

เนื้อหาโดยย่อ

Constitutional INSIGHTS ฉบับนี้ ศึกษาตัวเลือกระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่แล้ว ผู้เกี่ยวข้องกับการจัดทำรัฐธรรมนูญจะต้องเผชิญทางเลือกดังกล่าวตั้งแต่ระยะต้นๆ ของกระบวนการ ซึ่งการเลือกส่งผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่จะเกิดขึ้นต่อไปและความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญนั้นด้วย การเลือกไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมนั้นยังสะท้อนให้เห็นถึงความสำเร็จของการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยรวมด้วย

เกี่ยวกับงานชุดนี้

The Melbourne Forum on Constitution-Building in Asia and the Pacific เกิดจากความร่วมมือระหว่างเครือข่าย the Constitution Transformation Network และ International IDEA โดยมุ่งนำนักวิชาการและผู้ปฏิบัติงานในสาขาการจัดทำรัฐธรรมนูญทั่วทั้งภูมิภาคได้มาพบปะและแลกเปลี่ยนมุมมองประสบการณ์ของตนเองในหัวข้อสำคัญต่างๆ เพื่อเสริมสร้างความเข้าใจในสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญในระดับโลก

งานชุดนี้เป็นการเลือกเห็นความเห็นสำคัญๆ จากการประชุม the Melbourne Forum นำมาเรียบเรียงในรูปแบบที่เข้าใจได้ง่ายและสามารถนำไปใช้ได้จริง

สำหรับผู้สนใจงานเขียนอื่นในชุด Constitutional INSIGHTS นี้ และการประชุม the Melbourne Forum สามารถเข้าไปดูข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่เว็บไซต์ของ the Constitution Transformation Network ที่

<https://law.unimelb.edu.au/constitutional->

การจัดทำรัฐธรรมนูญ: การยกร่างและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ข้อความเบื้องต้น

บทความใน Constitutional INSIGHTS ฉบับนี้มุ่งสำรวจทางเลือกเพื่อสร้างความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญทางรัฐธรรมนูญระหว่างการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว ทางเลือกดังกล่าวจะเกิดขึ้นในช่วงต้นของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อกระบวนการทั้งหมดและความชอบธรรมของการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่จะเกิดขึ้น การตัดสินใจระหว่างการยกร่างและการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยรวมในที่สุด

ถึงแม้หัวข้อดังกล่าวจะเป็นหัวข้อสำคัญ แต่บางครั้ง ผลประโยชน์และความเสี่ยงระหว่างการเลือกยกร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่เคยถูกพิจารณาอย่างจริงจัง แม้แต่ในกรณีทางเลือกทั้งสองนั้นเป็นไปได้เท่าๆ กันทั้งคู่ ผู้มีอำนาจตัดสินใจมักตัดสินใจเลือกที่จะยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับเก่าโดยการพิจารณาอย่างคร่าวๆ และไม่ผ่านการปรึกษาหารือกับมหาชนส่วนใหญ่

บทความฉบับนี้มุ่งอภิปรายหาคำตอบในประเด็นสามข้อ ดังนี้

1. การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้นแตกต่างกันอย่างไร
2. ปัจจัยอะไรบ้างที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเลือกที่จะยกร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
3. การเลือกระหว่างการยกร่างและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ส่งผลสำคัญอย่างไรต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งหมด

1. การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้นแตกต่างกันอย่างไร

เมื่อต้องการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้มีอำนาจต้องตัดสินใจว่า จะเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้นด้วยการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไปเลย หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ยังใช้บังคับอยู่นั้นดี บ่อยครั้งที่ความแตกต่างระหว่างการยกร่างและการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น น้อยมาก ไม่ชัดเจน ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดความแตกต่างเป็นสำคัญ

1.1. ความแตกต่างในเชิงกระบวนการ

การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่

การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องจัดให้มีการร่างและรับรองรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญเดิมที่ใช้บังคับอยู่ก่อน ในบางสถานการณ์ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ช่วยให้ (ก) สังคมหลุดพ้นจากอำนาจของรัฐธรรมนูญฉบับเก่า และถูกจัดทำภายใต้กระบวนการที่ถูกยอมรับแล้วว่ามีความชอบธรรมสูง หรือ (ข) รักษาความต่อเนื่องทางกฎหมายต่อจากรัฐธรรมนูญฉบับเก่า หากรัฐธรรมนูญใหม่นั้นจัดทำโดยกระบวนการที่ถูกกำหนดไว้แล้วโดยรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือกระบวนการยกร่างใหม่ทั้งหมด

ศรีลังกาเป็นกรณีศึกษาที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างวิธีการทั้งสองข้างต้น ในปี ค.ศ. 1972 สภาร่างรัฐธรรมนูญถูกจัดตั้งขึ้นตามผลของประชามติในปี ค.ศ. 1970 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดของศรีลังกาเป็นผู้ร่างและรับรองรัฐธรรมนูญภายใต้กระบวนการของสภาผู้แทนราษฎรเองโดยไม่ใช้กระบวนการเดิมที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ในทางกลับกัน ในปี ค.ศ. 1978 รัฐธรรมนูญใหม่อีกฉบับถูกรับรองด้วยเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภา ซึ่งเป็นกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1972 นั้นเอง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การปฏิรูปรัฐธรรมนูญอาจหมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นแตกต่างออกไปตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ แต่ส่วนมาก กระบวนการจะต้องประกอบด้วยกระบวนการนิติบัญญัติที่ยากหรือซับซ้อนกว่ากระบวนการนิติบัญญัติทั่วไป ด้วยนิยามนั้น กระบวนการดังกล่าวช่วยรักษาความต่อเนื่องของระบบกฎหมายได้ดี ดังนั้น ระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติม หรือการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยที่ยังรักษาความต่อเนื่องทางกฎหมายนั้นจึงเป็นความแตกต่างที่ละเอียดอ่อนอย่างยิ่ง ยิ่งซับซ้อนไปกว่านั้นเมื่อคำนึงว่า ในบางกรณี เช่น สาธารณรัฐเกาหลีใต้ นั้น การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาส่วนที่สำคัญมากๆ นั้น ถูกถือเสมือนว่าเป็นการเขียนรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่เลย

ในบทความนี้ คำว่า การแก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่ารวมถึงการเปลี่ยนแปลงใดๆ ในส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่แล้ว โดยไม่รวมถึงการแทนที่รัฐธรรมนูญนั้นทั้งฉบับ คำว่าการยกร่างรัฐธรรมนูญ หมายความว่ารวมถึงกรณีใดๆ ที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ บทความนี้อาจจะระบุความแตกต่างในเรื่องความต่อเนื่องทางกฎหมายระหว่างกรณีศึกษาต่างๆ หากจำเป็น

1.2. ความแตกต่างในเชิงเนื้อหา ระหว่างรัฐธรรมนูญ “ใหม่” และรัฐธรรมนูญ “แก้ไขเพิ่มเติม”

ข้อสันนิษฐานแรกคือ การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่นำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญนั้น ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญน้อยกว่า ข้อสันนิษฐานนี้อาจจริงอยู่บ้าง โดยทั่วไป หากต้องยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับแล้ว ผู้ร่างย่อมไม่คาดหวังให้เปลี่ยนแปลงเฉพาะในบางเรื่อง โดยเฉพาะ ในทางกลับกัน หากสังคมต้องการการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่ ในเรื่องโครงสร้าง เช่น การเปลี่ยนจากรัฐเดี่ยวเป็นสหพันธรัฐ สังคมมักเลือกยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เพื่อเปิดโอกาสให้ทุกภาคส่วนของสังคมได้เข้ามามีส่วนร่วมตัดสินใจ

การตัดสินใจระหว่างรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมขึ้นกับปัจจัยหลายประการรวมถึงสถานะของรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ การเมืองและการควมวาระ และประเพณีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ ข้อเสนอพื้นฐานข้างต้นไม่จริงเสมอไป

ตัวอย่างเช่น ในบางกรณี ความเปลี่ยนแปลงจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะมากมายเสียจนในทางเนื้อหาแล้วเสมือนหนึ่งว่าได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา เช่น กรณีของอินโดนีเซีย ซึ่งกระบวนการประชาธิปไตยส่งผลให้เกิดการปฏิรูปรัฐธรรมนูญระหว่างปี ค.ศ. 1999 ถึง 2002 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้งติดต่อกันนำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงสำคัญๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมมากถึงร้อยละ 80

ในทางกลับกัน ตัวลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญใหม่ก็มักจะคล้ายคลึงกับเนื้อหาของเดิม เช่น กรณีของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของฟิลิปปินส์ใน ค.ศ. 1987 นั้น แม้จะเป็นรัฐธรรมนูญของระบอบใหม่ที่หลุดพ้นจากระบอบเผด็จการแล้ว แต่เนื้อหาหลายส่วนคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม รวมถึงระบอบประธานาธิบดี เช่นเดียวกัน แม้ประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญใหม่หลายฉบับ เนื้อหาในส่วนของระบบกษัตริย์ ระบอบรัฐสภา รูปของรัฐ และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปมากนัก

2. ปัจจัยอะไรบ้างที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเลือกที่จะยกร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การเลือกที่จะยกร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขึ้นกับปัจจัยหลายประการประกอบกัน ซึ่งความสำคัญของแต่ละปัจจัยนั้นก็ขึ้นกับบริบทของการจัดทำรัฐธรรมนูญในขณะนั้น

2.1. สถานะของรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่

สถานะของรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ส่งผลต่อการตัดสินใจว่าการแก้ไขเพิ่มเติม หรือการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นดีกว่ากัน

ในกรณีที่ไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับเดิมอยู่เลย สังคมจำเป็นต้องเลือกยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ กรณีแบบนี้เกิดขึ้นในรัฐเอกราชที่กำเนิดใหม่ ซึ่งจำเป็นต้องจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อก่อตั้งสถาบันและโครงสร้างของรัฐบาล และประกาศความเป็นรัฐ และเอกราชของตนเอง เช่น กรณีติมอร์ เลสเต ซึ่งได้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นในปี ค.ศ. 2002 ภายหลังจากได้รับเอกราชจากอินโดนีเซีย อีกกรณีคือเมื่อรัฐธรรมนูญเก่าที่มีอยู่นั้นไม่สามารถใช้บังคับได้แล้วด้วยสาเหตุบางประการ ในฟีจี เมื่อรัฐธรรมนูญถูกประกาศยกเลิกในปี ค.ศ. 2009 ก็ได้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่จนแล้วเสร็จในปี ค.ศ. 2013 กรณีของฟีจีแสดงให้เห็นว่า ในบางสถานการณ์ เมื่อต้องเลือกระหว่างจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่หรือหวนกลับไปหารัฐธรรมนูญเดิม สังคมอาจแตกแยกกันอย่างรุนแรง

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้นได้รับความเคารพนับถืออย่างสูงและมีพลังเชิงสัญลักษณ์อย่างลึกซึ้ง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมอาจเป็นความคิดที่ดีกว่า เช่น ประเทศตองกา ซึ่งภาคภูมิใจในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1875 มาก ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ประกอบกับหลักประกันด้านสิทธิเสรีภาพ ความทนทาน และความเคารพที่รัฐธรรมนูญมีต่อกษัตริย์ตองกา เมื่อต้องมีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี 2010 เพื่อมอบอำนาจให้แก่ผู้แทนประชาชนแทนที่กษัตริย์ และออกแบบโครงสร้างฝ่ายนิติบัญญัติใหม่ การปฏิรูปนี้เกิดขึ้นในรูปของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิม

หากรัฐธรรมนูญเดิมสูญเสียความน่าเชื่อถือไปแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นสัญลักษณ์ของการเริ่มต้นครั้งใหม่ ความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญเดิมอาจแปรเปลี่ยนด้วยความเกี่ยวพันกับระบอบอำนาจนิยม ระบอบ

อาณานิคม หรือการปกครองที่กดขี่โหดร้าย เช่น ฟิลิปปินส์ภายหลังจาก
ล่มสลายของเผด็จการมากอส รัฐบาลใหม่รับประกาศจะจัดทำรัฐธรรมนูญ
ฉบับชั่วคราวเพื่อเปิดทางให้การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในปี ค.ศ. 1987
เช่นเดียวกันในเนปาล ข้อตกลงสันติภาพเพื่อยุติสงครามกลางเมืองนั้น
รวมไปถึงการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของรัฐ

2.2. ข้อคำนึงทางการเมือง

การเมืองก็เป็นปัจจัยส่งผลต่อการตัดสินใจเลือกวิธีการเปลี่ยนแปลง
รัฐธรรมนูญ

พลวัตรของการเมืองอาจส่งผลให้ทางเลือกหนึ่งเป็นไปได้มากกว่าอีกทาง
เช่น ถ้าการแก้ไขเพิ่มเติมจำเป็นต้องได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดจากฝ่าย
นิติบัญญัติ ซึ่งยากจะสำเร็จได้ การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นเลยก็อาจ
จะเป็นทางเลือกที่น่าสนใจกว่า เช่นกัน หากการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นมี
กติกายากจะสำเร็จได้ (อาทิ การจัดทำประชามติ) ผู้มีอำนาจตัดสินใจ
อาจเลือกการแก้ไขเพิ่มเติม

บางครั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแสดงถึงการประนีประนอม ระหว่าง
กลุ่มคนผู้อยากเห็นการเปลี่ยนแปลงขนาดใหญ่ และผู้ไม่ประสงค์จะเห็น
ความเปลี่ยนแปลงนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมช่วยให้กฎปฏิบัติมีหนทางจะสร้าง
พัฒนาการบางอย่าง และช่วยปลอบประโลมให้ผู้ต่อต้านมั่นใจว่า ความ
เปลี่ยนแปลงนั้นจะถูกจำกัดไว้ ใต้หวั่นเป็นตัวอย่างที่ค่อนข้างประหลาด
ในกรณีนี้ เมื่อกลุ่มกำลังทางการเมืองภายในประเทศบางกลุ่มต้องการ
คงรัฐธรรมนูญเดิมไว้ อย่างน้อยที่สุดในรูปแบบ และความปรารถนาดัง
กล่าวได้รับการสนับสนุนจากจีนและสหรัฐอเมริกา

ผู้นำการเมืองอาจเลือกการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มั่นใจว่าตัวเองยังมีอำนาจ
ควบคุมกระบวนการนั้นไว้ได้ การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่นั้นอาจเปิด
ประเด็นการเปลี่ยนแปลงในทุกส่วนของรัฐธรรมนูญจนเกินที่จะควบคุม
ในทางกลับกัน การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นระบุเพียงบางประเด็นที่เป็นที่สนใจ
และถูกจำกัดไว้เพียงเท่านั้น

การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในอินโดนีเซียเพื่อสนับสนุนกระบวนการ
ประชาธิปไตยนั้นเกิดขึ้นผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรวมสี่ครั้งระหว่าง
ช่วงปี ค.ศ. 1999 ถึง 2002 ในช่วงเวลาดังกล่าว สังคมถกเถียงกันถึงตัว
เลือกระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมและการยกร่างรัฐธรรมนูญ ในช่วงแรก
ตัวเลือกที่มาแรง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลสำคัญคือ
เพื่อธำรงหลักการของรัฐธรรมนูญฉบับเอกราชปี 1945 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
การธำรงหลักปรัชญาศีลในคำปรารภ ความประสงค์นี้แสดงออกผ่าน
การถกเถียงในช่วงแรกๆ บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนั้นถูกจัดทำเป็นภาค
ผนวกแยกออกมาจากเนื้อหาหลัก มิได้เข้าไปแทนที่เนื้อหาส่วนดังกล่าว
(ข้อปฏิบัตินี้ภายหลังถูกห้ามใช้อีกต่อไป) เหตุผลอีกประการที่อินโดนีเซีย
เลือกใช้การแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่การยกร่างใหม่ คือ เพื่อรักษารัฐธรรมนูญ
1945 ในฐานะสัญลักษณ์ของชาติ และหลีกเลี่ยงความขัดแย้งอันอาจเกิด
จากประเด็นศาสนาและรัฐ

2.3. ประเพณีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

ประเพณีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในหลายประเทศเป็นตัวกำหนดว่าการ
เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้น ควรกระทำด้วยวิธีไหน อย่างไร

ในบางประเพณีปฏิบัติ ความต่อเนื่องของกฎหมาย Legal continuity อาจ
สำคัญกว่าในประเพณีแห่งอื่น ภายใต้ประเพณีปฏิบัตินี้ การเปลี่ยนแปลง
อาจทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายใต้กติกาที่
รัฐธรรมนูญเดิมเป็นผู้กำหนดไว้ ส่วนมากแล้ว มักมีข้อสันนิษฐาน แม้
จะไม่เด็ดขาดก็ตาม ว่ารัฐธรรมนูญในธรรมเนียมของระบบกฎหมาย

จารีตประเพณี (Common Law) นั้นเน้นที่ความต่อเนื่องนี้ และนั่นคือสาเหตุอธิบายว่าทำไมในประเทศเช่น อินเดีย ปาปัวนิวกินี และสิงคโปร์นั้นประวัติศาสตร์การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมในทางกลับกัน ประเพณีปฏิบัติอื่นอาจยอมรับ หรือแม้กระทั่งเรียกร้องการเปลี่ยนแปลงใหญ่ผ่านกรอบอำนาจสถาปนา ซึ่งไม่รักษาความต่อเนื่องกับรัฐธรรมนูญเดิมไว้เลย ฟิลิปปีนส์เป็นตัวอย่างในเรื่องนี้ รัฐธรรมนูญปี 1987 เกิดจากการปฏิบัติประชาชน เพื่อโค่นล้มเผด็จการ และสถาปนารัฐบาลประชาธิปไตย รัฐบาลปฏิวัติของประธานาธิบดีอากิโนเป็นผู้ริเริ่มกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นี้ โดยยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมและเรียกร้องให้รัฐธรรมนูญใหม่ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ การแตกหักกับระบอบเก่านี้สะท้อนให้เห็นถึงเจตจำนงค์ของขบวนการเคลื่อนไหวของประชาชนและข้อเรียกร้องถึงประชาธิปไตย ในสถานการณ์พิเศษเช่นนี้ การตอบสนองต่อข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ยอมรับได้และควรกระทำ

3. การเลือกระหว่างการยกร่างและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้น ส่งผลสำคัญอย่างไรต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งหมด

ความสำคัญของตัวเลือกทั้งสองนั้นขึ้นกับบริบทและสถานการณ์ ในส่วนนี้จะอธิบายประเด็นสามข้อที่น่าจะเกี่ยวข้องกับโจทย์ดังกล่าว

3.1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายและความยืดหยุ่น

การตัดสินใจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้นจำเป็นต้องปฏิบัติตามกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับย่อมกำหนดกระบวนการไว้แตกต่างกันไป โดยทั่วไป กระบวนการปกติมักรวมถึงการใช้เสียงข้างมากเด็ดขาดในฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการทำประชามติ

รัฐธรรมนูญบางฉบับอาจจะระบุกระบวนการที่แตกต่างออกไป ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของญัตติที่ต้องการแก้ไข ตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียโดยทั่วไปนั้นใช้เสียงข้างมากสองในสามของแต่ละสภา แต่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเฉพาะส่วนโครงสร้างของสหพันธรัฐนั้นจะต้องได้รับการเห็นชอบเกินกึ่งหนึ่งของมลรัฐทั้งหมด ประเทศอื่นๆ ในภูมิภาคเดียวกันก็ใช้วิธีการคล้ายคลึงกันในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อที่จะพิทักษ์รักษาบทบัญญัติบางประการหรือคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (อาทิ รัฐธรรมนูญปาปัวนิวกินี สิงคโปร์ ศรีลังกา และวานูอาตู) รัฐธรรมนูญบางฉบับอาจจะกำหนดบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้เลย (eternity clauses) (ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของติมอร์ เลสเต ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักประกันด้านสิทธิเสรีภาพ ประชาธิปไตย และคุณค่าทางการเมืองบางอย่าง หรืออินโดนีเซีย ห้ามแก้ไขรูปของรัฐธรรมนูญเป็นรัฐเดี่ยว และสาธารณรัฐ และมาเลเซีย ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงการสืบราชสันตติวงศ์)

เมื่อใดก็ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้สูงจนไม่อาจเป็นไปได้ อีกหนทางคือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้นผ่านกระบวนการสองขั้นตอนเพื่อรักษาความต่อเนื่องทางกฎหมายไว้ นั่นรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเองเสียก่อน แล้วจึงค่อยลงมือแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาที่อยากแก้ไขจริงๆ

**ความชอบธรรมหมายถึง
คุณสมบัติของรัฐธรรมนูญ
ที่จะโน้มน้าวประชาชนได้ว่า
ทำไมประชาชนและรัฐบาล
จึงควรเชื่อถือรัฐธรรมนูญ
และปฏิบัติตาม**

การตัดสินใจร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจมีทางเลือกที่ยืดหยุ่นมากขึ้นในการกำหนดกระบวนการ รัฐธรรมนูญอาจถูกจัดทำขึ้นตามกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือแทนที่ที่กำหนดไว้ใน อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ที่ไม่มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับอยู่แล้ว หรือไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องทางกฎหมาย ผู้มีอำนาจจะมีอิสระในการกำหนดกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ได้เอง ทั้งนี้ การเลือกกระบวนการที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมนั้นสำคัญมาก กระบวนการเช่นว่านั้นรวมถึงสภาร่างรัฐธรรมนูญ และ/หรือ ประชามติ เพื่อแสดงออกถึงแรงสนับสนุนของประชาชนต่อร่างรัฐธรรมนูญนั้น

3.2. กระบวนการอื่น รวมถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน

ปัจจุบันนี้ หลักเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนและกระบวนการอื่นๆ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่ยอมรับกันกว้างขวางเพื่อสร้างความรู้สึกเป็นเจ้าของ หลักการเดียวกันนี้เป็นที่ยอมรับน้อยกว่าหากตัวเลือกคือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีถูกสันนิษฐานว่า การรักษาความต่อเนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้นก็เพียงพอต่อการสร้างความชอบธรรมให้การแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ในกรณีหลังนี้ อันที่จริงแล้วก็ควรคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนเช่นเดียวกันหากการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวางลึกซึ้ง ไม่มีข้อกำหนดใดที่ห้ามกระบวนการมีส่วนร่วมและกระบวนการอื่นๆ เพื่อทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีส่วนร่วมมากยิ่งขึ้นส่วนคำถามว่า ควรจะให้ประชาชนมีส่วนร่วมมากน้อยแค่ไหนเมื่อไหร่ย่อมขึ้นกับสถานการณ์และบริบท

ในกรณีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การมีส่วนร่วมเป็นกลไกที่สร้างความชอบธรรมได้เป็นอย่างดี การมีส่วนร่วมช่วยยืนยันหลักประกันว่า มุมมองความคิดเห็นของกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียที่สำคัญในสังคมนั้นจะถูกนำมาพิจารณา ในประเทศที่มีความขัดแย้งรุนแรงหรือแตกแยกกันรุนแรง กระบวนการมีส่วนร่วมเปิดช่องให้ชุมชนที่ได้รับกระทบได้ร่วมแบ่งปันประสบการณ์และความคิด กระบวนการนี้อาจเปิดโอกาสให้ผู้ขัดขวางด้วยก็ได้ ในบางบริบท การมีส่วนร่วมหมายถึงการเปิดพื้นที่เจรจากับกลุ่มกบฏหรือกองกำลังสู้รบ (เช่น กระบวนการที่เกิดขึ้นในประเทศเมียนมาร์) เปรียบกับชนกลุ่มน้อยและชนพื้นเมือง (เช่น เนปาล) หรือกับกลุ่มชาติพันธุ์โพ้นทะเล การมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นช่องทางที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญจะได้อธิบายชี้แจงเหตุผลของตนเองต่อสาธารณะในวงกว้าง ซึ่งอาจเป็นปัจจัยที่สำคัญมากหากร่างรัฐธรรมนูญที่จะจัดทำขึ้นนั้นต้องถูกนำไปให้ประชาชนลงประชามติ ข้อดีของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นข้อดีในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

กลไกการมีส่วนร่วมของประชาชนอาจรวมถึงการเลือกหรือแต่งตั้งพลเมืองเข้าสู่สภาเพื่อไปถกเถียงและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับข้อเสนอใดๆ ที่อาจมี กระบวนการปรึกษาหารือเช่น การประชุม และการยื่นจดหมาย และการรับฟังความคิดเห็นในวงกว้าง เช่น การระดมความคิดเห็น หรือการรับฟังความคิดเห็นเพื่อตัดสินใจประเด็นสำคัญ (กลไกดังกล่าวถูกนำไปทดลองใช้ในมองโกเลีย) พลเมืองอาจถูกสุ่มเลือกจากทั่วประเทศเพื่อมาพบปะพูดคุยเรื่องประเด็นทางรัฐธรรมนูญในเวทีสาธารณะ จากนั้น ผู้เข้าร่วมแต่ละคนทำแบบสำรวจหรือลงมติ ผลการสำรวจความคิดเห็นนี้อาจถูกนำไปใช้ในรัฐสภาเพื่อช่วยให้เข้าใจความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากขึ้น

บางครั้ง บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเพื่อกำหนดให้มีการมีส่วนร่วมของประชาชนขึ้นก็ได้ ตัวอย่างเช่นในการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2540 ในประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นหลังจากการลุกฮือของประชาชนเพื่อโค่นล้มรัฐบาลทหาร

ภายใต้การเรียกร้องให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่เป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น รัฐบาลแก้ไขมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ 2534 ในปี 2539 เพื่อเปิดให้มีการจัดทำสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกตั้งทางอ้อมเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญก่อนจะนำร่างดังกล่าวไปให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบอย่างเป็นทางการ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดให้มีการมีส่วนร่วมนั้นอาจไม่จำเป็นเสมอไป กระบวนการดังกล่าวอาจถูกระงับไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ รวมถึงข้อตกลงสันติภาพ หรือจัดทำขึ้นภายใต้การดูแลของผู้มีอำนาจตรวจสอบรัฐธรรมนูญ

3.3. บทบาทของฝ่ายตุลาการ

ศาลเป็นตัวละครสำคัญในกระบวนการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ แต่อาจแตกต่างกันระหว่างกรณีแก้ไขเพิ่มเติมและการยกร่างรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของการเปลี่ยนแปลงผ่านการแก้ไขเพิ่มเติม กระบวนการนี้อาจถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการได้ เนื่องจากจำเป็นต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาล ในฐานะองค์กรผู้ตีความและพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติที่กำหนดไว้หรือไม่ ศาลในบางประเทศ เช่น อินเดีย ปาปัวนิวกินี และได้หวั่นนั้นได้ขยายการตรวจสอบไปจนถึงเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเดิมหรือไม่ โดยพัฒนาหลักที่เรียกว่า หลักโครงสร้างพื้นฐาน (the basic structure doctrine) ในบางกรณี การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการนั้นช่วยตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมมิให้ถูกบิดเบือนโดยผู้มีอำนาจ แต่ในกรณีอื่น ฝ่ายตุลาการอาจจะกลายเป็นผู้ขัดขวางยับยั้งการปฏิรูป และเป็นผู้ช่วยธำรงสถานะและผลประโยชน์ของฝ่ายอนุรักษนิยม และทำลายกระบวนการประชาธิปไตยทางการเมือง

ประเด็นทั้งหลายเหล่านี้เป็นข้อกังวลน้อยกว่าในกรณีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อย่างน้อยที่สุดก็ในกรณีที่ไม่ต้องรักษาความต่อเนื่องทางกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ในแง่นี้ การตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการก็ยังมีบทบาทอยู่ เช่น ในเนปาล ซึ่งศาลสูงสุดไม่อนุญาตให้สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกปฏิบัติหน้าที่เกินกว่าระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกนั้นปฏิบัติหน้าที่มาเกินสี่ปีแล้ว และได้ขยายเส้นตายของตนเองออกไป ผลคือ จากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุด เนปาลจัดการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่สอง ซึ่งได้ร่างรัฐธรรมนูญจนสำเร็จในที่สุด

เกี่ยวกับ International IDEA

The International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) เป็นองค์กรไม่แสวงหาผลกำไรซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1995 เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนประชาธิปไตยอย่างยั่งยืนทั่วโลก

<<http://www.idea.int>>

เกี่ยวกับ the Constitution

Transformation Network

The Constitution Transformation Network สังกัดอยู่กับ Melbourne Law School โดยมุ่งหมายจะนำนักวิจัยและผู้ปฏิบัติงานมารวมกันค้นคว้าเกี่ยวกับปรากฏการณ์ความเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ

<<http://law.unimelb.edu.au/constitutional-transformations>>

คำเตือน Disclaimer

สิ่งพิมพ์ของ International IDEA ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการประเมินระดับชาติหรือผลประโยชน์ทางการเมืองใดโดยเฉพาะเจาะจง ข้อเขียนที่ปรากฏใน Constitutional INSIGHTS ไม่ได้จำเป็นต้องเป็นความคิดเห็นของ International IDEA หรือผู้บริหารขององค์กร

Colophon

© 2023 International IDEA and Constitution Transformation Network

© 2018 English edition

The electronic version of this publication is available under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 (CC BY-NC-SA 3.0) licence. You are free to copy, distribute and transmit the publication, and to remix and adapt it, provided it is only for non-commercial purposes, that you appropriately attribute the publication, and that you distribute it under an identical licence. For more information visit the Creative Commons website: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>>

Design and layout: International IDEA

บรรณานุกรมและรายชื่อหนังสืออ่านเพิ่มเติม

Böckenförde, M., Constitutional Amendment Procedures, International IDEA Constitution-Building Primer No. 10, September 2014, <<https://www.idea.int/publications/catalogue/constitutional-amendment-procedures>>, accessed 5 October 2018

Chang, W.-C., Thio, L., Tan, K. YL and Yeh, J.-R., ‘Constitutional Change and Amendments’, in Constitutionalism in Asia: Cases and Materials (Oxford: Hart Publishing, 2014)

Constitution Transformation Network and International IDEA, Second Melbourne Forum on Constitution Building in Asia and the Pacific, Manila, The Philippines, 3–4 October 2017, Interim Report, <<https://law.unimelb.edu.au/constitutional-transformations/MF/melbourne-forum-2017/interim-report>>, accessed 5 October 2018

งานเขียนชิ้นนี้เป็นการแปลมาจากบทความ “Constitutional beginnings: Making and amending constitutions” ซึ่งเขียนขึ้นเป็นภาษาอังกฤษและตีพิมพ์โดย the International Institute for Electoral Assistance (International IDEA) เมื่อปี ค.ศ. 2018 ผู้จัดทำพิมพ์ไม่อาจรับรองความถูกต้องแม่นยำของการแปล ในกรณีมีข้อสงสัยให้ถือว่าข้อความในฉบับภาษาอังกฤษเป็นที่สุด

งานชิ้นนี้ได้รับการปรับปรุงในปี ค.ศ. 2023 เพื่อเปลี่ยนรูปแบบชื่อและตราของ International IDEA โดยมีได้มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาแต่ประการใด