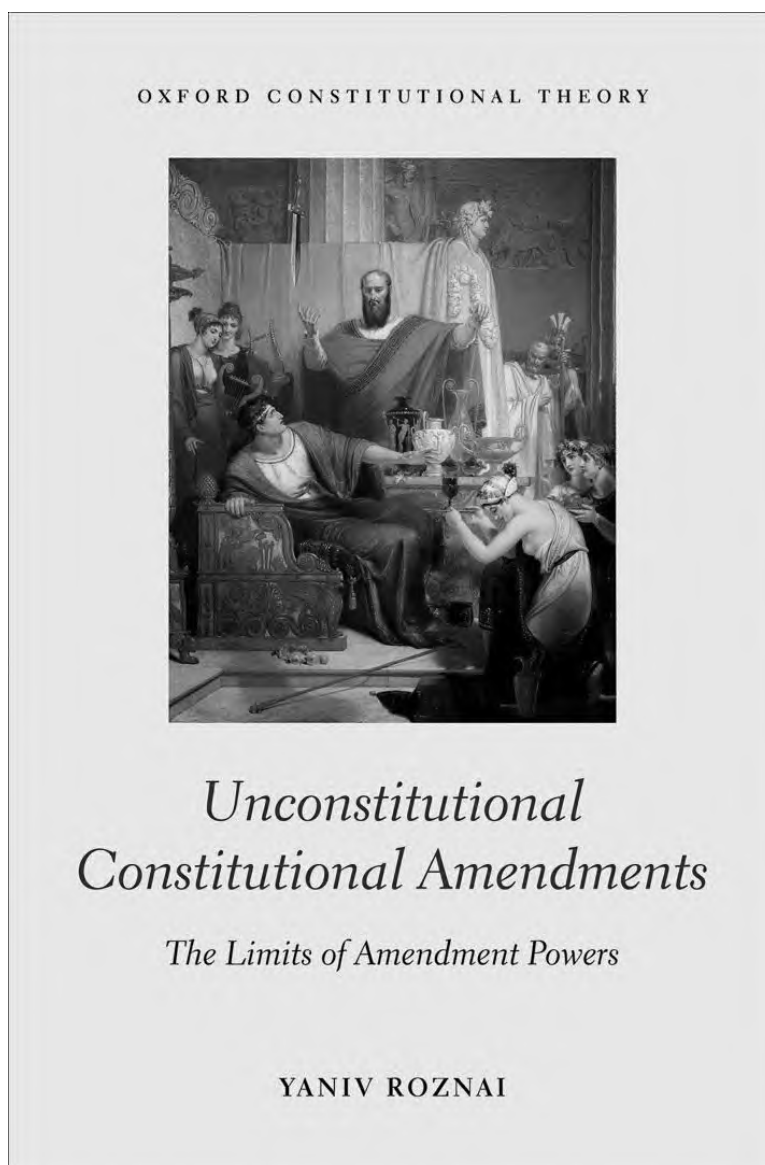


กับสำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University Press) เมื่อ ค.ศ. 2017 หนังสือเล่มนี้ปรับปรุงมาจากวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกของเขา ณ วิทยาลัยเศรษฐศาสตร์และรัฐศาสตร์แห่งลอนดอน (London School of Economics and Political Science)⁷

หนังสือ UCA ไม่เพียงแต่ได้รับรางวัลผลงานวิชาการยอดเยี่ยมจากสมาคมกฎหมายมหาชนนานาชาติ (International Society of Public Law (ICON-S)) เท่านั้น หากแต่ยังถูกอ้างอิงเป็นวงกว้างและถูกแปลเป็นภาษาอื่นนอกจากภาษาอังกฤษจนได้กลายเป็นเป็นหนึ่งในตำราหลักสำหรับการศึกษาทฤษฎีว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ ในหนังสือเล่มนี้ รอซไนได้พัฒนาทฤษฎีกฎหมายที่สามารถอธิบายลักษณะและขอบเขตของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ภาคที่ 1 และ 2 ของหนังสือ) รวมถึงแนวทางทฤษฎีเช่นว่าไปปรับใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติ (ภาคที่ 2 และ 3 ของหนังสือ) หากกล่าวให้ถึงที่สุด ทฤษฎีของรอซไนไม่เพียงแค่เพียงทฤษฎีทางวิชาการ หากแต่ยังเป็นแม่แบบ (model) สำหรับทั้งการออกแบบรัฐธรรมนูญและการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุที่ทฤษฎีของรอซไนถูกอ้างอิงอย่างกว้างขวางในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงต้องการพิสูจน์สมรรถนะ (capacity) ของทฤษฎี กล่าวคือ ผู้เขียนต้องการพิสูจน์ขอบเขตและข้อจำกัดของทฤษฎีเช่นว่า ตลอดจนวิเคราะห์ถึงประเด็นที่รอซไนมิได้กล่าวถึงแต่ควรคำนึงเพิ่มเติม ก่อนที่จะวิเคราะห์สมรรถนะของทฤษฎีของรอซไนได้ เราจำเป็นต้องทราบเสียก่อนถึงวิธีวิจัยที่รอซไนใช้เพื่อประพันธ์หนังสือ UCA และโครงสร้างของหนังสือเล่มนี้ รวมไปถึงข้อสันนิษฐานพื้นฐาน (basic assumptions) ของทฤษฎีดังกล่าว

⁷ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017) [ต่อไปนี้จะเรียกว่า ‘UCA’].



หนังสือ Unconstitutional constitutional Amendment: The Limits of Amendment Power โดย ยานีฟ รอชไน
(ภาพปกหนังสือของรอชไนจาก <https://global.oup.com/academic/product/unconstitutional-constitutional-amendments-9780198840664?cc=th&lang=en&>)



2. วิธีวิจัยที่รอสโนใช้เพื่อประพันธ์หนังสือและโครงสร้างของหนังสือ UCA

เบื้องต้น วิธีวิจัยที่รอสโนใช้เพื่อประพันธ์ดัชนีพนธ์ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นหนังสือ UCA เป็นวิธีวิจัยกฎหมายเปรียบเทียบ (comparative law) ผสานกับวิธีการวิจัยแบบวิเคราะห์หลักทฤษฎี (doctrinal analysis) กล่าวคือ รอสโนใช้การสำรวจรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยของศาลจากทั่วโลกที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (global survey) เพื่ออธิบายและเปรียบเทียบปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น⁸ นอกจากนี้ วิธีการวิจัยของรอสโนยังมีลักษณะ “อิงเป้าประสงค์” (objective approach) กล่าวคือ รอสโนอาศัย “ระดับความเข้มข้น” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้น (เนื้อหาที่ถูกเปลี่ยนแปลงหรือความยากของกระบวนการ) เป็นฐานสำหรับสร้างเกณฑ์บ่งชี้ว่าการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁹

ในส่วนของโครงสร้างหนังสือ UCA ประกอบด้วยกันทั้งหมด 3 ภาค ในภาคที่ 1 รอสโนพยายามนำเสนอแนวคิดด้วยข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื้อหาส่วนนี้ประกอบด้วยกันทั้งหมด 3 บท โดยในบทที่ 1 รอสโนได้สำรวจตัวบทของรัฐธรรมนูญจากทั่วโลก ก่อนจะสรุปว่ารัฐธรรมนูญ ณ ปัจจุบันมีแนวโน้มกำหนดให้บทบัญญัติบางลักษณะเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือ “explicit unamendability”¹⁰ รอสโนนำเสนอให้เห็นถึงประเภทของ “เนื้อหา” (contents) ของรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมักกำหนดให้ไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เอาไว้ โดยเนื้อหาเหล่านี้มักได้แก่ บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของรัฐและรูปแบบการปกครอง อุดมการณ์พื้นฐานของรัฐ สิทธิพื้นฐานของประชาชน หรือในบางประเทศยังรวมไปถึงบรรทัดฐานหรือข้อตกลงในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐนั้นยึดถือ¹¹ ขณะเดียวกัน จากงานของรอสโนสามารถสรุป “วัตถุประสงค์” (objectives) ของบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้ดังต่อไปนี้

(ก) เพื่อพิทักษ์รักษา “แก่น” ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจเล็งเห็นถึงเนื้อหาหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญที่จำเป็นต้องพิทักษ์รักษาเอาไว้เพื่อธำรงเอาไว้ซึ่งบูรณภาพและระบอบการปกครองแห่งรัฐ ตลอดจนดุลอำนาจระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ภายในรัฐ¹²

⁸ Ibid 9.

⁹ 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* (Routledge 2021) 76-78.

¹⁰ Roznai, *UCA*, 38.

¹¹ Ibid 23-26.

¹² Ibid 26-28.

(ข) เพื่อปูทางไปสู่การเปลี่ยนแปลง ในกรณีรัฐที่เคยผ่านประสบการณ์การปกครองแบบเผด็จการและมีการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวาง หากประชาชนประสบความสำเร็จในการล้มล้างระบอบเช่นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อาจกำหนดให้มีบทบัญญัติเฉพาะที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ลดทอนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเพื่อให้กลไกการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตย (democratisation) เกิดขึ้นได้สำเร็จ (เทียบกรณีประเทศอียิปต์)¹³

(ค) เพื่อสร้างความหวังให้แก่ประชาชน ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้บทบัญญัติหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือการแบ่งแยกอำนาจ ไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เพื่ออำนวยความสะดวกให้ประชาชนยังคงมีความหวังต่อประเทศ และมุ่งพยายามที่จะทำให้หลักการของรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดมิให้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นวัฒนธรรมหลักของรัฐต่อไป (เช่น กรณีรัฐธรรมนูญของประเทศบราซิล)¹⁴

(ง) เพื่อจัดการความขัดแย้ง ในบางกรณี ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจมองว่า หากปล่อยให้เนื้อหาหรือหลักการของรัฐธรรมนูญบางประการถูกแก้ไขเพิ่มเติม อาจทำให้เป็นชนวนของเหตุความขัดแย้ง จึงกำหนดให้บทบัญญัติเหล่านี้ไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติม (เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศในแอฟริกาบางแห่ง)¹⁵

นอกจากนี้ในบทที่ 1 ของหนังสือ รอซโนยังอาศัยตัวอย่างของประเทศโปรตุเกส และบราซิลเพื่อแสดงให้เห็นถึง “การหยิบยืม” (bricolage) บทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเป็นผลผลิตจากวัฒนธรรมหรือประวัติศาสตร์ท้องถิ่น แต่อาจเป็นสิ่งที่รัฐ ๆ หนึ่งหยิบยืมมาจากรัฐธรรมนูญของรัฐอื่น¹⁶

ต่อมาในบทที่ 2 รอซโนอาศัย “ผล” คำวินิจฉัยของศาลจากหลากหลายประเทศทั่วโลกทั้งที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) และระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) เพื่อสรุปว่าปัจจุบันองค์กรตุลาการได้มีบทบาทสำคัญมากขึ้นในการกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้ง “หลักโครงสร้างพื้นฐาน” (Basic Structure Doctrine) ซึ่งถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลฎีกาของอินเดียยังได้ถูกยอมรับอย่างกว้างขวางในฐานะ “ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย” (“implicit unamendability”) โดยหลักเชื่อว่าถือเป็นหลักที่ดำรงอยู่แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติเอาไว้โดยตรง และมีสถานะทางกฎหมาย “เหนืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”¹⁷

¹³ Ibid 28-32.

¹⁴ Ibid 32.

¹⁵ Ibid 32-35.

¹⁶ Ibid 35-37.

¹⁷ Ibid 69-70.



ส่วนในบทที่ 3 รอชโนพยายามชี้ให้เห็นถึงข้อจำกัดของการบังคับให้ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติผ่านกลไกกฎหมายระหว่างประเทศ สิ่งนี้เป็นสาเหตุว่าทำไมหนังสือ UCA จึงมุ่งศึกษาถึงบทบาทของรัฐธรรมนูญและศาลภายในประเทศในการพัฒนาและบังคับใช้ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁸

ในภาคที่ 2 ของหนังสือ UCA รอชโนอาศัยปรากฏการณ์ที่ค้นพบในภาคที่ 1 เพื่อยืนยันความจำเป็นที่ต้องสร้างทฤษฎีว่าด้วยข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อเป็น “แม่แบบสากล” สำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากนั้นในภาคที่ 3 เขาได้นำเสนอถึงบทบาทของศาลภายใต้การบังคับใช้แม่แบบที่ถูกพัฒนาขึ้นในภาคที่ 2 หากกล่าวให้ถึงที่สุด เนื้อหาในภาคที่ 2 และ 3 ของหนังสือ UCA จึงเป็นภาพทั้งหมดของทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากมุมมองของรอชโน

3. ข้อสันนิษฐานพื้นฐานของทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรอชโน

เมื่อทราบถึงขอบเขตของคำว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” และวิธีการวิจัยที่รอชโนใช้เพื่อประพันธ์หนังสือของเขาแล้ว ในส่วนนี้ของหนังสือ ผู้เขียนจะอธิบายเนื้อหาของทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่รอชโนได้นำเสนอในภาคที่ 2 และ 3 ของหนังสือ UCA ผ่านการสกัดข้อสันนิษฐานพื้นฐานของทฤษฎีเช่นว่า

โดยภาพรวม หากอ่านทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรอชโนอย่างพิถีพิถะระหัด จะพบว่าทฤษฎีดังกล่าวตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐาน 3 ประการด้วยกัน ได้แก่

- 3.1 การยอมรับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมในฐานะคุณค่านำของสังคม
- 3.2 การยอมรับสถานะของปวงชนในฐานะผู้มีอำนาจสูงสุดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- 3.3 การยอมรับบทบาทหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ข้อสันนิษฐานประการแรกเป็นเรื่องของอุดมการณ์เบื้องหลังทฤษฎีของรอชโนและเป็นพื้นฐานของข้อสันนิษฐานอีกสองประการ โดยข้อสันนิษฐานประการที่สองว่าด้วยลักษณะและขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนข้อสันนิษฐานประการที่สาม สัมพันธ์กับการวินิจฉัยข้อพิพาท

¹⁸ Ibid 101-102.



ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากปราศจากข้อสันนิษฐานทั้งสามแล้ว ทฤษฎีของรอชโนย่อมไม่อาจนำไปปรับใช้ได้จริง ผู้เขียนจะอธิบายข้อสันนิษฐานทั้งสามประการโดยอ้างอิงหนังสือ UCA ประกอบผลงานอื่น ๆ ของรอชโนและบทวิจารณ์หนังสือดังกล่าว เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจและเห็นภาพสิ่งที่เขาต้องการนำเสนอมากที่สุด

3.1 การยอมรับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมในฐานะคุณค่านำของสังคม

เมื่อได้อ่านหนังสือ UCA อย่างพิถีพิถัน ผู้เขียนพบว่า รอชโนไม่ได้มองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างจำกัดแค่ในฐานะภาพสะท้อนความพยายามหาจุดสมดุลระหว่าง “ความยืดหยุ่นของรัฐธรรมนูญ” (constitutional flexibility) ที่ถือว่ารัฐธรรมนูญต้องสามารถเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาวะสังคมตามแต่ละช่วงเวลากับแนวคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญจะต้อง “แก้ไขได้ยากพอสมควร” (constitutional rigidity) เพื่อธำรงเอาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ¹⁹ หากแต่เขาได้สังเคราะห์ทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญผ่านความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือที่รัฐสมัยใหม่ส่วนใหญ่ใช้เพื่อเป็นกรอบแนวทางสำหรับจัดการปัญหาพื้นฐานของกฎหมายมหาชน นั่นคือ ปัญหาความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับผลกระทบต่อประชาชน²⁰

¹⁹ Malkhaz Nakashidze, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments – Review of Yaniv Roznai’s book’ (2022) 1 Journal of Constitutional Law 161, 161. See David Landau and Rosaline Dixon, ‘Tiered Constitutional Design’ (2018) 86 The George Washington Law Review 439, 441-442; Ulrich K. Preuss, ‘The Implications of “Eternity Clause”: The German Experience’ (2011) 44 Israel Law Review 429, 430.

²⁰ David S. Law, ‘Constitutions’ in Peter Cane and Herbert Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press 2010) 377; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg (tr), Harvard University Press 1945) 13-14; Jack M. Balkin, ‘The Framework Model and Constitutional Interpretation’ in David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn (eds), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford University Press 2016) 244; Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford University Press 2003) 5-6.