



รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง

**การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256**



เสนอ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โดย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.นรงค์เดช สรุโซษิต หัวหน้าโครงการและคณะ





รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2560 มาตรา 256

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต หัวหน้าโครงการและคณะ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256.--กรุงเทพฯ : สำนักงาน, 2568.

592 หน้า.

1. ไทย. 2. รัฐธรรมนูญ. I. ชื่อเรื่อง.

342.593

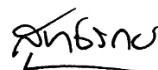
ISBN 978-616-8344-29-3

ชื่อหนังสือ	การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256
ปีที่พิมพ์	พิมพ์ครั้งที่ 1 กรกฎาคม 2568
จำนวนพิมพ์	500 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 www.constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	กลุ่มงานวิจัยและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด 9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310 โทร. 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951 E-mail: tanapress@gmail.com

คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นผู้ศึกษาวิจัย โดยการศึกษาวิจัยนี้ มีประเด็นศึกษาเกี่ยวกับเรื่องการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการอภิปราย ถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในทุกภาคส่วนของสังคมไทย เป็นประเด็นที่มีความลึกซึ้งทางวิชาการครอบคลุมทั้งมิติกฎหมาย รัฐศาสตร์ สังคมวิทยาการเมือง ฯลฯ จึงจำเป็นต้องศึกษาวิจัยเพื่อหาคำตอบของประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม ทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของมาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องมีการออกเสียงประชามติ ศึกษาหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีปฏิบัติของศาลหรือองค์กรที่มีบทบาทเกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของไทยกับต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และสาธารณรัฐตุรกี เพื่อนำผลการศึกษาที่ได้มาใช้เป็นฐานข้อมูลสนับสนุนบทบาทการเป็นผู้พิทักษ์หลักนิติธรรมของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลและส่งเสริมการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคและความเท่าเทียมแก่ประชาชนทุกคน รวมถึงเป็นประโยชน์สำหรับการเพิ่มพูนองค์ความรู้และการอ้างอิงในทางวิชาการ ต่อผู้อ่านและหน่วยงานต่าง ๆ ให้สามารถนำข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษาไปใช้ประโยชน์ทางวิชาการต่อไป



(นายสุทธิรักษ์ ทรงศิริโล)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

บทคัดย่อ

งานวิจัยฉบับนี้ถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการศึกษาถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากวิถีปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากวิถีปฏิบัติของศาล โดยการศึกษาแนวปฏิบัติของไทยเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน แอฟริกาใต้ และตุรกี ซึ่งการศึกษากกรณีตัวอย่างรวมถึงแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ในงานวิจัยนี้กระทำการลงผ่านกระบวนการวิจัยทางเอกสารเป็นหลัก

จากผลการศึกษาพบว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญอาจประสบกับปัญหาสำคัญหลายประการ โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับระดับความเข้มงวดที่เหมาะสมของนิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเลือกใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในทางเนื้อหา

ข้อเสนอแนะหลักที่ผู้วิจัยมีต่อปัญหาดังกล่าวประกอบด้วย การจำกัดช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้ใช้เพียงช่องทางตามที่ปรากฏอยู่ในความตามมาตรา 256 (9) และการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามความในมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้วิจัยพบว่า แม้ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้อำนาจดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดบางประการ ได้แก่ การจำกัดอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เฉพาะขั้นตอนที่ถือเป็นสาระสำคัญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ใช้นิติวิธีที่มีความเข้มงวดจนเกินไป และควรปรับระดับของ

ความเข้มงวดของนิติวิธีที่ใช้ให้แตกต่างกันไปตามแต่ลักษณะของเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกรตรวจสอบ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งในการตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางประการ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่นับว่าสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ

ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ข้างต้น เป็นผลจากการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกรณีศึกษาทั้งของไทยและต่างประเทศ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการดำเนินการตามข้อเสนอแนะทั้งหลายที่เสนอไว้ในงานวิจัยฉบับนี้ ช่วยให้ศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้อย่างรอบคอบและเต็มประสิทธิภาพ และเพื่อขจัดหรือบรรเทาปัญหาและข้อโต้แย้ง ทั้งในทางกฎหมายและในทางวิชาการที่อาจจะเกิดขึ้นได้ต่อไปในอนาคต

บทสรุปผู้บริหาร (Executive Summary)

งานวิจัยเรื่อง “การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256” นี้ได้ถูกจัดทำขึ้นบนพื้นฐานของวัตถุประสงค์สำคัญสี่ประการ ได้แก่ ประการแรก เพื่อศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของมาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ประการที่สอง เพื่อศึกษาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องมีการออกเสียงประชามติ ประการที่สาม เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีปฏิบัติของศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทยกับประสบการณ์ของต่างประเทศ และประการที่สี่ เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากวิธีปฏิบัติของศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากวิธีปฏิบัติของศาล โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทยกับต่างประเทศ

การวิจัยจัดทำลงโดยอาศัยศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยมุ่งเน้นไปที่การศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการศึกษาประสบการณ์ที่เกี่ยวข้องจากกรณีศึกษาในต่างประเทศ โดยเน้นไปที่ประเทศที่ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแงุ่มที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งประเทศแรกในงานวิจัยนี้มุ่งศึกษาได้แก่ประเทศเยอรมนี อันเป็นประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยนิติวิธีในการตีความว่าศาลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและอำนาจไว้ซึ่งหลักนิติรัฐ ดังนั้น ศาลจึงย่อมมีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่อมาประเทศที่สองในงานวิจัยนี้มุ่งที่จะศึกษาได้แก่ ประเทศแอฟริกาใต้ อันเป็นประเทศที่มีได้มีบทบัญญัติ

กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในทางเนื้อหาไว้ แต่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และประเทศสุดท้ายที่ได้รับการศึกษาถึงในงานวิจัยฉบับนี้คือประเทศตุรกี ซึ่งเป็นประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญไทย และบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

สำหรับผลการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญต่อการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศพบว่า ในกรณีของประเทศเยอรมันนั้น ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อขยายขอบอำนาจของตนให้สามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยตีความว่า “รัฐบัญญัติ” ซึ่งถูกตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นเป็น “กฎหมาย” รูปแบบหนึ่งที่อยู่ภายใต้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะอาศัยการตีความเพื่อขยายอำนาจของตนให้สามารถควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างกว้างขวาง ผู้วิจัยกลับพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยเข้าไปตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง และประการสำคัญ นั่นคือไม่เคยมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวินิจฉัยให้เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (บทบัญญัติซึ่งไม่สามารถถูกแก้ไขได้) ทั้งนี้ ศาลพยายามที่จะตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับความในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 79 (3) ของรัฐธรรมนูญเสมอ

การตีความขยายอำนาจแต่ในขณะเดียวกันก็จำกัดอำนาจของตนเองอยู่ในที่ ดังเช่นกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้จะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะ

ในส่วนที่เป็น การตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ เปิดช่องให้แก้ไขเนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญได้ในทุกบทมาตรา อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญ ได้แสดงออกอย่างชัดเจนผ่านการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและการนำเอา หลักทฤษฎีต่าง ๆ มาปรับใช้ ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีความสามารถและมีขีดอำนาจ มากพอที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี ความกลับปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ไม่ได้ก้าวล่วง เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย ทั้งนี้ ในบางคำวินิจฉัยศาล มีแนวโน้มที่จะพยายามตีความการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำลงโดยชอบด้วย กระบวนการแล้วให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็น ได้ว่ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับกรณีของประเทศเยอรมนี

ในทางกลับกัน ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศที่สามอันได้แก่ประเทศตุรกีนั้น มีลักษณะและแนวทางในการปรับใช้นิติวิธีที่แตกต่างออกไปจากสองประเทศแรก กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดข้อจำกัดในการใช้อำนาจของศาลในการเข้าตรวจสอบ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน คือให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่เฉพาะความถูกต้องของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จาก การศึกษากลับพบว่าศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้ตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เพื่อขยายอำนาจของตนให้ครอบคลุมการตรวจสอบความถูกต้องในเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย และที่สำคัญ ในหลาย ๆ คดีปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญ ได้เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเข้มงวด คือแม้จะมี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักการในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เล็กน้อย ก็ถือว่าทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น จากการศึกษาพบว่าภายใต้บทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ปรากฏช่องทางที่จะสามารถ ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ทั้งสิ้นสามช่องทาง ได้แก่

(1) กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ/หรือ สมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อร้องขอให้ ส่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามความ ในมาตรา 256 (9)

(2) กรณีที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเสนอปัญหาที่เกี่ยวข้องกับอำนาจ หน้าที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามความในมาตรา 210 (2) และ

(3) กรณีที่ประชาชนเสนอคำร้องตามความในมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการแสดงออกซึ่งการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ภายใต้ช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ผู้วิจัยพบปัญหาที่เกี่ยวข้องกับช่องทางดังกล่าวในสองประเด็น ประเด็นแรก การใช้ช่องทางตามความในมาตรา 210 (2) เพื่อเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำและถือได้ว่าไม่ถูกต้อง เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดช่องทางเฉพาะในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไว้อยู่แล้ว ตามความในมาตรา 256 (9) ดังนั้น การใช้ช่องทางตามมาตรา 210 (2) จึงเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม

ปัญหาในประการที่สอง ได้แก่ ปัญหาการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามความในมาตรา 49 โดยจากการศึกษาพบว่าเนื่องจากเนื้อหาของมาตรา 49 นั้นบัญญัติไว้ให้ประชาชนใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เฉพาะต่อกรณีที่เป็นการใช้สิทธิเพื่อป้องกันการ “ใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” โดยไม่ได้มีการกล่าวถึง “การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น การใช้ช่องทางตามมาตรา 49 เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กระบวนกร” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากลำพังเพียงแค่การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนกรขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามรัฐธรรมนูญนั้นหาได้มีความร้ายแรงจนถึงขั้นที่จะนำไปสู่การล้มล้างการปกครองไม่ โดยช่องทางในมาตรา 49 นี้ควรถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีลักษณะที่นำไปสู่การล้มล้างการปกครองหรือไม่เท่านั้น

สำหรับช่องทางอื่น ๆ ที่อาจมีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในชั้นศาลตามมาตรา 212 การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 หรือการร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 (1) เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าในเชิงเนื้อหาหรือในเชิงกระบวนกร

ผู้วิจัยเห็นว่าไม่อาจกระทำได้ และศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรที่จะใช้อำนาจของตนตีความเพื่อที่จะขยายช่องทางในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกไปให้มากกว่าที่เป็นอยู่

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้วิจัยพบว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง คือบัญญัติไว้เฉพาะแต่กรณีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบกรณีที่เกี่ยวข้องกับการออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นไปตามความในมาตรา 256 (9) อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอยู่ในตัวเอง (inherent power) ในฐานะที่เป็นองค์กรซึ่งมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ (the guardian of the constitution) ดังนั้น หากมีการยื่นคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญตามความในมาตราข้างต้นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องในเชิงกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

อนึ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจำที่จะต้องจำกัดไว้เฉพาะการตรวจสอบกระบวนการที่ถือว่าเป็น “สาระสำคัญ” ได้แก่

(1) “แบบ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องจัดทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งแบ่งออกเป็นรายมาตรา

(2) กระบวนการหรือขั้นตอนที่บัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญมาตรา 256

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ “องค์กรกลุ่ม” ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา

(4) กลไกการคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วมพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(5) เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตั้งคณะกรรมการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

โดยหากเกิดความบกพร่องในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากประเด็นต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ย่อมถือว่าการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติตามแต่ไม่ถูกต้อง ครบถ้วน ย่อมมิได้กระทบกระเทือนต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ต่อมาสำหรับการเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้น ผู้วิจัยพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้บัญญัติถึงความที่ไม่อาจแก้ไขได้ซึ่งเรียกอีกอย่างว่า บทบัญญัติที่นิรันดรไว้ในมาตรา 255 ความว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็น การเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

ข้อสังเกตของผู้วิจัยต่อการตีความบทบัญญัติในมาตรา 255 และการปรับใช้ นิติวิธีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในเชิงเนื้อหาโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งออกได้เป็นประการต่าง ๆ ดังนี้

(1) หลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 ได้แก่ หลักประชาธิปไตย หลักความเป็นรัฐเดี่ยว และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น ไม่อาจจะเปลี่ยนแปลงได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงความในบทบัญญัติที่นิรันดร ตามมาตรา 255 ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะของการตัดทอนความอันไม่อาจแก้ไขได้ หรือ การเพิ่มหลักการอันถือเป็นบทบัญญัติที่นิรันดร เป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำลงได้โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้ง่ายขึ้น หรือให้มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการไปในลักษณะ เดียวกันกับกระบวนการนิติบัญญัติปกติเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจาก จะถือเป็น “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ” นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้องค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐสภาใช้ก็ไม่สามารถ กระทำได้ เว้นแต่ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะได้ให้ความเห็นชอบ เสียก่อนผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ

(3) ประการที่สาม การแก้ไขบทบัญญัติมาตราอื่นใดในรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิด ผลกระทบโดยตรงต่อความในบทบัญญัติที่นิรันดรนั้น หากเป็นการแก้ไขความใน บทมาตราต่าง ๆ ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่นิรันดรโดยตรง เช่น การแก้ไขความใน มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญให้ประเทศไทยเป็นสหพันธรัฐ หรือแก้ไขมาตรา 2 เปลี่ยนเป็น ระบอบเผด็จการหรือแก้ไขมาตรา 3 เปลี่ยนให้มีประธานาธิบดีเป็นประมุข ย่อมเป็น กรณีที่สามารถตรวจสอบได้อย่างไม่ยากเย็นนัก อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีการแก้ไข มาตราอื่นซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความในบทบัญญัติที่นิรันดร แต่ศาลรัฐธรรมนูญ จำที่จะต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญนั้นเมื่อหาข้อขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับนิติวิธีที่ศาลจะต้องใช้เพื่อประกอบการตีความ ดังนี้

ควรทำความเข้าใจก่อนว่าความเข้มงวดของนิติวิธีในการตีความเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหา ดังกล่าวแบ่งออกได้เป็นสามระดับ อันได้แก่ **ระดับเข้มงวด** คือ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหากระทบต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัตินิรันดร แม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) ก็ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ต่อมา **ระดับปานกลาง** คือ ทารนำหลักความได้สัดส่วน (proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าหรือหลักการที่ขัดแย้งกัน หากเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติ นิรันดร “มากเกินไปสมควร” (disproportionate violation standard) ย่อมถือว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และ **ระดับเล็กน้อย** คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิได้กระทบกระเทือน หลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัตินิรันดรถึงขนาดที่เป็นการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว (fundamental abandonment standard)

จากการศึกษาประสบการณ์ของต่างประเทศ พบว่า การตีความภายใต้ความเข้มงวดในระดับเล็กน้อย คือการใช้มาตรฐานการยกเลิกหรือละทิ้งรากฐานหรือ สาระสำคัญของหลักการแห่งบทบัญญัตินิรันดรมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ ปรากฏอยู่ในกรณีของประเทศเยอรมันและแอฟริกาใต้ ซึ่งศาลพยายามอย่างยิ่งยวดที่จะจำกัดอำนาจของตนเอง (judicial restraint) ในการเข้าไปควบคุมความชอบด้วยเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยความพยายามดังกล่าวปรากฏขึ้น ในรูปของการที่ศาลดำเนินการตีความเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในลักษณะที่ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัตินิรันดร

กรณีที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมันและแอฟริกาใต้ นั้นแตกต่างจากกรณีที่เกิดขึ้น ในประเทศตุรกีอย่างชัดเจน กล่าวคือ แม้ไม่อาจชี้ชัดลงไปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ยึดถือมาตรฐานการตรวจสอบใดเป็นมาตรฐานหลักที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา แต่จากการศึกษาพบว่า หากเป็นกรณีที่มีการแก้ไขเนื้อหาของรัฐธรรมนูญให้กระทบต่อหลักการที่เกี่ยวข้องกับ องค์การตุลาการและอาจกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ รวมถึงหลักการที่อาจ

กระทบต่อความเป็นกลางของรัฐในทางศาสนา ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีเลือกที่จะเข้าควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเข้มงวด (minimal effect standard) คือแม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักการอันอยู่ในบทบัญญัติวันตรแม่แต่เพียงเล็กน้อย ศาลก็ถือว่าไม่สามารถทำได้เลย

ในกรณีของประเทศไทยนั้น แม้ปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตีความเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับความอันเป็นบทบัญญัติวันตรตามมาตรา 255 หรือไม่ แต่หากศึกษาคำวินิจฉัยย้อนไปถึงการเข้าไปควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ภายใต้คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 จะพบว่า ศาลใช้เกณฑ์การ “กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” เป็นเครื่องมือในวินิจฉัยให้ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในบรรดาคำวินิจฉัยทั้งหลายข้างต้นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้วิจัยประเมินแล้วเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยใช้นิติวิธีการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวด โดยใช้เกณฑ์ผลกระทบแม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) เป็นมาตรฐานหลักในการควบคุมตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับการนำนิติวิธีในลักษณะดังกล่าวมาใช้

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับระดับความเข้มงวดของนิติวิธีที่ศาลควรใช้นี้ ผู้วิจัยเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญควรปรับระดับความเข้มงวดแห่งการตีความให้สอดคล้องกับกรณีต่าง ๆ โดยแบ่งออกเป็นสามกรณี ได้แก่

กรณีแรก หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องนำไปสู่การออกเสียงประชามติตามความในมาตรา 256 (8) กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้ความเข้มงวดในการตีความเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมในระดับเล็กน้อย คือ ต้องตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิได้กระทบกระเทือนหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติวันตรมาตรา 255 ถึงขนาดที่เป็นการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว (fundamental abandonment standard) อันเป็นนิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันใช้ในการวินิจฉัยคดี และเป็นรูปแบบการตีความที่ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้มีแนวโน้มที่จะนำมาใช้

กรณีที่สอง หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่จำเป็นต้องนำไปสู่การออกเสียงประชามติตามความในมาตรา 256 (8) เช่นนี้ ระดับความเข้มงวดที่ศาลควรนำมาใช้คือความเข้มงวดในระดับปานกลาง กล่าวโดยย่อ คือศาลต้องนำหลักความได้สัดส่วน (proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าหรือหลักการที่ขัดแย้งกัน เฉพาะกรณีที่เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ “มากเกินไปจนสมควร” (disproportionate violation standard) เท่านั้น จึงจะถือว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 255

กรณีที่สาม หากเป็นกรณีที่มีการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประชาชนตามความในมาตรา 49 นั้น เนื่องจาก บทบัญญัติมาตราดังกล่าวระบุเฉพาะเจาะจงว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้” จึงเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดระดับความเข้มงวดของการปรับใช้นิติวิธีและการตีความอยู่ในตัว กล่าวคือ การตีความที่เกี่ยวข้องกับบทมาตรานี้ ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้ความเข้มงวดในการตีความเนื้อหาแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมในระดับเล็กน้อย นั่นคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดต่อความตามมาตรา 255 ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติม มิได้ “ล้มล้าง” “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการในรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว

(4) การตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องนำไปสู่การออกเสียงประชามติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) หรือไม่นั้น การตรวจสอบตามความในมาตรานี้จะกระทำลงได้ก็ต่อเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ/หรือ สมาชิกวุฒิสภาได้เสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ โดยเรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 256 (8) ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเป็นบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้

ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดมีลักษณะที่สอดคล้องกับความในมาตรา 256 (8) ซึ่งเป็นเหตุที่จะทำให้การแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องถูกนำไปสู่การออกเสียงประชามติต่อไปนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ ควรพิเคราะห์ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อความในหมวดหรือในบทบัญญัติต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 (8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอันอยู่ใน กระบวนการพิจารณามีผลบังคับใช้เป็นเกณฑ์ เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่ผู้มีอำนาจ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจประสงค์จะหลีกเลี่ยงกลไกการออกเสียงประชามติ จึงมิได้ แก้ไขความในหมวดหรือในบทบัญญัติที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) โดยตรง แต่ใช้เทคนิคในการร่างกฎหมายและนิติวิธีการตีความกฎหมายโดยการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญบทบัญญัติในหมวดอื่นหรือในหัวเรื่องอื่น แต่ส่งผลเป็นการยกเว้นหรือ จำกัดหลักการที่บัญญัติไว้ในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือในบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความใน มาตรา 256 (8)

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเชิงรูปแบบและกระบวนการของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงในเชิงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ผู้วิจัยเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบด้วย ความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้การใช้อำนาจในฐานะขององค์กรซึ่งมีหน้าที่ใน การพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องคุ้มครองความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่ควบคู่กันไปกับการดำเนินการให้การแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ช่องทางที่กำหนดไว้สามารถกระทำลงได้อย่างเหมาะสม

นอกจากบรรดาข้อเสนอในการตีความเกี่ยวกับช่องในการที่ศาลรัฐธรรมนูญ จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบกระบวนการและเนื้อหาของกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยพบว่ามีปัญหาบางประการที่สมควรที่จะได้รับการแก้ไข โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้กระบวนการ พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย ศาลรัฐธรรมนูญมีความถูกต้องและชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมถึงเพื่อป้องกันปัญหา อันเกี่ยวกับข้อถกเถียงในทางวิชาการที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต โดยข้อเสนอต่าง ๆ ประกอบด้วย

(1) ควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในแง่ของ “เนื้อหา” ที่ จะต้องควบคุมมิให้ขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และในแง่ของ “กระบวนการ” ซึ่งจะต้อง ควบคุมให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

(2) ยกเลิกเงื่อนไขการลงมติ “เห็นชอบ” ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามของรัฐสภา ที่ต้องได้รับเสียงเห็นชอบจากสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม

(3) บัญญัติรองรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา และอำนาจยืนยันร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงสองในสาม ให้ชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากอำนาจดังกล่าวทั้งในส่วนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เอง และในส่วนของกรณียืนยันร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่พระมหากษัตริย์ทรงยับยั้ง โดยรัฐสภาตามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญยังไม่มีข้อความชัดเจน ทำให้ต้องตีความบทบัญญัติแห่งมาตรา 256 (7) ของรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจดังกล่าวรวมถึงเกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐสภาในการยืนยันร่าง โดยแบ่งการตีความออกได้เป็นสามกรณี ได้แก่

กรณีแรก กรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง แต่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร ทั้งเพราะเหตุครบอายุสภาหรือมีการยุบสภา เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบบเด็ดขาดตามความในมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

กรณีที่สอง กรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง แต่มีสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่ เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบบไม่เด็ดขาดหรือชั่วคราว โดยรัฐสภาสามารถยืนยันร่างกลับไปได้ด้วยมติสองในสาม ตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

กรณีที่สาม ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของประชาชนผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว ไม่ว่า ณ ขณะนั้น จะมีสภาผู้แทนราษฎรอยู่ปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(4) ข้อเสนอประการสุดท้าย ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการพิจารณาจัดกลุ่มประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยเป็นการจำแนกกลุ่มตามระดับความสำคัญของเนื้อหา โดยการจำแนกดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกลุ่มนั้น ๆ ด้วย ซึ่งสามารถจำแนกออกได้เป็นสามกลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง บทบัญญัติทั่วไป ควรกำหนดกำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกรัฐสภาต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกลุ่มนี้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่สาม ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

กลุ่มที่สอง บทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรศาลและองค์กรอิสระ และบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดกำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกรัฐสภาต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกลุ่มนี้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่าสองของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในวาระที่สาม ทั้งนี้ หากได้คะแนนเสียงเห็นชอบในวาระที่สามไม่ถึงสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าอาจขอให้นำร่างดังกล่าวไปออกเสียงประชามติได้

กลุ่มที่สาม บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ และหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ควรกำหนดกำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกรัฐสภาต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกลุ่มนี้ไว้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่สาม ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และให้นำไปออกเสียงประชามติ

นอกจากนี้ ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หากรัฐสภาไม่เห็นชอบหรือเห็นชอบด้วยไม่ถึงเกณฑ์ต่าง ๆ ข้างต้น สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าอาจขอให้นำไปออกเสียงประชามติได้

ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ข้างต้น เป็นผลจากการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกรณีศึกษาทั้งของไทยและต่างประเทศ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการดำเนินการตามข้อเสนอแนะทั้งหลายที่เสนอไว้ในงานวิจัยฉบับนี้ ช่วยให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างรอบคอบและเต็มประสิทธิภาพ และเพื่อขจัดหรือบรรเทาปัญหาและข้อโต้แย้งทั้งในทางกฎหมายและในทางวิชาการที่อาจจะเกิดขึ้นได้ต่อไปในอนาคต

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	(1)
บทคัดย่อ	(2)
บทสรุปผู้บริหาร.....	(4)
ภาคหนึ่ง: ความเบื้องต้น.....	1
บทที่ 1 บทนำ	2
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา	2
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	5
1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย	5
1.4 ทฤษฎีและนิทิวธิในการศึกษาวิจัย	6
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
1.7 รายชื่อคณะผู้วิจัย	8
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	9
2.1 ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ.....	9
2.1.1 ความหมายของ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”	11
2.1.2 ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès	15
2.1.3 ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	21
2.1.4 คุณลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	23
2.1.5 ข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	26
2.1.6 การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	29
2.2 หลักนิติธรรมกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	36
2.3 หลักประชาธิปไตย.....	44
2.3.1 เป้าหมายพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ...	44
2.3.2 คุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย.....	45
2.4 แนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	53
2.4.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญ.....	53
2.4.2 เหตุผลความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	57

2.4.3	ขั้นตอนการในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	60
2.4.4	ข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	64
2.5	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	75
2.5.1	ประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	76
2.5.2	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ.....	78
2.5.3	นิติวิธีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	84
2.6	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการออกเสียงประชามติ.....	89
2.6.1	ความทั่วไปว่าด้วยการออกเสียงประชามติ.....	89
2.6.2	การนำเอาการออกเสียงประชามติมาใช้	
	ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	92
ภาคสอง: กฎหมายของต่างประเทศ.....		96
บทที่ 3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....		97
3.1	ข้อมูลพื้นฐาน.....	97
3.1.1	รัฐธรรมนูญเยอรมัน.....	97
3.1.2	โครงสร้างทางการเมืองของเยอรมนี.....	100
3.1.3	ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ.....	102
3.2	กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	103
3.2.1	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องระบุงการแก้ไขดังกล่าว	
	ไว้อย่างชัดเจน.....	103
3.2.2	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบ	
	ไม่น้อยกว่าสามของสมาชิกของแต่ละสภา.....	106
3.2.3	ขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	107
3.2.4	การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังการรวมชาติเยอรมัน.....	113
3.2.5	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ.....	115
3.3	ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	120
3.3.1	ที่มาและข้อพิจารณาทางทฤษฎี.....	120
3.3.2	หลักการที่รับรองไว้ในมาตรา 79(3).....	134

3.4	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	146
3.4.1	ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกฎหมาย	
	แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	146
3.4.2	การเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ	149
3.4.3	ขออำนาจในการตรวจสอบ: เนื้อหา รูปแบบ	
	และกระบวนการ	151
3.5	คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	153
3.5.1	คดีการดักฟังโทรศัพท์ (Klass Case).....	153
3.5.2	คดีเกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดินภายใต้การยึดครองของโซเวียต	
	(Land Reform Cases).....	156
3.5.3	คดีเกี่ยวกับการขอลี้ภัย (Asylum Cases).....	161
3.5.4	คดีการตรวจตราบ้านพักอาศัยโดยทางเสียง	
	(Acoustical Surveillance of Homes Case).....	166
3.6	ข้อสังเกตของผู้วิจัย.....	171
บทที่ 4	สาธารณรัฐแอฟริกาใต้	173
4.1	ข้อมูลพื้นฐาน	173
4.1.1	รัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้.....	173
4.1.2	โครงสร้างทางการเมืองของแอฟริกาใต้.....	174
4.1.3	ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ.....	176
4.2	กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	180
4.2.1	การเตรียมการและการเสนอร่างรัฐบัญญัติ	
	เพื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	180
4.2.2	การพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบ	
	ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	181
4.2.3	การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	184
4.2.4	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ	186
4.3	ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	186
4.4	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	190

4.4.1	กระบวนการพิจารณาในกรณีที่ประธานาธิบดี ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ.....	190
4.4.2	กระบวนการพิจารณาในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ.....	193
4.4.3	กระบวนการพิจารณาในกรณีการร้องทุกข์โดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญ.....	197
4.5	คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	200
4.5.1	คำวินิจฉัยภายใต้รัฐธรรมนูญชั่วคราว ค.ศ. 1993: ความพยายามในการนำเอาแนวคิดที่ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน มาใช้ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	201
4.5.2	คำวินิจฉัยภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1996: การยืนยัน ความสำคัญของการกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมและ การแสดงความไม่ยอมรับการนำเอาหลักการว่าด้วย โครงสร้างพื้นฐานมาใช้.....	205
4.6	ข้อสังเกตของผู้วิจัย.....	209
บทที่ 5 สาธารณรัฐตุรกี.....		212
5.1	ข้อมูลพื้นฐาน.....	212
5.1.1	รัฐธรรมนูญของตุรกี.....	212
5.1.2	โครงสร้างทางการเมืองของตุรกี.....	216
5.1.3	ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ.....	217
5.2	กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	224
5.2.1	การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	225
5.2.2	ขั้นตอนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	226
5.2.3	การให้ความเห็นชอบและการประกาศใช้ ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	227
5.2.4	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดทำ รัฐธรรมนูญที่สำคัญ.....	230
5.3	ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	232
5.3.1	ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและกระบวนการ.....	232
5.3.2	ข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา.....	233

5.4	การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
	ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	234
5.4.1	ผู้มีอำนาจฟ้องคดี.....	234
5.4.2	วัตถุประสงค์.....	235
5.4.3	ระยะเวลาในการฟ้องคดี.....	236
5.4.4	การจัดเตรียมเอกสารสำหรับฟ้องคดี.....	236
5.4.5	การพิจารณารับคำร้องและการพิจารณาคำร้อง.....	237
5.4.6	การทำคำวินิจฉัย ผลของคำวินิจฉัย	
	และการบังคับตามคำวินิจฉัย.....	240
5.5	คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	241
5.5.1	คำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961: ศาลขยายอำนาจ	
	เข้าตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	242
5.5.2	คำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971: การขยายอำนาจ	
	เข้าตรวจสอบในทางเนื้อหา.....	245
5.6	ข้อสังเกตของผู้วิจัย.....	254
ภาคสาม: บทวิเคราะห์กรณีของไทย.....		257
บทที่ 6 ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ		
และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย.....		258
6.1	ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของไทย.....	258
6.1.1	ประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	260
6.1.2	พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	262
6.1.3	พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	
	ร่วมกับประชาชนหรือองค์กรอื่น.....	265
6.2	ข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย.....	267
6.2.1	รัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะรัฐประหาร	
	หลังรัฐธรรมนูญ 2540 ต่างให้การรับรองสิทธิเสรีภาพ.....	268
6.2.2	ความเป็นรัฐเดี่ยวและการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข.....	269
6.3	อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดในตัวเอง.....	270
6.3.1	อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจนิติบัญญัติ.....	270
6.3.2	อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคืออำนาจใด.....	272

6.3.3	อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้อำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญ.....	279
บทที่ 7 ช่องทางในการควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยศาลรัฐธรรมนูญ.....		
7.1	มาตรา 256 (9): การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ.....	283
7.1.1	ผู้มีอำนาจเสนอเรื่อง	283
7.1.2	ช่วงเวลาในการเสนอเรื่อง	283
7.1.3	ประเด็นที่เสนอความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้	284
7.1.4	กรอบเวลาการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ	284
7.1.5	อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย	284
7.2	มาตรา 210 (2): ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ	286
7.2.1	ผู้มีอำนาจเสนอเรื่อง	287
7.2.2	เงื่อนไขในการเสนอเรื่อง	287
7.2.3	การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นปัญหาเกี่ยวกับ หน้าที่และอำนาจของรัฐสภา.....	288
7.2.4	อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย	290
7.2.5	ปัญหาว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องนำไป ออกเสียงประชามติก่อนหรือไม่ อาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับ หน้าที่และอำนาจระหว่างรัฐสภาและองค์กรอิสระได้	290
7.3	มาตรา 49: สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ	291
7.3.1	ผู้เสนอคำร้อง.....	293
7.3.2	เงื่อนไขและเงื่อนไขในการเสนอคำร้องโดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญ	293
7.3.3	เนื้อหาของคำร้อง	295
7.3.4	อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย	298
7.4	ไม่อาจเสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางอื่นอีกได้ (มาตรา 212 มาตรา 213 หรือมาตรา 231 (1)).....	301

บทที่ 8 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	309
8.1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ “รูปแบบ” และ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	310
8.2 ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	320
8.2.1 ขั้นตอนการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	321
8.2.2 ขั้นตอนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	323
8.2.3 ขั้นตอนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัยว่าต้องทำประชามติหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญ	335
8.2.4 ขั้นตอนการออกเสียงประชามติ	336
8.2.5 ขั้นตอนการตรา - การลงพระปรมาภิไธย ของพระมหากษัตริย์	337
8.2.6 ขั้นตอนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	337
8.3 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในขั้นตอน การตรารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	337
8.3.1 การลงพระปรมาภิไธยเป็นเงื่อนไขทางแบบพิธี ของรัฐธรรมนูญไทย	337
8.3.2 พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ของพระมหากษัตริย์	339
8.3.3 ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย	354
8.4 ศาลรัฐธรรมนูญพึงตรวจสอบเฉพาะ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญที่เป็นสาระสำคัญ”	355
8.5 หลักเกณฑ์และวิธีการที่ถือเป็นกระบวนการขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญ	357
8.5.1 “แบบ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	358
8.5.2 กระบวนการขั้นตอนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติไว้โดยตรงในมาตรา 256	359
8.5.3 หลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของรัฐสภา ในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม	361

8.5.4	การคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วม พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	368
8.5.5	การตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม และการทำงานของคณะกรรมการ	371
8.5.6	หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ การประชุมรัฐสภาแต่โดยลำพัง นอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ ในข้อ 5.3, 5.4 และ 5.5 ย่อมมิใช่กระบวนการขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญ เว้นแต่ กำหนดขึ้นเพื่อบังคับการ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ	372
บทที่ 9 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหา		
	ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	374
9.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้น	374
9.1.1	การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 เพื่อเปลี่ยนแปลง หลักการที่มาตรา 255 รับรองไว้ ย่อมมีอาจกระทำได้	376
9.1.2	การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 โดยมีได้กระทบ หลักการเดิมรับรองไว้ แต่เพิ่มหลักการใหม่เข้าไป	377
9.1.3	การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วย “กระบวนการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”	379
9.2	นิติวิธีการปรับใช้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาตามมาตรา 255	386
9.2.1	นิติวิธีการปรับใช้บทบัญญัติในรันดระ: กฎหมายเปรียบเทียบ	386
9.2.2	นิติวิธีของศาลรัฐธรรมนูญไทย	390
9.2.3	บทวิเคราะห์นิติวิธีของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัย กรณีตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ 2550	395
9.2.4	ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย	400
9.3	การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข	403
9.3.1	ลักษณะทางกฎหมายของการมีประมุขแห่งรัฐ แบบพระมหากษัตริย์	403
9.3.2	ลักษณะทางกฎหมายของระบอบประชาธิปไตย	407

9.3.3	ลักษณะทางกฎหมายของระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข.....	411
9.3.4	กรณีศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย.....	414
9.4	รูปของรัฐแบบ “รัฐเดี่ยว”	423
9.4.1	ลักษณะทางกฎหมายของ “รัฐเดี่ยว”	423
9.4.2	การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของ ความเป็นรัฐเดี่ยวของไทย	429
บทที่ 10	การวินิจฉัยในประเด็น “เรื่องที่ต้องจัดทำประชามติ”	438
10.1	ข้อพิจารณาเบื้องต้น: แนวทางการตีความ	439
10.1.1	การตีความโดยเคร่งครัด เว้นแต่ บทบัญญัติ เปิดช่องให้ขยายความได้	439
10.1.2	การตีความโดยพิจารณาที่ผลของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ	441
10.1.3	ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย	443
10.2	เรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ	443
10.2.1	บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป	444
10.2.2	บทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์	444
10.2.3	บทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	444
10.2.4	เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้าม ของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ	444
10.2.5	เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ	446
10.2.6	เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติ ตามหน้าที่หรืออำนาจได้	449
10.3	เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่ หรืออำนาจได้	449
10.3.1	การพิจารณาในมิติเนื้อหาของ “เรื่องที่ทำให้ศาล หรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่ หรืออำนาจได้”	450
10.3.2	การพิจารณาในมิติผลกระทบ “ทำให้ไม่อาจ ปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้”	451

10.3.3	ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย.....	454
10.4	ข้อสังเกตอื่น ๆ เกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ	455
10.4.1	กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการออกเสียงประชามติ	455
10.4.2	ข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564	456
10.4.3	การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่าน การออกเสียงประชามติแล้ว.....	464
บทที่ 11	บทสรุปและเสนอแนะ.....	467
11.1	บทสรุป	467
11.2	ข้อเสนอแนะ	477
บรรณานุกรม	483

ภาคหนึ่ง
ความเบื้องต้น

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendments) เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในรูปแบบหนึ่งซึ่งมีความพิเศษยิ่งกว่าการใช้อำนาจอธิปไตยในรูปแบบอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น โดยสภาพแล้วมีลักษณะเป็นปฏิกิริยาโดยตรงต่อรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ ณ ขณะนั้น เพราะหากดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสำเร็จเสร็จสิ้น จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องมีความสลับซับซ้อนมากกว่ากระบวนการใช้อำนาจอธิปไตยในรูปแบบอื่น รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งในแง่องค์กรและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเข้มงวดและเคร่งครัดมากกว่ากระบวนการนิติบัญญัติทั่วไป และที่สำคัญ เพื่อมิให้รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถึงขนาดเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญไทยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา จึงกำหนดข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐมิได้¹ ดังความในมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไทยในอดีต ไม่ว่าจะเป็กรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต่างก็ได้บัญญัติว่า หากเกิดกรณีปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดข้อจำกัดดังกล่าว หรืออีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

¹ เรียกกันทางวิชาการว่า “บทบัญญัตินิรันดร์” (Eternity Clause)

มีลักษณะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเสียเอง องค์กรใดจะเป็นผู้วินิจฉัย ใครเป็นผู้มีอำนาจเสนอเรื่อง และจะเสนอเรื่องไปยังองค์กรผู้มีความอำนาจวินิจฉัยโดยวิธีใด ฯลฯ ปัญหาดังกล่าวได้เกิดขึ้นจริงในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2555 ในคราวนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องตีความบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อย่างกว้าง เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555, 15-18/2556 และ 1/2557 กระนั้นก็ดี ยังมีข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยกรณีปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าว

เพื่ออรรถาธิบายซึ่งโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไทย เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติธรรมไทย และเพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในทางปฏิบัติและขจัดข้อโต้แย้งทางวิชาการ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) จึงบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 256 (9) แล้ว เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า (ก) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ อันเป็นการขัดต่อมาตรา 255 หรือไม่ และ (ข) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ทำประชามติก่อน อาทิ บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯลฯ หรือไม่

อย่างไรก็ดี แม้มีบทบัญญัติรองรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนดังกล่าวแล้วก็ตาม หากแต่ยังคงมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ชัดเจนอีกหลายประการ และอาจเกิดขึ้นจริงในอนาคต เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและมีผู้เสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้นว่า

- ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เช่น การเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวนคะแนนเสียงและวิธีการลงคะแนนเสียง การเปิดโอกาสให้ผู้แทนประชาชนที่เข้าชื่อเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้แสดงความคิดเห็น ฯลฯ ด้วยหรือไม่ อย่างไร²
- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ตามมาตรา 255 มีลักษณะอย่างไร
- กรณีใดบ้างถือเป็นกรณีตามมาตรา 256 (7) อันจะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้ ฯลฯ
- ปัญหาในกระบวนการออกเสียงประชามติอาทิมาตรา 256 (7) บัญญัติว่า “ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” จึงให้ดำเนินการนำขึ้นทูลเกล้าฯ คำถามคือ การออกเสียงประชามติถือเกณฑ์เสียงข้างมากปกติ (Simple majority) หรือเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) และถือตามจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติหรือจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ
- หากผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ศาลรัฐธรรมนูญยังจะสามารถวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดต่อมาตรา 255 ได้อีกหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาวิจัยเพื่อหาคำตอบของประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังกล่าวที่เป็นไปตามสอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ และสอดคล้อง

² โปรดเทียบความในมาตรา 256 (9) “...ร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8)...” กับความในมาตรา 148 (1) (2) “...ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ...”

กับทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง และที่สำคัญ
หลักนิติธรรม ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป
ในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของมาตรา 256
แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติให้
ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญที่ต้องมีการออกเสียงประชามติ

1.2.3 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ รวมถึงวิธีปฏิบัติของศาลหรือ
องค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตาม
มาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยศึกษา
เปรียบเทียบกรณีของไทยกับต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากวิธีปฏิบัติ
ของศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น
จากวิธีปฏิบัติของศาล โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทยกับต่างประเทศ

1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 และมาตราอื่นที่เกี่ยวข้อง กระบวนการแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขอบเขตอำนาจและวิธีปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญ
ในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติม รวมทั้งสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่
ดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญ และแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.4 ทฤษฎีและนิติวิธีในการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้จะวิเคราะห์ปัญหาทางนิติศาสตร์เป็นหลัก โดยอาศัยทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติธรรม³ (เน้นที่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญและหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการใช้อำนาจรัฐ) ทฤษฎีประชาธิปไตย ทฤษฎีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญ (Pouvoir Constituant หรือ Constituent Power) และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนุญ เป็นกรอบแนวคิดในการวิเคราะห์-สังเคราะห์ แต่ทั้งนี้ อาจมีการวิเคราะห์ประเด็นทางรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ที่เกี่ยวข้องบ้างตามความเหมาะสม

นอกจากนี้ นิติวิธีที่ใช้การศึกษาวិเคราะห์นั้น ได้แก่ การวิเคราะห์กฎหมายในเชิงกฎหมายหรือบรรทัดฐาน (Normative Analysis of Law) และกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law) โดยมีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศเพื่อศึกษาเปรียบเทียบ ดังนี้

(1) ประเทศที่รัฐธรรมนุญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ ดังเช่นกรณีมาตรา 255 ของรัฐธรรมนุญไทย และบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนุญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ จำนวน 1 ประเทศ ได้แก่ **ประเทศตุรกี**

(2) ประเทศที่มีได้มีบทบัญญัติกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ แต่รัฐธรรมนุญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนุญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ จำนวน 1 ประเทศ ได้แก่ **ประเทศแอฟริกาใต้**

³ ในการกล่าวถึงหลักนิติธรรมในงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยหมายความรวมถึงหลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม คำสองคำนี้แม้จะมีความหมายและขอบเขตเนื้อหาใกล้เคียงกัน แต่ยังมีองค์ประกอบและหลักการบางอย่างที่ต่างกัน ผู้สนใจ โปรดดู ชาญชัย แสงวงศ์, “หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันและมีผลต่อองค์กรตุลาการ”, รายงานหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ. https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8776 และวราเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่าน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2564) น. 305-326.

(3) ประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่มิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่า ศาลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและอ้างไว้ ซึ่งหลักนิติรัฐ ดังนั้น ศาลจึงย่อมมีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 ประเทศ ได้แก่ **ประเทศสหพันธรัฐเยอรมนี**⁴

ประเทศทั้งสามเป็นประเทศที่อยู่ในระบบรวบรวมศูนย์อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Centralized System of Constitutional Review) โดยศาลรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกรณีของไทย และมีคำวินิจฉัยของศาล เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การศึกษาโดยนำประเทศในกลุ่มที่ (1) (2) และ (3) ข้างต้น มาวิเคราะห์ เปรียบเทียบจะทำให้เห็นประเด็นปัญหาขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในการควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” และ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ได้อย่างครอบคลุม ครบถ้วน และลึกซึ้ง

อนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยอาจนำรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ นอกเหนือจากประเทศ ทั้งสามข้างต้น มาใช้เปรียบเทียบในประเด็นที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม อาทิ คำวินิจฉัย ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสเปน ฯลฯ

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

1.5.1 ใช้วิธีศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก ทั้งเอกสารชั้นต้น ได้แก่ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

⁴ นอกจากนี้ ยังมีประเทศซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน และมีได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลสกัดข้อจำกัด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และสถาปนาอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นเอง คือ ศาลฎีกาอินเดีย แต่เนื่องจากระบบกฎหมายอินเดียเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law system) ระบบศาลอินเดียเป็นระบบศาลเดี่ยว และศาลฎีกาอินเดียเป็นศาลสูงสุดของศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction) แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law system) ระบบศาลไทยเป็นระบบศาลคู่ และไทยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ (Enumerated Jurisdiction) ผู้วิจัยจึงเลือกที่จะไม่ศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอินเดีย

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กฎ ข้อบังคับ และคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเอกสารชั้นรอง อาทิ งานวิจัย หนังสือ ตำรา และบทความ ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ รัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ทั้งภาษาไทย และภาษาต่างประเทศ

1.5.2 จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษาระดับต้น โดยเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง 1 ครั้ง

1.5.3 จัดให้มีผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญพิจารณาให้ความเห็นต่อร่างรายงานการศึกษาที่ผ่านการประชุมสัมมนาแล้ว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยเสนอให้ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และมีฐานรองรับความน่าเชื่อถือเป็นไปตามหลักวิชา

1.6.2 เผยแพร่เป็นบทความหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยในวารสารที่เป็นที่ยอมรับในระดับประเทศ หรือต่างประเทศ หรือเผยแพร่ในงานประชุมวิชาการระดับชาติหรือระดับนานาชาติเพื่อให้หน่วยงานของรัฐและเอกชน สถาบันการศึกษาและประชาชนทั่วไปมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256

1.6.3 ทุกภาคส่วนสามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นแนวทางในการศึกษาต่อยอดทางวิชาการหรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยต่อไป

1.7 รายชื่อคณะผู้วิจัย

1. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต หัวหน้าโครงการและผู้วิจัย
2. อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์ ผู้วิจัย
3. นางสาวอภัสชญากรณ์ เกษมลภัสสรณ์ ผู้ช่วยวิจัย

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีสถานะพิเศษกว่ากฎหมายอื่น เนื่องจากถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจสูงสุดของรัฐ พร้อม ๆ กับการก่อตั้งรูปของรัฐและรองรับเอาคุณค่าสูงสุดทั้งหลายที่รัฐมุ่งประสงค์จะคุ้มครองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความสำเร็จและความจำเป็นของโลกที่พลวัต รัฐธรรมนูญย่อมต้องมีบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ความข้อนี้ อาจกล่าวได้ว่า มีลักษณะย้อนแย้งในตัวเอง การศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องเริ่มต้นจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเน้นไปที่ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นทฤษฎีพื้นฐานประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ใช้อธิบายรากฐานความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ร่วมกับทฤษฎีอื่น ๆ อาทิ ทฤษฎีสัญญาประชาคม ทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย จากนั้น ศึกษาประเด็นความสัมพันธ์ของหลักนิติรัฐ-หลักนิติธรรม ในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งโยงไปสู่หลักประชาธิปไตย และแนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก่อนจะเจาะลึกเพิ่มเติมในสองเรื่อง คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ คือ แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานที่ต้องใช้ในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย ในบทต่อ ๆ ไป

2.1 ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐแทบทุกรัฐที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (written/codified

constitution)¹ หลักการนี้มักจะส่งผลต่อระบบกฎหมายของรัฐต่าง ๆ ในสองลักษณะด้วยกัน² ได้แก่ **ลักษณะแรก** เมื่อพิจารณาในเชิงรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมกระทำได้ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และ**ลักษณะที่สอง** เมื่อพิจารณาในเชิงเนื้อหาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ คำสั่ง และการกระทำใด ๆ ของรัฐที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมถูกวินิจฉัยให้สิ้นผลหรือไม่มีสภาพบังคับในระบบกฎหมาย³ หากมีการเสนอคำร้องไปยังองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎี มีคำอธิบายหลากหลายแนวที่สนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ⁴ อาทิ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะเป็นรากฐานที่มาของกฎเกณฑ์อื่น ๆ ทั้งปวงในระบบกฎหมายตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (The pure theory of law) ของ Hans Kelsen⁵ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะเป็นเสมือนสัญญาประชาคมที่สมาชิกในสังคมร่วมกันกำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองของสังคมนั้น ๆ ตามแนวคิดของ

¹ Dieter Grimm, "Types of Constitutions," ใน Michel Rosenfeld และ András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2012) น. 105-106 และ 109-114; อย่างไรก็ตาม แม้สาธารณรัฐประชาชนจีนมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ระบุว่าเป็น "กฎหมายพื้นฐานของรัฐที่มีผลทางกฎหมายสูงสุด" แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดที่แท้จริง เพราะไม่อาจถูกบังคับใช้ในศาลได้ โปรดดู Robert Schütze, "Constitutionalism" ใน Roger Masterman และ Robert Schütze (eds), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, (CUP, 2019) น. 49; และ Qianfan Zhang, "The Constitution of China", เรื่องเดียวกัน, น. 173 และ 179.

² Michel Troper, "Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 1 (2005) น. 27; บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, (วิญญูชน, 2538) น. 17.

³ Dieter Grimm, "Types of Constitutions," *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, น. 109-113; อย่างไรก็ตามก็ดี บางรัฐ เช่น เนเธอร์แลนด์ ศาลไม่สามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้; *The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2018 Article 120* "The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts."

⁴ โปรดดู บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, น. 7-10 และ 17-24; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2562), น. 188-198.

⁵ Hans Kelsen, แปลโดย Max Night, *The Pure Theory of Law*, (The Lawbook Exchange, 2005) น. 221-224.

Jean-Jacques Rousseau⁶ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของมนุษย์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (natural right–natural law) ไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายบ้านเมือง (positive law)⁷ และที่สำคัญ รัฐธรรมนูญเป็นผลผลิตในเชิงรูปธรรมของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant หรือ constituent power) รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดเหนืออำนาจอื่น ๆ ทั้งปวงที่ก่อตั้งขึ้นโดยตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué หรือ constituted power) อันเป็นคำอธิบายของ Emmanuel-Joseph Sieyès⁸

ด้วยความที่ประเด็นปัญหาหลักของงานวิจัยนี้มุ่งที่จะศึกษาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำอธิบายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès จึงเป็นทฤษฎีที่ต้องใช้โดยตรงในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการละเมิดข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และปัญหาการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ดังนั้น จึงจะนำทฤษฎีดังกล่าวมาอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อนี้

2.1.1 ความหมายของ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”

แม้ Emmanuel-Joseph Sieyès จะได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายในฐานะต้นกำเนิดของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ Sieyès ก็มีได้ให้ความหมายของคำว่า pouvoir constituant ในภาษาฝรั่งเศส

⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, น. 193-194.

⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, น. 196-197; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, น. 22

⁸ Emmanuel-Joseph Sieyès, What is the Third Estate?, แปลโดย Michael Sonenscher (Hackett Publishing, 2003) น. 135-140; อนึ่ง เกือบทั้งหมดในเล่มนี้ ผู้แปลใช้คำว่า “constituting power” มีใช้คำว่า “constituent power” ซึ่งเป็นคำแปลภาษาอังกฤษของ “pouvoir constituant” ที่ใช้กันมากที่สุดในปัจจุบัน

(หรือ constituent power ในภาษาอังกฤษ) ไว้เป็นการเฉพาะ นักวิชาการในยุคต่อ ๆ มาจึงพยายามให้ความหมายแก่คำ ๆ นี้ เป็นต้นว่า

2.1.1.1 ความหมายที่ให้โดยนักวิชาการต่างประเทศ

- Carl Schmitt: “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นเจตจำนงทางการเมือง ซึ่งอำนาจของเจตจำนงนี้สามารถที่จะตัดสินใจอย่างเป็นรูปธรรมและครอบคลุมกว้างขวางในเรื่องประเภทและรูปแบบของการมีอยู่และดำรงอยู่ทางการเมืองของตน”⁹

- Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein: “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจการเมืองซึ่งสามารถทำให้รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นมาได้ โดยเป็นข้อเรียกร้องทางกฎเกณฑ์ (normative claim) ต่อความมีผลของรัฐธรรมนูญ การทำให้รัฐธรรมนูญดำรงคงอยู่ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญ”¹⁰

- Emile Boutmy: “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำเชิงกฎเกณฑ์ของชาติ (an imperative act of nation) เกิดขึ้นจากที่โหนไม่รู้ และจัดระเบียบลำดับศักดิ์ของอำนาจต่าง ๆ”¹¹

- Joel I. Colón-Ríos: “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หมายถึงอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นแหล่งที่มาของการสร้างกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ทางกฎหมาย”¹²

- Antonio Negri: อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ “เป็นแหล่งที่มาของการสร้างกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่จะสร้างรัฐธรรมนูญ

⁹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, แปลโดย Jeffrey Seitzer (Duke University Press, 2008), น. 125; อนึ่ง ในหนังสือเล่มนี้ใช้คำว่า “the constitution-making power” แทนคำว่า “constituent power”.

¹⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, (OUP, 2016) น. 172.

¹¹ Emile Boutmy, แปลโดย E.M. Pacey, *Studies in Constitutional Law: France, England, United States*, (Macmillan, 1891) น. 250.

¹² Joel I. Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, (Routledge, 2012) น. 7.

และด้วยเหตุดังกล่าว จึงเป็นอำนาจที่จะกำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานซึ่งจัดวางระเบียบของอำนาจต่าง ๆ ของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นอำนาจที่จะสร้างระบบระเบียบใหม่ในทางกฎหมาย เพื่อที่จะควบคุมความสัมพันธ์ต่าง ๆ ในทางกฎหมายภายในชุมชนใหม่”¹³

- Hans Lindahl: อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็น “ความสามารถที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญ และโดยรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดระเบียบใหม่ทางกฎหมายโดยวิถีทางปฏิวัติหรือทางอื่น”¹⁴

ความหมายต่าง ๆ ข้างต้นที่แตกต่างกันนั้น อันที่จริงแล้ว เป็นเพียงมุมมองหรือจุดเน้นที่ผู้ให้ความหมายแต่ละท่านตั้งใจจะสื่อสารออกมา เพื่ออธิบายแนวคิดเรื่องนี้ตามทรรศนะของตน ตัวอย่างเช่น ความหมายของ Carl Schmitt เน้นที่อำนาจในการตัดสินใจ (Decisionism)¹⁵ ส่วนของ Ernst-Wolfgang Böckenförde พยายามอธิบายจากมุมมองการสร้างความชอบธรรม (Legitimacy) ให้แก่ความมีผลบังคับของรัฐธรรมนูญ¹⁶

2.1.1.2 ความหมายที่ให้โดยนักวิชาการไทย

ในแวดวงวิชาการไทยนั้นมีการบัญญัติศัพท์คำว่า *pouvoir constituant* ในหลายรูปแบบ อาทิ “อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญ”¹⁷ “อำนาจจัดตั้ง”¹⁸ “อำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ”¹⁹ “อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ”²⁰

¹³ Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, (University of Minnesota Press, 1999) น. 1.

¹⁴ Hans Lindahl, “Constituent Power and the Constitution” ใน David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, (OUP, 2016) น. 141.

¹⁵ Martin Loughlin, “On Constituent Power,” in *Constitutionalism Beyond Liberalism*, ed. Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (United Kingdom: Cambridge University Press, 2017). น. 160-161.

¹⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, เรื่องเดียวกัน, น. 172.

¹⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, (โรงพิมพ์คุรุสภา, 2503) น. 32.

¹⁸ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, (โรงพิมพ์พาณิชย์สุภผล, 2494) น. 15.

¹⁹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (นิติบรรณาการ, 2530) น. 73.

²⁰ โกศิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529) น. 68.

“อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง”²¹ “อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง หรือ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ”²² และ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”²³ “อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญ” “อำนาจออกกรัฐธรรมนูญ” “อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง”²⁴ ส่วนการให้ความหมายของ pouvoir constituant นักกฎหมายไทยได้อธิบายคล้าย ๆ กัน ดังต่อไปนี้

- หยุด แสงอุทัย: “อำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะที่จะตัดสินใจในเรื่องความเป็นอยู่ทางการเมืองของตนเองได้ ทั้งนี้หมายความว่า ผู้ใดที่มีอำนาจสูงสุดและแท้จริงในรัฐในขณะหนึ่งขณะใด ผู้นั้นก็มีอำนาจที่จะให้รัฐธรรมนูญได้”²⁵

- วิษณุ เครืองาม: “อำนาจทางการเมืองของคณะบุคคล หรือบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ โดยนัยนี้ ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงหมายถึง รัฐอธิปไตย (sovereign) หรือผู้อยู่ในฐานะอย่างรัฐอธิปไตย”²⁶

- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา: “อำนาจสูงสุดล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดซึ่งออกรัฐธรรมนูญหรือให้รัฐธรรมนูญ แล้วตัวรัฐธรรมนูญเป็นผู้ไปสถาปนาระบอบการเมืองและองค์กรทางการเมืองทุกองค์กรอีกชั้นหนึ่ง”²⁷

- ปัญญา อุดชาชน: “อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง กล่าวคือ เป็นอำนาจที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญ จากนั้นรัฐธรรมนูญเป็นผู้ไปสถาปนา

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, น. 19.

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, น. 194.

²³ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560); ในคำนำของหนังสือ รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน, (สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2559) ปิยะบุตร ระบุว่า ยืมคำว่า “อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ” (pouvoir constituant originaire) ของ ศ.ดร. เกษียร เตชะพีระ มาใช้.

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม 2563, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563) น. 145.

²⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, น. 32.

²⁶ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น. 73.

²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม 2563, น. 145.

ระบอบการเมืองและองค์กรทางการเมืองทุกองค์กรขึ้นอีกชั้นหนึ่งต่อมา”²⁸

- ปิยบุตร แสงกนกกุล: “อำนาจที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญในห้วงเวลา
ที่ปราศจากรัฐธรรมนูญ อำนาจนี้ปรากฏขึ้นในสถานการณ์ปลดอดกฎหมาย
เป็นอำนาจตามความเป็นจริงและไร้ข้อจำกัด ผู้ทรงอำนาจนี้และกระบวนการ
ใช้อำนาจนี้จะเป็นอย่างไรร่วมขึ้นกับสถานการณ์ในเวลานั้นว่าใครเป็นผู้ชนะ”²⁹

แม้การให้ความหมายข้างต้นจะแตกต่างกัน แต่ก็พอจะอนุมานได้ว่า
การให้ความหมายของ *pouvoir constituant* ของนักกฎหมายไทยนั้น เน้นไปที่
“การตัดสินใจของผู้มีอำนาจ” ที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น คล้าย ๆ กับความหมาย
ที่ Carl Schmitt ให้ไว้

สิ่งที่น่าสนใจกว่านั้น คือ คุณลักษณะ “สูงสุด” “ล้นพ้น” “ไร้ข้อจำกัด” ของ
อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น มีจริงหรือไม่ ในระบบกฎหมายไทย คำตอบของ
คำถามนี้เกี่ยวพันโดยตรงกับปมปัญหาว่า ในรัฐไทย ใครเป็นเจ้าของอำนาจ
สถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งจะนำเสนอในหัวข้อที่ 2.1.3 และ 2.1.5 ของบทนี้ และ
ในบทที่ 6 ต่อไป

2.1.2 ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès

2.1.2.1 บุคคลผู้เป็นต้นกำเนิดแห่งทฤษฎี

มีข้อถกเถียงทางวิชาการว่า แท้จริงแล้ว ต้นกำเนิดของแนวคิด
ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นมิใช่ของ Emmanuel-Joseph Sieyès
ตัวอย่างเช่น Martin Loughlin เสนอว่า กลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองชื่อ
“the Levellers” ในช่วงสงครามกลางเมืองและการปฏิวัติของอังกฤษ
ช่วง ค.ศ. 1642-1651 เป็นผู้อธิบายแนวคิดนี้อย่างชัดเจน และได้รับการขยายความ
ต่อโดย George Lawson ในหนังสือชื่อ *Politica Sacra et Civilis* [1660]³⁰

²⁸ ปัญญา อุดชาชน, [Online]. Available from: http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20170720140513.pdf สืบค้นเมื่อ 22 สิงหาคม 2563, http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20170720140513.pdf

²⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 35.

³⁰ Martin Loughlin, “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice,” ใน Martin Loughlin และ Neil Walker (eds), *The Paradox*

ซึ่งเป็นการจำแนกอำนาจทางการเมืองออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจที่เป็นผู้สร้างระบอบการปกครองและองค์กรต่าง ๆ ทางการเมือง *ประเภทหนึ่ง* และอำนาจที่ถูกสร้างขึ้น เช่น อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย *อีกประเภทหนึ่ง*³¹ และอธิบายต่อว่า อำนาจประเภทแรกอยู่เหนืออำนาจประเภทหลัง³² นอกจากนี้ ยังมีข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของเหตุการณ์การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในนามประชาชน (the People) เพื่อสร้างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นในช่วงการปฏิวัติอเมริกัน (American Revolution) เพื่อประกาศอิสรภาพจากอังกฤษ ได้แก่ Declaration of Independence (4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776) Articles of Confederation (15 พฤศจิกายน ค.ศ. 1777 และมีผลใช้บังคับ 1 มีนาคม ค.ศ. 1781) Constitution of the United States (17 กันยายน ค.ศ. 1787 และมีผลใช้บังคับ 4 มีนาคม ค.ศ. 1789) เหตุการณ์ทั้งสามเกิดขึ้นก่อนการเผยแพร่จุลสารสามฉบับของ Sieyès ระหว่างพฤศจิกายน ค.ศ. 1788 และพฤษภาคม ค.ศ. 1789³³

of Constitutionalism, (OUP, 2008) น. 27 และ 35-41; ผู้สนใจข้ออภิปรายเรื่องนี้ โปรดดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า.1-18 โดยเฉพาะหน้า 15-16.

³¹ เช่น Marsilius of Padua, Jean Bodin, Hermann Kirchner, “the Leveller”, Jean-Jacques Rousseau, “Junius”; โปรดดู Martin Loughlin, “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice,” น. 35-41; Martin Loughlin, Foundation of Public Law, (OUP, 2010) น. 58 และ 70-72; Joel Colón-Ríos, Constituent Power and the Law, (OUP, 2020) น. 57-60; ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 3-18.

³² เช่น Johannes Althusius, George Lawson, John Locke, Daniel Defoe; โปรดดู Yaniv Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments (United Kingdom: Oxford University Press, 2017), (OUP, 2019) น. 107-108.

³³ Michael Sonenscher, “Introduction”, ใน Emmanuel-Joseph Sieyès, What is the Third Estate?, น. xxiv; โปรดดู Martin Loughlin, The Idea of Public Law, (OUP, 2003) น. 108-109; นอกจากนี้ Thomas Paine ยังเคยอธิบายในปี 1791 ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่มีมาก่อนรัฐบาล และรัฐบาลเป็นเพียงสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของประเทศหนึ่งไม่ใช่การกระทำ (หรือการใช้อำนาจ) ของรัฐบาล แต่เป็นการกระทำของประชาชนซึ่งจัดให้มีรัฐบาล” Thomas Paine, Bruck Kuklick (ed), Paine: Political Writings, (CUP, 2000) น. 89

แต่กระนั้นก็ตาม Emmanuel-Joseph Sieyès พระ-นักทฤษฎีการเมืองชาวฝรั่งเศส ก็เป็นคนแรกที่ใช้คำว่า “pouvoir constituant” และ “pouvoir constitué”³⁴ และนำแนวคิดความแตกต่างระหว่างอำนาจสองประเภทดังกล่าวมาอธิบายในบริบทของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร³⁵ ว่า รัฐธรรมนูญเป็นผลผลิตของอำนาจผู้สร้าง จากนั้น รัฐธรรมนูญก็กลายเป็นที่มาของอำนาจอื่น ๆ ที่ถูกสร้างขึ้น และให้ “ชาติ” เป็นเจ้าของ pouvoir constituant ที่ว่านี้³⁶

ในจุลสารชื่อ “ความเห็นเกี่ยวกับเครื่องมือทางบริหารสำหรับผู้แทนของฝรั่งเศสในปี 1789” (Views of the Executive Means Available to the Representatives of France in 1789)³⁷ Sieyès ได้เริ่มจำแนกความแตกต่างระหว่าง “อำนาจก่อตั้ง” (pouvoir constituant) และ “อำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้น” (pouvoir constitué) เพื่อที่จะอธิบายว่า รัฐธรรมนูญไม่ควรจะถูกจัดทำขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติธรรมดา (any ordinary legislature)³⁸ แนวคิดนี้ได้รับการขยายความเพิ่มเติมในจุลสารเรื่อง “อะไรคือฐานันดรที่สาม” (What is the Third Estate) ว่า “ชาติเกิดขึ้นก่อนทุกสิ่ง เป็นที่มาของทุกสิ่ง ชาติจึงชอบด้วยกฎหมายเสมอ และเป็นกฎหมายในตัวเอง”³⁹ “อำนาจก่อตั้ง” (pouvoir

³⁴ Lucia Rubinelli, *Constituent Power: A History*, (CUP, 2020) น. 13-14; Tamara El Khoury, “Pouvoir Constituant,” ใน Rainer Grote, Frauke Lachenmann และ Rüdiger Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2015); เว็บไซต์ Oxford Constitutions (<http://oxcon.oup.com>), ย่อหน้า 13.

³⁵ Christoph Möllers, “Pouvoir Constituant—Constitution—Constitutionalisation” ใน Armin von Bogdandy และ Jürgen Bast, *Principles of European Constitutional Law*, (Hart Publishing, 2nd revised edition, 2009) น. 185; Andrew Arato, *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?*, (CUP, 2017) น. 32-33; ชมพูนุช ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, (สถาบันพระปกเกล้า, 2556) น. 49-51.

³⁶ Emmanuel-Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?*, น. 135-140; Carl Schmitt แปลโดย Jeffrey Seitzer, *Constitutional Theory*, (Duke University Press, 2008) น. 125-126.

³⁷ Michael Sonenscher บรรณาธิการและผู้แปลหนังสือรวมบทความของ Sieyès อธิบายว่า บทความนี้เป็นบทความแรกในจุลสารสามฉบับที่กล่าวถึง pouvoir constituant; Michael Sonenscher, “Introduction”, ใน Emmanuel-Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?*, น. XXV.

³⁸ *Ibid.*, p. 34.

³⁹ *Ibid.*, p. 34.

constituant) เป็นของ “ชาติฝรั่งเศส” (the French nation) แต่เพียงผู้เดียว และอำนาจนี้อาจจะถูกใช้ได้โดยสภาพิเศษซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของชาติ (an extraordinary assembly representing the nation) ซึ่งก็คือผู้แทนของฐานันดรที่สาม ซึ่งมีสิทธิที่จะกระทำการในฐานะที่เป็น “อำนาจก่อตั้ง” ได้⁴⁰ ต่างจากผู้แทนธรรมดาของประชาชนที่มีและใช้อำนาจได้เฉพาะตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น⁴¹ อำนาจก่อตั้งนี้แทนชาติซึ่งเป็นหน่วยเดียวกันเพียงหนึ่งเดียว มีสิทธิอธิปไตยของชาติฝรั่งเศส จึงสามารถที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการปกครองฝรั่งเศสได้⁴² เมื่อมีรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว บรรดาองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น ก็ใช้อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ ตามเนื้อหาและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁴³ ในทางตรงกันข้าม ชาติซึ่งเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ “ไม่ควรและไม่อาจที่จะตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ”⁴⁴

2.1.2.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

แนวคิดของ Sieyès ข้างต้น เป็นรากฐานของการอธิบายถึงเหตุและผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ใน 4 นัยด้วยกัน กล่าวคือ

นัยแรก เมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญก็จะกำหนดให้เมืองค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประมุขแห่งรัฐเพื่อเป็นผู้แทนที่ใช้อำนาจทางการเมืองแทนชาติผ่าน (หรือร่วมกับ) องค์กรอื่น ๆ เช่น รัฐสภาเพื่อใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีเพื่อใช้อำนาจในทางบริหารและอำนาจทางปกครอง และศาลเพื่อใช้อำนาจใน

⁴⁰ ในฝรั่งเศสสมัยนั้น ฐานันดรที่ 1 คือ พระ (Clergy) ฐานันดรที่ 2 คือ ขุนนาง (Nobility) และฐานันดรที่ 3 คือ สามัญชน (commoners).

⁴¹ Emmanuel-Joseph Sieyès, What is the Third Estate?, น. 139.

⁴² Ibid., p. xxiv-xxv.

⁴³ Ibid., p. 136-137.

⁴⁴ Ibid., p. 138.

ทางตุลาการ⁴⁵ พร้อมกันนั้น รัฐธรรมนูญก็ได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ โดยนัยนี้ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลผลิตโดยตรงของ “อำนาจก่อตั้ง” (constituent power) จึงย่อมอยู่เหนือองค์กรอื่น ๆ ซึ่งเป็นผลผลิตของ “อำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้น” (constituted power) รวมทั้งผลผลิตของการใช้อำนาจในรูปแบบต่าง ๆ ขององค์กรเหล่านั้นซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น⁴⁶ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงถือเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายเพราะเป็นรากฐานที่มาของกฎเกณฑ์อื่น ๆ ทั้งปวงในระบบกฎหมาย⁴⁷

นัยที่สอง การใช้อำนาจและการดำเนินการขององค์กรต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้น ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะมนตรี ศาล ฯลฯ ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เนื่องจาก “ไม่มีอำนาจใดที่ได้รับมอบมา (delegated power) จะสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแห่งการมอบอำนาจมาให้ตนได้”⁴⁸ ดังนั้น การกระทำและผลผลิตจากการใช้อำนาจขององค์กรทุกองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ**มิได้**

ในการนี้ Sieyès เสนอให้มีการจัดตั้ง “ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Constitutional Jury) ซึ่งคัดเลือกจากสมาชิกสภาจำนวน 250 คนที่จะพ้นจากตำแหน่งทุกปี เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบกระบวนการนิติบัญญัติ ความผิดปกติในกระบวนการเลือกตั้งผู้แทน⁴⁹ การปรับปรุงรัฐธรรมนูญ และควบคุมคำพิพากษา

⁴⁵ Yaniv Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments. Unconstitutional Constitution Amendments, (OUP, 2019), น. 110.

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, น. 19.

⁴⁷ จุดนี้เองที่แนวคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปเชื่อมต่อกับทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของ Hans Kelsen, แปลโดย Max Night, The Pure Theory of Law, (The Lawbook Exchange, 2005) น. 221-224; Hans Kelsen, แปลโดย Bonnie Litschewski Paulson และ Stanley L. Paulson, Introduction to the Problems of Legal Theory, (Clarendon Press, 1992) น. 63-65; อย่างไรก็ตาม Martin Loughlin ระบุว่า Kelsen มองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นเรื่องทางการเมือง มีชื่อเรื่องทางกฎหมาย; Martin Loughlin, The Idea of Public Law, (OUP, 2003) น. 157.

⁴⁸ Emmanuel-Joseph Sieyès, What is the Third Estate?, น. 136.

⁴⁹ Marco Goldoni, “At the Origins of Constitutional Review: Sieyès’ Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 32, No. 2 (2012) น. 219, 225.

ของศาลให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติ⁵⁰

นัยที่สาม Sieyès เสนอให้ “ชาติ” (Nation) เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ชาติเป็นที่รวมของประชาชนทั้งหมดมิใช่กลุ่มคนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง Sieyès อธิบายว่า ชาติคือที่รวมของฐานันดรที่สาม คือสามัญชน (commoners) ไม่รวมถึงฐานันดรที่ 1 คือ พระ (Clergy) และฐานันดรที่ 2 คือ ขุนนาง (Nobility) อย่างไรก็ดี เมื่อพระและขุนนางสละตำแหน่งหัวโขนนั้น ๆ แล้ว ก็ยอมกลายมาเป็นฐานันดรที่ 3 ได้⁵¹ ในแง่นี้ จึงกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า แนวคิดของ Sieyès สะท้อนแนวคิดประชาธิปไตย⁵² เพราะมุ่งปฏิเสธการมีชนชั้นอันขัดกับหลักความเสมอภาคของบุคคล และระบุให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่ชาติ ซึ่งก็คือ ประชาชนทุกคนในลักษณะที่เป็นองค์รวม

นัยที่สี่ Sieyès เห็นว่า ชาติ (ประชาชน) ไม่อาจมารวมตัวกันทั้งหมดเพื่อกระทำการใด ๆ ได้ จำเป็นต้องอาศัยผู้แทนพิเศษทำการแทนการรวมตัวกันทั้งหมดของชาติ ประชาชนจึงต้องใช้อำนาจแต่งตั้งผู้แทนและมอบหมายภารกิจเพื่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ⁵³ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องอาศัยผู้แทนพิเศษของประชาชน (extraordinary representatives) หรือกระบวนการพิเศษ ไม่อาจกระทำโดยผู้แทนธรรมดา (ordinary representatives) หรือกระบวนการตรากฎหมายธรรมดา⁵⁴

ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายแนวคิดของ Sieyès ในบริบทของการจัดทำรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 1789 ว่า “สภาสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งแปลงตนมาจากสภาฐานันดรที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรง

⁵⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ), สำนักข่าวอิศรา, 16 มีนาคม 2564, สืบค้นถึงเมื่อ 15 เมษายน 2564, <https://www.isranews.org/article/isranews-article/96835-open00-25.html>

⁵¹ Sieyès อธิบายในจุลสาร “ความเรียงว่าด้วยอภิสิทธิ์ชน” (An Essay on Privileges) ว่า พระและขุนนางมิได้เป็นส่วนหนึ่งของชาติฝรั่งเศส; Joel Colón-Ríos, เชิงอรรถ 4, น. 61 และ 69; ปิยบุตร แสงกนกกุล, เชิงอรรถ 3, น. 38.

⁵² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ)

⁵³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดียวกัน

⁵⁴ Joel Colón-Ríos, Constituent Power, and the Law, (OUP, 2020), น. 72-74.

แต่ต้องมาร่างรัฐธรรมนูญ” แต่รัฐธรรมนูญดังกล่าว “จะมีผลถาวรเมื่อ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อประการนี้แต่เพียงประการเดียวจะมาให้ความเห็นชอบ” ...แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่าง “อำนาจยกร่างรัฐธรรมนูญ” (*pouvoir de rédaction*) กับ “อำนาจให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ” (*pouvoir d'approbation*) ซึ่งต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”⁵⁵

นักคิดในยุคต่อมาจึงเสนอต่อไปอีกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามแนวคิดประชาธิปไตย แสดงออกโดยการให้ประชาชนเลือกผู้แทนเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ให้จัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญแทนประชาชน จากนั้นให้นำร่างรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญนั้น⁵⁶ ในปัจจุบัน พบว่า หลายประเทศกำหนดให้การจัดทำรัฐธรรมนูญใช้วิธีการพิเศษที่ประชาชนมีส่วนร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม เช่น การให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเลือกตั้งผู้แทนมาเพื่อให้ทำหน้าที่จัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ หรือให้รัฐสภาจัดทำยกร่างแล้วเสนอให้ประชาชนลงประชามติ หรือให้ประชาชนเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อยกร่างเสร็จแล้วก็ให้ประชาชนออกเสียงประชามติอีกชั้นหนึ่ง

2.1.3 ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ส่วนคำถามว่าใครเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น มีประเด็นถกเถียงกันดังนี้

2.1.3.1 “ชาติ” เท่านั้น คือ เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาในเชิงที่มาและเนื้อหาของทฤษฎีนี้ จะเห็นได้ว่า “แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดทางประชาธิปไตยและการปฏิบัติซึ่งมีที่ทางภายในบริบททฤษฎีรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยเท่านั้น”⁵⁷

⁵⁵ ความคิดของ Sieyès ถูกวิจารณ์ว่าให้ความสำคัญแก่กับผู้แทนที่ประชาชนเลือกมากกว่าตัวประชาชนเอง; บวรศักดิ์ อวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ)

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน

⁵⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, น. 172.

Sieyès สร้างทฤษฎีนี้ขึ้นเพื่อโต้แย้งอำนาจอธิปไตยของกษัตริย์และสถาบันของกษัตริย์⁵⁸ โดยอาศัยอำนาจตัดสินใจทางการเมืองดั้งเดิมและไร้พันธนาการในนามของชาติ (the nation) เป็นอำนาจซึ่งทำให้เกิดรัฐธรรมนูญขึ้น และด้วยความที่คุณลักษณะบางอย่างของพระเจ้ามีอยู่ในตัวมนุษย์ ซึ่งก็คือ ประชาชน (the people) ประชาชนจึงได้รับอำนาจเต็มที่จะสร้างระบบระเบียบทางการเมืองและสังคม จากเจตจำนงและการตัดสินใจในฐานะองค์อธิปัตย์ มนุษย์ย่อมเป็นผู้ที่กำหนดชะตาอนาคตของตนเอง ด้วยเหตุนี้ Ernst-Wolfgang Böckenförde จึงสรุปว่า ตามแนวคิดนี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงไม่อาจถ่ายทอดไปสู่กษัตริย์ได้ และ “ประชาชน” หรือประชาชนในนามของ “ชาติ” เท่านั้นที่เป็นเจ้าของอำนาจนี้⁵⁹

อย่างไรก็ดี คำอธิบายเชิงทฤษฎีของ Sieyès ถูกวิจารณ์ว่า ย้อนแย้งกับทางปฏิบัติในชีวิตของเขา เนื่องจากต่อมา Sieyès ได้เข้าร่วมยุบปลุกปั่นให้เกิดการรัฐประหาร (The Coup of 18 Brumaire) ในเดือนพฤศจิกายน 1799 และเป็นคณะกงสุลชั่วคราว (Provisional Consuls) ร่วมกับ Napoleon Bonaparte และ Pierre Roger Ducos จากนั้น Napoleon Bonaparte ก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งกงสุลเอกแห่งฝรั่งเศส (First Consul of France) และต่อมาสถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดิในปี 1804 พร้อมทั้งประกาศว่า “ข้านี้แหละอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (I am the constituent power)⁶⁰

2.1.3.2 “ผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตามข้อเท็จจริง” เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

คำอธิบายของ Sieyès ข้างต้นได้รับการปรับแต่งและอธิบายใหม่โดย Carl Schmitt ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นผันแปรไปตามบริบทของสังคมในแต่ละยุคสมัยและข้อเท็จจริงในแต่ละสังคม กล่าวคือ แต่เดิม

⁵⁸ Michael Sonenscher, *What is the Third Estate?*, น. xxiv.

⁵⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, น. 172-173.

⁶⁰ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power, and the Law*, น. 75.

ถือกันว่า อำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระผู้เป็นเจ้าของ Sieyès นำมาอธิบาย
ในบริบทของการปฏิวัติฝรั่งเศสว่า อำนาจนี้เป็นของชาติ⁶¹ ต่อมาในยุคฟื้นฟู
ระบอบกษัตริย์ ค.ศ. 1815-1830 กษัตริย์กลายเป็นผู้ทรงอำนาจอศาลปนา
รัฐธรรมนูญ⁶² การปฏิวัติรัสเซียช่วงต้นศตวรรษที่ 20 กลุ่มคนจำนวนน้อย คือ
องค์กรพรรคคอมมิวนิสต์กลายเป็นผู้ทรงอำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญ⁶³

ในทางตำราของไทย ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม,⁶⁴ ศาสตราจารย์
หยุด แสงอุทัย,⁶⁵ ศาสตราจารย์วิชฌุ เครืองาม,⁶⁶ ศาสตราจารย์บวรศักดิ์
อุวรรณโณ,⁶⁷ และรองศาสตราจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล⁶⁸ ต่างก็อธิบายใน
ทิศทางเดียวกับ Carl Schmitt ว่า ผู้ทรงอำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญ อาจเป็น
กษัตริย์ คณะรัฐประหาร หรือราษฎร และบางท่านระบุว่า เป็นอำนาจร่วมกันของ
องค์กรข้างต้นก็ได้

2.1.4 คุณลักษณะของอำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญ

ตามคำอธิบายของ Sieyès อำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจ
ที่มีลักษณะเสรี เป็นอิสระจากเงื่อนไขต่าง ๆ ทางกฎหมาย และไร้ข้อจำกัด⁶⁹
ในประเด็นนี้ George Burdeau และตำรากฎหมายในสายฝรั่งเศสได้กล่าวถึง
คุณลักษณะของอำนาจอศาลปนารัฐธรรมนูญไว้ว่าเป็นอำนาจสูงสุดซึ่งถูกใช้
เพื่อลบล้างและก่อร่างระบบการเมืองการปกครอง จึงเป็นอำนาจนอกกฎหมาย

⁶¹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, น. 126.

⁶² *Ibid.*, p. 129.

⁶³ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, น. 19-27.

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของ
ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, น. 32-34.

⁶⁶ วิชฌุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น.73-79.

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, น.21.

⁶⁸ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 36-39,
45-59 และ 65-69.

⁶⁹ Yaniv Roznai, ““We the People”, “oui, the people” and the collective body: perceptions
of constituent power”, ใน Gary Jacobsohn และ Miguel Schor, *Comparative Constitutional
Theory*, (Edward Elgar Publishing, 2018) น. 297.

ซึ่งมีคุณลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ ดังที่รองศาสตราจารย์ ดร. ปิยบุตร แสงกนกกุล ได้นำเสนอไว้ ดังนี้⁷⁰

2.1.4.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจแห่งการริเริ่ม

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะพิเศษ คือเป็นอำนาจที่มีความย้อนแย้งอยู่ในตัว กล่าวคือ ในมุมหนึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกใช้เพื่อก่อตั้งริเริ่ม (constitute) และในขณะเดียวกัน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจแห่งการทำลาย (disrupt) เช่นเดียวกัน

Asha Kaushal ได้กล่าวถึงคุณลักษณะประการนี้ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้ในบทความเรื่อง Constituent Power: Political Unity and Constitutional Plurality ซึ่งอาจกล่าวถึงโดยสรุปได้ว่า⁷¹ อำนาจสถาปนานั้นเป็นอำนาจริเริ่มในการออกแบบระบบการเมือง และจัดสร้างรัฐธรรมนูญอันเป็นแม่แบบสูงสุดของระบบการเมืองของรัฐ อย่างไรก็ตาม การริเริ่มนั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากมีการล้มล้างหรือทำลายรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในระบบเก่าลงเสียก่อน เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับเก่าถูกทำลายลง หรือประเทศถูกทำให้อยู่ในสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญแล้ว เมื่อนั้นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงถูกแสดงออกได้

สภาวะเช่นนี้ทำให้เรากล่าวได้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจริเริ่ม คือเป็นการริเริ่มระบบการเมืองใหม่ในรัฐในช่วงเวลาที่รัฐนั้นปราศจากสิ้นจากอำนาจใด ๆ ทั้งในทางกฎหมายและในทางข้อเท็จจริง เมื่อเป็นเช่นนี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเสมือนริเริ่มหรือก่อสร้างสิ่งใหม่ขึ้นมาจากความว่างเปล่า จากสภาวะที่ไม่มีให้มิขึ้นมาอย่างไรก็ตาม อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะไม่สามารถแสดงออกซึ่งคุณลักษณะเช่นว่านั้นได้หากไม่ทำลายระบอบเก่าทิ้งลงไปก่อน เราจึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจแห่งการริเริ่ม และในขณะเดียวกันก็มีลักษณะเป็นอำนาจแห่งการทำลายอยู่ในตัว

⁷⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 34-35

⁷¹ Asha Kaushal, “Constituent Power: Political Unity and Constitutional Plurality,” National Journal of Constitutional Law 37, 2 (2017). pp.9-10

2.1.4.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอิสระ

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นั่นคือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมมีอิสระที่จะกำหนดระบบการเมือง การปกครองภายในรัฐให้เป็นไปตามความต้องการของตน ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ในตอนต้นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นจะถูกใช้เมื่อรัฐอยู่ในสภาพปลอดภัย กฎหมายหรือปราศจากรัฐธรรมนูญ⁷² ลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้อำนาจที่จะถูกใช้ เพื่อกำหนดระบบกฎหมาย ระบบการเมืองการปกครองในนามของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอำนาจสูงสุดโดยสภาพ และเมื่ออำนาจนี้เป็นอำนาจสูงสุด เป็นอำนาจ เดียวที่จะก่อตั้งระบบการเมืองการปกครองได้ในเวลานั้น ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมมีอิสระเต็มที่ ๆ จะตัดสินใจเลือกที่จะสร้างระบบการเมือง การปกครองในรูปแบบใดขึ้น ทั้งนี้รูปแบบการเมืองการปกครองที่ถูกก่อตั้งขึ้นใหม่ จะปรากฏอยู่ในลักษณะใดย่อมขึ้นอยู่กับว่า ณ ห้วงเวลาแห่งการสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ผู้ทรงอำนาจสถาปนาได้รับอิทธิพลจากแนวคิดทางการเมือง รูปแบบใด ซึ่งหากอธิบายตามแนวคิดแบบสัมพัทธ์นิยม ก็อาจอธิบายได้ว่า รูปแบบของระบบการเมืองการปกครองย่อมขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายการเมืองใดเป็นผู้มีชัยเหนือความขัดแย้งทางการเมืองนั่นเอง

2.1.4.3 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด

ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในส่วนสุดท้ายนี้เป็น สิ่งที่สุดคล้องกับลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามที่ได้กล่าวไว้ใน ส่วนที่แล้ว กล่าวคือ เมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถแสดงออก และใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อกำหนดรูปแบบของระบบการเมืองได้โดยอิสระแล้ว นั้นย่อมหมายความว่า การกำหนดรูปแบบการเมืองการปกครองผ่านการจัดทำ รัฐธรรมนูญนั้นย่อมปราศจากซึ่งข้อจำกัดและเงื่อนไขใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นในเชิง เนื้อหาหรือในเชิงรูปแบบ⁷³

⁷² น. 35.

⁷³ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. pp.105-107

อย่างไรก็ตาม อาจมีความเป็นไปได้ที่การใช้อำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญนั้นถูกจำกัดกรอบหรือรูปแบบการใช้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น สถานการณ์ทางการเมืองก่อนมีการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ พื้นฐานหรือจารีตประเพณี รวมถึงข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ต่าง ๆ ซึ่งมีผลต่อการหล่อหลอมชุดความคิดของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้ ผู้สร้างรัฐธรรมนูญได้รับกรอบแนวคิดดังกล่าวมา และยิ่งผลให้รัฐธรรมนูญ มีลักษณะที่สอดคล้องกับกรอบหรือแนวความคิดที่ส่งผลต่อผู้ทรงอำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดเป็นอำนาจสูงสุด ซึ่งถูกใช้เพื่อก่อตั้งระบบการเมืองการปกครองของรัฐ ผ่านการจัดทำกฎหมายสูงสุด อันได้แก่รัฐธรรมนูญ ความสูงสุดเด็ดขาดของอำนาจดังกล่าวทำให้ผู้ทรงไว้ซึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ สามารถที่จะจัดสร้างระบบการเมืองในลักษณะใด ขึ้นมาภายในรัฐก็ได้ เนื่องจากผู้ที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อม สามารถใช้อำนาจแห่งการริเริ่มได้อย่างอิสระ ปราศจากเงื่อนไขและกฎเกณฑ์ ใด ๆ นั่นเอง

2.1.5 ข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเริ่มมีคำอธิบายใหม่ ๆ เกี่ยวกับอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญซึ่งปฏิเสธคุณลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามข้อ 2.1.4 ข้างต้น และเห็นว่าอำนาจนี้มีข้อจำกัดได้เช่นเดียวกัน ดังนี้⁷⁴

2.1.5.1 ข้อจำกัดในตัวเองของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

Ernst-Wolfgang Böckenförde อธิบายว่า หากเราถือตาม ความเข้าใจดั้งเดิมเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ประชาธิปไตยและเพื่อหลักการทางรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย อำนาจ

⁷⁴ Tamara El Khoury, "Pouvoir Constituant," Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, ย่อหน้า 22: "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกจำกัดโดยกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมืองและหลักทั่วไปแห่งความยุติธรรม".

ดังกล่าวก็ย่อมไม่มีข้อจำกัดทางกฎหมายใด ๆ ในทางทฤษฎี⁷⁵ อย่างไรก็ตาม อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้เป็นอำนาจที่สามารถถูกใช้ได้ตามยถากรรมและอำเภอใจ หากแต่ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” นั้น ถูกกำหนดขึ้นโดยเจตจำนงที่จะจัดให้มีการสร้างรัฐธรรมนูญ และคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ก็มีความหมายในตัวเองว่าเป็นระเบียบแบบแผนทางกฎหมายและการจัดวางโครงสร้างอำนาจทางการเมืองของรัฐ คุณลักษณะติดตัวของทุกระบบกฎหมาย คือ การจัดวางโครงสร้างอำนาจและจำกัดอำนาจไปพร้อม ๆ กัน “อำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ซึ่งต้องการดำรงสถานะ “ความเบ็ดเสร็จเด็ดขาด” ต่อไป ย่อมไม่อาจถูกนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้”⁷⁶ ดังนั้น การมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็สะท้อนขอบเขตข้อจำกัดระดับหนึ่งของอำนาจตามอำเภอใจและพระราชัยสัมบูรณ์ และขอบเขตนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งและเป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁷⁷

“เมื่อประชาชนมีบทบาทในฐานะ (เจ้าของ) อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ก็ย่อมปรากฏการตระหนักถึงความยุติธรรม ความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมที่มีประสิทธิผลจริง และเจตจำนงทางการเมืองและศีลธรรมที่ก่อรูปขึ้นได้จริง”⁷⁸

2.1.5.2 ข้อจำกัดตามกฎหมายภายในรัฐ - หลักความยุติธรรม และสิทธิมนุษยชน

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนีเคยอธิบายในทำนองเดียวกับ Ernst-Wolfgang Böckenförde ว่า “ในขณะที่สภาร่างรัฐธรรมนูญ (a constituent assembly) ซึ่งมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดภายนอกใด ๆ สภาร่างรัฐธรรมนูญกลับถูกผูกพันโดยหลักการที่สูงกว่า

⁷⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, น. 181-182.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 182; คำอธิบายนี้ จะเป็นจริง เพียงไร หากรัฐธรรมนูญ เขียนรับรองอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดและปราศจากการตรวจสอบ การดูแลและคาน ผู้ทรงอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดไว้ ซึ่ง Böckenförde เองก็ใส่เชิงอรรถอธิบายประเด็นนี้ไว้ และยกตัวอย่างอำนาจสูงสุดของ Hitler ในฐานะ Führer หลังปี 1933 ไว้ ส่วนของประเทศไทย โปรดดู รัฐธรรมนูญ 2557 ม. 44.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 182.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 184.

กฎหมายลายลักษณ์อักษร (*suprapositive maxims*) ซึ่งมาก่อนกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวง”⁷⁹ หลักการที่สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ Ernst-Wolfgang Böckenförde ระบุว่า คือ หลักพื้นฐานแห่งความยุติธรรมหรือกฎหมายธรรมชาติ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁸⁰

ข้อจำกัดดังกล่าวเป็นผลจากการอธิบายเชื่อมโยงทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเข้ากับหลักประชาธิปไตยและหลักเสรีนิยม เพื่อสร้างกรอบจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายใต้หลักประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชน นักวิชาการที่เสนอแนวคิดนี้ยังได้หยิบยกปรากฏการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญของหลายประเทศนับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง หลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียตและประเทศคอมมิวนิสต์ทั้งหลาย หลังการยุติสงครามกลางเมือง และหลังเหตุการณ์ประชาชนลุกฮือขึ้นต่อต้านเผด็จการในตะวันออกกลาง (Arab Spring) มาเป็นตัวอย่าง และสรุปว่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ล้วนแล้วแต่จัดทำขึ้นตามครรลองเสรีประชาธิปไตย⁸¹

2.1.5.3 ข้อจำกัดตามกฎหมายระหว่างประเทศ: หลักสิทธิมนุษยชน

แนวทางนี้อธิบายจากมติกฎหมายระหว่างประเทศว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐยังต้องตกอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายอันมีอากละเมิดได้ (*ius cogens*) ซึ่งผูกพันรัฐทุกรัฐ⁸² อาทิ หลักสิทธิมนุษยชน หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (*genocide*)

⁷⁹ BVerfGE 1, 14 [61] อ้างถึงใน Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, น. 183

⁸⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler และ Tine Stein, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, น. 182.

⁸¹ ปิยนุตร์ แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, น. 30-31 และ 115.

⁸² Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany”, in Xenophon Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, (New York: Routledge, 2012) น. 128-129.

และการทรมาน (torture) ฯลฯ⁸³ หลักการเหล่านี้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ
ที่ผูกพันรัฐทุกรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความยินยอมของรัฐแต่อย่างใด⁸⁴ และ
รัฐธรรมนูญของรัฐต่าง ๆ ที่จะจัดทำขึ้นต้องเคารพหลักการเหล่านี้ด้วย

2.1.6 การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับหนึ่ง
ขึ้นมาจะไม่มีประเด็นปัญหาให้ต้องพิจารณาเท่าใดนักหากว่าเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมาในสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ปัญหาของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยแท้จริงแล้วเกิดขึ้นเมื่อมีความต้องการที่จะใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายในขอบเขตของรัฐที่มีรัฐธรรมนูญของตนดำรงอยู่แล้ว เนื่องจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในช่วงเวลาดังกล่าวจะมีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญเดิม และหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะนำไปสู่การปฏิวัติ (Revolution)⁸⁵

ดังนั้น การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐที่มีรัฐธรรมนูญดำรงอยู่แล้วจึงต้องแบ่งการดำเนินการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นสองขั้นตอน ได้แก่ การสร้างสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญ และการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ

2.1.6.1 การสร้างสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญ

สภาวะปลอดรัฐธรรมนูญในรัฐที่ดำรงอยู่แล้วคือการสร้างสถานการณ์ที่จะทำให้รัฐธรรมนูญฉบับที่ดำรงอยู่สิ้นผลไป และกล่าวอ้างได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น กำเนิดขึ้นมาจากความว่างเปล่า (Ex Nihilo) เพื่อที่จะเปิดช่องทางที่มีความชอบธรรมมากพอให้สามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นได้ โดยการอธิบายเกี่ยวกับการสร้างสภาวะ

⁸³ Michael O'Boyle และ Michelle Lafferty, "General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law", ใน Dinah Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (OUP, 2013) น. 209-210.

⁸⁴ Bryan S. Turner, "Sociology of Human Rights", ใน Dinah Shelton, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, (OUP, 2013) น.100,

⁸⁵ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Constitutional and Political Theory : Selected Writings*, ed. Mirjam Künkler and Tine Stein (United Kingdom: Oxford University Press). p. 175

ปลดรัฐธรรมนูญนั้น นั่นคือการอธิบายว่าผู้ใดจะเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการให้เกิดสภาวะดังกล่าว และในขณะเดียวกันก็เป็นการอธิบายความชอบธรรมในการสร้างสภาวะปลดรัฐธรรมนูญไปในตัว ทั้งนี้ Claude และ Andras ได้อธิบายถึงการริเริ่มสร้างสภาวะปลดรัฐธรรมนูญ ว่าสามารถกระทำดังต่อไปนี้⁸⁶

2.1.6.1.1 การสร้างสภาวะปลดรัฐธรรมนูญโดยอาศัยการปฏิวัติ

การสร้างสภาวะปลดรัฐธรรมนูญในรัฐที่ดำรงอยู่แล้ว นั่นคือการตัดสินใจดำเนินการเพิกเฉยหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ดำรงอยู่ก่อน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการดำเนินการปฏิวัติ (Revolution) อันเป็นการดำเนินการเพื่อปฏิเสธแบบแผนที่มีอยู่เดิม และหวังจะสร้างระเบียบแบบแผนใหม่ให้กับประเทศ

การปฏิวัติเพื่อนำไปสู่สภาวะปลดรัฐธรรมนูญ โดยมีเป้าหมายคือการสถาปนาสภาวะปลดรัฐธรรมนูญและสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น แทบจะเป็นกระบวนการที่เห็นได้โดยทั่วไปในโลกปัจจุบัน โดยการสร้างความชอบธรรมให้การสร้างสภาวะปลดรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัตินี้มักจะทำลงโดยอาศัยการกล่าวอ้างถึงสภาวะตามธรรมชาติดังเช่นแนวคิดของลัทธิที่อธิบายถึงการสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการปฏิวัติของผู้ถูกปกครอง เมื่อครั้งที่ผู้ปกครองไม่ได้ใช้อำนาจรัฐในการปกครองเพื่อสนองต่อความไว้วางใจของประชาชนอย่างแท้จริง⁸⁷

กระบวนการตัดสินใจเพื่อที่จะนำพารัฐเข้าสู่ช่วงเวลาแห่งการปฏิวัตินั้นสามารถริเริ่มหรือเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการริเริ่มจากการกระทำของบุคคล หรือคณะบุคคลซึ่งอาจเป็นคณะทหาร หรือคณะบุคคลที่มีอำนาจมากพอที่จะสามารถประกาศล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญเดิมได้⁸⁸ นอกจากนี้ การริเริ่มการปฏิวัติและทำลายระบอบรัฐธรรมนูญเดิมอาจถูกทำลง

⁸⁶ Clude Klein and Andras Sajó, "Constitution-Making: Process and Substance," in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó (United Kingdom: Oxford University Press, 2012). pp.426-434

⁸⁷ John Locke, *Two Treatises of Government* (United Kingdom 1823). pp.202-203

⁸⁸ ปิยนุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า. 46

โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของคณะบุคคลที่เห็นพ้องต้องกันว่าจะประกาศความไม่เห็นชอบในรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หรืออาจปรากฏในรูปของการเห็นชอบให้มีการทำลายระบบรัฐธรรมนูญเดิมและร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยประชาชนภายในรัฐนั่นเองในช่วงเวลาที่ระบบการเมืองมีลักษณะเป็นการเมืองของมวลชน (Mass Democracy) ซึ่งในกรณีนี้ ประชาชนภายในรัฐจะเป็นผู้ลุกขึ้นมาล้มล้างระบบรัฐธรรมนูญเก่าด้วยตนเอง

2.1.6.1.2 การสร้างสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญในกรณีของรัฐ เกิดใหม่

ในบางกรณี สภาวะปลอดรัฐธรรมนูญไม่ได้เกิดขึ้นภายหลังจากการปฏิเสธรัฐธรรมนูญเดิมของรัฐ แต่เป็นสภาวะที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่รัฐเพิ่งเกิดขึ้นมาใหม่

รัฐสมัยใหม่ไม่ได้มีแต่เพียงรัฐที่ดำรงอยู่แล้วมาเป็นระยะเวลาานานรัฐบางรัฐ เช่น Latvia หรือ Croatia ถือกำเนิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง และเมื่อรัฐถือกำเนิดขึ้นมาในช่วงแรก สภาพของห้วงเวลาที่ปราศจากระบบกฎหมายย่อมเกิดขึ้นมาพร้อมกับรัฐนั้นด้วย ดังนั้น ในกรณีของรัฐเกิดใหม่ ช่วงเวลาของสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกสร้างขึ้น แต่เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ไปพร้อมกับการกำเนิดรัฐ

ทั้งนี้ การแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ในช่วงเวลานี้จึงสามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจของรัฐชาติที่เพิ่งเกิดใหม่นั้นโดยตรง (State-Building as an Act of National Sovereignty) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจผ่านทางคณะบุคคลหรือผู้แทนของประชาชนในลักษณะใดก็ได้ เช่น ในรูปของสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือในลักษณะของการให้ประชาชนมีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง

สภาวะปลอดรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการทำลายรัฐธรรมนูญฉบับเก่า หรือการตั้งต้นก่อร่างสร้างตัวของรัฐใหม่ซึ่งมีเชื้อไฟของการปฏิวัติแสดงให้เห็นอยู่ราว ๆ ล้วนแล้วแต่เป็นสภาวะการที่จำเป็นในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาว่าการสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ คือการสร้างระบบ กฎเกณฑ์ขึ้นมาจากความว่างเปล่า (Ex Nihilo) โดยแท้ ทั้งนี้ เมื่อสภาวะ ปลอดรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นแล้ว ข้อพิจารณาประการต่อมาอันคือการใช้อำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญ

2.1.6.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่

การจัดสร้างรัฐธรรมนูญอันเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นต่อมาภายหลัง จากที่ได้มีการทำลายรัฐธรรมนูญฉบับเดิมลงนั้น จะต้องกระทำภายใต้กรอบ การดำเนินการต่าง ๆ รวมทั้งสิ้น 2 ขั้นตอนสำคัญ ได้แก่ ขั้นตอนแรก การกำหนด วิธีการและกรอบเนื้อหาในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และขั้นตอนที่สอง การจัดทำ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่

2.1.6.2.1 การกำหนดวิธีการและกรอบเนื้อหาในการจัดทำ รัฐธรรมนูญ

ในการกำหนดวิธีการและกรอบเนื้อหาในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น คือการที่ผู้ตัดสินใจสร้างสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญให้กับรัฐดำเนินการตัดสินใจ ในขั้นต่อไปว่า ภายหลังจากที่ได้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทำลายและก่อตั้ง สภาวะปลอดรัฐธรรมนูญขึ้นมาแล้ว จะใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญไป ในลักษณะใดและในทิศทางใด โดยทั่วไปแล้ว การกำหนดวิธีการและกรอบเนื้อหา ในการจัดทำรัฐธรรมนูญจะมีองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้

องค์ประกอบแรก การกำหนดวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในขั้นตอน ของการกำหนดวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญนี้ จะเป็นการกำหนดว่ารัฐธรรมนูญ ที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาใหม่นั้นจะถูกทำขึ้นโดยอาศัยกระบวนการและขั้นตอนใด รวมถึง มีใครเป็นผู้แสดงออกถึงอำนาจ และใครจะเป็นผู้ตัดสินใจในท้ายที่สุดว่า ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้จัดทำขึ้นสมควรจะได้รับการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ทั้งนี้ ในการกำหนดวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญนี้เองที่จะเป็นหนึ่งใน เครื่องมือสำคัญอันจะแสดงให้เห็นถึงอุดมการณ์ทางการเมืองที่จะก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กล่าวคือ ในกรณีที่ระบบการปกครองที่จะถูกก่อตั้ง

ขึ้นมาใหม่มีความเป็นประชาธิปไตยสูง การกำหนดวิธีการและขั้นตอน รวมถึง กำหนดตัวองค์กรผู้ใช้อำนาจในการยกร่างรัฐธรรมนูญจะเกี่ยวโยงและเกี่ยวพันกับ ประชาชนโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการให้ประชาชนเป็นผู้เห็นชอบในการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติ หรือการให้ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้ง สภาที่จะเข้ามาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญโดยตรงก็ตาม⁸⁹

อย่างไรก็ตาม หากระบบการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นมีแนวโน้มไปใน ทิศทางของระบบเผด็จการ การสร้างความตกลงเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉบับใหม่มักเป็นไปในลักษณะของการยอมให้มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลสามารถ ใช้อำนาจแต่เพียงฝ่ายเดียวยกร่างรัฐธรรมนูญ หรือในที่นี้อาจเรียกว่าจัดให้มี รัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ อันปรากฏขึ้นในรูปของข้อตกลงที่ถูกจัดทำขึ้นระหว่างผู้มีอำนาจหรือผู้ที่ก่อ การตัดสินใจทำลายรัฐธรรมนูญเดิมกับประชาชนก็ได้⁹⁰

องค์ประกอบที่สอง นั่นคือการกำหนดกรอบเนื้อหาในการจัดทำ รัฐธรรมนูญ ในการกำหนดขอบเขตเนื้อหาของการยกร่างรัฐธรรมนูญนี้จะถือเป็น เวทีที่สำคัญที่ฝ่ายพลังทางการเมืองหรือค่านิยมทางการเมืองที่ชนะการขับเคี่ยว จนถึงขั้นที่สามารถสถาปนาระบอบของตัวเองได้นั้นเปิดเผยออกมาว่าค่านิยม ที่จะยึดถือต่อไปนั้นมีรูปลักษณะไปในทิศทางใด โดยเฉพาะหากต้องเปรียบเทียบ ระหว่างการปกครองแบบประชาธิปไตยกับการปกครองแบบเผด็จการ

การกำหนดกรอบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญโดยมากแล้วจะเป็น การกำหนดกรอบความคิดในทางการเมืองเบื้องต้นให้กับรัฐ เป็นการกำหนดว่า รัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นใหม่นั้นจะมีระบบการเมืองการปกครองรูปแบบใด อาจมีการ กำหนดข้อกำหนดในทางเทคนิค (technicalities) ต่าง ๆ เช่น จะใช้การปกครอง ในระบบสาธารณรัฐ หรือรัฐเดี่ยว จะเน้นระบบรัฐมนตรีหรือระบบประธานาธิบดี

⁸⁹ Clude Klein and Andras Sajo, “Constitution-Making: Process and Substance,” in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. pp.434-436

⁹⁰ Ibid.

หรืออาจไปถึงขั้นนำเสนอแนวคิดว่าด้วยการปกครองที่มีความแปลกไปจากที่เคยมีมาเลยก็ได้⁹¹

2.1.6.2.2 การยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ภายหลังจากที่ได้มีการกำหนดแนวทางในการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ สิ่งที่จะต้องดำเนินการต่อมานั้นคือการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ ในขั้นตอนการจัดสร้างรัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นการดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนที่ได้กำหนดไว้แล้วข้างต้น ทั้งในส่วนของกร่างรัฐธรรมนูญและการรับรองร่างรัฐธรรมนูญ

ในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญนั้น กระบวนการในการยกร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นไปในรูปแบบใด ย่อมขึ้นอยู่กับกระบวนการและขั้นตอนที่กำหนดไว้แล้วตั้งแต่ขั้นของการเตรียมการ กล่าวคือ อาจเป็นการยกร่างในระบอบที่เป็นประชาธิปไตยโดยให้ประชาชนเป็นผู้ยกร่าง หรือให้ผู้ที่ประชาชนเลือก (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือสภานิติบัญญัติที่รับหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญด้วย) เป็นผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญจากนั้น จึงส่งต่อร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างจนแล้วเสร็จไปยังประชาชนหรือบุคคลตามที่กำหนดไว้ในขั้นตอนของการกำหนดกรอบในการร่างเพื่อให้พิจารณาให้ความเห็นชอบ และจากนั้นประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป⁹²

ในขณะที่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยนั้น อาจประกอบขึ้นจากการยกร่างรัฐธรรมนูญขององค์กรที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือเกิดจากการประนีประนอมกับประชาชนเพื่อทำความตกลงร่วมกันก็ได้ และเมื่อการยกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการจนแล้วเสร็จแล้ว ขั้นตอนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้มีความผูกโยงหรือมีความจำเป็นที่จะต้องผูกโยงกับประชาชน⁹³

⁹¹ Ibid.

⁹² ปิยนุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า. 63

⁹³ Clude Klein and Andras Sajo, "Constitution-Making: Process and Substance," in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. p.436

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะถูกร่างขึ้นภายใต้กระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย คือไม่ได้ยึดโยงกับประชาชน ก็ไม่ได้มีอะไรเป็นหลักประกันว่ารัฐธรรมนูญที่ได้มาภายหลังนั้นจะไม่ใช่ประชาธิปไตย เนื่องจากการร่างรัฐธรรมนูญนั้นย่อมกระทำลงโดยความตกลงในเรื่องรูปแบบที่ได้พูดคุยกันไว้แล้วตั้งแต่ต้น เมื่อขึ้นการตกลงพูดคุยนั้นประสงค์จะให้มีการกำหนดให้รูปแบบของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่เป็นไปในทิศทางใด รัฐธรรมนูญย่อมถูกร่างไปในทิศทางเดียวกันนั้น

ขั้นตอนของการทำลายรัฐธรรมนูญและก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา นั้น มีจุดร่วมกันอยู่ประการหนึ่งนั่นคือความจำเป็นในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญชั่วคราว (Provisional Constitution or Interim Constitution) รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อกระทำการในสองประการสำคัญประการแรก คือ การปฏิเสธคุณค่าของรัฐธรรมนูญเดิม พร้อมทั้งก่อตั้งอำนาจและกำหนดแนวทางแห่งการใช้อำนาจให้กับผู้แทนซึ่งอาสาเข้ามาใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการธำรงไว้ซึ่งสภาวะปลอดรัฐธรรมนูญและดำเนินกิจการของรัฐไปพลางก่อน ส่วนประการที่สอง นั่นคือ การกำหนดแนวทางแห่งการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่⁹⁴

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงเป็นเสมือนตัวเชื่อมที่สำคัญ และเป็นเครื่องมือขึ้นที่ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะเมื่อการจัดสร้างรัฐธรรมนูญในรัฐสมัยใหม่ไม่ว่าจะเป็นการจัดสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบประชาธิปไตย หรือการจัดสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้ระบอบเผด็จการ ต่างกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำในฐานะผู้แทนของประชาชน (The People) เนื่องจากการมีอยู่ของรัฐธรรมนูญชั่วคราวจะทำให้กระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ปรากฏในที่แจ้ง และจะทำให้ประชาชนทราบได้ว่ารัฐธรรมนูญใหม่ที่กำลังจะถูกจัดสร้างขึ้นนั้นจะก่อให้เกิดระบอบการเมืองในรูปแบบใด

⁹⁴ Andrew Arato, *The Adventure of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2017). pp. 99-102

2.2 หลักนิติรัฐและนิติธรรมกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ Legal State ในภาษาอังกฤษ) หรือหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญไทย ดังที่ปรากฏในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไป ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม

หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมก็เป็นหลักการอีกเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แม้ว่าแนวคิดหลักนิติรัฐและนิติธรรมจะมีโมโนทัศน์ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในแง่มุมที่ต่างกันไป เพราะแนวคิดทั้งสองมีพัฒนาการและมีรากฐานทางประวัติศาสตร์ที่รองรับแตกต่างกันไป

ในภาพรวม ทั้งแนวคิดว่าด้วยนิติรัฐและนิติธรรมมีหลักการที่เปรียบเทียบเป็นแก่นกลางร่วมกันในหลายประการ ดังนั้น ในแง่มุมหนึ่ง ดังที่ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การใช้คำว่านิติรัฐและนิติธรรมปะปนกันไปย่อมไม่สามารถกล่าวได้ว่าไม่ได้เป็นความเข้าใจผิดเสียทีเดียว⁹⁵

ในแง่ของหลักการหรือคุณค่าที่หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมยึดถือร่วมกัน (coincided core values) นั้น ประกอบด้วยหลักการทั้งหลายที่เรียกร้องให้การปกครองรัฐจะต้องเป็นไปตามครรลองของกฎหมาย อันเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเพื่อคุ้มครองปัจเจกชนซึ่งถือเป็นแกนกลางที่หลักการทั้งสองมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง⁹⁶ ทั้งนิติรัฐและนิติธรรมต่างกำหนดให้บุคคลทั้งหลายย่อมเสมอหน้ากันภายใต้กฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็เรียกร้องให้ระบบกฎหมาย

⁹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2564), หน้า 307.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 307. และ Dietmar von der Pfordten, "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat," in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, ed. James E. Hickey Jr. James R. Silkenat, and Peter D. Barenboim (Switzerland: Springer, 2014), pp. 23-24.

และกฎหมายที่บัญญัติใช้ในรัฐที่ยึดถือไม่ว่าจะจะเป็นนิติรัฐหรือนิติธรรมจำเป็นที่จะต้องมีชัดเจน มีความมั่นคงและแน่นอน รวมทั้งให้กำหนดให้มีองค์กรตุลาการที่เป็นอิสระเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลภายใต้ระบบกฎหมาย เป็นต้น⁹⁷

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่างแนวคิดที่ว่าด้วยนิติรัฐและนิติธรรม กลับปรากฏขึ้นอย่างแจ่มชัดเมื่อพิจารณาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบมโนทัศน์ที่แตกต่างกันของทฤษฎีทั้งสอง กล่าวคือ ในขณะที่ นักคิดอย่าง Dietmar von der Pfordten และ Stephan Kirste ต่างยอมรับว่าไม่ว่าจะจะเป็นระบบนิติรัฐซึ่งมีพัฒนาการมาจากประเทศเยอรมัน หรือระบบนิติธรรมซึ่งมีพัฒนาการจากประเทศอังกฤษต่างยอมรับและรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของกฎหมายสูงสุดอันได้แก่รัฐธรรมนูญเหมือนกัน⁹⁸ การให้นิยามความหมายของรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยนิติรัฐและนิติธรรมนั้นกลับแตกต่างกัน

ภายใต้กรอบแนวคิดของหลักนิติรัฐที่พัฒนาขึ้นผ่านประวัติศาสตร์ การเมืองและประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศเยอรมัน นิติรัฐคือหลักการที่เรียกร้องให้การจัดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ องค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับประชาชนภายในรัฐจะต้องกระทำลงในภายใต้รูปแบบและเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักคือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁹⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เฉพาะการใช้อำนาจรัฐผ่านกฎหมายหรือผ่าน

⁹⁷ Ibid., Tom Bingham, *The Rule of Law* (London: Penguin Book, 2011)., and Anthony Valcke, "The Rule of Law: Its Origins and Meanings (a Short Guide for Practitioners)," [Online] Accessed: 11 August 2019. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2042336>

⁹⁸ Dietmar von der Pfordten, "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat," in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, p. 25. and Stephan Kirste, "Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law," in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, ed. James E. Hickey Jr. James R. Silkenat, and Peter D. Barenboim (Switzerland: Springer, 2014), p. 42.

⁹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 257-258.

ช่องทางที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นจึงจะทำให้อำนาจรัฐนั้นมีความชอบธรรม และสามารถบังคับใช้ได้ภายในรัฐที่ถือเอานิติรัฐเป็นแก่นหรือเป็นหัวใจหลักในการปกครอง¹⁰⁰

เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐภายใต้หลักนิติรัฐจะต้องถูกกระทำลงภายใต้กรอบเชิงรูปแบบที่กฎหมายกำหนด การจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (written constitution) และการเรียกร้องให้มีการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายเพียงหนึ่งเดียวที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้เพื่อวางกรอบการใช้อำนาจรัฐของบรรดาองค์กรของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งสร้างหลักประกันที่มั่นคงและแน่นอนให้กับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁰¹ ทั้งนี้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (ที่เป็นลายลักษณ์อักษร) นั้นมีความผูกพันอย่างแน่นแฟ้นต่อแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในแง่มุมมองที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นของประชาชน เนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นถูกมองว่าเป็นกฎหมายสูงสุดที่ถูกสถาปนาขึ้นมาโดยอำนาจอันไร้ขอบจำกัดของประชาชน¹⁰² ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงดำรงอยู่ในฐานะกฎหมายที่มีคุณค่าสูงสุดในรัฐ บรรดาบทกฎหมายทั้งหลายที่ถูกตราขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญจะไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้¹⁰³ ในขณะที่องค์กรอื่นซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและบรรดาตัวบทกฎหมาย

¹⁰⁰ Martin Krygier, "Rule of Law (and Rechtsstaat)," in International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, ed. James D. Wright (2015), p. 781.

¹⁰¹ Stephan Kirste, "Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law," in The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat), pp. 35-42. และ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 261.

¹⁰² Stephan Kirste, "Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law," in The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat), pp. 41-42.

¹⁰³ Dietmar von der Pfordten, "On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat," in The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat), p. 27.

ที่ตราขึ้นภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญนั้นย่อมอยู่ในสถานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ
ทั้งสิ้น¹⁰⁴

ทั้งนี้ ด้วยกรอบคิดเช่นนี้เองทำให้ภายใต้รัฐที่สมาทานนิติรัฐมาเป็นหลัก
ในการปกครอง การจัดระบบองค์กรภายในรัฐจึงมีลักษณะเป็นลำดับชั้นโดยมี
รัฐธรรมนูญอยู่บนยอดสุดและองค์กรอื่นถูกสร้างขึ้นในลักษณะที่เป็นลำดับชั้น
ลดหลั่นลงมาจากภายใต้รัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันรัฐที่สมาทานหลักนิติรัฐมี
แนวโน้มที่ถูกจะขับเคลื่อนไปภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร
(written statute) ซึ่งต้องตราขึ้นโดยผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ¹⁰⁵

ในทางกลับกัน ความเข้าใจต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
ภายใต้กรอบความคิดของหลักนิติธรรมนั้นแตกต่างจากนิติรัฐอย่างสิ้นเชิง
กล่าวคือ ในขณะที่นิติรัฐในรูปแบบของเยอรมันถูกสร้างขึ้นมาโดยยึดถือเอา
อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนเป็นศูนย์กลาง นิติธรรมถูกพัฒนาขึ้น
ในระบบการเมืองของประเทศอังกฤษ และหากอ้างอิงตามคำอธิบายของ Albert
Venn Dicey ถือเป็นเอกลักษณ์จำเพาะของประเทศอังกฤษซึ่งเติบโตขึ้นมา
ในระบบที่อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดภายในรัฐนั้นได้รับการยอมรับให้เป็น
ของรัฐสภา (sovereignty of parliament)¹⁰⁶ ซึ่งมีสภาสามัญ (House of
Commons) อันประกอบไปด้วยสมาชิกที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของ
ประชาชน เป็นสภาหลักที่มีอำนาจเหนือสภาขุนนาง (House of Lords)
แนวคิดที่ว่าด้วยหลักนิติธรรมจึงผูกพันต่อหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา
อย่างแน่นแฟ้น โดยทั้งหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาและหลักนิติธรรม

¹⁰⁴ Jutta Limbach, “The Concept of the Supremacy of the Constitution,” *The Modern Law Review* 64, 1 (2001): 1.

¹⁰⁵ Dietmar von der Pfordten, “On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat,” in *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, p. 27.

¹⁰⁶ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 1959), p. xxxv and 188.

ต่างถือเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (constitutional settlement) ของประเทศอังกฤษ¹⁰⁷

ในขณะที่หลักนิติธรรมของประเทศอังกฤษเรียกร้องให้บุคคล ทั้งต้องยอมตกอยู่ใต้กฎหมายและยอมเสมอหน้ากันภายใต้กฎหมาย¹⁰⁸ กฎหมายในที่นี้กลับมีบ่อเกิดที่แตกต่างกันสองแหล่ง บ่อเกิดแรกเกิดขึ้นจากหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งมีคำอธิบายที่ค่อนข้างตรงไปตรงมา นั่นคือการยอมรับให้รัฐสภาสามารถตรากฎหมายได้ในทุกประเภทโดยที่กฎหมายนั้นไม่สามารถถูกทำให้สิ้นผลลงไปได้ไม่ว่าโดยบุคคล หรือองค์กรใดในประเทศอังกฤษ¹⁰⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่มีกฎหมายประเภทใดที่รัฐสภาอังกฤษจะไม่สามารถตรา แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้¹¹⁰

ในขณะที่บ่อเกิดแห่งกฎหมายอีกประการหนึ่งในระบบนิติธรรมผูกพันอยู่กับคำวินิจฉัยของศาล กล่าวคือ ภายใต้หลักนิติธรรมที่ถือว่าบุคคลทุกคนไม่ว่าอยู่ในสถานะใดยอมเสมอหน้ากันภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดินซึ่งบังคับใช้โดยองค์กรศาลนั้น¹¹¹ กฎหมายไม่ได้หมายถึงหรือจำกัดอยู่แค่กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่หมายถึงบรรดาหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่ดำรงอยู่ในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นผลผลิตหรือเป็นข้อค้นพบ (recognized) จากคำพิพากษาทั้งหลายของศาลที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ¹¹² บรรดาหลักเกณฑ์ที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยคำวินิจฉัยต่าง ๆ เหล่านี้สามารถเรียกได้ในอีกชื่อหนึ่งว่ากฎหมายจารีตประเพณี (common law)¹¹³ และในทัศนะของ Dicey บรรดากฎหมายจารีตประเพณีทั้งหลายนี้เองถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

¹⁰⁷ Tom Bingham, *The Rule of Law*, p. 105.

¹⁰⁸ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 193.

¹⁰⁹ *Ibid.*, xxxv.

¹¹⁰ Tom Bingham, *The Rule of Law*, p. 105.

¹¹¹ Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 193.

¹¹² Gustavo Gozzi, "Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History," in *The Rule of Law History, Theory and Criticism* ed. Danilo Zolo Pietro Costa, and E. Santoro (Netherlands: Springer, 2007), p. 238.

¹¹³ Martin Krygier, "Common Law," [Online] Accessed: 11 February 2022. Available from: <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/common-law/v-1/sections/judges-and-the-common-law>.

และเป็นสิ่งที่ทำให้ระบบรัฐธรรมนูญของอังกฤษมีความแตกต่างกับระบบที่ปรากฏอยู่ในประเทศอื่น กล่าวคือ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศอื่นอาจมีต้นกำเนิดมาจากกระบวนการจัดทำหรือจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายอันถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษมีรากฐานอยู่บนคำวินิจฉัยในทางกฎหมาย (based upon legal decisions)¹¹⁴

ดังนั้น ภายใต้ระบบนิติธรรม บรรดาตัวบทกฎหมายภายในรัฐที่ถือได้ว่ามีคุณค่าบังคับสูงสุด (supremacy of law) ให้ทุกคนตกภายในรัฐต้องปฏิบัติตาม¹¹⁵ จึงมีที่มาที่หลายแหล่ง กล่าวคือ แหล่งหนึ่งคือบรรดาคำวินิจฉัยทั้งหลายของศาลที่ได้รับการยอมรับในฐานะของกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งบุคคลทั้งหลายภายในรัฐจะต้องยึดถือปฏิบัติ และในขณะเดียวกันย่อมหมายถึงกฎหมายในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติโดยรัฐสภา¹¹⁶ ซึ่งต่างจากหลักนิติรัฐที่มีรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเพียงฉบับเดียว¹¹⁷

ภายใต้ชุดคำอธิบายข้างต้น คำถามหนึ่งย่อมเกิดขึ้นมาโดยเฉพาะท่ามกลางผู้ที่ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า โดยเนื้อแท้แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยึดถือหลักเกณฑ์ใดเป็นหลักในการปกครองระหว่างนิติรัฐและนิติธรรม เนื่องจากหากพิจารณาในแง่บทกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้น ความในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าหน่วยงานทั้งหลายภายใต้รัฐธรรมนูญย่อมต้องปฏิบัติตามให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ การพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹¹⁴ Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p. 197.

¹¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 127.

¹¹⁶ Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy," Southern California Law Review 74, 5 (2001). and Tom Bingham, The Rule of Law.

¹¹⁷ ในขณะที่อำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายเป็นของรัฐสภาอังกฤษ อำนาจในการตีความกฎหมายและการรักษาไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีกลับเป็นของศาล การดำรงอยู่ของอำนาจที่คู่เคียงกันไปเช่นนี้มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อขัดแย้งและปัญหาในทาง รัฐธรรมนูญของอังกฤษได้ ผู้ที่สนใจศึกษาประเด็นความขัดแย้งดังกล่าวโปรดดูงานเขียนที่สำคัญหลายชิ้น เช่น The Rule of Law ของ Tom Bingham และ เรื่อง The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy ของ Jeffrey Denys Goldsworthy เป็นต้น

ในฐานะของกฎหมายสูงสุดที่สถาปนาขึ้นมาโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถนำมาใช้เพื่ออธิบายได้อย่างเหมาะสมนัก เนื่องจากภายใต้หลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญซึ่งหมายถึงหรืออ้างอิงถึงบรรดากฎหมายทั้งหลายที่มีความหลากหลาย (pluralist) ในแง่ของที่มา และไม่จำเป็นที่จะต้องถูกสถาปนาขึ้นมาในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในภาพรวมจะพบว่า ตัวรัฐธรรมนูญรวมทั้งโครงสร้างขององค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่สอดคล้อง คือเดินไปในทิศทางเดียวกันกับการจัดระบบกฎหมายที่ปรากฏในความหมายและการอ้างอิงถึงรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดตามแบบของหลักนิติธรรมมากกว่า ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความที่กล่าวมานั้น พบได้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตรา เช่น มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ และความในมาตรา 3 ที่กำหนดให้องค์กรซึ่งก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญมีสถานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและจำเป็นที่จะต้องผูกพันตนต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะในทางรูปแบบ หลักการที่ปรากฏและยึดถือปฏิบัติตามภายใต้ระบปรัฐธรรมนูญไทยย่อมเป็นหลักนิติรัฐอย่างไม่สามารถปฏิเสธได้¹¹⁸ นั่นทำให้การนำเอาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้สามารถทำได้ในกรณีของประเทศไทย แม้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะมีการบัญญัติถึงแต่เฉพาะหลักนิติธรรมแต่ไม่ได้บัญญัติหรือกล่าวอ้างอิงถึงหลักนิติรัฐ

ทั้งนี้ หากพิจารณาเอกสารประกอบการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่นำเอาคำว่า “หลักนิติธรรม” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะพบว่า ในคราวประชุมของคณะกรรมการ

¹¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 322-323.

ยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17/2550 จะพบว่า ในต้นร่างของรัฐธรรมนูญที่ คณะกรรมาธิการได้จัดทำขึ้นมาเพื่อพิจารณานั้นเดิมบัญญัติโดยใช้คำว่า “นิติรัฐ” ไม่ใช่ “นิติธรรม” อย่างไรก็ตาม คำว่านิติรัฐถูกแก้ไขเป็นนิติธรรมในภายหลัง ทั้งนี้ แม้ในรายงานการประชุมของคณะกรรมาธิการเอง จะปรากฏการถกเถียงเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำที่เหมาะสมระหว่างนิติรัฐกับนิติธรรมบนฐานแห่งทฤษฎีอยู่บ้าง แต่กลับไม่ปรากฏว่าเหตุผลใดถือเป็นเหตุผลหลักที่ทำให้คณะกรรมาธิการ เลือกที่จะไปใช้คำว่านิติธรรมแทนนิติรัฐ¹¹⁹ นอกจากนี้ ในการประชุมสภา ร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 ก็ปรากฏข้อถกเถียงระหว่างสมาชิกคณะกรรมาธิการ ยกร่างรัฐธรรมนูญผู้หนึ่งซึ่งสงวนคำแปรญัตติไว้ โดยเห็นว่า คำว่านิติธรรมนั้น สมควรที่จะถูกใช้ในประเทศที่นำระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (common law) มาเป็นระบบกฎหมายหลัก ในขณะที่ประเทศไทย ควรจะนำเอาคำว่า นิติรัฐมาบัญญัติไว้มากกว่า อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าความในส่วนนี้ไม่ได้มีการ ถกเถียงกันเท่าไรนักและในท้ายที่สุดแล้วสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติ 58 ต่อ 31 ให้ใช้คำว่า “นิติธรรม” บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอในร่าง ของคณะกรรมาธิการ¹²⁰

ในส่วนของความในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยบัญญัติคำว่านิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจาก ผู้วิจัยไม่สามารถ เข้าถึงเอกสารการประชุมที่เกี่ยวข้องได้จึงไม่สามารถสรุปได้ว่าเหตุใดจึงมีการ เลือกใช้คำดังกล่าวในรัฐธรรมนูญและได้มีการถกเถียงกันถึงความแตกต่าง ระหว่างหลักนิติรัฐกับนิติธรรมในเชิงทฤษฎีก่อนที่จะได้เลือกใช้คำว่า “นิติธรรม” หรือไม่

¹¹⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักรายงานการประชุมและชวเลข, “รายงานการประชุม คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17/วันที่ 27 มีนาคม 2550” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/397994>

¹²⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักรายงานการประชุมและชวเลข, “รายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22/2550” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 11 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/253/files/law%20personal/2550/meet/22_11062550.pdf

2.3 หลักประชาธิปไตย

การอธิบายข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นมีคุณลักษณะบางอย่างที่ผูกติดอยู่กับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีตัวตนสมมุติในนามประชาชนเข้ามารองรับ ดังนั้น ความในส่วนนี้จะเป็นการอธิบายว่า หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจำเป็นต้องถูกใช้เพื่อก่อสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว คุณค่าพื้นฐานในลักษณะใดที่ควรถูกจัดสร้างและบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนากการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2.3.1 เป้าหมายพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองที่มีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ทำให้การปกครองในลักษณะนี้เป็นหนึ่งในการปกครองที่มีพัฒนาการต่อเนื่องมาอย่างไม่หยุดนิ่ง พัฒนาการของระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นถูกหล่อหลอมและกล่อมเกลามาผ่านช่วงเวลาทางประวัติศาสตร์ของกลุ่มประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจนทำให้ในช่วงเวลาปัจจุบัน เป้าหมายพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอาจสามารถชี้แจงได้ทั้งสิ้น 4 ข้อ ดังนี้¹²¹

- ประชาชนมีเสรีภาพและความเท่าเทียมกัน
- สร้างสังคมรัฐที่พร้อมเปิดโอกาสให้ปัจเจกชนพัฒนาความสามารถและแสดงออกซึ่งความต้องการที่แตกต่างและหลากหลายของตนเอง บนพื้นฐานความเชื่อว่ามนุษย์ทั้งหลายล้วนมีคุณค่าที่เท่าเทียมกัน
- คุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อละเมิดปัจเจกชนแต่ละคน ทำให้อำนาจทางการเมืองกลายเป็นอำนาจที่สามารถควบคุมได้ และการคงอยู่ของรัฐบาลจะต้องเป็นการคงอยู่เพื่อคุ้มครองประชาชนให้ประชาชนสามารถดำรงอยู่ได้อย่างมีเสรีภาพและเท่าเทียม

¹²¹ David Held, *Models of Democracy*, Third Edition ed. (United Kingdom: Polity Press, 2006). p.263-265

- เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการรัฐ
ในทุกแง่มุมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รวมทั้งเปิดพื้นที่สาธารณะให้ประชาชน
สามารถถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นหรือความต้องการทางการเมืองได้อย่าง
กว้างขวาง

- ขยายโอกาสทางเศรษฐกิจและการเข้าถึงทรัพยากรให้ครอบคลุม
และทั่วถึงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

2.3.2 คุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

เพื่อสนองต่อเป้าหมายพื้นฐานดังที่กล่าวไปแล้วในตอนต้น ระบบ
การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงต้องเรียกร้องให้คุณค่าพื้นฐานดังต่อไปนี้
ถูกบรรจุไว้ในส่วนหนึ่งของเอกสารทางการเมืองที่สำคัญอันถือเป็นกฎหมายสูงสุด
ของรัฐ นั่นคือรัฐธรรมนูญ ซึ่งคุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบ
ประชาธิปไตยนั้นประกอบขึ้นจากกลุ่มของหลักการต่าง ๆ ดังนี้

2.3.2.1 หลักปัจเจกชนนิยม

ประชาธิปไตยเป็นหนึ่งในระบบการปกครองที่ยากในการที่จะสร้าง
ให้สมบูรณ์แบบ เพราะประชาธิปไตยเป็นเรื่องของความพยายามหาจุดสมดุลให้
แก่สิ่งที่อยู่ตรงข้ามกันอย่างสุดขีดโดยเฉพาะความพยายามในการทำให้ประชาชน
ทั้งหลายที่เป็นเสียงส่วนใหญ่และเสียงส่วนน้อยสามารถอยู่ร่วมกันได้ภายในรัฐ¹²²

ความพยายามเช่นนั้นเกิดขึ้นบนพื้นฐานความเชื่อประการหนึ่ง
นั่นคือปัจเจกชนทั้งหลายภายในรัฐล้วนเป็นผู้ที่มีคุณค่าเท่าเทียมกัน ความ
เท่าเทียมกันในเชิงคุณค่านี้หมายถึงการยอมรับว่ามนุษย์ทั้งหลายต่างดำรงตนอยู่
อย่างเสมอเหมือนกัน เป็นผู้มีเหตุผล มีจุดมุ่งหมายในตัวเอง และคุณค่าของมนุษย์
วัดกันที่ความเป็นมนุษย์โดยตรง หาได้วัดจากฐานะันดรหรือสิ่งอื่นไม่¹²³ คุณค่าเช่นนี้
เป็นเสมือนจุดเริ่มต้นแห่งการยอมรับว่ามนุษย์นั้นมีเสรีภาพและเสมอเหมือนกัน

¹²² Victor Massuh, "Democracy: A Delicate Balance and Universality," in Democracy: Its Principles and Achievement, ed. The Inter-Paliament Union (Switzerland: The Inter-Paliament Union, 1998). p.67

¹²³ Michael J. Sandel, ความยุติธรรม, สฤณี อาชวานันทกุล, ผู้แปล, (กรุงเทพฯ: Open World, 2554), หน้า. 148-151

ดังนั้น คุณค่าที่เสมอเหมือนกันของมนุษย์นี้เอง จึงเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญที่สมควรถูกบรรจุเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นหนึ่งในหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ไม่สามารถละเมิดและไม่สามารถถูกถอดออกไปจากรัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะหากประสงค์ที่จะจัดสร้างระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยขึ้นมา

2.3.2.2 หลักสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ปัจเจกชนทั้งหลายล้วนมีคุณค่า และในขณะเดียวกันปัจเจกชนทั้งหลายต่างมีความสามารถในการแสวงหาและเดินทางไปยังจุดมุ่งหมายในชีวิตของตนเอง โดยเป้าประสงค์ประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นคือการทำให้ประชาชนสามารถพัฒนาขีดความสามารถและเดินทางไปยังจุดอันเป็นเป้าหมายของชีวิตของตนเองได้อิสระ ซึ่งการจะทำเช่นนั้นได้ประชาชนจำเป็นต้องมีทั้งสิทธิและเสรีภาพควบคู่กันไป

สิทธิ คือ อำนาจที่บุคคลจะสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นหรือรัฐปฏิบัติตามให้เป็นที่ไปตามสิทธิของตน ในขณะที่เสรีภาพคือความสามารถในการกำหนดเจตจำนงและการกระทำของตนเองได้อย่างอิสระ¹²⁴ โดยทั้งสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์นี้เปรียบเสมือนรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ลึกลับ หนึ่งในนักคิดสายสัญญาประชาคมผู้ยิ่งใหญ่กล่าวไว้ในหนังสือของเขาว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นเสมือนหัวใจสำคัญที่ทำให้รัฐประชาธิปไตยถูกก่อตั้งขึ้น¹²⁵

ด้วยเหตุที่สิทธิและเสรีภาพซึ่งผูกพันอยู่กับตัวตนของบุคคลเป็นจุดศูนย์กลางของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเช่นนี้ รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดสร้างขึ้นภายใต้ข้อความคิดในระบอบประชาธิปไตยจึงไม่สามารถละเลยการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้ และในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถวางรูปแบบแห่งการใช้อำนาจรัฐให้สามารถละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนได้โดยง่ายหรือละเมิดได้โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดหนทางเยียวยาเอาไว้ก็ไม่สามารถกระทำได้เช่นกัน

¹²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า. 50-53

¹²⁵ John Locke, Two Treatises of Government.

2.3.2.3 หลักความเสมอภาค

หลักการที่สำคัญอีกหลักการหนึ่งซึ่งสมควรได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐที่เรียกกันว่าปกครองในระบอบประชาธิปไตย นั่นคือ หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการที่ดำรงอยู่ควบคู่กับหลัก ปังเจกชนนิยมและหลักสิทธิและเสรีภาพตามที่กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ กล่าวคือ เมื่อรัฐยอมรับว่ามนุษย์ทั้งหลายเป็นผู้ที่มีคุณค่าในตัวเอง และต่างมีสิทธิและเสรีภาพด้วยกันทั้งหมดแล้ว มนุษย์ทั้งหลายย่อมมีคุณค่าเสมอเหมือนกัน ไม่มีผู้หนึ่งสูงกว่าผู้ใด

เป้าหมายหลักของหลักความเสมอภาคภายในรัฐประชาธิปไตย นั่นคือ การเรียกร้องให้รัฐมองเห็นถึงคุณค่าและความเสมอภาคในคุณค่าระหว่าง ปังเจกชน รัฐไม่สามารถเลือกปฏิบัติต่อประชาชนโดยไม่เป็นธรรมได้เพราะ ประชาชนทั้งหลายภายในรัฐต่างมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน รัฐจะต้อง ปฏิบัติต่อประชาชนในสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อ สิ่งซึ่งมีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน ทั้งหมดทั้งหมดนี้คือหัวใจของ หลักความเสมอภาค¹²⁶

รัฐที่จะจัดสร้างรัฐธรรมนูญอันแสดงออกถึงการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยไม่สามารถปฏิเสธที่จะนำหลักความเสมอภาคนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากโดยเนื้อแท้แล้ว รัฐประชาธิปไตยจะดำรงระบบทั้งหมด ให้คงอยู่ได้ ต้องอาศัยความเคารพในตัวของปังเจกชนภายในรัฐเป็นพื้นฐาน เนื่องจากรัฐประชาธิปไตยนั้นถูกสร้างขึ้นโดยมีประชาชนเป็นจุดศูนย์กลางนั่นเอง

2.3.2.4 หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ

เป้าประสงค์อีกประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น นั่นคือการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐบาล เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่มี

¹²⁶ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า. 133-141

รัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่รัฐคนใดใช้อำนาจในการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้โดยอำเภอใจ

เมื่อเป็นเช่นนี้ กฎหมายสูงสุดดังเช่นรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์บางประการขึ้นมาเพื่อให้เป้าประสงค์ดังกล่าวสามารถเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ โดยหลักการสำคัญที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อจัดระเบียบและควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเช่นนี้คือหลักนิติธรรม หรือในบางประเทศคือหลักนิติรัฐ

นิติธรรมและนิติรัฐเป็นกลุ่มของหลักการที่เข้ามาจำกัดอำนาจรัฐทั้งในแง่ของรูปแบบแห่งการใช้อำนาจ และในแง่ของเนื้อหาแห่งการใช้อำนาจ โดยมีเป้าหมายสำคัญสูงสุดอยู่ที่ความพยายามในการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐให้อยู่ภายใต้ขอบแห่งกฎหมายให้มากที่สุด และในขณะเดียวกันก็สร้างระบบที่ทำให้ประชาชนเป็นศูนย์กลางของอำนาจทั้งหลายภายในรัฐ¹²⁷ ดังนั้น ไม่ว่าหลักการเช่นนี้จะถูกเรียกว่านิติธรรมหรือนิติรัฐ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้เป้าประสงค์ประการหนึ่งของระบบประชาธิปไตยเกิดขึ้นได้จริง และเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถูกกลบกล้ำออกจากรัฐธรรมนูญได้

2.3.2.5 หลักการคานและดุลอำนาจ

ในฐานะส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ หลักการคานและดุลอำนาจมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในรัฐประชาธิปไตย โดยเฉพาะเมื่อเป้าหมายอย่างหนึ่งของรัฐประชาธิปไตยคือการควบคุมไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยอ้างอำนาจรัฐได้อย่างอิสระ

หลักการคานและดุลอำนาจถูกสร้างขึ้นเพื่อแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกัน กำหนดให้ไม่มีองค์กรใดสามารถใช้อำนาจภายในรัฐได้แต่เพียงองค์กรเดียว และแต่ละองค์กรต้องสามารถตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้

ทั้งนี้ ความจำเป็นของการบรรจุหลักการคานและดุลอำนาจเอาไว้ในรัฐธรรมนูญมีมากจนถึงขนาดที่ว่าคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของ

¹²⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 160

ประเทศฝรั่งเศส อันถือเป็นหนึ่งในเอกสารทางการเมืองชิ้นสำคัญของโลก ได้บัญญัติไว้ในข้อ 16 ว่า “สังคมใด...มิได้มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน สังคมนั้นย่อมปราศจากรัฐธรรมนูญ¹²⁸” ดังนั้น จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าหลักการคานและดุลอำนาจเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญและเป็นหลักการที่จะหายไปจากรัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยไม่ได้โดยเด็ดขาด

2.3.2.6 หลักรับฟังเสียงข้างมากและคุ้มครองเสียงข้างน้อย

ในรัฐประชาธิปไตยที่เชิดชูคุณค่าของปัจเจกชนนั้น ข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่พึงรับทราบต่อกันนั้นคือไม่มีหนทางใดที่จะทำให้ปัจเจกชนทั้งหลายภายในรัฐตระหนักรู้หรือมีความรู้สึกร่วมหรือมีความต้องการในทุกประการไปในทิศทางเดียวกัน รัฐประชาธิปไตยควรมีลักษณะที่เป็นกลางและเปิดรับทุกความแตกต่าง อย่างไรก็ตาม หนึ่งในชุดคำถามประการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย นั่นคือเราจะจัดสร้างระบบการปกครองท่ามกลางการยอมรับความแตกต่างได้อย่างไร

เพื่อตอบคำถามดังกล่าว นักคิดและนักปรัชญาทั้งหลายจึงจัดสร้างรัฐประชาธิปไตยขึ้นมาบนพื้นฐานของการดำเนินการตามเสียงข้างมาก นั่นคือให้ทุกคนภายในรัฐร่วมกันคิดว่า จะบริหารจัดการรัฐไปในทิศทางใด และเมื่อคนส่วนใหญ่เห็นพ้องกับการดำเนินการในลักษณะใดแล้ว รัฐย่อมถูกบริหารจัดการไปในทิศทางนั้น ทั้งนี้ เมื่อสภาพการของรัฐในปัจจุบันไม่สามารถให้ประชาชนเข้าร่วมบริหารงานได้โดยตรง ระบบการปกครองผ่านทางผู้แทน หรือการประยุกต์เอาแนวคิดเสียงข้างมากเข้าไปใช้กับเครื่องมืออื่น เช่น การเข้าชื่อเสนอกฎหมาย หรือการออกเสียงประชามติจึงเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ข้อพึงระวังที่มักจะเกิดขึ้นเสมอเมื่อมีการใช้เสียงข้างมากบริหารจัดการสิ่งใดก็ตาม นั่นคือ ที่ทางของเสียงข้างน้อยภายใต้ระบบการเมืองเสียงข้างมากนี้

¹²⁸ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, “Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789,” [Online]. Available from: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf

ภายใต้ความแตกต่างของปัจเจกชนภายในรัฐ แม้จะต้องถือเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์กลางในการดำเนินกระบวนการใด ๆ ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า ข้อตรงข้ามของเสียงข้างมากอย่างเสียงข้างน้อยยังมิได้สูญสลายไป เสียงข้างน้อยจะดำรงอยู่คู่กันไปกับเสียงข้างมาก และพร้อมที่จะวิพากษ์การกระทำของเสียงข้างมากเสมอ

รัฐประชาธิปไตยจะต้องเป็นรัฐที่ตระหนักถึงความคงอยู่ของเสียงข้างน้อยนี้ และดำเนินการอย่างเต็มที่เพื่อให้เสียงข้างน้อยยังคงมีที่ทางในสังคม ให้การรับรองว่าเสียงข้างน้อยจะไม่ถูกปิดกั้น ให้การรับรองว่าแม้กระทั่งผู้เห็นต่างที่สุดในสังคมก็ต้องมีพื้นที่ให้บุคคลผู้นั้นได้แสดงออกซึ่งความไม่เห็นด้วยของตน รวมถึงการให้เสียงข้างน้อยสามารถหล่อหลอมเอาความเห็นของผู้ที่มีแนวคิดคล้ายกับตนเข้ามาไว้ด้วยกันผ่านสถาบันพรรคการเมืองได้¹²⁹

ทั้งนี้ หลักการคุ้มครองเสียงข้างน้อยยังเรียกร้องให้รัฐประชาธิปไตยต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออก เสรีภาพสื่อ และอื่น ๆ ซึ่งจะช่วยให้เสียงข้างน้อยสามารถป่าวประกาศข้อความคิดของตนท่ามกลางสังคมเสียงข้างมากได้ และเรียกร้องให้มีการคุ้มครองไม่ให้เสียงข้างมากใช้ความเป็นเสียงข้างมากนั้นเองกดดันหรือแก้ไขกฎเกณฑ์บางประการที่ทำให้เสียงข้างน้อยไม่สามารถแสดงความต้องการหรือถกเถียงเกี่ยวกับความต้องการของตนบนพื้นที่สาธารณะได้อีกด้วย ดังนั้น นอกจากรัฐประชาธิปไตยจะต้องประกอบขึ้นจากแนวคิดที่จะดำเนินการหรือปฏิบัติการใด ๆ ตามอย่างเสียงข้างมากแล้ว รัฐประชาธิปไตยไม่สามารถแก้กฎเกณฑ์โดยเฉพาะกฎหมายสูงสุดให้ลิดรอนหรือละเลยเสียงข้างน้อย รวมถึงปิดกั้นความเห็นของเสียงข้างน้อยได้อีกด้วย

2.3.2.7 หลักการมีส่วนร่วมทางการเมือง

คุณค่าพื้นฐานประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยคือคุณค่าของการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองอันเป็นหลักการประการสุดท้ายที่จะขอกกล่าวถึงไว้ ณ ที่นี้

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 214

การมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกขาดออกจากสังคมประชาธิปไตยได้ ระบบการเมืองแบบประชาธิปไตยที่ก่อตั้งขึ้นโดยแนวคิดสัญญาประชาคมจัดวางประชาชนไว้เป็นจุดศูนย์กลาง และเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานรัฐไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกผู้แทน หรือการเข้าไปใช้อำนาจบริหารรัฐโดยตรงตามแนวคิดของรุสโซ

แนวคิดพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยประการหนึ่ง นั่นคืออำนาจรัฐไม่ควรกระจุกตัวอยู่กับผู้ปกครองเพียงบุคคลเดียวหรือกลุ่มบุคคลเดียว อำนาจนั้นควรกระจายอยู่กับบุคคลทั้งหลายผู้ร่วมเข้ามาเป็นรัฐ แม้ในห้วงเวลาปัจจุบันการจะให้ปัจเจกชนทั้งหลายเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองโดยตรง ดังเช่นแนวคิดของรุสโซจะไม่สามารถทำได้ แต่รัฐประชาธิปไตยก็ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยจะต้องจัดให้มีกระบวนการ การมีส่วนร่วมทางการเมืองที่หลากหลาย ตั้งแต่การเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของรัฐ เข้าไปมีส่วนกำหนดนโยบาย เสนอกฎหมายไปจนถึงการออกเสียงประชามติ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐประชาธิปไตยแต่ละรัฐจะกำหนดให้มีการดำเนินการในลักษณะใด¹³⁰

2.3.2.8 หลักความหลากหลายในสังคม

หลักความหลากหลายในสังคม (Plurality) เป็นคุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สะท้อนแนวคิดความอดทนอดกลั้น (Tolerance)

หลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่กล่าวมาก่อนหน้า อันถือเป็นคุณค่าของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นต่างเรียกร้องให้ประชาชนทั้งหลายมุ่งเข้าสู่ระบบการเมือง และต้องการที่จะให้เกิดการปะทะกันทางความคิดเพื่อแลกเปลี่ยนและร่วมกันสร้างหนทางในการขับเคลื่อนระบบการเมืองของรัฐ

¹³⁰ คณิงจ ศิริบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540: ปัญหา อุปสรรค และทางออก (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2545), หน้า. 20

ภายใต้การปะทะกันเช่นนี้เองที่หลักความอดทนอดกลั้นจะมีหน้าที่ในฐานะเครื่องมือหลักที่จะใช้ประสานความแตกต่างหลากหลายของคนในสังคมเข้าด้วยกัน เพื่อหาทางประสานประโยชน์และขับเคลื่อนรัฐบาลบนพื้นฐานของความต้องการที่หลากหลาย¹³¹

หลักความหลากหลายในสังคมสะท้อนให้เห็นผ่านบทกฎหมายในรัฐธรรมนูญได้ในหลายลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นบทที่ห้ามมิให้สามารถจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้โดยอำเภอใจ เรียกร้องให้เคารพความแตกต่างโดยไม่เลือกปฏิบัติเนื่องมาจากเหตุแห่งศาสนา เพศสภาพ หรือความบกพร่องทางกาย รวมถึงการเปิดให้ประชาชนมีเสรีภาพในการก่อตั้งพรรคการเมืองหรือการชุมนุม ซึ่งจะเห็นได้ว่าบรรดาข้อกฎหมายเหล่านี้สอดคล้องไปกับหลักการรับรองเสียงข้างมากและคุ้มครองเสียงข้างน้อยด้วย

บรรดาหลักการพื้นฐานเหล่านี้คือคุณค่าที่ควรปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อจัดสร้างระบบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตย เป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะไม่บัญญัติไว้ได้หากว่าในท้ายที่สุดแล้วผู้สถาปนารัฐธรรมนูญหวังจะให้รัฐธรรมนูญของตนได้ชื่อว่าการก่อตั้งระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยขึ้นมาภายในรัฐ ทั้งนี้ การนำเสนอความในหัวข้อนี้ คณะผู้วิจัยไม่ได้หวังที่จะให้เป็นเสมือนมาตรวัดว่ารัฐธรรมนูญใดจะชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยต้องถูกจัดสร้างขึ้นโดยมีหลักการเหล่านี้บรรจุอยู่อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย หลักการเหล่านี้เป็นหนึ่งในชุดของหลักการที่ไม่สมควรถูกแก้ไขหรือลบออกไปจากระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยได้โดยง่าย

¹³¹ Michael Lacey, "Tolerance, Liberal Democracy and Pluralism," [Online] Accessed: 2 December 2019. Available from: <http://cw.routledge.com/textbooks/alevelphilosophy/data/AS/Tolerance/ToleranceDemocracyPluralism.pdf>

2.4 แนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำถามประการสำคัญที่มักจะเกิดขึ้นเสมอ นั่นคือในเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ถูกก่อตั้งขึ้นมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันปราศจากขอบเขต เหตุใดกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ดำรงสถานะสูงส่งเช่นนี้จึงถูกแก้ไขได้ คำตอบของคำถามดังกล่าวอธิบายได้ดังต่อไปนี้

2.4.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

Yaniv Roznai นักวิชาการจาก Radzyner Law School of Interdisciplinary Center Herzliya ได้กล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหนังสือ *Unconstitutional Constitution Amendments* ไว้ว่า¹³² “ไม่มีสิ่งใดคงอยู่อย่างถาวร เพราะแม้กระทั่งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้” เป็นหนึ่งในถ้อยคำที่ยืนยันว่ากฎหมายสูงสุดก็สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ ไม่ต่างจากกฎหมายในลำดับรองลงมา

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในส่วนก่อนหน้า เราจะพบว่าอำนาจที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นแบ่งได้เป็นสองอำนาจใหญ่ ๆ นั่นคืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นมา และอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้มอบให้กับองค์กรต่าง ๆ ซึ่งอำนาจส่วนหลังนี้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัด โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่าอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ประเด็นปัญหาที่ตามมา นั่นคือ โดยทั่วไปแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถกระทำได้เพราะรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ให้สามารถกระทำได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ เหตุใดอำนาจที่ถูกมอบโดยรัฐธรรมนูญจึงถูกใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจที่เหนือกว่าคืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ ?

การศึกษาถึงลักษณะทั่วไปของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นส่วนสำคัญในการตอบคำถามดังกล่าว โดยคณะผู้วิจัยขอยึดคำอธิบายเกี่ยวกับ

¹³² Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. p.126

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่นำเสนอโดย Yaniv Roznai เป็นคำอธิบายหลัก เพื่อชี้ให้เห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นเช่นใด และ เหตุใดจึงสามารถใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

มีนักคิดหลายท่านนำเสนอข้อความคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากกัน บ้างก็ กล่าวว่าแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเป็นเพียง การส่งต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กับองค์กรที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เลือกขึ้น หรือบ้างก็บอกว่าเมื่อจัดทำรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้แปรรูปและจำกัดขอบเขตของตัวเองลง ให้คงเหลือ เฉพาะความสามารถในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹³³

ข้อความคิดเช่นว่านี้แม้จะมีเหตุผลรองรับแต่ก็ก่อให้เกิดความสับสน อย่างน้อยสองประการ ประการแรก หากอธิบายว่าแท้จริงแล้วในรัฐคงมีแต่เพียง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เหตุใดอำนาจ เช่นว่าจึงถูกจำกัดกรอบแห่งการแก้ไขโดยตัวรัฐธรรมนูญเสียเอง ประการที่สอง หากอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่สถาปนารัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นแล้ว ก็จะมีปฏิเสศคุณลักษณะพื้นฐานในการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปเสียจนสิ้น¹³⁴ ผลที่ตามมา คือความพยายามอธิบายว่าอำนาจทั้งสองนั้นดำรงอยู่โดยพร้อมเพียงกัน และ อธิบายต่อไปอีกว่า แท้จริงแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มี ลักษณะเฉพาะ (Sui Generis) และมีสถานะก้ำกึ่งระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

Yaniv Roznai เป็นผู้นำเสนอแนวความคิดดังกล่าว โดยเขาได้อธิบายถึงการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

¹³³ ผู้สนใจสามารถศึกษาตัวอย่างความคิดเช่นว่านี้ได้จากหนังสือเรื่อง กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ของ รองศาสตราจารย์.ดร.ปิยบุตร แสงกนกกุล หรือ Unconstitutional Constitution Amendments ของ Dr.Yaniv Roznai

¹³⁴ น. 98-100

ออกจากกันเอาไว้ว่า¹³⁵ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นสมควรที่จะถูกเรียกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก (Primary Constituent Power) เนื่องจาก อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจแรกที่ถูกใช้ในคราวที่มีการก่อตั้งระบบการเมืองและระบบกฎหมาย

ภายหลังจากที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรกถูกใช้ออกไปแล้ว อำนาจดังกล่าวได้ก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และได้มอบ (Constituted) อำนาจตามรัฐธรรมนูญให้กับองค์กรต่าง ๆ ในขณะเดียวกัน ก็ได้จัดสร้างองค์กรพิเศษขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสมควรจะถูกเรียกว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Secondary Constituent Power) ซึ่งแตกต่างไปจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อแก้ไขกฎหมายปกติเนื่องจากอำนาจดังกล่าวมีคุณลักษณะสำคัญ 3 ประการ

1) เป็นอำนาจที่ถูกใช้เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด แต่ไม่ถึงเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพราะเมื่อใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกไปจะถือเป็นการแก้ไขความในรัฐธรรมนูญเดิมนั้น ไม่ได้ก่อตั้งระบบการเมืองหรือระบบกฎหมายใหม่ขึ้น

2) เป็นอำนาจที่ถูกใช้โดยองค์กรพิเศษและมีกระบวนการใช้ที่มีลักษณะพิเศษมากกว่าการแก้ไขกฎหมายปกติ เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ต้องกระทำโดยองค์กรพิเศษตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกัน การแสดงออกซึ่งอำนาจดังกล่าวมักถูกกำหนดให้กระทำลงโดยอาศัยขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อน เช่นการใช้กระบวนการออกเสียงประชามติ

3) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกใช้เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะที่มีข้อจำกัด ไม่ได้สามารถแสดงออกซึ่งอำนาจได้อย่างอิสระและปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ดังเช่นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกัน เงื่อนไขที่ถูกจำกัด

¹³⁵ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments. pp.105-123

ก็เกี่ยวข้องกันกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญโดยตรงจึงไม่สามารถเทียบเคียงอำนาจดังกล่าวกับอำนาจนิติบัญญัติได้

ภายใต้เหตุผลทั้งสามประการนี้ เราจะเห็นได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกจัดให้อยู่ในระดับเดียวกับอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากรูปแบบการใช้อำนาจและวิธีการใช้อำนาจมีลักษณะที่เหนือกว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญปกติ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถถูกจัดให้อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นอำนาจที่ต้องถูกสร้างและตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ข้อความคิดของนักคิดอีกท่านที่น่าเสนอให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจคือข้อเสนอของ Carl Schmitt ซึ่งได้นำเสนอไว้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ถูกใช้เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ (Constitution: Verfassung) อันเป็นกฎหมายสูงสุดที่บรรจุไว้ซึ่งอุดมการณ์ทางการเมืองของรัฐ และข้อกำหนดตลอดจนแนวทางในการบริหารรัฐ รวมถึงมอบอำนาจให้กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ถูกใช้แก้ไขความในรัฐธรรมนูญเฉพาะส่วนที่ Schmitt เรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law: Verfassungsgesetz) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าเป็นเนื้อความในรัฐธรรมนูญส่วนที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐโดยไม่เกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองของรัฐ”¹³⁶

คำอธิบายของ Schmitt ในที่นี้เป็นหนึ่งในสิ่งที่ตอกย้ำว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแตกต่างกันอย่างไร และในขณะเดียวกัน ก็แสดงให้เห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดไปในตัว ทั้งนี้ การศึกษาและแสดงให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกแบ่งแยกออกจากกันเช่นไรแล้วจะนำไปสู่ประเด็นอื่น ๆ ที่ต้องศึกษาในงานวิจัยฉบับนี้ อันได้แก่ ขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อถกเถียงว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

¹³⁶ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” New York University Public Law and Legal Theory Working Papers 515(2015). pp.98-100

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาล ดังที่จะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

2.4.2 เหตุผลความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกและศึกษาถึงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในห้วงเวลาต่าง ๆ นั้น นำไปสู่ข้อถกเถียงสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเองว่า เราควรที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดได้จริงหรือไม่ เพราะดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามีนักคิดนักปรัชญาหลายท่านไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขสิ่งที่ควรดำรงอยู่ในฐานะกฎหมายสูงสุดในขณะเดียวกัน นักคิดอีกจำพวกหนึ่งก็กล่าวว่ารัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขได้เฉพาะในส่วนที่เป็น “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ไม่ใช่ส่วนที่เป็นตัว “รัฐธรรมนูญ” อันเป็นข้อเสนอของ Carl Schmitt

ข้อถกเถียงในประเด็นดังกล่าวมีอยู่เป็นจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เพื่อนำเสนอให้เห็นถึงเหตุผลความจำเป็นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขอยกเอาข้อสนับสนุนให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้บางส่วนมากกล่าวถึงไว้ ณ ที่นี้

ข้อสนับสนุนที่สำคัญที่สุดเกี่ยวกับการสนับสนุนให้รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้นั้น มาจากที่มาและลักษณะของอำนาจอันก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ ในห้วงเวลาที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมานั้น ข้อความคิดสำคัญประการหนึ่งที่พึงต้องระลึกไว้เสมอนั้นคือ ไม่มีผู้ใดประสงค์ให้สิ่งที่ตัวเองสร้างขึ้นต้องเสื่อมสลายไปตามเวลาหรือไม่สามารถดำรงอยู่ได้อย่างถาวร จึงย่อมสามารถกล่าวได้ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมมีความประสงค์อย่างแน่แท้ที่จะทำให้รัฐธรรมนูญที่ตนได้จัดทำขึ้นคงอยู่และถูกใช้บังคับภายในรัฐนั้นตลอดไป

อย่างไรก็ตาม หากเราเชื่อมั่นว่ารัฐธรรมนูญนั้นถูกสร้างขึ้นมาจากอำนาจที่ได้รับชัยชนะจากความขัดแย้งระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองแล้ว ข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ นั่นคือในหลาย ๆ ครั้ง แนวคิดหรือปรัชญาการเมืองในสนามแข่งขันทางการเมืองอาจเปลี่ยนแปลงไปและกลายเป็นสิ่งที

อยู่ในชั่วตรงข้ามกับรัฐธรรมนูญได้เสมอ รัฐธรรมนูญที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจะก่อให้เกิดปัญหาอันเนื่องมาจากการไม่ยอมรับสภาพความเป็นจริงของความเป็นไปได้ในการเปลี่ยนแปลงอุดมการณ์ทางการเมืองนี้ในสองประการ

ประการแรก การไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นการกดทับคนรุ่นใหม่ (Future Generation) ให้ต้องทนอยู่กับชุดความคิดทางการเมืองแบบเดิม ดังที่กล่าวไปแล้วว่าในห้วงเวลาปัจจุบัน ทุกครั้งที่มีการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมา มักจะมีการกล่าวอ้างว่า “ประชาชน” เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรือหากกล่าวให้เฉพาะเจาะจงลงไป ฝ่ายการเมืองที่ได้รับชัยชนะในห้วงเวลาแห่งความขัดแย้งทางการเมือง จะก่อตั้งประชาชนขึ้นมาเพื่ออ้างสิทธิขาดในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งทางการเมืองย่อมมีความผันแปร ไม่มีสิ่งใดที่จะรับประกันได้ว่าปัจเจกชนรุ่นใหม่ ๆ จะมีความเห็นทางการเมืองแบบเดียวกับคนรุ่นก่อนซึ่งจัดสร้างรัฐธรรมนูญ ไม่สิ่งใดรับประกันได้ว่าแนวคิดทางการเมืองของคนรุ่นหนึ่ง ๆ จะไม่แปรเปลี่ยนไป การจำกัดให้ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการใช้ข้อจำกัดดังกล่าวอย่างเข้มงวดจนทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้จะเป็นสิ่งที่ขัดขวางธรรมชาติของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา¹³⁷ ในอีกความหมายหนึ่ง รัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขได้หรือถูกทำให้แก้ไขได้ยากไม่ได้กำลังปกป้องคุณค่าที่สังคมยึดถือแต่กำลังผูกยึดคนรุ่นหนึ่งไว้กับคุณค่าของคนรุ่นก่อนซึ่งหยุดชะงักและอาจก่อให้เกิดการตั้งคำถามถึงความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญซึ่งควรจะวางอยู่บนเจตจำนงของผู้ที่ดำรงชีวิตอยู่ในห้วงเวลาปัจจุบัน¹³⁸

ประการที่สอง การไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งแต่จะทำให้เกิดการปฏิวัติ (Revolution) ในแง่มุมหนึ่ง รัฐธรรมนูญคือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นในฐานะเครื่องมือที่คอยจัดการความขัดแย้งระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ

¹³⁷ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. p.125

¹³⁸ Michael W. McConnell, “Textualism and the Dead Hand of the Past,” 66 *George Washington Law Review* 1127 (1997). p.1140

และแสวงหาแนวทางร่วมที่จะทำให้ทุกคนในสังคมยอมรับเพื่อยุติความขัดแย้ง อันเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ก่อนที่รัฐธรรมนูญจะถูกสร้างขึ้น¹³⁹

อย่างไรก็ตาม ธรรมชาติของความขัดแย้ง ความต้องการ และคุณค่าที่คนในสังคมยึดถือนั้นเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา ในแง่มุมหนึ่งบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองและประกาศให้ทราบถึงคุณค่าที่รัฐธรรมนูญยอมรับ แต่ในอีกแง่หนึ่ง บทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนั้นเองกลับเป็นสิ่งที่ขัดขวางธรรมชาติของความขัดแย้งและการเปลี่ยนแปลงในคุณค่าที่สังคมการเมืองหนึ่ง ๆ ยึดถือ ดังนั้น การห้ามไม่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างเด็ดขาด หรือการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ทำให้ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณค่าในรัฐธรรมนูญได้เลยอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการปฏิบัติ และดังเช่นที่ Benjamin Akzin ได้นำเสนอไว้ในบทความเรื่อง *The Place of the Constitution in the Modern State* ว่าเมื่อคุณค่าที่สังคมยึดถือเปลี่ยนแปลงไป แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้ถึงการห้ามแก้ไขคุณค่าบางประการที่รัฐธรรมนูญรองรับ ก็แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่จะต้านกระแสความเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของผู้คน¹⁴⁰

สถานการณ์เช่นนี้เป็นสิ่งไม่พึงประสงค์อย่างยิ่ง โดยเฉพาะต่อผู้ที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับก่อนซึ่งประสงค์จะให้ข้อความคิดของตนดำรงอยู่ตลอดไป ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการปิดหนทางในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงแต่จะทำให้รัฐธรรมนูญนั่นเองที่ถูกทำลายในช่วงเวลาที่เร็วขึ้น เพราะเป็นการสร้างสถานการณ์ความขัดแย้งเกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองที่ไม่จำเป็นหนทางเดียวที่จะสามารถป้องกันสถานการณ์อันไม่พึงประสงค์ดังกล่าวได้ นั่นคือการยอมรับให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและในขณะเดียวกันก็วางข้อจำกัดบางประการเพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁴¹

¹³⁹ Vivien Hart “Constitution-making and the Transformation of Conflict” 2001 26(2) *Peace & Change* at 153-154

¹⁴⁰ Benjamin Akzin, *The Place of the Constitution in the Modern State*, 2 *Isr. L. REV.* 1 (1967). pp.12-13

¹⁴¹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. pp.129-133.

2.4.3 ขั้นตอนการในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การอธิบายขั้นตอนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะภายใต้รูปแบบของการอธิบายเชิงทฤษฎีที่มีความแน่นอนตายตัวนั้นสามารถทำได้ยากเนื่องจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม หากจะต้องอธิบายขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถอธิบายได้ว่า ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยสามขั้นตอนสำคัญ ได้แก่ การริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญ การแก้ไขรัฐธรรมนูญ และการให้ความเห็นชอบและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

2.4.3.1 การริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กระบวนการริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปแล้วสามารถริเริ่มดำเนินการได้โดยอำนาจของบุคคลหลายกลุ่ม ตั้งแต่การริเริ่มดำเนินการโดยองค์กรนิติบัญญัติ การริเริ่มดำเนินการโดยประชาชนเป็นผู้เข้าชื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Initiative) และการก่อตั้งคณะกรรมการ (Constitutional Convention) ขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁴²

ทั้งนี้ การริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยอาศัยกระบวนการรูปแบบใดและมีขอบข้อจำกัดในการดำเนินการกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงใด ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกกล่าวถึงและกำหนดไว้ในส่วนที่ว่าด้วยข้อจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

2.4.3.2 การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁴³

ในขั้นตอนของการพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะเป็นการตัดสินใจดำเนินการขององค์กรที่ได้รับอำนาจให้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตรงว่าจะดำเนินการไปในทิศทางใด ทั้งนี้ องค์กรเหล่านั้นอาจอยู่ในรูปของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

¹⁴² Arthur O'Neal Beach, "Constitutional Revision - Constitutional Amendment Process," Natural Resources Journal 9(1969). p.422

¹⁴³ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า 148-149

ที่ถูกต้องตั้งขึ้นมาให้ทำหน้าที่เฉพาะ หรือให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการดำเนินการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมตามที่ได้นำเสนอมาตั้งแต่ในขั้นของการริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยบรรดาข้อเสนอทั้งหลายเหล่านั้น นอกจากจะต้องถูกตรวจสอบความถูกต้องในเชิงรูปแบบแล้ว ยังจะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอาศัยบรรดาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหลายเป็นมาตรวัดด้วย

2.4.3.3 การให้ความเห็นชอบและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ¹⁴⁴

ภายหลังจากที่องค์กรผู้ทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้ดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจนแล้วเสร็จ กระบวนการที่จะเกิดขึ้นตามมานั้นคือการให้ความเห็นชอบและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อองค์กรผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนแล้วเสร็จ ก็จะนำร่างนั้นมาลงมติเพื่อนำไปสู่กระบวนการให้ความเห็นชอบต่อไป ซึ่งการลงมติรับรองความถูกต้องนี้จะใช้ระบบเสียงข้างมากที่มีเงื่อนไขยากยิ่งกว่าเสียงข้างมากในกรณีปกติ และภายหลังจากที่องค์กรผู้ร่างได้รับรองความถูกต้องของร่างที่จัดทำขึ้นแล้ว กระบวนการให้ความเห็นชอบก็จะเกิดขึ้น

กระบวนการให้ความเห็นชอบนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสองลักษณะ ลักษณะแรกคือการให้ความเห็นชอบโดยประมุขของรัฐจะเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องและให้ความเห็นชอบ จากนั้นรัฐธรรมนูญจึงจะถือว่าถูกแก้ไขเพิ่มเติมอย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นชอบในบางกรณีอาจผูกติดอยู่กับตัวของประชาชนภายในรัฐ ซึ่งในประเทศที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นมาผ่านระบอบประชาธิปไตยโดยมากแล้ว จะบังคับให้ประชาชนต้องเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ

¹⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทาง การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), หน้า 27-37

ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ แล้วจากนั้นจึงจะนำไปสู่การประกาศให้รัฐธรรมนูญได้รับการแก้ไขอย่างเป็นทางการต่อไป

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าการให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มักไม่ได้มีลักษณะเป็นการให้ความเห็นชอบโดยอาศัยเสียงข้างมากแบบปกติ (เกินกึ่งหนึ่งของผู้ลงคะแนน, simple majority) แต่มักจะเป็นเสียงข้างมากที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากเสียงข้างมากปกติโดยเฉพาะในขั้นของการออกเสียงประชามติเพื่อรับรองรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยประชาชน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างการลงคะแนนเสียงเพื่อรับรองรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจากต่างประเทศ ในรูปแบบต่าง ๆ ไว้ ณ ที่นี้ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการวิเคราะห์ต่อไป

- มาตรา 142 ของรัฐธรรมนูญแห่งสวิสเซอร์แลนด์ ได้กำหนดเกี่ยวกับการรับรองผลของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า ในการรับรองผลการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องถูกส่งไปให้ประชาชนในทุกรัฐ (canton) ให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ตาม การลงประชามติจะส่งผลให้ร่างรัฐธรรมนูญได้รับการประกาศใช้ก็ต่อเมื่อ จำนวนเสียงที่ให้ความเห็นชอบมีมากกว่ากึ่งหนึ่งของผู้มาใช้สิทธิลงคะแนน และในขณะเดียวกัน ต้องได้รับความเห็นชอบจากบรรดามลรัฐทั้งหลายเกินกว่ากึ่งหนึ่งของมลรัฐที่มีอยู่ด้วย¹⁴⁵ (นับคะแนนเสียงของประชาชนในแต่ละมลรัฐแยกกันเพื่อพิจารณาว่ามลรัฐไหนให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ การกำหนดให้มีการใช้เสียงข้างมากในลักษณะนี้อาจเรียกว่าเป็นการใช้เสียงข้างมากสองระดับ (Double Majority)

- รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบจาก

¹⁴⁵ Swiss Federal Constitution, Article. 142” Required majorities

1 Proposals that are submitted to the vote of the People are accepted if a majority of those who vote approve them.

2 Proposals that are submitted to the vote of the People and Cantons are accepted if a majority of those who vote and a majority of the Cantons approve them.

3 The result of a popular vote in a Canton determines the vote of the Canton.”

รัฐสภาแล้วนั้น จะถูกประกาศใช้ก็ต่อเมื่อสามในสี่ (three-fourth) ของมลรัฐ
ได้ให้การรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว¹⁴⁶ การกำหนดจำนวนเสียง
ข้างมากที่ใช้ในลักษณะนี้ (กำหนดให้มีการใช้จำนวนเสียงโดยเฉพาะเจาะจง
และเป็นจำนวนเสียงที่มากกว่ากึ่งหนึ่ง) เรียกว่าการใช้เสียงข้างมากแบบพิเศษ
(Supermajority)

ทั้งนี้ The Electoral Knowledge Network ได้นำเสนอเกี่ยวกับการ
การเลือกใช้วิธีการรับรองผลการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่าการลงคะแนนเสียง
ในแต่ละแบบ ไม่ว่าจะเป็นการใช้เสียงข้างมากปกติ เสียงข้างมากสองชั้น หรือเสียง
ข้างมากแบบพิเศษล้วนมีข้อดีที่แตกต่างกันไป ข้อดีของการใช้เสียงข้างมากปกติ
นั่นคือการให้ความคล่องตัวแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการปรับเปลี่ยนระบบสถาบันทาง
การเมือง ในขณะที่ระบบเสียงข้างมากสองชั้นนั้นดีในแง่ที่สร้างเกราะป้องกัน
ให้กับคนกลุ่มน้อยภายในรัฐได้ ส่วนระบบเสียงข้างมากแบบพิเศษนั้นก็ก่อให้เกิด
ความเหมาะสมในการแก้ไขกฎหมายสูงสุดที่สมควรแก้ไขได้ยาก โดยไม่จำเป็นต้องไป
สร้างเงื่อนไขซับซ้อนดังเช่นระบบเสียงข้างมากสองชั้น ทั้งนี้ การจะเลือกใช้
ระบบเสียงข้างมากแบบใดย่อมขึ้นอยู่กับเป้าประสงค์ของผู้ที่ได้ทำการริเริ่มให้มี
การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁴⁷

¹⁴⁶ United State Constitution, Article V, “The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.”

¹⁴⁷ The ACE Electoral Knowledge, “What Type of Majority Is Best Suited to Approve Constitutional Referendums?,” [Online] Accessed: 2 December 2019. Available from: http://aceproject.org/today/forum/spotlight-on/what-type-of-majority-is-best-suited-to-approve/document_view

บรรดากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหลายตามที่กล่าวมาแล้วล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ การศึกษารายละเอียดของกระบวนการจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษารายละเอียดแยกตามประเทศต่อไป อย่างไรก็ตาม กระบวนการทั้งหลายเหล่านี้ล้วนตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหมือน ๆ กัน โดยผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงข้อจำกัดทั้งหลายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหัวข้อถัดไป

2.4.4 ข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับในฐานะอำนาจที่สามารถใช้เพื่อแก้ไขกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยอำนาจสูงสุดได้ แต่อำนาจดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นอำนาจที่ก่อร่างขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญอยู่ด้วยในตัว ดังนั้นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่สามารถถูกวางข้อจำกัดได้โดยตัวรัฐธรรมนูญเอง

ในหัวข้อที่ว่าด้วยข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ผู้วิจัยจะขอแบ่งหัวข้อในการนำเสนอออกเป็นสองหัวข้อ ได้แก่ หัวข้อที่ว่าด้วยเหตุผลในการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแบ่งประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังจะมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.4.4.1 เหตุผลในการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เหตุผลในการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้สามารถใช้ได้อย่างกว้างขวางและปราศจากขอบเขตดังเช่นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นประกอบด้วยเหตุผลทั้งในมุมมองแบบปฏิฐานนิยมและมุมมองแบบกฎหมายธรรมชาติ ดังที่รองศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล ได้นำเสนอไว้ว่า¹⁴⁸

¹⁴⁸ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า 123-124

การอธิบายถึงเหตุผลความจำเป็นว่าเหตุใดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ใช้ได้ในขอบเขตที่จำกัดนั้น มุมมองของนักคิดฝั่งปฏิฐานนิยมเห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ถูกจัดสร้างขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และถูกกำหนดรูปแบบแห่งการใช้ อำนาจโดยตัวของรัฐธรรมนูญนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่ถูกรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นเพื่อให้แก้ไขบทบัญญัติในบางมาตราของรัฐธรรมนูญ จึงสามารถถูกจำกัดได้โดยตัวของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายในลำดับสูงกว่า ที่ให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อองค์กรที่กำหนดตนเอง

ในขณะที่ฝ่ายแนวคิดกฎหมายธรรมชาติ ใช้คำอธิบายที่แตกต่างกัน ออกไปเพื่อที่จะสนับสนุนการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ฝ่ายกฎหมายธรรมชาตินั้นเชื่อว่ารัฐธรรมนูญประกอบขึ้นด้วยกฎเกณฑ์ ที่มีคุณค่าแตกต่างกันซึ่งอาจแบ่งโดยหยาบได้เป็นกฎเกณฑ์ที่ถือเป็นหัวใจของ รัฐธรรมนูญอันถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงระบอบการเมือง การปกครองที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะก่อตั้ง และกฎเกณฑ์อื่น ๆ ที่ประกอบ สร้างเป็นรัฐธรรมนูญขึ้นมา เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐธรรมนูญเองย่อมมีความประสงค์ ที่จะคุ้มครองอัตลักษณ์ของระบอบการเมืองการปกครองที่ถูกสร้างขึ้น จึงเป็นไปได้ที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถูกใช้เพื่อแก้ไขอัตลักษณ์ดังกล่าวได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกใช้ออกไป ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อระบอบการเมืองหรือต่ออัตลักษณ์ บางประการของรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ แนวคิดของฝั่งกฎหมายธรรมชาติมีแนวโน้ม ที่จะขยายไปถึงขนาดที่ว่า ข้อจำกัดดังกล่าวมีอยู่แม้จะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ ตามรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

2.4.4.2 ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งและข้อจำกัดโดยปริยาย

การแบ่งประเภทของข้อจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ออกเป็นข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง (Explicit) และข้อจำกัดโดยปริยาย (Implicit) เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นภายใต้มุมมองของสำนักความคิดสองสำนักที่ได้นำเสนอไปแล้ว ในหัวข้อก่อนหน้า กล่าวคือ แนวคิดฝั่งปฏิฐานนิยมเชื่อว่าบรรดาข้อจำกัดของ

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหลายจะต้องถูกเขียนและบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ขณะที่ฝ่ายสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่า ข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแม้ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษรแต่ก็ดำรงอยู่ อันเนื่องมาจากมีสถานะเป็นคุณค่าที่รัฐธรรมนูญ มุ่งรับรองและคุ้มครอง

ข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง (Explicit Unamendability) คือข้อจำกัด ทั้งหลายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจัดเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ลำดับที่สอง ซึ่งถูกก่อตั้งและจัดทำให้เป็นสถาบันทางการเมืองโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับแรก ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถถูกจำกัด ได้โดยการบัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นมักจะเกิดขึ้นเพื่อห้ามมิให้มีการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางประการ ข้อจำกัดเช่นว่านี้มีชื่อเรียก อีกชื่อหนึ่งว่าบทบัญญัตินิรันดร์ (Eternal Clause) เนื่องมาจากบรรดาข้อจำกัด ทั้งหลายที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้นั้น ถือเป็น สิ่งที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองให้บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายหรือคุณค่าที่บทบัญญัติ ทั้งหลายเหล่านั้นคุ้มครองนั้นดำรงอยู่ร่วมกับรัฐธรรมนูญไปตราบนานเท่าที่จะ เป็นไปได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การวางข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยชัดแจ้งในตัว of รัฐธรรมนูญ ได้ยกสถานะของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ บางส่วนให้มีคุณค่ามากกว่าส่วนอื่น¹⁴⁹

ข้อพึงระวังประการหนึ่งเมื่อพิจารณาถึงบรรดาข้อจำกัดในการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ปรากฏอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ นั่นคือ ข้อจำกัดที่มุ่งประสงค์ให้หลักการบางประการตามรัฐธรรมนูญสามารถคงอยู่ได้ ย่อมมีลักษณะขัดหรือแย้งกับแนวคิดแบบสัมพัทธ์นิยมซึ่งเชื่อว่าชุดความคิด และคุณค่าทางการเมืองทั้งหลายภายในรัฐย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอด

¹⁴⁹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. pp.135-139

เวลา¹⁵⁰ กฎหมายใด ๆ ก็แล้วแต่แม้กระทั่งตัวรัฐธรรมนูญต่างปราศจากความสามารถ
ในทางความเป็นจริงที่จะสั่งการดำรงอยู่อย่างถาวรให้กับตัวเองได้กันแทบทั้งสิ้น
การบังคับใช้บรรดาบทบัญญัติข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้งย่อมมี
แนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการล้มล้างรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนาระบบการเมืองใหม่
ไม่มากนักน้อย โดยเฉพาะเมื่อบรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้งหลายไม่ได้เป็นภาพแทน
อุดมการณ์ทางการเมืองของคนในสังคมอีกต่อไป

ทั้งนี้ โดยทั่วไปเมื่อประชาชนในสังคมหรือผู้แทนของประชาชน
เห็นว่าบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดก็ให้เกิดความขัดแย้ง
หรือก่อให้เกิดสถานการณ์อันไม่พึงประสงค์ที่กระทบต่อสถานะความเป็นอยู่ของ
รัฐธรรมนูญก็มักจะนำมาสู่หนทางแห่งการทำลายข้อจำกัดดังกล่าวโดยอาศัย
กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองครั้ง (Double Amendment
Procedure) กล่าวคือ ประการแรกจะดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ
ที่จำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมเสียก่อน แล้วหลังจากนั้นจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญอีกรอบในส่วนที่ประสงค์จะแก้ไขในคราวแรกแต่ถูกจำกัดไว้โดย
บทบัญญัติจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติม¹⁵¹ กระบวนการเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์นัก
เพราะจะทำให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถูกทำลายลง อย่างไรก็ตาม
ก็ตาม มีนักวิชาการหลายท่านให้ความเห็นไว้ว่า ไม่ว่าจะรัฐธรรมนูญจะบัญญัติข้อห้าม
ในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างใดก็แล้วแต่ บรรดาข้อห้ามทั้งหลายเหล่านั้น
ล้วนไม่เป็นผลหากสังคมยินยอมพร้อมใจที่จะเพิกเฉยต่อข้อจำกัดการใช้อำนาจ
แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันนำไปสู่การปลุกเอาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง อันเป็นสิ่งที่รองศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล
เรียกว่า “การปฏิวัติทางรัฐธรรมนูญ”¹⁵²

¹⁵⁰ Martin Loughlin, “On Constituent Power,” in *Constitutionalism Beyond Liberalism*, ed. Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson (United Kingdom: Cambridge University Press, 2017). pp.30-34

¹⁵¹ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*.

¹⁵² ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า 158-166

สำหรับข้อจำกัดโดยปริยาย (Implicit Unamendability) นั้น เป็นข้อจำกัดที่วางอยู่บนทฤษฎีที่ว่า แม้จะไม่ได้มีการวางข้อจำกัดแห่งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน แต่การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปในลักษณะที่เคารพกฎเกณฑ์บางประการซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงค่าพื้นฐานที่อาจจัดได้ว่าเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขคุณค่านั้นย่อมมีลักษณะเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ Yaniv Roznai อธิบายว่าข้อจำกัดนี้ทำให้สามารถอธิบายต่อไปได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถึงข้อห้ามของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่ก็ไม่ได้เป็นการ “ตีเช็คเปล่า”¹⁵³ ให้ผู้ที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางใดก็ได้ และการดำรงอยู่ของข้อจำกัดเหล่านี้ได้รับการยอมรับจากศาลในเขตอำนาจต่าง ๆ ทั่วโลก¹⁵⁴ ทั้งนี้ ข้อจำกัดโดยปริยายตามที่ได้มีการแบ่งประเภทไว้ในหนังสือเรื่อง Unconstitutional Constitution Amendments นั้น มีดังนี้¹⁵⁵

- ข้อจำกัดอันเนื่องมาจากแนวคิดว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Foundational Structuralism)

ข้อจำกัดโดยปริยายในกลุ่มแรกนี้ เป็นข้อจำกัดอันเนื่องมาจากสถานะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ถูกจัดสร้างขึ้นให้อยู่ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถถูกใช้ไปภายใต้เจตจำนงแห่งการล้มล้างหรือทำลายรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ หากจะพูดให้เจาะจงลงไป นั่นคืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกใช้เพื่อทำลายรัฐธรรมนูญ หรือหลักการพื้นฐานอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญได้นั่นเอง นอกจากนี้ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจถูกมองว่าเป็นสถาบันทางการเมืองรูปแบบหนึ่ง การใช้และการแสดงออกซึ่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁵³ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments. p.156

¹⁵⁴ Ibid. p.141

¹⁵⁵ Ibid. pp.141-157

รัฐธรรมนูญจะต้องกระทำลงบนหลักสุจริต (Bona fides) กล่าวคือ เมื่อมีการแสดงออกซึ่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การดำเนินการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นไปเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้เหตุผลประการอื่น เช่น เพื่อนำไปสู่การแก้ไขหรือใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้สำหรับองค์กรอื่นใด เป็นต้น

- ข้อจำกัดอันเนื่องมาจากลำดับชั้นที่ไม่เท่าเทียมกันของบทบัญญัติ

ในรัฐธรรมนูญ (Hierarchy of Constitutional Values)

รัฐธรรมนูญนั้นเป็นบทกฎหมายสูงสุดที่บัญญัติไว้ด้วยหลักเกณฑ์พื้นฐานตลอดจนแนวคิดที่สำคัญหลายประการ อย่างไรก็ตาม สถานะของบรรดาแนวคิดทั้งหลายเหล่านั้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค การจัดองค์กรของรัฐและอื่น ๆ กลับไม่ได้มีสถานะที่เท่าเทียมกัน มีบทบัญญัติหรือแนวคิดในรัฐธรรมนูญหลายมาตราที่ดำรงสถานะเป็นเหมือนรากฐานของบรรดาบทบัญญัติอื่น ๆ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนของรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน มาตรา 1 ที่กำหนดให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดำรงสถานะเป็นฐานรากของบรรดาบทบัญญัติทั้งหลายในรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ แต่จะต้องวางอยู่บนความเคารพในบรรดาบทบัญญัติพื้นฐานที่มีคุณค่าเป็นเสมือนรากฐานของรัฐธรรมนูญอันส่งผลให้บทบัญญัติอื่นภายใต้รัฐธรรมนูญต้องผูกพันต่อบทบัญญัติพื้นฐานดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่ง นั่นคือการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพต่อบรรดาบทบัญญัติพื้นฐานที่ทำให้ระบบการปกครองภายใต้แนวคิดของรัฐธรรมนูญนั้นดำรงอยู่ได้โดยไม่เปลี่ยนแปลง ไม่ว่าจะบทบัญญัติเหล่านั้นจะถูกคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม

- ข้อจำกัดอันเนื่องมาจากอัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญ

(Constitutional Identity)

รัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นเพียงตัวบทกฎหมายที่เย็นชืดและไร้จิตวิญญาณ ทุกครั้งที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกใช้เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญจะถูกเติมเต็มด้วยแนวคิดและทฤษฎีทางการเมือง ตลอดจนภาพของสังคมและ

ระบบการปกครองที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหวังจะให้ดีขึ้น หวังที่จะแก้ไข และหวังที่จะให้ดำรงอยู่ต่อไปในภายภาคหน้า

การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องถูกจำกัดกรอบไว้ เฉพาะตราบเท่าที่ไม่ทำลายอัตลักษณ์ของสิ่งที่รัฐธรรมนูญต้องการสร้างขึ้น เราไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยหรือบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงอัตลักษณ์ของความเป็นประชาธิปไตยให้หายไป หรือให้แปลงเปลี่ยนไป กลายเป็นการปกครองในรูปแบบอื่นได้ ทั้งนี้ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดข้อห้ามในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม

- ข้อจำกัดอันเกิดจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

คำว่า “แก้ไขเพิ่มเติม (Amendment)” โดยพื้นฐานของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการหนึ่งนั้น มาจากการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความเป็นพลวัตซึ่งอาจแก้ไขได้ตลอดเวลา และในขณะเดียวกันการจำกัดอนาคตของคนรุ่นใหม่ไว้กับข้อกำหนดของคนรุ่นเก่าก็เป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำ ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงสามารถถูกแก้ไขได้ แต่การแก้ไขนั้นมีความหมายในตัวของตัวเองว่าเป็นการแก้ไขสิ่งที่ผิดอยู่ให้ถูกต้อง ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องวางอยู่บนพื้นฐานความคิดของการแก้ไขเฉพาะบทมาตราในรัฐธรรมนูญเดิม แคบๆ ประการเท่านั้น และจะต้องไม่กระทบกระเทือนถึงบรรดาอัตลักษณ์หรือสิ่งซึ่งแสดงออกถึงตัวตนอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ

หากรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงข้อจำกัดใด ๆ การกระทำในลักษณะนั้นย่อมไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁵⁶

กล่าวโดยสรุปแล้ว หากจำเป็นต้องมีการพูดหรืออภิปรายถึงข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรามักจะพบว่ารัฐธรรมนูญมักจะสร้างกลไกในการป้องกันตนเองเอาไว้แล้วในระดับหนึ่ง นั่นคือการกำหนดข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจ

¹⁵⁶ Clude Klein and Andras Sajó, “Constitution-Making: Process and Substance,” in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. pp.438-439

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังต้องผูกพันต่อข้อห้ามที่ไม่ได้ปรากฏโดยชัดแจ้งด้วย อีกต่อหนึ่ง นั่นคือบรรดาข้อห้ามในการที่จะลบล้าง ทำลาย หรือแก้ไขเพิ่มเติม สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญในการดำรงอยู่หรือเป็นอัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

2.4.4.3 ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา

สำหรับการอธิบายประเภทของข้อจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอีกลักษณะหนึ่งนั้นคือการอธิบายถึงเนื้อหาของข้อจำกัด ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ นั่นคือข้อจำกัดที่มุ่งคุ้มครองรูปแบบของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้มีความแตกต่างจากการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น และข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาที่คอยควบคุมไม่ให้มีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งสมควรได้รับการคุ้มครอง โดยรายละเอียดของข้อจำกัดทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหานั้น มีดังต่อไปนี้

2.4.4.3.1 ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและกระบวนการ

การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลก ต่างถูกออกแบบให้มีกระบวนการที่ยุ้งยากซับซ้อนและมีข้อแตกต่างจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อตรากฎหมายอยู่เป็นจำนวนมาก โดยทั่วไปแล้ว มักมีการออกแบบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีลักษณะพิเศษกว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ได้แก่

- กำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น กำหนดให้รัฐสภานั้นที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือกำหนดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน

- กำหนดให้การลงมติขององค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องใช้เสียงข้างมากที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากเสียงข้างมากปกติ (Supermajority) หรือเสียงข้างมากสองครั้ง (Double Majority) ตามแต่ที่รัฐธรรมนูญจะกำหนด

- กำหนดให้ประชาชนจำเป็นต้องเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการออกเสียงประชามติเสียก่อนจึงจะสามารถประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วได้

- กำหนดให้ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในห้วงเวลาหนึ่งเวลาใดนับแต่รัฐธรรมนูญประกาศใช้ หรือห้วงเวลาที่มีสถานการณ์พิเศษ ไปจนถึงการห้ามพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ผ่านความเห็นชอบจากองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือประชาชนไม่ให้ความเห็นชอบด้วยก็ได้¹⁵⁷

ข้อกำหนดในเชิงรูปแบบเหล่านี้มักจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ และแตกต่างกันไปตามแต่ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศประสงค์จะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ความจำเป็นที่จะต้องกำหนดรูปแบบและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แตกต่างจากการบัญญัติบทกฎหมายก็เนื่องมาจากคุณลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับประชาชน (The People) ยิ่งกว่าตัวบทกฎหมายปกติ การกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ให้ยึดโยงกับประชาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่สมควรทำ นอกจากนี้ หากพิจารณาต่อไปว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างจากอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญปกติ เนื่องจากมีสถานะเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับที่สอง มีความก้ำกึ่งระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจที่มีคุณลักษณะพิเศษเช่นนี้จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องกำหนดรูปแบบและกระบวนการใช้การใช้อำนาจให้แตกต่างจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยปกติ

2.4.4.3.2 ข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา

ข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาหรือสิ่งที่รัฐธรรมนูญได้ทำการบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนว่าห้ามไม่ให้มีการแก้ไขนั้นถูกใช้เพื่อสนองต่อความต้องการในหลายลักษณะ เช่น เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันให้กับคุณค่าบางอย่างที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญตลอดไป¹⁵⁸ หรือใช้เป็น

¹⁵⁷ ญัฐปคัลลภ ลาชโรจน์, “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 64-73

¹⁵⁸ Richard Albert. “Constitutional Handcuffs.” *Arizona State Law Journal* 42, (2010), p.678

เครื่องมือในสร้างหลักประกันให้การเปลี่ยนผ่านระบบการเมืองเพื่อป้องกันไม่ให้สิ่งที่ผิดพลาดหรือสิ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนเกิดขึ้น เช่น ป้องกันไม่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยให้ย้อนกลับไปสู่รัฐธรรมนูญเผด็จการดังเช่นในอดีต¹⁵⁹

เนื่องด้วยคุณลักษณะของข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาที่ผูกโยงเข้ากับ ความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง ข้อจำกัดเชิงเนื้อหาที่ปรากฏใน รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจึงมีลักษณะที่แตกต่างกันมาก อย่างไรก็ตาม Yaniv Roznai ได้ทำการสำรวจข้อจำกัดเชิงเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก และได้แบ่งประเภทของข้อจำกัดในเชิง เนื้อหาออกเป็นหกกลุ่ม ได้แก่

1) ข้อห้ามเกี่ยวกับการรูปแบบการปกครองของรัฐ¹⁶⁰

บทบัญญัติประการหนึ่งที่สำคัญและมักจะได้รับการบัญญัติไว้ใน ส่วนแรกของรัฐธรรมนูญเสมอ นั่นคือการแถลงหรือรัฐนั้นจะปกครองในรูปแบบใด เช่น ประชาธิปไตย ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ สาธารณรัฐ

บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการปกครองของรัฐนั้นถือเป็นรากฐาน สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากจะนำไปสู่การจัดระบบระเบียบ บรรดากฎหมายในการปกครองตามรัฐธรรมนูญในส่วนอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ประมุข ของรัฐ โครงสร้างและการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และอื่น ๆ ดังนั้น จึงไม่น่าแปลกใจที่บรรดารัฐธรรมนูญทั่วโลกโดยส่วนมากแล้วมักจะห้าม ไม่ให้มีการแก้ไขรูปแบบการปกครองของรัฐ

2) ข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขโครงสร้างการปกครองของรัฐ¹⁶¹

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนอกจากจะกล่าวถึงรูปแบบ การปกครองของรัฐแล้ว ยังจะต้องมีการบัญญัติถึงข้อห้ามและข้อจำกัดในการ

¹⁵⁹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*. p.29

¹⁶⁰ Ibid. p.23

¹⁶¹ Ibid.

แก้ไขเปลี่ยนแปลงระบบโครงสร้างของรัฐบางประการ ที่อาจส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงต่อรูปแบบการปกครองของรัฐด้วย เช่น ในหลาย ๆ รัฐมักจะมีการห้ามมิให้มีการแก้ไขแบบของรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นสภาเดี่ยวหรือสภาคู่ หรือห้ามมีการแก้ไขโครงสร้างการปกครองบางประการที่ทำให้รัฐสามารถดำรงรูปแบบการปกครองตามที่รัฐธรรมนูญมุ่งหวังจะสร้างขึ้นเอาไว้ได้ เช่น การคุ้มครองหลักการแบ่งแยกอำนาจผ่านการห้ามแก้ไขการจัดรูปแบบของรัฐบาลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือการห้ามแก้ไขบทบัญญัติที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของศาลอันเป็นไปเพื่อการคุ้มครองหลักนิติธรรม

3) ข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐหรือเอกลักษณ์ของรัฐ¹⁶²

บทบัญญัติในส่วนที่ห้ามแก้ไขอุดมการณ์ของรัฐนั้น เป็นข้อจำกัดที่มักจะพบมาในรัฐซึ่งนำเอาหลักศาสนามาบัญญัติไว้คู่กับระบบการเมือง เช่น บรรดารัฐอิสลามทั้งหลายที่ถือเอาข้อความคิดทางศาสนามาเป็นส่วนหนึ่งของอุดมการณ์ของรัฐ ก็มักจะมีบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขอุดมการณ์นี้ หรือรัฐที่ตัดขาดการเมืองออกจากศาสนาโดยเด็ดขาดบางรัฐเองก็ห้ามมิให้มีการแก้ไขอุดมการณ์ที่จะทำให้รัฐมีสถานะเป็นรัฐฆราวาสเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ข้อห้ามเกี่ยวกับอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐอาจปรากฏอยู่ในรูปของการห้ามแก้ไขรูปแบบของธงชาติ ภาษา เพลงประจำชาติ เมืองหลวง และสิ่งอื่นซึ่งอาจผูกพันและแสดงให้เห็นถึงเอกลักษณ์ของรัฐอย่างชัดเจน

4) ข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขหลักการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁶³

สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพถือเป็นหนึ่งในคุณค่ากลางที่รัฐธรรมนูญในหลาย ๆ รัฐต้องการคุ้มครองและไม่มีที่ยินยอมให้แก้ไข ข้อห้ามในลักษณะนี้อาจบัญญัติไว้กว้าง ๆ เช่น ห้ามมิให้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพ หรือเป็นการบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงถึงสิทธิ เสรีภาพ

¹⁶² Ibid, p.24-25

¹⁶³ Ibid, p.25-26

หรือคุณค่าบางประการที่รัฐต้องการปกป้องเป็นพิเศษ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพสื่อ หรือสิทธิแรงงานและสิทธิในการรวมกลุ่มเป็นสหภาพแรงงาน เป็นต้น

5) ข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขหลักการที่เกี่ยวข้องกับบูรณภาพแห่งรัฐ¹⁶⁴

ข้อห้ามในกลุ่มนี้มักจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเอกราชและบูรณภาพของรัฐ ตัวอย่างที่พบได้เสมอและคุ้นตาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นคือบทบัญญัติให้ราชอาณาจักรไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวและจะแบ่งแยกไม่ได้ โดยบูรณภาพแห่งรัฐนั้นสามารถถือได้ว่าเป็นอุดมการณ์อย่างหนึ่งที่รัฐธรรมนูญและผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้คงอยู่ตลอดไป

6) ข้อห้ามเกี่ยวกับหลักการพิเศษที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง¹⁶⁵

ข้อห้ามในลักษณะนี้เป็นการบ่งชี้ถึงหลักการพิเศษบางประการที่รัฐธรรมนูญต้องการที่จะให้ความคุ้มครองและห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะที่อาจจะเป็นการทำลายคุณค่าดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง เช่น ข้อตกลงว่าด้วยสันติภาพ หลักพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ระบบภาษี และระบบสัญชาติ เป็นต้น

2.5 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจำเป็นต้องดำรงอยู่และมีขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้บรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งต้องห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสามารถใช้อย่างแท้จริง และในขณะเดียวกัน ก็เพื่อสนองต่ออธิปไตยในด้านที่เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งสมควรที่จะถูกตรวจสอบได้ภายใต้องค์การที่กำหนดโดยรัฐธรรมนูญนั่นเอง

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถกระทำได้โดยอาศัยกระบวนการและเครื่องมือดังกล่าวต่อไปนี้

2.5.1 ประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท แต่โดยทั่วไปแล้วเรามักจะมุ่งศึกษาไปที่ประเภทของการตรวจสอบโดยใช้องค์กรตุลาการเป็นหลัก ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่างานวิจัยเช่นนี้จะมุ่งศึกษาไปยังการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมดเสียก่อนในส่วนนี้

หากพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือแม้กระทั่งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในภาพรวมจะพบว่า เราสามารถจัดแบ่งประเภทของการตรวจสอบออกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ กลุ่มแรกคือการตรวจสอบในเชิงป้องกัน (preventive control) คือการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการประกาศใช้ ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลังการประกาศใช้ (repressive control) ซึ่งอาจเรียกได้ว่ามีลักษณะของการเข้าไปตรวจสอบเพื่อแก้ไขความบกพร่องที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหรือในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม¹⁶⁶

¹⁶⁶ Helmut Steinberger, "Models of Constitutional Jurisdiction," [Online] Accessed: 16 February 2022. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(1991\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(1991)001-e), and Arne Marjan MAVČIČ, "Some Comparative Comments to the Introduction of Constitutional Review in the State of Palestine," [Online] Accessed: 16 February 2022. Available from: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU(2008)026-e)

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในระบบป้องกันนั้น โดยทั่วไปแล้วจะเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยเปิดช่องหรือเปิดโอกาสให้ประมุขของรัฐไม่ลงนามเพื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะเมื่อเห็นอย่างชัดแจ้งว่าบทบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว ประมุขของรัฐจะไม่สามารถใช้อำนาจระงับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจ การใช้อำนาจยับยั้งป้องกันนั้นค่อนข้างที่จะถูกใช้อย่างจำกัด โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายไม่ได้เขียนถึงอำนาจยับยั้งของประมุขของรัฐไว้ชัดเจนนัก¹⁶⁷

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบป้องกันมักจะพบในบรรดาประเทศที่ใช้การปกครองในระบบประธานาธิบดี หรือในบรรดาประเทศที่ได้กำหนดให้ประมุขของรัฐมาจากการเลือกตั้ง เนื่องจากย่อมถือเป็นความชอบธรรมกว่าที่จะให้อำนาจในการยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก่ผู้ปกครองที่มาจาก การเลือกตั้ง ทำให้ระบบการควบคุมแบบนี้พบได้ไม่บ่อยนักในประเทศซึ่งใช้แนวคิดสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญในการปกครอง¹⁶⁸

ส่วนการใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในระบบแก้ไขนั้น ถือเป็นกระบวนการที่สำคัญและเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าขั้นตอนของการควบคุมโดยการป้องกัน เนื่องจากกระบวนการตรวจสอบโดยการแก้ไขนี้เป็นกระบวนการเดียวที่สามารถวางหลักประกันได้อย่างชัดแจ้ง ว่ารัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและมีความผิดพลาด คือขัดต่อบทบัญญัติต้องห้ามที่รัฐธรรมนูญนั้นเองห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ จะถูกพิจารณาและประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันจะยังผลให้บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้โดยพลัน¹⁶⁹

¹⁶⁷ ปิยุตกร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, หน้า 169-175.

¹⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 169-175.

¹⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 174.

การควบคุมในระบบนี้มักจะกำหนดให้มืองค์กรกลางขึ้นมาองค์กรหนึ่ง เพื่อที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะหมายถึงองค์กรตุลาการโดยทั่วไป สำหรับประเทศที่กระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้กับศาลทั่วไปเป็นผู้พิจารณาดูแล หรือหมายถึงองค์กรดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่รวมอำนาจในการตีความและตรวจสอบการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลแต่เพียงผู้เดียว¹⁷⁰

การตรวจสอบภายใต้กระบวนการแก้ไขโดยองค์กรตุลาการนี้ถือเป็นกระบวนการตรวจสอบสำคัญที่งานวิจัยฉบับนี้มุ่งจะศึกษา โดยจะขอกล่าวถึงรายละเอียดของกระบวนการดังกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.5.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น แท้จริงแล้วสามารถดำเนินการได้ทั้งในแง่ของการป้องกันและในแง่ของการแก้ไข ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 256 (9) ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

ในการอธิบายถึงกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรตุลาการนั้น ผู้วิจัยจะขอแบ่งความในส่วนนี้ออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยข้อสนับสนุนในการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

¹⁷⁰ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553). หน้า 151-161

ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาล ซึ่งจะมีรายละเอียดดังนี้

2.5.2.1 ข้อเสนอสนุนการมอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้กับองค์กรตุลาการ

Yaniv Roznai ได้อธิบายถึงความชอบธรรมในการมอบอำนาจ
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้โดยสามารถ
กล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้¹⁷¹

การมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีความชอบธรรมภายใต้เหตุผล
หลายประการ ประการแรก การมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตุลาการ
อื่นใดตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในที่นี้ สอดคล้องไปกับข้อความคิด
ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญ
กำหนดให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจโดยเฉพาะเจาะจงในการแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเป็นเรื่องเหมาะสมที่ตัวรัฐธรรมนูญนั่นเองจะกำหนด
ให้มืองค์กรอีกองค์กรหนึ่งซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
เป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจาก
หากกำหนดให้องค์กรตรวจสอบความถูกต้องเป็นองค์กรเดียวหรือมีความเกี่ยวพัน
กับองค์กรผู้แก้ไขรัฐธรรมนูญ ผลแห่งการตรวจสอบย่อมปรากฏว่าการแก้ไข
รัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอแม้จะไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ตาม

นอกจากนี้ ยังเป็นหน้าที่ที่สำคัญขององค์กรศาล ที่จะต้องตีความ
บรรดาบทกฎหมายทั้งหลายว่ามีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามที่
ผู้พิพากษา John Marshall ได้กล่าวไว้ในคดี Marbury v. Madison ซึ่งชุดความคิด
เช่นนี้เองนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่าย่อมเป็นอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญ
ด้วยที่จะต้องตรวจสอบว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
หรือไม่ โดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่หลัก

¹⁷¹ Yaniv Roznai, "Towards a Theory of Unamendability," New York University Public Law
and Legal Theory Working Papers. pp,173-180

ในการตีความรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ข้อเสนอสนับสนุนให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจึงยังมีความหนักแน่นมากยิ่งขึ้น

ข้อเสนอสนับสนุนอีกประการหนึ่งที่สำคัญ ยังเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากเราจะยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นอำนาจที่ดำรงตนอยู่อย่างก้ำกึ่งระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมต้องการการก่อตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อยืนยันถึงหลักการดังกล่าวผ่านการบังคับใช้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สามารถเกิดขึ้นได้จริง เพื่อยืนยันว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายสูงสุด และแม้กระทั่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังสามารถถูกจำกัดได้โดยตัวของรัฐธรรมนูญเอง

ข้อเสนอสนับสนุนในการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้ข้อเสนอของ Yaniv Roznai ประการสุดท้าย นั่นคือหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์และแก้ไขปัญหานั้นเนื่องมาจากการกระทำขององค์กรทางการเมืองต่าง ๆ โดยเฉพาะเมื่อมีการใช้กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำลายหลักการพื้นฐานของการปกครองทั้งหลายตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีหน้าที่และความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสอดมือเข้ามาดำเนินการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้อำนาจดังกล่าวลุ่มล้างหรือทำลายรูปแบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ

2.5.2.2 ประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

ภายใต้ข้อความคิดและการสนับสนุนให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่หลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น บรรดาตัวบทกฎหมายและองค์กรตุลาการต่าง ๆ ทั่วโลกต่างให้

น้ำหนักหรือจัดวางความสัมพันธ์ขององค์การตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันออกไป โดยสามารถแบ่งแยกออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ ดังนี้

2.5.2.2.1 กลุ่มประเทศที่ให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงเนื้อหาและรูปแบบ

บรรดากลุ่มประเทศเหล่านี้ คือกลุ่มประเทศที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับอำนาจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งในลักษณะของการตรวจสอบความถูกต้องในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมและในเชิงรูปแบบรวมถึงขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติม โดยกลุ่มประเทศที่ให้องค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีอำนาจในลักษณะนี้ เช่น ประเทศโรมาเนีย¹⁷² ประเทศมอลโดวา¹⁷³ ประเทศแองโกลา¹⁷⁴

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศมอลโดวาค่อนข้างมีความน่าสนใจตรงที่ไม่เพียงแต่ให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังถือเอาความเห็นชอบของตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปด้วยในตัว

2.5.2.2.2 กลุ่มประเทศที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งแต่ให้องค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งในเชิงเนื้อหาและรูปแบบ

สำหรับบรรดาประเทศเหล่านี้ คือบรรดาประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบัญญัติหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคำหนดอำนาจศาลหรือองค์กรตุลาการในลักษณะที่ให้มียอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย

¹⁷² โปรดดู มาตรา 146 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศโรมาเนีย ค.ศ. 1991

¹⁷³ โปรดดู มาตรา 135 ประกอบมาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐมอลโดวา ค.ศ. 1994

¹⁷⁴ โปรดดู มาตรา 227 ประกอบมาตรา 235-237 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแองโกลา ค.ศ. 2010

รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม องค์การตุลาการอาศัยกระบวนการในการตีความตัวบทกฎหมายของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อขยายขอบอำนาจของตน จนทำให้ปรากฏเป็นที่ยอมรับในเชิงประจักษ์ว่า องค์การตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในแง่ของรูปแบบและกระบวนการแก้ไขรวมไปถึงการตรวจสอบความถูกต้องในเชิงเนื้อหา กลุ่มประเทศที่องค์การตุลาการมีอำนาจในลักษณะที่กว้างขวางเช่นนี้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁷⁵ ประเทศบราซิล¹⁷⁶ ประเทศอินเดีย¹⁷⁷ สาธารณรัฐเซเชล¹⁷⁸ และประเทศเยอรมนี¹⁷⁹ เป็นต้น

ทั้งนี้ การตีความขยายขอบอำนาจของศาลในหลายประเทศที่กล่าวมานี้มีกว้างอยู่บนหลักการที่ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางลักษณะไว้แล้ว องค์การตุลาการที่เกี่ยวข้องเช่นศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครอบคลุมทั้งในเชิงเนื้อหาและในเชิงรูปแบบไปด้วยในตัว¹⁸⁰

2.5.2.2.3 กลุ่มประเทศที่กฎหมายให้อำนาจองค์การตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยจำกัดเฉพาะการตรวจสอบความถูกต้องในเชิงรูปแบบแต่ไม่รวมถึงความถูกต้องในเชิงเนื้อหา

บรรดากลุ่มประเทศเหล่านี้คือบรรดากลุ่มประเทศที่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดอำนาจขององค์การตุลาการไว้อย่าง

¹⁷⁵ ความเป็นไปได้เช่นว่านี้เคยถูกนำเสนอไว้ในบทความเรื่อง How a Court Becomes Supreme: Defending the Constitution from Unconstitutional Amendments เขียนโดย Richard Albert ใน Maryland Law Review, Vol. 77 No. 1 (2017)

¹⁷⁶ Aharon Barak, “Unconstitutional Constitutional Amendment “ Isarael Law Review 44, 3 (2011). p.331

¹⁷⁷ Indian Supreme Court, the case of Minerva Mills Ltd. v. Union of India, ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1980

¹⁷⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเซเชลที่ PL. ÚS 27/09 ลงวันที่ 10 กันยายน 2009

¹⁷⁹ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments. p.203

¹⁸⁰ ibid. p.203

ชัดเจนว่า องค์การตุลาการสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในทางรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น แต่โดยหลักการแล้วไม่สามารถก้าวล่วงไปตรวจสอบความชอบธรรมในเชิงเนื้อหาได้ กลุ่มประเทศเหล่านี้ประกอบไปด้วยประเทศต่างๆ อาทิ ประเทศตุรกี¹⁸¹ ประเทศแอฟริกาใต้¹⁸² ประเทศซิมบับเว¹⁸³ ประเทศออสเตรเลีย¹⁸⁴ ประเทศไอร์แลนด์¹⁸⁵ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี องค์การตุลาการของบางประเทศในกลุ่มนี้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีกลับอาศัยอำนาจในการควบคุมตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เข้าไปควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

2.5.2.2.4 กลุ่มประเทศที่องค์การตุลาการไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

องค์การตุลาการของหลายประเทศ ไม่ว่าจะภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยการใช้ความอำนาจตามรัฐธรรมนูญของตนเอง ยืนยันหลักการว่าศาลไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะในลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาหรือในเชิงรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม อาทิ ประเทศสโลวีเนีย¹⁸⁶ ประเทศจอร์เจีย¹⁸⁷ และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

¹⁸¹ โปรดดู มาตรา 36 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี

¹⁸² โปรดดู มาตรา 79 และ 80 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ.1996

¹⁸³ โปรดดู มาตรา 167 และมาตรา 328 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐซิมบับเว

¹⁸⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียที่ 2455/1952 ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952

¹⁸⁵ Aharon Barak, “Unconstitutional Constitutional Amendment “ Israel Law Review. p.331

¹⁸⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนียที่ U-I-332/94 ลงวันที่ 11 เมษายน 1996

¹⁸⁷ ตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้ใน คดีหมายเลข N2/2/486 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 2010, คดีหมายเลข N1/3/523 ลงวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 2012 และ คดีหมายเลข N1/1/549 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2013

การตีความจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการในกลุ่มประเทศเหล่านี้ มีลักษณะที่ค่อนข้างน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการตีความขององค์กรตุลาการในประเทศฝรั่งเศสที่จำกัดอำนาจของตนเองบนพื้นฐานของการเคารพอำนาจของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และตัดสินว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้รับความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว¹⁸⁸ ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศจอร์เจียนั้นเห็นว่าเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นและแล้วเสร็จลงแล้ว การแก้ไขนั้นย่อมกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ และศาลไม่มีอำนาจที่จะตีความว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลจึงปฏิเสธที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁸⁹

2.5.3 นิติวิธีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

หนังสือของ Yaniv Roznai เรื่อง Unconstitutional Constitutional Amendment ได้อธิบายถึง นิติวิธีของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

2.5.3.1 ขั้นตอนการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁹⁰

ในการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ศาลจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังนี้

¹⁸⁸ Malkhaz Nakashidze Richard albert, and Tarik Olcay “The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments,” HASTINGS LAW JOURNAL 70(2019). pp.664-665

¹⁸⁹ Ibid, p.650

¹⁹⁰ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments. pp.212-218

2.5.3.1.1 กำหนดหลักการและบทมาตราในรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม (Identification of Unamendable Principles or Rule)

ในเบื้องต้น ก่อนที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาว่ารัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดหรือแย้งต่อข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญได้วางไว้หรือไม่ จะต้องพิจารณาและจำแนกหลักการหรือบทมาตราซึ่งวางข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกมาให้ชัดเจนเสียก่อน โดยขั้นตอนนี้เป็นสิ่งที่สามารถดำเนินการได้โดยง่ายโดยเฉพาะเมื่อเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง (Explicit) ไม่ว่าจะเป็ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบหรือในเชิงเนื้อหาก็ตาม

ส่วนที่ยากของการกำหนดหลักการในที่นี้ คือเมื่อจำเป็นที่จะต้องพิจารณาข้อจำกัดที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง (Implicit) ในรัฐธรรมนูญว่ามีประการใดบ้าง เนื่องจากธรรมชาติของข้อจำกัดโดยปริยายนั้นเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนและไม่สามารถแสวงหาได้โดยตัวบทกฎหมาย แต่เป็นสิ่งที่จะมีผลและมีความสำคัญอย่างยิ่งในการวางรากฐานของข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้วเราอาจหาข้อจำกัดโดยปริยายเหล่านี้ได้จากการศึกษาถึงประวัติศาสตร์และที่มาของรัฐธรรมนูญ รวมถึงตีความรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกันไปทั้งฉบับเพื่อค้นหาแก่นสารอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เช่น ความเป็นประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น (สำคัญคือไม่ใช่เรื่องช่องว่างทางกฎหมาย)

2.5.3.1.2 พัฒนาทฤษฎีว่าด้วยข้อจำกัดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Developing a Theory of Unamendable Principles)

การดำเนินการประการที่สองนี้ ถือเป็นหนึ่งในส่วนที่ยากที่สุดของการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากแม้จะสามารถแสวงหาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่จำกัดไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาใช้หรือจะเป็นการนำเอาข้อจำกัดโดยปริยายมาใช้ สิ่งที่ยังคงขาดไปนั้นคือการสร้างบรรดาทฤษฎีที่เหมาะสมขึ้นมาเพื่ออธิบายสนับสนุนการปรับใช้บรรดาข้อจำกัดดังกล่าว

รัฐธรรมนูญนั้นเป็นเสมือนเอกสารทางการเมืองที่พยายามนำเอาหลักทฤษฎี ประชาธิปไตย และความคาคหมายทางการเมืองของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ มาบัญญัติและปรับใช้ให้เป็นลายลักษณ์อักษร เพียงแค่ถ้อยคำว่า “ประชาธิปไตย” ประการเดียวย่อมไม่สามารถตีความหรือหาความหมายที่ชัดเจนแน่นอนได้ เนื่องจากย่อมมีหลักการพื้นฐานบางอย่างที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ การปรับใช้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีทฤษฎีบางประการรองรับ เช่น ทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศเยอรมัน ทฤษฎีว่าด้วยสาธารณรัฐสำหรับประเทศฝรั่งเศส และคำอธิบายเกี่ยวกับจิตวิญญาณแห่งรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในประเทศนอร์เวย์

ศาลที่มีหน้าที่พิจารณาถึงข้อจำกัดแห่งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีภาระหน้าที่ ๆ สำคัญว่าจะนำเอาข้อความคิดและทฤษฎีใดมารองรับการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การเลือกใช้ทฤษฎีสนับสนุนข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงแต่จะช่วยให้การอ้างข้อจำกัดมีความหนักแน่นขึ้นแต่เพียงประการเดียว แต่ยังส่งผลไปถึงการกำหนดคุณค่าของบทบัญญัติบางประการหรือข้อจำกัดบางประการว่าจะต้องถูกบังคับใช้ในลักษณะที่เข้มงวดหรือไม่ อย่างไร และเป็นข้อจำกัดอันเกี่ยวข้องโดยตรงกับรากฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ศาลจำเป็นต้องพิจารณาเลือกใช้บททฤษฎีที่จะมารองรับการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ดี และละเอียดรอบคอบที่สุด เนื่องจากสิ่งนี้เองจะเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดความชอบธรรมของการจำกัดการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้แก่ศาล

2.5.3.1.3 จำแนกการกระทำซึ่งต้องห้ามมิให้กระทำโดยรัฐธรรมนูญ (Identifying the Prohibition)

องค์กรตุลาการจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้เข้าใจอย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ตนมีความสามารถในการพิจารณาจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ในขั้นตอนไหน โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญมักกำหนดให้องค์กรตุลาการสามารถเข้ามาตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะภายหลังจากที่ประกาศใช้ไปแล้ว แต่ในบางกรณียังให้อำนาจเข้ามาตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อีกด้วย

2.5.3.1.4 การตีความการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Interpreting the Constitutional Amendment)

การดำเนินการประการสุดท้าย ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาบรรดาข้อห้าม ทฤษฎีที่รองรับ และตรวจสอบว่าการกระทำในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ในขอบเขตที่ศาลจะสามารถพิจารณาได้หรือไม่แล้ว **ก่อนที่จะจะพิจารณาเพิกถอนรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (Annulling a constitutional amendment) ซึ่งถือเป็นสิ่งสุดท้ายที่ควรกระทำ (Last resort)** ศาลจะต้องพยายามตีความรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องไปกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อหลีกเลี่ยงการประกาศถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ

ทั้งนี้ หากวิธีการในการตีความไม่สามารถหลีกเลี่ยงการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับได้แล้ว จึงจะนำไปสู่ขั้นตอนสุดท้าย นั่นคือการประกาศให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมีอันสิ้นผลไปในที่สุด

2.5.3.2 หลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่ใช้ในการควบคุมตรวจสอบ (Standard of review)¹⁹¹

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น สิ่งหนึ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึงตลอดเวลานั้นคือการละเมิดรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้นจะต้องเป็นการละเมิดในระดับใดจึงจะถือว่าละเมิดต่อบทบัญญัติและบรรดาหลักเกณฑ์พื้นฐานต่าง ๆ จนสิ้นแล้ว จึงสมควรประกาศให้สิ้นผลการบังคับใช้ไป โดยหัวข้อนี้จะเป็นการกล่าวถึงมาตรฐานหรือมาตรวัดการละเมิดดังกล่าวว่ามีประเภทใดบ้าง และประเภทไหนควรเป็นสิ่งที่ศาลเลือกนำมาใช้ในการพิจารณาประเภทของมาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาตามข้อเสนอของ Yaniv Roznai นั้นมีทั้งสิ้นสามประเภท โดยมีมาตรฐานสองประเภทที่เห็นว่าอาจนำมาใช้ได้แต่ก็ไม่ควรนำมาใช้ ได้แก่มาตรฐานผลกระทบขั้นต่ำ

¹⁹¹ ibid. pp.218-224

(Minimal Effect Standard) และมาตรฐานการละเมิดหลักความได้สัดส่วน (Disproportionate Violation Standard)

มาตรฐานผลกระทบขั้นต่ำนั้นเป็นมาตรฐานการพิจารณาที่ตรงไปตรงมา ไม่ยุ่งยากซับซ้อน มุ่งพิจารณาเพียงแค่ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำลงโดยละเมิดบทกฎหมายในรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหากละเมิดแม้แต่เพียงนิดก็จะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสูญเสียความชอบทำไปในทันที โดยมาตรฐานนี้เป็นสิ่งที่ไม่ควรนำมาใช้เนื่องจากจะเป็นตัวกระตุ้นให้เกิดการล้มล้างรัฐธรรมนูญ และปฏิเสธธรรมชาติของรัฐธรรมนูญที่ควรแก้ไขเพิ่มเติมได้ไปเสียจนสิ้น

ส่วนมาตรฐานประการต่อมา คือมาตรฐานการละเมิดหลักความได้สัดส่วนนั้น เป็นมาตรฐานที่เรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยวัดจากสมดุลระหว่างการละเมิดบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญประสงค์ไม่ให้เกิดการแก้ไข ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายกับประโยชน์ที่พึงจะได้รับจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากประโยชน์ที่พึงจะได้นั้นไม่ได้สัดส่วนหรือไม่เหมาะสมกับการละเมิดบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญห้ามมิให้มีการแก้ไข การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมขาดความชอบธรรมในเชิงรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มาตรฐานดังกล่าวก็ยังไม่สมควรที่จะนำมาใช้ เพราะบรรดาข้อห้ามหรือข้อจำกัดทั้งหลายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่เพื่อดำรงรักษาหลักการอันเป็นแก่นสารของรัฐธรรมนูญเอาไว้ ย่อมไม่มีหลักความได้สัดส่วนใดที่จะสามารถวัดหรือกะเกณฑ์ความเหมาะสมในการละเมิดหลักเกณฑ์พื้นฐานทั้งหลายของรัฐได้ ดังนั้น การนำมาตรฐานนี้มาใช้จึงตกไป

สำหรับมาตรฐานประเภทที่สาม อันเป็นมาตรฐานที่ Roznai เห็นว่าควรนำมาใช้เนื่องจากมีความเหมาะสมที่สุดคือ **มาตรฐานการละทิ้งหลักการพื้นฐาน (Fundamental Abandonment Standard)** มาตรฐานนี้ใช้มาตรวัดแต่เพียงว่า ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับบทบัญญัติหรือข้อจำกัดที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะสิ้นผลลงต่อเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นถอนรากหรือเปลี่ยนแปลง

หลักการอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ละทิ้งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสีย

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นควรเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่เพื่อคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ สะท้อนให้คนรุ่นใหม่เห็นว่าสิ่งที่คนรุ่นก่อนพยายามจะรักษาไว้คือสิ่งใด และควรจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถละเมิดได้โดยง่าย แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่สมควรปิดกั้นไม่ให้เกิดพัฒนาการทางการเมืองใด ๆ โดยอาศัยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นข้อกล่าวอ้าง มาตรฐานการละทิ้งหลักการพื้นฐานนี้เป็นสิ่งเดียวที่ทำให้ศาลสามารถดำรงไว้ซึ่งหลักการทั้งสองประการได้อย่างพร้อมเพรียงกัน ด้านหนึ่งคือ การคุ้มครองอัตลักษณ์และตัวตนของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่อีกด้านหนึ่งก็เปิดช่องให้หลักการพื้นฐานบางประการสามารถถูกปรับเปลี่ยนแก้ไขได้บนพื้นฐานที่เหมาะสม

2.6 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการออกเสียงประชามติ

ในระบอบประชาธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมเป็นของประชาชน ดังนั้น กระบวนการที่ให้ประชาชนแสดงเจตจำนงของตนที่มีต่อร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งก็คือ การออกเสียงประชามติ จึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นแพร่หลายในรัฐประชาธิปไตย ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.6.1 ความทั่วไปว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

การออกเสียงประชามติเป็นส่วนหนึ่งของการตั้งให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมกับการใช้อำนาจของรัฐ โดยคำว่า Referendum ซึ่งแปลความเป็นภาษาไทยได้ว่าการออกเสียงประชามตินั้น เป็นคำในภาษาลาตินที่หากจะแปลความหมายให้ตรงตัวย่อมแปลได้ว่า “ต้องอ้างถึง” ในขณะที่หากจะต้องให้ความหมายที่เป็นปัจจุบันและเกี่ยวข้องกับระบบการเมืองแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าความหมายที่ให้ไว้โดยศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่ว่า “การให้สัตยาบัน” ดูจะเป็นการให้ความหมายที่เหมาะสมที่สุด¹⁹²

¹⁹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, ระบบการออกเสียงประชามติ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2539), น. 12-13

การออกเสียงประชามติในปัจจุบันหมายความถึงการให้ประชาชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการเมืองบางประการเพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการเมืองของประชาชนในประการหนึ่ง ในอีกประการหนึ่งเป็นการให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้เป็นเจ้าของและผู้เป็นจุดตั้งต้นแห่งอำนาจรัฐทั้งปวงได้ให้ความเห็นชอบในการกระทำการทางการเมืองบางประการที่มีความสำคัญแล้ว ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้จะเป็นการย้าเตือนผู้แทนทั้งหลายด้วยว่าอำนาจอธิปไตยโดยแท้แล้วเป็นของใคร¹⁹³

การออกเสียงประชามตินั้นสามารถแบ่งออกได้เป็นหลายลักษณะ เช่น การออกเสียงประชามติแบบผูกมัดให้รัฐต้องดำเนินการตามผลของการออกเสียง (Binding Referendum) กับการออกเสียงประชามติแบบที่ไม่ผูกพันให้รัฐต้องดำเนินการตาม (Non-binding Referendum) และการออกเสียงประชามติที่รัฐธรรมนูญบังคับให้ทำ (Mandatory Referendum) กับการออกเสียงประชามติซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจที่จะทำได้ (Optional Referendum) ซึ่งการจะนำเอาการออกเสียงประชามติในรูปแบบใดมาใช้ในรัฐหนึ่ง ๆ ย่อมขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญว่าจะให้ความสำคัญกับประเด็นที่จะต้องนำไปออกเสียงประชามติมากน้อยเพียงใด¹⁹⁴

การออกเสียงประชามตินั้น มีลักษณะของการดำเนินการเช่นเดียวกับการเลือกตั้ง นั่นคือ การให้ประชาชนเข้าไปตัดสินใจว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับประเด็นบางประการที่รัฐบาลเสนอให้มีหรือเสนอให้ดำเนินการ หรืออาจเป็นการให้ความเห็นกับข้อเสนอบางประการของประชาชน เช่น การเสนอกฎหมาย เป็นต้น ดังนั้น การออกแบบกระบวนการออกเสียงประชามติจึงต้องคำนึงถึงหลักการเดียวกันกับการเลือกตั้ง นั่นคือ การออกเสียงนั้นต้องจัดขึ้นในลักษณะที่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดมีสิทธิเท่าเทียมกันในการออกเสียง มีความเสมอภาค ต้องไม่มี

¹⁹³ เรืองเดียวกัน.

¹⁹⁴ Badma.V. Sangadzhieva and Murad C. Velibekov Petr A. Kucherenkoa, "Legal Nature and Functions of Referendum in Constitutional Law Theory," INTERNATIONAL JOURNAL OF ENVIRONMENTAL & SCIENCE EDUCATION 11, 16 (2016). pp. 8,764-8,770

องค์กรใดมาขึ้นนำ ต้องเป็นไปโดยลับและเสรี รวมทั้งต้องเคารพเสียงส่วนใหญ่ และคุ้มครองเสียงข้างน้อย¹⁹⁵

ในขณะที่การนับผลของการออกเสียงประชามตินั้น แม้โดยหลักการแล้ว จะใช้เสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ แต่เสียงข้างมากที่เป็นตัวตัดสินผลเองกลับสามารถ ถูกแบ่งแยกออกได้เป็นหลายประเภท เช่น หากจะนับเฉพาะจำนวนผู้ลงคะแนน อาจแบ่งได้เป็นเสียงข้างมากปกติ (Simple Majority) คือ การนับเสียงข้างมาก ในบรรดาผู้ที่มาลงคะแนนว่ามีผู้ออกเสียงให้ฝ่ายใดมากกว่ากัน กับเสียงข้างมาก เด็ดขาด (Absolute Majority) คือ การนับเสียงข้างมากในบรรดาผู้ที่มาลงคะแนน ว่ามีจำนวนไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดของจำนวนทั้งหมดหรือจำนวนที่มีอยู่ของ ผู้มีสิทธิออกเสียงหรือไม่ (เช่น สองในสามของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น) หรือหากจะพิจารณาเฉพาะการนับเสียงข้างมากที่มีลักษณะพิเศษ (Special Majority) ก็อาจจะแบ่งย่อยได้อีกหลายลักษณะ อาทิ การใช้หลักเสียงข้างมาก สองชั้น (Double Majority) หรือการกำหนดฐานจำนวนประชาชนผู้มาใช้สิทธิ (Quorum) ว่าแม้ฝ่ายที่เห็นด้วยกับประเด็นที่นำมาสู่การออกเสียงประชามติจะได้รับเสียงข้างมาก แต่ก็จำเป็นที่จะต้องมีส่วนออกมาใช้สิทธิเป็นไปตามจำนวนที่กำหนดด้วย เช่น จะต้องมีส่วนมาใช้สิทธิเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง ประชามติจึงจะทำให้การออกเสียงประชามติสมบูรณ์ เป็นต้น¹⁹⁶ ทั้งนี้ การเลือกจะใช้วิธีใดในการตัดสินผลการออกเสียงประชามติถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากยิ่งใช้วิธีที่ยากหรือพิเศษมากยิ่งขึ้นทำให้โอกาสที่จะทำประชามติสำเร็จ คือ ได้รับการสนับสนุนในประเด็นที่เลือก เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือ การเข้าชื่อเสนอกฎหมายสำเร็จได้ยากตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม กลับไม่มีสูตรสำเร็จ

¹⁹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 209-211

¹⁹⁶ ผู้สนใจสามารถศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับการนับเสียงข้างมากในลักษณะต่าง ๆ ได้จากบทความที่น่าสนใจ Special Majorities Rationalized โดย Robert E. Goodin และ Christian List, Three Types of Majority Rule โดย Albert Weale และ The Properties of Simple vs. Absolute Majority Rule: cases where absences and abstentions are important โดย Keith L. Dougherty และ Julian Edward

ว่าในประเด็นต่าง ๆ ที่ถูกนำมาออกเสียงประชามตินั้นควรใช้จำนวนและวิธีในการนับจำนวนเสียงแบบใด เพราะสิ่งเหล่านี้ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของผู้ออกแบบกฎหมายในตอนต้นหรือก็คือผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยแท้

2.6.2 การนำเอาการออกเสียงประชามติมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การนำเอากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาผูกโยงเข้ากับการออกเสียงประชามตินั้น โดยทั่วไปแล้ว เป้าหมายหลักคือการเชื่อมโยงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ากับประชาชน โดยเฉพาะในประเทศที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือในประเทศที่ประชาชนไม่ได้เป็นผู้เลือกบุคคลคณะพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่อย่างน้อยที่สุดต้องใช้กระบวนการออกเสียงประชามติเป็นตัวเชื่อมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ากับประชาชน เพื่อสร้างจุดเชื่อมระหว่างกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเข้ากับตัวตนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐประชาธิปไตย¹⁹⁷

ด้วยข้อความคิดในลักษณะนี้ เราย่อมสามารถกล่าวได้ไม่ยากว่าการออกเสียงประชามติในระดับหนึ่งนั้น จำเป็นที่จะต้องถูกนำมาวางไว้ในฐานะส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้จะไม่ใช่เงื่อนไขเด็ดขาดแต่หากมียอมเป็นสิ่งที่ดี โดย Office of the High Commissioner for Human Rights (OCHR) ได้จัดทำแนวทางในการนำเอากระบวนการออกเสียงประชามติมาใช้ในการยกร่างหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยสามารถสรุปความได้ว่าในการนำเอากระบวนการออกเสียงประชามติมาใช้คู่กันไปกับการยกร่างหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น กระบวนการดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ภายใต้ขั้นตอนในการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติที่หลากหลาย คือ ริเริ่มตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ริเริ่มตามความเห็นของรัฐบาล หรือริเริ่มเพราะประชาชน

¹⁹⁷ Markus Böckenförde, Constitutional Amendment Procedures: International Idea Constitution-Building Primer 10 (Sweden: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017). pp.7-8

ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องร้องขอ แต่ปัจจัยที่เหมือนกันในทุกกรณีคือกระบวนการออกเสียงประชามตินั้นต้องเป็นไปโดยลับและโปร่งใส ประชาชนต้องมีสิทธิออกเสียงประชามติโดยเท่าเทียมกัน ประชาชนต้องมีสิทธิพูด แสดงความคิดเห็น หรือแม้แต่โฆษณาความเห็นของตนเกี่ยวกับประเด็นที่จะมีการออกเสียงประชามติให้ผู้อื่นรับทราบ รวมทั้งเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลที่ถูกต้อง เป็นกลาง และครบถ้วน เกี่ยวกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จะถูกนำมาออกเสียงประชามติด้วย¹⁹⁸

สำหรับจำนวนเสียงของประชาชนที่ต้องใช้เพื่อรับรองผลของการออกเสียงประชามติ และประเภทของการออกเสียงที่ใช้ในนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ ซึ่งภายใต้การสำรวจของผู้วิจัยในขณะนี้ ผู้วิจัยยังไม่พบกฎเกณฑ์ตายตัวว่าควรกำหนดจำนวนเสียงของประชาชนที่ต้องใช้ในการรับรองผลประชามติของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะเหมาะสม โดยเฉพาะหากพิจารณาตามการสำรวจของ International IDEA จะพบว่าบรรดาประเทศต่าง ๆ กำหนดจำนวนรวมทั้งวิธีการที่ใช้ในการยืนยันผลของการลงประชามติที่แตกต่างกัน เช่น สาธารณรัฐบอตสวานา (Botswana) กำหนดให้ใช้เสียงข้างมากปกติในการรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ กานา (Ghana) หรือ ลัตเวีย (Latvia) นอกจากจะกำหนดให้ใช้จำนวนเสียงเพื่อรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ค่อนข้างสูงในลักษณะของเสียงข้างมากเด็ดขาดแล้ว ยังกำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้ออกมาใช้สิทธิ (Quorum) เพื่อลงประชามติรับหรือไม่รับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้ด้วย¹⁹⁹

¹⁹⁸ OCHR, “Guidelines for Constitutional Referendums at National Level Adopted by the Venice Commission at Its 47 Th Plenary Meeting (Venice , 6-7 July 2001),” [Online] Accessed: 22 July 2020. Available from: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/RuleOfLaw/CompilationDemocracy/Pages/CoEGuidelines1.aspx>

¹⁹⁹ Elliot Bulmer, Direct Democracy International Idea Constitution-Building Primer 3 (Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2017). pp.25-27

ภายใต้ความไม่แน่นอนของการกำหนดจำนวนรายชื่อที่จะต้องใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับการนำเอากระบวนการออกเสียงประชามติมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเสนอโดย International IDEA นั้น มีอยู่เพียงแค่ว่าไม่กึ่งประการ กล่าวคือ การนำเอากระบวนการเข้าชื่อรับรองที่มีลักษณะพิเศษ เช่น การใช้เสียงข้างมากสองระดับ (Double Majority) มาใช้สามารถทำได้ ในกรณีที่รัฐต้องการสร้างความเชื่อมั่นว่ารัฐธรรมนูญได้รับการรับรองจากทุกฝ่ายในสังคมอย่างแท้จริง ในขณะที่หากจะใช้เพียงการใช้เสียงข้างมากปกติในการรับรองหรือใช้เสียงข้างมากเด็ดขาดก็ย่อมเป็นไปได้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของสภาพสังคมในแต่ละรัฐ แต่ต้องพึงระลึกไว้ว่าหากกำหนดให้ใช้เสียงข้างมากเด็ดขาดในจำนวนที่มากจนเกินไป อาจส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถทำได้²⁰⁰

ทั้งนี้ นอกจากเรื่องของจำนวนรายชื่อที่ต้องใช้ในการออกเสียงประชามติเพื่อรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะที่ไม่แน่นอนแล้ว กระบวนการออกเสียงประชามติเองก็ไม่จำเป็นที่จะต้องถูกนำมาผูกโยงเข้ากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสมอไป หลายประเทศกำหนดให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภาโดยแท้ซึ่งเพียงพอแล้วที่จะหาจุดเชื่อมโยงระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ากับประชาชนผ่านทางผู้แทน โดยตัวอย่างที่ชัดเจนและใกล้ตัวที่สุดในกรณีนี้คือประเทศไทย ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และ 2550 นั้นไม่ได้เชื่อมโยงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ากับการออกเสียงประชามติแต่ประการใด กล่าวอีกนัยหนึ่ง สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และ 2550 นั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของรัฐสภาโดยแท้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 กลับกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพียงแต่เป็นกรณีเฉพาะที่ความตามหมวดที่กำหนดถูกแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น ทั้งยังไม่ได้กำหนดจำนวนเสียงที่ต้องใช้เพื่อรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นพิเศษด้วย

²⁰⁰ Markus Böckenförde, Constitutional Amendment Procedures: International Idea Constitution-Building Primer 10. p.9

กล่าวโดยสรุป การนำเอากระบวนการออกเสียงประชามติมาเชื่อมโยงเข้ากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นการผูกโยงการแก้ไขรัฐธรรมนูญเข้ากับประชาชน แต่ก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นกระบวนการบังคับว่าจำเป็นต้องทำในทุกกรณี รวมทั้งจำนวนเสียงที่ไต่ยังผันแปรไปตามแต่ละประเทศว่าจะกำหนดให้ใช้จำนวนเสียงเพื่อรับรองการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะใด เช่น การใช้เสียงข้างมากปกติ การใช้เสียงข้างมากเด็ดขาด หรือการใช้เสียงข้างมากแบบพิเศษต่าง ๆ เป็นต้น

ภาคสอง
กฎหมายของต่างประเทศ

บทที่ 3

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.1 ข้อมูลพื้นฐาน

3.1.1 รัฐธรรมนูญเยอรมนี

รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Basic Law for the Federal Republic of Germany – Grundgesetz)¹ ประกาศใช้ ณ วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949² เดิมทีมีเป้าประสงค์ให้ใช้บังคับเป็นการชั่วคราว³ เพื่อจัดตั้งระบบการเมืองการปกครองในเยอรมนีตะวันตกซึ่งเป็นดินแดนในเขตปกครองของสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส รวม 10 มลรัฐ⁴ ภายหลังจากการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สองของนาซีเยอรมนี จนกว่าจะมีการผนวกดินแดน (Reunification) ฝั่งตะวันออกภายใต้ความปกครองของสหภาพโซเวียตเข้าเป็นประเทศเดียวกัน⁵ อย่างไรก็ตาม ด้วยความที่ตราสารฉบับนี้ดำรงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่สามารถใช้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพจนเป็นที่ยอมรับนับถือกันมาก แม้ภายหลังที่มีการรวมมลรัฐ

¹ Parliamentary Council (ซึ่งใช้แทนคำว่า Constitutional Convention หรือ Constituent Assembly) ผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเลือกใช้คำว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) แทนคำว่า “รัฐธรรมนูญ” (Verfassung–Constitution); Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Duke University Press, 3rd edition, 2012) p. 42.

² ประกาศใน Federal Law Gazette โดยมีผล ณ เวลาสิ้นสุดของวันที่ประกาศใช้; Basic Law, Art. 145.

³ Basic Law, Preamble ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี 1990; Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*; Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany”, in Xenophon Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, (New York: Routledge, 2012) pp.128.

⁴ ต่อมา 1 มกราคม 1957 มลรัฐซาลันด์ (Saarland) ซึ่งเคยอยู่ภายใต้การปกครองของฝรั่งเศสนับแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ได้เข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยกระบวนการตาม มาตรา 23 ของกฎหมายพื้นฐาน; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, (University of Chicago Press, 1994) น. 87. ปัจจุบัน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมี 16 มลรัฐ (Länder).

⁵ Rainer Grote, “The Federal Republic of Germany: Introductory Note,” in Max Planck Institute (ed.), *Oxford Constitution of the World*, (<http://oxcon.ouplaw.com>) at 22 February 2020.

ทางตะวันออก 5 มลรัฐเข้าเป็นประเทศเยอรมนีในวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1990 แล้ว ก็มิได้ถูกยกเลิก⁶ หากแต่กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้คงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ได้ขีดขาดและขอบธรรมของชาวเยอรมนีทั้งหมดตลอดไป⁷

Rainer Grote อธิบายว่า หลักคิดสำคัญ 3 ประการในการจัดทำร่าง Basic Law⁸ ประกอบด้วย **ประการแรก** การปฏิเสศอุดมการณ์เผด็จการเบ็ดเสร็จ และป่าเถื่อนของระบอบนาซี จึงได้มีการบัญญัติรับรองและกำหนดกลไกคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยให้มีผลโดยตรงผูกพันองค์กรของรัฐทั้งปวง **ประการที่สอง** การแก้ไขข้อบกพร่องของระบบการเมืองในสาธารณรัฐไวมาร์ (the Weimar Republic) โดยลดอำนาจของประธานาธิบดี ยกเลิกกลไกประชาธิปไตยทางตรง เช่น ประชามติ (Plebiscite) และให้ความสำคัญและอำนาจอยู่ที่รัฐสภาและรัฐบาลแห่งสหพันธ์ นำโดยนายกรัฐมนตรี (Chancellor) เพื่อให้ระบบรัฐบาลแบบรัฐสภาทำงานได้อย่างเหมาะสม และ**ประการที่สาม** การฟื้นฟูธรรมเนียมเสรีนิยมซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญเยอรมนีสองฉบับก่อนหน้านั้น คือ รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1849 และรัฐธรรมนูญไวมาร์ ค.ศ. 1919 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ นอกจากนี้ ยังมีธรรมเนียมการปกครองแบบรัฐรวมหรือสหพันธ์รัฐซึ่งมีรากฐานที่มาทางประวัติศาสตร์อันยาวนานนับแต่ยุคโรมัน

Basic Law นี้มิได้ผ่านการลงประชามติโดยประชาชนเยอรมนี หากแต่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาของ 10 มลรัฐ⁹

⁶ โปรดเทียบ Basic Law, Art. 146.

⁷ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*; Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study* (Oxford: Hart, 2013), 155. อันที่จริงแล้ว กฎหมายพื้นฐานมาตรา 146 ประสงค์ให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อชาวเยอรมันหลังจากการรวมชาติ อย่างไรก็ตามด้วยความที่กฎหมายพื้นฐานนี้เป็นที่ยอมรับนับถือและเป็นหลักประกันความมั่นคงในสิทธิเสรีภาพและความเป็นประชาธิปไตยอยู่แล้ว จึงมิได้ถูกยกเลิกและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนที่ นอกจากนี้ เหตุผลสำคัญคือ เรื่องเสถียรภาพในระหว่างและภายหลังการรวมประเทศ

⁸ Rainer Grote, “The Federal Republic of Germany: Introductory Note,” *Oxford Constitution of the World*, Part 3.

⁹ รัฐสภามลรัฐบาวาเรีย (Bavaria Lander) ลงมติไม่รับร่างกฎหมายพื้นฐานนี้; Jens Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, p.143.

Basic Law แบ่งออกเป็น 14 หมวด¹⁰ หมวดแรกว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน หมวดสอง ความสัมพันธ์ระหว่างสหพันธ์ (the Federation) และมลรัฐ (Lander) หมวดสาม สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) หมวดสี่ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) หมวดสี่เอ คณะกรรมาธิการร่วมของสองสภา หมวดห้า ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ หมวดหก รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หมวดเจ็ด กฎหมายของสหพันธ์และกระบวนการนิติบัญญัติ หมวดแปด การบังคับการตามกฎหมาย สหพันธ์และภารกิจของสหพันธ์ หมวดแปดเอ ภารกิจร่วมกันของสหพันธ์และมลรัฐ หมวดเก้า องค์กรตุลาการ หมวดสิบ การเงิน หมวดสิบเอ ภาวะสงคราม (State of Defense) และหมวดสิบเอ็ด บทเฉพาะกาล

เมื่อกำแพงเบอร์ลินถูกพังลงในวันที่ 9 พฤศจิกายน 1989 เยอรมนีตะวันออก (the German Democratic Republic – GDR) ซึ่งเป็นรัฐเดี่ยวปกครองภายใต้พรรคคอมมิวนิสต์ล่มสลาย นำไปสู่การรวมชาติเยอรมันเข้าเป็นหนึ่งเดียวกัน ภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยสถานะสุดท้ายของเยอรมัน (The Treaty on the Final Status of Germany) 12 September 1990¹¹

กฎหมายพื้นฐานนี้มุ่งสร้างความมั่นคงทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ ไม่ต้องการให้กฎหมายพื้นฐานนี้กลายเป็นเพียงเอกสารทางการเมืองที่ไม่ได้มีสภาพบังคับทางกฎหมายจริง ดังเช่นกรณีที่ Hitler ได้เข้าสู่อำนาจโดยใช้กระบวนการทางกฎหมาย มิได้ตั้งก่อการรัฐประหารแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้กฎหมายพื้นฐานนี้ จึงมุ่งป้องกัน “การปฏิวัติภายใต้หน้ากากความชอบด้วยกฎหมาย” (revolutions under the mask of legality) ให้กฎหมายพื้นฐานนี้เป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันองค์การทุกส่วน มีผลใช้บังคับโดยตรงเป็นกฎหมาย ภายใต้กรอบแนวคิด “ประชาธิปไตยที่มีกลไกป้องกันตนเอง”¹² (Militant or self-defending democracy – wehrhafte Demokratie) โดยมีเงื่อนไขพิเศษ

¹⁰ ตามที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดโดยรัฐบัญญัติแก้ไขกฎหมายพื้นฐาน (Act amending the Basic Law) 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 2019 [แก้ไขมาตรา 72, 105 และ 125b].

¹¹ Jens Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, น. 144.

¹² คำนี้ผู้เขียนยืมมาจาก ผศ.ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และกำหนดบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐาน ซึ่งไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และมอบหน้าที่สำคัญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (The Federal Constitutional Court – BverfG) นอกจากนั้น ยังให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอีกด้วย¹³

3.1.2 โครงสร้างทางการเมืองของเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐรวม ประกอบด้วย 16 มลรัฐ (Länder – State)¹⁴ โดยมีสหพันธ์ (Bund – Federal) เป็นรัฐที่มีอำนาจเหนือ มลรัฐ (Oberstaat)¹⁵ การปกครองของสหพันธ์มีระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา (Parliamentary System)¹⁶ บทบาทหน้าที่สำคัญในทางบริหารจึงตกเป็นของ หัวหน้าฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรี (Bundeskanzler - Federal Chancellor) ส่วนประธานาธิบดี (Bundespräsident - Federal President) ซึ่งเป็นประมุขแห่งสหพันธ์รัฐมีบทบาทหน้าที่หลักหนักไปในทางพิธีการเท่านั้น¹⁷ รัฐบาลของสหพันธ์ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีซึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ทำหน้าที่กำหนดนโยบายทางการเมืองและเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมือง¹⁸ และรัฐมนตรีของสหพันธ์ (Bundesminister - Federal Minister) ซึ่งแต่งตั้ง

¹³ Jens Woelk, “Germany” in Dawn Oliver and Carlo Fusaro, “How Constitutions Change: A Comparative Study, p. 144.

¹⁴ จำแนกย่อยได้เป็น 3 นครรัฐ (Stadtstaaten – City-states) และ 13 มลรัฐ (Flächenländer – Area states)

¹⁵ GG, §24 และ §79 [Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Articles 24 and 79 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany] ซึ่งหากแปลตามรูปศัพท์จะให้ความหมายว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic Law) แต่ในงานวิจัยชิ้นนี้จะเรียก Basic Law ว่า “รัฐธรรมนูญ” เป็นหลัก โปรดดู บุญศรี มีวงศ์ไชยะ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 174-184.

¹⁶ GG, §63, §67, §68, และ §39, น. 112.

¹⁷ GG, §54 และ §59; ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของที่ประชุมแห่งสหพันธ์ (Bundesversammlung – Federal Convention) ซึ่งประกอบด้วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ (Bundestag) และสมาชิกอื่น ในจำนวนที่เท่ากันซึ่งเลือกตั้งโดยรัฐสภาของมลรัฐ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี และอาจดำรงตำแหน่งใหม่ได้อีก 1 วาระ; โปรดดู บุญศรี มีวงศ์ไชยะ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, น. 72-76.

¹⁸ GG, §62, §63, และ §65.

และถอดถอนโดยประธานาธิบดีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี มีอิสระในการบริหารงานภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนและภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง¹⁹

ฝ่ายนิติบัญญัติระดับสหพันธ์ ประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag – Federal Parliament) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat – Council of States) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สะท้อนผู้แทนราษฎรตามจำนวนประชากร ส่วนสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์สะท้อนผลประโยชน์ของมลรัฐแต่ละมลรัฐ

สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ ปัจจุบันมีสมาชิก 709 คน²⁰ มีอายุสภา 4 ปี และมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน²¹ ในระบบผสมแบบสัดส่วน (Mixed Members Proportional – MMP) กล่าวคือ สมาชิกครึ่งหนึ่งจำนวน 328 คน มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง – เขตเดียวคนเดียว โดยผู้สมัครที่ได้รับคะแนนสูงสุดจะเป็นผู้ชนะการเลือกตั้ง (First Past the Post – FPTP)²² และที่เหลืออีกครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบสัดส่วน (Proportional Representation) ในการเลือกตั้ง ผู้มีสิทธิเลือกตั้งคนหนึ่งจะมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง 2 เสียง เสียงแรกเลือกผู้สมัครในเขตเลือกตั้งของตน และเสียงที่สองเลือกบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองซึ่งจะเป็นบัญชีรายชื่อผู้สมัครระดับมลรัฐ โดยออกเสียงในบัตรเลือกตั้งใบเดียวกัน

สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ ปัจจุบัน มีสมาชิกจำนวน 69 คน²³ มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลมลรัฐ ๆ ละอย่างน้อย 3 คน แต่สูงสุดไม่เกิน 6 คน ทั้งนี้

¹⁹ GG, §64 และ §65; โปรดตุ กมลชย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน พื้นฐานความรู้ทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), น. 4.

²⁰ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, “The Parliament of the Federal Republic of Germany,” สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563, <https://www.bundestag.de/en/teasertext-startteaserbildtext-692028>

²¹ GG, §§ 38-39.

²² BWG, §5.

²³ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมนี, http://www.bundesrat.de/cln_152/nn_11006/EN/organisation-en/stimmenverteilung-en/stimmenverteilung-en-node.html?__nnn=true

ตามเกณฑ์จำนวนประชากรที่อาศัยอยู่ในเขตมลรัฐนั้น ๆ โดยปกติ ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาที่ปรึกษานี้จะเป็นประธานรัฐมนตรี (*Ministerpräsident – Minister-President*) ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับผู้ว่าการรัฐในสหรัฐอเมริกา หรือรัฐมนตรีอื่นของรัฐบาลมลรัฐเท่านั้น หรือในกรณีนครรัฐ ทั้ง 3 แห่งอันได้แก่ Berlin Bremen และ Hamburg นายกเทศมนตรี (*Bürgermeister – Mayor*) และเทศมนตรีอื่นจะได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาที่ปรึกษา²⁴ สมาชิกภาพของสภาที่ปรึกษานี้จะสิ้นสุดลงเมื่อสมาชิกผู้นั้นพ้นจากการร่วมรัฐบาลของมลรัฐ หรือถูกรัฐบาลมลรัฐถอดถอนออกจากตำแหน่ง²⁵

3.1.3 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ²⁶

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แบ่งเป็น 2 องค์คณะ ๆ ละ 8 คน รวม 16 คน²⁷ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ (*enumerated jurisdiction*) ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ²⁸ อำนาจหน้าที่ที่สำคัญ อาทิ การวินิจฉัย²⁹

- (1) รั้งบัญญัติของสหพันธ์และของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่
- (2) ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ
- (3) ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสหพันธ์และของมลรัฐ

²⁴ http://www.bundesrat.de/cln_152/nn_11006/EN/organisation-en/mitglieder-en/mitglieder-en-node.html?__nnn=true

²⁵ GG, §51; ผู้สนใจเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษา โปรดดู บุณศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, น. 177-178.

²⁶ โปรดดู 1. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (วิญญูชน, 2546), น. 21-72.

2. บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (วิญญูชน, 2544), น. 72-89.

3. นันทวัฒน์ บรมานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, (ปี เพรส, 2548) น. 61-133.

²⁷ BVerfGG, s.2, s14 (Act on the Federal Constitutional Court – Bundesverfassungsgesetz) สององค์คณะนี้แยกจากกันโดยเด็ดขาด.

²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, น. 24.

²⁹ BVerfGG, s.13; อำนาจหน้าที่อื่น ๆ โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, น. 25-27.

(4) คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ปัจเจกชนยื่นคำร้องว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนถูกระทบจากการใช้อำนาจมหาชน

(5) ส่งยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ส่วนวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ โดยตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐาน 4 ประการ อันได้แก่ หลักการค้นหาความจริงโดยการไต่สวน หลักการมีอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีและหลักการดำเนินการพิจารณาตามหน้าที่ หลักการดำเนินการพิจารณาโดยเปิดเผย และหลักการดำเนินการพิจารณาโดยวาจา³⁰

3.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในทางกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 79 โดยมีเงื่อนไขและขั้นตอนการพิจารณา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องระบุงการแก้ไขดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

มาตรา 79 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ระบุชัดเจนว่า แก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้ เท่านั้น³¹ ไม่อาจมีรัฐธรรมนูญฉบับอุปกรณ์หรือฉบับรอง (accessory/secondary Constitutions) ได้³² ดังนั้น ความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ของบทบัญญัติ

³⁰ เรื่องเดียวกัน, น. 33-36.

³¹ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, pp.126-127, 130.

³² หลักการนี้ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับก่อน ๆ; Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, p. 146; Weimar Constitution 1919, Art. 76; ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ สองในสามเป็นองค์ประชุม และได้คะแนนเสียงสองในสามของ

รัฐธรรมนูญจะต้องปรากฏในกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ จะแยกออกเป็นอีกฉบับมิได้³³ หลักการนี้ประกันว่า รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารฉบับเดียวเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน สมบูรณ์ และเข้าถึงได้สำหรับประชาชน เพื่อให้โปร่งใส ประชาชนรับรู้โดยง่าย และสอดคล้องกับหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Legal Certainty)³⁴

เหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติยืนยันหลักการดังกล่าวไว้ เพื่อป้องกันการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยไม่แจ้งชัด (quiet constitutional change)³⁵ (Verfassungsdurchbrechung - ตามรูปศัพท์คือ “piercing the Constitution”) ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญไวมา³⁶ กล่าวคือ มีการผ่านกฎหมายโดยสภาด้วยคะแนนเสียงขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³⁷ และเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวแตกต่างจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยที่มิได้มีเนื้อความส่วนใดระบุให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตราที่เกี่ยวข้อง³⁸ ที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไวมานั้นมีเงื่อนไขเพียงว่า ต้องกระทำโดยกฎหมายซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร

ผู้ที่มาประชุม แต่ไม่ได้มีเงื่อนไขว่า ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในอดีตการแก้ไขรัฐธรรมนูญอาจแฝงอยู่ในรัฐบัญญัติอื่นที่ได้คะแนนเสียงสองในสาม

³³ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, (Oxford University Press, 2019) น. 12.

³⁴ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 130.

³⁵ Werner Heun, The Constitution of Germany: A Contextual Analysis (Hart, 2011) น. 21.

³⁶ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA, น. 127.

³⁷ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไวมานั้น ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Reichstag) ด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกที่มาประชุม โดยมีองค์ประชุมไม่น้อยกว่าสองในสามด้วย นอกจากนี้ ต้องได้รับความเห็นชอบสองในสามของจำนวนคะแนนที่โหวตในที่ประชุมสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์; Carl Schmitt, Constitutional Theory, แปลโดย Jeffrey Seitzer, (Duke University Press, 2008) น.149.

³⁸ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, Vol.14, No.2, 411, น. 416.

แห่งสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Reichsrat)³⁹ บทบัญญัติโดยบทบัญญัติ
หนึ่งในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น จึงเคยเกิดเหตุการณ์ผ่านร่างรัฐบัญญัติโดยมี
องค์ประชุมและคะแนนเสียงครบ ส่งผลให้รัฐบัญญัตินั้นมีสถานะเท่ากับรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติม

ตัวอย่างของรัฐบัญญัติที่มีลักษณะนี้ คือ รัฐบัญญัติมอบอำนาจ (Enabling
Act - Ermächtigungsgesetz) ซึ่งมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารโดย
ไม่มีเงื่อนไขใด ๆ (blank cheque) ร่างรัฐบัญญัตินี้ผ่านรัฐสภาด้วยคะแนนเสียง
กว่า 4 ใน 5 ของสมาชิกสภา (444 เสียงเห็นชอบ และ 94 เสียงไม่เห็นชอบ)
มาตรา 1 ของกฎหมายฉบับนี้ ระบุว่า “นอกเหนือจากกระบวนการที่บัญญัติไว้ใน
รัฐธรรมนูญ กฎหมายอาจจะออกโดยฝ่ายบริหารของประเทศก็ได้ (the Reich
government)” ส่วนมาตรา 2 บัญญัติว่า “กฎหมายที่ตราขึ้นนี้อาจจะแตกต่างจาก
รัฐธรรมนูญได้”⁴⁰ รัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงมีผลเสมือนหนึ่งเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ
ไว้มารโดยมิได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเลย⁴¹

หลักการนี้ยังมีผลเป็นการห้ามอ้างอิงถึงบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งอาจจะมีการ
แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ และการให้สัตยาบัน
และการอนุมัติการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม

³⁹ Weimar Constitution 1919, Art. 76:

“The Constitution can be amended via legislation. However, a decision of the Reichstag regarding the amendment of the Constitution only takes effect when two-thirds of those present consent. Decisions of the Reichsrat regarding amendment of the Constitution also require a two-thirds majority of the votes cast. If a constitutional amendment is concluded by initiative in response to a referendum, then the consent of the majority of enfranchised voters is required.

If the Reichstag passes a constitutional change against the objection of the Reichsrat, the President is not permitted to promulgate this statute if the Reichsrat demands a referendum within two weeks.” โปรดดู Carl Schmitt, Constitutional Theory, น. 421.

⁴⁰ H. W. Koch, A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries, (London: Longman, 1984) น. 309

⁴¹ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 127, 129; Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study 146; pp. 309-312

รัฐธรรมนูญเสียก่อน เหล่านี้ จำเป็นต้องแสดงให้เห็นปรากฏชัดโดยการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ⁴²

บางกรณีก็มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้สอดคล้องกับ กฎหมายสหภาพยุโรปเพราะถ้อยคำในรัฐธรรมนูญมีความเฉพาะเจาะจงไม่อาจ อาศัยการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงความหมายได้ เช่น การขยายสิทธิ เลือกตั้งในการเลือกตั้งท้องถิ่นให้แก่พลเมืองของสหภาพยุโรปที่อาศัยอยู่ในเขต องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญา มาสทริชต์ (Maastricht treaty)⁴³

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มิได้ห้ามการตรากฎหมายซึ่งมีเนื้อหาเป็น กฎหมายรัฐธรรมนูญโดยสภาพ เช่น กฎหมายเลือกตั้งหรือกฎหมายว่าด้วยความ เป็นพลเมือง⁴⁴ หรือการเปลี่ยนแปลงแนวการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ⁴⁵

อนึ่ง ข้อห้ามส่วนหลังนี้มีข้อยกเว้นตามมาตรา 23 และ 24 ของรัฐธรรมนูญ และมาตรา 59⁴⁶ ซึ่งยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่⁴⁷

3.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่า สามของสมาชิกของแต่ละสภา

มาตรา 79 (2) กำหนดว่า กฎหมายใด ๆ ที่จะมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และสองในสามของจำนวน คะแนนเสียงในสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์⁴⁸ โดยไม่จำเป็นต้องกระทำเป็นสองวาระ

⁴² Ibid., p. 146

⁴³ Ibid., p. 146

⁴⁴ Ibid., p. 145

⁴⁵ Ibid., p. 146

⁴⁶ Ibid., p. 146 และดู FN11.

⁴⁷ Markus Kotzur, "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany," Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA, น. 130

⁴⁸ ถือเป็นธรรมเนียมที่ถือปฏิบัติมายาวนานในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญเยอรมนี เทียบ Art. 78 of the Constitution of 1871 และ Art.76 (1) of the Weimar Constitution (1919); Markus Kotzur, "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany," Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA, น. 127.

หรือต้องมีการโหวตสองรอบ⁴⁹ หรือต้องผ่านการออกเสียงประชามติโดยประชาชน⁵⁰

เงื่อนไขข้อนี้เป็นมาตรการป้องกันเชิงกระบวนการตามครรลองประชาธิปไตยในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵¹ เนื่องจากเป็นไปได้ยากที่พรรคการเมืองใดแต่เพียงพรรคเดียวจะสามารถครองเสียงข้างมากถึง 2 ใน 3 ทั้งในการเมืองระดับสหพันธ์และการเมืองระดับมลรัฐ⁵²

ภายใต้บริบทระบบพรรคการเมืองเยอรมนีที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำเป็นอาศัยความเห็นพ้องต้องกันของสองพรรคการเมืองหลัก ได้แก่ พรรคคริสเตียนเดโมแครต (CDU-CSU parties) และพรรคสังคมนิยมประชาธิปไตย (Social Democrats party)⁵³

3.2.3 ขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการนิติบัญญัติที่มีรูปแบบพิเศษ ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 79 อย่างไรก็ดี ในเชิงรูปแบบถือว่าเป็นกฎหมายที่รัฐสภาแห่งสหพันธ์ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขพิเศษ นอกเหนือจากจำนวนคะแนนเสียงขั้นต่ำต้องถึงสองในสามตามที่อธิบายในหัวข้อ 2.2 ข้างต้นแล้ว กระบวนการ

⁴⁹ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, p. 147.

⁵⁰ ในร่างที่จัดทำที่คณะผู้จัดเตรียมยกร่างกฎหมายพื้นฐาน (Herrenchiemse Convention) มีบทบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการออกเสียงประชามติ แต่คณะผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ (Parliamentary Council) ตัดออก; David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, น. 171; และ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA*, น. 127; เทียบกรณีการทำประชามติเกี่ยวกับการแบ่งเขตมลรัฐตาม Basic Law Art.29 ซึ่งต้องมีการทำประชามติของประชาชนในรัฐมลรัฐนั้น ๆ.

⁵¹ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada, and the USA*, น. 127.

⁵² *Ibid.*, p. 130

⁵³ Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, p. 21

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ก็เป็นเช่นเดียวกับกระบวนการนิติบัญญัติปกติ⁵⁴ ดังนี้

3.2.3.1 ขั้นตอนการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ได้โดย⁵⁵ (ก) รัฐบาลแห่งสหพันธ์โดยมติคณะมนตรี (ข) สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์โดยมติที่ประชุมสภาที่ปรึกษาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนคะแนนเสียงในสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์โดยร่างต้องมาจากการเสนอญัตติโดยมลรัฐหนึ่งมลรัฐใด⁵⁶ หรือ (ค) การเสนอในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ โดยต้องมีกลุ่มการเมืองในสภา (parliamentary group) อย่างน้อยกลุ่มหนึ่งหรือมี ส.ส. จำนวนร้อยละ 5 ซึ่งปัจจุบันคือ 36 คน สนับสนุนการเสนอร่างดังกล่าวต่อที่ประชุม⁵⁷

3.2.3.2 กรอบเวลาการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ต้องเสนอต่อสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นลำดับแรก โดยมีระยะเวลาการพิจารณาและวิจารณ์ 9 สัปดาห์ในกรณีนี้ รัฐบาลไม่อาจประกาศความจำเป็นเร่งด่วนของร่างกฎหมายดังเช่นร่างกฎหมายฉบับอื่นเพื่อที่จะทำให้สามารถเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เมื่อพ้นกำหนด 3 สัปดาห์นับแต่วันที่เสนอร่างต่อสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ได้⁵⁸

⁵⁴ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, p. 145; Dieter Grimm, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, *German Law Journal*, Vol.11 No.1 (2010) 40.

⁵⁵ **Article 76 (1)**; ร่างกฎหมายที่สำเร็จจนประกาศใช้เป็นกฎหมายนั้นมักจะเสนอโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, น. 107.

⁵⁶ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, *Legislative Procedure*, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563, https://www.bundesrat.de/EN/funktionen-en/gesetzgebung-en/verfahren-en/verfahren-en-node.html;jsessionid=C83433C2235D8EE49140CD5C43065B46.1_cid339#doc5157322bodyText1

⁵⁷ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, *Passage of Legislation*, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563

⁵⁸ **Article 76 (2)**; แต่ถ้าเป็นร่างกฎหมายงบประมาณ รัฐบาลจะเสนอต่อสภาที่ปรึกษาและสภาผู้แทนราษฎรพร้อม ๆ กัน; โปรตุเกส สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, *Passage of Legislation*

ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยมติของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ ให้รัฐบาลแห่งสหพันธ์เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ภายใน 9 สัปดาห์โดยไม่อาจมีการขยายเวลาต่อไปได้ในการนี้ รัฐบาลต้องระบุมุมมองของรัฐบาลที่มีต่อร่างกฎหมายดังกล่าว⁵⁹ และสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ต้องพิจารณาและลงมติเกี่ยวกับร่างกฎหมายดังกล่าวภายในเวลาอันสมควร⁶⁰

ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์แล้ว ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเสนอเรื่องต่อสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์โดยไม่ชักช้า⁶¹ หากไม่มีการร้องขอให้มีการตั้งคณะกรรมการธิการใกล้เคียง หรือคณะกรรมการใกล้เคียงมิได้เสนอให้มีแก้ไขเพิ่มเติมร่าง ให้สภาที่ปรึกษาพิจารณาลงมติต่อร่างกฎหมายดังกล่าวภายในเวลาอันสมควร⁶²

3.2.3.3 ขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสภาผู้แทนราษฎร

การพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำเป็นสามวาระ⁶³

วาระที่หนึ่ง เพื่อมอบหมายร่างแก่คณะกรรมการคณะหนึ่งหรือหลายคณะให้ทำการพิจารณาโดยละเอียด การอภิปรายในวาระนี้ จะมีขึ้นเมื่อมีการร้องขอโดยกลุ่มการเมืองในสภาหรือโดยคณะกรรมการกิจการสภา⁶⁴ (ตามรูปศัพท์คือ สภาผู้อาวุโส – Council of the Elders)⁶⁵

⁵⁹ รัฐบาลต้องทำความเข้าใจที่มีต่อร่างกฎหมายที่เสนอโดยสภาที่ปรึกษา เพื่อเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร ภายใน 6 สัปดาห์; โปรดดู สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Passage of Legislation

⁶⁰ Article 76 [Bills] (3)

⁶¹ Article 77 (1)

⁶² Article 77 (2a)

⁶³ Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee, as at March 2019, (German Bundestag, 2019).

⁶⁴ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Passage of Legislation

⁶⁵ ประกอบด้วยประธานสภาผู้แทนราษฎร รองประธาน และกรรมาธิการอื่นอีก 23 คน ทำหน้าที่ประสานงานให้กิจการของสภาเป็นไปโดยเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ; โปรดดู สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์

เมื่อคณะกรรมการมาธิการหนึ่งหรือหลายคณะที่ได้รับมอบหมายให้พิจารณาร่างกฎหมายแล้วเสร็จ จะเสนอร่างกฎหมายและรายงานซึ่งประกอบด้วยความเห็นและผลการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมร่างต่อที่ประชุมสภา

วาระที่สอง จะมีการเสนอร่างของคณะกรรมการมาธิการต่อสภาพร้อมความเห็น โดยที่ประชุมจะมีการอภิปรายกันทั่วไปและอภิปรายรายมาตรา ในขั้นนี้ สมาชิกสภาสามารถเสนอขอแปรญัตติได้ อย่างไรก็ดี สมาชิกสองในสามของผู้ที่มาประชุม สามารถมีมติขอยกการพิจารณาเพื่อนำเข้าสู่วาระที่สามได้ทันที⁶⁶

วาระที่สาม ปกติจะไม่มีกรอภิปรายกันอีกหรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมใด ๆ ในร่างกฎหมาย เว้นแต่มีการยื่นญัตติโดยกลุ่มการเมืองในสภาหรือ ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 โดยในกรณีขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างนั้นต้องยื่นเรื่องไว้ตั้งแต่ในระหว่างร่างยังอยู่ในวาระที่สอง จากนั้น ก็จะมีการลงมติ โดยประธานสภาจะถามให้สมาชิกสภายืนขึ้นเพื่อลงมติว่า เห็นชอบ-ไม่เห็นชอบ-งดออกเสียงไปโดยลำดับ

เมื่อร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้คะแนนเสียงถึงสองในสามของสมาชิกสภา ซึ่งเท่ากับ 473 เสียงจากจำนวน ส.ส. ทั้งหมด 709 คนที่มีในปัจจุบัน ถือว่าได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร⁶⁷ และจะมีการส่งร่างกฎหมายต่อไปยังสภาที่ปรึกษาเพื่อพิจารณาต่อไป

อนึ่ง ขั้นตอนการพิจารณาที่แบ่งเป็นสามวาระดังกล่าวนี้กำหนดไว้ในข้อบังคับว่าด้วยกระบวนการของสภาผู้แทนราษฎร มิใช่เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หากมิได้ดำเนินการตามนั้น Werner Heun อธิบายว่า ย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของร่างกฎหมาย⁶⁸

สาธารณรัฐเยอรมนี, Council of the Elders, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563, <https://www.bundestag.de/en/parliament/elders>

⁶⁶ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Passage of Legislation

⁶⁷ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, The Parliament of the Federal Republic of Germany, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563, <https://www.bundestag.de/en/teasertext-startteaserbildtext-692028>

⁶⁸ Werner Heun, The Constitution of Germany: A Contextual Analysis, น. 107.

3.2.3.4 ขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญในสภาที่ปรึกษา

ในกรณีที่ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสนอโดยรัฐบาล
แห่งสหพันธ์ สภาที่ปรึกษามีสิทธิที่จะวิพากษ์วิจารณ์ร่างดังกล่าวได้ นี่คือ กิจการ
ปกติของการพิจารณาในวาระที่หนึ่งของสภาที่ปรึกษา⁶⁹ ซึ่งจะมอบหมายให้
คณะกรรมการกิจการกฎหมาย (Committee on Legal Affairs) พิจารณาตรวจสอบ
ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานและเสนอความเห็นต่อที่ประชุม
เพื่อที่จะส่งความเห็นของสภาที่ปรึกษาไปยังรัฐบาลและสภาผู้แทนราษฎร⁷⁰

วาระที่สอง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว⁷¹ แล้วเสร็จ กรณีนี้ถือว่าเป็นร่างที่ต้องได้รับความ
เห็นชอบหรือยินยอม (consent bill) จากสภาที่ปรึกษา และต้องเห็นชอบ
ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนเสียงที่มีในสภาที่ปรึกษา⁷²
ซึ่งเท่ากับ 46 เสียงจากทั้งหมดในปัจจุบันที่มีสมาชิก 69 คน จึงจะถือว่าได้รับ
ความเห็นชอบจากสภาที่ปรึกษา หรืออีกทางหนึ่ง สภาที่ปรึกษาอาจมีมติให้
เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการไกล่เกลี่ยตามข้อ 2.3.5 ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป⁷³

อนึ่ง การลงมติในสภาที่ปรึกษานั้น จะใช้วิธีการขานชื่อ (roll call)
ไปที่ละมลรัฐตามลำดับตัวอักษร เริ่มจากบาเดนเวอร์เทมเบิร์ก (Baden-
Württemberg) และจบที่เทอริงเจีย (Thuringia) สมาชิกสภาที่ปรึกษาต้อง
โหวตแบบเป็นกลุ่มก้อนเดียว (en bloc voting)⁷⁴ เช่น มลรัฐบาวาเรีย มีสมาชิก

⁶⁹ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Legislative Procedure

⁷⁰ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Committee on Legal Affairs, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563,
<https://www.bundesrat.de/EN/organisation-en/ausschuesse-en/r-en/r-en-inhalt.html>

⁷¹ คำถามในเว็บไซต์เขียนว่า เมื่อผ่านสภาผู้แทน จะใช้คำว่า act แม้ยังไม่ผ่านสภาที่ปรึกษา แต่กรณีนี้
ไม่แน่ใจว่า ใช้กับกฎหมายทั่วไป ไม่ใช้กับกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช่หรือไม่ เพราะอำนาจของ
สภาที่ปรึกษาในสองกรณีนี้แตกต่างกัน

⁷² ปัจจุบัน มีสมาชิกสภาที่ปรึกษา 69 คน ดังนั้น จึงต้องอาศัยอย่างน้อย 46 เสียง ในการเห็นชอบร่างกฎหมาย
แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

⁷³ ผู้วิจัยไม่แน่ใจว่า การลงมติในวาระนี้อาศัยเสียงข้างมากเด็ดขาด (absolute majority) เกินกึ่งหนึ่ง
เช่นเดียวกับกรณีการลงมติอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 52 (3) หรือสองในสามตามมาตรา 79 (2).

⁷⁴ Basic Law, Article 51 (3), 2nd sentence

สภาที่ปรึกษา 6 คน โดยปกติ จะมีตัวแทน 1 คน (vote caster) โหวตในนามมลรัฐ ซึ่งมีค่าเท่ากับ 6 เสียง ส่วนในกรณีที่มีการออกเสียง จะถือว่า ไม่เห็นชอบ⁷⁵

3.2.3.5 คณะกรรมาธิการไกล่เกลี่ย (the Mediation Committee)

ในกรณีที่ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้รับความเห็นชอบจากอีกสภาหนึ่ง สภาที่ปรึกษาหรือสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณี หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์อาจร้องขอให้มีการตั้งคณะกรรมาธิการไกล่เกลี่ย ประกอบด้วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกสภาที่ปรึกษามีจำนวนเท่ากัน เพื่อร่วมกันพิจารณาร่างดังกล่าวได้ เนื้อหาการอภิปรายของการพิจารณาในขั้นนี้จะไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ⁷⁶ ในกรณีนี้ คณะกรรมาธิการไกล่เกลี่ยย่อมต้องผูกพันต่อเจตนารมณ์ในการลงมติของสภาผู้แทนราษฎรหรือเจตนารมณ์ในการลงมติของสภาที่ปรึกษา และไม่อาจเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้⁷⁷ หากคณะกรรมาธิการมีการแก้ไขเพิ่มเติมใด ๆ ในร่างสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาจะต้องลงมติดังกล่าวอีกครั้ง⁷⁸

ในการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรนั้น หากร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมาธิการไกล่เกลี่ยมีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างเดิมหลายส่วน การเปลี่ยนเนื้อหาในส่วนต่าง ๆ ซึ่งแตกต่างไปจากร่างที่เคยได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร จะต้องมีการลงมติแยกเป็นรายมาตรา ก่อนที่จะมีการลงมติดังกล่าวทั้งฉบับเป็นขั้นตอนสุดท้าย ทั้งนี้ การลงมติเป็นรายมาตราที่ดีลงมติทั้งฉบับก็ดี จะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 จึงจะถือว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (2)⁷⁹

⁷⁵ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, Voting, สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2563, <https://www.bundesrat.de/EN/funktionen-en/plenarsitzung-en/abstimmung-en/abstimmung-en-node.html>

⁷⁶ The Rules of Order of the Conciliation Committee ซึ่งผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร และได้รับความเห็นชอบจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ โปรดดู Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 519.

⁷⁷ Werner Heun, The Constitution of Germany: A Contextual Analysis, น. 70 และ 108.

⁷⁸ Article 77 (2).

⁷⁹ Joint Rules of Procedure of the Mediation Committee, Rule 10(3).

จุดที่การพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแตกต่างจากกรณีกระบวนการนิติบัญญัติปกติ คือ สภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถลงมติยืนยัน (overrule) มติของสภาที่ปรึกษาซึ่งไม่เห็นชอบ หรือเห็นชอบไม่ถึง 2 ใน 3 ได้⁸⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง สภาที่ปรึกษามีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสมบูรณ์ (absolute veto power)⁸¹

3.2.3.6 การลงนามและประกาศใช้

เมื่อร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และ 2 ใน 3 ของจำนวนคะแนนเสียงในสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์แล้ว⁸² นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์จะลงนามรับสนองเป็นการล่วงหน้า (countersignature) เพื่อเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ลงนามรับรอง จากนั้นลงประกาศในหนังสือรัฐกิจจานุเบกษาของสหพันธ์ (the Federal Law Gazette) และมีผลเป็นกฎหมาย ณ วันที่ระบุไว้ในกฎหมายดังกล่าว หรือหากมิได้ระบุไว้ จะมีผลเป็นกฎหมายในวันที่ 14 หลังจากวันที่ตีพิมพ์ในหนังสือรัฐกิจจานุเบกษา⁸³

3.2.4 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังการรวมชาติเยอรมัน

มาตรา 146 ของกฎหมายพื้นฐาน (ฉบับดั้งเดิม) บัญญัติถึงการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นทั้งฉบับ (total revision) ไว้ว่า “ให้กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้สิ้นสภาพบังคับ ณ วันที่รัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบโดยการตัดสินใจอย่างอิสระของประชาชนชาวเยอรมนี มีผลใช้บังคับ”⁸⁴

⁸⁰ Article 77 (4); Article 78; โปรดดู Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 504.

⁸¹ Werner Heun, The Constitution of Germany: A Contextual Analysis, น. 107.

⁸² ถือเป็นธรรมเนียมที่ถือปฏิบัติมายาวนานในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญเยอรมนี เทียบ Art. 78 of the Constitution of 1871 และ Art.76 (1) of the Weimar Constitution (1919); Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 127.

⁸³ GG Article 58 และ 82.

⁸⁴ Article 146 “This Basic Law shall become invalid on the day when a constitution adopted in a free decision by the German people comes into force.”

นี่คือการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ในระดับที่เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ (pouvoir constituant) ซึ่งเป็นของประชาชนชาวเยอรมัน จึงไม่ผูกพันตามมาตรา 79(3)⁸⁵ เพราะมิได้เป็นเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ที่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของบทบัญญัตินิรันดร (Eternity Clause) ตามมาตรา 79(3)⁸⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เท่ากับเป็นการยืนยัน “สิทธิอันมีมาก่อนรัฐธรรมนูญในอันที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของอำนาจรัฐ”⁸⁷ หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อนึ่ง ด้วยเหตุที่ประชาชนเยอรมันตะวันออกมิได้มีสิทธิข้อนี้ แรกเริ่มเดิมทีมาตรา 146 ของกฎหมายพื้นฐาน ฉบับดั้งเดิม 1949 ประสงค์ให้กฎหมายพื้นฐานเป็นกฎหมายสูงสุดเพียงชั่วคราว จนกว่าจะมีกฎหมายสูงสุดสำหรับชาวเยอรมันทั้งหมด⁸⁸ อย่างไรก็ดี เมื่อมีการรวมชาติเยอรมนีตะวันตกและเยอรมนีตะวันออกเข้าด้วยกัน กลับมิได้ใช้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ตามมาตรา 146 หากแต่การรวมชาติกระทำผ่านกระบวนการตามมาตรา 23 ของกฎหมายพื้นฐาน⁸⁹ โดยการผนวกเอาดินแดน 5 มลรัฐตะวันออก อันได้แก่ Brandenburg, Mecklenburg-Western Pomerania, Saxony, Saxony-Anhalt และ

⁸⁵ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 404; Peter M. Huber ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เห็นว่า “มาตรา 79(3) ไม่ใช่บังคับในบริบทของมาตรา 146” โปรดดู Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 430.

⁸⁶ เป็นคำที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ใช้ Lisbon Treaty Decision; BVerfGE 123, 276; ย่อหน้า 216; แต่ในทางวิชาการ มักจะเรียกกันว่า “บทบัญญัตินิรันดร” (Eternity Clause)

⁸⁷ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 134.

⁸⁸ Ibid., น. 134.

⁸⁹ บทบัญญัติเดิม ก่อนการถูกยกเลิกในปี 1990 และเพิ่มเข้ามาใหม่ในปี ค.ศ. 1992 และแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2006 และ 2008); โปรดดู Rainer Grote, “The Federal Republic of Germany: Introductory Note,” Oxford Constitution of the World, Part 4. Reforms of the Basic Law since 1949.

Thuringia⁹⁰ ผ่านสนธิสัญญาภาคยานุวัติ (Treaty of Accession) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้ในการรวมดินแดนเข้าไปส่วนหนึ่งของสหพันธ์เยอรมนี⁹¹

ต่อมา 10 วันก่อนการรวมชาติเยอรมันเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 1990 มาตรา 146 ได้มีการแก้ไขใหม่เป็นว่า “กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ ซึ่งใช้บังคับกับชาวเยอรมันทั้งหมด นับแต่ความสำเร็จของความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและเสรีภาพของเยอรมนี ย่อมสิ้นสภาพบังคับ ณ วันที่รัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบโดยเสรีจากประชาชนเยอรมันมีผลใช้บังคับ”⁹²

3.2.5 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

ตลอด 70 ปีที่ผ่านมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรวมแล้ว 64 ครั้ง⁹³ ซึ่งเป็นเครื่องบ่งชี้ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้นั้นมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด⁹⁴ การแก้ไขเหล่านี้เป็นการตอบสนองสิ่งที่จำเป็นต่อ

⁹⁰ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 134.

⁹¹ แม้จะใช้คำว่า “สนธิสัญญารวมชาติ” (Treaty of Unification) แต่ในความเป็นจริงแล้วคือ สนธิสัญญาภาคยานุวัติ; Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 405.

⁹² Article 146 [Duration of the Basic Law]

“This Basic Law, which, since the achievement of the unity and freedom of Germany, applies to the entire German people, shall cease to apply on the day on which a constitution freely adopted by the German people takes effect.” ตามที่แก้ไขโดย Act implementing the Treaty of August 31, 1990 between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic concerning the Establishment of German Unity–Unification Treaty Act–and the Two Plus Four Agreement of September 12, 1990.

⁹³ Francesco Palermo, ‘Editorial’ in ‘70 Years of the German Basic Law’ Symposium, (<https://blog-iacl-aidc.org/70-years-of-the-german-basic-law/2019/9/24/editorial-70-years-of-the-german-basic-law-symposium>); ล่าสุดโดยรัฐบัญญัติแก้ไขกฎหมายพื้นฐาน (Act amending the Basic Law) 15 พฤศจิกายน ค.ศ. 2019 [แก้ไขมาตรา 72, 105 และ 125b]. <https://www.buzer.de/gesetz/5041/l.htm>

⁹⁴ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 145.

พัฒนาการทางการเมืองและสังคม โดยได้มีการแก้ไขเนื้อหาไปเกือบครึ่งหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานฉบับดั้งเดิม บางบทมาตรากฎแก้ไขไปมาหลายครั้ง อาทิ มาตรา 106 ที่ว่าด้วยเรื่องการจัดสรรภาษีระหว่างรัฐบาลสหพันธ์และมลรัฐนั้น ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วไม่น้อยกว่าหกครั้ง⁹⁵

แม้ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากถึง 64 ครั้ง แต่มิได้มีการแก้ไขใหญ่ถึงขนาดเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นการแก้ไขในบางเรื่องบางประเด็น⁹⁶ แต่ถ้าจะกล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle ได้จำแนกออกเป็น 5 กลุ่มอันได้แก่⁹⁷

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับกองทัพและการทหาร

เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง กองทัพพันธมิตรที่ครอบครองดินแดนเยอรมนีได้สลายกองทัพเยอรมนี และกฎหมายพื้นฐานฉบับดั้งเดิม 1949 ก็ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกองทัพและการทหาร トラบจนกระทั่งเยอรมนีเข้าร่วมเป็นพันธมิตรชาติตะวันตก คือ สนธิสัญญาป้องกันแอตแลนติกเหนือ (NATO) จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจัดตั้งกองทัพแห่งสหพันธ์ (Bundeswehr) ในปี 1956 โดยให้อยู่ภายใต้การติดตามตรวจสอบของรัฐสภา (Parliamentary Oversight) ประกอบด้วยคณะกรรมการกลาโหมและผู้ตรวจการกลาโหม ในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และโดยการศึกษาของศาลรัฐธรรมนูญ หากกองทัพจะปฏิบัติการทางทหารบนดินแดนรัฐอื่นจะต้องได้รับอนุมัติจาก

⁹⁵ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 13.

⁹⁶ JENS145-FN5

⁹⁷ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 13-21; Werner Heun, The Constitution of Germany: A Contextual Analysis, น. 22 ก็จัดกลุ่มคล้าย ๆ กัน; อย่างไรก็ตาม Dieter Grimm แบ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น 3 กลุ่มได้แก่ (1) หลักการพื้นฐาน (2) สิทธิขั้นพื้นฐาน (3) โครงสร้างของรัฐบาล โปรดดู Dieter Grimm, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, German Law Journal [Vol.11 No.1 2010] 33, น. 34-39.

สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ด้วย⁹⁸ สิ่งเหล่านี้เป็นการดูแลและคาน มีให้อำนาจ
สั่งการกองทัพตกอยู่ในองค์กรฝ่ายบริหารแต่เพียงฝ่ายเดียว⁹⁹

ข) บทบัญญัติเกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในช่วงปี 1968-1969 ได้มีการแก้ไข ยกเลิก และเพิ่มบทบัญญัติใหม่ ๆ รวม
28 มาตรา กำหนดกลไกและองค์กรที่จะจัดการกับปัญหาในสถานการณ์ฉุกเฉิน
ภายในประเทศ และให้อำนาจรัฐแทรกแซงการสื่อสารระหว่างบุคคลได้โดยไม่ต้อง
แจ้งล่วงหน้าและปราศจากกลไกการคุ้มครองสิทธิทางศาลโดยให้อำนาจ
ของคณะกรรมการอิสระที่สภาแต่งตั้ง (G-10 Commission) หลักเกณฑ์การใช้
กองทัพ ตำรวจแห่งสหพันธ์ และตำรวจอื่นในการรับมือภัยพิบัติทางธรรมชาติ
สถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งมีผลกระทบข้ามเขตมลรัฐ หรือภัยอันตรายต่อการปกครอง
ระบอบประชาธิปไตยของสหพันธ์และมลรัฐ สิทธิต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ
การฟ้องคดีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional
Complaint)¹⁰⁰

ค) บทบัญญัติเกี่ยวกับการรวมชาติเยอรมัน

การรวมเยอรมนีตะวันตกและเยอรมันตะวันออกเข้าด้วยกันนั้นอาจกระทำ
โดยผ่านกระบวนการผนวกรวมดินแดนใหม่เข้าสู่เยอรมนีตามมาตรา 23 หรือ
โดยการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่โดยความเห็นชอบของชาวเยอรมันทั้งหมดตาม
มาตรา 146 เมื่อกำแพงเบอร์ลินถูกพังลง และมีการเปิดพรมแดนเยอรมนีตะวันออก
จึงมีทางเลือกเชิงนโยบายสองทาง คือ ยอมรับดินแดนฝั่งตะวันออกเข้ามาอยู่
ภายใต้รัฐธรรมนูญของฝั่งตะวันตก หรือจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เลย ในท้ายที่สุด
แนวคิดการผนวกเอาดินแดนตะวันออกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของตะวันตกเป็นที่
ยอมรับกันมากกว่า ส่วนหนึ่งเป็นเพราะว่ากฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีตะวันตก

⁹⁸ Foreign Deployment Decision, BVerfGE 90, 286 และ AWACS Decision, BVerfGE 121, 135,
อ้างถึงใน Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction,
Cases and Principles, น. 14.

⁹⁹ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases
and Principles, น. 14.

¹⁰⁰ Ibid., น. 14-15.

ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ประสบความสำเร็จ จึงได้มีการเลือกใช้วิธีการแรก¹⁰¹ ซึ่งสะท้อนความเป็นอันหนึ่งอันเดียวในเสรีภาพ (Unity in Freedom)

ภายหลังการผนวกดินแดนตะวันออกเป็นส่วนหนึ่งของเยอรมนีตะวันตก โดยสนธิสัญญาประชาชาติเยอรมนี (the Unification Treaty) ลงวันที่ 31 สิงหาคม 1990 โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 2 รอยต่อถึง 3 ตุลาคม 1990 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม คำปรารภรัฐธรรมนูญ จำนวนคะแนนเสียงของมลรัฐในสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ หันคืนของอดีตประเทศเยอรมนีตะวันออก กฎหมายของเยอรมนีตะวันออก ในระยะเปลี่ยนผ่าน และการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ในมาตรา 146 รวมทั้งยกเลิก กระบวนการผนวกดินแดนใหม่ตามมาตรา 23 ด้วย¹⁰²

ง) บทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าเป็นส่วนหนึ่งของยุโรป

คำปรารภของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนีระบุเป้าประสงค์ประการหนึ่งของ สหพันธ์รัฐคือ การเข้าเป็นส่วนหนึ่งในยุโรปของเยอรมนี ในฐานะที่เป็น “หุ้นส่วนที่เท่าเทียมกันในยุโรปที่เป็นเอกภาพ” (an equal partner in a united Europe) กฎหมายพื้นฐานจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับบริบทระหว่างประเทศและยุโรป ดังที่เรียกกันว่า “รัฐที่เปิดกว้าง” (Open Statehood)¹⁰³ ยอมรับความเป็นไปได้ ในการที่จะถ่ายโอนสิทธิอธิปไตย (Sovereign Right) ของรัฐไปสู่องค์การระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 24 (1)

การเข้าร่วมในองค์กรตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ของยุโรปไม่ว่าจะเป็น สภายุโรป (Council of Europe) และประชาคมถ่านหินและเหล็กแห่งยุโรป (European Coal and Steel Community) ซึ่งต่อมาขยายเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community - EEC) ตามสนธิสัญญากรุงโรม (Rome

¹⁰¹ Ibid., น. 15-16.

¹⁰² Ibid., น. 16; Rainer Grote, “The Federal Republic of Germany: Introductory Note,” Oxford Constitution of the World, Part 4. Reforms of the Basic Law since 1949.

¹⁰³ โปรดดู Andreas L. Paulus และ Jan-Henrik Hinselmann, “International Integration and its counter-Limits: A German Constitutional Perspective”, ใน Curtis A. Bradley (ed), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, (Oxford, 2019) DOI: 10.1093/oxfordhb/9780190653330.013.23

Treaty 1957) ไม่มีข้อขัดขัดทางรัฐธรรมนูญใด ๆ เลย ตรวจจับกระทั่งสนธิสัญญา
มาสทริชท์ (Maastricht Treaty 1992) ซึ่งจะเปลี่ยนประชาคมเศรษฐกิจเป็น
สหภาพการเมืองทำให้มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้
มาตรา 23 จึงถูกเพิ่มกลับเข้าไปใหม่ในกฎหมายพื้นฐานเพื่อรองรับการถ่ายโอน
อำนาจอธิปไตยไปสู่สหภาพยุโรป โดยกำหนดหลักการพื้นฐานของการสถาปนา
ยุโรปที่รวมกันเป็นหนึ่ง (a united Europe) ในรูปสหภาพยุโรปซึ่งต้องยึดถือ
หลักประชาธิปไตย หลักสังคม และหลักสหพันธรัฐ ผูกพันต่อหลักนิติรัฐและ
หลักการให้อำนาจตัดสินใจอยู่ที่ท้องถิ่น (Subsidiarity) และต้องมีหลักประกัน
การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเทียบเท่ากับหลักประกันตามกฎหมายพื้นฐานนี้

จ) บทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้างสหพันธรัฐ

โครงสร้างของระบบสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีตามที่กำหนดไว้ใน
กฎหมายพื้นฐานฉบับดั้งเดิม 1949 นั้น ให้ความสำคัญแก่มลรัฐอย่างมาก
เนื่องจาก ประการแรก สอดคล้องกับประวัติศาสตร์ชาติเยอรมนีที่เกิดขึ้นจาก
รัฐอิสระของชนชาติเยอรมนีรวมตัวเข้าด้วยกัน เยอรมนีจึงมีธรรมเนียมแบบ
สหพันธรัฐมาแต่เก่าก่อน ประการที่สอง ประเทศสัมพันธ์มิตรต้องการให้มลรัฐ
เข้มแข็งเพื่อป้องกันการที่รัฐจะรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางเช่นที่เคยเกิดขึ้น
ภายใต้การปกครองพรรคนาซี (the centralized state created by National
Socialism) ประการที่สาม หลังการล่มสลายของอาณาจักรไรช์ที่สาม
(Third Reich) อำนาจรัฐในเยอรมนีค่อย ๆ ฟื้นฟูที่ละมลรัฐ และมลรัฐต่าง ๆ นี้เอง
ที่เป็นแรงผลักดันให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์
(Bundesrat) จึงไม่ได้มีผู้แทนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนในแต่ละมลรัฐ
อย่างเช่นกรณีของวุฒิสภาแห่งสหรัฐอเมริกา หากแต่มาจากผู้แทนของรัฐบาล
มลรัฐ¹⁰⁴

เมื่อรัฐบาลแห่งสหพันธ์ดำเนินงานไปได้สักระยะ ก็ได้มีการรวบรวมอำนาจ
เข้าสู่ส่วนกลางเพิ่มขึ้นทีละน้อย อาทิ การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับบทบัญญัติ

¹⁰⁴ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 19-20.

การเงินของสหพันธ์และระบบการจัดสรรเงินให้แก่มลรัฐในปี 1969 ต่อมา ในช่วงทศวรรษที่ 1990 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐบาลสหพันธ์มากขึ้นอีก นอกจากนี้ ช่วงกลางทศวรรษที่ 2000 ได้มีการปฏิรูประบบสหพันธ์รัฐ โดยแบ่งเขตอำนาจการปกครองระหว่างระดับสหพันธ์กับการปกครองระดับมลรัฐให้ชัดเจนขึ้น ลดประเภทของกฎหมายที่ต้องได้รับความยินยอมจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ และให้มลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายหลายเรื่อง ซึ่งแต่เดิมเคยเป็นของสหพันธ์ เป็นต้น¹⁰⁵

3.3 ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.3.1 ที่มาและข้อพิจารณาทางทฤษฎี

มาตรา 79 (3) ของ Basic Law บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมใด ๆ ในกฎหมายพื้นฐานนี้ซึ่งกระทบต่อการแบ่งแยกสหพันธ์ออกเป็นมลรัฐ หลักการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือหลักการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 จะกระทำมิได้”¹⁰⁶ หลักการเหล่านี้ได้รับการออกแบบให้ดำรงคงอยู่ตลอดไปตราบเท่าที่ประเทศเยอรมันยังมีเอกสารฉบับนี้เป็นกฎหมายสูงสุด จึงไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการเหล่านี้ย่อมไม่อาจถูกยกเลิกหรือลบล้างโดยวิธีทางรัฐธรรมนูญ นั่นคือ โดยอำนาจที่มีขึ้นตามกฎหมายพื้นฐานนี้ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการเรียกขานมาตรา 79 (3) ในทางวิชาการว่า บทบัญญัตินิรันดร (Eternity Clause)¹⁰⁷

3.3.1.1 มาตรา 79 (3) มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ประวัติศาสตร์ซ้ำรอย

การเข้าสู่อำนาจรัฐของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) และ พรรคนาซี (Nazi Party – NSDAP) ได้ทำลายโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญทั้งใน

¹⁰⁵ Ibid., น. 20-21.

¹⁰⁶ Art. 79 (3) Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

¹⁰⁷ Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience,” *Israel Law Review*, (Vol.44 2011, 429) น. 440.

ระดับชาติและระดับมลรัฐ โดยที่รัฐธรรมนูญไว้มาร์ไม่ได้ถูกยกเลิก หากแต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้มาร์แบบแอบแฝงและไม่เป็นทางการ หลายต่อหลายครั้ง¹⁰⁸ อาทิ รัฐกำหนดเพลิงไหม้รัฐสภา (Reichstag Fire Decree) งดใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายมาตราเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁰⁹ รัฐบัญญัติมอบอำนาจ (Enabling Act) ซึ่งให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายได้โดยไม่มีข้อจำกัด แม้แต่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญไว้มาร์เลยก็ได้¹¹⁰ มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแบบ “ร้ายแรงในทางเนื้อหา แต่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ” (radical in substance but legal in form)¹¹¹ การที่รัฐบาลนาซีได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตประชาธิปไตยและขัดต่อหลักนิติธรรมหากแต่เป็นการใช้อำนาจในรูปแบบที่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ จนมีผู้เปรียบเปรยว่า รัฐธรรมนูญไว้มาร์นั้นฆ่าตัวตายทางประชาธิปไตย (democratic suicide)¹¹² เพราะได้มีการใช้กลไกตามรัฐธรรมนูญเพื่อทำลายรัฐธรรมนูญ คณะผู้จัดเตรียมร่างกฎหมายพื้นฐาน (the Constitutional Convention on the Isle of Herrenchiemsee) ซึ่งเป็นผู้ร่างเบื้องต้น จึงได้เสนอให้บัญญัติ “เนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” ไว้ในตัวรัฐธรรมนูญ เพื่อที่จะปกป้องระเบียบการปกครองอย่างเสรีและเป็นประชาธิปไตยซึ่งถือเป็นกฎหมายธรรมชาติ (natural law) และเพื่อป้องกันการทำลายล้างรัฐธรรมนูญ¹¹³

¹⁰⁸ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, 397, น. 398.

¹⁰⁹ H. W. Koch, A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries, น. 308.

¹¹⁰ Ibid., น. 309.

¹¹¹ Dieter Grimm, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, German Law Journal [Vol.11 No.1 2010] 33, น. 34.

¹¹² Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience,” Israel Law Review, น. 440.

¹¹³ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) International Journal of Constitutional Law, Vol.14, No.2, 411-438, น. 422.

ต่อมา Bonn Parliamentary Council ซึ่งเป็นผู้จัดทำร่างสุดท้ายของกฎหมายพื้นฐาน ได้เห็นชอบให้มีบทบัญญัติในวรรคมาตรา 79 (3) นี้ เพื่อปฏิเสธความชอบธรรมของการปฏิวัติหรือรัฐประหารที่อาจจะมีขึ้นในอนาคต แม้ว่ามาตรา 79 (3) นี้ไม่อาจจะป้องกันการปฏิวัติหรือการรัฐประหารได้ แต่มาตรา 79 (3) ก็เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้คณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารไม่อาจอ้างรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะสร้างความชอบธรรมแก่การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้น ๆ ได้ ดังที่ Thomas Dehler หนึ่งในคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้ เพราะพรรคนาซี เคยสร้างสถานการณ์และอ้างความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในวรรคจึงจำเป็นเพื่อที่จะ “ทำลายหน้ากากแห่งความชอบธรรมของการปฏิวัติ”¹¹⁴

ดังนั้น กฎหมายพื้นฐานจึงไม่เพียงแต่ได้กำหนดเงื่อนไขในเชิงกระบวนการที่ยากขึ้น หากแต่ยังกำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกด้วย¹¹⁵ Dieter Grimm อธิบายในประเด็นนี้ว่า “ด้วยความที่รัฐธรรมนูญไว้มาร์ไม่มีข้อจำกัดทางเนื้อหาสาระของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นักวิชาการรัฐธรรมนูญจำนวนมาก จึงตีความว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มาร์นั้นไม่มีข้อจำกัด トラบเท่าที่การแก้ไขเพิ่มเติมได้คะแนนเสียงถึงสองในสาม กฎหมายพื้นฐานนี้จึงแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวด้วยการบัญญัติมาตรา 79 (3) เพื่อปกป้องหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ มิให้มีการล้มล้างได้”¹¹⁶ Bumke สรุปว่า มาตรา 79 (3) จึงเป็นหลักประกันว่า สิ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า ไม่อาจแก้ไขหรือแทนที่ได้นั้น จะได้รับการสงวนรักษาไว้ในอนาคต¹¹⁷

¹¹⁴ 14/2 Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Hauptausschuss 1780, 1806 no. 57 (Deutscher Bundestag/Bundesarchiv eds., 2009) at 1118 อ้างถึงใน Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 424.

¹¹⁵ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 129.

¹¹⁶ Dieter Grimm, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, German Law Journal, น. 34.

¹¹⁷ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 13; และคดีลิสบอน ย่อหน้า 218.

3.3.1.2 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Identity)

หลักการต่าง ๆ ที่รับรองไว้มาตรา 79 (3) เป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของเยอรมนี (Germany's Constitutional Identity)¹¹⁸ เพราะหากปราศจากหลักการเหล่านี้แล้ว สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีย่อมไม่เหมือนเดิมอีกต่อไป จึงเป็นคุณค่าพื้นฐานถาวรของรัฐธรรมนูญ และมีอาจินยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญนี้ได้ อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นข้อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และนี่เป็นคำอธิบายมาตรา 79 (3) ในทางทฤษฎีที่ทวีความสำคัญขึ้นเรื่อย ๆ ในยุคหลัง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นับแต่คดีสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty)¹¹⁹

แนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเริ่มปรากฏตัวในแวดวงวิชาการกฎหมายเยอรมันในช่วงรัฐธรรมนูญไวมาร์ 1919 โดย Carl Schmitt และ Carl Bilfinger นักกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้เคลื่อนไหวในระบอบประชาธิปไตย¹²⁰ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นไม่มีข้อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัตินิติรันดร์ ดังเช่นกรณีมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐาน แต่นักวิชาการสองท่านนี้ เห็นว่า รัฐธรรมนูญไวมาร์มีข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (implicit constitutional limits) Schmitt เรียกข้อจำกัดนี้ว่าเป็น “อัตลักษณ์และความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญทั้งปวง” (Identity and

¹¹⁸ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 127; Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 425.

¹¹⁹ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น.58-59 และ 343-352.

¹²⁰ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, Vol.14, No.2, 411-438, น. 411 และ 416.

continuity of the constitution as an entirety)¹²¹ ส่วน Bilfinger เรียกสิ่งเดียวกันนี้ว่า “อัตลักษณ์ของระบบรัฐธรรมนูญ” (the identity of the constitutional system)¹²² อย่างไรก็ตามความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ในยุคนี้เห็นตรงกันข้ามกับสองท่านนี้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไวมาร์ ไม่มีข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย¹²³ ไม่เพียงเท่านั้น ในระหว่างการจัดทำร่างกฎหมายพื้นฐาน ไม่ปรากฏว่า มีการอ้างอิงถึงแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของ Schmitt หรือ Bilfinger แต่อย่างใด¹²⁴

แนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเริ่มกลับมามีความสำคัญในแวดวงกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนี เมื่อนักวิชาการในยุคต่อมาได้นำเสนอการวิเคราะห์ตีความมาตรา 79 (3) โดยอาศัยกรอบความคิดของ Carl Schmitt และนำเสนอแนวคิดอัตลักษณ์รัฐธรรมนูญ¹²⁵ จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้

¹²¹ Schmitt ยกตัวอย่างเช่น จะมีการใช้กลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แก้ไขมาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์โดยเสียงข้างมากสองในสาม เปลี่ยนแปลงให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญง่ายขึ้น เช่น อาศัยเพียงเสียงข้างมากปกติ ก็ได้; โปรดดู Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, น.150.

¹²² Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) *International Journal of Constitutional Law*, น. 415-416.

¹²³ *Ibid.*, น. 417-418.

¹²⁴ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law,” (2016) *International Journal of Constitutional Law*, น. 422; อย่างไรก็ตาม Ulrich K. Preuss อ้างว่า มาตรา 79 (3) นี้สะท้อนความคิดของ Carl Schmitt ที่ว่า “องค์ประกอบบางเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้น ควรที่จะห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง แม้ว่าการแก้ไขดังกล่าวจะได้รับเสียงข้างมากพิเศษ (supermajority) จากทั้งสองสภาก็ตาม”; โปรดดู Ulrich K. Preuss, เรื่องเดียวกัน, น. 439; ในทางตรงข้าม Helmut Goerlich แย้งว่า แนวความคิดเรื่องหลักการตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แม้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจจัดได้ว่า เป็นผลผลิตจากข้อคิดทางวิชาการของ Carl Schmitt เนื่องจากคำอธิบายในอีกบริบทหนึ่ง; โปรดดู Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany,” 1 *NUJS Law Review* 2008, 397, น. 398.

¹²⁵ ในวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกของ Brun-Otto Bryde อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้นำเสนอทฤษฎีอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมีได้ตั้งอยู่บนฐานของมาตรา 79 (3) หากแต่พัฒนาต่อออกจากความคิดของ Carl Schmitt โดยอธิบายว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องอ้างไว้ซึ่งอัตลักษณ์และความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น” โปรดดู Monika Polzin, เรื่องเดียวกัน, น. 426.

ใช้แนวคิดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อพัฒนารอบข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญในการปรับใช้กฎหมายสหภาพยุโรปในระบบกฎหมายเยอรมนี¹²⁶ และอ้างถึงมาตรา 79 (3) เพื่อที่จะสร้างข้อจำกัดทั่วไปของการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยไปยังประชาคมยุโรปและสหภาพยุโรป จนมาถึงคำวินิจฉัยคดีสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) ที่ศาลได้ผนวกแนวคิดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเข้ากับมาตรา 79 (3) และแนวคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ¹²⁷

3.3.1.3 มาตรา 79 (3): อำนาจที่ถูกจำกัดของอำนาจที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ

ในการจัดทำร่างกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) แม้มิได้มีการอภิปรายถึงความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power) และอำนาจที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ (constituted power) ดังที่ Monika Polzin ตั้งข้อสังเกตไว้¹²⁸ แต่คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนีก็ได้อธิบายเชื่อมโยงมาตรา 79 (3) เข้ากับทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยถือว่า มาตรา 79 (3) นั้น “เป็นการแสดงออกซึ่งข้อความคิดทั่วไปที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ควรไปกระทบต่อตัวเลือกพื้นฐานของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อัตลักษณ์ และแกนกลางของรัฐธรรมนูญ”¹²⁹

คำอธิบายซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายได้จำแนกความแตกต่างระหว่าง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (constituent power – pouvoir

¹²⁶ Solange I, (1974), BVerfGE 37, 271; กฎหมายของประชาคมยุโรป (EC Regulation) จะต้องสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน แม้ว่ามาตรา 24(1) ของกฎหมายพื้นฐานจะยอมให้มีการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยไปยังองค์การระหว่างประเทศได้ แต่การตีความมาตรา 24(1) ต้องสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐานทั้งฉบับ การถ่ายโอนอำนาจดังกล่าว “ไม่ว่าจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของกฎหมายพื้นฐานและเป็นอัตลักษณ์ของกฎหมายพื้นฐานนี้ได้”; และ Solange II, (1986), BVerfGE 73, 339; โปรดดู Monika Polzin, เรื่องเดียวกัน, น. 426-427; และ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, เรื่องเดียวกัน, น. 326-331.

¹²⁷ Monika Polzin, เรื่องเดียวกัน, น. 424.

¹²⁸ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, Vol.14, No.2, 411-438, น. 422.

¹²⁹ Ibid., น. 425.

constituant) และ “อำนาจที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ” (constituted power – pouvoir constitué) ออกจากกัน¹³⁰ “เฉพาะแต่อำนาจที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เท่านั้นที่ผูกพันตามข้อจำกัดมาตรา 79 (3) แต่สำหรับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นั้นเป็นอำนาจที่เหนือบทบัญญัติวันตร ไม่ผูกพันตามมาตรา 79 (3)”¹³¹ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ ภายใต้ข้อจำกัดนี้¹³²

นอกจากนี้ การกำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาอย่างสอดคล้องกับการจำแนกระหว่าง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (constituent power – pouvoir constituant) และ “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” (constituted power – pouvoir constitué) กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใด ๆ ก็ตามจะต้อง มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของหลายประเทศจึงกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติ อย่างไรก็ตามก็ดี กรณีของเยอรมนีมิได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากรัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องผ่านการลงประชามติโดยประชาชน ดังที่เรียกกันในทางวิชาการว่า “การผูกขาดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา” อย่างไรก็ตามก็ ยังมีเงื่อนไขด้านกระบวนการค่อนข้างที่จะเข้มงวด คือ สองในสามของจำนวนเสียงในแต่ละสภา ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงมิได้ตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจขององค์กรทางการเมืองแต่โดยลำพัง ดังเช่นในอดีต¹³³

“มาตรา 79 (3) นี้ผูกพันอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Constituted power – pouvoir constitué)

¹³⁰ Ibid., น. 425 เิงอรธ 109.

¹³¹ Ibid., น. 425

¹³² Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience,” *Israel Law Review*, น. 440; Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, น. 131.

¹³³ Ibid., น. 129-130.

แต่ไม่มีผลผูกพันอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power – pouvoir constituant)” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มาตรา 79 (3) ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้¹³⁴ แตกต่างจากมาตรา 79 (1) และ (2)¹³⁵

อย่างไรก็ดี หากมาตรา 79 (3) นี้ถูกตีความแบบขยายความจนเกินไป ย่อมจะทำให้รัฐธรรมนูญนี้เปลี่ยนแปลงได้ยาก ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งยอมรับการพัฒนาการใหม่ ๆ ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งช่วยให้สามารถพัฒนารัฐธรรมนูญให้ตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงของโลกได้¹³⁶ และอาจเป็นอันตรายต่อระบบการเมือง เพราะเมื่อการเปลี่ยนแปลงโดยวิธีทางที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญกระทำไม่ได้เสียแล้ว ในท้ายที่สุดแล้ว อาจสร้างบรรยากาศทางการเมืองที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงนอกวิธียังรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงระบุไว้ว่า เมื่อเวลาผ่านพ้นไป รายละเอียดของหลักการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (3) นั้น อาจยืดหยุ่นและเปลี่ยนแปลงไปได้ในระดับหนึ่ง¹³⁷

คำถามที่ตามมาก็คือ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3) ไม่ได้ตัดทอน ยกเลิก หรือลบล้างหลักการใดหลักการหนึ่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (93) อยู่แล้ว หากแต่บัญญัติเพิ่มเติมหลักการใหม่เข้าไป จะสามารถกระทำได้หรือไม่¹³⁸ ในด้านหนึ่ง เห็นว่า ย่อมกระทำได้ เนื่องจากหากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué)

¹³⁴ Ulrich K. Preuss, The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience,” *Israel Law Review*, น. 440.

¹³⁵ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, น. 131.

¹³⁶ ตัวอย่างเช่น หลังจากเป็นประเด็นถกเถียงอย่างยาวนาน ได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 20a กำหนดหน้าที่ของรัฐ ในการคุ้มครองรากฐานทางธรรมชาติของชีวิตมนุษย์และสัตว์หรือสิ่งแวดล้อม ในปี 1994; Dieter Grimm, “The Basic Law at 60 – Identity and Change”, *German Law Journal* [Vol.11 No.1 2010] 33, น. 34.

¹³⁷ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), *Basic Law of Germany*,” *1 NUJS Law Review* 2008, น. 407.

¹³⁸ *Ibid.*, น. 408.

ประสงค์ที่จะจำกัดอำนาจตัวเอง ก็ย่อมทำได้ แต่มีผลเพียงแคในระดับอำนาจตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น มีอาจผูกพันอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ได้ เช่นเดียวกัน ในเมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลือกที่จะจำกัดอำนาจของตนเอง อำนาจที่อยู่ในระดับเดียวกันคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมที่จะลบหลักการดังกล่าวออกจากมาตรา 79 (3) และแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนนั้นได้ แต่อีกด้านหนึ่ง เห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจแก้ไขมาตรา 79 (3) นี้ได้เลย เพราะมีเช่นนั้นแล้ว การมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ความเป็นนิรันดร์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹³⁹

กล่าวโดยสรุป ความเห็นทางวิชาการส่วนใหญ่ น่าจะเป็นไปในทิศทางที่ว่า มาตรา 79 (3) ไม่ได้หมายความว่า ห้ามแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ดังกล่าวเลยหากแต่หมายความว่า จะยกเลิกหรือล้มล้างหลักการพื้นฐานดังกล่าวไม่ได้ สำหรับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนไปกระทบต่อหลักการต่าง ๆ ดังกล่าว การแก้ไขนั้น จะต้องไม่มีผลทำให้สาระหรือแก่น (core) ของหลักการดังกล่าวเสียไป¹⁴⁰ ในด้านหนึ่ง การแก้ไขมาตรา 1 หรือมาตรา 20 ย่อมกระทำได้หากไม่ละเมิดสาระหรือแก่นของหลักการในนั้น แต่ในอีกด้านหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราอื่น ๆ นอกจากสองมาตรานี้ อาจจะมีผลกระทบกระเทือนต่อสาระหรือแก่นของหลักการที่วางนี้ได้ ตัวอย่างเช่น มาตรา 1 รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่ามีอาจละเมิดได้ แม้จะมีได้การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1 แต่แก้ไขมาตราอื่นจนไปกระทบต่อการไม่ถูกรุ้มนาน การลี้ภัย มาตรฐานขั้นต่ำในการใช้ชีวิตในสังคม หรือการมีส่วนร่วมในการปกครองประชาธิปไตย เช่นนี้ ก็อาจถือว่ากระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 ได้ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยกล่าวไว้ในคดี Lisbon Treaty¹⁴¹

¹³⁹ David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, น. 26 ดูเชิงบรรณ 140.

¹⁴⁰ Markus Kotzur, "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany," *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, น. 131.

¹⁴¹ *Ibid.* david, น. 131.

ในเยอรมนี ขอบเขตของมาตรา 79 (3) ได้เปลี่ยนแปลงไปด้วยการขยายขอบเขตการใช้บังคับ เริ่มจากการตีความและขยายความเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิในชีวิตร่างกายให้กว้างขวางขึ้น ต่อมา มาตรา 79 (3) ได้ถูกขยายจากขอบเขตการใช้บังคับจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปสู่การเป็นข้อจำกัดอำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ในกรณีที่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของชาติ เช่น การถ่ายโอนอำนาจอธิปไตย ในกิจกรรมบางอย่างไปเป็นของสหภาพยุโรปอีกด้วย¹⁴²

3.3.1.4 คติสนธิสัญญาลิสบอน: การเชื่อมโยงหลักการต่าง ๆ เข้าด้วยกัน

ในปี 2009 ได้มีมติการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการให้ความเห็นชอบสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในคดีนี้ ศาลได้เชื่อมโยงแนวคิดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3) และความแตกต่างของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ¹⁴³ ดังความว่า

“จากมุมมองตามหลักประชาธิปไตย การละเมิดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 79.3 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น ในขณะที่เดียวกัน ก็เป็นการรุกร้าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนด้วย ในแง่นี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจในการกำหนดอัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญให้แก่ผู้แทนหรือองค์กรผู้แทนของประชาชน ไม่มีองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดที่ได้รับอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติรับรองไว้ใน

¹⁴² Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 408.

¹⁴³ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 429.

มาตรา 79.3 ของกฎหมายพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะคอยตรวจสอบการแก้ไขดังกล่าว”¹⁴⁴

ภายใต้ลักษณะอันเป็นสากลทั่วไปของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพ และความเสมอภาค (the universal nature of dignity, freedom and equality) ซึ่งผูกพันอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยนั้น¹⁴⁵ มีเพียงแต่เฉพาะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญและจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้¹⁴⁶ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ หากจะมีการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยไปสู่องค์กรอื่นโดยไม่อาจเรียกคืนได้ หรือ หากจะมีการสละความเป็นรัฐอธิปไตยของรัฐตามรัฐธรรมนูญ (the sovereign statehood of a constitutional state) กรณีดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อผ่านการแสดงเจตจำนงโดยตรงของประชาชนชาวเยอรมันเท่านั้น¹⁴⁷

อนึ่ง ณ ปัจจุบัน ยังไม่มีคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อภัยหลักอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นฐานในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่ศาลได้ใช้ในคดีที่มีบริบทการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยไปยังสหภาพยุโรป¹⁴⁸

3.3.1.5 ข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

Markus Kotzur อธิบายว่า รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานซึ่งจัดทำภายหลังการพ่ายแพ้สงครามและการปลดปล่อยชนชาติเยอรมนี

¹⁴⁴ Lisbon Treaty Decision; BVerfGE 123, 276; โปรดดูศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมนี ย่อหน้า 218, สืบค้นเมื่อ 8 มิถุนายน 2563, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html

¹⁴⁵ Lisbon Treaty Decision, BVerfGE 123, ย่อหน้า 217.

¹⁴⁶ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 429.

¹⁴⁷ Lisbon Treaty Decision, BVerfGE 123, ย่อหน้า 226-228.

¹⁴⁸ Monika Polzin, “Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law”, (2016) International Journal of Constitutional Law, น. 431.

จากการปกครองของพรรคนาซีนั้น ได้เกิดมีแนวคิดใหม่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตย
ของรัฐ กล่าวคือ

“อำนาจอธิปไตยมิได้ถูกมองว่าเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด
สมบูรณ์ (absolute power) ซึ่งรวมถึงการตัดสินใจเกี่ยวกับการ
การก่อสงครามและการสร้างสันติภาพอย่างไร้ข้อจำกัด หากแต่
อำนาจอธิปไตยนั้นถูกมองว่าเป็นเพื่อเครื่องมือที่จะรับใช้มนุษย์
กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นเครื่องประกันซึ่งเสรีภาพ สันติภาพ และ
ความมั่นคงปลอดภัย ด้วยเหตุนี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
(pouvoir constituant) ของประชาชนชาวเยอรมันจึงมิได้ไร้
ขีดจำกัด... การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกตีกรอบด้วย
กระบวนการทางวัฒนธรรมซึ่งสิทธิในการกำหนดชะตาอนาคตของ
ตนเอง (right to self-determination) ของประชาชนถูกทำให้เกิด
ผลจริง อย่งไรก็ดี กระบวนการดังกล่าวย่อมถูกผูกมัดโดยกฎหมาย
ระหว่างประเทศในฐานะที่เป็นกฎหมายอันมีอาจละเมิดได้ (ius
cogens) หลักการทั่วไปแห่งความยุติธรรม (general principles
of justice) และที่สำคัญ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”¹⁴⁹

3.3.1.6 ข้อสรุปเกี่ยวกับมาตรา 79 (3)

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อ
หลักการต่าง ๆ ดังกล่าว แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความคำว่า “กระทบต่อ” (affect –
berührt) ในลักษณะที่ไม่เคร่งครัดมากจนกระทั่งจำกัดมิให้มีการแก้ไขเนื้อหา
สาระของเรื่องดังกล่าวได้เลย หรืออีกนัยหนึ่ง มิได้ตีความเคร่งครัดจนทำให้
กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวเป็นไปได้¹⁵⁰

¹⁴⁹ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,”
Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and
the USA, น. 128-9.

¹⁵⁰ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change:
A Comparative Study, 148.

การที่องค์กรผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) ได้กำหนดว่า สิ่งที่ดีเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ส่งผลให้มีมาตรวัดหรือหลักเกณฑ์ทางเนื้อหาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่งเสมือนเป็นการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้งเคารพต่อหลักการพื้นฐานดังกล่าวหรือไม่ ในทางปฏิบัติ การตรวจสอบดังกล่าวเกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Judicial Review) ซึ่งอาจเกิดได้ในกระบวนการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐ หรือในการเสนอคำร้องเพื่อตรวจสอบแบบนามธรรม (abstract review) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโดยประชาชนว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของเขาถูกละเมิด อาทิ คดี phone-taping act, the Maastricht Treaty และ คดี Political Asylum¹⁵¹

หากศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะประกาศความไม่มีผลบังคับ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมในบทบัญญัติหรือเกี่ยวกับหลักการที่บัญญัติเป็นบทบัญญัตินิรันดรนั้น อาจกระทำได้ ถ้าหากว่า การแก้ไขดังกล่าวเคารพต่อตรรกะของระบบทั้งหมดในภาพรวม¹⁵²

ปัญหาก็คือ บทบัญญัตินิรันดรตามมาตรา 79 (3) นี้ อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกไปเลยได้หรือไม่ แม้จะมีได้มีการบัญญัติห้ามไว้ แต่โดยตรรกะ บทบัญญัตินิรันดรถือว่ามีข้อห้ามโดยนัยที่แฝงอยู่ในตัวเอง หากบทบัญญัตินี้มิได้มีสถานะสูงกว่าบทบัญญัติอื่น แล้วเหตุใดมันจะสามารถเป็นหลักประกันหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพและถาวรได้¹⁵³ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัตินิรันดรจึงไม่อาจถูกยกเลิกหรือลดทอนลงได้ โดยตรรกะเดียวกัน

¹⁵¹ Ibid., 153.

¹⁵² Ibid., 153-4.

¹⁵³ Ibid., 154.

แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Constitutional Revision) โดยอาศัยกระบวนการตามมาตรา 79 หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระดับที่เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) หลักการต่าง ๆ ที่เป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ก็ยังมีผลเป็นข้อจำกัดการปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับด้วย ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยตั้งข้อสังเกตไว้¹⁵⁴

อย่างไรก็ดี หากมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) ภายหลังการรวมประเทศโดยกระบวนการตัดสินใจอย่างเสรีของประชาชนชาวเยอรมันตามมาตรา 146 รัฐธรรมนูญใหม่หาได้ต้องผูกพันตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 79 (3) ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) นี้ แต่อย่างใดไม่¹⁵⁵ Jen Woelk อธิบายว่า การรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีได้เป็นผลจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมหรือการปรับปรุงรัฐธรรมนูญเดิมทั้งฉบับ ถือเป็นกรกระทำเชิงปฏิวัติ (Revolutionary act) ถือเป็นกรแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันใหม่ (constituent power) ซึ่งไม่ว่าโดยนิยามและโดยสภาพของเรื่อง ย่อมไม่อาจถูกจำกัดโดยเงื่อนไขใด ๆ ไม่ว่าในทางสารบัญญัติหรือวิธีบัญญัติ และภายใต้บริบทกรจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มาตรา 79 (3) ก็ย่อมไม่มีสภาพบังคับในตัวเอง¹⁵⁶

กล่าวโดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับภายใต้กระบวนการตามมาตรา 79 เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) จึงถูกจำกัดด้วยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 79 (3) แต่กรจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ตามมาตรา 146 หรือกรจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังกรปฏิวัติ เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power – pouvoir constituant) จึงไม่ถูกจำกัดโดยหลักการต่าง ๆ ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ¹⁵⁷

¹⁵⁴ BVerfGE 84, 90(120) อ้างถึงใน Ibid., 154.

¹⁵⁵ GG, Art.146 , Ibid., 154.

¹⁵⁶ Ibid., 154.

¹⁵⁷ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 404.

กระนั้นก็ตาม ในปัจจุบัน มีความเห็นทางวิชาการซึ่งเป็นที่ยอมรับมากขึ้นเรื่อย ๆ ว่า แม้แต่อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญในการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ก็มีอาจก้าวล่วงหลักการบางอย่างที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 79 (3) ได้ นั่นคือ หลักการไม่อาจละเมิดและพรากเอาไปซึ่งสิทธิมนุษยชนดังที่เป็นรากฐานของทุกชุมชนและของสันติภาพและความยุติธรรมบนโลกนี้ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นถือเป็นวัตถุประสงค์พื้นฐานของรัฐที่เป็นข้อจำกัดโดยนัยของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ¹⁵⁸ นอกจากนี้ด้วยความที่ระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นที่สามารถให้หลักประกันการไม่ละเมิดหรือพรากเอาไปซึ่งสิทธิมนุษยชนได้อย่างเข้มแข็ง จึงมีข้อเสนอทางวิชาการตามมาอีกว่าข้อจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นรวมถึงหลักประชาธิปไตยด้วย ซึ่งข้อเสนอนี้สอดคล้องกับบริบทระหว่างประเทศภายหลังการล่มสลายของระบอบคอมมิวนิสต์ในยุโรปตะวันออก¹⁵⁹

3.3.2 หลักการที่รับรองไว้ในมาตรา 79 (3)

คำถามตามมาก็คือ อะไรคือสาระหรือแก่นของหลักการเหล่านี้ ข้อจำกัดทางเนื้อหาสาระอันมิได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 79 (3) ของรัฐธรรมนูญเยอรมันจำแนกออกได้เป็น 4 หลักการดังต่อไปนี้

3.3.2.1 รูปของรัฐแบบสหพันธรัฐ (Federal Structure)

หลักการนี้มุ่งเน้นการประกันโครงสร้างดินแดนของเยอรมนีให้มีความหลากหลาย โดยไม่อาจเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ (Form of State) จากรัฐรวมให้กลายเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) ได้ หลักประกันนี้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของเยอรมนีที่แยกเป็นรัฐอิสระต่าง ๆ ก่อนจะเข้าร่วมกันเป็นสหพันธรัฐ¹⁶⁰ “มลรัฐ (Lander) เป็นรัฐซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง แม้ว่าอำนาจนี้ถูกจำกัดในบางเรื่อง แต่อำนาจนี้ก็ได้ถือกำเนิดมาจากสหพันธ์

¹⁵⁸ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, 154. ในทางระหว่างประเทศถือว่าเป็น Jus Cogen.

¹⁵⁹ J Lücke in M Sachs (ed), *Grundgesetz*, Art.79 sub.43 อ้างถึงใน *Ibid.*, 154.

¹⁶⁰ Arthur B. Gunlicks, *The Lander and German Federalism*, (Manchester University Press, 2010) 53.

หากแต่สหพันธ์รัฐและรับรองถึงการมีอยู่ของอำนาจนี้”¹⁶¹ อย่างไรก็ตามก็ดี หลักข้อนี้มิได้มีผลเป็นการประกันการดำรงอยู่ของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง¹⁶² และมีได้หมายความว่า จะเปลี่ยนแปลงระบบสหพันธ์ การมีอยู่ของมลรัฐ หรือจำนวนมลรัฐให้แตกต่างไปจากปัจจุบันไม่ได้เลย¹⁶³ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับมลรัฐ เช่น เขตแดนหรือจำนวนมลรัฐ ย่อมสามารถกระทำได้ ดังที่เห็นจากบทบัญญัติมาตรา 29 ที่กำหนดขั้นตอนในกรณีที่จะมีการจัดแบ่งเขตแดนของมลรัฐต่าง ๆ ใหม่เพื่อให้แต่ละมลรัฐมีขนาดและความสามารถที่จะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หัวใจที่สำคัญก็คือ หลักการนี้มุ่งห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถึงขนาดที่ทำลายลักษณะพื้นฐานของมลรัฐในฐานะที่เป็นหน่วยการเมืองการปกครองที่ประกอบกันขึ้นเป็นสหพันธ์ (Constituent states) และอำนาจหน้าที่พื้นฐานของหน่วยการเมืองการปกครองดังกล่าว¹⁶⁴ มิเช่นนั้นแล้วมลรัฐจะกลายเป็นเพียงดินแดนที่แยกเป็นส่วน ๆ

ลักษณะพื้นฐานของสหพันธ์ ได้แก่ การมีจำนวนมลรัฐขั้นต่ำ 3 มลรัฐ¹⁶⁵ อำนาจอิสระในการกำหนดโครงสร้างการบริหาร-ปกครองภายในมลรัฐ อาทิ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของตนเอง อำนาจในการออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในเขตมลรัฐ อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่าง ๆ ของมลรัฐ¹⁶⁶ หลักประกัน

¹⁶¹ Southwest State Case, 1 BVerfGE 14 (1951); โปรดดู Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 83.

¹⁶² Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, น. 131.

¹⁶³ P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 86.

¹⁶⁴ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, 149.

¹⁶⁵ *Ibid.*, 149; อย่างไรก็ตามก็ดี Markus Kotzur ตั้งข้อสังเกตว่า ในทางทฤษฎี สหพันธ์รัฐมีเพียงสองมลรัฐก็ได้; Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, น. 132.

¹⁶⁶ Southwest State Case, 1 BVerfGE 14 (1951); ; โปรดดู Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 83.

ทางรัฐธรรมนูญว่ามลรัฐจะได้รับส่วนแบ่งอย่างเพียงพอจากเงินภาษีและงบประมาณโดยรวมของสหพันธ์เพื่อประกันความเป็นอิสระทางการเงิน¹⁶⁷

3.3.2.2 หลักประกันการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติสหพันธ์

กล่าวคือ มลรัฐต่าง ๆ ต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของสหพันธ์ บทบัญญัตินี้มีได้ระบุชัดว่าต้องมีส่วนร่วมด้วยวิธีการใดโดยเฉพาะเจาะจง การมีส่วนร่วมทางอ้อมของมลรัฐก็น่าจะผ่านเกณฑ์ข้อนี้¹⁶⁸ ดังนั้น การมีส่วนร่วมของมลรัฐอาจเกิดขึ้นโดยผ่านสภาที่ปรึกษาของสหพันธ์ (Bundesrat) ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้การผ่านร่างกฎหมายต้องไม่ถูกคัดค้านจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ หรือกำหนดให้ต้องได้รับอนุมัติจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ หรืออาจเป็นการมีส่วนร่วมโดยตรงของมลรัฐในรูปแบบการให้ความเห็นชอบหรือตัดสินใจร่วมกัน (co-decision) ก็ได้¹⁶⁹

3.3.2.3 หลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน

มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดหลักการสำคัญ 3 หลักว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน อันได้แก่ หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การรับรองว่าสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ว่าจะละเมิดและพรากไปได้ และความผูกพันและการเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ¹⁷⁰ ดังนั้นในมาตรา 1 ความว่า¹⁷¹

¹⁶⁷ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 132.

¹⁶⁸ Ibid., น. 132.

¹⁶⁹ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 149

¹⁷⁰ Ibid., 149.

¹⁷¹ Article 1 [Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights]

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

มาตรา 1 [ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ – สิทธิมนุษยชน – การมีผลบังคับ
ผูกพันทางกฎหมายของสิทธิขั้นพื้นฐาน]

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่อาจถูกละเมิดได้ รัฐย่อมมีหน้าที่
เคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิมนุษยชนอันไม่อาจละเมิดหรือ
แบ่งแยกได้นั้นเป็นรากฐานของทุกชุมชน และเป็นรากฐานของสันติภาพและ
ความยุติธรรมบนโลกนี้

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตราต่าง ๆ ต่อจากนี้ย่อมผูกพัน
องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ในฐานะที่เป็นกฎหมาย
ซึ่งมีผลใช้บังคับโดยตรง

การกำหนดข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 79 (3) นั้นมิได้
หมายความว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาสาระของมาตรา 1 ไม่ได้ หากแต่หลักการ
ที่เป็นพื้นฐานสำคัญอันจะขาดมิได้ของรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้ในมาตรา 1 นั้น จะถูก
แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปมากจนกระทั่งกระทบกระเทือนสาระสำคัญของหลักการ
ดังกล่าวมิได้

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุด
ทางรัฐธรรมนูญ¹⁷² “ถือเป็นหัวใจของสหพันธรัฐเยอรมนี”¹⁷³ เป็นแหล่งที่มารองรับ
ความเป็นสากล (universality) ของสิทธิมนุษยชน¹⁷⁴ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่กับ
มนุษย์ทุกคน ทุกสถานที่ ทุกเวลาและสถานการณ์ เป็นสิ่งที่อยู่คู่กับมนุษย์

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights
as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary
as directly applicable law.

¹⁷² Horst Dreier, “Human Dignity in German Law”, in Marcus Düwell et al. (eds), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, (Cambridge University Press, 2014) p.375.

¹⁷³ Hasso Hofmann “Die versprochene Menschenwürde”, *Archiv des öffentlichen Rechts*,
118: 353-377. อ้างถึงใน Horst Dreier, 376.

¹⁷⁴ Markus Kotzur, *Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany*, “
Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and
the USA, น. 132.

เพราะเหตุที่เป็นมนุษย์ มนุษย์เป็นสิ่งที่มีความก่อนรัฐ¹⁷⁵ การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือเป็นรากฐานความชอบธรรมในการใช้อำนาจอรัฐทั้งปวง¹⁷⁶ ดังนั้น องค์การของรัฐทั้งปวงรวมทั้งองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องมีหน้าที่ต้องเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ย่อมมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง ดังเช่นเหตุการณ์การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวโดยพรรคนาซีเยอรมนีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง เกิดขึ้นซ้ำอีก¹⁷⁷ ด้วยเหตุดังนั้น จึงมีการบัญญัติย้ำอีกครั้งในมาตรา 79 (3)¹⁷⁸ ว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจยกเลิก ล้มล้าง หรือบ่อนทำลายหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อพิเคราะห์โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ หมวด 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน ที่บัญญัติรับรองไว้ถึง 19 มาตรา ซึ่งต่อมา มีการเพิ่มเติมเป็น 22 มาตรา¹⁷⁹ แต่มาตรา 79(3) ระบุไว้อย่างแข็งขันว่า เฉพาะหลักการที่รับรองไว้ในมาตรา 1 เท่านั้น ที่จะแก้ไขเพิ่มเติมมิได้ ดังนั้น จึงอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ในหมวด 1 นี้ได้ แต่ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องไม่กระทบกระเทือน

¹⁷⁵ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, n. 402.

¹⁷⁶ Markus Kotzur, Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, n. 132.

¹⁷⁷ Ibid., n. 132; นาซีเยอรมันมีข้อความโฆษณาชวนเชื่ออันหนึ่งว่า “คุณไม่มีคุณค่าอะไร ชาติของคุณคือทุกสิ่ง” (You are nothing, your nation is everything – Du bist nichts, Dein Volk ist alles); Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, n. 402.

¹⁷⁸ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 149.FN23.

¹⁷⁹ มาตรา 12a เพิ่มเติมโดยกฎหมายลงวันที่ 14 June 1968, มาตรา 16a เพิ่มเติมโดยกฎหมายลงวันที่ 28 June 1993 และมาตรา 17a เพิ่มเติมโดยกฎหมายลงวันที่ 19 March 1956 โปรดดู Rainer Grote, “The Federal Republic of Germany: Introductory Note,” Oxford Constitution of the World, Part 4. Reforms of the Basic Law since 1949.

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นผ่านสิทธิเสรีภาพ
ขั้นพื้นฐานในประการต่าง ๆ เพราะสิทธิเสรีภาพหลายประการที่บัญญัติรับรองไว้
ในมาตราต่าง ๆ ของหมวด 1 มีจุดเชื่อมโยงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ว่า
ในทางใดทางหนึ่ง¹⁸⁰

แม้ว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในประการต่าง ๆ จะมีได้รับรองไว้
ในลักษณะเด็ดขาด (absolute) หากแต่รับรองไว้แบบสัมพัทธ์ (relative) ซึ่งรัฐ
อาจจำกัดหรือแทรกแซงได้ แต่สิทธิขั้นพื้นฐานก็มีการคุ้มครองที่อาจแบ่งระดับได้
โดยพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ของสิทธิขั้นพื้นฐานอันใดอันหนึ่งกับศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์ โดยการพิเคราะห์เป็นรายสิทธิไป โดยทั่วไป เนื้อหาสาระของ
สิทธิขั้นพื้นฐานบางประการเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ง่าย หากแต่ยังสิทธิขั้นพื้นฐานใด
เกี่ยวข้องโดยตรงต่อบุคลิกภาพของผู้ทรงสิทธิมากเท่าใด การแก้ไขเพิ่มเติม
บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดเนื้อหาสาระของสิทธิดังกล่าวก็ยิ่งยากขึ้นตาม
ไปด้วย¹⁸¹ ข้อสำคัญก็คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 2 ถึง 19 ในหมวด 1
สิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญ (core) แห่งสิทธิ
เสรีภาพในประการนั้น ๆ รวมทั้งเครื่องมือสำคัญในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน
มิเช่นนั้นแล้ว ย่อมถือเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อบทบัญญัติวินัย
มาตรา 79 (3)¹⁸²

คดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เคยมีประเด็นว่า ละเมิดศักดิ์ศรี
ความเป็นมนุษย์หรือไม่ได้แก่ กฎหมายสหพันธ์ว่าด้วยการดักฟังโทรศัพท์ 1968
(G-10 Gesetz) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน

¹⁸⁰ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 402.

¹⁸¹ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 150.

¹⁸² Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 402-403; Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 13.

เพิ่มข้อยกเว้นให้รัฐสามารถแทรกแซงสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลเพื่อการป้องกันตนเองของระบอบประชาธิปไตย (self-defence of the democratic system) ได้ ทั้งนี้ เพื่อที่จะปกป้องคุ้มครองระเบียบการปกครองแบบประชาธิปไตยหรือการดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ ในกรณีนี้ให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจเข้าเปิดดูจดหมาย ดักฟังโทรศัพท์ หรือตรวจข้อความการติดต่อสื่อสาร ซึ่งกระทบต่อสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (right to privacy) ซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 10 ของกฎหมายพื้นฐาน โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้บุคคลที่อาจถูกกระทบทราบแต่อย่างใด นอกจากนี้ อำนาจในการอนุมัติให้มีการตรวจข้อความการติดต่อสื่อสารดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการของรัฐสภา หาใช่องค์กรตุลาการ¹⁸³

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 16a วรรคสองและสามของกฎหมายพื้นฐาน เกี่ยวกับหลักประกันการให้ลี้ภัยทางการเมือง (Political Asylum – Asylnovelle) ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดความเป็นไปได้ที่จะได้รับอนุญาตให้ลี้ภัยทางการเมืองและไม่อาจจะขยายเวลาการส่งตัวผู้ขอลี้ภัยกลับจนกว่าจะผ่านพ้นกระบวนการตรวจสอบคำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาตให้ลี้ภัยได้อีกต่อไป¹⁸⁴ ผลที่ตามมาก็คือ คำขอลี้ภัยทางการเมืองจากภายนอกประเทศลดลงอย่างมาก¹⁸⁵

ในคดีทั้งสองนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการจำกัดการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่ให้หลักประกันการได้รับการเยียวยาทางกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ (the guarantee of effective legal remedies) ที่รับรองไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐาน ส่งผลให้ในสองกรณีดังกล่าว มิได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรศาลอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญมากและถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองกรณีดังกล่าวกลับผ่านการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย

¹⁸³ Jen Woelk, “Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 150.

¹⁸⁴ Ibid., 150.

¹⁸⁵ Ibid., 150.FN27.

รัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า ไม่ได้กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิ (the essential core of rights) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁸⁶

ในปี ค.ศ.1998 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 วรคสามของกฎหมายพื้นฐาน ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อตรวจตราทางเสียง (acoustical surveillance) ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรมร้ายแรง ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มิได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ (the essential core of rights) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งแม้มีการแทรกแซงความเป็นอยู่ในเคหสถาน แต่ก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนอาชญากรรมอย่างได้ผล ตลอดจนหลักประกันสิทธิต่าง ๆ ก็ได้จัดให้มีอย่างเพียงพอแล้ว¹⁸⁷

ข้อสังเกต ก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญตีความขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้อย่างแคบมาก เดิม ศาลพิจารณาว่า พฤติการณ์ของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐที่แสดงออกซึ่งการเหยียดหยาม/ดูหมิ่น/ไม่เคารพ คุณค่าความเป็นมนุษย์นั้นจะร้ายแรงถึงขนาดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ แต่ต่อมา ศาลเปลี่ยนแนวทางการพิจารณาโดยพิจารณาจากมุมมองของบุคคลผู้ร้องเรียนซึ่งถูกปฏิบัติด้วยวิธีการที่ลดทอนคุณค่าของตัวบุคคลนั้นว่ารัฐได้ปฏิบัติต่อเค้าโดยถือเป็นเพียงวัตถุหรือไม่¹⁸⁸

3.3.2.4 หลักประกันเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

มาตรา 20 เป็นบทบัญญัติแรกของหมวด 2 ว่าด้วย การจัดโครงสร้าง
การปกครองของรัฐ บัญญัติไว้ว่า¹⁸⁹

¹⁸⁶ BVerfGE 30, 1 (24ff) phone tapping; BVerfGE 94, 49; BVerfGE 94, 115; 94, 116. Ibid., 150. FN28.

¹⁸⁷ BVerfGE 109, 279; อย่างไรก็ตาม Ibid., 151.FN30. ตั้งข้อสังเกตว่า การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว อาจส่งผลที่แตกต่างไปได้

¹⁸⁸ Ibid., 151.FN32-33.

¹⁸⁹ Article 20 [Constitutional principles – Right of resistance]

(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state.

มาตรา 20 [หลักรัฐธรรมนูญ – สิทธิต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ]

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐรวมที่เป็นประชาธิปไตยและสังคมรัฐ (Social State – Sozialstaat)

(2) อำนาจอธิปไตยทั้งหมดมาจากประชาชน อำนาจอธิปไตยจะถูกใช้โดยประชาชนผ่านการเลือกตั้งและการออกเสียงลงคะแนนอื่น และใช้อำนาจผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ

(3) องค์กรนิติบัญญัตินั้นย่อมต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรบริหารและองค์กรตุลาการนั้นย่อมต้องผูกพันต่อกฎหมายและความยุติธรรม

(4) ชาวเยอรมันทั้งหมดย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้านบุคคลใด ๆ ซึ่งพยายามล้มล้างรัฐธรรมนูญนี้ ในกรณีที่ไม้อาจใช้กระบวนการเยียวยาอื่น ๆ ได้ หลักการต่าง ๆ ข้างต้นได้รับการบัญญัติไว้ในหลายมาตรา กระจายทั่วทั้งรัฐธรรมนูญ

หลักการเหล่านี้เป็นเงื่อนไขสำคัญเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์เบ็ดเสร็จเช่นที่เคยเกิดในยุคจักรวรรดิที่ 3 (Third Reich) ที่ปกครองโดยนาซีเยอรมัน¹⁹⁰ จึงไม่อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อลบล้างหลักการเหล่านี้ได้ นอกจากนี้ หลักต่าง ๆ ข้างต้นยกเว้นหลักสหพันธรัฐ ย่อมผูกพันในทางรัฐธรรมนูญต่อมลรัฐต่าง ๆ ด้วย¹⁹¹ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า หลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญในการจัดองค์กรของรัฐเยอรมนีประกอบด้วย หลัก 5 ประการต่อไปนี้

(2) All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and judicial bodies.

(3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.

(4) All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order if no other remedy is available.

¹⁹⁰ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, 151.

¹⁹¹ *Ibid.*, 151.

3.3.2.4.1 หลักสหพันธรัฐ (Federation-Bundesstaat)

หลักสหพันธรัฐนั้น เบื้องต้นคือ ต้องมีรูปของรัฐเป็นแบบรัฐรวม โดยมีโครงสร้างของรัฐสองระดับได้แก่ สหพันธ์และมลรัฐ และมลรัฐต่าง ๆ ต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมายของสหพันธ์ผ่านสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์¹⁹² หลักสหพันธรัฐเป็นหลักประกันว่า สหพันธรัฐไม่อาจแก้ไขรัฐธรรมนูญยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของสหพันธ์รัฐในฐานะที่เป็นรัฐได้ หลักข้อนี้ทวีความสำคัญยิ่งเพื่อพิเคราะห์ในบริบทการรวมกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวางหลักไว้ว่า การถ่ายโอนสิทธิอธิปไตยของสหพันธ์รัฐไปเป็นของสหภาพยุโรปจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการถ่ายโอนสิทธิดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยการกระทำครั้งเดียวหรือหลายครั้งรวมกัน มิได้นำไปสู่การสละหรือการสูญเสียความเป็นรัฐเยอรมัน (the German statehood) อย่างสมบูรณ์และถาวร¹⁹³

3.3.2.4.2 หลักสาธารณรัฐ (Republic-Republic)

หลักสาธารณรัฐ หมายความว่า ต้องมีประธานาธิบดีเป็นประมุขแห่งรัฐ โดยเป็นตำแหน่งที่มีวาระ มิได้สืบทอดตำแหน่งโดยสายโลหิตหรือตามความประสงค์ของผู้ดำรงตำแหน่ง ณ ขณะนั้น¹⁹⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการป้องกันมิให้เปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบกษัตริย์ (Monarchy) ไม่ว่าจะในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง¹⁹⁵ แม้ว่าจะจะเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญก็ตาม¹⁹⁶

¹⁹² บุญศรี มีวงศ์โฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, น. 174-184.

¹⁹³ BVerfGE 89, 155 (186) – the Maastricht Treaty case และ BVerfGE 123, 167 – the Lisbon Treaty case อ้างถึงใน Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 151-152.

¹⁹⁴ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน, น. 71-76.

¹⁹⁵ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 151;

¹⁹⁶ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 403.

3.3.2.4.3 หลักประชาธิปไตย (Democracy–Demokratie)

องค์กรของสหพันธ์รัฐทั้งปวงต้องจัดโครงสร้างการปกครองและการบริหารงานตามหลักประชาธิปไตย การเคารพและคุ้มครองหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Popular Sovereignty) และหลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก (majority rule)¹⁹⁷ เพราะ “ประชาธิปไตยนั้นหมายถึงการตัดสินใจกำหนดการกระทำของตนเองโดยประชาชน” (self-determination of the people)¹⁹⁸ ด้วยเหตุนี้ อำนาจอธิปไตยจึงต้องใช้ผ่านผู้แทนที่มาจาก การเลือกตั้ง¹⁹⁹ ซึ่งก็คือสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ โดยการเลือกตั้งดังกล่าวต้องเป็นการเลือกตั้งทั่วไปโดยตรงและลับ โดยเสรีและเสมอภาค²⁰⁰ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ถือเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยที่จะเป็นรากฐานความชอบธรรมทางประชาธิปไตยขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ²⁰¹

3.3.2.4.4 หลักนิติรัฐ (Legal State–Rechtsstaat)

หลักนิติรัฐนั้นมุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจรัฐ หลักการนี้ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ แบ่งออกเป็น หลักนิติรัฐในเชิงรูปแบบ ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ หลักประสิทธิของปัจเจกชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม หลักประกันสิทธิในการพิจารณาคดี และหลักนิติรัฐในเชิงเนื้อหา ได้แก่ หลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย หลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตและความไว้วางใจต่อระบบกฎหมาย หลักกฎหมายต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค²⁰²

¹⁹⁷ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 133.

¹⁹⁸ Southwest State Case, 1 BVerfGE 14 (1951); โปรดดู Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น. 84.

¹⁹⁹ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 152.

²⁰⁰ Basic Law, Art.38 (1)

²⁰¹ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 152.

²⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

หลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สะท้อนถึงหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ คือ แบ่งออกเป็นสามอำนาจและสามหน้าที่ โดยมีแต่ละองค์กรใช้อำนาจแต่ละอำนาจ โดยให้อำนาจเหล่านี้คู่และคานกันเอง อันจะเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพ โดยเฉพาะของฝ่ายข้างน้อยในระบบอบประชาธิปไตย²⁰³ อย่างไรก็ตาม หลักนี้มีได้หมายความว่า จะมีการให้องค์กรอื่นมาใช้อำนาจบางประการไม่ได้ เช่น องค์กรบริหารอาจมีการใช้อำนาจในการวางกฎเกณฑ์ทั่วไป แต่งานหน้าที่หลักของแต่ละองค์กรจะต้องไม่ถูกระทบและได้รับการคุ้มครอง หลักนี้ห้ามมิให้พรากเอาไปซึ่งอำนาจหลักขององค์กร ดังเช่นที่เคยมีการโต้แย้งกันในคดีการดักฟัง G10 Gesetz²⁰⁴ ดังนั้น หลักประกันในฐานะบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึง การประกันความเป็นอิสระขององค์กรแต่ละองค์กรจากกัน รวมถึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาตุลาการ

3.3.2.4.5 หลักสังคมนรัฐ (Social State–Sozialstaat)

หลักการนี้อาจเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า หลักรัฐสวัสดิการ (Welfare State)²⁰⁵ ถือเป็นหลักการทั่วไปที่เป็นหน้าที่และอำนาจของรัฐในอันที่จะแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของเอกชนและกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เมื่อใดก็ตามที่มีความจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice)²⁰⁶ การดำเนินการให้เกิดการกระจายทรัพยากรที่จำกัดแก่กลุ่มบุคคลที่ด้อยโอกาสกว่าคนกลุ่มอื่น ๆ

²⁰³ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 133.

²⁰⁴ อย่างไรก็ตาม ปัญหาหลักที่เกี่ยวข้องกันในคดีนี้คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ส่วนปัญหาว่า การโอนอำนาจวินิจฉัยขาดจากองค์กรตุลาการไปให้องค์กรอื่นที่ตั้งโดยรัฐสภา เป็นเพียงประเด็นรอง

²⁰⁵ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 133.

²⁰⁶ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” How Constitutions Change: A Comparative Study, 152.

3.3.2.4.6 บทบัญญัตินิรันตรไม่ครอบคลุมสิทธิต่อต้านการได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าสิทธิต่อต้านการได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (the right to resistance–Widerstandsrecht) บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 20 วรரசี แต่สิทธินี้มิได้รับการจัดระดับว่าเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญโดยผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ²⁰⁷ เพราะวาทะสิทธิ์ข้อนี้เพิ่งจะถูกเพิ่มเข้าไปในมาตรา 20 ในปี ค.ศ. 1968 เท่านั้นเอง²⁰⁸ สิทธิข้อนี้ว่ากันว่า รองรับการอารยะขัดขืน (Civil Disobedience) และการกระทำต่าง ๆ เพื่อต่อต้านบุคคลใด ๆ ก็ตามที่พยายามล้มล้างรัฐธรรมนูญ Jen Woelk อธิบายว่า การเพิ่มเติมบทบัญญัติที่จัดว่าเป็นบทบัญญัตินิรันตรในภายหลังนั้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่า ไม่ได้มีผลทำให้เนื้อความที่เพิ่มขึ้นกลายเป็นบทบัญญัตินิรันตรแต่อย่างใด

3.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.4.1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเยอรมนีและกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ 1951 (Act on the Federal Constitutional Court 1951) มิได้บัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้แต่บทบัญญัติมาตรา 93 ของรัฐธรรมนูญซึ่งสถาปนาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีส่วนใดระบุคำว่า “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” (Constitutional Amendment–Grundgesetzänderung) ไว้²⁰⁹ อย่างไรก็ตาม โดยการใช้มาตรา 79 (3) ที่กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม

²⁰⁷ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, น. 133.

²⁰⁸ Amendment of 24 June 1968, BGBl I 709

²⁰⁹ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study, (Ekin Press, 2008) น. 22.

รัฐธรรมนูญไว้ “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้สถาปนาอำนาจของตนเองขึ้นมาเพื่อที่จะตรวจสอบว่า เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ลัดทอนหรือบ่อนทำลายหลักการอันมีอาจเปลี่ยนแปลงได้ของรัฐธรรมนูญหรือไม่”²¹⁰ และด้วยความที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำในรูปกฎหมาย (law-gesetz) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงถือว่า “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ซึ่งประกาศใช้แล้วนั้น เป็น “กฎหมาย” (law-gesetz) กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงคือเป็น “กฎหมายสหพันธ์” (Federal law-Bundesrecht) อันเป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²¹¹

แนวคิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ดังที่ Gottfried Dietze ตั้งข้อสังเกตไว้ตั้งแต่ปี 1956 สรุปความได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ ได้อาศัยหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เป็นฐานในการยอมรับการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สูงกว่าและต่ำกว่า แม้กฎเกณฑ์เหล่านั้นได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเหมือนกัน จากนั้น ศาลอธิบายต่อว่า กฎเกณฑ์ที่สูงกว่าถูกบัญญัติให้มีลักษณะพิเศษคือ ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และศาลก็ประกาศว่าสามารถใช้กฎเกณฑ์นี้ตัดสินให้ กฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่าสิ้นผลไปได้²¹²

²¹⁰ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 58-59.

²¹¹ Article 93 (1) 2; โปรดดู Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, 39 *German Yearbook of International Law* 544 (1996), น. 546; อย่างไรก็ตาม Kemal Gözler ตั้งข้อสังเกตว่า ในบรรดาคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ศาลมิได้อธิบายอย่างชัดเจนว่า “กฎหมายสหพันธ์” (Federal Legislation) รวมถึงกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย; โปรดดู Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study*, น. 22-23.

²¹² Gottfried Dietze, “Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany,” 42 *Virginia Law Review* 1 (1956) 1, น. 3-5 และ 13-22; Ali Acar เรียกแนวทางนี้ว่า กฎหมายกึ่งธรรมชาติ (a theory of natural law) โปรดดู Ali Acar, *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*, PH.D. Law Thesis, European University Institute, 2015, น. 133.

ส่วนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แนวคิดการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปรากฏครั้งแรกในคำอธิบายอื่นในคำพิพากษา (obiter dictum) ในคดี Southwest State Case 1951²¹³ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักว่า “การตีความบทบัญญัติโดยบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความไปในทางที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานและการตัดสินใจอันเป็นรากฐานในการร่างรัฐธรรมนูญ”²¹⁴ และ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเองอาจใช้บังคับมิได้ หากขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานและการตัดสินใจอันเป็นรากฐานดังกล่าว”²¹⁵ ในการนี้ ศาลได้อ้างถึงความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐบาวาเรียลงวันที่ 4 เมษายน 1950²¹⁶ ว่า

“มิใช่จะเป็นไปไม่ได้เสียทีเดียวที่จะตัดสินใจให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญและสิ้นสภาพบังคับแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หลักการบางอย่างตามรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะพื้นฐานสำคัญมาก เพราะเป็นการแสดงออกซึ่งหลักกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญและผูกพันผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วย บทบัญญัติอื่นซึ่งมิได้มีสถานะความสำคัญเท่าเทียมกันอาจจะใช้บังคับไม่ได้ หากไปขัดต่อบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานดังกล่าวนี้”²¹⁷

²¹³ 1 BVerfGE 14 (1951); ประเด็นแห่งคดีเป็นการตรวจสอบกฎหมายสหพันธ์ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 85.

²¹⁴ P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 82.

²¹⁵ *Ibid.*, น. 86.

²¹⁶ คดีนี้เกี่ยวกับมาตรา 184 ของรัฐธรรมนูญรัฐบาวาเรียซึ่งบัญญัติว่า “ความมีผลของกฎหมายที่มุ่งจัดแนวดินนาซีหรือจัดผลของแนวดินนาซี ย่อมไม่ถูกระทบกระเทือนหรือจำกัดโดยรัฐธรรมนูญนี้” แม้ศาลรัฐธรรมนูญบาวาเรียมิได้ตัดสินว่ามาตรา 184 ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ตีความมิให้มาตรา 184 นี้มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลเพิกเฉยต่อความหมายที่ชัดเจนในตัวเองของวลัยลักษณ์อักษรมาตรา 184; โปรดดู Gottfried Dietze, “Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany,” 42 *Virginia Law Review* 1 (1956) 1, น 15-17.

²¹⁷ P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 82.

ต่อมา ในคดี Article 117 หรือ Equality Case 1953 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ระบุในคำอธิบายอื่นของคำพิพากษา (obiter dictum) ชัดเจนขึ้นว่า “ศาลมีอำนาจที่จะตัดสินให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสิ้นผลไป โดยอาศัยมาตรา 79(3)”²¹⁸ แต่ศาลก็ยังไม่มีโอกาสได้วินิจฉัยคดีที่วัตถุแห่งคดี คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ยังไม่ได้วินิจฉัยประเด็นปัญหาว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3) หรือไม่ ปรากฏกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 วรรคสอง ที่รับรอง “สิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยจดหมายและโทรคมนาคม” ในปี 1968 และได้มีการเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีการดักฟังโทรศัพท์ (Klass Case) เมื่อปี 1970 ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป²¹⁹

3.4.2 การเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

การเสนอข้อโต้แย้งว่า กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ช่องทาง ดังต่อไปนี้²²⁰

3.4.2.1 การตรวจสอบเชิงนามธรรม (Abstract Review)

มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 และกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 6 ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ซึ่งปัจจุบันเท่ากับ 237 คน สามารถเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ตัวอย่างเช่น คดีการดักฟังโทรศัพท์ (Klass Case) รัฐบาลมลรัฐเฮสเซิน (Hesse) ได้ยื่นคำร้องว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

²¹⁸ Article 117 case หรือ Equality Case, BVerfGE 3, 225 at 234 (1953) อ้างถึงใน Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 59.

²¹⁹ BVerfGE 30, 1 (1970)

²²⁰ Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, 39 *German Yearbook of International Law* 544 (1996), น. 546 เจริญรอด 10.

มาตรา 10 ขัดต่อมาตรา 79 (3)²²¹ องค์กรอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้น เช่น กลุ่มการเมืองในสภา ไม่อาจยื่นคำร้องตามช่องทางนี้ได้²²²

3.4.2.2 คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint)

รัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a และกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 8a เปิดช่องให้บุคคลใด ๆ ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนถูกระทบจากการใช้อำนาจมหาชน สามารถเสนอคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ หลังจากที่ได้ใช้กระบวนการเยียวยาอื่น ๆ ที่มีอยู่ในระบบศาลปกติแล้ว การใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวอาจอยู่ในรูปคำสั่ง การกระทำการ หรือการละเว้นกระทำการก็ได้ โดยต้องระบุให้ชัดเจนว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนในเรื่องใดถูกละเมิด การยื่นเรื่องตามช่องทางนี้ทำได้โดยง่าย ไม่มีค่าธรรมเนียมและรูปแบบเอกสาร²²³

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่องทางนี้ จะเป็นกรณีที่มีการโต้แย้ง 2 ประเด็นปัญหาซ้อนกัน กล่าวคือ ปัญหาแรก การใช้อำนาจมหาชนซึ่งตั้งอยู่บนกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (ที่ออกตามความในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม) ละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ และปัญหาที่สอง กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขัดต่อบทบัญญัตินี้รันตรตามมาตรา 79 (3) ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า การจะวินิจฉัยปัญหาแรกได้อย่างถูกต้องนั้น จำเป็นจะต้องวินิจฉัยในปัญหาที่สองก่อน²²⁴

²²¹ BVerfGE 30, 1 (1970) [41-51].

²²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, น. 40.

²²³ Donald P Kommers และ Russell A Miller, “Germany: Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice, and Policy of the German Federal Constitutional Court”, ใน Andrew Harding และ Peter Leyland, Constitutional Court: A Comparative Study, (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2009) น. 112-113.

²²⁴ Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, 39 German Yearbook of International Law 544 (1996), น. 546 เิงอรธ 10; BVerfGE 30, 1 (1970) [82-84].

เท่าที่ตรวจสอบพบว่า การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเป็นช่องทางหลักที่มีการเสนอคดีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่จะได้กล่าวถึงในหัวข้อที่ 5.3 ต่อไป

3.4.2.3 การตรวจสอบเชิงรูปธรรม (Concrete Review)

ส่วนการตรวจสอบเชิงรูปธรรม (Concrete Review) คือ มีคดีความในศาล และศาลส่งประเด็นปัญหาไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้น เท่าที่ตรวจสอบยังไม่พบการเสนอตามช่องทางดังกล่าว แต่โดยระบบแล้ว เห็นว่าช่องทางนี้เป็นอีกหนึ่งช่องทางที่สามารถเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้²²⁵

3.4.3 ขอบอำนาจในการตรวจสอบ: เนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในแง่เนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้²²⁶

ในเชิงเนื้อหา มิให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดหลักการต่าง ๆ ที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 79 (3) และนี่คือประเด็นหลักในทุกคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในเชิงรูปแบบ ศาลรัฐธรรมนูญเคยตรวจสอบว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 143 (3) ขัดต่อมาตรา 79 (1) ที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องระบอบอย่างชัดแจ้งหรือไม่แล้ว²²⁷

แม้ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยตรวจสอบในแง่กระบวนการว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามมาตรา 79 (2) ที่ต้องอาศัยเสียงข้างมาก 2 ใน 3

²²⁵ รัฐธรรมนูญมาตรา 100 วรรคหนึ่ง และกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 13 ข้อ 1 วรรคหนึ่ง ให้อำนาจศาลในทุกลำดับชั้นและทุกระบบศาล ที่พิจารณาคดีสามารถเสนอปัญหาว่า กฎหมายที่จะใช้ตัดสินคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยความที่การเสนอเรื่องตามช่องทางนี้ศาลที่พิจารณาคดี ต้องเห็นว่า กฎหมายที่จะใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยการเสนอเรื่องตามช่องทางนี้ จึงน่าจะเป็นไปได้ยาก แม้มีความเป็นไปได้ทางวิชาการก็ตาม

²²⁶ Klass Case, 30 BVerfGE 225 (1970); โปรดดู Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น. 128-129.

²²⁷ BVerfGE 84, 90 (1991) [126-127].

ของสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาที่ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2²²⁸ ประกอบกับคดีการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (gesetz) อื่น อาทิ คดีกฎหมาย การเข้าเมือง²²⁹ คดีคณะกรรมการไกล่เกลี่ย²³⁰ คดีกฎหมายสวัสดิการ²³¹ คดีกฎหมายการเดินทางของบุคคล²³² ย่อมอนุมานได้ว่าในกรณีที่ได้ชี้ชัดแจ้งว่า กระบวนการพิจารณากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามขั้นตอนที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยเฉพาะจำนวนเสียงตามมาตรา 79 (2) ศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่า การตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อ รัฐธรรมนูญได้²³³

²²⁸ Basic Law, Article 93 [Jurisdiction of the Federal Constitutional Court]

(1) The Federal Constitutional Court shall rule:

2. in the event of disagreements or doubts concerning the formal or substantive compatibility of federal law or Land law with this Basic Law or the compatibility of Land law with other federal law on application of the Federal Government, of a Land government or of one fourth of the Members of the Bundestag;

Act on the Federal Constitutional Court 1951, § 13 The Federal Constitutional Court shall decide

6. in cases of disagreement or doubt concerning the formal or substantive compatibility of federal or Land law with the Basic Law or the compatibility of Land law with other federal law, upon request by the Federal Government, a Land government or one quarter of the Members of the Bundestag (Article 93(1) no. 2 of the Basic Law),

²²⁹ BVerfGE 106, 310; อ้างถึงใน Stephen Gardbaum, “Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa,” 9 Constitutional Court Review 1 (2019), น. 5.

²³⁰ BVerfGE 120, 56; อ้างถึงใน Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 521.

²³¹ BVerfGE 125, 175; อ้างถึงใน Stephen Gardbaum, “Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa,” 9 Constitutional Court Review 1 (2019), น. 6.

²³² BVerfGE 125, 104; อ้างถึงใน Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 521.

²³³ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study, น. 60.

3.5 คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²³⁴

3.5.1 คดีการดักฟังโทรศัพท์ (Klass Case)²³⁵

รัฐธรรมนูญ 1949 มาตรา 10 วรรคสอง ได้รับรองว่า “สิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารถึงกันโดยจดหมายและโทรคมนาคม จะละเมิดมิได้” ในเดือนมิถุนายน 1968 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 วรรคสอง จากเดิม “การจำกัดสิทธิดังกล่าวอาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยเพิ่มเข้าไปอีกหนึ่งประโยคว่า “ถ้าการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นไปเพื่อปกป้องหลักการพื้นฐานของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยหรือการดำรงอยู่หรือความมั่นคงแห่งสหพันธรัฐหรือมลรัฐ กฎหมายดังกล่าวอาจบัญญัติให้ ไม่ต้องแจ้งให้บุคคล “ผู้ถูกระทบสิทธิ” ได้ทราบถึงการจำกัดสิทธิดังกล่าวก็ได้ และให้แทนที่กลไกการควบคุมตรวจสอบโดยศาล โดยกลไกการตรวจสอบโดยองค์กรหรือองค์กรระดับรอง (auxiliary bodies) ที่แต่งตั้งโดยรัฐสภา”²³⁶ ต่อมาเดือนสิงหาคม รัฐสภาได้ตรารัฐธรรมนูญการจำกัด-แทรกแซงความลับในจดหมาย ไปรษณีย์ และโทรคมนาคม (Law on the Restriction of the Confidentiality of Letter, Post and Telecommunications) หรือกฎหมายรองรับมาตรา 10 ของกฎหมายพื้นฐาน (G10) 13 สิงหาคม 1968 เพื่อกำหนดรายละเอียดตามมาตรา 10

รัฐบาลมลรัฐเฮเซิน (Hesse) ได้ยื่นคำร้องขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการจำกัด-แทรกแซงความลับในจดหมาย ไปรษณีย์

²³⁴ หลายคดีแปลเป็นภาษาอังกฤษในหนังสือเล่มนี้; Jürgen Bröhmer, Clauspeter Hill and Marc Spitzkat (Eds.), 60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, (Printmate Sdn Bhd, 2nd edition, 2012)

²³⁵ BVerfGE 30, 1 (1970); ฉบับแปลอังกฤษ โปรดดู Walter F. Murphy และ Joseph Tanenhaus (eds), Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries, (St. Martin Press, 1977) น. 659-665.

²³⁶ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study, น. 56-57.

และการโทรคมนาคม ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะกระทบต่อหลักการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (3) ของรัฐธรรมนูญ²³⁷

ในช่วงใกล้เคียงกันนั้น กลุ่มผู้พิพากษาและนักกฎหมายจำนวนหนึ่งได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายสองฉบับดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นกัน²³⁸ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจดักฟังโทรศัพท์ ฯลฯ เป็นอำนาจของคณะกรรมการอิสระที่รัฐสภาแต่งตั้ง มิใช่อำนาจศาล โดยที่บุคคลซึ่งถูกดักฟังมิได้รับแจ้งถึงการดักฟังดังกล่าวแต่อย่างใดเลย ไม่ว่าก่อน ในขณะที่ หรือภายหลังที่มีการบังคับใช้กฎหมาย จึงมีอาจล่วงรู้ได้ว่า ตนเป็นเป้าหมายของการดักฟังหรือไม่ สิทธิขั้นพื้นฐานของตนจึงถูกกระทบมาตั้งแต่วันแรกที่กฎหมายใช้บังคับ²³⁹

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยด้วยคะแนน 5 ต่อ 3 เสียงว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 วรรคสอง ไม่ขัดต่อมาตรา 79 (3) และกฎหมายสหพันธ์ดังกล่าวโดยส่วนใหญ่ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ดังนี้

ในเบื้องต้น การตีความมาตรา 79 (3) นั้น ควรต้องตีความอย่างแคบเพราะเป็นข้อยกเว้นมิใช่หลักทั่วไป จึงต้องไม่ตีความในลักษณะที่จะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้ว่าจะจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญก็ตาม²⁴⁰ มาตรา 79 (3) นั้น มีผลเป็นการห้ามมิให้มีการยกเลิกหลักการต่าง ๆ ที่เป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและการสถาปนารัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁴¹

การให้อำนาจอื่นทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพแทนศาล ไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากการได้มีการกำหนดให้มืองค์กรซึ่งมีความเป็นอิสระ (แยกจากฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย) และแต่งตั้งโดยรัฐสภาเข้ามา

²³⁷ BVerfGE 30, 1 (1970) [41-51]

²³⁸ BVerfGE 30, 1 (1970) [52-70]

²³⁹ BVerfGE 30, 1 (1970) [82-84]

²⁴⁰ Walter F. Murphy และ Joseph Tanenhaus (eds), *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*, น. 662.

²⁴¹ *Ibid.*, น. 661.

ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวแทนศาล จึงมีการดูแลและ
คานการใช้อำนาจรัฐ อันเป็นสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว²⁴²
นอกจากนี้ ยังไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการนำคดีมาฟ้องศาลตามมาตรา 19 (4) ด้วย

อย่างไรก็ดี “การตีความและปรับใช้บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ดังกล่าวต้องเป็นการตีความอย่างแคบ เพื่อที่ว่าศาลและผู้พิพากษาในกระบวนการ
ยุติธรรมปกติจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวได้
อย่างน้อยที่สุด ภายหลังจากที่การใช้มาตรการดังกล่าวได้สิ้นสุดลงหรือ
ถูกยกเลิกแล้ว”²⁴³ จากนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่า การจำกัดสิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อ
สื่อสารถึงกันเพื่อประโยชน์เรื่องความมั่นคงของรัฐนั้นไม่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็น
มนุษย์²⁴⁴

ส่วนตุลาการเสียงข้างน้อย 3 ท่านในคดีนี้ซึ่งวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดต่อมาตรา 79 (3) เพราะถือเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็น
มนุษย์²⁴⁵ และขัดต่อหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักประกัน
ของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพในการนำคดีขึ้นสู่ศาล และได้วิจารณ์อีกว่า ศาล
(ตุลาการเสียงข้างมาก) ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของมาตรา 79 (3) ให้แตกต่าง

²⁴² Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 128.

²⁴³ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany,” 1 *NUJS Law Review* 2008, น. 408.

²⁴⁴ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น. 747; ในประเด็นนี้ Helmut Goerlich ได้ตั้งข้อสังเกตว่า “แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากก็ได้อาศัยช่องโหว่ในตัวบทบัญญัติ ตีความให้บทบัญญัติดังกล่าวแคบลง และเปิดช่องให้มีการควบคุมตรวจสอบโดยศาล ภายหลังจากสิ้นสุดการใช้มาตรการดังกล่าวแล้วได้”; Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 *NUJS Law Review* 2008, น. 409.

²⁴⁵ การติดต่อสื่อสารระหว่างมนุษย์นั้น เป็นกระบวนการที่ทำให้มนุษย์ได้รับรู้ รับทราบ เรียนรู้ คิด ไตร่ตรอง และตอบสนองในรูปแบบการพูด การเขียน และการกระทำ เป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการพัฒนาบุคลิกภาพ จึงเกี่ยวข้องโดยตรงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์; โปรดดู Christoph Möllers, “Democracy and Human Dignity: Limits of a Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law” 42 *Israel Law Review* 2 (2009) 435.

ไปจากสิ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมประสงค์จะให้ เป็น อีกทั้งการตีความ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 วรรคสอง ดังกล่าวนั้น ก็ไม่สอดคล้องกับถ้อยคำ บริบท และเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏชัดในรายงานการประชุม ตุลาการเสียงข้างน้อยกลุ่มนี้เห็นว่า “การตีความ บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ต้องตีความโดยอิสระ จะตีความโดยอาศัย กรอบของหลักพื้นฐานของกฎหมายพื้นฐานมิได้”²⁴⁶ สิ่งที่ตุลาการฝ่ายข้างมาก ทำนั้นเป็น “การแก้ไขข้อบกพร่องของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมิได้ตัดสิน จากความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเลย”²⁴⁷

3.5.2 คดีเกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดินภายใต้การยึดครองของโซเวียต (Land Reform Cases)

ในช่วงเวลาที่สหภาพโซเวียตยึดครองดินแดนเยอรมนีตะวันออกระหว่าง ปี 1945-1949 นั้น ได้มีการยึดที่ดินของบรรดาสมาชิกพรรคนาซีและผู้ที่ยสนับสนุน แนวทางของพรรคนาซี (Nazi sympathizers) โดยไม่มีการจ่ายค่าทดแทนและ ไม่มีสิทธิในการอุทธรณ์หรือฟ้องคดีต่อศาล²⁴⁸ ที่ดินเหล่านี้ถูกยึดเป็นของกองทุน ทรัพย์สิน (a property trust fund–Bodenfonds) ซึ่งส่วนหนึ่งที่เป็นที่ดินเกษตร ได้มีการจัดสรรเป็นแปลงเล็ก ๆ ให้แก่ผู้ยากไร้ และส่วนที่เหลือกลายเป็นทรัพย์สิน ของรัฐ ซึ่งต่อมาตกเป็นของประเทศเยอรมนีตะวันออก²⁴⁹ ที่ดินที่มีการยึดเป็น ของรัฐและนำมาปฏิรูปโดยสหภาพโซเวียตนี้คิดเป็นพื้นที่มากถึงหนึ่งในสามของ พื้นที่ประเทศเยอรมนีตะวันออกเลยทีเดียว²⁵⁰

²⁴⁶ BVerfGE 30, 1 (34) (1951) อ้างถึงใน Nicolas Nohlen, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case”, 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, น. 684 เจริญรัตน์ที่ 22.

²⁴⁷ BVerfGE 30, 1 (1970) อ้างถึงใน Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany,” 1 NUJS Law Review 2008, น. 409.

²⁴⁸ Charles E. Stewart, “Decisions of Foreign Court: Land Reform Decision – German Federal Constitutional Court, April 23, 1991”, (1991) American Journal of International Law, Vol.85, 690, น. 690-691.

²⁴⁹ Ibid., น. 691-692.

²⁵⁰ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น. 316.

ต่อมา ปี 1990 เมื่อจะมีการรวมชาติเยอรมัน ประเทศเยอรมันตะวันออก ได้มีการออกกฎหมายคืนที่ดินถูกยึดโดยรัฐเยอรมันตะวันออกให้แก่เจ้าของที่ดิน หรือทายาท หรือให้ได้รับค่าทดแทนในกรณีที่ไม่อาจคืนได้ แต่สำหรับที่ดินที่ถูกยึด ในระหว่างที่สหภาพโซเวียตยึดครองดินแดนนั้นจะไม่มี การคืน ตามที่ได้ตกลงกับ สหภาพโซเวียตไว้ ส่วนปัญหาว่าเจ้าของที่ดินที่ถูกยึดจะได้รับเงินค่าทดแทน หรือไม่นั้น ปล่อยให้รัฐสภาเยอรมันเป็นผู้ตัดสินใจ ในอนาคตประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ ได้ถูกกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญารวมชาติเยอรมนี และได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 143 (3) ไว้รองรับ ดังความว่า “โดยไม่คำนึงถึงย่อหน้า 1 และ 2 ข้างต้น ข้อ 41 แห่งสนธิสัญญารวมชาติเยอรมัน และกฎหมายอนุวัติ การสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับต่อไป トラบเท่าที่ตราสารต่าง ๆ ดังกล่าวได้ระบุถึง “ความไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ของการแทรกแซงทรัพย์สิน” (the irreversibility of interferences with property)²⁵¹

3.5.2.1 คดีการปฏิรูปที่ดิน 1 (Land Reform I Case)²⁵²

เจ้าของที่ดินที่ถูกยึดไปในระหว่างที่สหภาพโซเวียตครอบครอง ดินแดนหรือทายาทรวม 14 รายได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติหลายมาตราในรัษฎบัญญัติสนธิสัญญารวมชาติ (the Unification Treaty Act) ที่ปฏิเสธรากคืนที่ดินที่ถูกยึดไปเพื่อปฏิรูปภายใต้ การครอบครองของโซเวียต และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 143 ดังกล่าว ขัดต่อมาตรา 79 (3) เนื่องจากเป็นการพรากไปซึ่งทรัพย์สินของบุคคลโดยไม่มี การจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมนั้น ละเมิดสิทธิมนุษยชนตามมาตรา 1 สิทธิใน ทรัพย์สินตามมาตรา 14 กระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิตามมาตรา 19 ขัดต่อ หลักความผูกพันตามรัฐธรรมนูญของรัฐสภาตามมาตรา 20²⁵³

คดีนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตัดสินโดยมติเอกฉันท์ให้ยกคำร้องทุกข์ ทางรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

²⁵¹ Charles E. Stewart, “Decisions of Foreign Court: Land Reform Decision – German Federal Constitutional Court, April 23, 1991”, (1991) American Journal of International Law, น. 692-693.

²⁵² BVerfGE 84, 90 (1991)

²⁵³ BVerfGE 84, 90 (1991) [70-93]

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 143 (3) ซึ่งอ้างถึงข้อ 41 แห่งสนธิสัญญาความร่วมมือและกฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญานั้น มิได้ขัดต่อมาตรา 79 (1) ที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยกฎหมายที่ระบอบอย่างชัดเจนว่าได้แก้ไขหรือได้เพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 143 (3) นั้น มิได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 ที่รับรองสิทธิในทรัพย์สินและการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด มาตรานี้เป็นเพียงบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการภาคยานุวัติเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ²⁵⁴

นอกจากนั้น ส่วนปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 143 (3) รับรองหลักการไม่คืนที่ดินที่ถูกยึดให้แก่เจ้าของเดิมจะขัดต่อมาตรา 79 (3) หรือไม่นั้น มิใช่ประเด็นที่ต้องพิจารณา เนื่องจากประการแรก การยึดทรัพย์ดังกล่าวเกิดขึ้นในช่วงปี 1945-1949 ก่อนวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ในปี 1949 ประการที่สอง รัฐธรรมนูญนี้ไม่มีผลเป็นการคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สินจากการยึดทรัพย์โดยรัฐต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การยึดทรัพย์ดังกล่าวในช่วง 1945-1949 มิได้กระทำโดยอดีตประเทศเยอรมนีตะวันออก หากแต่กระทำโดยสหภาพโซเวียต การยึดทรัพย์จึงมิได้อยู่ในเขตอำนาจรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประการสุดท้าย หลักการพื้นฐานมีอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 79 (3) นี้มิได้มีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองเยอรมันจากการกระทำของรัฐต่างชาติ ด้วยเหตุนี้ หลักการต่าง ๆ ตามมาตรา 79 (3) จึงมิได้ถูกกระทบจากการไม่ส่งคืนทรัพย์สินที่ยึดไป²⁵⁵

²⁵⁴ BVerfGE 84, 90 (1991) [126-127]; ในประเด็นนี้ Charles E. Stewart ตั้งข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันตีความแบบปกป้อง (saving interpretation) กล่าวคือ หากบทบัญญัติหนึ่ง ๆ สามารถตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ บทบัญญัติที่ถูกลงสัยว่าอาจตีความให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ย่อมไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ; Charles E. Stewart, "Decisions of Foreign Court: Land Reform Decision—German Federal Constitutional Court, April 23, 1991", (1991) American Journal of International Law, น. 695.

²⁵⁵ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study, น. 60-61.

3.5.2.2 คดีการปฏิรูปที่ดิน 2 (Land Reform II Case)²⁵⁶

คดีนี้สืบเนื่องจากคดีการปฏิรูปที่ดิน 1 เป็นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญของเจ้าของที่ดินที่ถูกยึดไปโต้แย้งว่า กฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญาประชาชาติเยอรมนีหลายมาตรา และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 143 (3) ขัดต่อมาตรา 79 (3) เพราะละเมิดองค์ประกอบพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคลตามมาตรา 3 เพราะรัฐสภาสหพันธ์แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเลือกปฏิบัติระหว่างทรัพย์สินที่ถูกยึดโดยอดีตประเทศเยอรมนีตะวันออกและทรัพย์สินที่ถูกยึดในช่วงที่ถูกครอบครองโดยสหภาพโซเวียต²⁵⁷

ศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเอกฉันท์ยกคำร้องทุกข์ดังกล่าว²⁵⁸ แม้ศาลเห็นว่า หลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 3 เป็นส่วนหนึ่งของหลักพื้นฐานของความยุติธรรมซึ่งประกันไว้ตามมาตรา 1 และมาตรา 20 อันเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ตามมาตรา 79 (3) ก็ตาม แต่มาตรา 79 (3) มิได้มีผลเป็นการห้ามมิให้แก้ไขหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวเลย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 143(3) เป็นผลจากการประสานผลประโยชน์และข้อเรียกร้องต่าง ๆ โดยมุ่งหมายให้การเจรจารวมชาติเยอรมันประสบผลสำเร็จ ในการเจรจาระหว่างอดีตประเทศเยอรมนีตะวันออกกับสหภาพโซเวียตก่อนหน้านั้นไม่นาน สหภาพโซเวียตยืนยันหลักการว่า การรวมชาติเยอรมันต้องไม่กระทบกระเทือนต่อที่ดินที่ถูกยึดในช่วงการปกครองของสหภาพโซเวียต จึงเป็นเหตุให้สนธิสัญญาประชาชาติเยอรมนีมีการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินที่แตกต่างกันระหว่างที่ดินที่ถูกยึดโดยสหภาพโซเวียตในช่วง 1945 - 1949 และที่ดินที่ถูกยึดโดยรัฐเยอรมนีตะวันออกในช่วงเวลาภายหลัง 1949²⁵⁹ กรณีดังกล่าวมิใช่การเลือกปฏิบัติโดยไม่มีเหตุอันสมควร จึงไม่ขัดต่อ

²⁵⁶ BVerfGE 94, 12 (1996)

²⁵⁷ BVerfGE 94, 12 (1996) [51-56]

²⁵⁸ BVerfGE 94, 12 (1996) [118]

²⁵⁹ Charles E. Stewart, “Decisions of Foreign Court: Land Reform Decision – German Federal Constitutional Court, April 23, 1991”, (1991) American Journal of International Law, น. 692.

หลักความเสมอภาค²⁶⁰ “การปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้เกิดการรวมชาติประสบผลสำเร็จ จึงมีอาจถูกคัดค้าน โดยอ้างมาตรา 79 (3) ได้”²⁶¹

3.5.2.3 คดีการปฏิรูปที่ดิน 3 (Land Reform III Case)²⁶²

ผู้ร้องทั้งสองรายเป็นทายาทของเจ้าของที่ดินที่ถูกยึดในระหว่างการครอบครองของโซเวียตได้ฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง คดีหนึ่งศาลปกครองสูงสุดแห่งเบอร์ลินยกฟ้อง อีกคดีหนึ่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์ยกฟ้อง จึงยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ²⁶³ เนื่องจากนโยบายการไม่คืนที่ดินที่ถูกยึดไปปฏิรูปโดยสหภาพโซเวียตในระหว่าง 1945-1949 ตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญารวมชาติเยอรมัน รัฐบัญญัติรวมชาติเยอรมัน และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 143 (3) นั้น ขัดต่อมาตรา 79 (3) ซึ่งครอบคลุมถึงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย เพราะรัฐธรรมนูญมาตรา 25 รับรองโดยหลักการสิทธิของบุคคลที่จะอ้างอิงหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของเยอรมัน ดังนั้น การไม่คืนที่ดินจึงละเมิดสาระสำคัญประการหนึ่งของหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่การรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล²⁶⁴

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยมติเอกฉันท์วินิจฉัยยกคำร้องทุกข์นี้ โดยให้เหตุผลว่า²⁶⁵ หลักรัฐที่เปิดกว้าง (Open state) ตามมาตรา 25 นั้น “มีผลทำให้อำนาจของรัฐเยอรมนี ต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และต้องหลีกเลี่ยงมิให้ฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ

²⁶⁰ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น. 747

²⁶¹ BVerfGE 94, 12 (1996) [107]

²⁶² BVerfGE 112, 1 (2004)

²⁶³ BVerfGE 112, 1 (2004) [42-49]

²⁶⁴ BVerfGE 112, 1 (2004) [56-59]; Donald P. Kommers and Russell A. Miller, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, น.316.

²⁶⁵ ตุลาการเสียงข้างหนึ่งเขียนความเห็นแย้ง วิเคราะห์ว่า ศาลควรจะต้องคำถามว่า หลักความผูกพันของรัฐเยอรมนีต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เป็นส่วนหนึ่งของมาตรา 79(3) หรือไม่ มิใช่วินิจฉัยแต่เฉพาะมาตรา 25 และเห็นว่า คำอธิบายข้างต้นของศาลไม่มีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญมากเพียงพอ; BVerfGE 112, 1 (2004) [155, 158]

ดังกล่าวเท่าที่ทำได้ รัฐสภาแห่งสหพันธ์มีหน้าที่ออกกฎหมายเพื่อทำให้กฎหมายระหว่างประเทศมีผลบังคับในระบบกฎหมายภายใน และหากมีการฝ่าฝืน ก็ต้องมีกรเยียวยาได้ และที่สำคัญ ในบางกรณี องค์กรของรัฐเยอรมันมีหน้าที่ต้องบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในขอบข่ายภารกิจของหน่วยงาน ถ้าการฝ่าฝืนนั้นกระทำโดยรัฐต่างประเทศ”²⁶⁶ อย่างไรก็ตาม เพราะเหตุที่สิทธิในทรัพย์สินมิได้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหากสมมุติว่าเป็น ก็มีได้มีผลทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องคืนทรัพย์สินให้กลับสู่ฐานะเดิมแต่อย่างใด²⁶⁷

คดีนี้ Donald P. Kommers และ Russell A. Miller ตั้งข้อสังเกตว่า “ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อธิบายตอบประเด็นที่ผู้ร้องทุกข์อ้างว่า หลักรัฐที่เปิดกว้างเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐานที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 79 (3) หรือไม่ แต่นี่ก็บ่งชี้ถึงความเป็นไปได้ที่ศาลจะยอมรับคำอธิบายนี้ เมื่อจำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว”²⁶⁸

3.5.3 คดีเกี่ยวกับการขอลี้ภัย (Asylum Cases)

กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 16 วรรคสอง ประโยคสอง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกประหารชีวิตโดยเหตุผลทางการเมืองมีสิทธิที่จะลี้ภัย” โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไว้ และฝ่ายบริหารจะเป็นผู้พิจารณาคำขอลี้ภัยเป็นรายกรณี ๆ ไป²⁶⁹ จึงมีคำขอลี้ภัยทางการเมืองยื่นต่อรัฐบาลสหพันธ์จำนวนมาก หากคำขอถูกปฏิเสธ ผู้ขอยังสามารถฟ้องคดีปกครองได้ และยังมีสิทธิที่จะขอพำนักเป็นการชั่วคราวในระหว่างรอศาลพิพากษา โดยมลรัฐที่ผู้นั้นพำนักอยู่มีหน้าที่จัดหาที่พักและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นการลี้ภัยทางการเมืองจึงตกเป็นภาระแก่รัฐบาลเยอรมันเป็นอันมาก²⁷⁰ ในปี 1993 จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพิ่มมาตรา 16a กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการขอลี้ภัย

²⁶⁶ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, น.317.

²⁶⁷ *Ibid.*, น.316.

²⁶⁸ *Ibid.*, น.317.

²⁶⁹ Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, (1996) *German Yearbook of International Law* 544, น. 544.

²⁷⁰ Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, (1996) *German Yearbook of International Law* 544, น. 545.

มาตรา 16a วรรคหนึ่ง รับรองสิทธิในการขอลี้ภัยของบุคคลที่ถูกประหัตประหารด้วยเหตุผลทางการเมือง แต่วรรคสองได้จำกัดสิทธิดังกล่าว กล่าวคือ บุคคลที่เดินทางเข้าประเทศเยอรมนีจากประเทศต่อไปนี้ ไม่มีสิทธิในการลี้ภัย ประกอบด้วย ประเทศที่เป็นสมาชิกประชาคมยุโรป หรือประเทศอื่นที่ว่าเป็นภาคีสัญญากรุงเจนีวาว่าด้วยสถานะผู้ลี้ภัย (Geneva Convention Relating to the Status of Refugees (GCSR)) และอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights (ECHR)) กฎหมายจะระบุรายชื่อประเทศอื่น ๆ ดังกล่าว นอกจากนั้นสำหรับบุคคลเหล่านี้มาตรการยกเลิกการอนุญาตให้พำนักชั่วคราวอาจนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงการโต้แย้งทางกฎหมายที่มีต่อมาตรการดังกล่าว²⁷¹ หรืออีกนัยหนึ่ง ศาลไม่อาจสั่งคุ้มครองชั่วคราวมิให้มีการส่งตัวผู้ลี้ภัยออกนอกประเทศได้²⁷² ในการนี้ รัฐสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระบวนการขอลี้ภัย (the Asylum Procedure Act 1993) เพื่อกำหนดรายละเอียดรองรับมาตรา 16a ดังกล่าว

3.5.3.1 คดีประเทศที่สามที่ปลอดภัย (safe third countries Case)²⁷³

ผู้ลี้ภัยชาวอิรักและชาวอิหร่านซึ่งเดินทางผ่านกรีซและออสเตรีย โดยลำดับ ถูกปฏิเสธขอลี้ภัย จึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์²⁷⁴

²⁷¹ Article 16a(2):

Paragraph (1) of this Article may not be invoked by a person who enters the federal territory from a member state of the European Communities or from another third state in which application of the Convention Relating to the Status of Refugees and of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is assured. The states outside the European Communities to which the conditions referred to in the first sentence of this paragraph apply shall be specified by a law requiring the consent of the Bundesrat. In the cases specified in the first sentence of this paragraph, measures to terminate an applicant's stay may be implemented without regard to any legal challenge that may have been instituted against them.

²⁷² Vicki Traulsen, "The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law", (1996) German Yearbook of International Law 544, น. 545

²⁷³ BVerfGE 94, 49 (1996)

²⁷⁴ BVerfGE 94, 49 (1996) [94-122]

เบื้องต้น ศาลได้ให้ความหมายคำว่าประเทศที่สามที่ปลอดภัยว่าเป็นประเทศภาคีสัญญาดังกล่าวฉบับหนึ่งฉบับใดซึ่งมีพันธกรณีที่จะไม่ส่งตัวผู้ขอลี้ภัยไปยังรัฐใดรัฐหนึ่งโดยปราศจากการสอบถามว่า ผู้ขอลี้ภัยดังกล่าวเสี่ยงที่จะถูกประหัตประหารตามความหมายของข้อ 33 ของ GCSR หรือไม่ หรือเสี่ยงที่จะถูกทรมาน ถูกลงโทษ หรือถูกปฏิบัติต่อเขาอย่างไม่ใช่มนุษย์หรือลดทอนความเป็นมนุษย์ตามข้อ 3 ECHR หรือไม่ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่อกำหนดรายชื่อประเทศที่ปลอดภัย ต้องเป็นประเทศที่เคารพหลักนิติรัฐ ฯลฯ กรณีเหล่านี้ รัฐสภาจะได้ใช้ดุลพินิจเพื่อวางกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป (normative determination) นอกจากนั้น ศาลได้จำกัดขอบเขตการตีความบทบัญญัติมาตรา 16a วรรคสอง ให้แคบลง กล่าวคือการขับออกนอกประเทศโดยพลัน (immediate deportation) หรือการปฏิเสธไม่ให้เข้าประเทศ จะใช้ก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำขอลี้ภัยจะถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศที่สามที่ปลอดภัย และจะไม่ใช้บังคับแก่กรณีที่บุคคลดังกล่าวจะถูกส่งตัวกลับไปยังประเทศต้นทางหรือประเทศอื่นที่มีความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของเขา รวมทั้งจะไม่ใช้กับกรณีที่มีได้มีความชัดเจนว่า บุคคลดังกล่าวเดินทางเข้าเยอรมนีจากประเทศอื่นที่ปลอดภัย และที่สำคัญ ศาลปกครองยังคงมีอำนาจควบคุมตรวจสอบและออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอนุญาตให้ผู้ขอลี้ภัยพำนักในเยอรมนีได้สำหรับกรณีที่มิใช่การเดินทางมาจากประเทศที่สามที่ปลอดภัยดังกล่าว²⁷⁵

ในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 16a นั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วยมติเอกฉันท์ว่า²⁷⁶ การจำกัดสิทธิที่จะลี้ภัยดังกล่าว ไม่ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะศาลเห็นว่าสิทธิในการลี้ภัยมิได้เป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และไม่ได้ละเลยหรือเพิกเฉยต่อหลักการไม่อาจละเมิดและเปลี่ยนแปลงได้ของสิทธิมนุษยชน อีกทั้งยังมีได้ขัดต่อหลักนิติรัฐ เนื่องจากการให้ส่งกลับในทันทีโดยมิต้องผลการ

²⁷⁵ Vicki Traulsen, “The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law”, (1996) German Yearbook of International Law 544, น. 548.

²⁷⁶ BVerfGE 94, 49 (1996) [248]; ประเด็นในคดีส่วนใหญ่ศาลตัดสินโดยเสียงเอกฉันท์ แต่มีบางประเด็นลงมติด้วยคะแนนเสียง 7:1, 6:2, และ 5:3.

พิจารณาคดีของศาลนั้นจะใช้แต่เฉพาะกรณีและผู้ขอลี้ภัยจะถูกส่งตัวกลับไปประเทศที่สามที่ปลอดภัยเท่านั้น²⁷⁷

3.5.3.2 คดีประเทศต้นทางที่ปลอดภัย (safe countries of origin Case)²⁷⁸

มาตรา 16a วรรคสาม กำหนดว่า กฎหมายอาจกำหนดรายชื่อรัฐซึ่งโดยพื้นฐานแห่งกฎหมาย ทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมาย และสภาพทั่วไปทางการเมือง สามารถสรุปได้อย่างแน่ชัดว่า ไม่มีการประหัตประหารทางการเมืองหรือการลงโทษหรือการปฏิบัติอย่างมิใช่มนุษย์หรือลดทอนความเป็นมนุษย์ในรัฐดังกล่าว ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ชาวต่างชาติจากรัฐดังกล่าวไม่ได้ถูกประหัตประหาร เว้นแต่เขาสามารถนำเสนอพยานหลักฐานที่พิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ได้ว่า เขาถูกประหัตประหารด้วยเหตุผลทางการเมือง²⁷⁹

ผู้ขอลี้ภัยชาวกาน่าสองคนซึ่งถูกปฏิเสธคำขอลี้ภัย เพราะกาน่าถูกจัดว่าเป็นประเทศต้นทางที่ปลอดภัย เห็นว่า การจัดกลุ่มดังกล่าวตามมาตรา 16a วรรคสาม ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และพวกเขาถูกประหัตประหารทางการเมืองที่กาน่า²⁸⁰

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยกคำร้อง เพราะเห็นว่า รัฐสภามีอำนาจวางหลักเกณฑ์และกำหนดรายชื่อประเทศต้นทางที่มีความปลอดภัยดังกล่าวได้ หากการกำหนดรายชื่อไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็สามารถควบคุมตรวจสอบได้ นอกจากนั้น องค์กรฝ่ายปกครองและศาลยังสามารถตรวจสอบสภาพข้อเท็จจริง

²⁷⁷ Vicki Traulsen, "The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law", (1996) German Yearbook of International Law 544, น. 548-549.

²⁷⁸ BVerfGE 94, 115 (1996)

²⁷⁹ By a law requiring the consent of the Bundesrat, states may be specified in which, on the basis of their laws, enforcement practices and general political conditions, it can be safely concluded that neither political persecution nor inhuman or degrading punishment or treatment exists. It shall be presumed that a foreigner from such a state is not persecuted, unless he presents evidence justifying the conclusion that, contrary to this presumption, he is persecuted on political grounds.

²⁸⁰ Vicki Traulsen, "The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law", (1996) German Yearbook of International Law 544, น. 550.

เป็นรายกรณี ๆ ได้อีกด้วย²⁸¹ นอกจากนี้ มาตรา 16a ดังกล่าวก็มีได้ขัดต่อ
มาตรา 79 (3) อีกด้วย²⁸²

3.5.3.3 คดีกระบวนการขอลี้ภัยของผู้โดยสารอากาศยาน (Airport Asylum Proceeding)²⁸³

มาตรา 16a วรรคสี่ บัญญัติว่า ในกรณีตามวรรคสามของมาตรานี้
และในกรณีอื่น ๆ ซึ่งคำขอไม่มีมูลหรือพิจารณาแล้วเห็นได้โดยง่ายว่าไม่มีมูล
การบังคับใช้มาตรการเพื่อที่จะยกเลิกการพำนักของผู้ขอลี้ภัยอาจจะถูกระงับไว้
ชั่วคราวโดยศาลได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงเกี่ยวกับความชอบด้วย
กฎหมายของมาตรการดังกล่าว ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบโดยศาลอาจถูก
จำกัดได้ คำคัดค้านเพื่อชะลอการบังคับอาจถูกเพิกเฉยได้ รายละเอียดของ
หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้จะบัญญัติไว้ในกฎหมาย²⁸⁴

ชาวโตโกคนหนึ่งเดินทางถึงสนามบินแฟรงก์เฟิร์ตจากไนจีเรีย
โดยไม่มีพาสปอร์ต ได้ยื่นเรื่องขอลี้ภัยที่สนามบิน และถูกปฏิเสธ เขาถูกกักตัวในเขต
สนามบินเพื่อรอผลการพิจารณา เขาได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองและยื่นขอคุ้มครอง
ชั่วคราวเพื่อพำนักในเยอรมนี ต่อมาศาลปกครองปฏิเสธคำขอลี้ภัย เขาจึงได้ยื่น
คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงเอกฉันท์²⁸⁵ วินิจฉัยว่า สิทธิที่จะได้รับ
การพิจารณาอย่างเป็นธรรม (Right to be heard) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 103 (1)

²⁸¹ Ibid., น. 550-551.

²⁸² BVerfGE 94, 115 (1996) [102]; ในประเด็นมาตรา 79.3 นี้ ศาลวินิจฉัยโดยมติเอกฉันท์

²⁸³ BVerfGE 94, 115 (1996)

²⁸⁴ In the cases specified by paragraph (3) of this Article and in other cases that are plainly unfounded or considered to be plainly unfounded, the implementation of measures to terminate an applicant's stay may be suspended by a court only if serious doubts exist as to their legality; the scope of review may be limited, and tardy objections may be disregarded. Details shall be determined by a law.

²⁸⁵ ทุกประเด็น ยกเว้นประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 36 วรรคสาม ประโยคเก้า แห่งรัฐธรรมนูญ
กระบวนการลี้ภัย ศาลตัดสินว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียง 5 ต่อ 3; BVerfGE 94, 115
(1996) [180].

ของเขาถูกละเมิดโดยคำพิพากษาศาลปกครอง ส่วนคำร้องอื่น ๆ ศาลสั่งยกคำร้อง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้²⁸⁶

ประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 16a วรรคสี่ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 79 (3) ดังเหตุผลที่ให้ไว้ในคดีการขอลี้ภัย - ประเทศที่สามที่ปลอดภัย (safe third countries Case)²⁸⁷

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายกระบวนกรขอลี้ภัยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะมาตรา 16a วรรคสี่ให้ดุลพินิจแก่รัฐสภาที่จะกำหนดว่า คำขอลี้ภัยไม่มีมูล มีลักษณะเช่นไร

ประการที่สาม สิทธิพำนักในเยอรมนีเป็นการชั่วคราวเพื่อรอคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิที่จะลี้ภัย ซึ่งการยกเลิกสิทธิดังกล่าวอาจเป็นกรณีที่ไม่ให้เข้าประเทศตั้งแต่แรกหรือการส่งตัวออกนอกประเทศในภายหลัง และศาลปกครองก็มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองตีความคำว่า คำร้องไม่มีมูล ถูกต้องภายใต้กรอบแห่งกฎหมายหรือไม่

ประการที่สี่ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปแทรกแซงการวินิจฉัยข้อกฎหมายของศาลปกครอง เว้นแต่เป็นกรณีที่ศาลปกครองมิได้ให้น้ำหนักแก่การคุ้มครองสิทธิที่จะลี้ภัยอย่างถูกต้อง เพื่อที่จะพัฒนาหลักกฎหมายและกระบวนกรพิจารณาคดี หรือศาลได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาดอย่างชัดเจน

3.5.4 คดีการตรวจตราบ้านพักอาศัยโดยทางเสียง (Acoustical Surveillance of Homes Case)²⁸⁸

กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 13 รับรองหลักการละเมิดมิได้ของเคหะสถาน (the inviolability of the home)²⁸⁹ ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมาย

²⁸⁶ Vicki Traulsen, "The German Federal Constitutional Court's Decision on Asylum Law", (1996) German Yearbook of International Law 544, น. 552-554.

²⁸⁷ BVerfGE 94, 49 (1996)

²⁸⁸ BVerfGE 109, 279 (2004); คำแปลภาษาอังกฤษของคำวินิจฉัยนี้ โปรดดู Tony Weir (ผู้แปล) <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=658> เข้าถึงเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2563.

²⁸⁹ Basic Law 1949, ARTICLE 13 [INVIOABILITY OF THE HOME]

(1) The home is inviolable.

แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน 26 มีนาคม 1998 ในวรรคสามถึงวรรคหก²⁹⁰ แต่มีประเด็นที่ถกเถียงกันมากอยู่ที่วรรคสาม²⁹¹ ความว่า “ถ้ามีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดยืนยันข้อสงสัยที่ว่า บุคคลหนึ่งได้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมร้ายแรงที่ระบุไว้ในกฎหมาย ศาลอาจสั่งอนุญาตให้ใช้เครื่องมือเทคนิคทางเสียงเพื่อการการตรวจสอบดักฟังในบ้านที่เชื่อได้ว่า ผู้ต้องสงสัยนั้นได้พำนักอยู่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการฟ้องคดีผู้กระทำความผิด ถ้าหากว่า วิธีการอื่น

(2) Searches may be authorised only by a judge or, when time is of the essence, by other authorities designated by the laws and may be carried out only in the manner therein prescribed.

(3) If particular facts justify the suspicion that any person has committed an especially serious crime specifically defined by a law, technical means of acoustical surveillance of any home in which the suspect is supposedly staying may be employed pursuant to judicial order for the purpose of prosecuting the offence, provided that alternative methods of investigating the matter would be disproportionately difficult or unproductive. The authorisation shall be for a limited time. The order shall be issued by a panel composed of three judges. When time is of the essence, it may also be issued by a single judge.

(4) To avert acute dangers to public safety, especially dangers to life or to the public, technical means of surveillance of the home may be employed only pursuant to judicial order. When time is of the essence, such measures may also be ordered by other authorities designated by a law; a judicial decision shall subsequently be obtained without delay.

(5) If technical means are contemplated solely for the protection of persons officially deployed in a home, the measure may be ordered by an authority designated by a law. The information thereby obtained may be otherwise used only for purposes of criminal prosecution or to avert danger and only if the legality of the measure has been previously determined by a judge; when time is of the essence, a judicial decision shall subsequently be obtained without delay.

²⁹⁰ โปรดดู ความเป็นมาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ใน Jutta Stender-Vorwachs, “The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space”, Vol. 5 No. 11 German Law Journal (2004) 1338, น. 1340-1343.

²⁹¹ เหตุที่มีการคัดค้านกันมาก เนื่องจาก ชาวเยอรมันเคยเผชิญกับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น การติดตั้งดักฟังในบ้านในยุคนาซี และต่อมา ในดินแดนเยอรมนีตะวันออก โดยตำรวจลับ Stasi; โปรดดู Nicolas Nohlen, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case”, 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, น. 680.

ในการสืบสวนเหตุกระทำความผิดดังกล่าว ไม่ได้ผล หรือเป็นการยากเกินสมควร การสั่งอนุญาตดังกล่าวต้องมีระยะเวลาที่จำกัด และคำสั่งศาลต้องออกโดยองค์คณะผู้พิพากษาสามท่าน เว้นแต่เป็นกรณีเร่งด่วนจำเป็น อาจออกโดยผู้พิพากษาท่านเดียวได้”

ต่อมาในเดือนพฤษภาคมปีเดียวกัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code of Criminal Procedure–Strafprozessordnung (StPO)) หลายมาตราเพื่ออนุวัติการมาตรา 13 (3) ของกฎหมายพื้นฐานที่แก้ไขใหม่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม อาทิ มาตรา 100c (1) no.3 เกี่ยวกับการตรวจสอบทางเสียงและใช้สื่อบันทึกเสียงในเคหสถาน มีการระบุฐานความผิดเกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมและบางฐานความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐไว้ด้วย มาตรา 100 (d) (3) การรับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดี มาตรา 101 หน้าที่ในการแจ้งผู้ที่ถูกเป็นเป้าหมาย ฯลฯ²⁹²

ในปี 1999 ผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐกรณีนี้ 7 คนได้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญสองฉบับโต้แย้งว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานมาตรา 13 (3) ขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code of Criminal Procedure–Strafprozessordnung (stPO) มาตรา 100c (1) no.3 ขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน ในประเด็นละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 สารระสำคัญแห่งหลักการละเมิดมิได้ของเคหสถานตามมาตรา 13 ตามมาตรา 19 (2) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาการละเมิดสิทธิโดยองค์กรศาลตามมาตรา 19 (4) และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 103 (1)²⁹³

²⁹² Jutta Stender-Vorwachs, “The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space”, Vol. 5 No. 11 German Law Journal (2004) 1338, n. 1338-1339.

²⁹³ Ibid., n. 1339.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดัตช์ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก 6 ต่อ 2 เสียงว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานมาตรา 13 (3) ไม่ขัดต่อมาตรา 79 (3)²⁹⁴ เนื่องจากหลักการอันละเมิดมิได้ของเคหสถานนั้นเชื่อมโยงมาจากหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น มนุษย์ทุกคนจึงมีสิทธิในพื้นที่อันเป็นส่วนตัว (a sphere of intimacy) ที่เขาสามารถสนทนาสื่อสารเรื่องราวส่วนตัวของเขาได้โดยไม่ต้องเกรงว่ารัฐจะเข้ามาสอดรู้ได้ พื้นที่ส่วนบุคคลนี้ย่อมรวมถึงการสื่อสารในเรื่องที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ ระหว่างบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นต่อการพัฒนาบุคลิกภาพของเขา แม้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด การสนทนาระหว่างเขากับญาติพี่น้องอันสนิทของเขา และบุคคลอื่นที่เขาไว้วางใจ อาทิ ทนายความ พระ หรือหมอ ในพื้นที่ส่วนตัวมาก ๆ นี้ สิทธิส่วนบุคคลของเขา (right to privacy) ย่อมถือเป็นเด็ดขาด และรัฐไม่อาจจะแทรกแซงแม้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรมก็ตาม²⁹⁵

ในด้านหนึ่ง อาจมองได้ว่า มาตรา 13 (3) ที่แก้ไขใหม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะอนุญาตให้รัฐเข้าแทรกแซงพื้นที่อันเป็นส่วนบุคคลตามหลักการอันละเมิดมิได้ของเคหสถานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากกลับมองว่า มาตรา 13 (3) ดังกล่าวให้อำนาจแก่รัฐสภาในอันที่จะตรากฎหมายเฉพาะในขอบเขตที่สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังกล่าวเท่านั้น การสอดรู้ ดักฟัง และบันทึกการสนทนาโต้ตอบของบุคคลในเคหสถานโดยใช้เครื่องมือเสียงอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจมีทั้งกรณีที่ไม่ละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิส่วนบุคคลในบริบทที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ (the core intimate area of privacy) ดังกล่าว และอาจมีกรณีที่ไม่ละเมิด เพราะการสนทนาของบุคคลอยู่นอกเหนือบริบทที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ

การสนทนานอกเหนือบริบทที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ แม้เกิดขึ้นในอาณาบริเวณเคหสถาน หากเกี่ยวกับการกระทำความผิดหรือแผนการที่จะ

²⁹⁴ Nicolas Nohlen, "Germany: The Electronic Eavesdropping Case", 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, n. 681.

²⁹⁵ Ibid., n. 682.

กระทำผิด รัฐจึงสามารถเข้าแทรกแซงได้ ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่ออนุญาตให้มีการสอดรู้ ดักฟัง และบันทึกการสนทนาได้ตอบของบุคคลในเคหสถาน ซึ่งมีใช้การสนทนาที่เกิดขึ้นในบริบทที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ ดังกล่าว ย่อมไม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²⁹⁶

ตุลาการเสียงข้างน้อยสองท่านเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 (3) ขัดต่อมาตรา 79 (3) และใช้บังคับมิได้ เพราะละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 เนื่องจาก จริงอยู่การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นสมควรตีความอย่างเป็นระบบ ให้สอดคล้องกับหลักการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานอย่างใดก็ตาม การตีความรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อที่จะตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขัดต่อหลักการพื้นฐานที่รับรองไว้ในมาตรา 79 (3) หรือไม่นั้น ต้องตีความบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอิสระจากบทบัญญัติอันเป็นโครงสร้างรัฐธรรมนูญ การที่ตุลาการเสียงข้างมากตีความมาตรา 13 (3) ที่แก้ไขใหม่ให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยแยกออกเป็นสองกรณีข้างต้น จึงเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้อง เป็นการลดทอนระดับความสำคัญของหลักการพื้นฐานตามมาตรา 79 (3) ให้เป็นเพียงเครื่องมือในการตีความ หาใช่ข้อจำกัดในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่²⁹⁷

ในประเด็นนี้ Nicolas Nohlen ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจมากกว่า การตีความมาตรา 13 (3) ที่แก้ไขใหม่ของตุลาการเสียงข้างมากนั้น ไม่สอดคล้องกับลายลักษณ์อักษรของบทบัญญัติ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีส่วนไหนที่อนุญาตให้จำกัดแทรกแซงสิทธิส่วนบุคคลในเคหสถานได้เลย ตุลาการเสียงข้างมากในคดีได้ใช้วิธีตีความแบบโครงสร้างนิยม เพื่อให้บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ²⁹⁸

²⁹⁶ Ibid., น. 682-683.

²⁹⁷ Jutta Stender-Vorwachs, "The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space", Vol. 5 No. 11 German Law Journal (2004) 1338, น. 1339; Nicolas Nohlen, "Germany: The Electronic Eavesdropping Case", 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, น. 685.

²⁹⁸ Nicolas Nohlen, "Germany: The Electronic Eavesdropping Case", 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, น. 683.

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญโดยมติเอกฉันท์วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่หลายมาตรา ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 และหลักการอันละเมิดมิได้ของเคหสถานตามมาตรา 13 (3) เพราะตรขึ้นโดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อสอดรู้ ดักฟัง และบันทึกการสนทนาโต้ตอบของบุคคลในเคหสถาน ได้ทั้งในกรณีบริบทที่เป็นส่วนตัวมาก ๆ และในกรณีบริบทที่มีได้เป็นส่วนตัวมากดังกล่าวเกินขอบเขตที่มาตรา 13 (3) อนุญาตให้กระทำได้ ทั้งยังขัดต่อมาตรา 19 (4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรศาล และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรมตามมาตรา 103 (1)²⁹⁹ ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญให้เวลารัฐสภาจนถึงเดือนมิถุนายน 2005 ไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้สอดคล้องกับหลักการที่ศาลวางไว้³⁰⁰

3.6 ข้อสังเกตของผู้วิจัย

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ขยายอำนาจเข้าตรวจสอบรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองอำนาจไว้อย่างแจ่มชัด โดยถือว่า “รัฐบัญญัติ” ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ เป็น “กฎหมาย” ในรูปแบบหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ เพื่อพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งหลักการที่ปรากฏในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3)

อำนาจศาลในเรื่องนี้ครอบคลุมทั้งการตรวจสอบในเชิงรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามเคยมีกรณีที่ศาลเข้าตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงและในคดีที่ตรวจสอบเนื้อหา ศาลก็ยังไม่เคยวินิจฉัยว่า ขัดต่อมาตรา 79 (3)

²⁹⁹ Jutta Stender-Vorwachs, “The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space”, Vol. 5 No. 11 German Law Journal (2004) 1338, น. 1345-1347.

³⁰⁰ Nicolas Nohlen, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case”, 3 International Journal of Constitutional Law (2005) 680, น. 681.

สิ่งที่น่าสนใจมากเกี่ยวกับคดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็คือ การตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลพยายามตีความรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิให้ขัดต่อหลักการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (3) หรืออีกนัยหนึ่ง ศาลตีความหลักการต่าง ๆ ตามมาตรา 79 (3) อย่างแคบ โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้น จึงต้องไม่ตีความในลักษณะที่จะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กรณีจึงเป็นดังที่ Yaniv Roznai ตั้งข้อสังเกตว่า ศาลเยอรมันใช้มาตรฐานการยกเลิกหรือล้มล้างขั้นพื้นฐาน (fundamental abandonment standard) กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะขัดต่อมาตรา 79 (3) เมื่อเนื้อหา มีลักษณะร้ายแรงถึงขั้นทำลายล้างหลักการที่มาตรา 79 (3) กำหนดไว้³⁰¹

³⁰¹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017). P. 221.

บทที่ 4

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

4.1 ข้อมูลพื้นฐาน

4.1.1 รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้

ข้อมูลหนึ่งที่ไม่สามารถปฏิเสธได้เลยคือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ที่ตราขึ้นและใช้บังคับอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 คือหนึ่งในรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นโดยการเปลี่ยนผ่านที่ราบรื่นมากที่สุดฉบับหนึ่งของโลก¹

แม้ตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 17 ไปจนถึงปลายศตวรรษที่ 19 ประเทศแอฟริกาใต้จะตกอยู่ภายใต้การปกครองและการกดขี่ของชนชั้นนำผิวขาวชาวดัตช์และอังกฤษ ซึ่งไม่เพียงนำเอาระบบทาสเข้ามาในประเทศ แต่ยังนำเอาการปกครองในลักษณะของการแบ่งแยกและปกครองมาใช้เพื่อกดขี่ให้ชาวแอฟริกันผิวดำในประเทศออกมาเคลื่อนไหวทางการเมือง² แต่การเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องและกดดันให้มีการเปลี่ยนแปลงประเทศไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ยังคงมีขึ้นอย่างต่อเนื่องอันเป็นผลมาจากความพยายามในการเรียกร้องและเคลื่อนไหวของกลุ่มนักสู้ทางการเมืองผิวสีซึ่งบ้างก็ถูกจับหรือถูกสังหารตลอดช่วงทศวรรษที่ 1990³ อย่างไรก็ตาม ผลลัพธ์ของการต่อสู้และการกดดัน รวมทั้งปัจจัยต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจนำมาสู่การยินยอมของชนชั้นผู้ปกครองให้พรรคการเมืองต่าง ๆ มากกว่า 26 พรรค เข้ามามีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรองเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอันจะนำไปสู่การยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อไปโดยในวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1994 รัฐบาลของชนผิวขาวกลุ่มสุดท้าย (Last Apartheid Parliament) ได้ลงนามประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

¹ Jessica Piombo, *Institutions, Ethnicity, and Political Mobilization in South Africa* (New York: Palgrave Macmillan, 2009). pp.1-4

² www.gov.za/about-sa/history

³ Tsakani Ngomane and Constance Flanagan, "The Road to Democracy in South Africa," *Peace Review* 15, 3 (2003). p.267

อันเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามกอบกู้สังคมจากความขัดแย้งทางสีผิว และนำไปสู่การสร้างรัฐธรรมนูญที่หล่อหลอมสังคมให้เป็นหนึ่งเดียวบนพื้นฐานของความหลากหลายได้ในภายหลัง⁴

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้นถูกร่างโดยสภานิติบัญญัติที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน เมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1994 โดยสภานิติบัญญัติทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวกำหนดไว้ในตารางแนบที่ 4 (Schedule 4) ซึ่งกำหนดหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไว้ทั้งสิ้น 34 ประการ ตั้งแต่รูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง การรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน การเคารพในเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในทางศาล รวมถึงการห้ามเลือกปฏิบัติไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม อันเป็นผลสืบเนื่องโดยตรงจากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวภายใต้การหารือร่วมกันระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁵

4.1.2 โครงสร้างทางการเมืองของแอฟริกาใต้

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1996 ปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ และแบ่งเขตการปกครองออกเป็นจังหวัดต่าง ๆ รวม 9 จังหวัด เมืองเคิร์กฟู้ธี่ใช้อำนาจอธิปไตยภายในประเทศแบ่งออกเป็นสามฝ่าย ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ⁶

องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศแอฟริกาใต้ นั้นเรียกโดยรวมว่ารัฐสภา โดยในรัฐสภาจะถูกแบ่งออกเป็นสองสภาย่อยที่สะท้อนการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐ ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร (National Assembly) ประกอบไปด้วยสมาชิกผู้มาจากการเลือกตั้งของประชาชนผู้มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไป รวมทั้งสิ้น

⁴ Joh J. van Tonder, "The Salient Features of the Interim Constitution," in South Africa: Designing New Political Institutions, ed. Murray Faure and Jan-Erik Lane (California: SAGE Publications Ltd, 1996). p.12

⁵ Act NO. 200 of 1993: Constitution of the Republic of South Africa, 1993, Schedule 4.

⁶ Government of South Africa, "Structure and Functions of the South African Government," [Online] Accessed: 2 March 2020. Available from: <https://www.gov.za/about-government/government-system/structure-and-functions-south-african-government>

350-400 คน โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะทำหน้าที่หลักในการตรากฎหมาย และควบคุมการทำงานของรัฐบาลให้เป็นไปตามความต้องการของประชาชน และจะอยู่ในตำแหน่งเป็นระยะเวลารวมทั้งสิ้น 5 ปี⁷

สำหรับสภาอีกสภาหนึ่ง มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่าคณะมนตรีประจำมณฑลแห่งชาติ (National Council of Provinces)⁸ อันประกอบไปด้วยบรรดาผู้แทนที่ได้รับการแต่งตั้งจากจังหวัดต่าง ๆ เข้ามาทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของจังหวัดของตน รวมทั้งสิ้น 90 คน ซึ่งสมาชิกทั้ง 90 คนนี้จะมาจากผู้แทนของจังหวัดต่าง ๆ ทั้ง 9 จังหวัดภายในเขตการปกครองจังหวัดละ 10 คน⁹

ในส่วนของฝ่ายบริหารนั้น ประธานาธิบดีจะดำรงตำแหน่งในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารและประมุขของรัฐไปพร้อมกัน โดยผู้ที่จะขึ้นมาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีได้จะต้องเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรและต้องดำรงตำแหน่งโดยการเคารพความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและเคารพความไว้วางใจของสภา ในการนี้ ประธานาธิบดีจะเลือกบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นรองประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรีขึ้นมาจำนวนหนึ่งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และอาจเลือกบุคคลภายนอกจำนวนไม่เกินสองคน เข้ามาดำรงตำแหน่งในคณะรัฐมนตรีเพื่อทำหน้าที่ในฐานะฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีผูกติดอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร คือดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี และไม่สามารถดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าสองวาระได้¹⁰

สำหรับฝ่ายตุลาการนั้น มาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดลำดับชั้นศาลไว้ โดยแบ่งเป็นสี่ลำดับ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)

⁷ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 42, 46, and 49

⁸ คำแปลชื่อเรียกตามที่ปรากฏในรายงานคณะกรรมการการศึกษา สภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 24 เรื่องสรุปผลการเดินทางไปศึกษาดูงาน เจริญธุรกิจ และหารือความร่วมมือด้านการศึกษา ณ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ หน้าที่ 17

⁹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 42, and 60

¹⁰ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 83, 86, 88 and 91

เป็นศาลที่มีอำนาจสูงสุดในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลอุทธรณ์สูงสุด (The Supreme Court of Appeal) เป็นศาลในระบบศาลยุติธรรมที่มีอำนาจสูงสุด โดยจะรับพิจารณาเฉพาะคดีที่ถูกอุทธรณ์มาจากศาลสูงอีกต่อหนึ่ง ศาลสูง (The High Court) ทำหน้าที่พิจารณาคดีที่มีความร้ายแรงในลักษณะที่ไม่สามารถดำเนินการพิจารณาโดยศาลที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าได้ ทั้งนี้ ศาลสูงจะกระจายตัวอยู่ตามภูมิภาคต่าง ๆ และยังมีศาลชำนาญพิเศษ เช่น ศาลแรงงาน ศาลที่ดิน ศาลเลือกตั้ง และศาลภาษีอากรเป็นส่วนหนึ่งของศาลสูงด้วย โดยศาลชั้นต้น (Magistrate's Court) ถือเป็นศาลระดับล่างสุดในระบบศาลของประเทศแอฟริกาใต้ แบ่งออกเป็นสองระดับ คือ ศาลชั้นต้นในระดับภูมิภาคซึ่งพิจารณาเฉพาะคดีอาญา และศาลชั้นต้นในระดับเขต ที่ดูแลทั้งคดีในส่วนแพ่งและส่วนอาญา¹¹

4.1.3 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้นั้นเกิดขึ้นบนฐานความคิดของความพยายามที่จะสร้างองค์กรตุลาการขึ้นมาเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ปกป้องความต้องการของชนกลุ่มน้อย และคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน¹² ซึ่งจะต้องเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นบนรากฐานของความหลากหลายอันเป็นธรรมชาติของประชาชนชาวแอฟริกาใต้

การจัดสร้างศาลรัฐธรรมนูญถูกบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับปี ค.ศ. 1993 โดยในมาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวกำหนดให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบไปด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน ร่วมกันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 10 คน ทำหน้าที่พิจารณาบรรดาอรรถคดีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในเรื่องของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญ

¹¹ The Judicial authority of the Republic of South Africa, "The South African Judicial System," [Online] Accessed: 2 March 2020. Available from: <https://www.judiciary.org.za/index.php/the-south-african-judicial-system>

¹² Kieran O'Malley, "The Constitutional Court," in South Africa: Designing New Political Institutions, ed. Murray Faure and Jan-Erik Lane (California: SAGE Publications Ltd, 1996). p.75

รับรองและคุ้มครอง การขัดแย้งกันในเชิงอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะถูกก่อตั้งขึ้นให้มีอำนาจที่จำกัดเฉพาะที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดโดยผูกพันให้ประชาชนและองค์กรทั้งหลายของรัฐต้องปฏิบัติตาม¹³

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญชั่วคราวกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เลือกประธานและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่ปรึกษากับหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยบุคคลผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติแอฟริกาใต้ นอกจากนี้ ประธานาธิบดียังจะต้องเลือกตุลาการสำรองไว้ในกรณีที่ตุลาการหลักไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อีกด้วย¹⁴

กระบวนการคัดเลือกโดยมอบอำนาจในการตัดสินใจให้กับประธานาธิบดีเช่นนี้ถูกส่งผ่านมายังรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1996 และภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้เองที่มีการกำหนดวาระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะดำรงตำแหน่งอยู่ได้คราวละ 12 ปี หรือจนกว่าตุลาการท่านนั้นจะอายุครบ 70 ปีบริบูรณ์ ขึ้นอยู่กับวาระระยะเวลาใดมาถึงก่อน และจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเท่านั้น¹⁵ และในการพิจารณารรคดีจะต้องมีตุลาการไม่น้อยกว่า 8 คนนั่งเป็นองค์คณะวินิจฉัย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ตุลาการทั้ง 11 คนจะวินิจฉัยคดีร่วมกัน โดยจะพิจารณาจากพยานเอกสารเป็นหลักและจะไม่มี การออกนั่งพิจารณาคดี¹⁶

¹³ Act NO. 200 of 1993: Constitution of the Republic of South Africa, 1993, article 98

¹⁴ Ibid., article 99

¹⁵ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 176 (1), “A Constitutional Court judge holds office for a non-renewable term of 12 years, or until he or she attains the age of 70, whichever occurs first, except where an Act of Parliament extends the term of office of a Constitutional Court judge.”

¹⁶ Constitutional Court of South Africa, “Role of the Constitutional Court,” [Online] Accessed: 3 March 2020. Available from: <https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/role>

ภายใต้มาตรา 167 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลสูงสุดของประเทศซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามความที่กำหนดในมาตรา 167 (3) ได้แก่ การวินิจฉัยบรรทัดที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือวินิจฉัยบรรทัดอื่นใดซึ่งมีความเกี่ยวพันกับการตีความหรือการปรับใช้รัฐธรรมนูญ หรือเป็นคดีที่มีการโต้แย้งกันเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายอันมีความสำคัญต่อสาธารณรัฐ และจำต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ทั้งนี้ มาตรา 167 (4) ยังได้กำหนดถึงเขตอำนาจเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญไว้อีกว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะในระดับประเทศหรือระดับท้องถิ่นในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งในเรื่องสถานะขององค์กรหรืออำนาจขององค์กร รวมทั้งพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และพิจารณาคำร้องที่เกี่ยวข้องกับการร้องว่ารัฐสภาหรือประธานาธิบดีล้มเหลวในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

สำหรับภาพรวมของกระบวนการพิจารณาคดีนั้น อำนาจหน้าที่และกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานสองฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ (Rule of The Constitutional Court) ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2003 โดยตัวรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ในการกำหนดสถานะและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในภาพรวม ส่วนตัวข้อกำหนดนั้นจะวางรายละเอียดในเชิงองค์กรและกำหนดกระบวนการพิจารณาในรายละเอียด

โดยทั่วไปแล้ว คดีจะเข้าสู่การพิจารณาของศาลในสี่ช่องทางสำคัญ ได้แก่ ช่องทางแรก ในกรณีที่มีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลสูง (High Court) หรือศาลอุทธรณ์สูงสุด (Supreme Court of Appeal) ช่องทางที่สอง คือการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ทำหน้าที่เป็นศาลสุดท้ายในการพิจารณาคดีเนื่องจากความเร่งด่วนของคดี ช่องทางที่สาม คือกรณีที่หากศาลสูงได้วินิจฉัยให้กฎหมายทั้งในระดับประเทศหรือในระดับท้องถิ่นอันเกี่ยวข้องกับคดี รวมถึงการกระทำ

บางประการของประธานาธิบดีมีลักษณะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องส่งเรื่องดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันความถูกต้องของคำวินิจฉัยเสมอ หรือในอีกกรณีหนึ่ง อาจเป็นกรณีที่ผู้ร้องอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลสูงมายังศาลรัฐธรรมนูญโดยชี้ให้เห็นว่าประเด็นที่ศาลสูงวินิจฉัยนั้น มีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ได้ โดยในกรณีหลังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้พิจารณาอีกครั้งหนึ่งว่าจะรับคดีไว้พิจารณาอันเนื่องมาจากมีความสำคัญต่อการตีความรัฐธรรมนูญหรือไม่ และช่องทางที่สี่ คือกรณีที่รัฐสภาร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁷

ในการพิจารณาคดี ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องมีตุลาการอย่างน้อยแปดคนในการพิจารณาคดี แต่โดยทั่วไปแล้วตุลาการทั้งหมดจะออกนั่งพิจารณาคดีร่วมกัน ซึ่งในการพิจารณาคดีนั้นจะเน้นการพิจารณาคดีจากเอกสารและบันทึกต่าง ๆ เป็นสำคัญ โดยจะไม่มี การออกนั่งพิจารณาเนื่องจากโดยทั่วไปแล้วศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่หลักคล้ายกับศาลที่รับอุทธรณ์บรรดาอรรถคดีทั้งหลายมาอีกต่อหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ตามความในข้อ 11 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ อาจมีการเรียกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดีทำคำให้การมาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้โดยขั้นตอนของการให้ส่งความเห็นนี้ลักษณะที่แตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทคดี¹⁸

การพิจารณาคดีนั้น ตุลาการแต่ละคนจะต้องทำความเข้าใจส่วนตนที่มีต่อคดีนั้น ๆ มาเสนอต่อที่ประชุมและประธานศาลรัฐธรรมนูญจะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งทำหน้าที่เป็นผู้รับผิดชอบหลักในการจัดทำคำพิพากษาซึ่งจะต้องถูกปรับแก้จนกว่าคำพิพากษานั้นจะได้รับความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากของบรรดาตุลาการผู้เข้าร่วมกระบวนการ และเมื่อจัดทำคำพิพากษาจนเสร็จสิ้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะออกนั่งบัลลังก์เพื่ออ่านคำพิพากษาต่อไป¹⁹

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

4.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ประเทศแอฟริกาใต้เป็นหนึ่งในประเทศที่มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ซับซ้อน ไม่ใช่เพราะตัวกระบวนการเองแต่เพราะรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้เปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ในทุกบทมาตรา แต่แบ่งรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แตกต่างกันออกไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 74 ว่าด้วยการเสนอรัฐบัญญัติเพื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

4.2.1 การเตรียมการและการเสนอร่างรัฐบัญญัติเพื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 73 ซึ่งนำมาใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยนั้น บุคคลที่มีสิทธิจะเสนอร่างรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ประกอบด้วย คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีช่วยว่าการหรือสมาชิกของคณะกรรมการการประจำสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น²⁰

ผู้ที่ยื่นขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องยื่นร่างรัฐบัญญัติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสภาผู้แทนราษฎร อย่างไรก็ตาม สภาผู้แทนราษฎรจะไม่สามารถพิจารณาร่างรัฐบัญญัติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ในห้วงเวลา 30 วันนับตั้งแต่วันที่มีการยื่นขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่อยู่ในสมัยประชุม หรือนับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรได้รับร่างรัฐบัญญัติในกรณีที่มีการเสนอร่างรัฐบัญญัตินั้นอยู่นอกสมัยประชุม²¹

ทั้งนี้ ภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 30 วันก่อนที่ผู้มีอำนาจเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำการเสนอร่างรัฐบัญญัตินั้นต่อสภาผู้แทนราษฎร

²⁰ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 73 (2), “Only a Cabinet member or a Deputy Minister, or a member or committee of the National Assembly, may introduce a Bill in the Assembly...”

²¹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 74 (7) (a), “A Bill amending the Constitution may not be put to the vote in the National Assembly within 30 days of
(a) its introduction, if the Assembly is sitting when the Bill is introduced
(b) its tabling in the Assembly, if the Assembly is in recess when the Bill is introduced.”

ผู้เสนอร่างจะต้องนำเอาร่างดังกล่าวประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษาเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณชน พร้อมทั้งส่งไปให้คณะมนตรีประจําณพลแห่งชาติ ในกรณีที่เป็นเพื่อประกอบการพิจารณาลงมติ โดยต้องรวบรวมความคิดเห็นดังกล่าวจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อส่งต่อไปยังสภาผู้แทนราษฎรและคณะมนตรีประจําณพลแห่งชาติในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดก่อนที่จะมีการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ในกรณีที่บทบัญญัติตามร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจังหวัดต่าง ๆ ผู้เสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องส่งร่างรัฐบัญญัตินั้นไปยังสภานิติบัญญัติของแต่ละจังหวัดเพื่อให้พิจารณาให้ความเห็นก่อนด้วย²²

4.2.2 การพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรายละเอียดแห่งการพิจารณาไว้โดยเฉพาะและไม่ได้ให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรและคณะมนตรีประจําณพลแห่งชาติในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เว้นแต่จะเป็น

²² Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 74 (5), (6), “ (5) At least 30 days before a Bill amending the Constitution is introduced in terms of section 73(2), the person or committee intending to introduce the Bill must

(a) publish in the national Government Gazette, and in accordance with the rules and orders of the National Assembly, particulars of the proposed amendment for public comment;

(b) submit, in accordance with the rules and orders of the Assembly, those particulars to the provincial legislatures for their views; and

submit, in accordance with the rules and orders of the National Council of Provinces, those particulars to the Council for a public debate, if the proposed amendment is not an amendment that is required to be passed by the Council.

(6) When a Bill amending the Constitution is introduced, the person or committee introducing the Bill must submit any written comments received from the public and the provincial legislatures

(a) to the Speaker for tabling in the National Assembly; and

(b) in respect of amendments referred to in subsection (1), (2) or (3)(b), to the Chairperson of the national council of provinces for tabling in the Council.”

กรณีที่ได้รับข้อทักท้วงจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ดังนั้น หน้าที่สำคัญของสภาผู้แทนราษฎรและ คณะมนตรีประจําฉนวนทลแห่งชาติ ในการพิจารณา ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้นคือการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบกับร่างดังกล่าว ทั้งนี้ ในการพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบ ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาได้โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

4.2.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมความในส่วนที่ 1 และส่วนที่ว่่าด้วย กระบวนการนิติบัญญัติของรัฐธรรมนูญ²³

ความในส่วนที่ 1 ของรัฐธรรมนูญถูกเรียกว่าเป็นความพื้นฐาน (Founding Provisions) และส่วนที่ว่่าด้วยกระบวนการนิติบัญญัตินั้น ถือเป็นหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ ซึ่งการจะแก้ไขเพิ่มเติมความในส่วนนี้ จะต้องทำโดยมีเงื่อนไขที่ยากที่สุดในบรรดาการแก้ไขทั้งหมด กล่าวคือ

ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความในส่วนที่ 1 และบทบัญญัติว่่าด้วยการตรากฎหมายของรัฐธรรมนูญแล้ว หากประสงค์จะให้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของสมาชิกทั้งหมด และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้แทนของกลุ่มจังหวัดในคณะมนตรีประจําฉนวนทลแห่งชาติ อย่างน้อย 6 กลุ่มจังหวัดด้วย

4.2.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมความในส่วนที่ 2 ของรัฐธรรมนูญ²⁴

ส่วนที่สองของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้คือส่วนที่บัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพซึ่งรู้จักในชื่อ Bill of Rights อันเป็นหนึ่งในหัวใจสำคัญ

²³ Ibid., article 74 (1), “Section 1 and this subsection may be amended by a Bill passed by
(a) the National Assembly, with a supporting vote of at least 75 per cent of its members; and
(b) the National Council of Provinces, with a supporting vote of at least six provinces.”

²⁴ Ibid., article 74 (2), “Chapter 2 may be amended by a Bill passed by
(a) the National Assembly, with a supporting vote of at least two thirds of its members; and
(b) the National Council of Provinces, with a supporting vote of at least six provinces.”

ของรัฐธรรมนูญและมีขั้นตอนในการให้ความเห็นชอบยกรงลงมาจากการแก้ไข
ความใน ส่วนที่ 1 และบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการนิติบัญญัติ

ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรและคณะมนตรีประจําณฑล
แห่งชาติ ได้พิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับส่วน
ของ Bill of Rights แล้ว และประสงค์ที่จะให้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ
จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3
ของสมาชิกที่มีอยู่ และจะต้องได้รับการสนับสนุนจากผู้แทนของกลุ่มจังหวัดใน
คณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ อย่างน้อย 6 กลุ่มจังหวัดด้วย

4.2.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมความในส่วนอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ²⁵

ในกรณีที่ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการแก้ไข
ความในส่วนที่นอกเหนือจากสิ่งที่กล่าวมาแล้วในข้อ 4.2.2.1 และ 4.2.2.2 การแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงมติเห็นชอบให้
ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับใช้สามารถทำได้โดยง่ายกว่าสองส่วนแรก

ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว หากมีความประสงค์จะให้ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญในส่วนนี้ได้รับการประกาศใช้ต่อไป สภาผู้แทนราษฎรจะต้องให้การ
รับรองโดยอาศัยเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกที่มีอยู่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่ต้องอาศัย
การรับรองจากคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นกรณีที่
ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจก่อให้เกิดผลกระทบกับ
คณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ หรือมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงขอบเขต

²⁵ Ibid., article 74 (3), “Any other provision of the Constitution may be amended by a Bill passed

(a) by the National Assembly, with a supporting vote of at least two thirds of its members; and

(b) also by the National Council of Provinces, with a supporting vote of at least six provinces, if the amendment

(i) relates to a matter that affects the Council;

(ii) alters provincial boundaries, powers, functions or institutions; or

(iii) amends a provision that deals specifically with a provincial matter.”

เชิงพื้นที่ อำนาจ การทำงาน หรือโครงสร้างองค์กรของจังหวัด หรือ ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับจังหวัดต่าง ๆ ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ซึ่งในกรณีเช่นว่านี้ นอกจากจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาผู้แทนราษฎรตามที่กล่าวไปแล้ว ยังจะต้องได้รับการสนับสนุนจากผู้แทนของกลุ่มจังหวัดในคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ อย่างน้อย 6 กลุ่มจังหวัดด้วย

ทั้งนี้ ในกรณีที่สมาชิกผู้แทนในคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ เห็นว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อจังหวัดนั้น มุ่งที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งหรือกลุ่มจังหวัดหนึ่งจังหวัดใดโดยเฉพาะ คณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติมีสิทธิที่จะไม่ให้การรับรองร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวจนกว่าสภานิติบัญญัติในจังหวัดที่เกี่ยวข้องจะให้ความเห็นชอบในร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้²⁶

4.2.3 การประกาศใช้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรและคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ ได้ให้การรับรองร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ขั้นตอนสุดท้ายนั้นคือการประกาศใช้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ อันจะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลโดยสมบูรณ์

สำหรับขั้นตอนนี้ ความในมาตรา 74 (9) ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1996 ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการใด ๆ เป็นพิเศษเพียงแต่กำหนดให้ส่งต่อร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับการให้ความเห็นชอบไปยังประธานาธิบดีเพื่อให้ดำเนินการให้การรับรองเท่านั้น²⁷

อย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 79 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1996 ประธานาธิบดีอาจเลือกหรือไม่เลือกที่จะรับรองร่างรัฐบัญญัติที่ถูกส่งมาก็ได้

²⁶ Ibid., article 74 (8), “If a Bill referred to in subsection (3)(b), or any part of the Bill, concerns only a specific province or provinces, the national council of provinces may not pass the Bill or the relevant part unless it has been approved by the legislature or legislatures of the province or provinces concerned.”

²⁷ Ibid., article 74 (9), “A Bill amending the Constitution that has been passed by the National Assembly and, where applicable, by the National Council of Provinces, must be referred to the President for assent.”

กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้ว หากประธานาธิบดีเห็นว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีจะต้องลงนามให้ความเห็นชอบในร่างรัฐบัญญัตินั้นโดยไม่สามารถใช้เหตุผลอื่นในการปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบได้²⁸ จากนั้นร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวจะถูกส่งไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาโดยพลัน และจะมีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา หรือให้มีผลใช้บังคับในวันตามที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติ²⁹

ในกรณีที่ประธานาธิบดีไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่า มีประเด็นที่ควรตรวจสอบเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีจะส่งร่างรัฐบัญญัติกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาใหม่ตามความเห็นซึ่งจะเกิดขึ้นภายหลังจากการปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งจะต้องหารือร่วมกันกับคณะมนตรีประจํามหณฑลแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้หารือร่วมกันแล้ว พบว่าร่างรัฐบัญญัตินั้นไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีจะต้องลงนามเห็นชอบและประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวต่อไป อย่างไรก็ตาม หากประธานาธิบดียังคงไม่เห็นชอบให้ส่งร่างดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีจะต้องลงนามให้ความเห็นชอบและประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวต่อไป³⁰

²⁸ Ibid., article 79 (1), “The President must either assent to and sign a Bill passed in terms of this Chapter or, if the President has reservations about the constitutionality of the Bill, refer it back to the National Assembly for reconsideration.”

²⁹ Ibid., article 81, “A Bill assented to and signed by the President becomes an Act of Parliament, must be published promptly, and takes effect when published or on a date determined in terms of the Act.

³⁰ Ibid., article 79 (3), (4), and (5), “(3) The national council of provinces must participate in the reconsideration of a Bill that the President has referred back to the National Assembly if

(a) the President’s reservations about the constitutionality of the Bill relate to a procedural matter that involves the Council; or

4.2.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

ประเทศแอฟริกาใต้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้น 17 ครั้ง นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1996 เป็นต้นมา แม้โดยส่วนมากแล้วจะเป็นการแก้ไขที่ไม่ส่งผลกระทบต่อตัวของหลักการต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่มีการแก้ไขครั้งหนึ่ง ที่ค่อนข้างสำคัญมากคือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2013 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขยายขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกไปอย่างกว้างขวาง โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจสูงสุดในสาธารณรัฐ และให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยคดีได้ทุกประเภทที่ศาลเห็นว่ามีความสำคัญต่อประโยชน์สาธารณะ³¹ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นไปอยู่บนยอดสุดของลำดับชั้นของศาลทั้งปวงในประเทศพร้อมทั้งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางสะท้อนถึงข้อคิดเห็นของ Adem Kassie Abebe ที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้นั้นเป็นศาลหนึ่งที่มีอำนาจมากที่สุดในโลก³²

4.3 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 74 ของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งฉบับโดยไม่จำกัดหมวดหมู่หรือเนื้อหาที่ต้องห้ามแก้ไข พร้อมทั้งกำหนดขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละกลุ่มไว้อย่างชัดเจนนั้น เราสามารถอนุมานจากการคงอยู่ของบรรดาเงื่อนไขต่าง ๆ ได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้มีข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง (Explicit) ในส่วนที่เป็นข้อจำกัดเชิงกระบวนการที่ต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 74

(b) section 74(1), (2) or (3)(b) or 76 was applicable in the passing of the Bill.

(4) If, after reconsideration, a Bill fully accommodates the President's reservations, the President must assent to and sign the Bill; if not, the President must either

(a) assent to and sign the Bill; or

(b) refer it to the Constitutional Court for a decision on its constitutionality.

(5) If the Constitutional Court decides that the Bill is constitutional, the President must assent to and sign it."

³¹ Constitution Seventeenth Amendment Act, G 36128, 1 February 2013

³² Adem Kassie Abebe, "The Substantive Validity of Constitutional Amendment in South Africa," South African Law Journal 131, 3 (2014). p.679

อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาที่ค่อนข้างมีความคลุมเครือ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าห้ามมิให้มีการแก้ไขเนื้อหาส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะในมุมมองนี้อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอนุญาโตให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทั้งฉบับ อย่างไรก็ตาม มาตรา 167 ของรัฐธรรมนูญกลับให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ โดยไม่ได้ระบุไว้ให้ชัดเจนว่าจะสามารถตรวจสอบครอบคลุมถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาหรือไม่ โดยความคลุมเครือดังกล่าว แสดงออกผ่านบทมาตราและคำวินิจฉัยต่าง ๆ ดังนี้

ในประเด็นที่ว่าตัวรัฐธรรมนูญไม่ได้วางข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมในเชิงเนื้อหาไว้โดยตรงนั้น สามารถสำรวจได้โดยตรงจากบรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1996 ที่ไม่ได้วางข้อกำหนดหรือข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาไว้เลย แม้กระทั่งในหลักการทั้ง 34 ประการที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดไว้เพื่อเป็นต้นร่างของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และศาลรัฐธรรมนูญได้นำมาปรับใช้เป็นส่วนสำคัญในการยืนยันความถูกต้องของร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นในคดีที่ชื่อว่า Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) ลงวันที่ 6 กันยายน 1996 นั้น ได้กล่าวถึงหลักการว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกำหนดไว้ให้เป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญข้อที่ 2 ตามรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่ต้องถูกบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่จะถูกจัดสร้างขึ้นโดยสรุปว่า แม้หลักการในข้อที่ 2 จะกำหนดให้ต้องมีการรับรองสิทธิของบุคคล แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่จะไม่สามารถแก้ไขความในหมวดว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) ได้ เพียงแค่กำหนดขั้นตอนในการแก้ไขให้ต่างจากบทบัญญัติทั่วไปก็เพียงพอแล้ว³³ ซึ่งหากจะพิจารณาเฉพาะความในส่วนนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้จำกัดเงื่อนไขของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาไว้ และศาลรัฐธรรมนูญเองก็ยอมรับเช่นนั้น

³³ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) ย่อหน้าที่ 159

อย่างไรก็ตาม ในคำวินิจฉัยฉบับเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญกลับเขียนคำวินิจฉัยในส่วนที่จะเป็นเค้าร่างของหลักการที่เรียกว่า หลักการว่าด้วยโครงสร้างชั้นพื้นฐาน (Basic Structure Doctrine) ไว้ ภายในย่อหน้าที่ 5-13 ของคำวินิจฉัย เพื่อยืนยันว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ถูกจัดทำขึ้นจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญทั้ง 34 ข้อ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญชั่วคราว และในขณะเดียวกัน ย่อหน้าที่ 45 และ 46 ยังยืนยันต่อไปด้วยว่าการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา นั้นจะต้องทำให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานทั้ง 34 ข้อที่ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยในชุดนี้ก็ไม่ได้กล่าวถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่ประการใด³⁴

นอกจากนี้ ในช่วงปี ค.ศ. 1995 ศาลรัฐธรรมนูญได้ออกคำวินิจฉัยในส่วนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่แสดงให้เห็นถึงทัศนคติของตุลาการที่พยายามนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้บังคับ ได้แค่ในคดี Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and ตุลาการ Sach J ได้แสดงทัศนคติที่อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า มีหลักการบางประการที่เป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบรัฐสภาที่แม้กระทั่งการแก้ไขที่ถูกต้องในทุกชั้นตอน ก็ไม่สามารถแก้ไขได้³⁵ อย่างไรก็ตาม ข้อความข้างต้นเป็นเพียงทัศนคติของตุลาการในคดี และไม่ได้ถูกใช้บังคับในการตัดสินคดี เช่นเดียวกับที่ความเห็นของตุลาการในคดี Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น ตุลาการในองค์คณะที่พิจารณาได้แสดงความเห็นไว้ว่ามีหลักการบางประการที่แม้แต่การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในทุกประการก็ไม่สามารถแก้ไขได้ เช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นในประเทศอินเดีย อย่างไรก็ตาม

³⁴ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) ย่อหน้าที่ 5-13 45 และ 46

³⁵ Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT27/95) ย่อหน้าที่ 204

ความเห็นนี้ไม่ได้ถูกใช้เป็นส่วนหนึ่งของการวินิจฉัยคดีแต่ประการใด³⁶

โดยข้อความที่ปรากฏในคดีทั้งสองนี้เป็นการยืนยันถึงการมีอยู่ของหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานซึ่งเป็นข้อจำกัดเชิงเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบศาลของแอฟริกาใต้ อย่างไรก็ตาม แม้ข้อจำกัดเชิงเนื้อหาภายใต้แนวคิดที่ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับการยอมรับภายในหมู่ตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศแอฟริกาใต้ แต่ก็ไม่ได้นำมาวินิจฉัยตัดสินคดีซึ่งทำให้สถานะและบทบาทของข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาในการวินิจฉัยคดียังคงมีความคลุมเครือ

นอกจากนี้ ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1996 ประกาศใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยในคดีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ชื่อ *United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening ; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae)* (CCT23/02) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยที่น่าสนใจไว้ประการหนึ่งว่า เมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องและครบถ้วนในทุกกระบวนการแล้วย่อมเป็นไปได้ที่บทบัญญัติที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมจะขัดต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ เว้นแต่จะมีกรณีเฉพาะจริง ๆ ที่อาจโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้³⁷

คำวินิจฉัยสุดท้ายนี้แทบจะปิดความเป็นไปได้ที่จะนำเอาทฤษฎีว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้ในการจำกัดขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ที่ดำเนินการโดยถูกต้องทุกขั้นตอน อย่างไรก็ตาม หากอ้างอิงตามคำวินิจฉัยจะพบว่าอาจมีความเป็นไปได้ที่จะโต้แย้งเอาไว้ในกรณีพิเศษ แต่ตลอดทั้งคำวินิจฉัยไม่ได้มีการอธิบายเพิ่มเติมไว้เลยว่าความเป็นไปได้

³⁶ Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT36/95) ย่อหน้าที่ 47

³⁷ United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening ; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae) (No 2) (CCT23/02) ย่อหน้าที่ 12

ดังกล่าวหมายความว่าเช่นใด ทั้งนี้ ทำให้เป็นไปได้ยากยิ่งที่จะพิจารณาว่าในประเทศแอฟริกาได้นั้นปรากฏข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

4.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

สำหรับขั้นตอนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้ สามารถแบ่งขั้นตอนการพิจารณาออกได้เป็นสามส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ ส่วนแรก กระบวนพิจารณาในกรณีที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนที่สอง คือกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา และส่วนที่สาม คือกรณีที่เป็นการพิจารณาคำร้องจากการร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ (Rule of The Constitutional Court) ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2003 ดังนี้

4.4.1 กระบวนพิจารณาในกรณีที่ประธานาธิบดีส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติรวมถึงร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจชั้นมูลฐานที่ถูกผูกขาดไว้ให้กับศาลรัฐธรรมนูญ³⁸ ทั้งนี้ ในกรณีที่ประธานาธิบดีเป็นผู้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หลังจากที่ประธานาธิบดี สภาผู้แทนราษฎร และคณะมนตรีประจําณชนแห่งชาติ ปรีกษาหารือร่วมกันแล้ว มีขั้นตอนในการดำเนินการเพื่อตรวจสอบ ดังนี้

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 79 (4) ประธานาธิบดีเป็นเพียงผู้เดียวที่สามารถส่งร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ โดยก่อนที่ประธานาธิบดีจะส่งคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องนำ

³⁸ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 167 (4)(d) “ Only the constitutional court may...decide on the constitutionality of any amendment to the Constitution ...”

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ตนเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณา
ทบทวนของสภาผู้แทนราษฎร คณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ และหน่วยงาน
ที่เกี่ยวข้องเสียก่อน หากผลลัพธ์ที่ได้จากการพิจารณานั้นไม่เป็นที่น่าพอใจจึงจะ
ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญต่อไป³⁹

4.4.1.1 การทำคำร้อง

ภายใต้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ข้อที่ 14 (1) การยื่นคำร้องของ
ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจะต้องทำลงเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งต้องส่ง
คำร้องมายังสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธาน
ของคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ ทั้งนี้ ในคำร้อง จะต้องระบุรายละเอียด
แห่งบทมาตรานในร่างรัฐธรรมนูญที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเห็นว่ามีความ
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รวมทั้งระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีความ
เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติดังกล่าวรวมทั้งเหตุและผลที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ
เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย⁴⁰

4.4.1.2 การพิจารณาคำร้อง⁴¹

ในการพิจารณาคำร้องที่ส่งมาโดยประธานาธิบดีนั้น ประธาน
ศาลรัฐธรรมนูญ (Chief Justice) จะเป็นผู้กำหนดแนวทางหลักในการพิจารณา
วินิจฉัยคำร้องตามที่ประธานาธิบดีได้นำส่งมา โดยในการกำหนดแนวทางการ

³⁹ Ibid., Supra note 24

⁴⁰ Rule of The Constitutional Court, article 14 (1) and (2) “ (1) The referral of a Bill in terms of section 79(4)(b)...of the Constitution by the President of the Republic of South Africa or by the Premier of a province, as the case may be, shall be in writing and shall be addressed to the Registrar and to the Speaker of the National Assembly and the Chairperson of the National Council of Provinces...

(2) Such referral shall specify

(a) the provision or provisions of the Bill in respect of which the President of the Republic of South Africa or the Premier of a province has reservations;

(b) the constitutional provision or provisions relating to such reservations; and

(c) the grounds or reasons for such reservations...”

⁴¹ Ibid., article 14 (4) “...Upon receipt of the referral, the matter shall be dealt with in accordance with directions given by the Chief Justice, which may include a direction

(a) requesting the relevant Speaker or the Chairperson of the National Council of

พิจารณาวินิจฉัยคำร้องนั้น หมายความว่ารวมถึงการกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องด้วย

ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญจะต้องร่วมกันเป็นองค์คณะพิจารณาคำร้องดังกล่าวโดยอย่างน้อยจะต้องมีตุลาการนั่งพิจารณาคำร้องไม่ต่ำกว่า 8 คน⁴² ภายใต้การกำกับของประธานศาลรัฐธรรมนูญ องค์คณะผู้พิจารณามีอำนาจที่จะร้องขอเอกสารเพิ่มเติมเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาตามที่เห็นสมควร นอกจากนี้ ประธานศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจที่จะเรียกให้พรรคการเมืองที่เกี่ยวข้องหรือฝ่ายนิติบัญญัติในจังหวัดที่เกี่ยวข้องนำส่งความเห็นของตนเป็นลายลักษณ์อักษรเข้ามาในคดีด้วยก็ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยประธานศาลรัฐธรรมนูญ⁴³

ภายใต้ข้อมูลที่เผยแพร่โดยศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาคำร้องจะทำลงโดยอาศัยพยานเอกสารและจะไม่มีมีการเรียกผู้หนึ่งผู้ใดมาเบิกความต่อหน้าศาล ตุลาการทั้งหมดจะร่วมกันพิจารณาพยานหลักฐานและเอกสารต่าง ๆ ในคดี จะแลกเปลี่ยนพุดคุยกันเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยคำร้องต่อไป⁴⁴

4.4.1.3 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย⁴⁵

ในการทำคำวินิจฉัย ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งให้ตุลาการแต่ละคนจัดทำคำวินิจฉัยส่วนตนมาเปรียบเทียบกัน และพุดคุยแลกเปลี่ยน

Provinces, as the case may be, for such additional information as the Chief Justice may consider to be necessary or expedient to deal with the matter; and

(b) calling upon all interested political parties in the national Parliament or the provincial legislature concerned, as the case may be, who may wish to do so to make such written submissions as are relevant to the determination of the issue within a period to be specified in such direction.”

⁴² Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 167 (2) “A matter before the Constitutional Court must be heard by at least eight judges”

⁴³ Rule of The Constitutional Court, article 14 (3) “Political parties represented in the national Parliament or the provincial legislature concerned, as the case may be, shall be entitled as of right to make written submissions relevant to the determination of the issue within the time specified in directions given under sub rule (4)”

⁴⁴ Africa, C. C. o. S., “Role of the Constitutional Court.”

⁴⁵ Ibid.

ความเห็นกันเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยกลาง จากนั้นประธานศาลจะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยกลาง ทั้งนี้ คำวินิจฉัยกลางจะต้องได้รับความเห็นชอบโดยเสียงส่วนใหญ่ของคณะตุลาการ และหากตุลาการท่านใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยก็จะต้องจัดทำความเห็นแย้งส่วนตัวเตรียมไว้ เมื่อกระบวนการวินิจฉัยเสร็จสิ้น คำวินิจฉัยกลางและความเห็นแย้งของตุลาการแต่ละท่านจะถูกเผยแพร่ลงในรัฐกิจจานุเบกษาและให้ถือว่ามีผลบังคับในวันนั้น

โดยหลักการแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อคำร้องของประธานาธิบดีจะมีผลอยู่ที่ทั้งสิ้น 2 รูปแบบ กล่าวคือ ในรูปแบบแรก หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ประธานาธิบดีลงนามยินยอมให้มีการประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัตินั้น ส่วนรูปแบบที่สอง นั่นคือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ร่างรัฐบัญญัตินั้นตกไป

4.4.2 กระบวนการพิจารณาในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้นั้นจะต้องถูกทำลงในรูปแบบของรัฐบัญญัติ ดังนั้น จึงอยู่ในอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยขั้นตอนในการตรวจสอบสำหรับกรณีนี้มีดังต่อไปนี้

4.4.2.1 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฯ ค.ศ.1996 กำหนดไว้ในมาตรา 80 (1) ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกที่มีอยู่สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้⁴⁶

⁴⁶ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 80 (1) and (2) (a), “(1) Members of the National Assembly may apply to the Constitutional Court for an order declaring that all or part of an Act of Parliament is unconstitutional.

(2) An application

(a) must be supported by at least one third of the members of the National Assembly...”

4.4.2.2 ระยะเวลาในการยื่นคำร้อง

ความในมาตรา 80 (1) (b) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฯ กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ประสงค์จะยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องยื่นคำร้องภายในระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้ความยินยอมและลงลายมือชื่อในร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴⁷

4.4.2.3 การทำคำร้อง⁴⁸

ในการทำคำร้อง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ประสงค์จะทำคำร้อง ต้องทำคำร้องเป็นหนังสือ ระบุรายละเอียดของรัฐบัญญัติหรือบทมาตราของรัฐบัญญัติที่เห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งระบุบทบัญญัติใน

⁴⁷ Ibid., article 80 (2) (b) “An application must be made within 30 days of the date on which the President assented to and signed the Act.”

⁴⁸ Rule of The Constitutional Court, article 15 (1-4), “(1) An application in terms of sections 80(1) and 122(1) of the Constitution by members of the National Assembly or a provincial legislature shall be brought on notice of motion supported by an affidavit as to the contentions upon which the applicants rely or relief and shall be lodged with the Registrar and served on the Speaker of the National Assembly and, where applicable, the Chairperson of the National Council of Provinces, or on the Speaker of the provincial legislature concerned, as the case may be.

(2) The notice shall request the Speaker and, if relevant, the Chairperson of the National Council of Provinces, to bring the application to the attention of all political parties represented in the relevant house or legislature in writing within five days of the service upon him or her of such application.

(3) The application referred to in sub rule (1) shall be accompanied by a certificate by the Speaker of the legislature concerned that the requirements of section 80(2)(a) or section 122(2)(a) of the Constitution, as the case may be, have been complied with.

(4) The application referred to in subrule (1) shall also specify-

- (a) the provision or provisions of the Act being challenged;
 - (b) the relevant provision or provisions of the Constitution relied upon for such challenge
 - (c) the grounds upon which the respective provisions are deemed to be in conflict;
- and
- (d) the relief, including any interim relief, sought.”

รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง รวมถึงหากมีความประสงค์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการออกมาตรการชั่วคราวเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นก็จำเป็นต้องระบุมายด้วย

ภายหลังจากที่ได้มีการจัดทำคำร้องเสร็จสิ้น และรวบรวมรายชื่อผู้สนับสนุนได้ตามจำนวนที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ตัวแทนของผู้ร้องจะต้องนำเสนอเอกสารทั้งหมดไปยังประธานสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้ตรวจสอบความถูกต้องของรายชื่อ จากนั้นผู้ร้องจะนำเสนอคำร้องพร้อมทั้งเอกสารประกอบไปยังสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานสภาผู้แทนราษฎร รวมถึงประธานของคณะมนตรีประจํา มณฑลแห่งชาติ ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานของคณะมนตรีประจํา มณฑลแห่งชาติมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้พรรคการเมืองรวมถึงฝ่ายนิติบัญญัติของ จังหวัดต่าง ๆ ทราบถึงการยื่นคำร้องนี้ภายในเวลา 5 วัน นับแต่วันที่ได้มีการยื่น คำร้อง

4.4.2.4 การพิจารณาคำร้อง

ในเบื้องต้น ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการพิจารณาคำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการระงับการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญที่ประธานาธิบดีได้ลงนามให้ความยินยอมไปแล้วก่อนได้ หากเห็นว่า เป็นสิ่งที่ควรกระทำเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือปรากฏว่าผู้ร้องได้ นำเสนอเหตุผลอันสมควรในคำร้องเพื่อขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราวโดยการระงับ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก่อน ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจมี คำสั่งตามคำขอของผู้ร้องได้⁴⁹

ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญข้อที่ 15 ใน (5) - (6) ได้กำหนดขั้นตอน ในการดำเนินการเพื่อพิจารณาคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ว่า ก่อนที่ ศาลจะดำเนินการกระบวนพิจารณาใด ๆ ศาลจะต้องรอให้พ้นระยะเวลา 15 วันนับแต่

⁴⁹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 80 (3), “The Constitutional Court may order that all or part of an Act that is the subject of an application in terms of subsection (1) has no force until the Court has decided the application if
(a) the interests of justice require this; and
(b) the application has a reasonable prospect of success.”

วันที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องไปก่อน จากนั้นจึงจะสามารถกำหนดขั้นตอนการพิจารณาคำร้อง เนื่องจากว่าในช่วงเวลา 15 วันนับแต่วันที่ยื่นคำร้องนั้น จะเป็นช่วงที่เปิดโอกาสให้บรรดาพรรคการเมือง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกของคณะมนตรีประจําณฑลแห่งชาติ ซึ่งไม่เห็นด้วยกับคำร้องของผู้ร้องดำเนินการยื่นความเห็นแย้งของตนเป็นลายลักษณ์อักษรมายังศาล ซึ่งศาลจะใช้ความเห็นแย้งเหล่านี้เป็นหนึ่งในเอกสารประกอบการวินิจฉัยคำร้อง

ในกรณีที่มีการนำส่งความเห็นแย้งเข้ามา จะต้องมีการดำเนินการกระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามความในข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญข้อที่ 11 คือส่งความเห็นแย้งนั้นไปให้ผู้ร้องภายในเวลา 15 วันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นแย้งเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ร้องได้อ่านและรับทราบความเห็นแย้ง เพื่อที่จะได้นำส่งคำให้การของตนเพิ่มเติมภายในระยะเวลา 10 วันนับแต่วันที่รับทราบความเห็นแย้งดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อระยะเวลาที่กำหนดไว้สิ้นสุดลง ไม่ว่าสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับคำให้การของผู้ร้องเพิ่มเติมหรือไม่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการจัดเตรียมคำร้องและเอกสารทั้งหมดส่งให้กับประธานศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีผู้ใดทำความเห็นแย้งเข้ามา คำร้องจะถูกส่งไปยังประธานศาลรัฐธรรมนูญซึ่งจะเรียกประชุมองค์คณะเพื่อกำหนดแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ในช่วงนี้เองที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจเรียกพยานหลักฐานที่จำเป็นเพิ่มเติมจากฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ และหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอาจส่งข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยคำร้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องจะทำโดยอาศัยพยานเอกสารเป็นหลักบนพื้นฐานของการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันระหว่างตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคำร้องของผู้ร้อง⁵⁰

⁵⁰ Africa, C. C. o. S., “Role of the Constitutional Court.”

4.4.2.5 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย⁵¹

ในการทำคำวินิจฉัยนั้น ไม่มีขั้นตอนใด ๆ ที่แตกต่างจากการทำคำวินิจฉัยในกรณีที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ยื่นคำร้องเลย กล่าวคือ ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งให้ตุลาการแต่ละคนจัดทำคำวินิจฉัยส่วนตนมาเปรียบเทียบกัน และพูดคุยแลกเปลี่ยนความเห็นกันเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยกลาง จากนั้นจะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยกลางนี้

คำวินิจฉัยกลางจะต้องได้รับความเห็นชอบโดยเสียงส่วนใหญ่ของคณะตุลาการ และหากตุลาการท่านใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยก็ต้องจัดทำความเห็นแย้งเตรียมไว้ เมื่อกระบวนการวินิจฉัยเสร็จสิ้น คำวินิจฉัยกลางและความเห็นแย้งของตุลาการแต่ละท่านจะถูกเผยแพร่ลงในรัฐกิจจานุเบกษาและให้ถือว่ามีผลบังคับในวันนั้น

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัตินั้นย่อมสิ้นผลไปในทันทีที่คำวินิจฉัยประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษา หรือในวันที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัย แต่ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่ารัฐบัญญัตินั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้รัฐบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับต่อไป และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นผู้ร้องในคดีอาจถูกเรียกค่าธรรมเนียมในการฟ้องคดีจากศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁵²

4.4.3 กระบวนพิจารณาในกรณีการร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 167 (6) ของรัฐธรรมนูญ ได้มีการกำหนดให้ภายใต้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องอนุญาตให้บุคคลทุกคนสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ซึ่งแตกต่างจากการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ทั่วไปที่มักจะกำหนดให้ประชาชนสามารถ

⁵¹ Ibid.

⁵² Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 80 (4), “If an application is unsuccessful, and did not have a reasonable prospect of success, the Constitutional Court may order the applicants to pay costs.”

ร้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เมื่อถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจรัฐ โดยในบทมาตรานี้บุคคลใดก็ตามในประเทศแอฟริกาใต้ที่เห็นว่าการร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นประเด็นใด ๆ เป็นไปเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ความยุติธรรม (Interest of Justice) ขึ้น ย่อมสามารถร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นทำให้การร้องว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นไปได้เช่นเดียวกัน⁵³ ทั้งนี้ ภายใต้ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนและรายละเอียดในการพิจารณาคำร้องมีดังนี้

4.4.3.1 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

ภายใต้ข้อที่ 18 ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญประกอบ มาตรา 167 (6) (a) ของรัฐธรรมนูญ คำร้องทุกข์โดยตรงสามารถถูกยื่นโดยบุคคลใดก็ได้ที่เห็นว่าการยื่นคำร้องของตนเป็นไปเพื่อความยุติธรรมและประโยชน์ สาธารณะ⁵⁴

⁵³ Constitution of the Republic of South Africa, 1996, article 167 (6) National legislation or the rules of the Constitutional Court must allow a person, when it is in the interests of justice and with leave of the Constitutional Court -

(a) to bring a matter directly to the Constitutional Court...

⁵⁴ Rule of The Constitutional Court article 18 Direct access

(1) An application for direct accesses contemplated in section 167(6)(a) of the Constitution shall be brought on notice of motion, which shall be supported by an affidavit, which shall set forth the facts upon which the applicant relies for relief.

(2) An application in terms of subrule (1) shall be lodged with the Registrar and served on all parties with a direct or substantial interest in the relief claimed and shall set out-

(a) the grounds on which it is contended that it is in the interests of justice that an order for direct access be granted;

(b) the nature of the relief sought and the grounds upon which such relief is based;

(c) whether the matter can be dealt with by the Court without the hearing of oral evidence and, if it cannot,

(d) how such evidence should be adduced and conflicts of fact resolved.

(3) Any person or party wishing to oppose the application shall, within 10 days after the lodging of such application, notify the applicant and the Registrar in writing of his or her intention to oppose.

4.4.3.2 การทำคำร้อง⁵⁵

ภายใต้ข้อที่ 18 (1) และ (2) ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ประสงค์จะยื่นคำร้องต้องยื่นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งส่งคำร้องให้กับคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง คำร้องดังกล่าว จะต้องประกอบไปด้วย ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นว่าคำร้องของผู้ร้องเป็นคำร้องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์แห่งความยุติธรรมของสาธารณะ และต้องแสดงรายละเอียดในเรื่องที่ประสงค์จะให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และต้องระบุต่อไปด้วยว่าคำร้องนี้สามารถดำเนินการโดยไม่ต้องสืบพยานได้หรือไม่และหากต้องการสืบพยาน การสืบพยาน เช่นว่านั้นจะส่งผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไร

ภายหลังจากที่คู่กรณีทุกฝ่ายได้รับคำร้อง คู่กรณีที่ประสงค์จะคัดค้านคำร้องของผู้ร้องต้องทำคำคัดค้านเป็นหนังสือส่งมายังผู้ร้องและศาลรัฐธรรมนูญ โดยแสดงเจตจำนงให้ชัดเจนว่าประสงค์จะคัดค้านคำร้องของผู้ร้อง

4.4.3.3 การพิจารณาคำร้อง⁵⁶

ภายหลังจากที่ศาลได้รับคำคัดค้านคำร้องหรือหลังจากที่ระยะเวลาคัดค้านสิ้นสุดลง ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดแนวทางในการพิจารณา โดยอาจแบ่งแนวทางการพิจารณาได้เป็นสองแนว ได้แก่ แนวแรก คือ การให้คู่กรณีทุกฝ่ายยื่นคำให้การมาเป็นลายลักษณ์อักษรภายในเวลาที่กำหนด หรือแนวที่สอง

(4) After such notice of intention to oppose has been received by the Registrar or where the time for the lodging of such notice has expired, the matter shall be disposed of in accordance with directions given by the Chief Justice, which may include-

(a) a direction calling upon the respondents to make written submissions to the Court within a specified time as to whether or not direct access should be granted; or

(b) a direction indicating that no written submissions or affidavits need be filed.

(5) Applications for direct access may be dealt with summarily, without hearing oral or written argument other than that contained in the application itself: Provided that where the respondent has indicated his or her intention to oppose in terms of subrule (3), an application for direct access shall be granted only after the provisions of subrule (4)(a) have been complied with.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

กระบวนการพิจารณาสามารถดำเนินต่อไปได้เลยโดยไม่ต้องการคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร

ทั้งนี้ การพิจารณาคำร้องโดยหลักแล้วจะทำลงโดยอาศัยเอกสารหลักฐานทั้งที่ผู้ร้องและผู้คัดค้านคำร้องนำเสนอเป็นหลัก เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ต้องเปิดความตามผู้ร้องได้เสนอไว้ในตอนต้น

4.4.3.4 การทำคำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัย⁵⁷

การทำคำวินิจฉัยในกรณีที่มีการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นจะเป็นในลักษณะเดียวกันกับคำวินิจฉัยประเภทอื่น ๆ กล่าวคือ ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งให้ตุลาการแต่ละคนจัดทำคำวินิจฉัยส่วนตัวมาเปรียบเทียบกัน และพูดคุยกันเพื่อจัดทำคำวินิจฉัยกลาง จากนั้นจะมอบหมายให้ตุลาการคนหนึ่งเป็นผู้จัดทำคำวินิจฉัยกลางนี้

คำวินิจฉัยกลางจะต้องได้รับความเห็นชอบโดยเสียงส่วนใหญ่ของคณะตุลาการ และหากตุลาการท่านใดไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยก็ต้องจัดทำความเห็นแย้งส่วนตัวเตรียมไว้ เมื่อกระบวนการวินิจฉัยเสร็จสิ้น คำวินิจฉัยกลางและความเห็นแย้งของตุลาการแต่ละท่านจะถูกเผยแพร่ลงในรัฐกิจจานุเบกษา และให้ถือว่ามีผลบังคับในวันนั้น

4.5 คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยประสงค์ที่จะเสนอคำวินิจฉัยที่น่าสนใจโดยแบ่งออกเป็นสองส่วน ได้แก่ คำวินิจฉัยที่จัดทำขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญชั่วคราว ค.ศ. 1993 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการนำเอาแนวคิดด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของการทำคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการร่างรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1996 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของความถูกต้องในเชิงกระบวนการและทำให้เกิดความเป็นไปได้ที่จะแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ไม่ยอมรับการนำเอาแนวคิดด้วย

⁵⁷ Africa, C. C. o. S., “Role of the Constitutional Court.”

โครงสร้างพื้นฐานมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเชิงเนื้อหา

4.5.1 คำวินิจฉัยภายใต้รัฐธรรมนูญชั่วคราว ค.ศ. 1993: ความพยายามในการนำเอาแนวคิดด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ช่วงเวลานี้นับเป็นช่วงเวลาแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและในขณะเดียวกัน ก็เป็นช่วงที่มีการนำเอาแนวคิดด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (Basic Structure Doctrine) จากศาลสูงแห่งอินเดียมาใช้ในการอธิบายบางส่วนของคำวินิจฉัย ทั้งนี้ ตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวในปี ค.ศ. 1993 ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ได้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมโดยตรงหนึ่งคำวินิจฉัย และมีคำวินิจฉัยรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจำนวนทั้งสิ้นสองคำวินิจฉัย ได้แก่⁵⁸

- คำวินิจฉัยคดี Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT36/95) [1995] ZACC 10 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1995 ในคำวินิจฉัย ผู้ร้องต้องการร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตาม The Constitution of the Republic of South Africa Second Amendment Act, No. 44 of 1995 อันมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขความในมาตรา 149 (10), 182, 184 และ 245 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดสรรค่าตอบแทนของสมาชิกสภานิติบัญญัติ และ

⁵⁸ ในช่วงเดียวกันนี้ มีการทำคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้อีกคดีหนึ่ง แต่ไม่ได้เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือ คดี Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT27/95) ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวถึงในรายละเอียดไปแล้วในหัวข้อที่สาม และคดีเดียวกันนี้ยังถูกอ้างถึงในงานเขียนของ Yaniv Roznai, Adem Kassie Abebe และ Hienz Klug ในฐานะของหนึ่งในบรรดาคดีที่แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มของการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้ในการศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ด้วย

นายกเทศมนตรีประจำเขตจังหวัดนั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงกระบวนการ และในเชิงเนื้อหา

สำหรับในส่วนของการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมองว่าการแก้ไขเพิ่มเติมความในรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่ต้องใช้เสียงสองในสามของทั้งสองสภาที่เฉพาะเมื่อเป็นการแก้ไขในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรือเขตแดนของจังหวัดตามมาตรา 144 แห่งรัฐธรรมนูญชั่วคราว ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องการจัดสรรค่าตอบแทนในคดีนี้ และผู้ร้องเองก็ได้เพิกถอนคำกล่าวอ้างในส่วนดังกล่าว ดังนั้น การดำเนินการในเชิง กระบวนการในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าชอบด้วยขั้นตอนในทุกกรณีแล้ว

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหานั้นศาลได้ วินิจฉัยไว้อย่างน่าสนใจ โดยสามารถสรุปได้ว่า เนื่องจากผู้ร้องอ้างในคำร้องว่า จริงอยู่ว่าการแก้ไขความในรัฐธรรมนูญทั้งสามมาตรานั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิด ผลกระทบต่อจิตวิญญาณ (spirit) ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการ แทรกแซงและทำให้กระบวนการนิติบัญญัติในระดับจังหวัดมีความล่าช้า และ ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าอาจมีหลักการพื้นฐานบางอย่างอยู่ซึ่งแม้แต่การแก้ไข รัฐธรรมนูญตามขั้นตอนที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกประการก็ไม่สามารถแก้ไขได้ ดังที่ศาลสูงของอินเดียได้เคยตีความไว้เพราะจะมีลักษณะเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม หลักแห่ง ความเสมอภาค หลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักการตรวจสอบโดย องค์การตุลาการ แต่ข้อพิพาทในคดีนี้ไม่ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยหลักการ พื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงไม่สามารถเอาแนวคิดเช่นว่ามาใช้บังคับกับคดีได้ ศาลวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบแล้วด้วยรัฐธรรมนูญ⁵⁹

- คำวินิจฉัยในคดี Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) ลงวันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1996 เป็นคดี ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฉบับชั่วคราว

⁵⁹ Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT36/95) [1995] ย่อหน้าที่ 45-49

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดแนวทางในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเอาไว้ โดยแบ่งเป็นหลักการจำนวนทั้งสิ้น 34 หลักการ และกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ จำเป็นที่จะต้องตรวจสอบบทบัญญัติที่ถูกร่างขึ้นโดยสภานิติบัญญัติ ว่ามีความ สอดคล้องกับหลักการทั้ง 34 ประการหรือไม่

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบความสอดคล้อง ระหว่างร่างรัฐธรรมนูญกับหลักการทั้ง 34 ประการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราวภายหลังจากที่สภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญในเวลานั้น ได้ส่งร่างรัฐธรรมนูญมายังศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยความตามมาตรา 15 ของ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบและรับรองความ สอดคล้องของร่างรัฐธรรมนูญกับหลักการทั้ง 34 ประการ

ในคำวินิจฉัยขนาดยาวกว่า 290 หน้านี้ ศาลรัฐธรรมนูญเกริ่นไว้ในส่วนแรก ถึงความสำคัญของคำวินิจฉัยฉบับนี้ว่า การตรวจสอบเพื่อยืนยันความสอดคล้อง ของร่างรัฐธรรมนูญกับหลักการในรัฐธรรมนูญชั่วคราวนั้นไม่เพียงแต่จะต้อง พิจารณาเนื้อหาตามตัวบทกฎหมาย แต่ต้องพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ทาง การเมืองและบรรดาหลักการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งจะให้การรับรองและ **คุ้มครองด้วย** การกล่าวเช่นนี้เองแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการนำเอาทฤษฎี ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ภายใต้อำนาจวินิจฉัยฉบับนี้ปรากฏให้เห็นถึงการนำเอาทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในหลาย โอกาส เช่น การกล่าวถึงการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญว่ามีการจัดสร้างอยู่บน โครงสร้างพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวกำหนดหรือไม่ การอธิบายถึงโครงสร้าง พื้นฐานที่พึงมีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ ความเป็นกฎหมาย สูงสุดของรัฐธรรมนูญ การเลือกตั้งโดยเปิดโอกาสให้ทุกคนมีสิทธิในการ เลือกตั้งอย่างเท่าเทียมกัน การแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบถ่วงดุลรัฐบาล การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ฯลฯ⁶⁰

⁶⁰ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) ย่อหน้าที่ 5-13 45 และ 46

ภายใต้กรอบความคิดและการนำเอาทฤษฎีโครงสร้างพื้นฐานมาใช้เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับมาแล้ว เห็นว่ามีบทมาตรากบางประการในร่างรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญชั่วคราว และไม่เอื้อให้เกิดการจัดสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยรวมทั้งการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศแอฟริกาใต้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับรองความชอบด้วยหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญชั่วคราวของร่างรัฐธรรมนูญพร้อมทั้งได้ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องของบทมาตรากต่าง ๆ ไว้เพื่อนำไปสู่การแก้ไขต่อไป ทั้งนี้ ภายหลังจากที่สภานิติบัญญัติได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดี Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic Of South Africa, 1996 (CCT37/96) ลงวันที่ 4 ธันวาคม 1996 รับรองความสอดคล้องต้องกันของร่างรัฐธรรมนูญกับหลักการพื้นฐานทั้ง 34 ประการ

บรรดาคำวินิจฉัยที่ปรากฏในส่วนนี้คือช่วงเวลา que แสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญในการรับเอาทฤษฎีว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา อย่างไรก็ตาม การนำเอาหลักการต่าง ๆ มาใช้ในช่วงเวลานี้เป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงที่จะนำเอาหลักการดังกล่าวมาใช้ แต่ยังไม่มีการใช้หลักการดังกล่าวในคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมทำให้ในช่วงเวลานี้ ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบเฉพาะความถูกต้องในเชิงกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นหลัก แต่ยังไม่มีการตรวจสอบความถูกต้องในเชิงเนื้อหา แต่ได้ทำการเปิดช่องหรือวางแนวทางการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาไว้แล้ว⁶¹

⁶¹ Heinz Klug, "Introducing the Devil: An Institutional Analysis of the Power of Constitutional Review," South African Journal on Human Rights 13, 2 (1997). p.202

4.5.2 คำวินิจฉัยภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1996: การยืนยันความสำคัญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมและการแสดงความไม่ยอมรับการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้

หลังจากที่ร่างรัฐธรรมนูญผ่านการพิจารณาจากศาลรัฐธรรมนูญและประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐในปี ค.ศ. 1996 นั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วไม่น้อยกว่า 17 ครั้ง โดยหากพิจารณาอ้างอิงจากข้อมูลที่รวบรวมโดยกระทรวงยุติธรรมและการพัฒนารัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้จะพบว่า รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1997 และครั้งล่าสุดที่มีการแก้ไขคือในปี ค.ศ. 2012⁶²

ตลอดช่วงระยะเวลาที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญกว่า 17 ครั้ง มีคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญน้อยครั้งมาก โดยคดีที่สำคัญนั้นสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท ได้แก่

ประเภทแรก คือคดีที่ยืนยันความสำคัญของความถูกต้องในเชิงกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ คดี Matatiele Municipality and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT73/05) ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2006 ในคดีนี้มีการร้องทุกข์โดยตรงจากผู้ร้องจำนวนมากมายังศาลรัฐธรรมนูญ โดยร้องว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 12 ในวันที่ 23 ธันวาคม 2005 ที่จัดทำขึ้นเพื่อจัดสรรเขตแดนทางภูมิศาสตร์ในเขตจังหวัดต่าง ๆ เสียใหม่นั้น⁶³ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในส่วนที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเขตแดนของเทศบาล Matatiele ซึ่งเดิมอยู่ในเขตจังหวัด KwaZulu-Natal ให้ไปอยู่ในเขตจังหวัด Eastern Cape

ทั้งนี้ เนื่องจากความในมาตรา 74 ของรัฐธรรมนูญนั้น กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงเขตจังหวัดจะต้องให้จังหวัดต่าง ๆ

⁶² Department of Justice and Constitutional Development, “Amendments to the Constitution,” [Online] Accessed: 13 March 2020. Available from: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/amendments.html>

⁶³ Constitution Twelfth Amendment Act, G 28364, 23 December 2005

เข้ามามีส่วนในการแสดงความคิดเห็นและมีส่วนในการตัดสินใจด้วย ในคดีนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเขตแดนของจังหวัดต่าง ๆ จำเป็นที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของจังหวัด ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเกินความถึงการเปิดให้ประชาชนทั่วไปได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้วย⁶⁴

ตุลาการเสียงข้างมากเห็นว่า การดำเนินการเช่นว่านั้นในส่วนของเขตจังหวัด Eastern Cape นั้นสมบูรณ์ โดยเปิดให้มีการทำประชามติระหว่างประชาชนในเขตจังหวัด อย่างไรก็ตามเกิดข้อบกพร่องในส่วนของเขตจังหวัด KwaZulu-Nata ที่ไม่ได้มีการดำเนินการเปิดโอกาสให้ประชาชนที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจตามความที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะในลักษณะของการทำประชามติหรือการให้ความเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ส่งผลให้ตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 12 เฉพาะในส่วนที่เปลี่ยนแปลงเขตแดนของเทศบาล Matatiele ซึ่งเดิมอยู่ในเขตจังหวัด KwaZulu-Natal ให้ไปอยู่ในเขตจังหวัด Eastern Cape นั้นมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ชะลอการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกไปเป็นระยะเวลา 18 เดือนเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาดำเนินการแก้ไขให้กระบวนการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁶⁵ ทั้งนี้ ภายหลังจากคำวินิจฉัยดังกล่าว รัฐสภาได้ทำการตราบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว⁶⁶ และการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 13 เองก็ถูกฟ้องร้องโดยช่องทาง การร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเช่นเดียวกันว่า เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่ชอบด้วยขั้นตอนตามรัฐธรรมนูญในคดี Poverty Alleviation Network and Others

⁶⁴ The Constitutional Court of South Africa, “Matatiele Municipality and Others V President of the Republic of South Africa and Others,” [Online] Accessed: 7 September 2020. Available from: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/12media.pdf>

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Constitution Thirteenth Amendment Act, G 30597, 14 December 2007

v President of the Republic of South Africa and Others (CCT86/08) ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2010 อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กระบวนการทั้งหมดที่รัฐธรรมนูญต้องการให้มีการดำเนินการได้รับการปฏิบัติ ตามอย่างครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว⁶⁷

คำวินิจฉัยนี้ แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้คำนึงถึง ความสำคัญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงใด และแสดงให้เห็น ถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญประการหนึ่งในการขยายขอบเขตการตีความ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการตัดสินใจต่าง ๆ ของสภานิติบัญญัติ ของจังหวัดให้ครอบคลุมไปถึงการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ตุลาการหลายท่านมีความเห็นแย้งโดยเฉพาะในส่วนของขยาย ขอบเขตของการยืนยันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติให้ ครอบคลุมไปถึงการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน เนื่องจากบทบัญญัติ ในมาตรา 74 ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้โดยตรง⁶⁸

ประเภทที่สอง คือ คดีที่แสดงออกถึงการไม่นำเอาหลักการว่าด้วย โครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม คือ คดี United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae) (CCT23/02) ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2002

คดีนี้ เกี่ยวข้องโดยตรงกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองฉบับ ได้แก่ Constitution of the Republic of South Africa Amendment Act, [No. 18 of 2002], G 23542. และ Constitution of the Republic of South Africa Second Amendment Act, [No. 21 of 2002], G 23544 ลงวันที่ 20 มิถุนายน

⁶⁷ Poverty Alleviation Network and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT86/08) ย่อหน้าที่ 37-50

⁶⁸ Ibid.

2002 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งนี้เป็นการแก้ไขเพื่ออนุญาตให้นักการเมืองที่สังกัดพรรคการเมืองต่าง ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร คณะมนตรีประจําณชลแห่งชาติ รวมทั้งสภาเทศบาล สามารถย้ายพรรคการเมืองที่ตนสังกัดได้โดยไม่เสียตำแหน่งหรือที่นั่งในสภาไป อันเป็นการแก้ไขเพื่อยกเลิกหลักการ anti-defection ซึ่งหลักการที่บังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำเป็นที่จะต้องสังกัดพรรคการเมืองและให้อำนาจพรรคการเมืองขับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีใจออกห่างออกจากพรรค อันจะส่งผลกระทบต่อสมาชิกภาพของผู้แทนราษฎรคนนั้นไปด้วย⁶⁹ ทั้งนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2002 เพื่อให้วินิจฉัยว่าบรรดากฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับที่กล่าวมานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁷⁰

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวไว้ในย่อหน้าที่ 12 ของคำวินิจฉัยว่า ในส่วนของรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เมื่อได้ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างถูกต้องสมบูรณ์ตามความในมาตรา 74 ของรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถถูกโต้แย้งเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกับมาตราใดของรัฐธรรมนูญได้อีก เมื่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแล้วย่อมต้องถูกตีความให้สอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับความในส่วนที่เหลือ ทั้งนี้ อาจมีเพียงบางกรณีเท่านั้นที่อาจโต้แย้งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการพิจารณาจากกระบวนการที่ถูกต้องและเสียงข้างมากมาแล้วได้⁷¹ ทั้งนี้ แม้การที่ผู้ร้องกล่าวอ้างต่อไป ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งนั้นมีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิในการออกเสียงและระบบผู้แทนแบบสัดส่วนซึ่งเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ ซึ่งไม่สมควรที่จะถูกแก้ไขโดยอ้างถึงความเห็น

⁶⁹ United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae) (No 1) (CCT23/02) ย่อหน้าที่ 1

⁷⁰ Ibid., ย่อหน้าที่ 3

⁷¹ Ibid., ย่อหน้าที่ 12

ของตุลาการในคดี Premier of KwaZulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others⁷² ศาลรัฐธรรมนูญยังให้ความเห็นต่อไปว่าศาลไม่เห็นวาทังหลักการ anti-defection และระบบผู้แทนแบบสัดส่วนจะมีลักษณะที่เป็นหลักการขั้นพื้นฐานอย่างมากของรัฐธรรมนูญจนถึงขนาดที่จะทำให้ไม่สามารถถูกแก้ไขได้ ดังนั้นศาลจึงไม่เห็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งนั้นจะเป็นการบ่อนทำลายรัฐธรรมนูญแต่ประการใด⁷³

ลักษณะของการทำคำวินิจฉัยเช่นนี้เองที่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งทางความคิดระหว่าง Yaniv Roznai และ Hienz Klug กลุ่มหนึ่ง กับ Adem Kassie Abebe ซึ่งนักคิดในกลุ่มแรกเชื่อว่ายังคงมีความเป็นไปได้ที่จะนำเอาแนวคิดด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศแอฟริกาใต้⁷⁴ ในขณะที่ Adem Kassie Abebe มองว่าคำวินิจฉัยในส่วนนี้มีแนวโน้มที่จะยืนยันว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ไม่ยอมรับการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁷⁵

4.6 ข้อสังเกตของผู้วิจัย

ประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศแอฟริกาใต้ที่ได้นำเสนอไปในตอนต้นสะท้อนให้เห็นถึงคุณลักษณะสำคัญประการหนึ่งของสังคมการเมืองแอฟริกาใต้นั้นคือการอดทนอดกลั้นและความยืดหยุ่น รวมทั้งความพยายามที่จะเกื้อยผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองต่าง ๆ จึงไม่น่าแปลกใจที่รัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้จะถูกออกแบบมาในลักษณะที่มีความยืดหยุ่น และสามารถแก้ไขได้ในทุกมาตรา

⁷² Ibid., ย่อหน้าที่ 15

⁷³ Ibid., ย่อหน้า 17

⁷⁴ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017). pp. 61-62 และ Klug, H., “Introducing the Devil: An Institutional Analysis of the Power of Constitutional Review,” *South African Journal on Human Rights*. p.202

⁷⁵ Adem Kassie Abebe, “The Substantive Validity of Constitutional Amendment in South Africa,” *South African Law Journal* 131, 3 (2014). p.656

จากตัวอย่างของคำวินิจฉัยที่ยกมาข้างต้น แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ให้ความสำคัญกับขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญค่อนข้างมาก จนถึงขนาดตีความขยายบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้มีความละเอียดมากขึ้น ซึ่งในแง่หนึ่งถือเป็นผลดีที่ศาลรัฐธรรมนูญพยายามเข้ามากำกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด แต่ในอีกแง่หนึ่งก็ก่อให้เกิดความเสี่ยงว่าศาลอาจเข้ามากำหนดเนื้อหาหรือรายละเอียดในรัฐธรรมนูญอย่างเกินความจำเป็น

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา นั้น แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความถูกต้องของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเชิงเนื้อหาไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญเองก็พยายามที่จะนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานที่กำหนดหลักเกณฑ์บางประการว่าเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญมาใช้ในการทำความเข้าใจในบางช่วงบางตอนของคำวินิจฉัยที่ได้กล่าวถึงไปแล้วในตอนต้น แต่ก็ยังไม่ได้มีการนำเอาหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้ในคำวินิจฉัยอย่างจริงจังนัก ดังนั้น ณ จุดนี้ผู้วิจัยค่อนข้างเห็นด้วยกับ Adem Kassie Abebe ว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ยังสับสนเท่าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนของการดำเนินการ แต่ไม่ตรวจสอบไปถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกัน Yaniv Roznai และ Hienz Klug ผู้วิจัยเห็นว่าปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่าศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้มีแนวโน้มการนำเอาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคดี ดังที่ Roznai ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า แม้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้จะถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงกระบวนการ แต่ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายรวมถึงประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญที่ผ่านมากลับไม่มีความชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการ

ตรวจสอบเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในเมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับมีร่องรอยของการนำเอาวิธีคิดและการตรวจสอบเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานมาใช้แม้จะไม่ได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือหลักในการจัดทำคำวินิจฉัย แต่นั่นย่อมหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องไว้แล้วว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาผ่านกรอบแนวคิดที่ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานนั้นสามารถเป็นไปได้⁷⁶

ทั้งนี้ ภายใต้ช่องว่างและความเป็นไปได้ดังกล่าว Abebe ได้นำเสนอทัศนะว่าด้วยหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานในฐานะข้อจำกัดเชิงเนื้อหาของบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแอฟริกาใต้ไว้ว่า การสร้างข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาที่ไม่ได้บรรจุอยู่ในรัฐธรรมนูญควรเป็นหน้าที่ของประชาชนทุกคนในแอฟริกาใต้ที่จะต้องป้องกันไม่ให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งกับหลักการประชาธิปไตยมากกว่าจะเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดประเภทนี้แท้จริงแล้วควรมีอยู่ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในประเทศที่มีความหลากหลายและมีการแบ่งแยกกลุ่มต่าง ๆ ทางสังคมอย่างชัดเจนดังเช่นแอฟริกาใต้⁷⁷

⁷⁶ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017). pp. 60-62

⁷⁷ Adem Kassie Abebe, “The Substantive Validity of Constitutional Amendment in South Africa,” *South African Law Journal* 131, 3 (2014). pp.689-694

บทที่ 5

สาธารณรัฐตุรกี

5.1 ข้อมูลพื้นฐาน

5.1.1 รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐตุรกี

รัฐธรรมนูญของตุรกีนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่เจริญเติบโตไปพร้อมกับประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศ เป็นรัฐธรรมนูญที่ยึดถือหลักการแห่งความเป็นรัฐฆราวาส รวมทั้งหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเคร่งครัด ดังนั้น การศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงในตัวบทกฎหมายสูงสุดของประเทศดังเช่นรัฐธรรมนูญนั้นคงไม่สามารถทำได้อย่างสมบูรณ์ หากปราศจากการศึกษาประวัติศาสตร์ทางการเมืองที่ก่อร่างให้เกิดระบบการเมืองในปัจจุบันขึ้นมา ทั้งนี้ ประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศตุรกีนั้นสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้¹

ประวัติศาสตร์การเมืองของตุรกีนั้นเป็นหนึ่งในประวัติศาสตร์ทางการเมืองที่น่าสนใจ เนื่องจากชาวตุรกีหรือชาวเติร์ก (Turks) นั้น เป็นหนึ่งในชนชาติที่ยิ่งใหญ่และเปี่ยมไปด้วยวัฒนธรรมอันหลากหลาย ในยุคคลาสสิกของประเทศตุรกีราวศตวรรษที่ 12-18 ชาวตุรกีซึ่งโดยหลักแล้วเป็นชาติที่นับถือศาสนาอิสลามและใช้กฎหมายศาสนาในการปกครองรัฐได้ยึดเอาส่วนหนึ่งของโรมมาเป็นของตัวเอง พร้อมทั้งเริ่มปรับรูปแบบการปกครองให้รองรับการผสมผสานวัฒนธรรมระหว่างวัฒนธรรมดั้งเดิมของตุรกีกับวัฒนธรรมใหม่ที่รับเข้ามาจากฝั่งตะวันตก

อาณาจักรของชาวตุรกีพยายามอย่างยิ่งที่จะปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองของตนเองให้สอดคล้องกับวัฒนธรรมและระบบการเมืองของตะวันตกในช่วงปี ค.ศ. 1792-1876 สุลต่านผู้ปกครองอาณาจักรตุรกีหลายท่านได้พยายามนำเสนอแนวคิดการปกครองแบบใหม่ให้กับประเทศ ซึ่งประสบ

¹ Laboratoire Méditerranéen de Droit Public, "A Brief History of Turkish Constitutionalism," [Online] Accessed: 24 January 2020. Available from: <http://lm-dp.org/a-brief-history-of-turkish-constitutionalism/>

ความสำเร็จในราวปี ค.ศ. 1839 เมื่อมีการออกกฤษฎีกาว่าด้วยการปฏิรูปโครงสร้าง (Edict of Tanzimat)²

ภายใต้กฤษฎีกาดังกล่าวนี้ ตุรกีได้ขจัดเอาแนวคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมแบบเก่าออกทั้งหมด และนำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน และเกียรติยศของบุคคล นำเสนอระบบการจัดเก็บภาษีที่เท่าเทียมกัน สร้างระบบการค้าแบบเสรี (Free Trade) และกำหนดให้ทุกคนต้องเสมอหน้ากันภายใต้กฎหมาย³ ทั้งนี้ เพื่อให้กฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ รัฐสภา (Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye) ณ เวลานั้น ได้จัดทำกฎหมายใหม่หลายฉบับเพื่อปรับเปลี่ยนระบบกฎหมายทั้งระบบให้สอดคล้องกับแนวคิดรัฐฆราวาส (Secular State) นำเอาหลักศาสนาออกไปจากกฎหมายก่อตั้งศาลที่ไม่อิงกับศาสนา และจำกัดวงของศาลศาสนาไว้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัวเท่านั้น

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการปกครองที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่บุคคลหลายฝ่ายในประเทศตุรกี จนเป็นเหตุให้เกิดการรัฐประหารในปี ค.ศ. 1876 และคณะผู้ก่อการได้บังคับให้สุลต่านในขณะนั้นลงนามในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของตุรกี เรียกว่า Kanin-u Esasî แปลว่ากฎหมายพื้นฐาน (Fundamental Law) เพื่อก่อตั้งระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญที่รับรองแนวคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งกำหนดให้ทุกคนต่างเสมอหน้ากันภายใต้กฎหมาย อีกทั้งยังก่อตั้งระบบรัฐสภาขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการนิติบัญญัติ⁴

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของตุรกีไม่ได้นำมาซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากยังคงไว้ซึ่งอำนาจและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้กับสุลต่าน รวมทั้งให้อำนาจแก่สุลต่านในการเนรเทศบุคคลที่เห็นว่าเป็นภัยต่อรัฐและยุบสภาเมื่อเห็นว่ามีความจำเป็น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะสร้าง

² Dilip Hiro, *Inside Central Asia: A Political and Cultural History of Uzbekistan, Turkmenistan, Kazakhstan, Kyrgyz Stan, Tajikistan, Turkey, and Iran* (New Tork: Harry N. Abrams;, 2011). pp.73-79

³ H. Ozan Özacvi, *Intellectual Origins of the Republic: Ahmet Ağaoğlu and the Genealogy of Liberalism in Turkey* (Lieden: Brill Academic Pub, 2015). pp.15-19

⁴ Public, L. M. d. D., “A Brief History of Turkish Constitutionalism.”

ระบบรัฐสภาขึ้นมาให้มีการถ่วงดุลอำนาจอยู่บ้าง แต่อำนาจในสภายังคงตกอยู่ในมือของสุลต่าน⁵ ซึ่งอำนาจในส่วนนี้ถูกใช้ในช่วงปี ค.ศ. 1878 จนเป็นเหตุให้ตุรกีเข้าสู่ยุคของการปกครองโดยอาศัยอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ทั้งนี้ แม้หลังจากนี้ จะมีการก่อการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง แต่ตุรกีก็ยังคงมีเหตุให้ต้องตกไปเป็นดินแดนของผู้อื่นโดยเฉพาะหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง จนก่อให้เกิดการต่อสู้เพื่อการปฏิวัติและปลดแอกตุรกี ซึ่งนำไปสู่การก่อตั้งตุรกีในฐานะรัฐสมัยใหม่ต่อไป โดยตุรกีในฐานะรัฐสมัยใหม่ถูกก่อตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1921 ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1921 (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1921

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1921 เป็นรัฐธรรมนูญที่ริเริ่มวางแนวคิดความเป็นสาธารณรัฐให้กับประเทศตุรกี ลิดรอนอภิสิทธิ์ทุกอย่างของชนชั้นปกครอง และสร้างระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยขึ้นมา จนถึงขนาดที่ถูกขนานนามว่า “ยุคแห่งรัฐเสรีนิยม (Era of National Liberalism)”⁶ ต่อมาในปี ค.ศ. 1923 รัฐธรรมนูญของตุรกีได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดให้ตุรกีเป็นสาธารณรัฐ ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุข มีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในฝ่ายบริหาร มีรัฐสภาและศาลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้แนวคิดของการแบ่งแยกอำนาจอย่างใดก็ตาม ในระยะนี้ การเมืองยังถูกครอบงำโดยสภานิติบัญญัติที่มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า “The Grand National Assembly of Turkey–TBMM” ทั้งนี้ ตุรกียังมีการนำเสนอรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1924 เพื่อสร้างระบบการปกครองให้เป็นแบบสาธารณรัฐอย่างแท้จริง ก่อตั้งระบบศาลที่มีอิสระ และนำเอาหลักความเสมอภาคมาบรรจุไว้เป็นหัวใจหลักของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการระบุว่าคำว่า “เติร์ก” ในเชิงการเมืองนั้นหมายถึงบุคคลผู้มีสัญชาติตุรกีทุกคน โดยจะไม่มี การแบ่งแยกคนโดยอาศัยเชื้อชาติหรือศาสนา⁷

⁵ Ergun Özbudun and Ömer Faruk Gençkaya, *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey* (Budapest: Central European University Press, 2009). p.8

⁶ *Ibid.*, p.9

⁷ Gençkaya, E. Ö. a. Ö. F., *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey*. p.11

รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1924 นำพาตุรกีไปสู่การปกครอง
เผด็จการเนื่องจากช่องว่างของกฎหมาย และการมอบเด็ดขาดให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ⁸
เป็นเหตุให้เกิดการรัฐประหารอีกครั้งในปี ค.ศ. 1960 และต่อมาได้มีการจัดทำ
รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 1961 ซึ่งก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในแวดวง
กฎหมายของตุรกี นั่นคือการสถาปนาศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอย่างเป็นทางการ
และมีการแก้ไขเพิ่มเติมความในรัฐธรรมนูญบางมาตราเพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็น
กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับทำให้การ
บริหารประเทศเป็นไปโดยยากลำบาก เนื่องจากตัวรัฐธรรมนูญถูกออกแบบมาให้
การใช้อำนาจทางรัฐสภาสามารถทำได้ยาก และทำให้กลไกของรัฐทำงานได้อย่าง
ไม่มีประสิทธิภาพนัก ส่งผลให้รัฐธรรมนูญของตุรกีฉบับนี้ถูกยกเลิกไปภายใต้
การรัฐประหารในปี ค.ศ. 1980 และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา
ในปี ค.ศ. 1982⁹

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 ถูกจัดทำขึ้นภายใต้การกำกับดูแลของ
คณะทหารผู้ทำรัฐประหาร โดยเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แกนหลัก
ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้คือการลดความซับซ้อนของระบบการทำงานในรัฐสภา
สร้างระบบสภาเดี่ยว (Unicameral) ลดแนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมทาง
การเมืองลงเพื่อให้โครงสร้างรัฐสามารถขับเคลื่อนไปได้ง่ายขึ้น ในขณะที่เดียวกัน
ก็ยังคงรักษาคุณค่าดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญตุรกีฉบับก่อน ๆ อันได้แก่การเป็น
สาธารณรัฐ หลักนิติธรรม หลักความเสมอภาค ความเป็นรัฐฆราวาส ความเป็น
กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ความเป็นอิสระ
ขององค์กรตุลาการ และความชอบด้วยกฎหมายและการรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง
ทั้งนี้ นับตั้งแต่ที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1982 ถูกจัดทำขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้
ถูกแก้ไขมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ครั้ง

⁸ Ibid., p.12-13

⁹ Hiro, D., Inside Central Asia: A Political and Cultural History of Uzbekistan, Turkmenistan, Kazakhstan, Kyrgyz Stan, Tajikistan, Turkey, and Iran pp.87-88

ประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศตุรกีที่ผู้วิจัยนำเสนอมาโดยย่อนี้ แสดงให้เห็นว่าประเทศตุรกีเป็นหนึ่งในประเทศที่มีความคุ้นชินกับการยกเลิก รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญค่อนข้างมาก โดยเฉพาะในปัจจุบันที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายครั้ง และในขณะเดียวกัน ยังแสดงให้เห็นด้วยว่าคุณค่าสูงสุดในรัฐธรรมนูญของตุรกี โดยเฉพาะความเป็นสาธารณรัฐ รัฐฆราวาส การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ชีวิต และร่างกายของปัจเจกชน ได้รับการคุ้มครองอย่างเข้มแข็งและไม่เคยถูกลบไปจากรัฐธรรมนูญเลยแม้จะมีการรัฐประหารหลายครั้งก็ตาม

5.1.2 โครงสร้างทางการเมืองของตุรกี

ในปัจจุบัน ระบบโครงสร้างทางการเมืองของตุรกีถูกจัดแบ่งภายใต้แนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ และเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เป็นไปตามความในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ปี ค.ศ. 2017

มาตรา 101 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติม ปี ค.ศ. 2017 ได้กำหนดไว้ว่าประธานาธิบดีผู้เป็นประมุขของรัฐนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนโดยตรง โดยจะดำรงตำแหน่งเป็นประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทั้งสิ้น 5 ปี และบุคคลคนหนึ่งจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันได้ไม่เกิน 2 สมัย¹⁰ โดยประธานาธิบดีในบทบาทประมุขของรัฐนั้นถือเป็นผู้นำในเชิงสัญลักษณ์ มีหน้าที่ในการประกอบพิธีการต่าง ๆ ของประเทศซึ่งรวมถึงการลงนามตราและยกเลิกกฎหมาย ตลอดจนการติดต่อสัมพันธ์กับต่างประเทศ ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีจะทำหน้าที่บริหารประเทศภายใต้ความช่วยเหลือของรองประธานาธิบดี และบรรดารัฐมนตรีผู้ดำรงตำแหน่งในสภารัฐมนตรี (Council of Minister)¹¹

¹⁰ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 101

¹¹ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 106

อานาจนิติบัญญัติในประเทศตุรกีนั้นเป็นของรัฐสภาตุรกี (Grand National Assembly of Turkey) ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวนทั้งสิ้น 600 คน เป็นผู้แทนของจังหวัดต่าง ๆ ทั้ง 81 จังหวัดในประเทศตุรกี โดยสมาชิกรัฐสภานั้น เป็นผู้ที่ได้รับเลือกให้มาดำรงตำแหน่งและมีวาระการดำรงตำแหน่งทั้งสิ้น 5 ปี มีหน้าที่สำคัญในการพิจารณาร่างกฎหมายและตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร¹²

สำหรับอำนาจตุลาการนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีได้บัญญัติเกี่ยวกับระบบศาลไว้ในส่วนที่ 3 บทที่ 3 ว่าด้วยอำนาจตุลาการ ที่กำหนดให้ตุรกีเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ ประกอบด้วยศาลที่พิจารณาคดีทางกฎหมายเอกชน และคดีในทางกฎหมายมหาชน ผู้พิพากษาจะได้รับการรับรองและคุ้มครองความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ในขณะที่เดียวกันก็มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดและเป็นศาลสุดท้ายที่จะคอยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาลอื่นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹³

5.1.3 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะกลไกคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นถูกก่อตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการภายใต้มาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 ในฐานะขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีนั้นได้รับการปรับปรุงโครงสร้างและปรับปรุงอำนาจหน้าที่ครั้งสำคัญที่สุดในปี ค.ศ. 2010 ภายหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (Law on Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court) ขึ้นในปี ค.ศ. 2011 ซึ่งเป็นการปฏิรูปโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ให้กับศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการรับรองความเป็นอิสระขององค์กร การให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่ในการกำหนดขั้นตอนและกระบวนการพิจารณาคดีต่าง ๆ ด้วยตนเอง รวมไปถึง

¹² The Constitution of the Republic of Turkey, Article 77, 80 and 82

¹³ The Constitution of the Republic of Turkey, Chapter 3

การนำระบบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) เข้ามาใช้เป็นครั้งแรก¹⁴

ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีประกอบไปด้วยตุลาการทั้งสิ้น 17 คน โดยแบ่งเป็น¹⁵

1) ตุลาการ 2 คน ซึ่งรัฐสภาของตุรกีคัดเลือกมาจากผู้พิพากษาของศาลบัญชีของประเทศตุรกี (Court of Accounts)

2) ตุลาการ 1 คน ซึ่งรัฐสภาของตุรกีเลือกมาจากนักกฎหมายผู้เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (the Bar Association) ของประเทศตุรกี

3) ตุลาการ 7 คน ซึ่งประธานาธิบดีแห่งประเทศตุรกีเลือกมาจากผู้ดำรงตำแหน่งในศาลสูงแห่งประเทศตุรกี ซึ่งได้รับการเสนอชื่อมาจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลสูง

4) ตุลาการ 3 คน ซึ่งประธานาธิบดีของประเทศตุรกีเลือกมาจากสมาชิกของสภาอุดมศึกษา (Council of Higher Education) โดยทั้งสามคนนี้จะต้องเป็นผู้ที่สอนในรายวิชาทางด้านกฎหมาย เศรษฐศาสตร์ หรือการเมือง

5) ตุลาการ 4 คน ซึ่งประธานาธิบดีเลือกมาจากผู้ดำรงตำแหน่งบริหารระดับสูง นักกฎหมายของรัฐ ตุลาการในศาล (First category judges) อัยการ หรือตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการผู้แถลงคดีประจำศาลรัฐธรรมนูญ (Rapporteur judges of the Constitutional Court)

ภายใต้การจัดสรรจำนวนตุลาการเช่นนี้ หากตุลาการทุกคนประชุมร่วมกันเพื่อทำคำวินิจฉัยจะถือว่าเป็นการดำเนินการโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการ อย่างไรก็ตาม บรรดาตุลาการจะถูกแบ่งแยกออกเป็นองค์คณะย่อยทั้งสิ้นสององค์คณะ ซึ่งแต่ละองค์คณะจะประกอบไปด้วยตุลาการและรองประธาน

¹⁴ เรียบเรียงจาก Constitutional Court of Turkey, “Introductory Booklet: Constitutional Court of Turkey,” [Online] Accessed: 1 February 2020. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/publications/pdf/introductoryBooklet.pdf>.

¹⁵ Constitutional Court of Turkey, “Structure and Decision Making,” [Online] Accessed: 26 December 2018. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/constitutionalcourt/TheStructureDutiesOfTheCourt/Plenary/StructureDecisionMaking.html>

ศาลรัฐธรรมนูญองค์คณะละ 7 คน โดยองค์คณะย่อยจะทำหน้าที่พิจารณาและ
ทำคำวินิจฉัยสำหรับคดีซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ นอกจากนี้
ตุลาการในองค์คณะย่อยจะถูกแบ่งออกเป็นสามกลุ่ม มีชื่อเรียกว่าคณะกรรมการ
(Commission) ประกอบด้วยตุลาการกลุ่มละ 2 คน ทำหน้าที่กลั่นกรองคดี
ในเบื้องต้น ทั้งนี้ การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำลงโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการเท่านั้น¹⁶

ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีนั้นมียอำนาจในการพิจารณารอคคดี
ต่าง ๆ โดยแบ่งแยกตามประเภทขององค์คณะดังนี้¹⁷

- อำนาจของของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของการพิจารณาคดีโดย ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจหน้าที่หลักในการ
พิจารณารอคคดีโดยแบ่งแยกออกได้เป็นห้าประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง
การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหาของ
กฎหมาย คำสั่งประธานาธิบดี ข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา รวมถึงการตรวจสอบ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะสามารถ
ตรวจสอบได้เฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบเท่านั้น

ประเภทที่สอง การพิจารณาตรวจสอบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ
(Individual Application) อันเป็นการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของประชาชน
ที่เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของตนถูกละเมิดโดยอำนาจรัฐและไม่สามารถหา
หนทางเยียวยาโดยวิธีการอื่นได้ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วการร้องทุกข์ทาง
รัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจขององค์คณะย่อยและคณะกรรมการประจำองค์คณะ
ต่าง ๆ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับที่ประชุมใหญ่ของตุลาการโดยตรง แต่ที่ประชุมใหญ่
ของตุลาการจะเข้ามาทำการพิจารณาเฉพาะกรณีที่ต้ององค์คณะย่อยมีความเห็น

¹⁶ Constitutional Court of Turkey, “Constitutionality Review,” [Online] Accessed: 1 February 2020. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/proceedings/ConstitutionalityReview.html>

¹⁷ Constitutional Court of Turkey, “The Structure and Duties of the Court,” [Online] Accessed: 26 December 2018. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/>

ไม่ตรงกันหรือในกรณีที่ต้องคัดณะย่อเห็นว่าการร้องขอประชาชนนั้นควรได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการ

อำนาจประเภทที่สาม ได้แก่ การพิจารณาคดีในฐานะศาลอาญาสูงสุด (Supreme Criminal Tribunal) ที่จะทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีอาญาในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในรัฐบาล เช่น ประธานาธิบดี ประธานรัฐสภา ผู้บัญชาการกองทัพต่าง ๆ ฯลฯ บนฐานของกระทำความผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตน ในขณะที่อำนาจประเภทที่สี่ ทำ และหก คือ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและสมาชิกรัฐสภาโดยตรง ได้แก่ อำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการยุบพรรคการเมือง การตรวจสอบบัญชีการเงินของพรรคการเมือง และการทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์กรณีที่รัฐสภาสั่งให้มีการยกเว้นซึ่งเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันของสมาชิกสภาคนหนึ่งคนใดหรือให้สมาชิกสภาคนหนึ่งคนใดพ้นจากตำแหน่ง

- อำนาจของของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของการพิจารณาคดีโดยองค์คณะย่อ

องค์คณะย่อนั้นจะทำหน้าที่พิจารณาเฉพาะอรรถคดีที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือก็คือการพิจารณาคำร้องที่เกี่ยวกับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Individual Application) ทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว องค์คณะย่อจะทำหน้าที่พิจารณาในรายละเอียดของคำร้องซึ่งคณะกรรมการประจำองค์คณะได้พิจารณาแล้วว่าสามารถรับคำร้องไว้พิจารณาได้และตัดสินใจตามคำร้องนั้น อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีเช่นกันที่องค์คณะย่อจะเข้ามาพิจารณารับคำร้องและพิจารณาเนื้อหาของคำร้องไปพร้อมๆ กัน และในบางกรณี หากองค์คณะย่อเห็นว่าความเห็นขององค์คณะย่อในการพิจารณาคำร้องใดมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยออกไปก่อนหน้านี้ หรือคำร้องนั้นมีลักษณะที่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ก็จะมีการส่งคำร้องให้ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการพิจารณาต่อไปดังที่ได้กล่าวไว้แล้วก่อนหน้านี้

- อำนาจของของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของการพิจารณาคดีโดย คณะกรรมการประจำองค์คณะย่อย

อำนาจหน้าที่หลักของคณะกรรมการประจำองค์คณะย่อยเกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเนื้อหาสาระของคำร้อง แต่เป็นการตรวจสอบคำร้องในเบื้องต้นว่าสมควรที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่ อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่หากคณะกรรมการประจำองค์คณะย่อยเห็นว่าคำร้องที่ส่งมานั้นมีความสำคัญ โดยเฉพาะเมื่อเกี่ยวข้องกับการตีความขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คณะกรรมการประจำองค์คณะย่อยจะไม่ดำเนินการพิจารณารับหรือไม่รับคำร้องด้วยตนเองแต่จะส่งคำร้องไปยังที่ประชุมขององค์คณะย่อยเพื่อให้ดำเนินการพิจารณารับหรือไม่รับคำร้องพร้อมทั้งพิจารณาเนื้อหาคำร้องไปด้วยในตัว

ทั้งองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ และโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญรวมถึงกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ล้วนถูกกำหนดขึ้นภายใต้อำนาจของกฎหมายสองฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2017 และ รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ (Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey)

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกีนั้นได้กำหนดความเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 146-153 โดยกำหนดไว้ตั้งแต่จำนวนตุลาการและการได้มาซึ่งตุลาการ ระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของตุลาการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ในเบื้องต้น อันประกอบไปด้วยจำนวนเสียงที่ต้องใช้เพื่อประกอบการตัดสินคดีแต่ละประเภท การเพิกถอนกฎหมายอันเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา รวมถึงผลผูกพันของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขยายความตามสิ่งที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ อันกินความถึงองค์ประกอบของ

องค์กรย่อยต่าง ๆ ภายในศาล แผลงที่มาของเงินสนับสนุนการดำเนินงาน และรูปแบบของการทำคำร้องรวมทั้งรูปแบบของการพิจารณาพรรคตีเฉพาะแยกเป็นรายประเภท

สำหรับภาพรวมของวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ในเบื้องต้นอาจพูดได้ว่าต้องพิจารณาแยกตามประเภทของคดี เนื่องจากโดยส่วนใหญ่แล้ววิธีพิจารณาคดีแต่ละประเภทจะมีลักษณะที่ไม่เหมือนกัน โดยหากแบ่งประเภทของกระบวนการพิจารณาในภาพรวมแล้ว อาจแยกได้เป็นสองประเภทด้วยกันได้แก่ กระบวนการพิจารณาสำหรับคำร้องที่สามารถวินิจฉัยได้โดยองค์คณะย่อย และคำร้องหรือคดีซึ่งต้องวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้¹⁸

- กระบวนการพิจารณาคำร้องกรณีที่สามารถวินิจฉัยได้โดยองค์คณะย่อยจะเป็นกระบวนการพิจารณาสำหรับการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยในขั้นแรกหลังจากที่ได้รับคำร้องมาแล้ว คณะกรรมการประจำองค์คณะที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้รับผิดชอบคำร้องจะต้องเป็นผู้พิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับคำร้องไว้พิจารณา หากไม่รับคำร้องย่อมสามารถส่งให้คำร้องนั้นตกไปได้ แต่หากรับคำร้องจะต้องส่งคำร้องไปยังองค์คณะย่อยที่ตนสังกัดเพื่อให้พิจารณาต่อไป ทั้งนี้ คำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องจะต้องทำลงโดยอาศัยเสียงของคณะกรรมการอันเป็นเอกฉันท์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่สามารถลงมติเอกฉันท์ได้ หรือในกรณีที่เห็นว่าคำร้องนั้นมีความสำคัญถึงขนาดที่แม้แต่การรับหรือไม่รับคำร้องสมควรทำลงโดยองค์คณะย่อย คณะกรรมการจะส่งคำร้องไปยังองค์คณะย่อยเพื่อให้พิจารณารับหรือไม่รับคำร้องต่อไป

ภายหลังจากที่องค์คณะย่อยได้รับคำร้องในกรณีที่คณะกรรมการสั่งให้รับคำร้องแล้ว ก็จะมีการพิจารณาคำร้องดังกล่าวพร้อมทั้งออกคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องต่อไป ทั้งนี้ คำวินิจฉัยจะต้องทำลงโดยอาศัยเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) ของตุลาการประจำองค์คณะย่อย โดยการลงมติในลักษณะดังกล่าวจะใช้กับกรณีที่องค์คณะย่อยต้องพิจารณารับหรือไม่รับคำร้องตามที่คณะกรรมการ

¹⁸ Ibid.

สิ่งเรื่องมาเช่นเดียวกัน และในกรณีที่มีความจำเป็น ไม่ว่าองค์คณะย่อยเห็นเอง หรือผู้ร้องร้องขอ องค์คณะย่อยอาจสั่งให้มีการคุ้มครองชั่วคราวได้ อันเป็นไปตาม ความที่กำหนดในมาตรา 149 ของรัฐธรรมนูญและมาตรา 49 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยขององค์คณะย่อยโดยเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าการใช้อำนาจ มหาชนบางประการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง จะต้อง ทำลงในลักษณะของความพยายามที่จะขจัดซึ่งการละเมิดดังกล่าวแต่จะสั่งให้ มีการจ่ายค่าชดเชยโดยตรงไม่ได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 50 ของรัฐบัญญัติ ว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

- สำหรับคำร้องหรือบรรดาอรรถคดีที่จะต้องวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อันประกอบไปด้วยคำร้องหรือคดีจำนวนหกประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบ และในเชิงเนื้อหาของกฎหมาย คำสั่งประธานาธิบดี ข้อบังคับการประชุมของ รัฐสภา รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ประเภทที่สอง การพิจารณาตรวจสอบการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ กรณีที่องค์คณะย่อยมีความเห็นไม่ตรงกันหรือในกรณีที่องค์คณะย่อยเห็นว่า คำร้องของประชาชนนั้นควรได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการ ประเภทที่สาม ได้แก่ การพิจารณาคดีในฐานะศาลอาญาสูงสุด ประเภทที่สี่ การพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการยุบพรรคการเมือง ประเภทที่ห้า การตรวจสอบ บัญชีการเงินของพรรคการเมือง และประเภทที่หก การพิจารณาอุทธรณ์กรณี ที่รัฐสภาสั่งผู้มีการยกเว้นซึ่งเอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันของสมาชิกสภาคนหนึ่งคนใด หรือให้สมาชิกสภาคนหนึ่งคนใดพ้นจากตำแหน่ง นั้น ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการสอบสวนพิจารณาโดยไม่มีการออกนั่งบัลลังก์เพื่อ พิจารณาคดีโดยตรง แต่จะเป็นการพิจารณาคดีบนพื้นฐานของเอกสารทั้งหมด เว้นแต่กรณีของการพิจารณาคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญที่ส่งมาจากองค์คณะย่อย เท่านั้นที่สามารถกำหนดให้มีการนั่งบัลลังก์เพื่อพิจารณาและรับฟังพยาน หลักฐานต่าง ๆ ได้ในกรณีที่มีความจำเป็น นอกจากนี้ กรณีที่อาจเรียกให้มี

การซักถามพยานผู้ที่เกี่ยวข้องได้ยังรวมไปถึงกรณีของการยุบพรรคการเมือง และในกรณีอื่นที่จำเป็นซึ่งเห็นว่าต้องให้ผู้เชี่ยวชาญมาให้ปากคำด้วยก็ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามความที่กำหนดไว้ในมาตรา 149 ของรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะลงมติ ในการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยเสียงข้างมากเด็ดขาด เว้นแต่กรณีของการพิจารณา วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การยุบพรรคการเมือง และกรณีที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกภาพหรือความคุ้มกันของ สมาชิกรัฐสภาที่จะต้องใช้เสียงสองในสามของจำนวนตุลาการที่เข้าร่วมพิจารณา เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 149 ของรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ถือเป็นที่สุด ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญ สั่งเพิกถอนหรือทำให้กฎหมาย คำสั่งของประธานาธิบดี หรือข้อบังคับการประชุม รัฐสภาสิ้นผลไปนั้น นอกจากจะต้องทำคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยัง ต้องประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษาอีกด้วย และในการวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำสั่งประธานาธิบดี หรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องไม่จำกัดคำวินิจฉัยไปในลักษณะของการออกกฎหมาย ใหม่หรือการขึ้นให้มีการตรากฎหมายใหม่ตามคำวินิจฉัยของศาล และคำวินิจฉัย ให้เพิกถอนกฎหมายทั้งหลายเหล่านี้จะไม่มีผลย้อนหลังโดยเด็ดขาด

5.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตุรกีนั้นมีขั้นตอนที่พัฒนาและปรับเปลี่ยน เรื่อยมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1876 โดยเริ่มจากที่บทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน (Kanun-u Esasi) กำหนดให้สามารถมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยใช้เสียงสองในสาม ของสมาชิกสภา ซึ่งต่อมากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ถูกเปลี่ยนมา ให้เป็นการแก้ไขง่ายเช่นเดียวกับกฎหมายปกติ คือ ไม่มีการกำหนดแนวทางในการ แก้ไขไว้โดยเฉพะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1921 ซึ่งจัดเป็น รัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขได้ง่ายที่สุดในประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศ

ตุรกี¹⁹

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1924 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีนั้นถูกกำหนดให้มีการแก้ไขโดยยากขึ้นตามลำดับ เริ่มตั้งแต่การนำเอาระบบการแก้ไขโดยเสียงข้างมากพิเศษ (Super Majority) กลับมาใช้ในปี ค.ศ. 1924 พร้อมทำกำหนดเงื่อนไขในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และกำหนดบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เอาไว้ในรัฐธรรมนูญรวมทั้งในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1961 ที่ยังคงรักษามรดกของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1924 ไว้ แต่เพิ่มขึ้นตอนของการลงประชามติโดยประชาชนมาไว้เป็นส่วนหนึ่งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁰

ทั้งนี้ ภายใต้พัฒนาการดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2017 ถือเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการกำหนดขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างยุ่งยากที่สุด โดยเฉพาะการเพิ่มอำนาจของประธานาธิบดีเข้ามาโต้แย้ง (Veto) ร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยสภา²¹ ซึ่งขั้นตอนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุรกีในฉบับปัจจุบันนั้น มีดังนี้

5.2.1 การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²²

ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 175 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของรัฐสภา องค์กรอื่นใดนอกเหนือจากรัฐสภาไม่สามารถดำเนินการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ วรรคแรกของมาตรา 175 กำหนดให้สมาชิกของรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่า

¹⁹ Oya Yegen, “Debating the Amendment-Making Rule: The Rigidity Vs. Flexibility Debate in the Turkish Constitution-Making Process,” in *The Failure of Popular Constitution Making in Turkey: Regressing Towards Constitutional Autocracy*, ed. Felix Petersen and Zeynep Yanaşmayan (London: Cambridge University Press, 2019). p.256

²⁰ *Ibid.*, p.257

²¹ *Ibid.*, p.258

²² The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, “Amendment to the Constitution shall be proposed in writing by at least one-third of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey...”

1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดสามารถเข้าชื่อเพื่อเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยจำนวนดังกล่าวเป็นจำนวนที่คงที่มาตั้งแต่ครั้งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1924²³

5.2.2 ขั้นตอนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 175 วรรคสอง กำหนดให้โดยหลักแล้วการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องดำเนินการพิจารณาเช่นเดียวกันกับการพิจารณากฎหมายทั่วไป ยกเว้นการพิจารณาในบางส่วนที่ถูกกำหนดให้แตกต่างกันไปตามความในมาตรานี้²⁴

ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมายโดยทั่วไปนั้น มาตรา 88 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องมีการตราระเบียบขึ้นมาก่อนหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ควบคุมกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายโดยตรง²⁵ ระเบียบดังกล่าวมีชื่อว่า “ระเบียบภายในของรัฐสภา (Internal Regulation of the TBMM)”

ระเบียบนี้ควบคุมการดำเนินการกระบวนการตรากฎหมายตั้งแต่ขั้นตอนของการเตรียมการไปจนถึงขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการเสนอกฎหมายจำเป็นที่จะต้องริเริ่มดำเนินการโดยการปรึกษาหารือระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการเสนอรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สมาชิกรัฐสภาสามารถเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อประธานรัฐสภาได้โดยตรง ขั้นตอนนี้จึงไม่ถูกนำมาใช้ในที่นี่

เมื่อศึกษาระเบียบของรัฐสภาประกอบกับคู่มือในการดำเนินการกระบวนการทางนิติบัญญัติของประเทศตุรกี แสดงให้เห็นว่าขั้นตอนในการดำเนินการ

²³ Ergun Özbudun, *The Constitutional System of Turkey* (New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2011). pp.129-130

²⁴ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, “...The consideration and adoption of bills for the amendments to the Constitution shall be subject to the provisions governing the consideration and adoption of laws, with the exception of the conditions set forth in this Article...”

²⁵ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 88, “...The procedure and principles regarding the deliberation of private members’ bills in the Grand National Assembly of Turkey shall be regulated by the Rules of Procedure.”

ภายหลังจากที่ประธานรัฐสภาได้รับร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว มีดังนี้²⁶

1) ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องถูกพิจารณาโดย คณะกรรมาธิการที่เกี่ยวข้อง โดยสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดจะถือเป็นคณะกรรมาธิการ ที่มีหน้าที่ในการพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้มีการเสนอมานี้ เนื่องจากมาตรา 175 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ สมาชิกรัฐสภาทั้งหมดจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญร่วมกัน ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคั้งนี้จะเป็นการอภิปราย เป็นรายมาตรา²⁷

2) ภายหลังจากที่สมาชิกรัฐสภาในฐานะกรรมาธิการพิจารณาปรับแก้ ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนแล้วเสร็จ จะเข้าสู่การดำเนินการใน วาระที่สอง สมาชิกรัฐสภาจะกลับมาทำหน้าที่ในฐานะของผู้แทนราษฎรเพื่อลง คະแนนเสียงว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไป

5.2.3 การให้ความเห็นชอบและการประกาศใช้ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ชั้นกรรมาธิการแล้ว รัฐสภาจะลงมติเพื่อตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยความในมาตรา 175 วรรคแรก กำหนดให้รัฐสภา ต้องลงคะแนนรับรองร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเสียงสามในห้า ของสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภา²⁸

²⁶ TBMM, Tbm̄m 'de Yasama S̄ureci (Turkey: TBMM Press and Public Relations 2005). pp.6-12

²⁷ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, "...Bills to amend the Constitution shall be debated twice in the Plenary..."

²⁸ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, "...The adoption of a bill for an amendment shall require a three-fifths majority of the total number of members of the Assembly by secret ballot...."

ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วจะถูกส่งต่อไปยังประธานาธิบดีของตุรกีในฐานะประมุขของรัฐเพื่อประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษาให้มีผลบังคับต่อไป อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีอาจอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 175 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอความเห็นต่อรัฐสภาให้มีการปรับปรุงแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญที่สภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วได้ โดยหากมีการดำเนินการเช่นนี้ และสภายังยืนยันที่จะเสนอร่างรัฐธรรมนูญเดิม โดยไม่มีการแก้ไขด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกรัฐสภา ประธานาธิบดีอาจนำเอาร่างดังกล่าวไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยรัฐสภา²⁹

นอกจากการออกเสียงประชามติที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ในบางกรณี ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับการรับรองจากรัฐสภาแล้วจะต้องถูกนำไปออกเสียงประชามติก่อนการประกาศใช้ด้วย กล่าวคือ

ในกรณีที่ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้รับความเห็นชอบจากบรรดาสมาชิกรัฐสภาในวาระสุดท้ายเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดหรือน้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของรัฐสภา และได้ส่งไปให้ประธานาธิบดีพิจารณาแล้วและมีได้ส่งกลับมาให้รัฐสภาพิจารณาใหม่ ร่างดังกล่าวนี้จะต้องถูกเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาและนำไปสู่การออกเสียงประชามติต่อไป³⁰

²⁹ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, “The President of the Republic may send back the laws the amendments to the Constitution to the Grand National Assembly of Turkey for reconsideration. If the Assembly readopts, by a two-thirds majority of the total number of members, the law sent back by the President of the Republic without any amendment, the President of the Republic may submit the law to referendum.”

³⁰ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, “...If a law on the amendment to the Constitution is adopted by a three-fifths or less than two-thirds majority of the total number of members of the Assembly and is not sent back by the President of the Republic to the Assembly for reconsideration, it shall be published in the Official Gazette and be submitted to referendum...”

ในกรณีที่ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการลงคะแนนเสียงเห็นชอบจากสมาชิกวุฒิสภาเป็นจำนวนสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเป็รร่างที่ผ่านการพิจารณาจากสภาและประธานาธิบดีไม่ส่งกลับมาให้แก้ไข หรือเป็นร่างที่ประธานาธิบดีเห็นว่าควรมีการแก้ไขก็ตาม การออกเสียงประชามติโดยประชาชนจะไม่มีลักษณะเป็นเงื่อนไขบังคับ (Mandatory) ในกรณีนี้³¹ กล่าวคือ ประธานาธิบดีอาจนำเอาร่างนั้นไปสู่การออกเสียงประชามติหรือไม่ก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร หากเห็นว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องออกเสียงประชามติ ให้ประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษาได้ทันที³²

ทั้งนี้ ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติที่จำเป็นนำไปสู่การออกเสียงประชามตินั้น จะถือว่าได้รับการรับรองจากประชาชนให้ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความไว้วางใจจากเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ลงคะแนนทั้งหมดเท่านั้น³³

กระบวนการทั้งหลายตามที่กล่าวมานี้ คือ ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี โดยจะเห็นว่าอำนาจส่วนใหญ่คงอยู่ที่รัฐสภาและไม่ใช่ว่ากรณีที่นำไปสู่การออกเสียงประชามติ ทั้งนี้ ภายใต้บทบัญญัติของ

³¹ Özbudun, E., *The Constitutional System of Turkey*. p.131

³² The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, "...A law on the Constitutional amendment adopted by a two- thirds majority of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey directly or upon the sending back of the law by the President of the Republic or its articles deemed necessary may be submitted to a referendum by the President of the Republic. A law on the amendment to the Constitution or the related articles that are not submitted to referendum shall be published in the Official Gazette...

... The Grand National Assembly of Turkey, in adopting the law on the Constitutional amendment shall also decide on which provisions shall be submitted to referendum together and which shall be submitted individually, in case the law is submitted to referendum..."

³³ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 175, "... Entry into force of the laws on the amendment to the Constitution submitted to referendum shall require the affirmative vote of more than half of the valid votes cast..."

รัฐธรรมนูญตุรกี มีข้อห้ามบางประการที่รัฐสภาไม่สามารถกระทำได้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

5.2.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดทำรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะขอเสนอความในสามส่วนได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ, การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพยายามอย่างยิ่งของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีการแก้ไขรายละเอียดเกี่ยวกับระบบผู้ตรวจการแผ่นดินและนำการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้ในประเทศตุรกี

- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 นั้น ความปรากฏตามเอกสารเผยแพร่โดยวุฒิสภาของตุรกี ลงวันที่ 14 กันยายน 1971³⁴ แสดงให้เห็นว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ ซึ่งเชื่อว่าเป็นแห่งหนึ่งเป็นความพยายามที่จะจำกัดกรอบในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ³⁵ กล่าวคือ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าว ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะในส่วนของความถูกต้องในเชิงรูปแบบเท่านั้น³⁶ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ไม่ได้ทำให้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีถูกจำกัดลงแต่ประการใด เนื่องจากศาลอาศัยการตีความการตรวจสอบในเชิงรูปแบบให้ครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบในเชิงเนื้อหาด้วย ตามความที่ปรากฏในหัวข้อที่ 5 ของบทนี้เกี่ยวกับคำวินิจฉัยที่น่าสนใจของศาลรัฐธรรมนูญ

³⁴ ภายใต้อำนาจรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 ตุรกียังคงใช้ระบบสองสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอยู่ ทั้งนี้ ความปรากฏตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1961

³⁵ Tarik Olcay, "The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution," in *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies*, ed. Richard Albert and Bertil Emrah Oder (Springer, 2018). p.329

³⁶ CUMHURİYET SENATOSU TUTANAK DERGİSİ, 115 nci Birişim, 14.9.1971, p.493

- สำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1982 นั้น ประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับศาลรัฐธรรมนูญนั้นคือความพยายามอย่างจริงจังที่จะจำกัดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยความในมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 นั้นเรียกว่าถอดแบบมาจากมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1971 ทุกประการ นั่นคือกำหนดไว้แต่เพียงว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะในเชิงรูปแบบ (examined and verified only with regard to their form) อย่างไรก็ตาม ในวรรคสองของมาตราดังกล่าวได้มีการเพิ่มความขึ้นมาตอนหนึ่งว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะต้องจำกัดเฉพาะการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดการได้รับเสียงข้างมากในขั้นตอนของการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การได้รับเสียงข้างมากในการออกเสียงประชามติ หรือการดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนต่าง ๆ อย่างรอบคอบหรือไม่เท่านั้น (shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under urgent procedure was complied with) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการที่จะจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีไว้โดยเฉพาะเจาะจงเพียงใด

- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1982 ภายใต้อ Act No. 5982 ลงวันที่ 7 พฤษภาคม 2010 นั้น เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สำคัญที่สุดครั้งหนึ่งของประเทศตุรกี โดยเฉพาะการเพิ่มและแก้ไขบทบัญญัติในสองมาตรา ได้แก่ มาตรา 74 กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับผู้ตรวจการแผ่นดินเสียใหม่ โดยระบุให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานทางปกครองโดยตรง รวมทั้งกำหนดให้รัฐสภาของตุรกีเป็นผู้เลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน และในมาตรา 148 ได้มีการเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint หรือที่ในรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีเรียกว่า Individual Application) ขึ้น ทั้งนี้ แม้การ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงปีดังกล่าวจะถูกร้องขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตามมีบทบัญญัติเพียงบางมาตราเท่านั้นที่ถูศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่รวมถึงสองมาตราที่ผู้วิจัยกล่าวไปข้างต้น อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสองมาตราที่สำคัญยิ่งของประเทศตุรกี³⁷

5.3 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีเป็นหนึ่งในรัฐธรรมนูญที่กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ค่อนข้างชัดเจน โดยสามารถแบ่งออกได้เป็นข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและกระบวนการ และข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา ดังนี้

5.3.1 ข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและกระบวนการ

ข้อจำกัดในเชิงกระบวนการนี้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนผ่านบทบัญญัติสองกลุ่มในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติในกลุ่มของการวางขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บทบัญญัติในมาตรา 175 และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตรากฎหมายทั่วไป ซึ่งกำหนดขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างครบถ้วน ตั้งแต่ขั้นตอนของการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การพิจารณาร่างในชั้นของรัฐสภา และการดำเนินกระบวนการต่าง ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประธานาธิบดีและการออกเสียงประชามติ ไปจนถึงการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเป็นทางการ บทบัญญัติทั้งหลายเหล่านี้เองที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในเชิงรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เพียงใด

สำหรับบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดในเชิงกระบวนการอีกบทมาตราหนึ่ง คือบทบัญญัติในมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจอประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญคือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

³⁷ International Labour Organization, “Kanun No. 5982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun,” [Online] Accessed: 20 September 2020. Available from: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=85605

ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องเป็นการตรวจสอบความถูกต้องและตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในส่วนของการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ว่าเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่เท่านั้น³⁸

5.3.2 ข้อจำกัดในเชิงเนื้อหา

รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีมีบทบัญญัติที่ถือเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญ อันเป็นบทบัญญัติที่ในเชิงเนื้อหาแล้วไม่สามารถมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งสิ้น 3 มาตรา ได้แก่

- บทบัญญัติในมาตรา 1 ที่กำหนดให้ตุรกีเป็นรัฐที่ใช้ระบบสาธารณรัฐในการปกครอง³⁹

- บทบัญญัติในมาตรา 2 ที่กำหนดให้สาธารณรัฐตุรกีเป็นสาธารณรัฐที่ใช้ระบอบประชาธิปไตยในการปกครอง เป็นรัฐที่แยกตนออกจากศาสนา ใช้นิติธรรมในการปกครอง เป็นรัฐที่เชื่อในสันติภาพของส่วนรวม ความเป็นหนึ่งเดียวของคนในชาติ และความยุติธรรม เศรษฐกิจมีมนุษย์ชน เป็นรัฐที่เคารพในความเป็นชาวตุรกี และเชื่อมั่นในหลักการทั้งหลายที่กล่าวมาในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ⁴⁰

- บทบัญญัติในมาตรา 3 ที่กำหนดให้อาณาจักรตุรกีเป็นดินแดนซึ่งจะถูกแบ่งแยกมิได้ ใช้ภาษาตุรกีเป็นภาษาราชการ มีธงประจำชาติซึ่งมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมถึงกำหนดเกี่ยวกับเพลงประจำชาติและเมืองหลวง⁴¹

³⁸ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 148 “...Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form...”

³⁹ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 1 “The State of Turkey is a Republic”

⁴⁰ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 2 “The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble.”

⁴¹ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 3 “The State of Turkey, with its territory and nation, is an indivisible entity. Its language is Turkish.

Its flag, the form of which is prescribed by the relevant law, is composed of a white

บทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมานี้ถือเป็นบทบัญญัติที่มีอาจถูกแก้ไขได้ เป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้บังคับของมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดไว้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 1 ที่ว่าด้วยรูปแบบแห่งความเป็นสาธารณรัฐ รวมทั้ง อัตลักษณ์ของรัฐในมาตรา 2 และมาตรา 3 ไม่สามารถถูกแก้ไขหรือถูกเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมได้

5.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในขั้นตอนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้มีการออกรัฐบัญญัติขึ้นมาฉบับหนึ่ง ชื่อว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ (Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey)” ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 2011 เพื่อกำหนดขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งขั้นตอนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏอยู่ในหมวด 4 ของรัฐบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยการตรวจสอบและการดำเนินกระบวนการพิจารณาการเพิกถอนกฎหมาย (Annulment Cases) โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.4.1 ผู้มีอำนาจฟ้องคดี

มาตรา 35 อนุมาตรา 3 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ บัญญัติไว้ว่า บุคคลที่มีอำนาจในการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในกรณี que เห็นว่าขั้นตอนการตรารัฐบัญญัตินั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่⁴²

crescent and star on a red background.

Its national anthem is the “Independence March”

Its capital is Ankara.”

⁴² Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 35 (3) “The President of the Republic or at least one-fifth of the total number of

1) ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐ

2) สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 เข้าชื่อกันเพื่อเสนอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

5.4.2 วัตถุประสงค์

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญนั้น กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนของการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น และจะต้องเป็นการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดเกี่ยวกับการได้รับเสียงข้างมากในขั้นตอนของการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การได้รับเสียงข้างมากในการออกเสียงประชามติ หรือการดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนต่าง ๆ อย่างรอบคอบ⁴³

บทบัญญัติในรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ได้ขยายความและกำหนดรายละเอียดในการบังคับใช้มาตรา 148 เพิ่มเติม โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 36 ของรัฐบัญญัติฯ ซึ่งตามความในมาตรา 36 (1) และ (2) นั้นกำหนดไว้ว่า ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ศาลจะรับคำร้องไว้พิจารณาได้เฉพาะกรณีที่รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความไม่ชอบด้วยกระบวนการตราเท่านั้น และจะรับคำร้องไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีการละเมิดบทกฎหมายจำนวนทั้งสิ้น 3 ประการ ได้แก่⁴⁴

members of the Grand National Assembly of Turkey are authorized to lodge an annulment case on the grounds that the amendments to the Constitution, laws, decree-laws and the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey are in contrast with the Constitution as to the form.”

⁴³ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 148 “...Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form....

...the verification of constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under urgent procedure was complied with...”

⁴⁴ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 36 “ (1) Formal review is limited to the examination of whether motion majority and voting majority were observed and the condition of non-expeditious deliberations was fulfilled in Constitutional amendment

- จำนวนเสียงที่ใช้ในการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด
- การลงมติรับรองร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด
- การพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กระทำลงโดยอาศัยความรอบคอบ (condition of non-expeditious deliberations) อย่างไรก็ตาม หากเพียงแต่รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความไม่ชอบธรรมในเชิงกระบวนการแค่เพียงเล็กน้อยและไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลก็จะไม่รับคำร้องอันมีลักษณะเช่นว่านั้นไว้พิจารณาก็ได้⁴⁵

5.4.3 ระยะเวลาในการฟ้องคดี

ระยะเวลาในการฟ้องคดีนั้นถูกกำหนดไว้ในมาตรา 37 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องฟ้องคดีภายใน 10 วันนับแต่วันที่รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถูกประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษา⁴⁶

5.4.4 การจัดเตรียมเอกสารสำหรับฟ้องคดี

ในการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น หากการยื่นคำร้องกระทำขึ้นโดยประธานาธิบดีแห่งรัฐ คำร้องจะต้องถูกทำเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมทั้งแนบเอกสารประกอบคำร้องและนำส่งมายังสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม

(2) Annulment cases against Constitutional amendments may be filed solely on the grounds of formal inconsistency...”

⁴⁵ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 36 (4) “...Courts may not file a claim of unconstitutionality on the basis of formal unsuitability.”

⁴⁶ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 37 “The right to lodge a direct annulment case with a claim of unconstitutionality of amendments on the Constitution and of laws as to their form shall cease ten days following the date of their promulgation in the Official Gazette...”

หากผู้ยื่นคำร้องเป็นสมาชิกของรัฐสภา ผู้ยื่นคำร้องนอกจากจะต้องจัดทำคำร้อง เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังจะต้องรวบรวมรายชื่อตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะต้องประกอบไปด้วยชื่อ สกุล หมายเลขประจำตัวประชาชน และข้อมูลอื่น ๆ พร้อมให้ประธานรัฐสภาหรือเจ้าหน้าที่ ๆ ได้รับมอบหมายรับรองความถูกต้องของ รายชื่อก่อนนำส่งคำร้องพร้อมรายชื่อผู้สนับสนุนมายังสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ด้วย⁴⁷

ทั้งนี้ ในคำร้องจะต้องแสดงเหตุผลโดยชัดแจ้งว่ารัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งกับบรรดาข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในส่วนใด⁴⁸ โดยภายหลังจากที่เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญโดยสำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องไว้แล้ว ก็จะได้ดำเนินการออกเอกสารรับคำร้องไว้ จากนั้นจะนำคำร้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป⁴⁹

5.4.5 การพิจารณารับคำร้องและการพิจารณาคำร้อง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะถูกกระทำโดย

⁴⁷ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 38, “...(3) An annulment case is deemed lodged when the petition for annulment on the grounds of unconstitutionality of Constitutional amendments, laws, decree-laws, the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey or certain articles or provisions therein is referred to the Court Writing Office by the Office of the Secretary General. The Office of the Secretary General provides the petitioner with a document indicating that the application is registered.

(4) If the case is lodged by at least one-fifth of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey, the petition which includes names and family names, registration numbers, electoral regions and signatures of petitioners must be submitted to the Office of the Secretary General. The Speaker of the Grand National Assembly or an official s/he assigns must attest by stamp and signature the authenticity of each deputy name and signature in each page of the petition bearing signatures.

⁴⁸ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 38, “...(6) Articles of the Constitution which the provisions are claimed to contrast the Constitution and reasons must be explained in the annulment petition”

⁴⁹ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 38

ที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น ดังนั้น ขั้นตอนของการพิจารณารับคำร้องและการพิจารณาคำร้องจะถูกดำเนินการควบคู่กันไปโดยที่ประชุมใหญ่ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

5.4.5.1 การพิจารณารับคำร้อง

ตามความในมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการจัดตั้งและวิพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะใช้เวลาไม่เกิน 10 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องเพื่อพิจารณาว่าสมควรที่จะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่ หากเห็นสมควรก็จะนำส่งคำร้องไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้รับทราบและดำเนินการเสนอความเห็นของตนายังสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญต่อไป อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการเห็นว่าคำร้องนั้นไม่สมบูรณ์ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือเอกสารบางอย่างได้ขาดหายไป ให้แจ้งไปยังผู้ร้องในกรณีของประธานาธิบดี หรือผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนในการติดต่อของบรรดาผู้ร้องในกรณีของสมาชิกรัฐสภา หรือผู้ที่มีรายชื่อสองคนแรกในบัญชีรายชื่อหากไม่ได้มีการระบุตัวสมาชิกรัฐสภาที่จะทำหน้าที่เป็นผู้แทนในการติดต่อไว้ เพื่อให้ดำเนินการแก้ไขคำร้องและจัดหาเอกสารเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่กำหนด หากไม่สามารถทำการแก้ไขความบกพร่องหรือจัดหาเอกสารเพิ่มเติมได้ภายในเวลาดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีและแจ้งให้ผู้ร้องทราบต่อไป⁵⁰

⁵⁰ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 39, “(1) The Court examines, within ten days after the date of registration, whether the case petition fulfils conditions laid down in Article 39 herein. Missing items in the petition, if any, are determined by a decision and notified to the concerned for completion.

(2) If the case is lodged by one-fifth of the total number of deputies of the Grand National Assembly of Turkey, the notification for completion of missing items will be communicated to deputies who are designated in the petition as contact persons for notification. If no deputy is designated as contact person in the petition, such notification is made to two deputies on top of the list in the petition.

(3) In case the missing items are not completed within the period specified in paragraph one, the General Assembly deems the case not lodged. This decision is notified to the concerned.

5.4.5.2 การพิจารณาคำร้อง

ภายใต้บทบัญญัติแห่งมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะเริ่มพิจารณาคำร้องภายใน 10 วันนับตั้งแต่วันที่รับคำร้อง หรือภายใน 10 วันนับตั้งแต่วันที่คำร้องได้รับการแก้ไขให้สมบูรณ์⁵¹

ในการพิจารณาคำร้องว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำการแก้ไขในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อข้อบทในรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากบรรดาเอกสารที่ผู้ร้องได้นำยื่นต่อศาลประกอบด้วยบทกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากศาลเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกนั่งพิจารณาคดี ศาลอาจกำหนดให้มีวันนั่งพิจารณาคดีและให้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำต่อศาลได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ร้องเป็นประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานาธิบดีอาจมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ ๆ เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำในศาลแทนตนได้ โดยศาลไม่ผูกพันที่จะต้องอาศัยถ้อยคำให้การในชั้นศาลเป็นพยานหลักฐานหลักในการพิจารณาคดี⁵²

(4) If, in annulment cases, the Court holds a decision to review the merits, the petition and its appendices are sent to the Office of the Speaker of the Grand National Assembly of Turkey, Office of the Prime Minister and groups of political parties that are competent to lodge annulment action. These offices may submit their written opinions to the Court for consideration.

⁵¹ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 40, “...(4) Procedural examination of the application is conducted within ten days after the documentation is registered. Applications of objection which are explicitly devoid of basis and which are not in compliance with the procedure are dismissed with a reasoned decision...”

⁵² Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 43, “(1) Examination is conducted on the basis the file in annulment cases and applications for objection. If it seems so necessary, the Court may summon the concerned parties or those with information on the subject in order to present oral explanations.

(2) An official assigned by the President of the Republic delivers oral explanations on behalf of the President of the Republic.

(3) The Court is not obligated to rely on alleged reasons for unconstitutionality of the laws, decree-laws and the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey. The Court may render a decision of unconstitutionality based on other reasons on condition that it observes the initial claim...”

5.4.6 การทำคำวินิจฉัย ผลของคำวินิจฉัยและการบังคับตามคำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องจัดทำคำวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 5 เดือนนับแต่วันที่รับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณา⁵³ โดยหากศาลเห็นว่ารัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ร้องไม่ได้มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ให้ศาลส่งยกคำร้องพร้อมทั้งประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษา และแจ้งให้ผู้ร้องทราบถึงคำสั่งพร้อมด้วยเหตุผลประกอบต่อไป⁵⁴ ในกรณีที่ศาลเห็นว่ารัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลบังคับลงโดยจะต้องประกาศคำวินิจฉัยและเหตุผลประกอบลงในรัฐกิจจานุเบกษา และให้ถือว่ารัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลลงในวันที่ประกาศลงในรัฐกิจจานุเบกษานั้นเอง ทั้งนี้ เว้นแต่ศาลจะกำหนดระยะเวลาในการสิ้นผลเป็นอย่างอื่นแต่ต้องไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่มิคำวินิจฉัย⁵⁵

ทั้งนี้ ภายใต้มาตรา 66 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กร การสิ้นผลไปของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นที่จะต้องมีการบังคับให้เกิดผลดังกล่าว เนื่องจากเป็นการสิ้นผลไปโดยกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลไม่สามารถกำหนดให้การสิ้นผลของรัฐบัญญัติแก้ไข

⁵³ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 40, “...(5) The Constitutional Court renders and pronounces a decision within five months after receiving the case in complete form...”

⁵⁴ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 40

⁵⁵ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 66, “...(3) A law, decree-law, or the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey or certain articles or provisions thereof annulled by the Court are repealed upon the date of promulgation of the Court decision in the Official Gazette. If it deems so necessary, the Court may render a separate decision on the date of coming into force of the annulment decision provided that such date is no longer than one year...”

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีผลย้อนหลังได้⁵⁶ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องระมัดระวังในการทำคำวินิจฉัยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการระงับไม่ทำคำพิพากษาในลักษณะที่เข้าไปก้าวกายอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ⁵⁷ นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการเพิกถอนรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายฉบับใดถึงขนาดที่อาจทำให้กฎหมายฉบับนั้นไม่สามารถถูกใช้บังคับได้ ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้มีการยกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวข้องไปด้วยได้ในตัว⁵⁸

5.5 คดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อที่ 1 ของบทนี้ ผู้วิจัยได้นำเสนอให้เห็นถึงพัฒนาการของระบบการเมืองของประเทศตุรกีในเชิงประวัติศาสตร์ อันแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของตุรกีนั้นแม้จะถูกล้มและก่อร่างขึ้นมาใหม่หลายต่อหลายครั้ง แต่ก็ยังคงมีคุณค่าหลักหลายประการที่รัฐธรรมนูญยังคงยึดมั่นถือมั่นอยู่อย่างไม่เสื่อมคลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นสาธารณรัฐ รัฐฆราวาส การยึดมั่นในหลักนิติธรรม และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

⁵⁶ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 66, “(1) Decisions of the Court are final. Decisions of the Court are binding on the legislative, executive and judicial bodies and administrative authorities of the State as well as real and legal persons.

(2) Annulment decisions have no retroactive effect...”

⁵⁷ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 66, “...(4) When the Court annuls the whole or certain provisions of a law, decree-law or the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey, it may not act as the legislator by establishing a judgment which may lead to a new practice...”

⁵⁸ Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 43, “...(4) In case the application is filed against certain articles or provisions of a law, decree-law or the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey and if the annulment of such articles or provisions will lead to the unenforceability of certain other or all of the provisions the law, decree-law or the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey, the Court may, by indicating the matter in its statement of reasons, render a decision to annul such other or all of the provisions of the law, decree-law or the Regulation on the Grand National Assembly of Turkey which are no more enforceable...”

บริบทอันเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ทางการเมืองนี้เองที่จะนำไปสู่ข้อวิพากษ์สำคัญเกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศตุรกี ทั้งนี้ในการอธิบายถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ เนื่องจากคำพิพากษาอย่างเป็นทางการของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ผู้เขียนเข้าถึงได้มีอยู่อย่างจำกัด โดยเฉพาะเมื่อศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีได้เริ่มเผยแพร่คำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเป็นภาษาอังกฤษที่สามารถสืบค้นได้ค่อนข้างจำกัดมาก และสามารถสืบค้นข้อมูลได้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1996 เป็นต้นมาเท่านั้น ดังนั้น การเข้าถึงคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องย้อนศึกษาไปถึงคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 1965 นับจากนี้ไปในหลายส่วนจะอาศัยการเข้าถึงผ่านงานเขียนของ Kemal Gözler และ Tarik Olcay เป็นหลัก โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.5.1 คำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961: ศาลขยายอำนาจเข้าตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีถูกก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1961 ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้รับมอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจดังกล่าวถูกมอบให้กับศาลรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1971 ภายใต้รัฐบัญญัติฉบับที่ 1488 อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญกลับผลิตคำวินิจฉัยว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาจำนวนหนึ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการขยายขอบอำนาจของตนเองออกจากรอบของรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ⁵⁹

คำวินิจฉัยฉบับแรกเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1965 เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 1965/40 ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1965 เพื่อให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้

⁵⁹ Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies*. p.326

บทมาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญในเวลานั้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁶⁰

ภายใต้คำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตีความในลักษณะของการขยายขอบอำนาจของตนเอง กล่าวคือ ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1961 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็มีเพียงข้อห้ามเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพของรัฐเท่านั้น ไม่ได้มีข้อห้ามประการอื่นเลย

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้เมื่อศาลก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลได้มีความเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ให้การเคารพต่อจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ อันได้แก่สิทธิขั้นพื้นฐาน เสรีภาพ หลักนิติธรรม ถือเป็นการทำลายหัวใจหลักของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1961 ซึ่งไม่สามารถทำลงได้ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 155”⁶¹

การจัดทำคำวินิจฉัยในกรณีนี้แสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดกรอบกฎเกณฑ์ให้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในลักษณะที่นอกเหนือจากกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด และแสดงออกอย่างมีนัยสำคัญว่าโดยแท้จริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญควรที่จะมีความสามารถในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁶²

⁶⁰ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Resmi Gazete tarih/sayı: 25.7.1967/12656, Esas No: 1963-173, Karar No: 1965-40, Karar tarihi: 26/9/1965

⁶¹ Ibid., see also, “it is clear that the Constituent Assembly... adopted the Article 155 [amendment procedure] in order to enable only the amendments which are conform to the spirit of the constitution. The constitutional amendments which... destroy the basic rights and freedoms, rule of law principle, in one word, demolish the essence of the 1961 Constitution... cannot be made in application of the Article 155.” translated by Kemal Gözler in *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (Bursa: Ekin Press, 2008). p.96

⁶² Tarik Olcay, “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies*, p.327

ศาลรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงการขยายขอบเขตอำนาจของตนเองอย่างเป็นทางการอีกครั้งภายใต้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1970/31 ลงวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 1971 ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยในกรณีที่รัฐสภาพยายามจะแก้ไขบทบัญญัติบางประการที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิของผู้นำทางการเมืองซึ่งมีส่วนในการรัฐประหารในช่วงปี ค.ศ. 1960

คำร้องให้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ถูกเสนอโดยพรรคแรงงานตุรกี (The Workers Party of Turkey) โดยในคดีนี้ ประเด็นสำคัญคือการที่ศาลวินิจฉัยขยายเขตอำนาจของตนเองในช่วงต้นของคำพิพากษา โดยกล่าวว่าแม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ แต่ในเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำลงในลักษณะของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ก็ย่อมอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบเช่นกัน⁶³ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังตีความขยายข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกไปอีกว่า แม้ว่าข้อห้ามในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 จะอยู่ที่การห้ามไม่ให้มีการแก้ไขรูปแบบของรัฐ แต่ศาลยังตีความต่อไปว่า รูปแบบของรัฐหรือความเป็นสาธารณรัฐในที่นี้หมายความรวมถึงลักษณะเฉพาะ (Characteristics) แห่งความเป็นสาธารณรัฐ ซึ่งกินความกว้างกว่ารูปแบบของรัฐและเป็นสิ่งที่ไม่อาจแก้ไขได้⁶⁴

ในท้ายที่สุดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งถัดไป เนื่องจากมีความไม่สอดคล้องต้องกันในเชิงกระบวนการของการแก้ไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่ประเด็นสำคัญที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยนี้คือ การแสดงให้เห็นว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญก็สามารถมีบทบาทในเชิงรุกเพื่อทำหน้าที่ในฐานะของผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Guardian of the Constitution and the Constitution order) ได้

⁶³ Constitutional Court of Turkey, Decision of June 7, 1971, No. 1970/31. Olcay, T., "The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution," in An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. p.327

⁶⁴ Ibid.

ทั้งยังมีความสามารถมากพอที่จะใช้วิธีการตีความเพื่อขยายขอบอำนาจของ
ตัวเองเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ ภายหลังจากคำวินิจฉัยที่ 1970/31 ศาลรัฐธรรมนูญยังได้
แสดงเหตุผลในลักษณะเดียวกันนี้ให้เห็นอีกครั้งหนึ่งภายใต้คำวินิจฉัยที่ 1971/37

5.5.2 คำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971: การขยายอำนาจเข้า ตรวจสอบในทางเนื้อหา

ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1961 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 โดยมีกรมอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กับศาลรัฐธรรมนูญ
ซึ่งถือเป็นครั้งแรกที่มีการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ
ในช่วงเวลานี้เองที่รัฐธรรมนูญได้ริเริ่มจำกัดขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญใน
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ให้จำกัดเฉพาะการตรวจสอบในเชิงรูปแบบ (Formative Review) เท่านั้น

ตามที่ Olcay ได้กล่าวไว้ในงานเขียนของเขาว่า ในการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.1971 รัฐสภาได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าประสงค์ที่จะ
ไม่เปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความขยายขอบอำนาจของตัวเองได้
อย่างกว้างขวาง โดยการกำหนดถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดเจนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นขั้นตอน
ของการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ไม่ได้เป็นขั้นตอนของการแก้ไขหรือ
ตรากฎหมายอื่น ๆ ดังนั้น จึงควรกำหนดให้ชัดเจนลงไปรัฐธรรมนูญและ
จำกัดอำนาจในการตรวจสอบให้อยู่เฉพาะการตรวจสอบความถูกต้องในเชิง
กระบวนการเท่านั้น⁶⁵

อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติในมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญในขณะนั้นจะ
กำหนดกรอบที่ค่อนข้างเคร่งครัดให้กับศาลรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจเพื่อ

⁶⁵ Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,”
in An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. p.329

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ยังคงขยายขอบอำนาจของตนเองออกมาจากกรอบของรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่อง ในลักษณะที่ถูกเรียกว่าเป็นการ “ตรวจสอบในเชิงเนื้อหา ภายใต้ร่มเงาของการตรวจสอบในเชิงรูปแบบ”⁶⁶

การใช้อำนาจในลักษณะของการซ่อนการตรวจสอบเชิงเนื้อหาไว้ได้ การตรวจสอบเชิงรูปแบบนั้นปรากฏให้เห็นอย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในการวินิจฉัยคำร้องในปี ค.ศ. 1975 ภายใต้คำวินิจฉัยที่ 1975/87 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1976 โดยคำวินิจฉัยนี้เกี่ยวข้องกับกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1971 เพื่อยกเว้นเงื่อนไขที่ว่าโดยหลักแล้ว ตุลาการศาลทหารส่วนใหญ่จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติในการทำหน้าที่ผู้พิพากษาเช่นเดียวกับในศาลยุติธรรมปกติ ซึ่งข้อยกเว้นนี้จะเกิดขึ้นเมื่อประเทศเข้าสู่สภาวะสงครามและมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้ศาลทหารในการตัดสินคดี

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มต้นอธิบายไว้ในส่วนแรกของคำวินิจฉัยอย่าง น่าสนใจว่า จริงอยู่ที่มาตรา 147 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ เฉพาะความถูกต้องของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนการตรา รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญขณะนั้น จะพบว่าการที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความเป็นสาธารณรัฐของตุรกีนั้นสามารถแบ่งแยกความใน มาตรานี้ได้เป็นสองส่วน คือ ส่วนที่กำหนดให้ในเชิงเนื้อหาห้ามมิให้มีการแก้ไข ความเป็นสาธารณรัฐของตุรกี และในแง่กระบวนการ ที่เป็นการห้ามมิให้ มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความในรัฐธรรมนูญในลักษณะที่จะทำลายความเป็น สาธารณรัฐ ดังนั้น หากมีความพยายามที่จะเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อความในมาตรา 9 ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจ ที่จะตรวจสอบได้⁶⁷

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Resmi Gazete tarih/sayı:26.2.1976/15511, Esas sayısı: 1973/19, Karar sayısı: 1975/87, Karar günü: 15/4/1975

ภายใต้เหตุผลเช่นนี้เอง ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายขอบอำนาจของตัวเองเข้ามาตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งดังกล่าว และโดยการอ้างเอาการตีความในยุคก่อนที่ขยายความคำว่า “สาธารณรัฐ” ให้กว้างไกลไปกว่ารูปแบบของรัฐ คือ กินความถึงทุกคุณค่าแห่งความเป็นสาธารณรัฐที่ตรึงยึดถือ ศาลได้วินิจฉัยให้การแก้ไขและเพิ่มข้อยกเว้นในมาตรา 138 ของรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากโดยพื้นฐานแล้วการพิจารณาคดีแก่บุคคลใด ๆ แม้แต่ในห้วงเวลาสงครามและเป็นความผิดเกี่ยวกับทหารจะต้องทำลงโดยคำนึงสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรม การยกเว้นให้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติจะเป็นผู้พิพากษาในระบบศาลปกติมาดำเนินกระบวนการพิจารณาและตัดสินคดีในชั้นศาลได้ยามห้วงเวลาสงครามขัดแย้งกับหลักการดังกล่าวโดยตรง และขัดแย้งกับบทมาตรา 2 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญอันแสดงให้เห็นถึงความเป็นสาธารณรัฐของประเทศตุรกี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้จึงต้องสิ้นผลไป⁶⁸

คำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นจุดเริ่มต้นการดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา ภายใต้ร่มเงาของการตรวจสอบในเชิงกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1971 ได้ให้อำนาจไว้ในมาตรา 147 ทั้งนี้ ภายหลังจากห้วงเวลาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ผลิตคำวินิจฉัยออกมาอีกจำนวนหนึ่งซึ่งมีทิศทาง การปรับใช้บทกฎหมายไปในลักษณะเดียวกัน ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ 1976/19 ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 คำวินิจฉัยที่ 1976/47 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976 คำวินิจฉัยที่ 1977/4 ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1977 และคำวินิจฉัยที่ 1977/117 ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1977⁶⁹

ในบรรดาคำวินิจฉัยเหล่านี้ มีคำวินิจฉัยฉบับหนึ่งซึ่งมีความน่าสนใจตรงที่ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มขยายขอบอำนาจของตนเองเข้าตรวจสอบการกระทำของ

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies*. p.330-331

ฝ่ายตุลาการ นั่นคือคำวินิจฉัยที่ 1977/4 ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ.1977 โดยในคำวินิจฉัยนี้ มีการแก้ไขความในรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดให้คำวินิจฉัยของ The High Council of Judges and Prosecutors ซึ่งเปรียบเสมือนองค์กรสูงสุดที่คอยกำกับดูแลนักกฎหมายในประเทศตุรกีมีผลเป็นที่สุดและไม่สามารถอุทธรณ์ไปยังช่องทางอื่นได้ โดยในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยอ้างอำนาจในการตรวจสอบเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ประกอบกับการกล่าวว่า การกำหนดให้คำวินิจฉัยของ The High Council of Judges and Prosecutors ไม่สามารถอุทธรณ์หรือร้องเรียนต่อองค์กรอื่นได้นั้นขัดกับหลักการอันเป็นรากฐานของสาธารณรัฐ ได้แก่ สิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาค และหลักนิติธรรม การแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้นี้จึงมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม่สามารถบังคับใช้ได้⁷⁰

การขยายขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมานับตั้งแต่ก่อนที่รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง ตลอดจนช่วงที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะเชิงกระบวนการภายใต้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1971 นี้ ก่อให้เกิดความพยายามจากทั้งนักวิชาการและนักการเมืองฝั่งสภาที่พยายามจะจำกัดขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญลง

ผลของความพยายามในการจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นในรูปของมาตรา 148 ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 หรือก็คือรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ซึ่งภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาแห่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

⁷⁰ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Resmi Gazete tarih/sayı:21.4.1977/15916, Esas Sayısı : 1976/43, Karar Sayısı : 1977/4, Karar Tarihi : 27/1/1977

รัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบลงไปว่า “จะต้องเป็นการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิด การได้รับเสียงข้างมากในขั้นตอนของการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ การได้รับเสียงข้างมากในการออกเสียงประชามติ หรือการดำเนินการ ให้เป็นไปตามขั้นตอนต่าง ๆ รอบคอบหรือไม่เท่านั้น”⁷¹ ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ในหัวข้อที่ 5.4.2

ความพยายามดังกล่าวถือว่าประสบผลสำเร็จอยู่ชั่วระยะเวลาหนึ่ง จากการสำรวจของ Olcay และการตรวจสอบต้นฉบับคำวินิจฉัย พบว่านับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 จนถึงช่วงก่อนปี ค.ศ. 2008 ศาลรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติตามตัวบทในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน⁷² ปรากฏความตามคำวินิจฉัยดังต่อไปนี้

- คำวินิจฉัยที่ 2007/68 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม 2007 ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีได้รับคำร้องโดยตรงให้พิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ซึ่งผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2007 นั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงกระบวนการ โดยตลอดกระบวนการพิจารณาของคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยึดถือชอบอำนาจตามที่มาตรา 148 กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด และพิจารณาเฉพาะในส่วนของกระบวนการการตรารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้กล่าวถึงจิตวิญญาณหรือหลักเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะเป็นการรับรองคุณค่าพื้นฐาน ของรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยนี้เลย นั่นทำให้ในท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้นี้กระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายทุกประการ และยกคำร้องที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ⁷³

⁷¹ The Constitution of the Republic of Turkey, Article 148 “...constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under expedited procedure was observed...”

⁷² Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. pp.332-333

⁷³ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 07.08.2007-26606, Esas Sayısı : 2007/72, Karar Sayısı : 2007/68, Karar Günü : 5.7.2007

- คำวินิจฉัยที่ 2007/86 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007 ตลอดจนคำวินิจฉัยอื่น ๆ ในช่วงเวลานั้นแสดงให้เห็นถึงความพยายามในการจำกัดขอบอำนาจของตนเองโดยศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน โดยในคำวินิจฉัยที่ 2007/86 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007 ศาลได้วินิจฉัยถึงขอบอำนาจของตนเองไว้ว่า “ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 148 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนของความถูกต้องในทางรูปแบบ ว่าด้วยการตรวจสอบความถูกต้องของการใช้เสียงข้างมากเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติ และการละเมิดหรือไม่ละเมิดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการพิจารณาโดยรอบคอบเท่านั้น”⁷⁴ อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญตีความขยายขอบอำนาจของตนเองออกไปเพื่อวินิจฉัยถึงความถูกต้องและเหมาะสมขององค์กรและบุคคลซึ่งมีหน้าที่เสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย⁷⁵ แต่จะเห็นได้ว่าการขยายขอบอำนาจดังกล่าวยังคงวางอยู่บนขอบของการตรวจสอบเชิงกระบวนการอย่างเคร่งครัด ไม่ได้ขยายออกไปตรวจสอบความถูกต้องในเชิงเนื้อหาแต่อย่างใด

การจำกัดอำนาจเช่นว่าคงอยู่ได้ไม่นานนักในช่วงปี ค.ศ. 2008 ศาลรัฐธรรมนูญได้กลับมาแสดงอำนาจของตนในฐานะผู้พิทักษ์และปกป้องรักษารัฐธรรมนูญอย่างเต็มรูปแบบอีกครั้งหนึ่งเมื่อศาลมีคำวินิจฉัยที่ 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 ซึ่งถือเป็นหนึ่งในคำวินิจฉัยสำคัญที่ก่อให้เกิดข้อขัดแย้งทางการเมืองขึ้นมาระดับหนึ่งในประเทศตุรกี

คำวินิจฉัยนี้มีขึ้นภายหลังจากที่พรรคการเมืองฝ่ายที่มีความประสงค์จะแก้รัฐธรรมนูญ ต้องการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้ให้นักศึกษาหญิงในประเทศตุรกีถูกกีดกันออกจากระบบการศึกษาชั้นสูง เพียงเพราะต้องการใส่ฮิญาบ (หมวกคลุมผมในศาสนาอิสลาม) ตามหลักศาสนา เนื่องจากในประเทศตุรกี

⁷⁴ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı : 19.02.2008 – 26792, Esas Sayısı : 2007/99, Karar Sayısı: 2007/86 ,Karar Günü : 27.11.2007

⁷⁵ Ibid.

มีการกีดกันไม่ให้นักศึกษาหญิงที่หมกคลุมฮิญาบเข้ามามีส่วนร่วมในชั้นเรียนตั้งแต่วางปี ค.ศ. 1980⁷⁶ โดยฝ่ายที่มีความประสงค์จะแก้ไขเรื่องนี้ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 10 และมาตรา 42 เพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเหตุแห่งศาสนาจนเป็นเหตุให้บุคคลไม่สามารถได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะและการศึกษาในระดับสูงได้⁷⁷

ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มต้นวินิจฉัยโดยอธิบายความว่า รัฐธรรมนูญนั้นถูกสร้างขึ้นมาโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่มีสถานะสูงส่งที่สุดภายในรัฐ ในขณะที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นอำนาจลำดับต่ำกว่าที่ถูกจำกัดได้โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 4 ว่า บทบัญญัติในมาตรา 1 2 และ 3 ไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ เนื่องจากถือเป็นบทที่กำหนดความเป็นสาธารณรัฐของตุรกี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถละเมิดบทบัญญัติดังกล่าว รวมถึงไม่สามารถแก้ไขบทบัญญัติในมาตราอื่นที่ส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติทั้งสามข้างต้นได้⁷⁸

แม้มาตรา 148 จะกำหนดเงื่อนไขการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะเจาะจง โดยเฉพาะในส่วนของ การตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะสามารถตรวจสอบได้เฉพาะว่าร่างดังกล่าวได้รับเสียงสนับสนุนโดยครบถ้วนหรือไม่ แต่ในคดีนี้ ศาลกลับตีความเพิ่มเติมไปว่า การตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติในที่นี้จะต้องหมายความว่า รวมถึงการตรวจสอบว่าร่างนั้นเป็นร่างที่ชอบด้วยกฎหมาย (Valid Proposal)

⁷⁶ Wendy Zeldin, “Turkey: Constitutional Court Annuls 2008 Law That Had Lifted Ban on Wearing Headscarves at Universities,” [Online] Accessed: 21 February 2020. Available from: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-constitutional-court-annuls-2008-law-that-had-lifted-ban-on-wearing-headscarves-at-universities/>

⁷⁷ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı: 2008/16, Karar Sayısı: 2008/116 Karar Günü: 5.6.2008 และ CODICES, “TUR-2008-3-007,” [Online] Accessed: 15 December 2021. Available from: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

⁷⁸ Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. p.335

หรือไม่ด้วย อันเป็นการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองไม่ให้มีการเปิดช่องให้มีการแก้ไขความในสวนหนึ่งสวนใดของรัฐธรรมนุญที่อาจกระทบไปถึงความในสวนที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้⁷⁹ และศาลเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญครั้งนี้ อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเป็นสาธารณรัฐของประเทศตุรกี เนื่องจากการแก้ไขข้อความในบทมาตราที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นรัฐฆราวาส ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญในครั้งนี้จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญและสิ้นผลไป⁸⁰

ทั้งนี้ นอกจากคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวแล้ว ในปี ค.ศ. 2010 ภายใต้คำวินิจฉัยที่ 2010/87 ลงวันที่ 7 กรกฎาคม 2010 ศาลรัฐธรรมนุญยังได้ใช้การตีความเช่นนี้กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญภายใต้ Act No. 5982 ซึ่งถูกเสนอขึ้นเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนุญในหลายส่วน โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ของสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ (High Council of Judges and Prosecutors) องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนุญ สิทธิเสรีภาพในทางสังคม และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยยกคำร้องในหลายประเด็น เว้นแต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญและที่มาของสมาชิกสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ กล่าวคือ ภายหลังจากที่ศาลยืนยันว่าภายใต้ความในมาตรา 148 นั้น ศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญเป็นร่างที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แล้ว ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่า บทบัญญัติของ Act No. 5982 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนุญ

⁷⁹ I ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı: 2008/16, Karar Sayısı: 2008/116 Karar Günü: 5.6.2008 ทั้งนี้ ในคำวินิจฉัยนี้ศาลได้อาศัยการตีความถ้อยคำโดยอาศัยหลักการทางภาษา เพื่อขยายขอบอำนาจของตน โดยหลักการตีความทางภาษาดังกล่าวสามารถดูได้จาก เชนเจอร์รที่ 110 ในหน้า 335 ของบทความเรื่อง An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies โดย Tarik Olcay

⁸⁰ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı: 2008/16, Karar Sayısı: 2008/116 Karar Günü: 5.6.2008 และ CODICES, “TUR-2010-2-004,” [Online] Accessed: 15 December 2021. Available from: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

นั้นมีส่วนที่มีลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกำหนดให้ผู้ที่มิสิทธิเสนอชื่อบุคคลที่สมควรจะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในสัดส่วนของบรรดาศาลต่าง ๆ และสภาการอุดมศึกษา (the Council of Higher Education) สามารถออกเสียงเพื่อเสนอชื่อบุคคลที่สมควรเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้เพียงเสียงเดียว (one vote) เท่านั้น ทั้ง ๆ ที่ในแต่ละองค์กรนั้นมีสัดส่วนในการเสนอชื่อบุคคลผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่เท่ากัน และมีสิทธิเสนอผู้ที่มีความเหมาะสมมากกว่าหนึ่งคน ศาลเห็นว่า การจำกัดสิทธิในการออกเสียงเช่นนี้มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในการเลือกตั้ง (right to vote) และเป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐประชาธิปไตยและหลักนิติธรรม⁸¹

นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปด้วยว่า การที่ Act No. 5982 กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถเลือกอาจารย์ผู้สอนกฎหมาย เศรษฐศาสตร์ และรัฐศาสตร์ ในมหาวิทยาลัย รวมถึงทนายความและเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูงเข้ามาดำรงตำแหน่งในสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมดูแลตุลาการและอัยการของประเทศมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเปิดช่องให้มีความเป็นไปได้ที่จะมีการบ่อนทำลายหลักความเป็นอิสระของตุลาการและหลักนิติธรรมซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานที่ไม่สามารถละเมิดได้⁸²

อย่างไรก็ตาม ความปรากฏต่อมาว่าในปี ค.ศ. 2016 เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการพิจารณาคดีภายใต้คำวินิจฉัยที่ 2016/117 ลงวันที่ 3 มิถุนายน 2016 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องขอให้วินิจฉัยเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตาม Act No. 6718 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2016 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในคดีนี้ศาลได้ยกคำร้องของผู้ร้อง แต่ประเด็นที่น่าสนใจอยู่ที่ ในคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว ศาลกลับหันหลังให้บรรทัดฐานที่เคยใช้ในปี ค.ศ. 2008 และ 2010 โดยกลับไปยืนตามแนวคำวินิจฉัยในช่วงปี ค.ศ. 2007 ว่าศาลรัฐธรรมนูญ

⁸¹ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı : 2010/49, Karar Sayısı : 2010/87, Karar Günü : 7.7.2010 และ CODICES, “TUR-2010-2-004,” [Online] Accessed: 15 December 2021. Available from: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

⁸² Ibid.

มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁸³

5.6 ข้อสังเกตของผู้วิจัย

ความเกี่ยวกับระบบการเมืองของประเทศตุรกี ระบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี และการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีโดยศาลรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีมีแนวโน้มที่จะขยายขอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบาลภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่อยมา ส่วนหนึ่งเป็นไปได้ว่าอาจมาจากบริบทในทางประวัติศาสตร์การเมืองที่หล่อหลอมให้สังคมการเมืองของประเทศตุรกียึดมั่นและถือนั่นในคุณค่าแห่งความเป็นสาธารณรัฐ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณค่าของความเป็นรัฐฆราวาสอย่างสูงยิ่ง

ภายใต้หลักการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ตีความขยายอำนาจของตนออกจากกรอบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบาลภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีอำนาจหรือกำหนดไว้ให้มีอำนาจตรวจสอบเฉพาะความถูกต้องในเชิงรูปแบบเท่านั้น มาเป็นการตรวจสอบในเชิงเนื้อหาภายใต้ร่มเงาของการตรวจสอบในเชิงรูปแบบ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีอาศัยความสามารถในการตีความและความพยายามอย่างยิ่งยวดที่จะนำเอาจิตวิญญาณหรือรากฐานแห่งความเป็นรัฐมาใช้ขยายขอบเขตออกจากข้อห้ามตามความในมาตรา 4 กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญกำลังทำหน้าที่เป็นผู้กำหนดสิ่งที่อาจถือว่าเป็นจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ

ในแง่ของการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล การที่ศาลรัฐธรรมนูญทำการขยายขอบอำนาจของตนออกไปบนฐานแห่งสิทธิเสรีภาพความเสมอภาค นิติธรรม อาจถือเป็นข้อได้เปรียบประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า

⁸³ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI, Esas Sayısı : 2016/54, Karar Sayısı : 2016/117, Karar Günü : 3.6.2010

บรรดาสีทธิและเสรีภาพทั้งหลายของประชาชนจะได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐอย่างแข็งขัน แต่ในขณะเดียวกัน การกระทำของศาลรัฐธรรมนูญก็แสดงให้เห็นถึงการขยายอำนาจที่ตนมีในลักษณะที่กว้างขวางออกไปเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญจะคาดหวังและก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอื่น รวมถึงก้าวเข้าไปในขอบเขตของการเมืองจนเกินความจำเป็น อันเป็นสิ่งที่จำต้องพึงระวังอย่างยิ่งในกรณีนี้ โดยเฉพาะเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยภายหลังจากที่ถูกจำกัดขอบอำนาจตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 เป็นต้นมาไปในสองทิศทางที่แตกต่างกัน คือ ในช่วงหนึ่งเดินตามข้อบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จำกัดอำนาจของตนเองเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบ แต่แล้วก็กลับมาใช้วิธีเดิมในการขยายขอบอำนาจของตนเองให้ครอบคลุมการตรวจสอบในเชิงเนื้อหาอีกในช่วงปี ค.ศ. 2008 และ 2010 แต่คำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 2016 กลับแสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลที่จะจำกัดขอบอำนาจของตัวเองลงอีกครั้ง

ทั้งนี้ Yaniv Roznai ได้ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า การตีความของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีเพื่อขยายขอบอำนาจของตนจากการตรวจสอบเชิงกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ครอบคลุมเนื้อหาของร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นที่ทำในปี ค.ศ. 2008 นั้นถือว่าคุณอ้างมีความถูกต้องและแม่นยำในเชิงทฤษฎี ทั้งนี้ เพราะสามารถพิจารณาได้ว่าการที่ศาลก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของร่างรัฐบัญญัตินั้นมีลักษณะเป็นการตรวจสอบเชิงกระบวนการประเภทหนึ่ง คือ เป็นการตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นใช้อำนาจเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือใช้อำนาจนอกเหนือจากสิ่งที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้⁸⁴

⁸⁴ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017). p.200

อย่างไรก็ตาม Roznai ตั้งข้อสังเกตต่อไปอีกด้วยการที่ศาลพยายามขยายขอบอำนาจของตนเองไปสู่ขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาผ่านการตีความอำนาจในการตรวจสอบในเชิงรูปแบบนั้น อาจก่อให้เกิดการตั้งคำถามถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจากประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันต้องการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้อยู่เฉพาะในขอบของการตรวจสอบในเชิงรูปแบบและไม่ต้องการให้มีการขยายอำนาจดังกล่าวออกไปจนถึงขอบเขตของการตรวจสอบในเชิงเนื้อหา ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญพยายามขยายอำนาจของตนเองออกไปโดยใช้อำนาจในการตรวจสอบเชิงรูปแบบเป็นฐานหรือเป็นฉากหน้า (façade) ย่อมมีลักษณะขัดแย้งต่อเจตจำนงดังกล่าวและเป็นการขัดแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในฐานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามความที่กำหนดในรัฐธรรมนูญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้⁸⁵

ในแง่หนึ่ง บรรดาคำวินิจฉัยทั้งหลายของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ขยายขอบอำนาจของตนให้เข้าไปตรวจสอบและควบคุมเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด โดยเฉพาะเมื่ออำนาจนั้นเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรากฐานบางประการของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องสามารถตรวจสอบได้ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้ให้อำนาจไว้ไม่ว่าจะเป็นเพราะความบังเอิญหรือเพราะความตั้งใจของผู้ร่างก็ตาม อย่างไรก็ตาม การตีความขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะก่อให้เกิดคำถามว่าด้วยความชอบธรรมตามมา และเป็นสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องรับผิดชอบในการจัดหาชุดคำอธิบายที่เหมาะสมต่อไป⁸⁶

⁸⁵ Ibid, pp.200-201

⁸⁶ Ibid, pp.200-203

ภาคสาม
บทวิเคราะห์กรณีของไทย

บทที่ 6

ข้อพิจารณาเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

ในทางทฤษฎี อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมิใช่อำนาจเดียวกัน และแนวคิดนี้ก็ได้รับการยอมรับจากศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาข้อถกเถียงอีกหลายประการซึ่งจำเป็นต้องวินิจฉัยในขั้นต้นก่อน อันได้แก่ ใครเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยมีข้อจำกัดหรือไม่ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยมีข้อจำกัดหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เพื่อที่จะวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญในบทต่อ ๆ ไป

6.1 ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของไทย

ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่า Sieyès เห็นว่า “ชาติ” เท่านั้น คือ เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในขณะที่ Carl Schmitt กลับเห็นว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นผันแปรไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละสังคม และบริบทของสังคมในแต่ละยุคสมัย อาจเป็นกษัตริย์ ชาติ หรือแม้แต่คณะผู้ปกครองประเทศ เช่น พรรคคอมมิวนิสต์ในรัสเซียก็ได้¹

ในทางตำราของไทย ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม,² ศาสตราจารย์หยุดแสงอุทัย,³ ศาสตราจารย์วิชณุ เครืองาม,⁴ ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อูวรรณโณ,⁵

¹ โปรดดู บทที่ 2 หน้า 16.

² ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, (โรงพิมพ์พาณิชย์สุภผล, 2494) น. 19-27.

³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, (โรงพิมพ์คุรุสภา, 2503) น. 32-34.

⁴ วิชณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (นิติบรรณาการ, 2530) น. 73-79.

⁵ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, (วิญญูชน, 2538) น. 21.

และรองศาสตราจารย์ปิยะบุตร แสงกนกกุล⁶ ต่างก็อธิบายในทิศทางเดียวกับ Carl Schmitt ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อาจเป็นกษัตริย์ คณะรัฐประหาร หรือราษฎร และบางท่านระบุว่า องค์กรทั้งหลายข้างต้นอาจเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกันก็ได้

คำถามที่ตามมาก็คือ ใครเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศไทย แน่แน่นอนว่า ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยโดยคณะราษฎร เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมอยู่กับพระมหากษัตริย์ ดังเช่นที่รัชกาลที่ 5 และรัชกาลที่ 7 เคยมีพระราชดำริให้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้น แต่ไม่สำเร็จผลจริง⁷ แต่สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 นั้น หยุด แสงอุทัย เห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานให้⁸ แต่ความเห็นส่วนใหญ่ อันได้แก่ ไฟโรจน์ ชัยนาม,⁹ วิษณุ เครืองาม¹⁰ และบวรศักดิ์ อวรรมโณ¹¹ เห็นว่าเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างพระมหากษัตริย์กับคณะราษฎร ผู้ก่อการปฏิวัติในครั้งกระนั้น¹² ดังที่ปรากฏในคำปรารภของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ความว่า

⁶ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 36-39, 45-59 และ 65-69.

⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น.76-77.

⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, น. 34.

⁹ ไฟโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1, น. 23.

¹⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น.79.

¹¹ บวรศักดิ์ อวรรมโณ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ: เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “4 ปี รัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง,” สถาบันพระปกเกล้า (10 ตุลาคม 2544) น. 13.; รัฐสภา, สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2563, https://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/cons40-intention2.pdf

¹² พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

“โดยที่**คณะราษฎรได้ร้องขอ**ให้อยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม เพื่อบ้านเมืองจะได้เจริญขึ้น และโดยที่**ได้ทรงยอมรับตามคำขอ**ร้องขอของคณะราษฎร จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยมาตราต่อไปนี้”

“โดยที่**คณะราษฎรได้ร้องขอ**ให้อยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม เพื่อบ้านเมืองจะได้เจริญขึ้น และโดยที่**ได้ทรงยอมรับตามคำขอ**ร้องของคณะราษฎร จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยมาตราต่อไปนี้”

ผลทางกฎหมายที่ต่อเนื่องตามมาจากเหตุการณ์ครั้งนั้น หยุต แสงอุทัยอธิบายต่อว่า “หลังจากที่พระราชทานพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวแล้ว พระมหากษัตริย์ก็ไม่ใช่เป็นผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญอีกต่อไป”¹³ ในขณะที่ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กลับเห็นตรงกันข้ามว่า “ในทางกฎหมายเมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยพระองค์เดียวในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยไม่มีผู้ใดลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ก็ต้องถือว่าอำนาจก่อตั้งระบอบและองค์การทางการเมืองเป็นของพระมหากษัตริย์ ผู้พระราชทานรัฐธรรมนูญ อันแสดงความต่อเนื่องไม่ขาดสายของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เดิมกับระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ”¹⁴

ในปัจจุบัน ปัญหาว่าใครเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น สามารถจำแนกได้เป็นสามแนวความเห็น กล่าวคือ

6.1.1 ประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ความเห็นแรก ประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ¹⁵ ลักษณะพื้นฐานสำคัญอันจะขาดมิได้ของระบอบประชาธิปไตยที่ยอมรับกันอย่างสากล

¹³ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, น. 34.

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ: เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “4 ปีรัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง,” สถาบันพระปกเกล้า (10 ตุลาคม 2544) น. 13.; รัฐสภา, สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2563, https://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/cons40-intention2.pdf และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม 2563, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563) น. 147.

¹⁵ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 91 และ 220-229 ซึ่งชี้ปัญหาที่จะตามมาในกรณีที่มีความว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระมหากษัตริย์ และยังเรียกร้องให้มีอำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญโดยสันติวิธี ด้วยการเสนอให้ประชาชนออกเสียง

คือ “ประชาชน” (the people) หรือ “ชาติ” (the nation) ที่หมายความถึงประชาชน
ทั้งหมด เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ¹⁶ ไม่ว่าจะแสดงออก
ในรูปอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจอธิปไตย ความเห็นนี้ตรงกับที่
ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่า

“...อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจ
สถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มา
โดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือ
รัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้
อำนาจทางการเมืองการปกครอง...

การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชน
ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ
ฉบับนี้...”¹⁷ [ข้อความเน้นโดยผู้เขียน]

ล่าสุด ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันความเห็นข้างต้นอีกครั้งในคำวินิจฉัย
ที่ 4/2564 ว่า “หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต้องจัดให้
ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่า
สมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่”¹⁸

ประชามติว่าจะ “ยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2560 และจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามมาตรฐานประชาธิปไตย
หรือไม่” ทั้งนี้ เพื่อที่จะก้าวข้ามข้อจำกัดต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดไว้เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญ

¹⁶ รัฐธรรมนูญ 2560, มาตรา 3; Michel Troper, “Sovereignty”, ใน Michel Rosenfeld และ András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2012) น. 366-367

¹⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 23.

¹⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

6.1.2 พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ความเห็นที่สอง พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข¹⁹ เนื่องจากเมื่อแรกเริ่มประเพณีการปกครอง พระมหากษัตริย์ทรงตราและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475²⁰ แม้มีการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง แต่ทุกครั้ง “ก็จะต้องขอให้พระมหากษัตริย์ทรงตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับตลอดมา แม้การยึดอำนาจครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557” ก็เป็นเช่นเดียวกัน²¹ ดังนั้น “ข้อเท็จจริงที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมาโดยไม่ขาดสายนี้ ย่อมยืนยันว่า พระราชอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระมหากษัตริย์”²²

อนึ่ง เมื่อบ้านเมืองเข้าสู่ภาวะปกติที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (ฉบับที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการถาวร) รัฐธรรมนูญบางฉบับ อาทิ รัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) 2539 มาตรา 211 ปันรศ วรคสี และมาตรา 211

¹⁹ เป็นความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 ท่านในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 63; ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของปัญญา อุดชาชน น. 93-95; วรวิทย์ กังคศิเทียม น. 101; และอุดมศักดิ์ นิติมตรี น. 105; นอกจากนี้ ยังมีนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ เห็นว่า พระราชอำนาจในการแก้ไขถ้อยคำในคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญเป็นประเพณีการปกครองของไทย โปรดดู ความเห็นของนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ น. 84.

²⁰ ความเห็นส่วนบุคคลของนายปัญญา อุดชาชน ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 93; ซึ่งเป็นไปตามคำอธิบายของวรศักดิ์ อูวรรณโณ ที่ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และรัชกาลที่ 7 ทรงเติมคำว่า “ชั่วคราว” ไว้ท้ายชื่อพระราชบัญญัติ เป็นการที่ทรงใช้อำนาจสูงสุดในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เดิมมาจากอำนาจพระองค์เองให้อยู่ได้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ จึงเท่ากับทรงใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ; โปรดดู วรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (วิญญูชน, 2537) น. 242-243.

²¹ โปรดดู วรศักดิ์ อูวรรณโณ, “วรศักดิ์ อูวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ), 16 มีนาคม 2564, สำนักข่าวอิศรา, สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2564, <https://www.isranews.org/article/isranews-article/96835-open00-25.html>

²² ปัญญา อุดชาชน, คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560, น. 93-94.

สัตรสร ได้ถวายพระราชอำนาจเด็ดขาดที่จะทรงเห็นชอบหรือไม่ทรงเห็นชอบ
ด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่จัดทำขึ้น (absolute veto power) ซึ่งรัฐสภา
ไม่สามารถมีมติยืนยันกลับได้²³ แตกต่างไปจากกรณีร่างพระราชบัญญัติที่หาก
ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้ง (veto power) รัฐสภาสามารถยืนยันร่างได้ด้วย
คะแนนเสียงพิเศษสองในสามของ ส.ส. และ ส.ว. รวมกันเท่าที่มีอยู่ (overriding
power)²⁴

นอกจากนี้ภายใต้รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (7) ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือ**แม้แต่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมผ่านการออกเสียงประชามติ ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว
ก็ตาม** หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้ง (veto power)
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว รัฐธรรมนูญ 2560 กลับมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ
ให้อำนาจรัฐสภาเป็นการเฉพาะในอันที่จะยืนยันร่างด้วยคะแนนเสียงพิเศษ
สองในสาม ความข้อนี้แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญ (ที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการ
ถาวร) ฉบับก่อน ๆ เกือบทุกฉบับ ที่รัฐสภามีอำนาจที่จะยืนยันร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมกลับไปยังพระมหากษัตริย์ได้ รวมทั้งรัฐธรรมนูญ 2550 ด้วย²⁵

²³ นอกจากนี้ ยังมีรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491 มาตรา 95 อัญญา และ
รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 มาตรา 37
วรรคแปด

²⁴ ปัญญา อุดชาชน, คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา
เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560, น. 94; และโปรดดู รัฐธรรมนูญ มาตรา 146.

²⁵ รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (7) อ้างถึงมาตรา 81 แต่**มิได้**อ้างถึงมาตรา 146 ที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจ
ยืนยันร่างกฎหมายของรัฐสภา เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2489 มาตรา 85 (7) ที่**มิได้**อ้างถึงถึงมาตรา 21
แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ที่จะอ้างอิงให้นำมาตราเกี่ยวกับอำนาจยืนยันร่างพระราชบัญญัติ
ของรัฐสภากลับไปยังพระมหากษัตริย์ มาใช้บังคับโดยอนุโลม อันได้แก่ รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 291 (7)
ประกอบมาตรา 151, รัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 313 (7) ประกอบมาตรา 94, รัฐธรรมนูญ 2534
แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) 2538 มาตรา 211 (7) ประกอบมาตรา 94, รัฐธรรมนูญ 2534 มาตรา 211 (7)
ประกอบมาตรา 89, รัฐธรรมนูญ 2521 มาตรา 194 (7) ประกอบมาตรา 78, รัฐธรรมนูญ 2517 มาตรา 228 (7)
ประกอบมาตรา 99, รัฐธรรมนูญ 2511 มาตรา 169 (7) ประกอบมาตรา 75, รัฐธรรมนูญ 2475 แก้ไขเพิ่มเติม
2495 มาตรา 111 (7) ประกอบมาตรา 72, รัฐธรรมนูญ 2492 มาตรา 173 (7) ประกอบมาตรา 77,
รัฐธรรมนูญ 2475 มาตรา 63 วรรคสอง ประกอบมาตรา 39 และหากพิจารณาจากร่างรัฐธรรมนูญที่อยู่ใน
กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญและรับฟังความคิดเห็น จะเห็นได้ชัดว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น

ดังนั้น หากตีความตามความมุ่งหมายของการร่างบทบัญญัติ รวมทั้งการใช้ประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตีความ (Legislative History) จึงอาจกล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม²⁶

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาความในมาตรา 39/1 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2560 ที่ว่า

“เมื่อนายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายตามวาระครบถ้วนประกอบกับวาระครบแล้ว หากมีกรณีที่พระมหากษัตริย์พระราชทานข้อสังเกตว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความใดภายในเก้าสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีขอรับพระราชทานร่างรัฐธรรมนูญนั้นคืนมา เพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะประเด็นตามข้อสังเกตนั้นและประเด็นที่เกี่ยวข้อง และแก้ไขเพิ่มเติมคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายใหม่ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับพระราชทานคืนมาตามที่ขอ เมื่อนายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับได้ โดยให้นายกรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

มีความมุ่งหมายในการตัดบทบัญญัติที่อ้างถึงมาตราที่ว่าด้วยการยื่นยันมติโดยรัฐสภาทั้งไป (ทั้งนี้ เนื่องจากมีการอ้างถึงบทบัญญัติที่ว่าด้วยการยื่นยันมติโดยรัฐสภาใน “ร่างเบื้องต้น” แต่ถูกตัดออกไปในฉบับออกเสียงประชามติ)

²⁶ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาเห็นว่า พระมหากษัตริย์เป็นหนึ่งในบรรดาองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น และกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ และวินิจฉัยโดยยึดถือหลักประชาธิปไตยที่ว่า อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน เมื่อผู้แทนประชาชนเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแล้ว โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด พระมหากษัตริย์ก็ย่อมไม่มีพระราชอำนาจดังกล่าว หากแต่ต้องดำเนินการลงพระปรมาภิไธยตามแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมและพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันนับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม แล้วแต่กรณี ขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป” [ขีดเส้นใต้-เพิ่มโดยผู้วิจัย]

จะเห็นได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติม ร่างรัฐธรรมนูญ แม้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะผ่านการออกเสียงประชามติ จากประชาชนแล้วก็ตาม และที่สำคัญ หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย กับร่างรัฐธรรมนูญที่นายกรัฐมนตรีทูลเกล้าฯ ถวายขึ้นไปและพระราชทานคืนมา หรือมิได้พระราชทานคืนมาเมื่อพ้น 90 วัน ให้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นอัน ตกไป ความข้อนี้เป็นการยืนยันพระราชอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์ ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญ และอีกนัยหนึ่ง คือ การเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญที่แท้จริงของพระมหากษัตริย์²⁷

6.1.3 พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกับ ประชาชนหรือองค์กรอื่น

ความเห็นที่สาม พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ร่วมกับประชาชนและ/หรือองค์กรอื่น ๆ ซึ่งอาจจะเป็นรัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่คณะผู้ก่อการรัฐประหารก็ได้ สุดแต่ข้อเท็จจริงและกฎหมายอันเป็น รากฐานที่มาในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ นี้เป็นความเห็นของ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ซึ่งได้พิเคราะห์จากข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ของการจัดให้มี และการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ และกฎหมายที่ใช้อยู่จริง อาทิ²⁸

²⁷ เทียบคำอธิบายมาตรา 211 ปณรสรวรรคสี่และมาตรา 211 สัตตรส แห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2539 ใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ: เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “4 ปีรัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง”, น. 23.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, น. 13-25; และบวรศักดิ์ อูวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2563, น. 150.

- พระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475²⁹

- พระมหากษัตริย์และคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534

- พระมหากษัตริย์ รัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญ และประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

โดยตรรกะนี้ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญ 2550 และ 2560 ผ่านการออกเสียงประชามติและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมถือได้ว่า พระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560³⁰

อนึ่ง มีข้อเท็จจริงที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ 2560 ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า ในประเทศไทย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้เป็นของประชาชน หรืออย่างน้อยที่สุดคือ มิได้เป็นของประชาชนแต่โดยลำพัง กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะผ่านการออกเสียงประชามติ “เห็นชอบ” โดยประชาชน ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559 ก็ตาม แต่ในภายหลัง ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้วในประเด็นอื่นอีก 3 ประเด็น รวม 6 มาตรา³¹ ตามข้อสังเกตที่พระมหากษัตริย์พระราชทานลงมา

²⁹ อย่างไรก็ตาม นิธิ เอียวศรีวงศ์ อธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475 ว่า รัชกาลที่ 7 ไม่ได้พระราชทานรัฐธรรมนูญลงมา แต่เป็นการใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรร่างรัฐธรรมนูญ แล้วใช้พยานแวดล้อมต่างๆ ถวายรัฐธรรมนูญ แสดงว่า รัฐธรรมนูญถูกส่งจากข้างล่างขึ้นไปข้างบน; นิธิ เอียวศรีวงศ์, ชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์: ว่าด้วยวัฒนธรรม, รัฐ และ รูปแบบการจิตสำนึก, (กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์มติชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2547) น. 106-107.

³⁰ โปรดดู รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (รวมการแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2560), คำปรารภและมาตรา 39/1. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ”.

³¹ โปรดดู รัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2560) มาตรา 5, 16, 17, 18, 19, และ 182 เทียบกับร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับเสนอออกเสียงประชามติ 29 มีนาคม 2559, รัฐสภา, สืบค้นเมื่อ 25 สิงหาคม 2563, https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=429&filename=index และร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขหลังออกเสียงประชามติ 7 ตุลาคม 2559, https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=803&filename=index

และการแก้ไขเพิ่มเติม**นิมิไช่** (ก) การแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นไปตามผลการออกเสียงประชามติ-กรณีคำถามพ่วง³² หรือ (ข) การแก้ไขเพิ่มเติมคำปรารภซึ่งอ้างอิงถึงองค์รัชกาลที่ 9 ซึ่งเสด็จสวรรคตในระหว่างที่นายกรัฐมนตรีเตรียมการเพื่อนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตามนัยแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559³³

ดังนั้น กรณีจึงเป็นเช่นที่ปิยบุตร แสงกนกกุล ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “การออกเสียงประชามติต่อรัฐธรรมนูญนี้ ไม่ได้เป็นเครื่องยืนยันว่าประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง”³⁴ และยังเป็นการยืนยันข้อวิเคราะห์ของบวรศักดิ์ อวรรมณเณ ที่ว่า **พระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2560** ร่วมกัน³⁵ นอกจากนี้ การวิเคราะห์เช่นนี้ยังปรากฏในความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 จำนวน 3 ท่านอีกด้วย³⁶

6.2 ข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย

แม้ปัญหาว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดหรือไม่ ยังเป็นข้อถกเถียงทางวิชาการกันต่อไป นักวิชาการสายฝรั่งเศส เช่น George Burdeau

³² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2559 วันที่ 28 กันยายน 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 16ก วันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2560 น. 1.

³³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 63

³⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 226.

³⁵ บวรศักดิ์ อวรรมณเณ, “บวรศักดิ์ อวรรมณเณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ,” น. 23.

³⁶ ความเห็นส่วนตัวของนายวรวิทย์ กังคศิเทียม น. 2; นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ น. 7; นายมงคล เทพพิทักษ์ น. 3-4; นอกจากนี้ยังความเห็นของนายปัญญา อุดชาชน ซึ่งแม้ระบุอย่างชัดเจนว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน และมีได้ระบุว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ด้วยก็ตาม แต่การยืนยันว่าพระมหากษัตริย์มี “พระราชอำนาจเด็ดขาด” ตามประเพณีการปกครองในการลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว ย่อมสะท้อนว่า ความคิดเห็นของท่านที่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจร่วมกันของพระมหากษัตริย์และประชาชน การอนุมานเช่นนี้สอดคล้องกับความเห็นส่วนตัวของท่านที่เคยให้ไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 น. 93-95 ที่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แม้ว่าความเห็นดังกล่าวจะเกิดขึ้นในช่วงที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ก็ตาม.

มองว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริง อยู่นอกเหนือบริบทแห่งกฎหมาย (extra-legal) มีลักษณะเป็นอำนาจเริ่มแรก เป็นอำนาจอิสระเต็มที่ และเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขข้อจำกัดใด ๆ ไม่ว่าในทางรูปแบบกระบวนการ และเนื้อหา กระนั้นก็ตาม นักวิชาการในยุคหลัง โดยเฉพาะในสายเยอรมัน เช่น Ernst-Wolfgang Böckenförde กลับเห็นในทางตรงกันข้ามว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด อันได้แก่ ข้อจำกัดในตัวเองของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดตามกฎหมายภายในของรัฐ คือ หลักความยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน และบางท่านยังเสนอต่อว่า มีข้อจำกัดในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะขัดต่อหลักกฎหมายบังคับเด็ดขาด (jus cogen) ซึ่งได้แก่หลักสิทธิมนุษยชน ไม่ได้

อย่างไรก็ดี ในบริบทของไทย ผู้วิจัยมีข้อสังเกตน่าสนใจเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของไทย สองประการ อันได้แก่

6.2.1 รัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะรัฐประหาร หลังรัฐธรรมนูญ 2540 ต่างให้การรับรองสิทธิเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่จัดทำขึ้นหลังการรัฐประหารก่อนการมีรัฐธรรมนูญ 2540 ไม่เคยปรากฏบทบัญญัติใด ๆ ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้เลย เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เข้าใจได้ไม่ยาก เพราะภายใต้ระบอบเผด็จการที่อำนาจรวมศูนย์อยู่ที่คน ๆ เดียวหรือกลุ่มเดียว ย่อมเท่ากับเป็นการปฏิเสธสิทธิของปัจเจกชนในการกำหนดชะตาอนาคตของตนเองผ่านการเลือกผู้นำและผู้แทนไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน การยินยอมให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพทางการเมือง อาทิ เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม ย่อมเป็นปฏิปักษ์โดยตรงกับระบอบเผด็จการ

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว 2549 ที่สถาปนาขึ้นโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว 2557 ที่จัดให้มีขึ้นโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) กลับมีบทบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

เป็นประมุขและพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่ทั้ง ๆ ที่ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญชั่วคราวเลย ความข้อนี้ สะท้อนให้เห็นว่า คณะรัฐประหารผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในเวลานั้น แม้ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในทางกฎหมายให้ต้องคำนึงหลักสิทธิมนุษยชน เพราะอยู่ในสภาวะไร้กฎหมาย แต่คณะรัฐประหารของไทยสองชุดหลังสุดต่างก็เลือกที่จะบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว หากมองจากมติดังกล่าว ภายใต้กฎหมายภายใน อาจกล่าวได้ว่า ข้อจำกัดนี้คือ ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และหากมองจากมติดังกล่าวระหว่างประเทศ ข้อจำกัดดังกล่าวเกิดขึ้นจากพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ไทยเป็นภาคี³⁷

ปรากฏการณ์สองเรื่องนี้ ทำให้ตั้งคำถามต่อได้อีกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของไทยมีข้อจำกัดให้ต้องยอมรับ รับรอง และคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหรือไม่

6.2.2 ความเป็นรัฐเดี่ยวและการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

ไม่ว่าประเทศไทยจะมีการรัฐประหารกี่ครั้ง มีรัฐธรรมนูญกี่ฉบับ หลักการสองเรื่องที่สำคัญคือ รัฐไทยและรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับ คือ หลักความเป็นรัฐเดี่ยว (“ความเป็นอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้”) และการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข แม้ในช่วงที่อยู่ภายใต้การปกครองโดยคณะรัฐประหาร ก็ยังคงยืนยันหลักการข้อนี้ ประหนึ่งว่า หลักการสองเรื่องนี้เป็นข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยโดยปริยาย ส่วนหลักประชาธิปไตยกลับกลายเป็นหลักการที่มีคุณค่าด้อยกว่ามากเพราะถูกตัดตอนอยู่เป็นระยะ ๆ โดยการรัฐประหาร และถูกบั่นทอนด้อยค่าในรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับอย่างถาวรอยู่เนื่อง ๆ โดยเฉพาะการบั่นทอนผ่านบทเฉพาะกาลที่ย้อนกลับไปทำลายหลักการใน

³⁷ เช่น หลักการได้รับสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ไม่มีความผิด (Presumption of Innocence) ที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยยอมรับว่าเป็นประเพณีการปกครองและพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 79ก วันที่ 12 กันยายน 2559 น. 4.

บทหลัก ทั้งนี้ แม้จะมีการบัญญัติรับรองหลักประชาธิปไตยไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตลอดมาก็ตาม

6.3 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดในตัวเอง

เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จ อำนาจสถาปนาก็จะอยู่นิ่งเฉย (dormant)³⁸ อำนาจนี้ยังคงอยู่พร้อมกับรัฐธรรมนูญและอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ³⁹ และอาจปรากฏตัวได้ทุกเมื่อยามต้องการ หากเกิด “การปฏิวัติ”⁴⁰ และนับแต่นั้นที่รัฐธรรมนูญถูกสถาปนาขึ้นเป็นต้นไป อำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญก็จะเริ่มถูกใช้โดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น รวมทั้งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย⁴¹ คำถามก็คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้คืออำนาจใดกันแน่ ระหว่างอำนาจตามรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจอื่น

6.3.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจนิติบัญญัติ

ในเบื้องต้น จำเป็นต้องกล่าวไว้ว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้มิใช่ อำนาจเดียวกันกับอำนาจนิติบัญญัติ⁴² เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้เป็นอำนาจที่กระทบต่อเนื้อหาของสาระของรัฐธรรมนูญโดยตรง มีลักษณะเป็น

³⁸ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*, (OUP, 2019) น. 110; แต่ Dieter Grimm ระบุว่า เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ก็คือ จุดจบของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ; Dieter Grimm แปลโดย Belinda Cooper, *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, (Columbia University Press, 2015) น. 40.

³⁹ Carl Schmitt แปลโดย Jeffrey Seitzer, *Constitutional Theory*, (Duke University Press, 2008) น. 125-126.

⁴⁰ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, น. 100; ผู้สนใจข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสถานะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหลังจากจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว โปรดดู น. 95-100.

⁴¹ ประเทศไทยมีกรณีที่น่าสนใจ คือ การรับรองอำนาจนอกรัฐธรรมนูญให้มีผลต่อไปตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 265 วรรคสองบัญญัติรับรองอำนาจหัวหน้า คสช. ในการออกคำสั่งหัวหน้า คสช. ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2557 มาตรา 44 ซึ่งมีผลใช้บังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญต่อไป แม้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่แล้ว

⁴² Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, น. 154; Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience”, *Israel Law Review*, (Vol.44 2011, 429), น. 430; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ”.

“ปฏิปักษ์” ต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่อำนาจนิติบัญญัติเป็นการใช้อำนาจออกกฎหมายที่อยู่ภายใต้กรอบเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญ และไม่อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้ หากถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเดียวกับอำนาจนิติบัญญัติ จะเท่ากับว่า รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรเพียงองค์กรเดียวที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นสามารถขยายอำนาจของตนเหนือองค์กรอื่นซึ่งใช้อำนาจอื่น ๆ ได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด ในกรณีเช่นนี้ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ย้ำว่า จะมีผลเป็นการ “ทำลายดุลยภาพขององค์กรและอำนาจที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น และทำลายตัวรัฐธรรมนูญนั่นเองในท้ายที่สุด”⁴³ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ แทบทั้งหมดจึงกำหนดให้มีองค์กรและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษแตกต่างจากองค์กรและกระบวนการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา⁴⁴

ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่า

“...เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทย... เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป”⁴⁵

⁴³ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 – ที่มาและนิติวิธี, น. 20.

⁴⁴ Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, (OUP, 2019), น. 177; Markus Böckenförde, *Constitutional Amendment Procedure*, (International Idea, 2017) น. 6; Venice Commission, *Report on Constitutional Amendment* (adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session, 11-12 December 2009) ย่อหน้า 6. คณะกรรมาธิการวิสามัญ, สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2563, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e)

⁴⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 23

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญไทยตระหนักดีว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมพิเศษแตกต่างจากกระบวนการตราหรือแก้ไขกฎหมายธรรมดา แต่ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็ดูเหมือนจะสับสนและเรียก “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ว่าเป็น “อำนาจนิติบัญญัติ” ทั้ง ๆ ที่สองอำนาจนี้โดยระดับเนื้อหาและรูปแบบการใช้อำนาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังความตอนหนึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่า

“การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 156 (15) บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำโดยที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา มุ่งประสงค์ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กระบวนการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาในลักษณะดังกล่าว มีหลักเกณฑ์และวิธีการซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการทำหน้าที่ในกระบวนการนิติบัญญัติทั่วไป...”⁴⁶

6.3.2 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคืออำนาจใด

คำถามที่ตามมาก็คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ-อำนาจของผู้สร้าง หรือเป็นอำนาจที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ-อำนาจของผู้ถูกสร้าง ในประเด็นนี้ Sieyès มีได้อธิบายไว้⁴⁷ แต่นักวิชาการในยุคต่อ ๆ มาหลายท่าน ได้พัฒนาและเสนอคำตอบของคำถามนี้ จำแนกได้เป็น 3 แนวทางใหญ่ ๆ ดังนี้

6.3.2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (a constituted power) กล่าวคือ เมื่อมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแล้ว

⁴⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 36-37.

⁴⁷ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 113; ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 101.

หนึ่งในอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้สร้างขึ้นก็คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พร้อมกับกำหนดองค์กรและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น เฉกเช่นเดียวกับอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ⁴⁸ และต้อง อยู่ภายใต้กรอบทั้งในเชิงกระบวนการและเชิงเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้⁴⁹

6.3.2.2 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขั้นสุดท้าย (the ultimate constituent power) หากถือว่า ประชาชนสามารถปรับแต่งรัฐธรรมนูญของเขาได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็เป็นเช่นเดียวกันกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน⁵⁰ ในประเด็นนี้ Laurence H. Tribe และ Thomas K. Landry อธิบายว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกลไก อย่างหนึ่งสำหรับผู้จัดทำรัฐธรรมนูญในยุคก่อนมีและใช้อำนาจส่วนของตนร่วมกับ อนุชนรุ่นหลังเพื่อที่ว่า ประชาชนทุกยุคทุกสมัยจะมีส่วนร่วมในอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้⁵¹

แนวทางนี้เป็นที่ยอมรับกันมากในบรรดานักกฎหมายรัฐธรรมนูญอเมริกัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญสหรัฐจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention) ที่ถูกเลือกตั้งโดยประชาชนมาเพื่อการนี้โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐตามมาตรา 5 ก็เปิดช่องให้

⁴⁸ Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience”, Israel Law Review, (Vol.44 2011, 429), น. 430.

⁴⁹ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 112.

⁵⁰ Ibid., น. 111.

⁵¹ Laurence H. Tribe และ Thomas K. Landry, “Reflection on Constitution-making”, American University Journal of International Law and Policy, Vol. 8 (1993) น. 631; อนึ่ง บทความดังกล่าวใช้คำว่า “constitutive power” ในความหมายเดียวกันกับ “constituent power” หรือ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ที่กล่าวถึงในบทความนี้.

สภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้⁵² นอกจากนี้ อำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ (constituted powers) นั้นถูกตีกรอบโดยรัฐธรรมนูญ แต่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถเปลี่ยนแปลงอำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญได้ ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ยิ่งไปกว่านั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงขอบอำนาจของตนเองได้อีกด้วย ดังที่เรียกกันว่า “การมีอำนาจที่จะกำหนดเขตอำนาจของตน” (Kompetenz-Kompetenz—competence over the competence)⁵³ และที่สำคัญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่มาของบรรทัดฐานต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นที่มาของบรรทัดฐานต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สร้างรัฐธรรมนูญขึ้น และรัฐธรรมนูญควบคุมอำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะมีผลเป็นการควบคุมอำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญดุจเดียวกัน ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁵⁴

6.3.2.3 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเฉพาะในตัวเอง

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเฉพาะในตัวเอง (a *sui generis* power) กล่าวคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่อยู่เหนืออำนาจต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น⁵⁵ แนวคิดนี้ปรากฏในระหว่งการอภิปรายในสภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ซึ่งมีการจำแนกระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของชาติที่ไม่อาจจำกัดได้ *ประเภทหนึ่ง* และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางมาตรา

⁵² Stephen M. Griffin, “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism”, ใน Martin Loughlin และ Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism*, (OUP, 2008) น. 49-50.

⁵³ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*, น. 111.

⁵⁴ *Ibid.*, น. 111.

⁵⁵ *Ibid.*, น. 113.

บางประเด็นที่ถูกจำกัดโดยตัวรัฐธรรมนูญเองอีกประเภทหนึ่ง⁵⁶ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกจำกัดภายใต้เงื่อนไขที่ต้องดำรงรักษารัฐธรรมนูญฉบับนั้นไว้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็แตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵⁷

เมื่อมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น กลายเป็น “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม” (pouvoir constituant originaire หรือ original constituent power) ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะกลายเป็น “อำนาจต่อเนื่องของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” “อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”⁵⁸ หรือ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง”⁵⁹ (pouvoir constituant dérivé หรือ derived constituent power) ในส่วนนี้ Yaniv Roznai เสนอให้ใช้คำว่า “อำนาจสถานารัฐธรรมนูญลำดับที่หนึ่ง” (primary constituent power) และ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับที่สอง” (secondary constituent power) แทนคำสองคำดังกล่าวโดยลำดับ⁶⁰

อนึ่ง การให้เหตุผลเพื่ออธิบายสนับสนุนข้อวิเคราะหตามแนวทางนี้สามารถจำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม 3 มุมมอง กล่าวคือ

ในมุมมองหนึ่ง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม” เป็นอำนาจที่ใช้เพื่อก่อตั้งรัฐและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรก เช่น ภายหลังจากประกาศอิสรภาพ

⁵⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 103-105.

⁵⁷ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 114-115.

⁵⁸ เทียบ บวรศักดิ์ อูรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 -ที่มาและนิติวิธี, น. 20 ใช้คำว่า “อำนาจต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุด” หรือ “อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร” แทนคำว่า “pouvoir constituant dérivé”; แต่ในเอกสารที่จัดทำขึ้นภายหลังใช้คำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมา” บวรศักดิ์ อูรรณโณ, “บวรศักดิ์ อูรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ”.

⁵⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 107; แต่เดิม ในแวดวงวิชาการกฎหมายฝรั่งเศส เคยใช้คำว่า “pouvoir constituant institué” ตาม Roger Bonnard แต่ปัจจุบัน คำว่า “pouvoir constituant dérivé” ซึ่ง Georges Vedel เสนอไว้เป็นที่นิยมมากกว่า.

⁶⁰ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 120-122; เป็นคำแปลของปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 115.

อเมริกา ค.ศ. 1776 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ไร้ข้อจำกัด นอกกระบบกฎหมาย เกิดในสภาวะปลอดกฎหมาย จึงเป็นอำนาจตามความเป็นจริง ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง” นั้น เป็นอำนาจที่มีขึ้นในรัฐที่ก่อตั้งขึ้นแล้ว มีรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายแล้ว จึงเป็นอำนาจที่มีขึ้นตามกฎหมาย ถูกจำกัดโดยกฎหมาย และต้องใช้โดยองค์กร และดำเนินการให้ถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้⁶¹ นี่คือ **ชุดคำอธิบายที่ยึดถือรูปแบบเป็นเกณฑ์** ในการจำแนกความแตกต่างตามที่ Kemal Gözler จัดกลุ่มไว้⁶²

ในมุมตรงกันข้าม แม้อยอมรับความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็ปฏิเสธการจะเรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง” (derived constituent power) เพราะ**เนื้อหาของสองอำนาจนี้มีความแตกต่างกัน** แม้มีรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม และแม้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดไว้ด้วยก็ตาม แต่เมื่อใดที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไปถึงขั้นที่กระทบต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เช่น เปลี่ยนระบอบการปกครอง เมื่อนั้นย่อมไม่ใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกต่อไป หากแต่เป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญ⁶³ นี่คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในทางกลับกัน แม้เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ หากแต่สาระสำคัญในรัฐธรรมนูญใหม่ยังคงเหมือนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน เช่น เป็นระบอบการปกครองเดิม เมื่อนั้นก็เป็นเพียงการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หากใช้การสถาปนารัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่ และอำนาจที่ใช้

⁶¹ Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, (OUP, 2020) น. 57-60; ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, น. 8-9; อำนาจนี้ Raymond Carré de Malberg เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในสถานการณ์ปฏิวัติ” (revolutionary constituent power) George Burdeau เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในความหมายเคร่งครัด” (pouvoir constituant stricto); ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, น. 106-107.

⁶² Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*, น. 115.

⁶³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, น. 114

ก็เป็นเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁶⁴ **นี่คือชุดคำอธิบายที่ยึดถือ
เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์**

ในประเด็นนี้ Carl Schmitt เสนอว่า เบื้องต้นต้องแบ่งแยกระหว่าง “รัฐธรรมนูญ” (constitution) และ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (constitutional law) ออกจากกัน “รัฐธรรมนูญ” เกิดจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการตัดสินใจทางการเมืองเพื่อกำหนดรูปแบบและประเภทขององค์กรทางการเมืองขึ้นหรือระบอบการปกครองของรัฐ⁶⁵ นี่คือนิติบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร⁶⁶ ส่วน “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” มีผลใช้บังคับได้บนพื้นฐานของ “รัฐธรรมนูญ”⁶⁷ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” กำหนดรายละเอียดของการปกครอง รูปแบบและองค์ประกอบขององค์กรทางการเมืองต่าง ๆ อันเป็นเพียงส่วนประกอบในรัฐธรรมนูญ “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่เฉพาะส่วนที่เป็น “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”⁶⁸

“มันไม่ถูกต้องที่จะกำหนดให้ อำนาจที่ถูกมอบให้และถูก
ควบคุมบนพื้นฐานของ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ไปเปลี่ยนแปลง
บทบัญญัติของ “รัฐธรรมนูญ” เพื่อที่จะปรับปรุง “รัฐธรรมนูญ”

⁶⁴ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 116.

⁶⁵ Carl Schmitt, Constitutional Theory, น. 75; อนึ่ง Schmitt อธิบายว่า การเปลี่ยนแปลงในทางรัฐธรรมนูญมีอยู่ 3 ระดับ ได้แก่

(ก) การทำลายล้างรัฐธรรมนูญ (constitutional annihilation) ยกเลิก “รัฐธรรมนูญ” และ
อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น เช่น การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง

(ข) การยกเลิกรัฐธรรมนูญ (constitutional elimination) เป็นการยกเลิก “รัฐธรรมนูญ” แต่อำนาจ
สถาปนารัฐธรรมนูญเดิมยังคงอยู่ เช่น การรัฐประหาร

(ค) การแก้ไขหรือปรับปรุงรัฐธรรมนูญ (constitutional change – revision) เป็นการเปลี่ยนแปลง
เนื้อหาของ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญ
กำหนด

โปรดดู Carl Schmitt, Constitutional Theory, น. 147.

⁶⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 113.

⁶⁷ Carl Schmitt, Constitutional Theory, น. 76.

⁶⁸ Ibid., น. 147.

ในอีกความหมายหนึ่ง ดังที่เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”⁶⁹
 [เครื่องหมายคำพูด – เพิ่มโดยผู้วิจัย]

Oliver Beaud นำแนวคิดของ Schmitt มาพัฒนาต่อว่า การก่อตั้งรัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de revision) เป็นอำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constitue) จึงเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดเสมอ⁷⁰ นอกจากนี้ Beaud ยังเห็นว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ หากจะแก้ไขในส่วนนี้ ต้องใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น จะใช้เพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้⁷¹

ในมุมที่สาม อาศัยทฤษฎีการมอบอำนาจ (delegation theory) มาเป็นฐานในการอธิบาย กล่าวคือ การมอบอำนาจ (delegation) มิใช่การถ่ายโอนอำนาจ (transfer) เพราะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่น ประชาชน ยังคงเป็นเจ้าของอำนาจนี้อยู่ เพียงแต่มอบหมายให้องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น เช่น รัฐสภา เป็นผู้ใช้อำนาจนั้นแทนประชาชน อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาใช้จึงต้องอยู่ภายในขอบอำนาจ ข้อจำกัดต่าง ๆ และต้องดำเนินการตามกระบวนการที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ดังที่ Yaniv Roznai ผู้เสนอคำอธิบายนี้ ระบุว่า

“เมื่อมีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก้ไขรัฐธรรมนูญ นั่นคือการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ถูกมอบให้โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับที่หนึ่ง... อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจที่ถูกมอบมา จึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ”⁷³

⁶⁹ Ibid., น. 146.

⁷⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, น. 112.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, น. 113.

⁷² เรื่องเดียวกัน, น. 114.

⁷³ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, น. 118.

ในขณะที่ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับที่หนึ่ง” (primary constituent power) เป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัด เพราะเป็นอำนาจที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้น “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับที่สอง” (secondary constituent power) เป็นอำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ผ่านการรับมอบอำนาจให้แก่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดในตัวเอง⁷⁴

6.3.3 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญไทยปฏิเสธอย่างแข็งขันว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (คำอธิบายตามข้อ 6.2.2) ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ว่า

“การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291”⁷⁵

⁷⁴ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*, น. 118 และ 120.

⁷⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 23.

ต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันอีกครั้งในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ความว่า

“แม้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่ **เป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา**ซึ่งถูกจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา รัฐสภาจึงต้องทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบอย่างเคร่งครัด โดยไม่อาจกระทำการนอกขอบของหน้าที่และอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในเงื่อนไขที่มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ยึดโยงกับหลักการพื้นฐาน และให้เหมาะสมและสอดคล้องกับมติมหาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 15 เพียงบัญญัติให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติให้จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับ...

...หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป เมื่อเสร็จแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่...”⁷⁶

กระนั้นก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญไทยมิได้ชี้ชัดว่า ศาลสมาทานแนวทางไหน ระหว่างคำอธิบายแรก-อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (ข้อ 2.2.1) หรือคำอธิบายที่สามที่ว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเฉพาะในตัวเองตามข้อวิเคราะห์ของ Yaniv Roznai ที่ว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเฉพาะที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ข้อ 2.2.3) แต่ไม่ว่าอย่างไรก็ตาม ผลในทางปฏิบัติของคำอธิบาย

⁷⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

เหล่านี้มิได้แตกต่างกันแต่ประการใด เพราะการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไทยยังคงต้องผูกพันอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั้งในทางเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และมีอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนมีผลทำให้เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ หากยังมีได้รับความเห็นชอบจากประชาชน ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ข้างต้น

บทที่ 7

ช่องทางในการควบคุมตรวจสอบ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ 2560 เป็นรัฐธรรมนูญไทยฉบับแรกที่บัญญัติรับรองอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม¹ ดังที่ปรากฏในมาตรา 256 (9) กระนั้นก็ดี ก่อนหน้านี้ศาลรัฐธรรมนูญเคยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ 2550 เป็นช่องทางให้ศาลเข้าตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของรัฐสภามาแล้ว

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับช่องทางที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก่อนจะนำไปสู่การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในบทที่ 8 การวินิจฉัยประเด็น “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทที่ 9 ประเด็น “เนื้อหา” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และบทที่ 10 เรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

เมื่อพิจารณาทบทวนรัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา พบว่า การนำคดีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น อาจกระทำได้ผ่าน 3 ช่องทางดังต่อไปนี้ คือ มาตรา 256 (9) การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ มาตรา 210 (2) การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และมาตรา 49 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2563) น. 179.

7.1 มาตรา 256 (9): การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนนำขึ้น ทูลเกล้าฯ

7.1.1 ผู้มีอำนาจเสนอเรื่อง ได้แก่

(1) ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ส. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 50 คน

(2) ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 25 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คนตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญมาตรา 269) หรือ 20 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 107)

(3) ส.ส. และ ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ส. และ ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 75 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คนตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญมาตรา 269) หรือ 70 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 107)

7.1.2 ช่วงเวลาในการเสนอเรื่อง

หลังจากรัฐสภาได้ออกเสียงลงมติในวาระที่สามขั้นสุดท้าย เห็นชอบด้วยในการที่จะให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 256 (6) แล้ว นายกรัฐมนตรีต้องรอไว้ 15 วันก่อนจึงจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ในช่วงเวลา 15 วันนี้หรืออาจล่วงเลยกว่านั้นเล็กน้อย แต่ต้องก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำความขึ้นกราบบังคมทูลฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย สมาชิกรัฐสภาตามจำนวนในข้อ 7.1 ข้างต้น มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณี ให้ส่งความเห็นดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

อนึ่ง ในทางปฏิบัติ หลังจากรัฐสภาลงมติเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจะส่งหนังสือนำซึ่งลงนามโดยประธานรัฐสภา

พร้อมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กราบเรียนนายกรัฐมนตรี ส่งไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี² จากนั้น นายกรัฐมนตรีจะมีหนังสือนำความขึ้นกราบบังคมทูลฯ เพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ลงพระปรมาภิไธยพร้อมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่สอบทานแล้ว ส่งไปยังสำนักพระราชเลขาธิการ ณ เวลาที่สำนักพระราชเลขาธิการได้ประทับตราเพื่อลงเลขรับหนังสือนำความขึ้นกราบบังคมทูลดังกล่าว ย่อมถือได้ว่า นายกรัฐมนตรีได้นำความขึ้นกราบบังคับทูลแล้ว และนับแต่บัดนั้นเป็นต้นไป ก็พ้นเวลาที่ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา แล้วกรณี จะสามารถส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้³

7.1.3 ประเด็นที่เสนอความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้

สมาชิกรัฐสภาสามารถเสนอความเห็น ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

(ก) เปลี่ยนแปลงหลักความเป็นรัฐเดี่ยวหรือหลักประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 255 หรือ

(ข) เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ตามมาตรา 256 (8)

(ค) กระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการ มาโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

7.1.4 กรอบเวลาการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

7.1.5 อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย

7.1.5.1 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 255 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาในวาระที่สามแล้วนั้น มีเนื้อหาสาระ

² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 134.

³ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562) น. 253.

เปลี่ยนแปลงหลักความเป็นรัฐเดี่ยวหรือไม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ ส่วนแนวทางการวินิจฉัยนั้น โปรดดู บทที่ 9 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

7.1.5.2 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องผ่านการออกเสียงประชามติ หรือไม่

ตามมาตรา 256 (8) แห่งรัฐธรรมนูญ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ถึงมาตรา 5 ซึ่งอยู่ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 6 ถึงมาตรา 24 ที่อยู่ในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ มาตรา 255 หรือมาตรา 256 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการแก้ไขในมาตราที่บัญญัติชัดเจนว่า “หน้าที่และอำนาจ” ของศาลและองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กรณีคงมิได้เป็นปัญหาในการวินิจฉัยเท่าใดนัก อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิได้แก้ไขในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ระบุนามข้างต้น เช่น แก้ไขเพิ่มเติมในหมวดอื่น แต่มีผลเป็นการยกเว้นมาตราหนึ่งมาตราใดในหมวด 1 บททั่วไป หรือหมวด 2 พระมหากษัตริย์ เช่นนี้ ย่อมเป็นกรณีที่วินิจฉัยได้ยาก

ในเบื้องต้น ประธานรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภาในการส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่สามแล้วไปยังคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อจัดให้มีการออกเสียงประชามติ

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ประธานรัฐสภาไม่ส่งร่างดังกล่าวไปเพื่อการออกเสียงประชามติ แต่ ส.ส. ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน หรือในทางกลับกัน ประธานรัฐสภาส่งร่างดังกล่าวไปให้ กกต. เพื่อจัดการออกเสียงประชามติ แต่ ส.ส. ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมิใช่เรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนแต่อย่างใด ทั้งสอง

กรณีนี้ เมื่อมีการเสนอคำร้องมาโดยถูกต้องตามมาตรา 256 (9) ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนหรือไม่

7.1.5.3 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำเนินการมาโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติไว้เพียงแค่ว่า สมาชิกรัฐสภาสามารถเข้าชื่อกันเสนอประธานรัฐสภาเพื่อให้ส่งความเห็นที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อมาตรา 255 บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นร่างที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ก่อนตามมาตรา 256 (8) หรือไม่ จึงเกิดคำถามตามมาสองประการคือ สมาชิกรัฐสภาจะเสนอประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง คือ ในกรณีที่มีการเสนอประเด็นปัญหาเรื่องกระบวนการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ สองปัญหานี้เกี่ยวพันเปรียบเป็นเหรียญสองด้าน

ผู้วิจัย ขอสรุปในขั้นนี้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ส่วนเหตุผลจะเป็นประการใดนั้น คำอธิบายที่จะให้ไว้ในบทที่ 8 การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไป

7.2 มาตรา 210 (2): ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจในขอบข่ายความรับผิดชอบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรดังกล่าวมีสิทธิยื่นหนังสือต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้วินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 (2) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (2) และมาตรา 44 ได้ ล่าสุด ศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยช่องทางนี้เข้าวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 4/2564

อย่างไรก็ดี ในเบื้องต้น ผู้วิจัย เห็นว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยช่องทางมาตรา 210 (2) นี้ ไม่ถูกต้อง เพราะเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว คือ มาตรา 256 (9) ความเห็นของผู้วิจัยสอดคล้องกับคำอธิบายของบวรศักดิ์ อูวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา ที่ว่า “ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดช่องทางส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ไม่สมควรที่จะส่งศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 210 ได้อีก”⁴

7.2.1 ผู้มีอำนาจเสนอเรื่อง ได้แก่

สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระต่าง ๆ อันได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในกรณีที่องค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรกลุ่มหรือคณะบุคคล (collegial body) นั้น การเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ต้องอาศัยมติโดยเสียงข้างมากขององค์กรดังกล่าวด้วย⁵

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ผู้มีอำนาจเสนอคำร้องตามช่องทางนี้ มิได้รวมถึงองค์กรศาลและองค์กรอัยการ

7.2.2 เงื่อนไขในการเสนอเรื่อง มีดังนี้

7.2.2.1 ต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรนั้น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่รวมถึงหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น⁶

⁴ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม 2563, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563) น. 517.

⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 31; บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม 2563, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563) น. 517.

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, น. 212.

7.2.2.2 เป็นปัญหาหน้าที่และอำนาจที่เกิดขึ้นในองค์กรดังกล่าวเอง เพียงองค์กรเดียว หรือเป็นปัญหาโต้แย้งระหว่างองค์กรต่าง ๆ ดังกล่าวตั้งแต่สององค์กร⁷

7.2.2.3 ต้องเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว มิใช่ปัญหาสมมติ หรือปัญหาที่คาดไว้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นแน่ ๆ แต่ยังมีไม่ถึงขั้นตอนที่เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นจริง ทั้งนี้ตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ศาลจะไม่วินิจฉัยปัญหาสมมติ (ซึ่งหมายความว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ย่อมมีผลผูกพันตามมาตรา 211 วรรคสี่ ไม่ใช่เพียงเป็นคำแนะนำ (Advisory Opinion) แต่อย่างใด)

ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งเคยมีปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณหาจำนวน ส.ส. แบบบัญชีรายชื่อพรรคการเมือง จึงได้เสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญตามช่องทางนี้ แม้ศาลเห็นว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ในหน้าที่และอำนาจของ กกต. แต่ปัญหาดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ กกต. ได้ประกาศผลการเลือกตั้ง ส.ส. แบบแบ่งเขตแล้ว ในเมื่อขณะที่ กกต. ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น กกต. ยังไม่ได้ประกาศผลการเลือกตั้งดังกล่าว จึงยังถือไม่ได้ว่า มีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของ กกต. เกิดขึ้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับคำร้องไว้พิจารณา⁸

7.2.3 การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา

การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา ตามมาตรา 156(15) ประกอบมาตรา 256 หากในระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเห็นว่า มีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา และลงมติโดยเสียงข้างมากให้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาได้⁹ ข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 บ่งชี้ว่า

⁷ เรื่องเดียวกัน, น. 212. เนื่องจากแนวการบัญญัติมาตรา 210 (2) แตกต่างไปจากบทบัญญัติเดียวกันในรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 214 และรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 266 ซึ่งหมายความว่าตั้งแต่เฉพาะกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างสององค์กร

⁸ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2562 ลงวันที่ 24 เมษายน 2562 หน้า 4.

⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 31.

การเสนอคำร้องของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไปยังศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเมื่อจบวาระที่สอง ก่อนเข้าสู่การพิจารณาครั้งที่สาม

ในการนี้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจที่จะสั่งให้รัฐสภาและประธานรัฐสภาการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้¹⁰

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่บทบัญญัติมาตรา 210 บัญญัติไว้ค่อนข้างกว้าง จึงอาจเกิดกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา มีเนื้อหากระทบต่อหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามมาตรา 210 (2) เช่นนี้ องค์กรอื่นจะอ้างได้หรือไม่ว่า เกิดปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรของตน และเสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเห็นว่า หากเป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรที่มีอำนาจในเสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญ มีองค์กรเดียวเท่านั้น คือ ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ทั้งนี้ เพราะที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่มีหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ส่วนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระต่าง ๆ มิใช่องค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แม้ว่า ส.ส. ส.ว. หรือคณะรัฐมนตรีอาจมีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะผู้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ตาม

นอกจากนี้ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อหน้าที่และอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ข้างต้น แต่ก็ยังเป็นผลจากการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจดังกล่าวให้ไว้แก่รัฐสภาโดยตรง องค์กรอื่นแม้ได้รับผลกระทบแต่ก็มิใช่ผู้มีอำนาจเสนอเรื่องปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญตามช่องทางนี้ได้ อย่างไรก็ตาม

¹⁰ พรป. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 มาตรา 71 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ 2562 ข้อ 40(2).

หากเป็นกรณีที่มีปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรอิสระและต้องนำไปดำเนินการออกเสียงประชามติ ก่อน ใช่หรือไม่ จะได้วิเคราะห์อีกครั้งในหัวข้อ 7.2.5

7.2.4 อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย

หากมีการเสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญตามช่องทางมาตรา 210 (2) นี้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจอย่างกว้างขวางในอันที่จะวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาว่า

- รัฐสภามีอำนาจในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมใน ประเด็นใดประเด็นหนึ่ง เช่น ร่างรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญ ใหม่ทั้งฉบับ ได้หรือไม่¹¹

- กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ดำเนินการไปนั้น ถูกต้องตามหน้าที่หรืออำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเรื่องนี้ หรือไม่

- ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาเห็นชอบไปตามหน้าที่หรือ อำนาจนั้น มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อมาตรา 255 หรือไม่

7.2.5 ปัญหาว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องนำไปออกเสียง ประชามติหรือไม่ อาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจระหว่างรัฐสภา และองค์กรอิสระได้

หากเป็นกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ในวาระที่สามแล้ว เกิดปัญหาว่า ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ไปผ่านการออกเสียงประชามติหรือไม่ ตัวอย่างเช่น องค์กรอิสระแห่งหนึ่ง เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวอาจทำให้องค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตาม หน้าที่หรืออำนาจได้ แต่ประธานรัฐสภากลับไม่เสนอเรื่องไปยังคณะกรรมการ การเลือกตั้งเพื่อจัดให้มีการออกเสียงประชามติ¹² เพราะประธานรัฐสภาได้

¹¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 31.

¹² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 135(1).

วินิจฉัยแล้วว่า มิใช่กรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ และก็ไม่มีสมาชิกรัฐสภา
เข้าชื่อเสนอคำร้องต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้เสนอความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ
เพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดกรณีดังกล่าว หรือมีสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อกันแต่ไม่ครบจำนวน
ตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 (9)

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ
ระหว่างองค์กร คือ รัฐสภา และองค์กรอิสระนั้น ๆ ขึ้นแล้ว เนื่องจากหาก
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถูกประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะทำให้
องค์กรอิสระดังกล่าวไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรของตนตามที่
รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ และเป็นกรณีที่ต้องผ่านการออกเสียงประชามติ แต่กลับ
มิได้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อน เช่นนี้ ย่อมถือเป็นการดำเนินการแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีได้ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่
รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กรณีดังกล่าวจึงถือว่ามีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ
ระหว่างรัฐสภาและองค์กรอิสระนั้น ๆ แล้ว

ดังนั้น องค์กรอิสระที่จะได้รับผลกระทบจากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
และเห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องนำไปออกเสียง
ประชามติ ก่อน ย่อมสามารถเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยว่า
เรื่องดังกล่าวต้องผ่านการออกเสียงประชามติหรือไม่ โดยอาศัยช่องทางตาม
มาตรา 210 (2) นี้ได้

7.3 มาตรา 49: สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 49 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่อาจ
มีการเสนอปัญหาว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
หรือไม่ เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 49 วางหลักไว้ว่า
บุคคลจะใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้¹³

¹³ อย่างไรก็ดี ตุลาการเสียงข้างน้อยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ นายชัช ชลวร และความเห็นของ
นักวิชาการ เช่น ปูนเทพ ศิรินพวงศ์ เห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่การใช้ (exercise) สิทธิและเสรีภาพ
แต่อย่างใด แต่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะ

มาตรานี้สืบเนื่องมาจากมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้เป็นช่องทางเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 3 คำวินิจฉัยภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ

“มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้ อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญา ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ในอันที่จะทำให้สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครอง อย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”¹⁴

แม้ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสองมาตราดังกล่าวจะแตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 68 ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 บัญญัติรวมถึงกรณีการใช้สิทธิเสรีภาพ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตาม วิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย แต่มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ไม่มีวลีดังกล่าวก็ตาม ไม่เพียงเท่านั้น เรื่องกระบวนการขั้นตอนในการใช้สิทธิ รัฐธรรมนูญก็บัญญัติไว้แตกต่างกัน แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ¹⁵ และเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยให้บรรดาอธิบายไว้ในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมา

โปรดดูความเห็นของนายชัช ชลวร คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 58; และปูนเทพ ศิริบุหงศ์, รายงานวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (ทุนวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) 2555, น. 46.

¹⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 21-22; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 19-24; และคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 14.

¹⁵ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทน ราษฎร, 2562) น. 70.

ประกอบกับคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคำร้องกรณีตามมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ที่เกี่ยวข้องแล้ว¹⁶ พบว่า มาตรานี้เป็นอีกช่องทางหนึ่ง ซึ่งอาจใช้ในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้เข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

7.3.1 ผู้เสนอคำร้อง คือ

7.3.1.1 อัยการสูงสุด

7.3.1.2 บุคคลผู้มีสัญชาติไทย ซึ่งเป็นผู้ทราบว่า มีการกระทำ อันเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย

เนื่องจากสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้ มิใช่สิทธิมนุษยชนที่บุคคล ใดๆ ไม่ว่าสัญชาติโดยย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นสิทธิพลเมือง เฉพาะพลเมืองไทยเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอคำร้องนี้ได้

7.3.2 เงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาในการเสนอคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ

7.3.2.1 ต้องเสนอคำร้องไปยังอัยการสูงสุดเสียก่อน หากอัยการ สูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายใน 15 วันนับแต่ วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องจึงจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

7.3.2.2 การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่และยังไม บังเกิดผล ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีคำวินิจฉัยให้เลิกการกระทำนั้นได้¹⁷

หากการกระทำเสร็จสิ้นไปแล้วหรือมีผลสมบูรณ์ไปแล้ว ศาลย่อม ไม่อาจสั่งเลิกการกระทำนั้นได้ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวางหลักไว้ในคำวินิจฉัย ที่ 18-22/2555 ว่า

“การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำที่อาจเป็น การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครอง ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตาม

¹⁶ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564 และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564

¹⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 21; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2563 วันที่ 21 มกราคม 2563, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 13ก วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2563 น. 32.

รัฐธรรมนูญ...ได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่ และยังไม่บังเกิดผล ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีคำวินิจฉัยสั่งให้เลิก การกระทำนั้นได้ หากไม่แล้วคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง นี้ ก็จะพ้นวิสัย ไม่สามารถใช้บังคับได้ ทั้งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้ มีหลักการสำคัญ มุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษา การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข... มิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิก การกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้าง รัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็น ภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ ขึ้นแล้วย่อมสุวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้”¹⁸

ด้วยเหตุนี้ การยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งเลิกการกระทำ อันเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 49 นั้น หากเหตุแห่งการยื่นคำร้อง มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา การเสนอ คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ อย่างช้าที่สุดต้องกระทำก่อนร่างรัฐธรรมนูญมีผล ใช้บังคับ คือ ก่อนการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา

อนึ่ง ในประเด็นนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 1 ท่าน คือ นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เคยทำความเข้าใจส่วนบุคคลไว้อย่างน่าสนใจว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำ... ได้นั้น การกระทำ ดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่และยังไม่บังเกิดผลศาลรัฐธรรมนูญ จึงจะมีคำวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำนั้นได้ หากไม่แล้ว คำวินิจฉัย

¹⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 21.

ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง นี้ จะพ้นวิสัยไม่สามารถใช้บังคับได้ ประกอบกับก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยนายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง เพื่อสั่งการให้ผู้ถูกร้องเลิกการกระทำใดได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง จึงเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย”¹⁹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากในคำวินิจฉัยดังกล่าว มีมติรับคำร้องไว้วินิจฉัย จึงน่าจะสรุปได้ว่า การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ แล้ว หรือไม่ มีไข่เงื่อนไขในการรับหรือไม่รับคำร้องตามมาตรา 49 ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560

7.3.3 เนื้อหาของคำร้อง

7.3.3.1 ต้องระบุว่า บุคคลใดกระทำการอันเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และอย่างไร

หากร้องผิดคน เช่น ส.ส. เป็นผู้เข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีไข่พรรคการเมือง แต่มากร้องขอให้ศาลสั่งให้พรรคการเมืองเลิกกระทำการ เช่นนี้ ศาลย่อมไม่รับคำร้องไว้พิจารณา²⁰

7.3.3.2 การกระทำที่เป็นเหตุแห่งการยื่นคำร้องต้องเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพ

หากเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมมิใช่การใช้สิทธิเสรีภาพ เช่น การที่ประธานรัฐสภาสั่งบรรจุญัตติขอแก้ไข

¹⁹ ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 102.

²⁰ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 76/2563 ลงวันที่ 23 ธันวาคม 2563

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่ระเบียบวาระการประชุมของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้มิใช่การใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 49²¹ หรือการที่ กกต. มีมติประกาศการจัดสรรตำแหน่ง ส.ส. แบบบัญชีรายชื่อพรรคการเมืองเป็นการกระทำตามกระบวนการจัดการเลือกตั้งตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของ กกต. จึงมิใช่การใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 49²²

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญเคยตีความว่า การใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะสิทธิเสรีภาพตามความในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงการใช้สิทธิในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมาชิกรัฐสภา²³ การใช้สิทธิอภิปรายและการใช้สิทธิลงมติของสมาชิกรัฐสภาในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา²⁴

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ เคยมีตุลาการเสียงข้างน้อยในหลายคดี คือนายชัช ชลวร เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมาชิกรัฐสภานั้น มิใช่การใช้ “สิทธิและเสรีภาพ” ของประชาชน หากแต่เป็นการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา จึงไม่เข้าเงื่อนไขการยื่นคำร้องตามมาตรา 68²⁵

แนวทางการตีความดังกล่าวยังคงมีผลและใช้ต่อมาในการตีความมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 เช่น เมื่อมี ส.ส. เข้าชื่อเสนอคำร้องเกี่ยวกับการเสนอ

²¹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 76/2563 ลงวันที่ 23 ธันวาคม 2563

²² คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2562 ลงวันที่ 18 กันยายน 2562

²³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 21; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 22-24.

²⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 24-28; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 หน้า 16-19.

²⁵ ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตัวของนายชัช ชลวร ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 49-55; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 70-75; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 63-68.

ญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256(1) โดยระบุว่า เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขัดต่อมาตรา 255 เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครอง²⁶ และการลงมติลงคะแนนรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวในวาระที่หนึ่งตามมาตรา 256 (3) ก็เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครอง²⁷ ในกรณีคำร้องสองฉบับดังกล่าว แม้ศาลรัฐธรรมนูญมิได้สั่งรับคำร้องไว้พิจารณาก็ตาม แต่เหตุผลที่ศาลให้ไว้ มิใช่เป็นเพราะศาลเห็นว่าการกระทำที่กล่าวอ้างในคำร้อง คือ การเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการลงมติของสมาชิกรัฐสภาในวาระที่หนึ่ง ไม่ใช่ “การใช้สิทธิเสรีภาพ” หากแต่เป็นเพราะศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างว่ามีการกระทำอันเป็นการล้มล้างการปกครองฯ นั้น ยังไม่ชัดเจนเพียงพอและไกลเกินกว่าเหตุต่างหาก

7.3.3.3 ต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอว่าเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และข้อเท็จจริงไม่ไกลเกินกว่าเหตุ²⁸ ตัวอย่างเช่น

ถ้าฟังเพียงการรณรงค์ ประชุม และเสวนาเพื่อจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อกระทำการล้มล้างการปกครองฯ ย่อมไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ให้ศาลสั่งรับคำร้อง²⁹

การเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อที่ประชุมรัฐสภา ก่อนที่จะที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาจะพิจารณาในวาระที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา เนื่องจาก “การกระทำของผู้ถูกต้องทั้งสองยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอและยังห่างไกลกว่าเหตุที่จะเป็นการใช้สิทธิ

²⁶ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564

²⁷ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564

²⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2563 วันที่ 21 มกราคม 2563, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 13ก วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2563 น. 32.

²⁹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 57/2562 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2562

หรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”³⁰ โดยตรรกะเดียวกันนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา กรณีที่รัฐสภาพิจารณารับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่ง³¹

อย่างไรก็ดี หากที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองแล้ว และอยู่ระหว่างการรอระยะเวลา 15 วันก่อนเข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ภายใต้มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ว่า ข้อเท็จจริงเพียงพอแล้ว จึงสั่งรับคำร้องไว้พิจารณา³²

7.3.4 อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัย

ในการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องว่า มีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตาม มาตรา 49 หรือไม่นั้น ปัจจัยชี้ขาดย่อมอยู่ที่ประเด็น “เนื้อหาสาระ” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวต้องมีเนื้อหาสาระที่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะยังผลให้เกิดการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 1/2563 ว่า

“การพิจารณาว่าบุคคลใดจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพ เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคหนึ่ง จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ชัดเจนเพียงพอที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมาย และความประสงค์นั้นถึงระดับที่วิญญูชนควรจักอาจคาดเห็นได้ว่าน่าจะ

³⁰ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564

³¹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564

³² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 1-7 และ 21-23; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 1-11 และ 21-22; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 หน้า 19-24.

ทำให้เกิดผลเป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครอง
ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยการ
กระทำนั้น จะต้องกำลังดำเนินอยู่และไม่ห่างไกลเกินกว่าเหตุ”³³

ด้วยเหตุนี้ ลำพังเพียงแค่การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย
ไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งทำให้กระบวนการ
ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น หาได้ร้ายแรงถึงขนาดที่จะนำไปสู่การ
ล้มล้างการปกครองฯ ไม่

อนึ่ง วลี “ใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มีระดับความรุนแรงที่สูงกว่าวลี
“กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”³⁴ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ในคำวินิจฉัย
ที่ 3/2562 ว่า

“ล้มล้าง” หมายถึง การกระทำที่มีเจตนาเพื่อทำลายหรือ
ล้างผลาญให้สูญสลายหมดสิ้นไป ไม่ให้ดำรงอยู่หรือมีอยู่อีกต่อไป
ส่วนคำว่า “ปฏิปักษ์” นั้นไม่จำเป็นต้องรุนแรงถึงขนาดมีเจตนาที่จะ
ล้มล้างทำลายให้สิ้นไป ทั้งยังไม่จำเป็นต้องถึงขนาดตั้งตนเป็นศัตรู
หรือฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น เพียงแค่เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น
การขัดขวางหรือสกัดกั้นมิให้เจริญก้าวหน้า หรือเป็นการกระทำที่
ก่อให้เกิดผลเป็นการเซาะกร่อน บ่อนทำลาย จนเกิดความชำรุด
ทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง ก็เข้าลักษณะของการกระทำ
ที่เป็นปฏิปักษ์ได้แล้ว”³⁵

³³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2563 วันที่ 21 มกราคม 2563, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 13ก
วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2563 น. 32.

³⁴ พรบ. พรครการเมือง 2560 มาตรา 92 (1) เทียบมาตรา 92(2).

³⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 วันที่ 7 มีนาคม 2562, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41ก
วันที่ 3 เมษายน 2562 น. 46.

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่า มีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 49 ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีตามมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 นี้แตกต่างจากอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ซึ่งครอบคลุมทั้ง “การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และ “การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ข้อความในส่วนหลังของมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 นี้เอง เป็นฐานให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้เข้าไปตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็น “การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” หรือไม่ และเคยได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ว่า การพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำการเพื่อได้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁶

เนื่องจาก มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มิได้บัญญัติ กรณี “การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ไว้ ดังนั้น ลำพังเพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการไปโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมิใช่การกระทำ

³⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 31; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 หน้า 25-26.

อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 49 เพราะมิได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาด
ที่เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
ทรงเป็นประมุข ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ไม่สมควรอาศัยช่องทางมาตรา 49 มาใช้ในการ
ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในขณะที่มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ให้อำนาจ
ศาลรัฐธรรมนูญในการสั่งยุบพรรคการเมืองซึ่งได้กระทำการอันเป็นการต้องห้าม
ตามความในมาตรา 68 ได้ มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 กลับบัญญัติให้
ศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงอำนาจในการสั่งการให้เลิกการกระทำอันเป็นการต้องห้าม
ดังกล่าวเท่านั้น ในกรณีที่มีพรรคการเมืองเกี่ยวข้องกับการกระทำความดังกล่าว
การยุบพรรคการเมืองต้องไปริเริ่มดำเนินกระบวนการผ่านคณะกรรมการ
การเลือกตั้งตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

7.4 ไม่อาจเสนอคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางอื่นอีกได้ (มาตรา 212 มาตรา 213 หรือมาตรา 231 (1))

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มีการ
ควบคุมอยู่ 2 ลักษณะ คือ การควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายหรือการควบคุม
“ร่างกฎหมาย” (Pre-promulgation review of the constitutionality of law)
และการควบคุมหลังประกาศใช้กฎหมาย (Post-promulgation review) ซึ่งวัตถุ
แห่งการตรวจสอบ คือ “กฎหมาย” อันได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และคำสั่งหรือประกาศคณะรัฐประหารซึ่งมี
สภาพบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ

ปัญหาน่าคิด ก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญไทยสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ภายหลังจาก
ที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวแล้ว ได้หรือไม่

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญ
เยอรมันนั้นมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะ “กฎหมาย” หรือ “รัฐบัญญัติ”

ซึ่งรวมถึง รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงมีอำนาจเฉพาะแต่กรณีการควบคุมตรวจสอบภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วเท่านั้น โดยมีช่องทางในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน 3 ช่องทาง³⁷ ประกอบด้วย (1) การตรวจสอบเชิงนามธรรม (Abstract Review) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ผ่านการเสนอคำร้องโดยคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 และ (2) การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ซึ่งบุคคลใด ๆ ที่สิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนถูกระทบจากการใช้อำนาจมหาชนสามารถเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ และ (3) การตรวจสอบเชิงรูปธรรม (Concrete Review) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 100 วรรคหนึ่ง คือ มีคดีความในศาลและศาลส่งประเด็นปัญหาไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่าที่ตรวจสอบ ยังไม่พบคดีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาทางช่องทางนี้³⁸

ในส่วนของแอฟริกาใต้ การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้เข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งกรณีที่เป็น “ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ประธานาธิบดีลงนามแล้วแต่ยังมีได้ประกาศใช้” และ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้แล้ว” โดยการเสนอเรื่องของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 (1) (a) หรือการเข้าชื่อกันของ ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม ตามมาตรา 80 (1) และการร้องทุกข์โดยตรงของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใต้บทบัญญัติมาตรา 167 (6) ของรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีการตรวจสอบทั้ง “ก่อน”

³⁷ โปรดดู บทที่ 3 หน้า 117.

³⁸ รัฐธรรมนูญ มาตรา 100 วรรคหนึ่ง และกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 1 วรรคหนึ่งให้อำนาจศาลในทุกลำดับชั้นและทุกระบบศาล ที่พิจารณาคดีสามารถเสนอปัญหาว่า กฎหมายที่จะใช้ตัดสินคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ดี ด้วยความที่การเสนอเรื่องตามช่องทางนี้ ศาลที่พิจารณาคดี ต้องเห็นว่า กฎหมายที่จะใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วยการเสนอเรื่องตามช่องทางนี้ จึงน่าจะเป็นไปได้ยาก

และ “หลัง” การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม³⁹

สำหรับประเทศตุนีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีอำนาจควบคุมตรวจสอบเฉพาะ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการควบคุมตรวจสอบหลังประกาศใช้เท่านั้น โดยการเสนอคำร้องของประธานาธิบดีหรือสมาชิกรัฐสภาไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดภายในเวลา 10 วันนับแต่วันที่รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁴⁰

เห็นได้ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีหลายระบบ หลากช่องทาง สุดแต่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้ ไม่มีระบบใดระบบหนึ่งที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล

เมื่อพิเคราะห์ระบบและช่องทางในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทยประกอบกับกรณีกฎหมายของต่างประเทศข้างต้น จึงเกิดคำถามตามมาว่า หากมีการใช้ช่องทางดังต่อไปนี้เสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวแล้ว จะกระทำได้หรือไม่

- การเสนอคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 212 ซึ่งเป็นการส่งผ่านศาลในกรณีที่มีคดีความในศาล

- การร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญถูกละเมิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามช่องทางมาตรา 213

- การเสนอคำร้องโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน เมื่อเห็นว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 231 (1)

ในด้านหนึ่ง วิเคราะห์ได้ว่า แม้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย

³⁹ โปรดดู บทที่ 4 หน้า 150.

⁴⁰ โปรดดู บทที่ 5 หน้า 186.

รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจาก *ประการแรก* หากเป็นกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่ง*กฎหมาย*บังคับแก้คดีใด ตามมาตรา 212 ก็ดี หรือผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าบทบัญญัติแห่ง*กฎหมาย*มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 231(1) ก็ดี เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็น*กฎหมาย*สูงสุดของประเทศ...” รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็น*กฎหมาย*ในรูปแบบหนึ่งที่ศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบได้ หากเข้าด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอื่น ๆ ในการเสนอคำร้อง นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกระทำของ*รัฐสภา* หากมีปัญหาว่า การกระทำดังกล่าวละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ย่อมมีการร้องทุกข์ตามมาตรา 213 ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ *ประการที่สอง* เมื่อพิเคราะห์ถึงระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย ซึ่งมีทั้งการควบคุม “ก่อน” และ “หลัง” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มีการควบคุมตรวจสอบ “วัตถุแห่งคดี” ทั้งที่เป็น “ร่าง*กฎหมาย*” และ “*กฎหมาย*” แล้ว จึงเห็นควรให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวด้วย และ *ประการที่สาม* ระบบกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบมาข้างต้น ล้วนแล้วแต่ มีระบบการควบคุมตรวจสอบหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี ในอีกด้านหนึ่ง ซึ่งเป็นความเห็นของผู้วิจัย เห็นว่า เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไทยย่อมไม่มีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป ทั้งการตรวจสอบ “กระบวนการ” และ “เนื้อหา” ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการแรก รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ได้กำหนดให้มีช่องทางในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้แล้ว เป็นการเฉพาะในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้เป็นขั้นตอนทางเลือก (optional process) หนึ่งในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ*รัฐสภา* ซึ่งอาจมีการเข้าชื่อกันของสมาชิก*รัฐสภา* เพื่อเสนอเรื่องไปยัง

ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (9) ได้ กระทบการดังกล่าวมีขึ้นเป็นครั้งแรก
ในระบบกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 นี้เอง

นอกเหนือจากช่องทางข้างต้น ยังมีช่องทางอื่น ๆ อีกสองช่องทางในการนำ
คดีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ กรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่
และอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 210 (2)
และการขอให้ศาลสั่งเลิกการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 49 ทั้งนี้ เป็นไป
ตามแนวทางการวินิจฉัยคดีที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา

เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้ทุกภาคส่วน ทั้งสมาชิกรัฐสภา
องค์กรรัฐสภา และประชาชนทั่วไปสามารถเสนอคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญ
เข้าตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างกว้างขวางและเพียงพอแล้ว
ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นใด ๆ ในอันจะต้องเปิดช่องทางอื่น ๆ ให้มีการเสนอเรื่อง
ไปยังศาลรัฐธรรมนูญอีก

ประการที่สอง เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้รับการลงพระปรมาภิไธย
และประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ย่อมมีผลเป็นส่วนหนึ่งของ “รัฐธรรมนูญ”
อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศตามมาตรา 5 ในทันที เช่นนี้ ย่อมไม่มีปัญหา
ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทาง “เนื้อหา” อีกต่อไป

แม้ว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ อาจขัดหรือแย้งกับ
บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แต่เดิม แต่เมื่อมีกรณีต้องปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ
ที่ขัดแย้งกันดังกล่าวจริง ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลอื่น หรือองค์กรอื่น ๆ ที่ต้องปรับใช้
รัฐธรรมนูญ ก็ยังสามารถใช้นิติวิธีการตีความรัฐธรรมนูญแบบต่าง ๆ เพื่อหาข้อสรุป
ในการตีความและปรับใช้รัฐธรรมนูญอย่างถูกต้องเหมาะสมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
ในกรณีที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ
แห่งรัฐธรรมนูญ(เดิม)อย่างชัดเจน ก็สามารถใช้ตีความและปรับใช้ควบคู่กันไป
ตามนิติวิธีที่เหมาะสม ทั้งนี้ โดยสอดคล้องกับหลักนิติวิธีที่ว่า ศาลพึงวินิจฉัยโดยใช้
หลักการอื่น ๆ ก่อน หากไม่สามารถปรับใช้ได้จึงจะวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อ
รัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ แม้เป็นกรณีที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ มีเนื้อหาขัดต่อมาตรา 255 แต่ก็มีนิติวิธีการตีความรัฐธรรมนูญที่ถือว่า “คุณค่าทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional value) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 อันได้แก่ คุณค่าเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และคุณค่าของความเป็นรัฐเดี่ยว เป็นคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ จึงมีสถานะสูงกว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ และสามารถตีความบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวให้มีสภาพบังคับเพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อคุณค่าที่สูงกว่า ซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 255 ได้ ดังที่เรียกกันว่า นิติวิธีการตีความรัฐธรรมนูญในเชิงโครงสร้าง (structural interpretation)

อนึ่ง แม้มีข้อเท็จจริงปรากฏภายหลังว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการมาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่กรณีปัญหาดังกล่าวก็ย่อมต้องถือเป็นอันยุติ เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ทั้งนี้ สามารถเทียบได้กับกรณีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยยึดถือเป็นหลักเสมอมา นับแต่มีการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 และมาตรา 198 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 มาตรา 212 และมาตรา 245 (1) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 มาตรา 213 และมาตรา 231 (1) ว่า

เมื่อกฎหมายประกาศใช้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กระบวนการพิจารณาและตรากฎหมาย” อีกต่อไป⁴¹ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะ “เนื้อหา” ของกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เท่านั้น

⁴¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551; และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2551

ความข้อนี้ได้ถือปฏิบัติสืบต่อเนื่องกันมา เป็นระยะเวลาที่ยาวนาน จนถือว่า ได้กลายเป็น “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข”⁴² ประการหนึ่งแล้ว

ประการที่สาม แม้รัฐธรรมนูญเป็น “กฎหมาย” แต่ก็ เป็น “กฎหมายสูงสุด” ซึ่งเป็นมาตรวัดที่ใช้ในการตรวจสอบ “กฎหมาย” อื่น ๆ มิให้ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายสูงสุดของประเทศนี้ ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงย่อมมิใช่ “กฎหมาย” ที่อาจจะถูกควบคุมตรวจสอบตามความในมาตรา 212 และ มาตรา 231(1) ได้อีก

นอกจากนี้ จริยอยู่ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกระทำของ รัฐสภา แม้มีปัญหาว่า การกระทำดังกล่าวละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ก็ไม่มีอาการยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 ได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ 2561 มาตรา 47 (2) บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดแล้วว่า การยื่นคำร้องตามมาตรา 213 นั้น ต้องมิใช่กรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนด กระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการ เฉพาะแล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ วินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อมาตรา 255 แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) แล้ว อีกทั้งยังมีช่องทางการเสนอคำร้อง ในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 ให้ไว้แก่ประชาชน ทั่วไปด้วย ย่อมเห็นได้ชัดว่า การร้องทุกข์เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นกรณีต้องห้ามตามมาตรา 47 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

ประการที่สี่ รัฐธรรมนูญไทยกำหนดรูปแบบในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญไว้อย่างแจ่มชัด ให้กระทำในรูปแบบ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม”

⁴² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ตัดสินภายใต้รัฐธรรมนูญ 2540 อาทิ คำวินิจฉัยที่ 35-36/2544 และคำวินิจฉัย ที่ 26-34/2555; รัฐธรรมนูญ 2550 อาทิ คำวินิจฉัยที่ 6/2553 คำวินิจฉัยที่ 31/2555; รัฐธรรมนูญ 2560 อาทิ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2560 ลงวันที่ 7 มิถุนายน 2560

และเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วก็จะกลายเป็น “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” แตกต่างไปจากกรณีต่างประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบ ในงานวิจัยนี้ อันได้แก่ เยอรมนี ตุรกี และแอฟริกาใต้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวกระทำในรูปแบบ “ร่างรัฐบัญญัติ” และ “รัฐบัญญัติ” เฉกเช่นเดียวกับรูปแบบของกฎหมายอื่นทั่วไป ต่างกันเพียงในเรื่อง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่ยุ่งยากกว่า เช่น ต้องอาศัยคะแนนเสียงเห็นชอบ 2 ใน 3 ของสมาชิกรัฐสภา จึงเห็นได้ว่า “รูปแบบ” ของการกระทำทางนิติบัญญัติ ในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายของสามประเทศดังกล่าวได้กำหนดไว้แตกต่างกัน จึงไม่อาจนำตรรกะ เหตุผล หรือการตีความในประเด็นนี้ของต่างประเทศมาใช้เทียบเคียงกันได้

นอกจากนี้ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ นั้น มีหลายระบบและหลากหลายช่องทาง ตามที่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้ออกแบบไว้ และไม่มีระบบใดระบบหนึ่ง ที่ได้รับการยอมรับเป็นสากล ระบบของไทยก็มีเอกลักษณ์เป็นของไทย ดังนั้น เมื่อระบบในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยออกแบบไว้เช่นนี้แล้ว การนำระบบของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีการควบคุมตรวจสอบหลังการประกาศใช้กฎหมายเพียงแบบเดียวมาใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนให้มีการตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประกาศใช้แล้วในกรณีของประเทศไทยด้วย ก็ย่อมถือเป็นการให้เหตุผลเชิงเปรียบเทียบในลักษณะที่ค่อนข้างผิดฝาผิดตัว

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ไม่อาจนำช่องทางอื่น ๆ ในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ ช่องทางตามมาตรา 212 มาตรา 213 และ มาตรา 231 (1) มาใช้เพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

บทที่ 8

การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ตลอดระยะเวลา 88 ปีนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 นั้น ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 20 ฉบับ¹ ในจำนวนนี้มี 6 ฉบับ มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้² ส่วนที่เหลืออีก 14 ฉบับ ได้มีการกำหนดองค์กรและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ และเคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นผลสำเร็จรวม 23 ฉบับ ลักษณะร่วมกันประการหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยในอดีตจนถึงรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยนั้น มีกระบวนการที่พิเศษ ยิ่งยากกว่ากระบวนการนิติบัญญัติปกติ

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในลักษณะดังกล่าวอธิบายตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ว่า เป็นการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (original constituent power) ได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงกระบวนการไว้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (derived constituent power) และนี่คือ กรอบหรือข้อจำกัดในเชิงกระบวนการที่องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการอย่างถูกต้องครบถ้วน

¹ ข้อมูล ณ 15 กันยายน 2563 นับถึงรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 โดยไม่นับรวมฉบับแก้ไขเพิ่มเติม แต่หากนับรวมฉบับแก้ไขเพิ่มเติม จะมีทั้งสิ้น 43 ฉบับ

² ประกอบด้วย พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549.

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะเริ่มต้นด้วยการวิเคราะห์ปัญหาของบทบัญญัติมาตรา 256 (9) ที่มีได้บัญญัติรองรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างแจ่มชัด จากนั้น จะอธิบายกระบวนการขั้นตอนต่าง ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 โดยเน้นวิเคราะห์ปัญหาในขั้นตอนการตรา คือ พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของพระมหากษัตริย์ซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มิได้ระบุไว้ และส่งท้ายบทด้วยข้อเสนอว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรเข้าควบคุมตรวจสอบเฉพาะในกรณีที่มีความผิดปกติ-บกพร่องในกระบวนการขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น

8.1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ “รูปแบบ” และ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้เกริ่นไปในบทที่แล้วว่า การเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 210 (2) และช่องทางการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในหลายคดีบ่งชี้ว่า ศาลมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมค่อนข้างกว้างขวาง ขึ้นอยู่กับการตั้งประเด็นในคำร้องครอบคลุมได้ทั้งปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาทั้งในเชิงกระบวนการและในเชิงเนื้อหา ตั้งแต่ประเด็นว่า รัฐสภามีอำนาจหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวหรือไม่ กระบวนการใช้อำนาจหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการมาอย่างถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ตลอดจนผลผลิตจากการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐสภา คือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีเนื้อหาเกินกรอบอำนาจของรัฐสภาที่ถูกจำกัดไว้โดยมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่

อย่างไรก็ดี กรณีการเสนอเรื่องตามช่องทางมาตรา 256 (9) ยังไม่มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้เลย อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 256 (9) เองก็มีปัญหาการตีความ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติไว้เพียงคำว่า สมาชิกรัฐสภาสามารถเข้าชื่อกันเสนอประธานรัฐสภาเพื่อให้ส่งความเห็นฯ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข

เพิ่มเติมขัดต่อมาตรา 255 หรือเป็นร่างที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อนตามมาตรา 256 (8) หรือไม่ เพียงเท่านั้น จึงเกิดคำถามตามมาสองประการคือ สมาชิกรัฐสภาจะเสนอประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่อง “กระบวนการ” พิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง คือ ในกรณีที่มีการเสนอประเด็นปัญหาเรื่องกระบวนการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

คำตอบของคำถามแรกขึ้นอยู่กับคำตอบของคำถามที่สอง เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียแล้ว แม้จะมีสมาชิกสภาเข้าชื่อเสนอประเด็นดังกล่าวครบถ้วนตามจำนวน แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มิอาจรับเรื่องไว้วินิจฉัยได้

ในด้านหนึ่ง เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะกรณีร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อมาตรา 255 คือ มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ-รัฐเดี่ยวของไทยหรือไม่ หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งคือ เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อหลักการในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ กับอีกกรณีหนึ่งคือ วินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวต้องนำไปออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ หรือไม่ ด้วยความที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ (enumerated jurisdiction)³ ศาลจะมีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องใด ต้องเป็นกรณีที่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ในเมื่อรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) มิได้บัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เช่นนี้ ย่อมถือว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบ

³ โปรตดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2546) น. 24.

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าจะมีสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อเสนอ ประเด็นข้อโต้แย้งดังกล่าวส่งมายังศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นหนึ่งในองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น (constituted body) อำนาจอศาลรัฐธรรมนูญจะมีมากน้อยแค่ไหนเพียงไร ย่อมขึ้นอยู่กับอำนาจที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมอบให้ผ่านบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจในการตรวจสอบ การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในแง่รูปแบบและกระบวนการ ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ หากแต่มอบอำนาจตรวจสอบเฉพาะเนื้อหาของการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเพียงเท่าที่มีการมอบให้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ อนุมานได้ว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์หรือจุดมุ่งหมายในการ มิให้มีการตรวจสอบ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” โดยศาลรัฐธรรมนูญ หากแต่ปล่อยให้เป็นการควบคุมตรวจสอบกันเองทางการเมืองโดยสมาชิกรัฐสภา ในระหว่างการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภา เหตุผลนี้ยังสอดคล้องกับการตีความ โดยถือหลักการตีความตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ที่มุ่งเน้นให้ตีความตาม ความเข้าใจของผู้ทรงอำนาจในการตรากฎหมายนั้น ๆ ซึ่งสอดคล้องกับหลัก ประชาธิปไตย หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งคือ การตีความรัฐธรรมนูญต้องเคารพ ต่อเจตจำนงของประชาชนที่แสดงออกผ่านการออกเสียงประชามติ การตีความ ขยายออกไปโดยไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรองรับ และ “มิใช่” กรณีที่เป็น ช่องว่างแห่งกฎหมายนั้น ย่อมเป็นการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกไป ไกลเกินกว่าที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มอบให้

ยิ่งไปกว่านั้น หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้มีการตรวจสอบรูปแบบและ กระบวนการด้วย ก็สมควรบัญญัติให้แจ้งชัดในรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีการควบคุม ตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 148 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “...ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ...” และวรรคสาม “มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้น เป็นอันตกไป”

การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 256 (9) ทั้ง ๆ ที่สามารถกระทำได้ ย่อมสะท้อนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนที่ไม่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบกระบวนการดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 พบว่า ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น ฉบับ 29 มกราคม 2559 ซึ่งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ นำไปปรับปรุงความคิดเห็น มีการอ้างอิงให้นำมาตรา 143 ของร่าง ซึ่งเทียบได้กับ มาตรา 148 ให้นำมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย ข้อเท็จจริงนี้หมายความว่า ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้นให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ทั้ง “เนื้อหา” และ “กระบวนการ” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อตัดการอ้างอิงมาตรา 143 (ซึ่งเท่ากับมาตรา 148) ออกไปจากร่างรัฐธรรมนูญที่นำไปออกเสียงประชามติ เป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 เช่นนี้ ย่อมอนุมานได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในอีกด้านหนึ่ง ผู้วิจัย เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรูปแบบและกระบวนการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ประการแรก แม้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะ เฉพาะของตนเองดังได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 6 แต่เมื่อมีการมอบอำนาจแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แก่รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นและ มอบอำนาจดังกล่าวให้ไว้ การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาก็ย่อม ต้องตกอยู่ภายใต้กรอบข้อจำกัดในทางเนื้อหาและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ด้วย ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ความว่า

“องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะ เป็น รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบ อำนาจมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ของ องค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการ

และเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้ **การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กร
ทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้**⁴

การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 256 เท่ากับว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Original constituent power) ได้กำหนดขอบเขตข้อจำกัดของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมา (derived constituent power) ในทางรูปแบบและกระบวนการ (form and procedure) ไว้ เช่นเดียวกับที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา (substance) ไว้ในมาตรา 255 เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการควบคุมตรวจสอบมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญจนละเมิดข้อจำกัดในทางเนื้อหา ดังกล่าวไว้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ แม้มิได้ระบุถึงอำนาจตรวจสอบข้อจำกัดในแง่รูปแบบและกระบวนการไว้โดยตรง แต่ก็อนุมานได้ว่า ในเมื่อมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลลัพธ์ของการใช้อำนาจดังกล่าวสามารถกระทำได้ แล้วเหตุไฉนจะตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาของผลลัพธ์ดังกล่าวมิได้

ดังที่มีสุภาวิชตภูกุหมายว่า “เนื้อหาสาระย่อมสำคัญกว่ารูปแบบ” (substance over form) เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเรื่องที่เป็นแก่น (core) ได้แล้ว เหตุไฉนจะตรวจสอบเรื่องที่เป็นกระพี้ (periphery) ไม่ได้ การพิเคราะห์โดยอาศัยตรรกะ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (a fortiori logic) ย่อมสรุปได้ว่า ศาลมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ เพื่อรักษาขอบเขตข้อจำกัดของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในทางเนื้อหาและกระบวนการไว้ มิให้ถูกละเมิด

ประการที่สอง ตามหลักนิติรัฐ-นิติธรรม ซึ่งครอบคลุมหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐย่อมต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งในแง่เนื้อหาของการใช้

⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 20.

อำนาจ (content) รูปแบบและกระบวนการขั้นตอนในการใช้อำนาจ (form and procedure) และวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ (objective/ end) การจะทำให้มั่นใจได้ว่า การใช้อำนาจดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งสามมิตินั้น จำเป็นต้องมีองค์กรอื่นที่มีความเป็นอิสระเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวด้วย

ในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่แสดงออกในรูปการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติอย่างแจ้งชัดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ “กระบวนการ” แต่ในเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ “เนื้อหา” แล้ว **ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจโดยปริยายที่จะตรวจสอบ “กระบวนการ” เพราะเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นผลผลิตของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ** ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยอธิบายไว้ เพื่อวินิจฉัยคดีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติในคำวินิจฉัยที่ 15/2562 ความว่า

“แม้ว่าผู้ร้องจะมีได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติว่า ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติได้”⁵

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญมุ่งสร้างดุลยภาพในการใช้อำนาจอธิปไตย โดยมอบหมายให้เป็นหน้าที่ของศาลและองค์กรอิสระต่าง ๆ ที่จะดูแลคานการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ดังความตอนหนึ่งในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ว่า

⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2552 วันที่ 4 พฤศจิกายน 2552, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 127 ตอนที่ 13ก วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2553 น. 12; เทียบกรณีศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน โปรคตุร เบรเจ็ด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, น. 242.

“หลักการพื้นฐานสำคัญนี้ได้รับการยืนยันมาโดยตลอดว่า จำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจบิดเบือน หรือ อำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอติปไตยของประชาชน โดยให้ตั้งมั่นอยู่บนหลักการแบ่งแยก การใช้อำนาจอติปไตยอันเป็นอำนาจของปวงชนชาวไทย เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันการเมือง ที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ใน สถานะที่จะตรวจสอบและถ่วงดุลเพื่อตัดทอนและคานอำนาจ ซึ่งกันและกันได้ อย่างเหมาะสม มิใช่แบ่งแยกให้เป็นพื้นที่อิสระ ของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ เพราะหาก ปล่อยให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยปราศจาก การตรวจสอบและถ่วงดุลแล้ว ย่อมเป็นความเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะ ทำให้เกิดความเสียหายและนำพาประเทศชาติให้เกิดเสื่อมโทรมลง เพราะความผิดหลงและมั่วเมา ในอำนาจของผู้ถืออำนาจรัฐ”⁶

โดยที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่สำคัญ ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้ หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน ดังนั้น **เพื่อให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา จึงมีความจำเป็นอยู่เองที่ศาลรัฐธรรมนูญต้อง เข้าควบคุมตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ** เพื่อถ่วงดุลให้ กระบวนการดังกล่าวเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และมีให้มีการใช้กระบวนการ ดังกล่าวเพื่อทำลายดุลยภาพระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ อันจะเป็น การทำลายตัวรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายในท้ายที่สุด

ประการที่สี่ บทบัญญัติมาตรา 256 (9) ที่บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255” นั้น อาจมีความหมายได้สองนัยด้วยกัน กล่าวคือ **นัยแรก** “ร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255” เพราะมีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลง

⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 20.

การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือ
รูปของรัฐ และ**นัยที่สอง** “ร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255” เพราะ
เป็นร่างรัฐธรรมนูญซึ่งผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาที่ขัดต่อหลักการ
การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

หลักประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งเป็นหลักการ
นิรันดร์ที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 255 นั้น ประกอบด้วยหลักการ
ย่อย ๆ หลายประการ ครอบคลุมถึงหลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
และกฎหมายด้วย แม้เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีได้มีผลเป็นการ
เปลี่ยนแปลงหลักประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยตรง
แต่ในเมื่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นในลักษณะที่ขัด
หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอันเป็นผลลัพธ์
ที่เกิดจากกระบวนการนั้นกำลังบั่นทอนความสำคัญของหลักการดังกล่าว
อยู่นั่นเอง

ประการที่ห้า จริงอยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ
คือ ศาลจะมีเขตอำนาจเหนือวัตถุแห่งคดีเท่าที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและ
กฎหมายบัญญัติรับรองไว้เท่านั้น กรณีใดมิได้บัญญัติไว้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มี
อำนาจวินิจฉัย แต่สำหรับกรณีนี้ เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ
มีอำนาจตรวจสอบ**วัตถุแห่งคดี** คือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แล้ว แม้มีได้
บัญญัติอย่างแจ่มชัดว่า มีอำนาจตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
แต่ในเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเหนือวัตถุแห่งคดีดังกล่าว ศาลก็ย่อม
มีอำนาจตรวจสอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องเนื่องสัมพันธ์กันด้วย **การที่ศาลรัฐธรรมนูญ
ตีความบทบัญญัติมาตรา 256 (9) เข้าไปตรวจสอบ “กระบวนการ” ของการ
แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงมิได้ขัดต่อหลักความเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ
แต่อย่างใด**

⁷ ศึกษาเปรียบเทียบตรรกะและเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีใช้อธิบายเพื่อขยายอำนาจเข้าควบคุม
ตรวจสอบ “เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองอำนาจในการ
ตรวจสอบเฉพาะ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในคำวินิจฉัยที่ 1975/87 ลงวันที่
26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1976 โปรดดู บทที่ 5 หน้า 195.

นอกจากนี้ จะถือเป็นกรณีที่แปลกประหลาดมาก หากตีความว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะตรวจสอบได้เฉพาะ “เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ส่วนการตรวจสอบ “กระบวนการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” นั้น ให้อยู่ในอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 194 คือ ศาลยุติธรรม เป็นผู้พิจารณาตรวจสอบ ทั้งนี้ เพราะการตีความในลักษณะดังกล่าวยิ่งจะเป็นการตีความรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อหลักการตีความในเชิงโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ (Structural Interpretation) ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งโดยหลัก หมายถึง “กฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงกรณีหรือตัวบุคคล ซึ่งผ่านการพิจารณาให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา” เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ไม่เฉพาะกรณีและตัวบุคคล อีกทั้งยังผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ก็สมควรที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ด้วย

ประการที่หก ศาลรัฐธรรมนูญเคยเข้าไปควบคุมตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้ว 4 ครั้ง คือ คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 คำวินิจฉัยที่ 1/2557 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 และยังคงวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ว่า กระบวนการพิจารณาและลงมติของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้ดำเนินการมาแล้ว ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยคดีภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 และเป็นคำวินิจฉัยที่กระทำขึ้นโดยการเสนอคำร้องคนละช่องทาง กล่าวคือ ในสามคดีแรก เสนอผ่านมาตรา 68 ว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 ซึ่งเทียบได้กับมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ส่วนในคดีล่าสุด เสนอคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 210 (2) ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย กลายเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว

ประการที่เจ็ด แม้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับเบื้องต้น และร่างรัฐธรรมนูญฉบับออกเสียงประชามติ อาจบ่งชี้ให้อนุมานได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างที่อนุมานได้ดังกล่าว ไม่สามารถยืนยันและสอบทานผ่านการค้นคว้าศึกษารายงาน-บันทึกการประชุมของผู้ร่างได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่อนุมานไว้มีน้ำหนักน้อย

นอกจากนี้ ด้วยความที่ “เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นคนละอย่างกับ “เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ” เจตนารมณ์ของผู้ร่างเป็นเพียงเครื่องมือให้ “ผู้ใช้และผู้ตีความ” ใช้ประกอบการพิจารณาตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากการยึดถือเจตนารมณ์ของผู้ร่างจะส่งผลให้การตีความบทบัญญัติโดยบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับโครงสร้างของรัฐธรรมนูญทั้งระบบและไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ-นิติธรรม แม้ผู้ร่างมีเจตนารมณ์เช่นนั้นจริง แต่ก็มีใช้สิ่งที่ควรยึดถือและตีความตามนั้น ตัวอย่างชัด ๆ ก็คือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 279 ที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหาร ถูกศาลรัฐธรรมนูญละเลยทั้งเจตนารมณ์ของผู้ร่างและมองข้าม “ลายลักษณ์อักษร” ของบทบัญญัติ จึงเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่า ประกาศ คสช. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁸

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อานกฎหมาย 2564), หน้า 454.

⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563 วันที่ 2 ธันวาคม 2563

ประการสุดท้าย เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่เทียบเคียงมาเป็นกรณีศึกษาในงานวิจัยนี้ อันได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้¹⁰ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี¹¹ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹² พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามประเทศมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ทั้งในแง่กระบวนการและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ยังลังเลที่จะเข้าควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม

ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า เมื่อมีการเสนอคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 256 (9) โดยถูกต้อง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

8.2 ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกระบวนการนิติบัญญัติปกติจะคล้ายกัน แต่องค์การผู้มีความอำนาจพิจารณา หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการพิจารณาและดำเนินการในแต่ละขั้นตอนในกรณีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเคร่งครัดเข้มงวดกว่ามาก กล่าวคือ เบื้องต้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยที่ประชุมรัฐสภา อันประกอบด้วย ส.ส. และ ส.ว.¹³ ในขณะที่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจะกระทำโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยลำดับ ทั้งนี้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกได้เป็น 6 ขั้นตอนใหญ่ ๆ ดังนี้¹⁴

¹⁰ South African Constitution, article 79 (3), (4), and (5)

¹¹ Olcay, T., “The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution,” in An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. p.329

¹² Klass Case, 30 BVerfGE 225 (1970); โปรดดู Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (Duke University Press, 2nd edition, 1997) น. 128-129.

¹³ รัฐธรรมนูญ มาตรา 156(15) และมาตรา 256.

¹⁴ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560 กระทำโดยที่ประชุมรัฐสภา ตามมาตรา 132 ในขณะที่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 140 และรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 172 และมาตรา 174 กระทำโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยลำดับ

8.2.1 ขั้นตอนการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

8.2.1.1 รูปแบบในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (1) กำหนดให้การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำในรูป “ญัตติ” ซึ่งหมายถึง ข้อเสนอเพื่อให้มีการลงมติ¹⁵ โดยมาตรา 256 (2) กำหนดต่ออีกว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งต้องแบ่งเป็นมาตรา และมีบันทึกประกอบดังต่อไปนี้¹⁶

- (1) หลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งต้องระบุให้ชัดเจน
- (2) เหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
- (3) บันทึกวิเคราะห์สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเพิ่มเติมหรือการยกเลิกมาตราใดของรัฐธรรมนูญ ต้องระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขหรือยกเลิกไว้ในหลักการหรือจะระบุไว้ในเหตุผลด้วยก็ได้

8.2.1.2 องค์กรหรือบุคคลที่สามารถเสนอญัตติได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (1) กำหนดให้องค์กรหรือบุคคล 4 กลุ่มนี้เท่านั้นที่จะเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้

(1) คณะรัฐมนตรี

การเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภานั้น คณะรัฐมนตรีต้องประชุมร่วมกันและมีมติให้เสนอญัตติดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา

(2) ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า

ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวน ส.ส. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งปกติเท่ากับ 100 คน หรืออาจมีจำนวนน้อยกว่านั้นตามแต่จำนวน ส.ส. เท่าที่มีอยู่ในขณะนั้น ๆ สามารถเข้าชื่อร่วมกันเพื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภาได้ ในการนี้ ส.ส. ดังกล่าวทุกคนต้องลงลายมือชื่อแนบท้ายญัตติด้วย

¹⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542

¹⁶ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 118.

(3) ส.ส. และ ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า

ส.ว. ไม่อาจเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้โดยลำพัง หาก ส.ว. ประสงค์ที่จะเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างน้อยที่สุด ต้องมี ส.ส. หนึ่งคน ร่วมลงชื่อเสนอญัตติด้วย และในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องอาศัย ส.ส. และ ส.ว. เป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวน ส.ส. และ ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งเท่ากับไม่น้อยกว่า 150 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คน ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญมาตรา 269) หรือ 140 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 107) เป็นผู้เสนอญัตติ

(4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 50,000 คน

ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คือ มีสัญชาติไทยโดยกำเนิด หรือมีสัญชาติโดยการแปลงชาติมาแล้ว 5 ปี และมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 95 ย่อมมีสิทธิเข้าชื่อเพื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

อนึ่ง เมื่อได้มีการลงลายมือชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเสนอญัตติดังกล่าวต่อรัฐสภาแล้ว ประธานรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรวจสอบร่าง ถ้าพบข้อบกพร่อง ก็จะต้องแจ้งให้ผู้เสนอญัตติทราบ¹⁷ หากต่อมา มีการแก้ไขเนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอไว้ ก่อนที่ประธานรัฐสภาจะส่งบรรจรร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเข้าสู่ระเบียบวาระการประชุมของรัฐสภา จะต้องจัดให้ผู้เสนอญัตติที่ลงชื่อไว้เดิมทุกคน ทั้งในกรณี ส.ส. ส.ว. หรือแม้แต่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทุกคน ร่วมลงชื่อในการขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นด้วย เว้นแต่เป็นการขอแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยที่ไม่มีผลทำให้หลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือสาระสำคัญแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เปลี่ยนไปจากเดิม¹⁸

¹⁷ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 117.

¹⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 118.

หากมิได้จัดให้การลงชื่อใหม่ ในกรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างฯ ในภายหลังจากที่เสนอญัตติต่อที่ประชุมรัฐสภาแล้ว และมีใช้กรณีแก้ไขเพิ่มเติม เล็ก ๆ น้อย ๆ อันจะเข้าช้อยกเว้นข้างต้น กรณีเช่นนี้ ถือว่า เป็นกระบวนการที่เป็น สาระสำคัญ แม้รัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างดังกล่าวไปแล้ว แต่ในเมื่อร่างฯ ที่สภาเห็นชอบก็มีใช้ร่างฯ เดียวกันกับร่างฯ ที่มีการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของ ที่ประชุมรัฐสภา ย่อมถือว่า การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยตัดสินไว้ในคำวินิจฉัย ที่ 15-18/2556¹⁹

เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประธานรัฐสภาจะเปิดเผยให้ประชาชนทราบและสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียด ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้โดยสะดวก ตามวิธีการที่ประธานรัฐสภา กำหนด²⁰

นับแต่วันที่ได้รับญัตติ หากไม่มีกรณีที่ต้องแก้ไข ประธานรัฐสภา มีหน้าที่บรรจุญัตติว่าด้วยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเข้าระเบียบวาระ การประชุมรัฐสภาภายใน 15 วัน ซึ่งคำว่า “วัน” ในที่นี้ หมายถึงวันในสมัยประชุม เท่านั้น ไม่นับรวมวันนอกสมัยประชุม ในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้เสนอญัตติขอแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะมีขั้นตอนการตรวจสอบเอกสารและความถูกต้องของ การลงชื่อเสนอญัตติเพิ่มขึ้นมา และในกรณีเช่นนี้ กำหนดเวลา 15 วันจะเริ่มนับแต่ วันที่ตรวจสอบเอกสารถูกต้องครบถ้วนแล้ว²¹

8.2.2 ขั้นตอนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของที่ประชุมรัฐสภานั้น เบื้องต้น จะต้องมีการประชุมรัฐสภาไปประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิก รัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จึงจะเป็นองค์ประชุม²² การลงมติใด ๆ ในขณะที่มี

¹⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 22-24.

²⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 115.

²¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 119.

²² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 16 และข้อ 54.

องค์ประชุมไม่ครบ ย่อมทำให้เป็นลงมติที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ²³ ในการนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (2) กำหนดให้ที่ประชุมรัฐสภาดำเนินการพิจารณาเป็น สามารถตามลำดับ ดังนี้

8.2.2.1 วาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการ (the First reading)

ในวาระนี้ ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติว่าจะรับหลักการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาหรือไม่ โดยประธานที่ประชุมจะให้ผู้เสนอญัตติชี้แจงหลักการและเหตุผลของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จากนั้นจะเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาอภิปรายทั้งในเชิงสนับสนุนและคัดค้าน และเปิดโอกาสตัวแทนผู้เสนอญัตติชี้แจงตอบข้อสงสัยของสมาชิก²⁴ ในกรณีที่ประชาชนเป็นผู้เสนอญัตติ ผู้แทนของประชาชนกลุ่มดังกล่าวก็จะเป็นผู้เสนอและชี้แจงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภา²⁵

เมื่อการอภิปรายยุติลงแล้ว ประธานก็จะขอมติจากที่ประชุมว่าจะรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้หรือไม่ ในกรณีที่ที่ประชุมรัฐสภามีมติให้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับรวมกัน รัฐสภาจะลงมติรับหลักการหรือไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละฉบับหรือทั้งหมดรวมกันก็ได้²⁶

อนึ่ง ในบางครั้งมีประเด็นปัญหาเชิงหลักการที่สมควรพิจารณาโดยละเอียดก่อนให้ที่ประชุมรัฐสภาลงมติ เช่นนี้ ที่ประชุมรัฐสภาอาจมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาก่อนรับหลักการก็ได้²⁷

การออกเสียงลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการนั้น รัฐธรรมนูญ

²³ เทียบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551; 3/2551; ที่ 4/2551; ที่ 8/2551; ที่ 16/2551; ที่ 17/2551; ที่ 15/2552 และถึงแม้ผู้ร้องมิได้โต้แย้งประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญก็ยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ โปรดดู คำวินิจฉัยที่ 15/2552 น. 12.

²⁴ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 42.

²⁵ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 116.

²⁶ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 121.

²⁷ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 121 วรรคสาม.

มาตรา 256 (3) กำหนดวิธีการออกเสียงลงคะแนนไว้อย่างชัดเจนว่า “ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย” (roll call vote)

การพิจารณาว่า ที่ประชุมรัฐสภามีมติเห็นชอบในหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดหรือไม่นั้น พิจารณาจากเกณฑ์การลงคะแนนที่มีเงื่อนไข (qualified majority) ทั้งสองข้อต่อไปนี้

(1) มีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา หรือเท่ากับไม่น้อยกว่า 375 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คน ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269) หรือ 350 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107) และ

(2) ในจำนวนคะแนนเสียงเห็นชอบตาม (1) ต้องมี ส.ว. เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หรือเท่ากับ 84 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คน ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269) หรือ 67 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107) หากมีคะแนนเสียงไม่ครบเงื่อนไขทั้งสองประการข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไข (2) แม้ว่าจะมี ส.ส. ลงมติเห็นชอบเป็นเอกฉันท์ถึง 500 คน トラบใดที่ไม่มี ส.ว. ลงมติเห็นชอบด้วยถึงจำนวนหนึ่งในสามหรือ 86 คน ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ย่อมไม่ผ่านการพิจารณาในวาระที่หนึ่ง และผู้ติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมตกไป

ในกรณีที่ที่ประชุมรัฐสภาลงมติรับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมากกว่าหนึ่งฉบับ ที่ประชุมรัฐสภาก็จะลงมติในอีกขั้นหนึ่งว่า จะให้ใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดเป็นหลักในการพิจารณาในวาระที่สอง²⁸ การลงมติในประเด็นนี้ อาศัยเพียงเสียงข้างมากของสมาชิกในที่ประชุม ไม่จำเป็นต้องลงมติให้ได้ตามเงื่อนไข (1) และ (2) ข้างต้น แต่จะใช้วิธีขอฉันทามติ หรือการสอบถามแล้วไม่มีผู้ใดคัดค้าน จึงให้ถือว่า ที่ประชุมเห็นชอบ ไม่ได้²⁹

²⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 121 วรรคสี่.

²⁹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 61.

เมื่อที่ประชุมรัฐสภามีมติในวาระที่หนึ่งรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ก็เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สองต่อไป³⁰ แต่หากที่ประชุมรัฐสภาลงมติไม่รับหลักการ หรือรับหลักการแต่มีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่เป็นไปตามเกณฑ์เงื่อนไขทั้งสองข้อข้างต้น ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวย่อมเป็นอันตกไป³¹

8.2.2.2 วาระที่สอง ชั้นคณะกรรมการและชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา (the Second reading)

การพิจารณาในวาระที่สองแบ่งออกเป็นสองขั้นตอนย่อย ได้แก่ ขั้นตอนการพิจารณาโดยคณะกรรมการและชั้นที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาเรียงลำดับมาตรา

8.2.2.2.1 การพิจารณาในชั้นคณะกรรมการ

เมื่อที่ประชุมรัฐสภาลงมติรับหลักการในวาระที่หนึ่งแล้ว ที่ประชุมรัฐสภาจะมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งจากสมาชิกรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีจำนวนไม่เกิน 45 คน กรรมการที่แต่งตั้งจากสมาชิกของแต่ละสภาจะมีจำนวนตามหรือใกล้เคียงกับอัตราส่วนของจำนวนสมาชิกของแต่ละสภา คือ แต่งตั้งจากโควตา ส.ส. ประมาณ 30 คน และโควตา ส.ว. ประมาณ 15 คน ในส่วนของ ส.ส. นั้น ให้แต่งตั้งตามสัดส่วนจำนวน ส.ส. ของแต่ละพรรคการเมืองที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร³²

เมื่อตั้งคณะกรรมการแล้วเสร็จ ที่ประชุมรัฐสภาก็จะพิจารณากำหนดเวลาแปรญัตติ ซึ่งหมายถึง ระยะเวลาที่สมาชิกรัฐสภาสามารถเสนอขอแก้ไขเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อคณะกรรมการได้ ซึ่งโดยปกติ มีกำหนดเวลา 15 วันนับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภามีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เว้นแต่รัฐสภาจะกำหนดเวลาแปรญัตติไว้เป็นอย่างอื่น³³ อย่างไรก็ดี หากกำหนดระยะเวลาแปรญัตติที่สั้นเกินไป หรือ

³⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 121.

³¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 133.

³² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 123.

³³ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 124 วรรคหนึ่ง.

ให้วันเริ่มนับระยะเวลาแปรญัตติย้อนหลังไปก่อนวันที่รัฐสภามีมติกำหนดจำนวนวันแปรญัตติ เช่นนี้ ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการเสนอคำแปรญัตติของแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญ (the right of amendment) ของสมาชิกรัฐสภา³⁴ จึงเป็นการดำเนินกระบวนการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามนัยแห่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556³⁵

การเสนอคำแปรญัตติเพื่อขอให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ให้เสนอคำแปรญัตติเป็นหนังสือต่อประธานคณะกรรมการภายในเวลาที่กำหนด โดยปกติให้เสนอแปรญัตติเป็นรายมาตรา แต่ก็อาจเสนอแปรญัตติเป็นรายวรรคก็ได้³⁶ แต่ทั้งนี้ การแปรญัตติเพิ่มมาตราขึ้นใหม่ การตัดทอนหรือแก้ไขมาตราเดิม จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งที่ประชุมรัฐสภาได้เห็นชอบไว้ เว้นแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตราที่เกี่ยวข้องเนื่องกับหลักการนั้น³⁷

เมื่อยื่นเสนอคำแปรญัตติไปแล้ว สมาชิกจะถอนคำแปรญัตติเมื่อใดก็ได้ แต่การขอแก้ไขเพิ่มเติมคำแปรญัตติจะกระทำได้เฉพาะภายในกำหนดเวลาแปรญัตติเท่านั้น³⁸

ในการพิจารณาของคณะกรรมการ กรรมการทุกคนมีสิทธิที่จะขอแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมข้อความในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ตลอดเวลาที่พิจารณา ถ้าที่ประชุมคณะกรรมการเห็นชอบด้วยก็จะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมตามนั้น แต่หากกรรมการเสียงข้างมากไม่เห็นด้วย และกรรมการผู้เสนอขอแก้ไข ฯลฯ ยืนยันตามข้อเสนอของตน กรรมการผู้นั้นก็มีสิทธิที่จะขอสงวนความเห็นของตนไว้เพื่อจะได้อภิปรายเกี่ยวกับข้อเสนอนี้

³⁴ Venice commission, Opinions and Reports on Law-making Procedures and the Quality of the Law, adopted at the 126th plenary session (online, 19 - 20 march 2021), Cdl-pi(2021) 003, Strasbourg, 29 march 2021, pp. 20-21, สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2564, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi(2021)003-e).

³⁵ คุรยลละเฮียดในบทที่ 9 หน้า 310.

³⁶ เทียบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 หน้า 18-19.

³⁷ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 124 วรรคสองและวรรคสาม.

³⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 39.

อีกครั้งในที่ประชุมรัฐสภา เพื่อให้ที่ประชุมชี้ขาด³⁹ นอกจากนี้ ในการทำงาน คณะกรรมาธิการอาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมาธิการเพื่อพิจารณาปัญหาใด ๆ เกี่ยวกับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ได้⁴⁰

ในการนี้ คณะกรรมาธิการจะมีหนังสือนัดผู้เสนอคำแปรญัตติมาชี้แจงประกอบคำแปรญัตติล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วัน⁴¹ ถ้าผู้เสนอคำแปรญัตติไม่มาชี้แจงต่อคณะกรรมาธิการตามนัดจนเวลาล่วงเกินกว่าสามสัปดาห์นับแต่เวลาที่ได้เริ่มพิจารณาคำแปรญัตติดังกล่าว ให้คำแปรญัตตินั้นเป็นอันตกไป เว้นแต่คณะกรรมาธิการยังพิจารณาเรื่องนั้นไม่แล้วเสร็จ หรือที่ประชุมคณะกรรมาธิการอนุญาตให้เลื่อนการชี้แจงออกไปก่อน⁴² โดยผู้แปรญัตติมีสิทธิชี้แจงแสดงความคิดเห็นเฉพาะในประเด็นที่ได้เสนอคำแปรญัตติไว้เท่านั้น ในการนี้ ผู้เสนอคำแปรญัตติอาจมอบหมายเป็นหนังสือให้สมาชิกรัฐสภาคนอื่นหรือกรรมาธิการเป็นผู้ชี้แจงแทนก็ได้⁴³ หากคณะกรรมาธิการเห็นด้วยกับคำแปรญัตติก็จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอนั้น หากไม่เห็นด้วยก็จะคงเนื้อหาไว้ตามเดิม ถ้าผู้แปรญัตติไม่เห็นด้วยกับมติดังกล่าวของคณะกรรมาธิการผู้แปรญัตติมีสิทธิที่จะสงวนคำแปรญัตติในเรื่องนั้นไว้เพื่อขอให้ที่ประชุมรัฐสภาวินิจฉัยชี้ขาดได้⁴⁴

ในกรณีที่เป็นการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มาจากการเข้าชื่อเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คณะกรรมาธิการต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนดังกล่าวเข้าแสดงความคิดเห็นต่อที่ประชุมคณะกรรมาธิการด้วย⁴⁵ แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องแต่งตั้งผู้แทนของประชาชนเข้าร่วมเป็นกรรมาธิการดังเช่นกรณีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เข้าชื่อเสนอโดยประชาชน⁴⁶

³⁹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 74.

⁴⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 66 วรรคสี่.

⁴¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 71.

⁴² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 72.

⁴³ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 69.

⁴⁴ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 73.

⁴⁵ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 128 วรรคสอง.

⁴⁶ โปรดดู ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ข้อ 122.

เมื่อคณะกรรมการมาธิการได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วเสร็จ ให้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวพร้อมทั้งรายงานผลการพิจารณาต่อประธานรัฐสภา โดยแสดงร่างเดิมและร่างที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกอบกัน พร้อมทั้งระบุในรายงานว่าได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ถ้ามี แก้ไขเพิ่มเติมในมาตราใดบ้าง ในกรณีที่มีการแปรญัตติ ต้องระบุด้วยว่า คณะกรรมการมาธิการได้มีมติเกี่ยวกับคำแปรญัตตินั้นอย่างไร มีการสงวนคำแปรญัตติของผู้แปรญัตติหรือไม่ และมีการสงวนความเห็นของกรรมการในประเด็นใดหรือไม่⁴⁷ จากนั้นประธานรัฐสภาต้องบรรจุเรื่องเข้าระเบียบวาระการประชุมรัฐสภาภายในเวลา 15 วัน ซึ่งคำว่า “วัน” นี้หมายถึงเฉพาะวันในสมัยประชุม แต่ไม่นับรวมวันนอกสมัยประชุมสภา⁴⁸

8.2.2.2.2 ชั้นที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาเรียงลำดับมาตรา

ในการประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง ที่ประชุมรัฐสภาจะเริ่มพิจารณาจากชื่อร่าง คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ในการนี้ จะเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาอภิปรายได้แต่เฉพาะถ้อยคำหรือข้อความที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น หากมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นคณะกรรมการมาธิการจะมีการอภิปรายมิได้ ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติเป็นอย่างอื่น นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้แปรญัตติสงวนคำแปรญัตติไว้ หรือกรรมการได้สงวนความเห็นไว้ ไม่ว่าจะมีการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความโดยคณะกรรมการหรือไม่ ผู้แปรญัตติหรือกรรมการย่อมมีสิทธิแสดงความเห็นในประเด็นที่มีการสงวนคำแปรญัตติหรือสงวนความเห็นไว้⁴⁹

หากเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (4) กำหนดเป็นบทบังคับไว้ว่า ต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนประชาชนที่เข้าชื่อเสนอร่างดังกล่าว ได้แสดงความคิดเห็นต่อที่ประชุมรัฐสภาด้วย โดยให้แสดงความคิดเห็นได้เฉพาะถ้อยคำหรือข้อความที่

⁴⁷ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 125.

⁴⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 126

⁴⁹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 127.

คณะกรรมการมีการแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติเป็นอย่างอื่น⁵⁰

การออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง ชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา⁵¹ รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (4) ให้ถือเสียงข้างมากของสมาชิกรัฐสภาเป็นประมาณ⁵¹ แต่มีได้กำหนดว่า “ต้องใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย” ดังนั้น จึงอาจมีการลงคะแนนโดยใช้เครื่องออกเสียงลงคะแนน หรือจะใช้วิธีเรียกชื่อสมาชิกเรียงตามลำดับอักษรก็ได้⁵² แต่ทั้งนี้ สำหรับกรณีปัญหาว่า การลงคะแนนโดยลับจะกระทำได้หรือไม่นั้น เมื่อพิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญที่ต้องการให้กระบวนการออกเสียงลงคะแนนในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นไปด้วยความยุติธรรม โปร่งใส และตรวจสอบได้แล้ว⁵³ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่อาจลงคะแนนโดยวิธีลับได้⁵⁴

อนึ่ง แม้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (4) จะกำหนดให้ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง ด้วยการออกเสียงลงคะแนนเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ เรียงตามลำดับมาตราก็ตาม แต่หากรัฐสภาเห็นว่า การพิจารณาลงคะแนนเป็นรายวรรคในมาตราที่มีหลายวรรค โดยที่มีได้ข้ามมาตราใดไป เช่นนี้ “ย่อมเกิดผลดีต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าวให้เป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น ทำให้เนื้อหาของร่างและของมาตราดังกล่าวมีความเชื่อมโยงและไม่ขัดแย้งกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการพิจารณามาตราที่มีเนื้อหาหลายวรรค” จึงมิใช่การออกเสียงลงคะแนนโดยวิธีการที่ขัดหรือแย้งต่อ

⁵⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 128.

⁵¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 129.

⁵² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 56.

⁵³ Venice commission, Report on Constitutional Amendment, adopted at the 81st plenary session (Venice, 11-12 December 2009); CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010, p. 26, สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2563, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e)

⁵⁴ โปรดดู ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 57.

ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาหรือรัฐธรรมนูญ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวางหลักไว้ในคำวินิจฉัยที่ 1/2557⁵⁵

นอกจากนี้ เมื่อได้ดำเนินการพิจารณาและลงมติเรียงลำดับมาตราจนจบร่างแล้ว ที่ประชุมรัฐสภาจะพิจารณาทั้งร่างเป็นการสรุปอีกครั้งหนึ่งในการนี้ สมาชิกรัฐสภาอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำได้ แต่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อความมิได้ นอกจากเป็นเนื้อความที่เห็นว่ายังขัดแย้งกันอยู่⁵⁶

8.2.2.2.3 คณะกรรมาธิการเต็มสภา มีอำนาจมาใช้ได้

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎร⁵⁷ หรือของวุฒิสภา⁵⁸ หรือการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของที่ประชุมรัฐสภา⁵⁹ การพิจารณาในวาระที่สอง อาจกระทำได้โดยการมีมติให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ที่ประชุมวุฒิสภา หรือที่ประชุมรัฐสภา แล้วแต่กรณี ทำหน้าที่คณะกรรมาธิการเต็มสภา (Committee of the Whole) เช่นนี้แล้ว ย่อมถือว่า ส.ส., ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. แล้วแต่กรณี ทุกคนในที่ประชุมแห่งนั้น ประกอบกันเป็นคณะกรรมาธิการ และมีประธานแห่งสภาดังกล่าวมีฐานะเป็นประธานคณะกรรมาธิการด้วย ในทางปฏิบัติ กลไกคณะกรรมาธิการเต็มสภานี้ จะใช้เมื่อร่างกฎหมายที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นไม่มีความสลับซับซ้อน และมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องพิจารณาร่างกฎหมายโดยเร็ว⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิได้มีบทบัญญัติใด ๆ ระบุให้สามารถนำกลไกคณะกรรมาธิการเต็มสภามาใช้กับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ปัญหาที่ตามมาก็คือ รัฐสภาจะมีมติให้ใช้กลไกนี้แทนการพิจารณาในวาระที่สอง ขึ้นคณะกรรมาธิการได้หรือไม่

⁵⁵ คำวินิจฉัยที่ 1/2557 หน้า 18-19.

⁵⁶ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 130.

⁵⁷ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ข้อ 120 และข้อ 130.

⁵⁸ ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562 ข้อ 123 และข้อ 128.

⁵⁹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 89 วรรคสอง และข้อ 95.

⁶⁰ ความรู้เรื่องคณะกรรมาธิการ, สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2564, https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/committee/committee_knowledge.pdf

ในด้านหนึ่ง เห็นว่า รัฐสภาสามารถลงมติให้ที่ประชุมรัฐสภาทำหน้าที่ คณะกรรมาธิการเต็มสภาได้ เพราะเหตุที่มีได้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตราหนึ่ง มาตราใดห้ามไว้ และกลไกนี้ก็เป็นกลไกในการทำงานของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา เมื่อมีเหตุผลและความจำเป็น ที่ประชุมรัฐสภาย่อมลงมติดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นเรื่องวงงานภายในของรัฐสภาที่รัฐสภามีอำนาจวินิจฉัยได้เอง

อย่างไรก็ดี ในอีกด้านหนึ่ง กลับเห็นว่า ไม่สามารถนำกลไกนี้มาใช้ แทนกลไกคณะกรรมาธิการปกติได้ เนื่องจาก

ประการแรก ข้อบังคับการประชุมรัฐสภามีได้บัญญัติรองรับกลไก คณะกรรมาธิการเต็มสภา สำหรับการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่ หากประสงค์เช่นนั้น ที่ประชุมรัฐสภาย่อมสามารถบัญญัติกลไกดังกล่าวไว้ใน ข้อบังคับได้เช่นกรณีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง แม้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นที่ไม่ซับซ้อน แต่การพิจารณาโดยคณะกรรมาธิการเต็มสภานั้น โดยสภาพแล้ว อาจมิได้มีเวลาเพียงพอที่จะพิจารณาเนื้อหาสาระของร่างโดยละเอียดรอบคอบ ในขณะที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องสำคัญยิ่งยวด จำเป็นต้องอาศัย การพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบ

ประการที่สาม การเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภามีเวลาในการพิจารณา จัดทำและเสนอคำแปรญัตติเป็นหนังสือต่อคณะกรรมาธิการนั้น เป็นสิ่งสำคัญยิ่ง การใช้กลไกคณะกรรมาธิการเต็มสภา แม้สมาชิกทุกคนในที่ประชุมสามารถอภิปราย และเสนอความเห็นได้ แต่โดยสภาพแล้ว เทียบไม่ได้กับโอกาสที่สมาชิกจะพิจารณา ไตร่ตรองและเสนอความเห็นผ่านคำแปรญัตติเป็นหนังสือ ซึ่งจะรอบคอบ รัดกุมกว่า

ประการที่สี่ ในชั้นคณะกรรมาธิการ ปกติจะกำหนดระยะเวลา แปรญัตติ 15 วัน ซึ่งสมาชิกรัฐสภาไม่ว่าจะอยู่หรือไม่อยู่ในวันประชุมดังกล่าว ย่อมมีเวลา 15 วันในการเสนอคำแปรญัตติ แต่ในกรณีที่ใช้กลไกคณะกรรมาธิการ เต็มสภานั้น เฉพาะสมาชิกรัฐสภาที่อยู่ในที่ประชุมรัฐสภาเท่านั้นที่ถือว่ากำลังทำ หน้าที่เป็นกรรมาธิการ และสามารถเสนอความเห็นขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญ

แก้ไขเพิ่มเติมได้ในระหว่างการประชุม เช่นนี้ ย่อมเห็นได้ว่า กลไกคณะกรรมการการ
เต็มสภา มีลักษณะเป็นการจำกัดหรือปิดกั้นโอกาสของสมาชิกรัฐสภาที่ไม่ได้
เข้าร่วมในการประชุมครั้งนั้น มิให้มีโอกาสเสนอคำแปรญัตติ จึงเท่ากับเป็นการ
ลิดรอนประสิทธิภาพของการมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ
สมาชิกรัฐสภา และเป็นการจำกัดสิทธิในการแก้ไขเพิ่มเติมร่างของสมาชิกรัฐสภา
โดยนัยนี้ จึงเห็นว่า ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการกำหนดให้มีสมาชิกรัฐสภา
มีส่วนร่วมในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญ
เคยให้การคุ้มครองไว้ในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556⁶¹

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ไม่อาจนำกลไกคณะกรรมการเต็ม
สภามาใช้แทนกลไกคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

8.2.2.2.4 การทอระยะเวลา 15 วันก่อนนำเข้าสู่การพิจารณา ในวาระที่สาม

เมื่อได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองเสร็จสิ้น
ลงแล้ว รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (5) กำหนดให้รอไว้ 15 วัน เมื่อพ้นกำหนดเวลา
นี้แล้ว ให้รัฐสภาพิจารณาเป็นวาระที่สามต่อไป มาตรานี้เป็นบทบังคับมิให้รัฐสภา
พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไปในวาระที่สามในทันที หรือจะเว้น
ช่วงเวลาให้น้อยกว่า 15 วัน ก็ได้ แต่ทั้งนี้ สำหรับปัญหาว่า รัฐสภาจะทอเวลา
ออกไปนานกว่า 15 วัน เช่น 20 หรือ 30 วัน ได้หรือไม่

ในด้านหนึ่ง เห็นว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (5) กำหนด
ให้รอไว้ 15 วัน จากนั้น ให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป เช่นนี้ เมื่อครบ
กำหนด 15 วันแล้ว รัฐสภาต้องพิจารณาวาระที่สามต่อไปในทันที จะทอระยะเวลา
ออกไปอีกไม่ได้เลยแม้แต่น้อย เพราะรัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นบทบังคับไว้

อย่างไรก็ดี *อีกด้านหนึ่ง* กลับเห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวเป็นเพียง
บทเร่งรัด กล่าวคือ เมื่อพิเคราะห์เจตนารมณ์ของการกำหนดให้มีการทอเวลา
15 วันดังกล่าว คือ เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาโดยเฉพาะฝ่ายข้างมากได้ไตร่ตรองถึง

⁶¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131
ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 24-26.

ข้อดีข้อเสียและผลกระทบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรอบคอบอีกครั้ง เมื่อผ่านช่วงเวลาที่ผ่านมาไปด้วยอารมณ์แห่งการเอาชนะคะคานทางการเมืองแล้ว และเพื่อให้เวลาแก่สาธารณชนได้อภิปรายถกเถียงเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนตกผลึก⁶² ก่อนจะลงมติในขั้นสุดท้ายเพื่อให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ เช่นนี้แล้ว เห็นว่า รัฐสภาอาจยกร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นพิจารณาในวาระที่สาม เมื่อพ้นกำหนดเวลา 15 วันแล้ว วันใดก็ได้ แต่ต้องมีได้ล่าช้า จนเกินไป โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ถึงขนาดที่เห็นได้ว่าเป็นการจงใจประวิงเวลา เพื่อฉกฉวยผลประโยชน์ทางการเมือง ซึ่งอาจเข้าข่ายมีพฤติการณ์จงใจไม่ปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

8.2.2.3 วาระที่สาม ขั้นสุดท้าย (the Third reading)

การพิจารณาในวาระที่สาม ขั้นสุดท้าย จะไม่มีการอภิปรายแต่จะเข้าสู่กระบวนการลงมติเลย⁶³ ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (6) กำหนดให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย ดังเช่นที่ต้องกระทำในวาระที่หนึ่ง โดยต้องผ่านเกณฑ์เงื่อนไขการลงคะแนน (qualified majority) ทั้งสามข้อดังต่อไปนี้ จึงจะถือว่า รัฐสภาเห็นชอบในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ

(1) มีคะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิก รัฐสภาเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา หรือเท่ากับไม่น้อยกว่า 376 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คนตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269) หรือ 351 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107)

(2) ในจำนวนคะแนนเสียงเห็นชอบตาม (1) ต้องมี ส.ส. ที่สังกัดพรรคการเมืองที่สมาชิกพรรคมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า ร้อยละ 20 ของจำนวน ส.ส. ของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า พรรคการเมืองที่มีลักษณะข้างต้นอาจมิใช่พรรคการเมืองฝ่ายค้านเสียทั้งหมด และอาจเป็นพรรคการเมืองที่สนับสนุน

⁶² เทียบ Venice commission, Report on Constitutional Amendment, p. 19.

⁶³ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 132.

ฝ่ายรัฐบาลก็ได้ เช่น พรรคขนาดเล็กที่มีจำนวน ส.ส. ไม่มากพอที่จะได้รับการจัดสรร
โควตาเก้าอี้รัฐมนตรีหรือตำแหน่งประธานหรือรองประธานสภา เช่น พรรคที่มี
ส.ส. เพียงหนึ่งคนที่มีจำนวน 12 พรรค ในสภาผู้แทนราษฎรชุดที่ 25 จากการ
เลือกตั้งเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2562

(3) ในจำนวนคะแนนเสียงเห็นชอบตาม (1) ต้องมี ส.ว. เห็นชอบ
ด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หรือ
เท่ากับ 84 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คนตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269)
หรือ 67 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107)

หากการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกวุฒิสภาในวาระที่สาม
เป็นไปตามเกณฑ์เงื่อนไขทั้งสามประการนี้แล้ว ย่อมถือว่า รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบ
ในการที่จะให้ประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นรัฐธรรมนูญ
ต่อไป แต่หากที่ประชุมรัฐสภาลงมติไม่เห็นชอบ หรือเห็นชอบแต่มีคะแนนเสียง
เห็นชอบไม่ครบถ้วนตามเกณฑ์เงื่อนไขทั้งสามข้อข้างต้น ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมดังกล่าวย่อมเป็นอันตกไป⁶⁴

8.2.3 ขั้นตอนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัย ว่าต้องทำประชามติหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว
รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (7) กำหนดให้รอไว้ 15 วัน ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย
เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ในระหว่างนี้ หากมีสมาชิกวุฒิสภา
ตามจำนวนต่อไปนี้ เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธาน
สภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา แล้วแต่กรณี ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
ขัดต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 คือ หลักความเป็นรัฐเดี่ยว
หลักประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องจัดให้มีการประชามติเสียก่อน ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่อง
ดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

⁶⁴ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 133.

(1) ส.ส. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ส. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 50 คน

(2) ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 25 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คน ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269) หรือ 20 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107)

(3) ส.ส. และ ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวน ส.ส. และ ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับ 75 คน (กรณีที่มี ส.ว. 250 คน ตามบทเฉพาะกาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 269) หรือ 70 คน (กรณีที่มี ส.ว. 200 คน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107)

ในการนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

8.2.4 ขั้นตอนการออกเสียงประชามติ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) กำหนดว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาดังต่อไปนี้ ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงจะดำเนินการทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยได้

- (1) บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป
- (2) บทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์
- (3) บทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- (4) เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ
- (5) เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ
- (6) เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์โดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 10 การวินิจฉัย
เรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ

8.2.5 ขั้นตอนการตรา - การลงพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาใน
วาระที่สามแล้ว หรือเมื่อปรากฏว่า ผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับ
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แล้วแต่กรณี และรอไว้ 15 วันแล้ว นายกรัฐมนตรี
ก็จะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์
เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว
“ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ก็จะกลายเป็น “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช”⁶⁵

อนึ่ง ในขั้นตอนการตราหรือการลงพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์นั้น
มีประเด็นที่น่าพิจารณาโดยละเอียดอยู่อีกพอสมควร จึงขอแยกออกไปอธิบายไว้
ในหัวข้อที่ 3 ต่อไป

8.2.6 ขั้นตอนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมแล้ว นายกรัฐมนตรีก็จะลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และ
นำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้มีผลบังคับใช้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย
สูงสุดของแผ่นดินสืบไป

8.3 พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในขั้นตอนการตรารัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติม

8.3.1 การลงพระปรมาภิไธยเป็นเงื่อนไขทางแบบพิธีของรัฐธรรมนูญไทย

การลงนามโดยประมุขของรัฐ (Head of State) ในร่างกฎหมายและ
ร่างรัฐธรรมนูญเป็นแบบพิธีที่เกี่ยวข้องกับการมีผลใช้บังคับของกฎหมาย ทั้งใน
ประเทศที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุข และประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

⁶⁵ A. W. Bradley and others, Constitutional and Administrative Law, (Harlow: Pearson, 16th ed.,
2015) p. 19.

นี่คือหลักสากลทั่วไปที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ⁶⁶ และประเทศไทยก็ยึดถือหลักการนี้มาโดยตลอด รัฐธรรมนูญไทยนับแต่ฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ไม่เว้นแม้แต่ธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่จัดทำขึ้นโดยคณะรัฐประหารก็จะมี การนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญทุกครั้ง⁶⁷ ดังนั้น การลงพระปรมาภิไธยจึงเป็นเงื่อนไขทางแบบพิธีของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของไทย เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมาย⁶⁸

ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่า การลงพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ในรัฐธรรมนูญเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในคำวินิจฉัยที่ 7/2559 ความว่า

“นับแต่ที่ประเทศไทยได้สถาปนาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขขึ้นในปีพุทธศักราช 2475 มาจนถึงปัจจุบันเป็นเวลา 84 ปีเศษแล้ว ไม่ปรากฏว่า มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครั้งใดที่สำเร็จสมบูรณ์ ได้โดยปราศจากความยินยอมของพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับล้วนแต่ตราขึ้นและมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วทั้งสิ้น トラบใดที่พระมหากษัตริย์ยังมิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ยังคงเป็นเพียงร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น หาได้สมบูรณ์เป็นรัฐธรรมนูญแห่ง

⁶⁶ Venice Commission, Report on Constitutional Amendment, para. 181.

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ), สำนักข่าวอิศรา, 16 มีนาคม 2564, สืบค้นเมื่อ 15 เมษายน 2564, <https://www.isranews.org/article/isranews-article/96835-open00-25.html>

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (วิญญูชน, 2537) น. 205.

ราชอาณาจักรไทยไม่ ความข้อนี้จึงเป็นประเพณีการปกครอง
ประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
ทรงเป็นประมุขประการหนึ่ง”⁶⁹

8.3.2 พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของ พระมหากษัตริย์

ในทำนองเดียวกัน อำนาจยับยั้งร่างกฎหมายของประมุขของรัฐก็เป็น
หนึ่งในอำนาจที่ประมุขของรัฐทั้งแบบประธานาธิบดีและพระมหากษัตริย์ต่างก็
มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้น⁷⁰ รวมทั้งรัฐธรรมนูญของไทย
แทบทุกฉบับ⁷¹ ส่วนคำถามว่า ประมุขของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระมหากษัตริย์
ซึ่งทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย จะทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าว
หรือไม่ เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

ปัญหาที่น่าขบคิดก็คือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (7) บัญญัติให้นำความใน
มาตรา 81 ที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
หรือร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย
เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มาใช้กับกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยอนุโลม
หากแต่ไม่ได้กำหนดให้นำมาตรา 146 ซึ่งว่าด้วยพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย
แบบไม่เด็ดขาด (suspensive veto power) และอำนาจของรัฐสภาในการที่จะ
ยืนยันร่างกฎหมายกลับไปด้วยมติไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา
(Overriding power) และให้นำร่างกฎหมายทูลเกล้าฯ ถวายขึ้นไปอีกครั้ง หากมิได้

⁶⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก
วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 66-67.

⁷⁰ Anne Twomey, *The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, (CUP, 2020) pp. 616-618. และ Elliot Bulmer, *Presidential Veto Power*, (Stockholm: International Idea, 2017) pp. 3-6.

⁷¹ แม้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรองรับพระราชอำนาจดังกล่าวไว้ เช่น ธรรมนูญการปกครอง
ราชอาณาจักร 2520 แต่ก็ถือว่า พระราชอำนาจยับยั้งพระราชบัญญัติที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรง
ลงพระปรมาภิไธยนั้น เป็น ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น
ประมุข; วิษณุ เครืองาม และบรรดักดี อุวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520,
(กรุงเทพฯ: นานีอักษรการพิมพ์, 2520) น. 64.

ทรงลงพระปรมาภิไธยภายใน 30 วัน ก็ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างกฎหมายดังกล่าวประกาศราชกิจจานุเบกษาเสมอหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วได้

คำถามที่ตามมาก็คือ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้นั้น สามารถตีความได้เป็นสามแนวทาง กล่าวคือ

8.3.2.1 แนวทางแรก พระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

แนวทางนี้พิเคราะห์ว่า ประมุขของรัฐหรือพระมหากษัตริย์เป็นหนึ่งในบรรดาองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ เช่นเดียวกับรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ อำนาจของพระมหากษัตริย์จึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญหรือเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (constituted power) เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือให้ประชาชนโดยการออกเสียงประชามติเป็นองค์กรผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แล้วแต่กรณี และมีได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ เช่นนี้ ย่อมถือว่าพระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ไม่ว่าจะร่างฯ ที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาโดยลำพัง หรือร่างฯ ที่ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน

การตีความเช่นนี้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ไม่ว่าจะทฤษฎีอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน หรือทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติซึ่งก็หมายถึงประชาชนทั้งหมด และประชาชนได้แสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยดังกล่าวโดยการเลือกผู้แทนเพื่อไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน เมื่อผู้แทนประชาชนคือรัฐสภาพิจารณาเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วประการหนึ่ง หรืออีกประการหนึ่ง เป็นกรณีที่ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแสดงเจตจำนงด้วยตนเองผ่านการออกเสียงประชามติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ

แก้ไขเพิ่มเติมแล้ว เช่นนี้ ย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนดังกล่าวเป็นสิ่งที่
สูงสุด องค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น รวมทั้ง พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุข
ของรัฐก็ต้องเคารพต่อเจตจำนงดังกล่าวด้วย

ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการทูลเกล้าฯ ถวายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
ที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วตามมาตรา 256 (6) หรือร่างฯ ที่ผ่านการ
ออกเสียงลงประชามติเห็นชอบแล้วตามมาตรา 256 (8) พระมหากษัตริย์ต้อง
ลงพระปรมาภิไธยตามแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น พระมหากษัตริย์
ไม่อาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้

8.3.2.2 แนวทางที่สอง พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจ ยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

แนวทางนี้อธิบายว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้ง
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

8.3.2.2.1 พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญของไทย

รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 39/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม
โดยรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรากฐานที่มาของ
รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 บัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนา
รัฐธรรมนูญแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เนื่องจาก ทรงมีพระราชอำนาจตั้งข้อสังเกต
เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการออกเสียงประชามติ
ของประชาชนแล้ว และให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไปดำเนินการแก้ไข
ร่างรัฐธรรมนูญตามข้อสังเกตนั้น และพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแบบ
เด็ดขาด (absolute veto power) กล่าวคือ

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติ และนายกรัฐมนตรี
นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงมี
พระราชอำนาจที่จะพระราชทานข้อสังเกตเพื่อให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ
ไปแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นที่พระราชทานข้อสังเกตลงมา และประเด็นอื่น ๆ ที่
เกี่ยวข้อง จากนั้นให้นายกรัฐมนตรีนำร่างฯ ที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ อีกครั้ง

ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้พระราชทานคืนมา หากพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ก็ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญใหม่ต่อไป แต่หากไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมและนำขึ้นทูลเกล้าฯ ขึ้นไปใหม่และพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้น 90 วันแล้ว มิได้ทรงพระราชทานร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่ลงมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นอันตกไป

บทบัญญัตินี้สะท้อนว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 แบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เหนือกว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกันอีกฝ่าย คือ ประชาชน (หากยึดถือทฤษฎีที่ยอมรับให้มีผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกันได้)

นอกจากนี้ เมื่อแรกเริ่มประเพณีการปกครอง พระมหากษัตริย์ทรงตราและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475⁷² แม้มีการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง แต่ทุกครั้ง “ก็จะต้องขอให้พระมหากษัตริย์ทรงตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับตลอดมา แม้การยึดอำนาจครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557” ก็เป็นเช่นเดียวกัน⁷³ ดังนั้น “ข้อเท็จจริงที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมาโดยไม่ขาดสายนี้ ย่อมยืนยันว่า พระราชอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระมหากษัตริย์”⁷⁴ ดังนั้น การเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์นั้น

⁷² ปัญญา อุคชาชน, ความเห็นส่วนบุคคลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 93, ซึ่งเป็นไปตามคำอธิบายของบรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ ที่ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และรัชกาลที่ 7 ทรงเติมคำว่า “ชั่วคราว” ไว้ท้ายชื่อพระราชบัญญัติ เป็นการที่ ทรงใช้อำนาจสูงสุดในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เดิมมาจำกัดอำนาจพระองค์เองให้อยู่ใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ จึงเท่ากับทรงใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ; โปรตดู บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, น. 242-243.

⁷³ โปรตดู บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ, “บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ”.

⁷⁴ ปัญญา อุคชาชน, ความเห็นส่วนบุคคลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, น. 93-94.

ย่อมถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข⁷⁵

เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นหนึ่งในผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (original constituent power) ที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ขึ้น พระมหากษัตริย์ก็ย่อมเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (derived constituent power) โดยปริยาย ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 จะมีได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์ก็ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอยู่แล้วในตำแหน่งของพระองค์เอง (inherent power) การบัญญัติหรือไม่บัญญัติไว้ หาใช่เงื่อนไขสำคัญแห่งมีการอยู่ของอำนาจดังกล่าวไม่

8.3.2.2.2 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อศึกษารัฐธรรมนูญไทยฉบับต่าง ๆ ในอดีต พบว่า สามารถจำแนกบทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ออกได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาดในการยับยั้ง “ร่างรัฐธรรมนูญ” (absolute veto power) กล่าวคือ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานร่างรัฐธรรมนูญคืนมา หรือมิได้ทรงพระราชทานคืนมาภายใน 90 วัน นับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำร่างฯ ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมตกไป

⁷⁵ เป็นความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 ท่านในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2559 วันที่ 26 ตุลาคม 2559, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 22ก วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 น. 63; ความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตนของปัญหา อุดชาชน น. 93-95; วรวิทย์ กังคศิเทียม น. 101; และอุดมศักดิ์ นิตมนตรีน. 105; นอกจากนี้ ยังมีนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ เห็นว่า พระราชอำนาจในการแก้ไขอย่างค้ำในคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญเป็นประเพณีการปกครองของไทย โปรดดู ความเห็นของนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ น. 84.

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในลักษณะนี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491 มาตรา 95 อัญญา รัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) 2539 มาตรา 211 ปันรศ วรคส์ และมาตรา 211 สัตตรส รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 มาตรา 37 วรคส์แปด และ รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 39/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย รัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560

กลุ่มที่สอง รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้ง “ร่างรัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบัญญัติเพียงแค่ว่า เมื่อร่างรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบจากองค์กรผู้มีอำนาจจัดทำ ยกร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งอาจจะเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว ให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยก็ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับได้ โดยมีได้ระบุว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในลักษณะนี้ คือ รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ได้แก่ รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) 2549 มาตรา 31 และมาตรา 32 ธรรมนูญ การปกครองฯ 2520 มาตรา 10 วรคส์ ธรรมนูญการปกครองฯ 2515 มาตรา 10 วรคส์ห้า ธรรมนูญการปกครองฯ 2502 มาตรา 10 วรคส์หนึ่ง

กลุ่มที่สาม พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้ง “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” แบบไม่เด็ดขาด (suspensive veto power) และรัฐสภาก็มีอำนาจที่จะยืนยันร่างฯ กลับ (overring power) กล่าวคือ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมคืนมา หรือมิได้พระราชทานคืนมาภายใน 90 วัน นับแต่วันที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย รัฐสภาต้องปรึกษาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ก็ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้ง หากพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย

คืนมาภายใน 30 วัน ก็ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว
ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลง
พระปรมาภิไธยแล้ว

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกันนี้ ซึ่งอาจแตกต่างกัน
ในประเด็นระยะเวลาที่มีได้พระราชทานคืนมาภายในกำหนด หรือจำนวน
คะแนนเสียงยืนยันของรัฐสภา ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มาตรา 291 (7)
ประกอบมาตรา 151, รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 มาตรา 313 (7) ประกอบมาตรา 94,
รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) 2538 มาตรา 211 (7)
ประกอบมาตรา 94, รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 มาตรา 211 (7) ประกอบมาตรา 89,
รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2521 มาตรา 194 (7) ประกอบมาตรา 78, รัฐธรรมนูญ
ฉบับปี 2517 มาตรา 228 (7) ประกอบมาตรา 99, รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2511
มาตรา 169 (7) ประกอบมาตรา 75, รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2475 แก้ไขเพิ่มเติม
ปี 2495 มาตรา 111 (7) ประกอบมาตรา 72, รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2492
มาตรา 173 (7) ประกอบมาตรา 77, รัฐธรรมนูญ 2475 มาตรา 63 วรรคสอง
ประกอบมาตรา 39

กลุ่มที่สี่ รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงพระราชอำนาจยับยั้ง
“ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” (veto power) ไว้ กล่าวคือ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำ
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลง
พระปรมาภิไธยแล้ว ก็ให้นำลงประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา

รัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเช่นนี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560
มาตรา 256 (7) ประกอบมาตรา 81 ซึ่งกำหนดให้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ
ถวาย แต่มิได้อ้างถึงมาตรา 146 ที่บัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจยับยั้ง
ร่างกฎหมาย เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2489 มาตรา 85 (7) ที่มีได้อ้างอิงถึง
มาตรา 21 ในประเด็นนี้ กาลุจนารัตน์ สิริโรจน์ อธิบายว่า แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติ
รองรับพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ เช่น รัฐธรรมนูญ
ฉบับปี 2489 แต่ก็เห็นว่า ทรงมีพระราชอำนาจดังกล่าว เนื่องจาก “แม้แต่กฎหมาย

ธรรมดาพระมหากษัตริย์ยังทรงยับยั้งได้ รัฐธรรมนูญซึ่งมีความสำคัญมากกว่า ก็ยิ่งสมควรที่จะมีอำนาจยับยั้งได้”⁷⁶

เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญ (ที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับอย่าง) ถาวรส่วนใหญ่ ได้บัญญัติรองรับ พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของพระมหากษัตริย์ เอาไว้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้ง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ยิ่งไปกว่านั้น บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายต่อไปอีกว่า พระราชอำนาจ ที่จะทรงลงพระปรมาภิไธยหรือไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญ เป็นพระราชอำนาจเด็ดขาดตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หากไม่มีบทบัญญัติขัดแย้งในรัฐธรรมนูญ กำหนดเป็นอย่างอื่น ก็ต้องถือตามประเพณีการปกครองนี้ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติ มาตรา 5 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560⁷⁷

8.3.2.2.3 ความเป็นมาของร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจ ยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และอำนาจยืนยันร่างของรัฐสภา ประกอบ การตีความมาตรา 147

เมื่อศึกษาถึงร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้นที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เผยแพร่ต่อสาธารณะเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2559 พบว่า มาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ปรากฏในมาตรา 253 ของร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น มกราคม 2558 ซึ่งนอกจากเลขมาตราแล้ว ความส่วนอื่น ๆ เหมือนกันแทบทุกตัวอักษร ยกเว้น สองประเด็นต่อไปนี้

⁷⁶ กาญจนรัตน์ สิริโรจน์, การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2544) น. 50; อย่างไรก็ดี หยุต แสงอุทัย อธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ 2489 ไว้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ถ้ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ในเรื่องใดไว้ เช่นนี้ ย่อมไม่มีพระราชอำนาจดังกล่าว ดังความว่า “หากมีกรณีที่มีข้อสงสัยหรือไม่สามารถ หยั่งทราบได้จากรัฐธรรมนูญว่า อำนาจที่จะใช้นั้นเป็นของพระมหากษัตริย์ หรือรัฐสภา ให้ถือว่าเป็นอำนาจ ของรัฐสภา ไม่ใช่อำนาจของพระมหากษัตริย์”; หยุต แสงอุทัย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานประธานนิติ, 2489) หน้า 25-27.

⁷⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ”.

ร่างรัฐธรรมนูญ มกราคม ฉบับปี 2559	รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560
<p>มาตรา 253 ภายใต้บังคับมาตรา 252 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้</p>	<p>มาตรา 256 ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้</p>
<p>(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขึ้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา และในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองทุกพรรคการเมืองที่มีสมาชิกอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าสิบคน เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละพรรคการเมืองดังกล่าว และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองทุกพรรคการเมืองที่มีสมาชิกอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรน้อยกว่าพรรคการเมืองละสิบคน ถ้ารวมกันทุกพรรคการเมืองแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ต้องเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของทุกพรรคดังกล่าว และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา</p>	<p>(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขึ้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา</p>
<p>(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้วให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำมาตรา 140 มาตรา 141 และมาตรา 143 มาใช้บังคับโดยอนุโลม</p>	<p>(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้วให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม</p>

จุดที่ต้องพิจารณาก็คือ ความในร่างมาตรา 253 (7) ซึ่งบัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้นำมาตรา 140 มาตรา 141 และมาตรา 143 มาใช้บังคับโดยอนุโลมร่างมาตรา 140 นั้น มีสาระสำคัญเหมือนมาตรา 145 และมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 ร่างมาตรา 141 มีเนื้อหาเหมือนมาตรา 146 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 ส่วนร่างมาตรา 143 มีเนื้อหาเหมือนมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560

การที่ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น มาตรา 253 (7) กำหนดให้นำมาตรา 140 และมาตรา 141 มาใช้บังคับ ผลักจะเป็นเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ คือ พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เป็นเวลา 90 วัน และรัฐสภามีอำนาจยื่นร่างกลับไปด้วยมติสองในสาม เฉกเช่นกรณีร่างพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ดี การที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มาตรา 256 (7) บัญญัติให้นำความในมาตรา 81 โดยอนุโลมเท่านั้น ดีความได้ว่า “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้” โดยไม่ได้บัญญัติพระราชอำนาจยับยั้งไว้ และไม่บัญญัติอำนาจของรัฐสภาในการยื่นร่างกลับไปได้เช่นกัน แต่โดยนัยนี้ทำให้อนุมานเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ว่า ประสงค์ที่กำหนดให้การลงพระปรมาภิไธยเป็นเงื่อนไขสำคัญของการมีผลใช้บังคับของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ไม่ต้องการให้รัฐสภามีอำนาจยื่นร่างกลับไป

ส่วนปัญหาว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่นั้น ในมุมมองนี้อาจมองได้ว่า เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญตัดบทมาตราที่อ้างถึงพระราชอำนาจยับยั้งออกไป ย่อมสะท้อนว่า ผู้ร่างไม่ประสงค์ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจนี้

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาถึงความในมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 ประกอบ จะพบว่าผู้ร่างมีความประสงค์ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และมีความเป็นไปได้สูงที่ผู้ร่างประสงค์จะให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งแบบเด็ดขาด

ในกรณีที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎรอยู่ปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 147 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่อายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภายังมิได้ให้ความเห็นชอบ หรือที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วแต่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้เป็นอันตกไป”

มาตรา 147 นี้ มีใช้หลักการใหม่ที่เพิ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 หากแต่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ อาทิ มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 และจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ดีความได้ว่า ในกรณีที่อายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาเห็นชอบแล้วแต่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้เป็นอันตกไป

ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการทูลเกล้าฯ ถวายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วตามมาตรา 256 (6) หรือร่างฯ ที่ผ่านการออกเสียงลงประชามติเห็นชอบแล้วตามมาตรา 256 (8) พระมหากษัตริย์ในฐานะผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ย่อมมีพระราชอำนาจเด็ดขาดในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้

8.3.2.3 แนวทางที่สาม พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา แต่ไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการออกเสียงประชามติ

ผู้วิจัยเห็นว่า การวินิจฉัยพระราชอำนาจในเรื่องนี้สมควรจำแนกผลการวินิจฉัยออกเป็นสามกรณี ดังนี้

8.3.2.3.1 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง และนำขึ้นทูลเกล้าฯ ในระหว่างไม่มีสภาผู้แทนราษฎร

กรณีนี้ ต้องถือตามมาตรา 147 กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจเด็ดขาดในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว

8.3.2.3.2 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง

ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ไม่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เมื่อรัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว นายกรัฐมนตรีสามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯ ได้ทันทีเมื่อพ้นกำหนด 15 วัน เช่นนี้ เห็นได้ว่า รัฐสภาได้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น เฉกเช่นเดียวกับพระมหากษัตริย์ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 รับรองสถานะประมุขของรัฐให้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนร่วมกับรัฐสภา โดยนัยนี้ พิเคราะห์ต่อไปได้ว่า พระมหากษัตริย์และรัฐสภามีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เท่าเทียมกัน และมีอำนาจในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกันในลักษณะที่เป็นการตัดสินใจร่วมกัน (co-decision) ของสององค์กร ดังนั้น แต่ละองค์กรย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยตัดสินใจด้วยตนเอง แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรองรับพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน แต่โดยรูปแบบความสัมพันธ์ในลักษณะเช่นนี้ ประกอบกับประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยอมรับพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของพระมหากษัตริย์ เช่นนี้ ย่อมถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะวินิจฉัยลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ก็ได้

หากทรงมีพระราชวินิจฉัยที่จะไม่ลงพระปรมาภิไธย ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ๆ แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจที่จะยืนยันร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกลับไปยังพระมหากษัตริย์ได้ แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ตามที่อธิบายไว้ในหัวข้อ 3.2.2.2 กลุ่มที่สาม ย่อมเห็นได้ว่าการที่รัฐสภามีอำนาจยืนยันร่างรัฐธรรมนูญด้วยมติไม่น้อยกว่าสองในสามนั้น เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบบชั่วคราวนั่นเอง

อย่างไรก็ดี การวิเคราะห์ในแนวทางนี้ มีจุดอ่อน คือ ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับที่มาของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ซึ่งสะท้อนผ่านรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ร่วมกับประชาชน ดังที่กล่าวไว้ในแนวทางที่สอง หัวข้อ 3.2.2.1 ข้างต้น และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตัดความที่อ้างถึงมาตรา 146 ออกจากร่างรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่เคยปรากฏในร่างที่เผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็นก่อนหน้านั้น แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่า การตีความเช่นนี้เป็นผลการวิเคราะห์ที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน และใช้อำนาจผ่านผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งโดยประชาชน

8.3.2.3.2 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชน

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว และเป็นกรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 256 (8) เมื่อผลการออกเสียงประชามติปรากฏว่า ประชาชนเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก็เท่ากับว่า ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ตามรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 มาตรา 37/1 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันไว้อีกครั้งในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 เมื่อ 11 มีนาคม 2564⁷⁸ และเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มาตรา 3 ได้แสดงเจตจำนงทางการเมืองให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นแล้ว เช่นนี้ ภายใต้หลักประชาธิปไตย และทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในความหมายของ “ชาติ” ที่ต้นฉบับของทฤษฎีคือ Sieyès ได้อธิบายไว้⁷⁹ เจตจำนงทางการเมืองดังกล่าวย่อมถือเป็นข้อยุติ แม้ว่าแต่เดิม พระมหากษัตริย์เคยเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ร่วมกับประชาชน แต่เมื่อพระมหากษัตริย์ได้ยอมพระองค์เข้าอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็น

⁷⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

⁷⁹ โปรดดู บทที่ 2 หน้า 19.

องค์กรหนึ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้ว พระราชอำนาจต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์ย่อมมีอยู่และใช้ได้ เท่าที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเขียนรับรองไว้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ พระราชอำนาจก็มีเฉพาะเท่าที่เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ และตราบเท่าที่ใช้พระราชอำนาจต่าง ๆ ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ตามหลักประชาธิปไตยที่ว่า อำนาจสูงสุดทางการเมืองเป็นของประชาชน

ดังนั้น แม้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจทรงลงพระปรมาภิไธยหรือไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรืออีกนัยหนึ่งคือ ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขก็ตาม แต่พระมหากษัตริย์ย่อมไม่อาจใช้พระราชอำนาจดังกล่าวให้เป็นปฏิปักษ์ต่อเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ที่แสดงออกผ่านกระบวนการลงประชามติได้ ดังนั้น ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของประชาชนในการออกเสียงประชามติแล้ว ไม่ว่า ณ ขณะเวลาดังกล่าวจะมีสภาผู้แทนราษฎรอยู่หรือไม่ กรณีย่อมไม่เข้าด้วยเงื่อนไขในมาตรา 147 และพระมหากษัตริย์ย่อมไม่อาจใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ **พระมหากษัตริย์ต้องลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้วเท่านั้น** พระมหากษัตริย์ไม่อาจปฏิเสธไม่ลงพระปรมาภิไธยได้

ในกรณีเช่นนี้ หากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มีเจตนารมณ์ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบบเด็ดขาด รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังเช่น กรณี รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 39/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 เท่านั้น

การตีความว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติโดยประชาชนแล้ว

ทั้ง ๆ ที่มีได้มีบทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญกำหนดข้อความดังกล่าวไว้โดยแจ้งชัด เท่ากับเป็นการถือว่า เจตจำนงทางการเมืองของพระมหากษัตริย์อยู่เหนือ เจตจำนงทางการเมืองของประชาชน เมื่อมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทาง...” พระมหากษัตริย์ผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ผ่านองค์กรต่าง ๆ ก็ย่อมต้องผูกพันต่อเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจ ประหนึ่งตัวแทนต้องทำตามอาณัติที่ตัวการมอบหมาย จริงอยู่ พระมหากษัตริย์ เคยเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 แต่ในเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวผูกพัน “สถาบันพระมหากษัตริย์” ให้กลายเป็นองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 (constituted body) แล้ว พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์จะมีอยู่ และใช้ได้แค่ไหน เพียงไรนั้น ย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ การตีความเกี่ยวกับพระราชอำนาจดังกล่าวย่อมต้องตีความให้สอดคล้องกับโครงสร้างและสาระสำคัญแห่งระบอบประชาธิปไตยที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้นไว้ และกรณีย่อมต้องเป็นเช่นนี้เรื่อยไป ตราบเท่าที่ยังคงมีการปกครองประเทศอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560

การตีความในลักษณะที่เป็นการถวายพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชนแล้ว ย่อมมิใช่ “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หากแต่เป็น “ประเพณีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์” ที่พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดเหนือทุกชีวิตในแผ่นดิน และเหนือเจตจำนงทางการเมืองของทุกผู้ทุกคน ไม่ว่าจะป็นพระบรมวงศานุวงศ์ พระขุนนาง ไพร่ ทาส และที่สำคัญ การตีความเช่นนี้ย่อมเสี่ยงที่จะทำให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างประชาชนกับสถาบันพระมหากษัตริย์ หากพระมหากษัตริย์ทรงตัดสินใจ พระทัยใช้พระราชอำนาจยับยั้ง ไม่ลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเห็นชอบในการออกเสียงประชามติ

ยังมีประชาชนเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยจำนวนผู้มาใช้สิทธิและจำนวนคะแนนเสียงที่มากเท่าไร การตัดสินใจพระทัยไม่ลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ยังมีผลต่อเสถียรภาพและความมั่นคงของสถาบันอันเป็นรากฐานของสังคมไทยแห่งนี้มากขึ้นเท่านั้น

กล่าวโดยสรุป เมื่อรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มิได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติไว้อย่างชัดเจน ก็ย่อมต้องตีความว่าพระมหากษัตริย์ไม่อาจใช้พระราชอำนาจดังกล่าวได้

ผู้วิจัยเห็นว่า การตีความในแนวทางที่สามนี้ เป็นการตีความที่ผสมผสานและสร้างความสมดุลระหว่างทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยเคารพและยึดถือหลักประชาธิปไตยที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน ก็คือ เป็นอารังรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ให้ดำรงคงอยู่คู่กับประชาชนในสังคมไทยได้อย่างมั่นคงสถาพรอีกด้วย

8.3.3 ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย

8.3.3.1 ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง หากเป็นกรณีที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ครบอายุสภาหรือมีการยุบสภา พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจเด็ดขาดในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีสภาผู้แทนราษฎร พระมหากษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจยับยั้งแบบชั่วคราว และรัฐสภามีอำนาจที่จะยืนยันร่างด้วยมติไม่น้อยกว่าสองในสาม

8.3.3.2 ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่เพียงแต่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หากแต่ยังได้รับความเห็นชอบของประชาชนในการออกเสียงประชามติด้วยนั้น เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และในฐานะประมุขแห่งรัฐ ทรงยังต้องลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวด้วย

8.4 ศาลรัฐธรรมนูญพึงตรวจสอบเฉพาะ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เป็นสาระสำคัญ”

โดยทั่วไป กระบวนการใช้อำนาจรัฐในทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น จำแนกออกได้เป็น กระบวนการหรือขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด เป็นบทบังคับให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการตาม ที่เรียกกันว่า “กระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ” (Mandatory Procedural Requirements)⁸⁰ และกระบวนการขั้นตอนอื่น ๆ ที่มีใช้สาระสำคัญ (Directory / non-mandatory Procedural Requirements) เฉพาะการใช้อำนาจรัฐซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในส่วนแรกเท่านั้นที่จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และย่อมถูกเพิกถอน

กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาตั้งที่อธิปไตยไว้ในหัวข้อที่ 2 ข้างต้นก็เป็นเช่นเดียวกัน ขั้นตอนต่าง ๆ มีทั้งที่บัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดในรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนที่ยังไม่บัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา และขั้นตอนที่สมาชิกรัฐสภาและผู้เกี่ยวข้อง เช่น กรรมการสิทธิมนุษยชน ต่อเนื่องกันมาจนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่า นี่คือการเปรียบเทียบแบบแผนแห่งการปฏิบัติ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้มีทั้งที่เป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติโดยไม่ถูกต้องครบถ้วน ย่อมกระทบต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และกระบวนการขั้นตอนที่มีใช้ สาระสำคัญ ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติไม่ถูกต้อง หาได้กระทบต่อความ สมบูรณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่

ในต่างประเทศ เช่น ตุรกี กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้บัญญัติ ขยายความรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 ซึ่งรองรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้า ควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติว่า ศาลรัฐธรรมนูญ จะรับคำร้องไว้พิจารณาได้เฉพาะกรณีที่รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีความไม่ชอบด้วยกระบวนการตราในสามกรณีดังต่อไปนี้ เท่านั้น⁸¹

⁸⁰ เทียบ พรบ. จัดตั้งศาลปกครอง มาตรา 9 (1) ใช้คำว่า “รูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น”

⁸¹ โปรดดู บทที่ 5 หน้า 185.

(1) จำนวนเสียงที่ใช้ในการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

(2) การลงมติรับรองร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

(3) การพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กระทำลงโดยอาศัยความรอบคอบ (condition of non-expeditious deliberations)

อย่างไรก็ตาม หากเพียงแค่อำนาจรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีความไม่ชอบธรรมในเชิงกระบวนการแค่เพียงเล็กน้อยและไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลก็จะไม่รับคำร้องไว้พิจารณา⁸²

ส่วนเยอรมนี นอกเหนือจากประเด็นในทางเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยตรวจสอบว่า รูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามมาตรา 79 (1) ที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องระบอบอย่างชัดเจน⁸³ ส่วนการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งโดยทั่วไปเหมือนกับกระบวนการนิติบัญญัติปกติ เว้นแต่ประเด็นจำนวนคะแนนเสียงในการลงมติที่ต้องอาศัยเสียงข้างมากถึง 2 ใน 3 ของสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยเข้าตรวจสอบในกรณีของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่ตรวจสอบกระบวนการพิจารณากฎหมายอื่น ๆ⁸⁴ และได้วางหลักไว้ว่า หากเป็นกระบวนการขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นกระบวนการที่ต้องยึดถือปฏิบัติ การไม่ดำเนินการตามกระบวนการดังกล่าวย่อมกระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎหมาย⁸⁵ อย่างไรก็ตาม หากเป็นเพียงขั้นตอนที่กำหนดขึ้นโดยข้อบังคับการประชุมสภาและมีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น

⁸² Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court of Turkey, Article 36 (4) “...Courts may not file a claim of unconstitutionality on the basis of formal unsuitability.”

⁸³ BVerfGE 84, 90 (1991) [126-127].

⁸⁴ เช่น คดี Conciliation Committee, BVerfGE, 125, 104.

⁸⁵ Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, (Oxford University Press, 2019) น. 521.

หลักเกณฑ์ที่ว่า การพิจารณาต้องกระทำเป็นสามวาระ แม้มิได้ดำเนินการตามนั้น ก็หาได้กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของร่างกฎหมายไม่⁸⁶

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเสนอว่าในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสมควรตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น หากความเห็นหรือข้อโต้แย้งที่มีการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการหรือขั้นตอนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรรับเรื่องไว้พิจารณา⁸⁷

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องไว้พิจารณาแล้ว อาทิ เพราะคำร้องโต้แย้งทั้งประเด็นเนื้อหาและกระบวนการ หรือมีทั้งประเด็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญและอันไม่เป็นสาระสำคัญผสมปนเปกัน เช่นนี้ ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนที่มีใช้สาระสำคัญ หรือปฏิบัติแต่ไม่ถูกต้อง ครบถ้วน ย่อมมิได้กระทบกระเทือนต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

8.5 หลักเกณฑ์และวิธีการที่ถือเป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ

เมื่อศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ผ่านมา พิเคราะห์เปรียบเทียบแนววินิจฉัยคดีปกครองที่มีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และหลักกฎหมายของต่างประเทศว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” แล้ว ผู้วิจัยเสนอว่ากระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญได้แก่ เรื่องแบบและกระบวนการขั้นตอนที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

⁸⁶ Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* (Hart, 2011) น. 107.

⁸⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 5: ศาลรัฐธรรมนูญเคยปฏิเสธไม่รับคำกล่าวอ้างของผู้ร้องเกี่ยวกับการลงมติเพื่อรวบรวมให้ปิดการอภิปรายในการพิจารณาในวาระที่สองไว้พิจารณาวินิจฉัย เพราะศาลเห็นว่า “ไม่เป็นสาระอันควรแก่การวินิจฉัย”

8.5.1 “แบบ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (1) กำหนดให้การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำในรูป “ญัตติ” และมาตรา 256 (2) กำหนดต่ออีกว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นี่คือ แบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

นอกจากนี้ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภายังได้ขยายความเรื่อง แบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไปอีกว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องแบ่งเป็นมาตรา และมีบันทึกประกอบ ดังต่อไปนี้⁸⁸

- (1) หลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งต้องระบุให้ชัดเจน
- (2) เหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
- (3) บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การแก้ไขเพิ่มเติมหรือการยกเลิกมาตราใดของรัฐธรรมนูญ ต้องระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขหรือยกเลิกไว้ในหลักการ หรือจะระบุไว้ในเหตุผลด้วยก็ได้

ประเด็นที่น่าขบคิดก็คือ หากมีการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบ่งเป็นมาตรา แต่มีบันทึกประกอบไม่ครบถ้วนตาม (1) ถึง (3) ข้างต้น หากรัฐสภาได้มีการพิจารณาต่อไปจนจบวาระที่สาม ถือว่า เป็นการไม่รูปแบบของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในประเด็นนี้ แม้มีโอกาสเกิดขึ้นน้อยมากในทางปฏิบัติ เพราะหากเอกสารไม่ครบถ้วน ประธานรัฐสภาจะไม่บรรจุเรื่องเข้าระเบียบวาระการประชุม⁸⁹ กระนั้นก็ดี เพื่อประโยชน์ในทางวิชาการ ผู้วิจัยขอเสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า เอกสารใดจำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาและลงมติในวาระต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมาตรา 256 กำหนดไว้ เอกสารนั้นย่อมเป็นเอกสารสำคัญอันเป็นส่วนหนึ่งของ “แบบ” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์นี้ เห็นได้ว่าแบบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมประกอบด้วย

⁸⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 118.

⁸⁹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 119.

(ก) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งแบ่งเป็นรายมาตรา เพราะมาตรา 256 (2) บัญญัติไว้อย่างชัดเจน และจำเป็นต้องใช้ในการลงมติในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ตามมาตรา 256 (4)

(ข) บันทึกหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขหรือยกเลิกไว้ด้วย เพราะเป็นเอกสารที่ต้องใช้ในการลงมติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ตามมาตรา 256 (3)

ส่วนเอกสารที่เป็นเรื่องเหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น แม้ไม่มีอยู่ ก็มิได้ทำให้กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมติดขัดหรือขัดข้องแต่อย่างใด เพราะสมาชิกรัฐสภาผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่วิธีการพิจารณาของรัฐสภาสามารถอภิปรายอธิบายเหตุผลในการเสนอร่างของตนและสาระสำคัญของร่างดังกล่าวในที่ประชุมได้เอง ด้วยเหตุนี้ เนื้อหาหรือเอกสารสองประเภทหลังนี้ ย่อมมิใช่แบบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

8.5.2 กระบวนการขั้นตอนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้โดยตรงในมาตรา 256

กระบวนการ ลำดับขั้นตอน เงื่อนไขในการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่วิธีการพิจารณาของรัฐสภา การพิจารณาแบ่งเป็นสามวาระ วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยการเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยในวาระที่หนึ่งและวาระที่สาม การเปิดโอกาสให้ผู้แทนประชาชนที่เข้าชื่อกันได้ร่วมแสดงความคิดเห็นในวาระที่สอง การทอดเวลาระหว่างวาระที่สองและวาระที่สามเป็นเวลา 15 วัน จำนวนคะแนนเสียงเห็นชอบแบบมีเงื่อนไข (qualified majority) ในวาระที่หนึ่งและสาม เหล่านี้ บัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 ดังนั้น ต้องถือว่าเป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญทั้งสิ้น หากไม่ปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างเช่น ในการเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สาระสำคัญ คือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและรายชื่อของสมาชิกรัฐสภา

ที่ร่วมลงชื่อเพื่อเสนอญัตติ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผู้ลงชื่อไว้ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 (1) แล้ว เป็นร่างฉบับหนึ่ง แต่ในการประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการตามมาตรา 256 (3) กลับนำเอาร่างอีกฉบับหนึ่งขึ้นมาพิจารณา ซึ่งความแตกต่างของร่างทั้งสองฉบับมิใช่เรื่องแก้ไขถ้อยคำที่พิมพ์ผิดหรือตกหล่น เช่นนี้ ย่อมถือว่าการดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการเป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁹⁰ ในกรณีเช่นนี้ หากต้องการดำเนินการให้ถูกต้อง ต้องจัดให้สมาชิกรัฐสภามาร่วมลงชื่อในร่างฉบับใหม่ด้วย⁹¹

นอกจากนี้ แม้การลงมติในวาระที่สอง ชั้นสภาพิจารณาเรียงลำดับมาตรา รัฐธรรมนูญบัญญัติเพียงแค่ว่า ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ โดยมีได้กำหนดวิธีการออกเสียงไว้ เช่นนี้ อาจลงคะแนนโดยการเรียกชื่อหรือลงคะแนนผ่านบัตรลงคะแนนอิเล็กทรอนิกส์หรือกระดาษก็ได้ ข้อสำคัญ คือ ต้องมีการให้สมาชิกรัฐสภาแต่ละคนออกเสียงลงคะแนนจริง จะใช้วิธีการหาฉันทามติ (คือ ถามที่ประชุมว่ามีผู้ใดคัดค้าน หรือคิดเห็นเป็นอย่างอื่นหรือไม่ ถ้าไม่มี ถือว่าที่ประชุมลงมติเห็นชอบ) ไม่ได้⁹² หากที่ประชุมรัฐสภาดำเนินการประชุมในวาระที่สอง โดยใช้วิธีฉันทามติ มิได้ให้สมาชิกลงคะแนนเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ เช่นนี้ ย่อมถือว่าเป็นการลงมติด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี แม้เป็นกระบวนการขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งจำเป็นต้องปฏิบัติตาม แต่หากการไม่ถึงปฏิบัติตามนั้น กลับยิ่งทำให้กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นไปอย่างรอบคอบ รัดกุม ยิ่งกว่า เช่นนี้ ก็หาได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (4) กำหนดให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการพิจารณาและ

⁹⁰ เทียบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 22-24.

⁹¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 118.

⁹² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 61

ลงมติไปที่ละมาตรา หากที่ประชุมพิจารณาและลงมติเป็นรายวรรคในมาตราที่มีหลายวรรค โดยมิได้ข้ามมาตรา เช่นนี้ แม้มิใช่การปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาช่วยให้มีความละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้น เช่นนี้ ย่อมมิใช่การดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ว่า

“การที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาลงมติรายวรรค ในมาตราที่มีหลายวรรค โดยไม่ข้ามมาตรา นอกจากรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาไม่ได้บัญญัติและกำหนดห้ามไว้แล้ว ยังเห็นว่าย่อมเกิดผลดีต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าว ให้เป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น ทำให้เนื้อหาของร่างและของมาตราดังกล่าวมีความเชื่อมโยงและไม่ขัดแย้งกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับ การพิจารณามาตราที่มีเนื้อหาหลายวรรค ดังเช่นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 การพิจารณาลงมติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 3 เป็นรายวรรค ไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 99 และข้อ 101 และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 125”⁹³

8.5.3 หลักเกณฑ์การปฏิบัติงานของรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม
รัฐสภาเป็นองค์กรกลุ่ม (Collegial body) ประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับ คณะกรรมการต่าง ๆ ตามกฎหมาย ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินการขององค์กรกลุ่มย่อมนำมาปรับใช้กับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

โดยที่หัวใจสำคัญของการเป็นองค์กรกลุ่ม คือ การมีกรรมการหรือสมาชิก เข้าร่วมประชุมเพื่ออภิปราย แสดงเหตุผล นำเสนอข้อเสนอแนะหรือทางเลือก ไม่ว่าในเชิงสนับสนุนหรือโต้แย้งคัดค้าน เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปที่ดีที่สุด इनนามของ

⁹³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 19.

องค์กรกลุ่มนั้น ๆ ผ่านการลงมติของกรรมการหรือสมาชิกแต่ละคน ดังนั้น สารระ
สำคัญของการดำเนินการในนามองค์กรกลุ่มที่เรียกว่า “รัฐสภา” จึงประกอบด้วย
หลักเกณฑ์ต่อไปนี้

8.5.3.1 ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาต้องมืองค์ประกอบที่ครบถ้วน ในวาระเริ่มแรก

รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ในการทำหน้าที่
ครั้งแรกของสภาผู้แทนราษฎรก็ดี วุฒิสภาก็ดี จำเป็นที่ต้องมีสมาชิกครบถ้วน
ตามจำนวนที่เป็นองค์ประกอบของสภาแห่งนั้น คือ มี ส.ส. 500 คน ในกรณี
สภาผู้แทนราษฎร และมี ส.ส. 250 คน หรือ 200 คนในกรณีวุฒิสภา⁹⁴ อย่างไรก็ตาม
ในกรณีสภาผู้แทนราษฎรนั้น มาตรา 84 ยกเว้นไว้ว่า หากมี ส.ส. ถึงร้อยละ 95 หรือ
475 คน ก็ยอมปฏิบัติหน้าที่ได้ เมื่อสภาทั้งสองมีสมาชิกครบถ้วนตามเกณฑ์ที่จะ
ปฏิบัติหน้าที่ได้แล้ว สมาชิกของสภาทั้งสองย่อมสามารถประชุมร่วมกันเพื่อ
พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

อนึ่ง ในกรณีที่จำนวนสมาชิกของสภาทั้งสองลดลงไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ
มาตรา 83 วรรคสองและวรรคสาม และมาตรา 107 วรรคสี่ให้ถือว่า สภาดังกล่าว
มีสมาชิกเท่าที่มีอยู่ และสามารถปฏิบัติหน้าที่ของสภาใดสภาหนึ่งหรือที่ประชุม
ร่วมกันของรัฐสภาได้

8.5.3.2 การประชุมต้องมีขึ้นในระหว่างสมัยประชุม

การประชุมของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อพิจารณา
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ต้องกระทำในระหว่างสมัยประชุม ไม่ว่าจะเป็
นสมัยประชุมสามัญหรือสมัยประชุมวิสามัญ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
มาตรา 121 มาตรา 122 และมาตรา 123

8.5.3.3 มีการนัดประชุมโดยชอบ

ต้องมีการแจ้งให้สมาชิกรัฐสภาทุกคนทราบถึงวันเวลา และระเบียบ
วาระการประชุม และการเรียกประชุมต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจ คือ ประธาน

⁹⁴ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2543.

รัฐสภา⁹⁵ โดยหลักต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่ประธานได้บอกนัดในที่ประชุมหรือเป็นเรื่องด่วนซึ่งอาจนัดประชุมโดยวิธีอื่นได้ โดยปกติ ให้นัดประชุมล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วัน โดยไม่นับรวมวันส่งหนังสือและวันประชุม อย่างไรก็ตาม รัฐสภาอาจนัดให้เร็วกว่านั้นก็ได้ ในกรณีเร่งด่วน แต่ต้องไม่น้อยกว่า 1 วัน⁹⁶

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์ข้อนี้ คือ ต้องนัดหมายสมาชิกรัฐสภาทุกคน จะนัดหมายเพียงสมาชิกกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดมิได้ และต้องนัดหมายล่วงหน้าพอสมควร คือ อย่างน้อยที่สุด 1 วัน เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาทราบและมีโอกาสมาเข้าร่วมประชุมได้

ส่วนรายละเอียดอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภาเกี่ยวกับการนัดประชุมและการจัดส่งเอกสารนั้น มิใช่กระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญในการทำหน้าที่องค์กรกลุ่มของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา

8.5.3.4 มีสมาชิกรัฐสภาลงชื่อเข้าประชุมครบองค์ประชุม และในการลงมติต้องมีสมาชิกแสดงตนในที่ประชุมครบองค์ประชุม

รัฐธรรมนูญ มาตรา 120 บัญญัติว่า การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แม้รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติเช่นนั้นสำหรับกรณีที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา แต่ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ข้อ 16 ก็บัญญัติว่าต้องมีสมาชิกรัฐสภาลงชื่อมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จึงจะเป็นองค์ประชุม นอกจากนี้ ในการลงมติของที่ประชุมรัฐสภา ต้องมีสมาชิกมาปรากฏตัวและลงมติครบองค์ประชุมด้วย

องค์ประชุมในการลงชื่อเข้าประชุมและองค์ประชุมในการลงมติของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภานี้ ถือเป็นกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ หากองค์ประชุมไม่ครบ ย่อมทำให้กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวางหลัก

⁹⁵ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 5(2) ข้อ 12 – 14; โปรดเทียบ ความเห็นคณะกรรมการการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที 1315/2556; อนึ่ง ในทางปฏิบัติ เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้ลงนามในหนังสือนัดประชุม.

⁹⁶ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563.

ไว้ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
ในคำวินิจฉัยที่ 2/2551 ความตอนหนึ่งว่า

“...เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าในคราวประชุมพิจารณา
ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน
พ.ศ. ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ แม้จะมีสมาชิกสภานิติบัญญัติ
แห่งชาติมาลงชื่อประชุมจำนวน 212 คน ซึ่งเกินกึ่งหนึ่งก็ตาม
แต่องค์ประชุมตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่า
เพียงการลงชื่อเท่านั้น แต่มุ่งหมายให้จะต้องมีสมาชิกมาประชุมจริง
เมื่อปรากฏว่าในขณะที่ประชุมเพื่อลงมติ มีสมาชิกเข้าประชุม
เพียง 86 คน ซึ่งไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่
ย่อมทำให้การประชุมดังกล่าวไม่ครบองค์ประชุม อันมีผลให้
ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวตกไป”⁹⁷

8.5.3.5 เรื่องซึ่งที่ประชุมพิจารณาและลงมติต้องบรรจุไว้ใน ระเบียบวาระการประชุมโดยชอบ

ระเบียบวาระการประชุม (agenda) คือ การจัดลำดับขั้นตอนของ
เรื่องซึ่งจะมีการพิจารณาในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา⁹⁸ ในกรณีนี้ ประธานรัฐสภา
เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเรื่องเข้าสู่ระเบียบวาระการประชุม⁹⁹ โดยที่ประชุมต้อง
พิจารณาเรื่องตามลำดับที่มีอยู่ในระเบียบวาระการประชุมที่จัดไว้ เว้นแต่ที่ประชุม
รัฐสภาจะลงมติเป็นอย่างอื่น¹⁰⁰

ข้อสำคัญ คือ ต้องมีการบรรจุวาระการพิจารณาญัตติขอแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในระเบียบวาระการ
ประชุมด้วย¹⁰¹

⁹⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 74ก
วันที่ 2 มิถุนายน 2551 น. 19.

⁹⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 15

⁹⁹ รัฐธรรมนูญ มาตรา 80 วรรคสี่ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 13 และข้อ 15.

¹⁰⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 19

¹⁰¹ เทียบ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 209/2560

8.5.3.6 สมาชิกรัฐสภาต้องแสดงตนและลงมติด้วยตนเอง จะลงมติแทนกันมิได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 120 วรรคสาม ประกอบข้อบังคับการประชุมรัฐสภา กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาแต่ละคนมีหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ทั้งยังกำหนดในมาตรา 114 ให้สมาชิกรัฐสภาไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ จึงได้กำหนดห้ามมิให้สมาชิกรัฐสภาออกเสียงลงคะแนนแทนกัน¹⁰² ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภานั้น การแสดงตนในการออกเสียง ลงคะแนนถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนที่จะต้องมาแสดงตนในการประชุม เพื่อพิจารณาญัตติต่าง ๆ แต่ละครั้งด้วยตนเอง และในการนี้ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในแต่ละเรื่อง ได้เพียงครั้งละหนึ่งเสียงเท่านั้น การกระทำใดที่เป็นเหตุให้ผลการลงคะแนนผิดไปจากความเป็นจริง การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ...

[การที่]มีสมาชิกรัฐสภาหลายรายมิได้มาออกเสียงลงมติในที่ประชุมรัฐสภา ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ แต่ได้มอบให้สมาชิกรัฐสภาบางรายใช้สิทธิออกเสียง ลงคะแนนแทนในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การดำเนินการดังกล่าว นอกจากจะเป็นการละเมิด หลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

¹⁰² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 55 และ 56.

ตามบทบัญญัติ มาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต ที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนน ตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน มีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนของรัฐสภาในการประชุม นั้น ๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริต ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย เนื่องมาจากกระบวนการลงคะแนนเสียง ที่ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา และขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังที่ได้ระบุนมาแล้วข้างต้น มีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของรัฐสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม”¹⁰³

ล่าสุด ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในคดีเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่า การเสียบัตรและลงมติแทน แม้เพียง 1 ราย “ย่อมมีผลเป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ไม่สุจริต ทำให้ผลการลงมติร่างทำให้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ในวันและเวลาดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ”¹⁰⁴ แต่ทั้งนี้ มิได้กระทบกระเทือนต่อการดำเนินการในวาระต่าง ๆ ที่เสร็จสิ้นไปแล้วก่อนหน้านี้ และสั่งให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรไปลงมติใหม่เฉพาะในวาระสองและสามที่มีปัญหา และเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาต่อไป¹⁰⁵

¹⁰³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 26 และ 28.

¹⁰⁴ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563 วันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2563, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 18ก วันที่ 6 มีนาคม 2563 น. 18.

¹⁰⁵ เรื่องเดิม, น. 19. ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่า เฉพาะแต่ในวาระการประชุมที่มีการลงมติโดยมิชอบดังกล่าว และการพิจารณาในวาระต่อ ๆ ไปหลังจากนั้นเท่านั้นที่เสียไป ความบกพร่องเกี่ยวกับการลงมติมิได้ส่งผลให้กระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเสียไปทั้งหมด และต้องกลับไปเริ่มต้นเสนอร่างพระราชบัญญัติกันใหม่

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การที่สมาชิกรัฐสภาลงมติแทนกันเพียงไม่กี่คน เช่น ที่ประชุมลงมติเห็นชอบ 500 คน จากทั้งหมด 750 คน แต่มีการเสียบัตรแทนกัน 3-5 คน เช่นนี้ แม้ถือว่า การดำเนินการของที่ประชุมรัฐสภาในขั้นตอนการลงมติดีมีข้อบกพร่องก็ตาม แต่ข้อบกพร่องดังกล่าวก็มิได้ร้ายแรงถึงขนาดที่จะทำให้ผลการลงมติดังกล่าวเสียไปทั้งหมด เนื่องจากหากไม่นำคะแนนของสมาชิกที่เสียบัตร-ลงมติแทนกันมาคิดคำนวณเพื่อสรุปเป็นผลการลงมติของที่ประชุมรัฐสภา แต่ก็มีอาจปล้ำงข้อเท็จจริงที่ว่า สมาชิกเสียงข้างมากเกินกึ่งหนึ่ง (มากถึงเกือบ 500 คน) ได้ให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว มิเช่นนั้น จำนวนเสียงที่ลงมติโดยไม่สุจริตเพียงเล็กน้อย กลับจะส่งผลทำให้การลงมติที่เหลือซึ่งกระทำโดยสุจริตต้องสิ้นผลลงตามไปด้วย กรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้การลงมติดิบกพร่อง แต่มิได้ร้ายแรงถึงขนาดศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้ การลงมติในวาระดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ (เว้นแต่มีเหตุความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเหตุอื่น ๆ ประกอบ)

แต่ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่การเสียบัตรแทนกันจะมีจำนวนมากถึงขนาดที่เห็นได้ชัดว่า เป็นการกระทำร่วมกันฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ กระทำการโดยไม่สุจริตอย่างเป็นระบบ ตัวอย่างเช่น ที่ประชุมเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 500 คน แต่มีการเสียบัตรแทนกันมากถึง 20-30 คน เช่นนี้ แม้ว่าเมื่อหักลบจำนวน 20-30 เสียงออกไป เหลือเพียง 470-480 คน ยังถือว่า เสียงข้างมากเกินกว่ากึ่งหนึ่งเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ดี แต่ก็อนุมานได้ว่า กระบวนการลงมติของสมาชิกรัฐสาดังกล่าวทั้งหมดบกพร่องอย่างมีนัยสำคัญ (materiality) การลงมติเพื่อแสดงเจตจำนงของสมาชิกรัฐสภาในองค์รวมไร้ซึ่งความสุจริตเที่ยงธรรมย่อมทำให้สาธารณชนเคลือบแคลงสงสัยในความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของ “กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ” ดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อบกพร่องในการลงมติร้ายแรงถึงขนาดที่ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นรักษาหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ-นิติธรรม และหลักประชาธิปไตยโดยการวินิจฉัยให้การลงมติในวาระดังกล่าวและวาระต่อ ๆ มา ขัดรัฐธรรมนูญ และสิ้นผลไป

8.5.4 การคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วมพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 กำหนดให้การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกระทำเป็นสามวาระนั้น เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณาเสนอความคิดเห็น วิพากษ์วิจารณ์ในแต่ละขั้นตอนโดยละเอียด ดังนั้นสมาชิกรัฐสภาจึงมีสิทธิในฐานะผู้แทนปวงชนชาวไทยไม่เพียงแต่สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (right to vote) ในการลงมติในแต่ละวาระเท่านั้น หากแต่ยังมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการที่นำไปสู่การตัดสินใจออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกแต่ละคน (right to deliberate and participate in a sitting) ซึ่งก็คือ การอภิปราย การแสดงความคิดเห็นของตน การเสนอทางเลือกอื่น และการโน้มน้าวหาเสียงสนับสนุน และนี่คือ หลักการอภิปรายโดยเปิดเผยในที่ประชุมสภา อันเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (democratic parliamentarism)¹⁰⁶

ดังนั้น การกระทำไม่ว่าด้วยประการใด ๆ อันเป็นการลิดรอนสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “เกินสมควร” ย่อมส่งผลให้การดำเนินกระบวนการขั้นตอนดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

8.5.4.1 สิทธิในการเสนอขอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญในระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา

สิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้แก่

สิทธิในข้อนี้ คือ สิทธิในการเสนอคำแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภา และสิทธิในการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างในคณะกรรมการ สิทธิในการสงวนคำแปรญัตติ และสิทธิในการสงวนความเห็นในคณะกรรมการ

¹⁰⁶ BVerfGE 125, 104 อ้างถึงใน Christian Bumke และ Andreas Voßkuhle, German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles, น. 521.

ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเคยตัดสินไว้ในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ว่า การลงมติที่ส่งผลให้ระยะเวลาแปรญัตติที่กำหนดไว้ 15 วัน ลดเหลือจริงเพียง 1 วัน ย่อมเป็นการกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁰⁷ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิในการเสนอคำแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภา มากเกินสมควร นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ อรรถาธิบายอย่างชัดเจน ดังความว่า

“การกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงมีความสำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม การที่สมาชิกรัฐสภาได้มีโอกาสเสนอคำแปรญัตติก็จะมีผลให้มีสิทธิเข้าชี้แจงต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น หากคณะกรรมการการมีมติใด ๆ เกี่ยวกับคำแปรญัตติดังกล่าว และสมาชิกรัฐสภาผู้เสนอคำแปรญัตติไม่เห็นด้วย ก็มีสิทธิที่จะสงวนคำแปรญัตติในข้อนั้นไว้เพื่ออภิปรายชี้แจงต่อที่ประชุมรัฐสภาและขอให้รัฐสภาลงมติวินิจฉัยต่อไป ดังนั้น การแปรญัตติจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างยิ่ง โดยสภาพแห่งการแปรญัตติจึงจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบ ระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติ อันเป็นเอกสิทธิ์ในการทำหน้าที่นิติบัญญัติของสมาชิกรัฐสภา ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การนับระยะเวลาในการแปรญัตติ ย่อมไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง ๑ วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อสภาพแห่งการทำหน้าที่และเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภา ทั้งยังขัดแย้งต่อ

¹⁰⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 24-26.

ข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วย
รัฐธรรมนูญ”¹⁰⁸

8.5.4.2 สิทธิในอภิปรายแสดงความคิดเห็นในระหว่างการ พิจารณาของรัฐสภา

ในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเคยอธิบายไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัย
ที่ 1/2557 ว่า

“การอภิปรายแสดงความคิดเห็นในการบัญญัติกฎหมายเป็น
สิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภา ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้
และเพื่อเป็นการนำเสนอความเห็นและให้เหตุผลเกี่ยวกับความ
จำเป็น ในการบัญญัติกฎหมายหรือเหตุผลที่อาจโต้แย้งการบัญญัติ
กฎหมายนั้น ความเห็นและเหตุผลของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคน
จะมีผลต่อการโน้มน้าวหรือการตัดสินใจของสมาชิกสภาคนอื่น ๆ
ในการที่จะลงมติเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ
โดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่ง
ขึ้นรับหลักการของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพราะจะมีผลให้
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ยังคงได้รับการพิจารณาต่อไปใน
วาระที่สองและวาระที่สาม หรือต้องตกไปเพราะมติไม่รับหลักการ
แห่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ดังนั้น ความเห็นและเหตุผลของ
สมาชิกรัฐสภาแต่ละคนจึงมีความสำคัญต่อการพิจารณาบทบัญญัติ
แห่งกฎหมาย และเพื่อให้การพิจารณาของรัฐสภาเป็นไปด้วย
ความรอบคอบ มีมุมมองที่หลากหลาย และมีการอภิปราย
แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และพระมหากษัตริย์
ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

¹⁰⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก
วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 18.

ย่อมมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในประเทศ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบและรับฟังความเห็น และเหตุผลของสมาชิกรัฐสภาอย่างทั่วถึง แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานรัฐสภาและ แม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากดังกล่าว จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาหรือละเลยไม่รับฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย...

...การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็น การใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม”¹⁰⁹

8.5.5 การตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และการทำงานของคณะกรรมการ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 กำหนดเพียงแต่ว่า ให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นสามวาระ วาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ วาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และวาระที่สามขั้นสุดท้าย หากแต่มีได้บัญญัติให้การพิจารณาในวาระที่สองต้องมีการตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับการประชุมรัฐสภาในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กลับบัญญัติไว้อย่างแข็งขันให้การพิจารณาในวาระที่สองเริ่มต้นด้วยการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม¹¹⁰ พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาที่มีได้เป็นกรรมการเสนอคำแปรญัตติภายในกำหนดเวลา 15 วันนับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม¹¹¹ ในการพิจารณาของ

¹⁰⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 16-17.

¹¹⁰ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 123.

¹¹¹ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 124.

คณะกรรมการนั้น ต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวน กรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จึงจะเป็นองค์ประชุม¹¹² เมื่อคณะกรรมการ พิจารณาแล้วเสร็จ ให้เสนอร่างต่อที่ประชุมพร้อมรายงานของคณะกรรมการ ในการนี้ สมาชิกรัฐสภาจะอภิปรายได้เฉพาะแต่ถ้อยคำหรือข้อความที่ คณะกรรมการได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือที่สมาชิกได้สงวนคำแปรญัตติไว้หรือ ที่กรรมการได้เสนอความเห็นไว้¹¹³

ด้วยเหตุที่การตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมนั้นเป็นกลไกที่เปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาได้มีส่วนร่วมในการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อย่างแท้จริง ไม่ว่าจะโดยการเสนอคำแปรญัตติใน ฐานะสมาชิกทั่วไป หรือโดยการเสนอความเห็นต่อที่ประชุมในฐานะกรรมการ ทั้งยังสามารถสงวนคำแปรญัตติหรือสงวนความเห็นเพื่อให้สามารถนำประเด็น ดังกล่าวกลับมาอภิปรายโน้มน้าวสมาชิกรัฐสภาคนอื่นให้เห็นคล้อยตามได้ ในที่ประชุมรัฐสภาอีกครั้งหนึ่ง และที่สำคัญ กลไกคณะกรรมการนี้ ช่วยให้ การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นไปอย่างรอบคอบ ดังนั้น ผู้วิจัย จึงเห็นว่า การตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงเป็น อีกหนึ่งกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ

โดยตรรกะเดียวกัน เมื่อคณะกรรมการเป็นองค์กรกลุ่มในรูปแบบหนึ่ง หลักการสำคัญของการทำงานขององค์กรกลุ่มตามที่อธิบายไว้ในหัวข้อ 5.3 ข้างต้น ก็ย่อมต้องนำมาปรับใช้กับการทำงานของคณะกรรมการนี้ด้วย

8.5.6 หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุม รัฐสภาแต่โดยลำพัง นอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในข้อ 8.5.3, 8.5.4 และ 8.5.5 ย่อมมิใช่กระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ เว้นแต่ กำหนดขึ้นเพื่อบังคับ การให้เป็นไปตามบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ

¹¹² ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 65.

¹¹³ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 127.

กรณีตามข้อนี้ ผู้วิจัย เห็นว่า ต้องพิจารณาข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เป็นรายกรณี ๆ ไป โดยเทียบเคียงกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในส่วนอื่น ๆ หากหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมข้อใด บัญญัติขึ้นเพื่อให้สอดคล้องและบังคับการให้เป็นไปตามหลักการอื่น ๆ ที่บัญญัติ รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ก็ย่อมเป็นกระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ หาไม่แล้ว ย่อมมิใช่กระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ

บทที่ 9

การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของเนื้อหา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยมีข้อจำกัดทั้งในทางรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา แม้เคยมีคำอธิบายเกี่ยวกับข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปรากฏในตำราวิชาการไทยมานานแล้ว¹ แต่ข้อจำกัดทางเนื้อหาของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยก็ไม่เคยได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเลย ตราบจนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2534 ในปี 2539 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้น โดยให้มีหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และต่อมาสำเร็จผลเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติต่อมาในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 โดยมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีสาระสำคัญ คือ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และรูปของรัฐแบบรัฐเดี่ยว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ บทบัญญัติเช่นนี้เรียกกันในทางวิชาการว่า “บทบัญญัตินิรันดร์” (eternity clause)

9.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับหลักฉบับแรกที่บัญญัติรองรับข้อจำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาไว้ในมาตรา 313 (1) วรรคสอง ดังความว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้” ซึ่งปรากฏอีกครั้งในมาตรา 291 (1) วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550

¹ เช่น หยุต แสงอุทัย, คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, (โรงพิมพ์คุรุสภา, 2503) น. 40-41; วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (นิติบรรณการ, 2530) น. 100-102, 733-734.

จุดที่น่าสังเกต คือ การบัญญัติข้อห้ามดังกล่าวมีลักษณะเป็นการห้าม การเสนอญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือก่อนเข้าสู่การพิจารณาใน วาระที่หนึ่งของรัฐสภา หากมีการเสนอญัตติเช่นนั้น ย่อมเป็นอำนาจรัฐสภาที่จะ วินิจฉัยว่า ญัตติที่เสนอมาเข้าข่ายเป็นญัตติที่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้หรือไม่ หากมีลักษณะดังกล่าวรัฐสภาย่อมไม่อาจให้ความเห็นชอบใน วาระที่หนึ่งได้ อย่างไรก็ตาม การบัญญัติข้อห้ามไว้ในลักษณะนี้ทำให้เกิดคำถาม ตามมาอย่างน้อยสองประการ อันได้แก่ ปัญหาว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจ วินิจฉัยว่า ญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นญัตติที่มีลักษณะต้องห้าม ดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรแล้ว พบว่า เป็นอำนาจ ของรัฐสภานั้นเอง และประการต่อมา หากญัตติที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของ รัฐสภามีได้มีลักษณะต้องห้าม และผ่านการพิจารณาในวาระที่หนึ่ง แต่ต่อมา เมื่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพิจารณา แล้วเสร็จ กลับปรากฏเนื้อความที่เข้าข่ายลักษณะต้องห้าม เช่นนี้แล้ว รัฐสภา ยังจะสามารถยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาได้อีกหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น ทั้งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 และฉบับปี 2550 มิได้บัญญัติกำหนดให้องค์กรใด มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ในอดีตเมื่อเกิดกรณีปัญหาจำเป็นต้อง มีการวินิจฉัยชี้ขาด ศาลรัฐธรรมนูญไทยจึงได้อาศัยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์ รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 เป็นช่องทางในการเข้า ควบคุมตรวจสอบเนื้อหาและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏ ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 โดยลำดับ²

อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวได้รับการแก้ไขแล้วในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 กล่าวคือ ได้มีการบัญญัติเป็นข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อห้ามในการเสนอญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังความปรากฏชัดในมาตรา 255 ว่า

² ก่อนหน้านั้น ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำสั่งที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2554 ซึ่งไม่รับคำร้องขอให้ พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ ส.ส. เข้าชื่อกันผ่าน ช่องทางการควบคุมตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติก่อนการนำขึ้นทูลเกล้า (Pre-promulgation) ตามมาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญ 2560 (เทียบได้กับมาตรา 148 แห่งรัฐธรรมนูญ 2560)

“การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

เช่นนี้ ย่อมชัดเจนแล้วว่า ข้อห้ามดังกล่าวเป็นข้อห้ามในทุกชั้นตอนในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ห้ามเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการในมาตรา 255 ห้ามเสนอคำแปรญัตติโดยสมาชิกรัฐสภา ห้ามการปรับปรุงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการวิสามัญ ตลอดจนห้ามการลงมติในวาระที่สองและสามของที่ประชุมรัฐสภาให้มีผลขัดต่อข้อห้ามดังกล่าว³ และที่สำคัญ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ยังบัญญัติอย่างชัดเจนในมาตรา 256 (9) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อีกด้วย

ดังที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ บทบัญญัตินิรันดร์ (Eternity Clause) ในรัฐธรรมนูญเยอรมันและตุรกีนั้น ย่อมไม่อาจยกเลิกได้ และไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะที่จะทำให้คุณค่าของบทบัญญัตินิรันดร์ด้อยลงหรือสิ้นสภาพบังคับลงได้⁴ ดังนั้น จึงชัดเจนแล้วว่า การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 255 ย่อมมีอาจกระทำได้ ส่วนปัญหาว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 โดยมีได้ยกเลิกแต่เปลี่ยนแปลงเนื้อหา มาตรา 255 นั้น จะกระทำได้หรือไม่ อาจจำแนกได้เป็นสองกรณี

9.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 เพื่อเปลี่ยนแปลงหลักการที่ มาตรา 255 รับรองไว้ ย่อมมีอาจกระทำได้

มาตรา 255 บัญญัติรับรองหลักการไว้ 2 เรื่อง ซึ่งอาจจำแนกแยกย่อยได้เป็นสามประการ อันได้แก่ หลักความเป็นรัฐเดี่ยว หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขแห่งรัฐ การแก้ไขเพิ่มเติม

³ โปรดดูคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562) น.443-445.

⁴ โปรดดู บทที่ 2 หน้า 51-52; บทที่ 3 หน้า 96-102; และบทที่ 5 หน้า 187.

บทบัญญัติมาตรา 255 เพื่อเพิ่มเงื่อนไขอันมีผลเป็นการทำให้หลักการต่าง ๆ ดังกล่าว
ด้อยค่าลง หรือมีสภาพบังคับด้อยลงถึงขนาดที่เป็นการละทิ้งองค์ประกอบของ
หลักการดังกล่าว ย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะถือว่าเป็นการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญที่ก้าวล่วงขอบอำนาจซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้
ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดต่อไป

9.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 โดยมีได้กระทบหลักการเดิม รับรองไว้ แต่เพิ่มหลักการใหม่เข้าไป

หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 255 โดยมีได้
กระทบต่อหลักการ 3 ข้อข้างต้น หากแต่เป็นการเพิ่มหลักการใหม่เข้าไป อาทิต
ประเทศไทยมีพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติ เช่นนี้จะสามารถกระทำได้
หรือไม่

ในด้านหนึ่ง เห็นว่า ย่อมกระทำได้ หากภายหลัง ปรากฏว่า การแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญเพิ่มหลักการในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 255 ได้ผ่านการออกเสียง
ประชามติ ย่อมถือได้ว่า ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
เห็นชอบให้เพิ่มเติมหลักการดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานถาวรของประเทศไทยสืบไป

อย่างไรก็ดี ในอีกด้านหนึ่งกลับเห็นว่า ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจาก
ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 แล้วว่า
“หลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดข้อห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 255
มิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด”⁵ ดังนั้น จะเสนอญัตติเพื่อ
เพิ่มเติมหลักการใด ๆ ในมาตรา 255 มิได้เลย **ประการที่สอง** หลักการต่าง ๆ
ตามมาตรา 255 นั้น เป็นหลักพื้นฐานสำคัญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดไว้
การยอมให้เพิ่มเติมหลักการอื่นโดยให้มีคุณค่าเสมอเหมือนกับหลักการดังกล่าว
ในสภาพหน้า อาจมีกรณีที่คุณค่าของหลักการพื้นฐานเดิมขัดหรือแย้งต่อคุณค่า
ของหลักการพื้นฐานที่เพิ่มเติมใหม่ เช่นนี้ ก็จำเป็นต้องวินิจฉัยเพื่อประสาน

⁵ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก
วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 36. 298 บทที่ 9 การวินิจฉัย “เนื้อหา” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

สร้างความสมดุลระหว่างหลักการพื้นฐานทั้งสอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีความเป็นไปได้ที่หลักการซึ่งเพิ่มเข้าไปใหม่จะลดทอนคุณค่าของหลักการเดิม หากองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดให้น้ำหนักกับคุณค่าของหลักการที่เพิ่มใหม่มากกว่า และ**ประการที่สาม** อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดในตัวเอง และหลักการตามมาตรา 255 นี้ ก็คือข้อจำกัดการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น การเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 255 จึงกระทำไม่ได้มาตั้งแต่ต้น หากต้องการจะแก้ไขสาระในมาตรา 255 จริง ก็จำเป็นจะต้องกระทำลงโดยใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เห็นชอบให้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยการเพิ่มหลักการใหม่เข้าไป จากนั้น นำไปให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญใหม่ **ประการสุดท้าย** ความเห็นในตำราของต่างประเทศ เช่น Jen Woelk ก็อธิบายคล้ายคลึงกันว่า การเพิ่มเติมบทบัญญัติที่จัดว่าเป็นบทบัญญัติনিรันดรในภายหลังนั้น ไม่ได้มีผลทำให้เนื้อความที่เพิ่มขึ้นกลายเป็นบทบัญญัติনিรันดรแต่อย่างใด⁶

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีได้เปลี่ยนแปลงหลักการเดิม อันได้แก่ หลักประชาธิปไตย หลักรัฐเดี่ยว และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข แต่การเพิ่มหลักการที่ลักษณะเป็นบทบัญญัติনিรันดรเข้าไปในรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังเหตุผลที่ระบุไว้ข้างต้น

อนึ่ง สมควรขอขยายความให้ชัดเจนไว้ ณ ที่นี้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะเลขมาตรา 255 โดยมีเนื้อหาสาระดังเดิม เช่น ย้ายเนื้อหาของมาตรา 255 ไปอยู่มาตรา 280 หรือย้ายไปเป็นมาตรา ในหมวดหนึ่งบททั่วไป โดยยังคงมีเนื้อหาและถ้อยคำเหมือนเดิมทุกประการ ย่อมกระทำได้โดยมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

⁶ Jen Woelk, “‘Germany’ in Dawn Oliver and Carlo Fusaro,” *How Constitutions Change: A Comparative Study*, 152.

9.1.3 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วย “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญไทยนับแต่ฉบับปี 2475 เป็นต้นมา ล้วนแล้วแต่กำหนดกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้พิเศษยิ่งกว่ากระบวนการตรากฎหมายธรรมดา รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 มาตรา 256 ก็ดำเนินไปในทิศทางเดียวกันนั้น เพียงแต่ว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ยุ่ยากมากกว่าเดิมมาก อันได้แก่ การกำหนดให้มีคะแนนเสียง ส.ว. ที่เห็นชอบด้วยในญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการ และเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในการพิจารณาวาระที่สาม ขั้นสุดท้าย ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวน ส.ว. ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ การกำหนดให้มีคะแนนเสียง ส.ส. ที่สังกัดพรรคการเมืองที่มีได้มีสมาชิกเป็นรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวน ส.ส. ของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในการพิจารณาวาระที่สาม และการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องบางประเด็นต้องนำไปออกเสียงประชามติ ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

ในทางตำรา ถือว่า หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยุ่ยากเป็นพิเศษนี้ เป็นข้อจำกัดในทางกระบวนการของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้กำหนดไว้ ปัญหาก็คือ องค์กรผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ แก้ไขหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ไม่ว่าจะกำหนดให้มีกระบวนการขั้นตอนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยากขึ้นหรือง่ายลง เมื่อพิเคราะห์ความในมาตรา 256 (8) แล้ว เห็นว่า สามารถกระทำได้ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็น “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ดังกล่าวผ่านการออกเสียงประชามติ แต่ทั้งนี้ ภายได้เงื่อนไขในทางเนื้อหาสองประการ ดังต่อไปนี้

9.1.3.1 จะแก้ไข “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

ให้ง่ายกว่าหรือเท่ากับกระบวนการนิติบัญญัติปกติ มิได้

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วย “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” นั้นมีข้อจำกัดอยู่ว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่ง่ายกว่า เครื่องครัดน้อยกว่า หรือจะใช้องค์กรและกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มิได้⁷ เนื่องจากกรณีดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการบั่นทอนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (the Supremacy of the Constitution) และหลักการรักษาความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญ (constitutional continuity)⁸ และไม่สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะเท่ากับเป็นการลดระดับความสำคัญของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (amending power) ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (derived constituent power) ให้ลดลงเหลือเท่ากับอำนาจนิติบัญญัติ (legislative power) ซึ่งเป็นหนึ่งในอำนาจที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น (constituted power)

นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับ “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ให้มีลักษณะข้างต้น ย่อมถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ขัดต่อมาตรา 255 เนื่องจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รับรองไว้ในมาตรา 5 ถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญอันจะขาดมิได้ของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

อนึ่ง สำหรับข้อเสนอของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเสนอให้ยกเลิกเงื่อนไขการต้องได้รับเสียงเห็นชอบของ ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ในการลงมติในวาระที่หนึ่งและวาระ

⁷ รัฐธรรมนูญ มาตรา 130 ถึงมาตรา 146.

⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

ที่สาม และยกเลิกเงื่อนไขการต้องได้คะแนนเสียงเห็นชอบของ ส.ส. ซึ่งสังกัด พรรคการเมืองที่มีได้มีรัฐมนตรี ฯลฯ จำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 นั้น⁹ ผู้วิจัย เห็นว่า สามารถกระทำได้ เพราะมิใช่การแก้ไขเพิ่มเติมที่ส่งผลให้กระบวนการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีระดับความยาก-ง่ายขึ้นน้อยกว่าหรือเท่ากับกระบวนการ นิติบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ และหลักเกณฑ์เงื่อนไขตามข้อเสนอนี้ ไม่ใช่เรื่องใหม่ หากแต่เป็น หลักเกณฑ์เงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เคยใช้มานานแล้ว

9.1.3.2 จะแก้ไข “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ให้มี ผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ โดยมีได้ผ่านการออกเสียงประชามติ มีได้

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นคนละ อำนาจกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงไม่อาจใช้อำนาจและกระบวนการ ซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา กลับไปยกเลิกอำนาจ ที่มอบลงมาได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาจะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนี้และจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่มิได้ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และยืนยันอีกครั้ง ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ดังความว่า

“แม้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็น อำนาจที่ได้รับมอบมาซึ่งถูกจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และ เนื้อหา รัฐสภาจึงต้องทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบอย่างเคร่งครัด โดยไม่อาจกระทำนอกขอบของหน้าที่และอำนาจที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในเงื่อนไข **ที่มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม** ยึดโยงกับหลักการพื้นฐาน และให้เหมาะสมและสอดคล้องกับมติมหาชน รัฐธรรมนูญแห่ง

⁹ รายงานคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาผู้แทนราษฎร, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงาน เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2563) น. 120-122.

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 15 เพียงบัญญัติให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติให้จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับ”¹⁰

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 156 (15) และมาตรา 256 กำหนดให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ รัฐสภาจึงไม่อาจโอนอำนาจนี้ไปให้บุคคลหรือองค์กรอื่นใช้อำนาจแทนได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญข้างต้น และหลักการห้ามมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) เว้นแต่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญระบุให้มอบอำนาจต่อได้

หากรัฐสภาประสงค์ที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ทั้งกรณีที่รัฐสภาเป็นผู้จัดทำขึ้นเอง หรือกรณีที่จะจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้องค์กรดังกล่าวมีอำนาจจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่นนี้ ก็จำเป็นต้องกลับไปขอให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติว่าสมควรจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงจะดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่า

“...หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป เมื่อเสร็จแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่”¹¹

¹⁰ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

¹¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 37.

อนึ่ง แม้นในอดีตประเทศไทยเคยมีการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภาเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับมาแล้ว 2 ครั้ง โดยมีได้ผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ อันได้แก่ ครั้งแรก รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว ฉบับปี พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 สำเร็จผลเป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2492 และครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 สำเร็จผลเป็นรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 โดยทั้งสองครั้ง รัฐสภาได้กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อเสนอให้รัฐสภาพิจารณา¹² ก็ตาม

อย่างไรก็ดี เมื่อพิเคราะห์ถึงที่มาของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นฐานอำนาจให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” และจัดทำ “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว ฉบับปี 2490 และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 แล้ว พบว่า รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวประกาศใช้โดยมิได้ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งผ่านการออกเสียงประชามติโดยประชาชนเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559 และรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดให้มี “ขั้นตอนการออกเสียงประชามติ” ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹³ แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 256 (8) ซึ่งกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องสำคัญต้องผ่านออกเสียงประชามติด้วย อีกทั้งยังมีได้กำหนดให้มี “องค์กรและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”¹⁴ ดังเช่นที่ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560

¹² รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 มาตรา 95 วรรค 1 มาตรา 95 เบื้อง และ มาตรา 95 ฉ; และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 มาตรา 211 วรรค 1 มาตรา 211 เศษ มาตรา 211 ปันรส

¹³ รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว ฉบับปี พ.ศ. 2490 มาตรา 93; และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 211.

¹⁴ รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 มาตรา 95 รัฐสภามีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ; และ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 200 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม

มาตรา 256 (9) มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบกรณีดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้ทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแทนรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ฉบับปี พ.ศ. 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 ไม่อาจถือเป็น “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ที่มีผล (valid) และเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญและจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ได้ เนื่องจากบริบทข้อเท็จจริงของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ และบริบทข้อกฎหมายของรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ดังกล่าว มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

สาระสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยข้างต้น สอดคล้องกับคำอธิบายทางวิชาการในตำราต่างประเทศที่จำแนกกระหว่าง “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (constitutional amendment) กับ “การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” (constitutional revision/ replacement)¹⁵ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเยอรมันที่มีการจำแนกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 79 และการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ ตามมาตรา 146 ของกฎหมายพื้นฐาน (ฉบับดั้งเดิม) ที่บัญญัติถึงการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นทั้งฉบับ (total revision) ไว้ว่า “ให้กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้สิ้นสภาพบังคับ ณ วันที่รัฐธรรมนูญซึ่งได้รับความเห็นชอบโดยการตัดสินใจอย่างอิสระของประชาชนชาวเยอรมัน มีผลใช้บังคับ”¹⁶ จะเห็นได้ว่า อำนาจตาม

¹⁵ เช่น Zachary Elkins, et. al., *The Endurance of National Constitutions*, (cup, 2009) pp. 55-59; อย่างไรก็ตาม การจำแนกประเภทเช่นนี้ ถูกวิจารณ์ว่า ไม่ถูกต้องสอดคล้องกับความเป็นจริงเท่าใดนัก โปรดดู David S. Law and Ryan Whalen, “Constitutional Amendment Versus Constitutional Replacement: An Empirical Comparison”, in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, (London: Routledge, 2021) pp. 74-100.

¹⁶ Article 146 “This Basic Law shall become invalid on the day when a constitution adopted in a free decision by the German people comes into force.”

มาตรา 146 เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ซึ่งเป็นของประชาชนชาวเยอรมัน มิใช่เป็นเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ที่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของบทบัญญัตินิรันดร์ (Eternity Clause) ตามมาตรา 79 (3)

เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย บัลแกเรีย สเปน ที่แยกกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมออกจากกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในประเด็นนี้ Markus Böckenförde ตั้งข้อสังเกตว่า “ประเทศเหล่านี้ยอมรับแนวความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนในสังคมประชาธิปไตย จึงกำหนดให้การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับต้องดำเนินการผ่านการมีส่วนร่วมของประชาชน ไม่ว่าจะโดยการให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือการบังคับให้ต้องจัดการออกเสียงประชามติ”¹⁷

อนึ่ง แม้ประเด็นปัญหานี้ ไม่เคยปรากฏเป็นคดีในประเทศที่งานวิจัยนี้ศึกษาเปรียบเทียบกับโดยตรง อันได้แก่ เยอรมนี ตุรกี และแอฟริกาใต้ แต่การจำแนกความแตกต่างระหว่าง “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” กับ “การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ก็ได้ปรากฏในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญได้วัน และศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบีย¹⁸ ตัวอย่างเช่น

ในคดี C-141/2010 ศาลรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย วินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดทางให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งวาระที่สาม ซึ่งรัฐธรรมนูญ 1991 บัญญัติให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงสองวาระนั้น มิใช่เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเสมือนหนึ่งเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ (a constitutional replacement) เพราะยอมกระทบต่อการจัดสรรอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญออกแบบไว้ กระทบต่อหลักคุณและคานอำนาจ หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว จะต้องใช้กระบวนการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 376¹⁹ กล่าวคือ ต้องมีการ

¹⁷ Markus Böckenförde, *Constitutional Amendment Procedures*, (Stockholm: International IDEA, 2017) p. 12.

¹⁸ David S. Law and Ryan Whalen, “Constitutional Amendment Versus Constitutional Replacement: An Empirical Comparison”, *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, น.75.

¹⁹ Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Columbia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, Issue 2, April 2013, pp. 345-346.

จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ โดยผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน²⁰

9.2 นิติวิธีการปรับใช้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาตามมาตรา 255

หลักการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ประการหนึ่ง คือ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ เช่น จะแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนเป็น “ประเทศไทยปกครองในระบอบคอมมิวนิสต์” หรือ “ประเทศไทยมีประธานาธิบดีเป็นประมุข” มิได้ และอีกประการหนึ่ง คือ รูปแบบของรัฐ (the form of the State) ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความในมาตรา 1 “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกมิได้” ย่อมไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้ผลเป็นอย่างอื่นได้ เช่น จะแก้ไขเป็น “ประเทศไทยเป็นสหรัฐหรือสหพันธรัฐ” เช่นนี้ มิได้

อย่างไรก็ดี หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้กระทำลงในลักษณะที่ขัดแย้งจุดดั่งตัวอย่างข้างต้น หากแต่ได้สอดแทรกบทบัญญัติอื่นเพิ่มเติมเข้าไปใหม่ หรือแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และหลักความเป็นรัฐเดี่ยวของไทย โดยยังคงหลักการดังกล่าวไว้ แต่ลดทอนคุณค่าหรือสภาพบังคับของหลักการเหล่านั้นลง เช่นนี้ จะสามารถกระทำได้หรือไม่ อย่างไร ในเบื้องต้น สมควรพิจารณาถึงนิติวิธีที่ศาลต่างประเทศใช้เพื่อเป็นแนวทางการศึกษาเปรียบเทียบ จากนั้น จะได้พิเคราะห์นิติวิธีของศาลรัฐธรรมนูญไทยเป็นลำดับต่อไป

9.2.1 นิติวิธีการปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ: กฎหมายเปรียบเทียบ

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 Yaniv Roznai จำแนกระดับความเข้มงวด-เคร่งครัดของศาลในการตีความและปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพื่อควบคุมตรวจสอบ

²⁰ Columbia Constitution 1991 (subsequent amendments to 2015) Art. 376: “By means of a law approved by the members of both chambers, Congress may stipulate that the people decide by popular vote if a Constituent Assembly should be called with the jurisdiction, term, and members determined by that same law.”

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทาง “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ออกเป็น 3 ระดับ อันได้แก่²¹

- ระดับเข้มงวด คือ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหากระทบต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) ก็ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว

- ระดับปานกลาง คือ นำหลักความได้สัดส่วน (proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าหรือหลักการที่ขัดแย้งกัน หากเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ “มากเกินไป” (disproportionate violation standard) ย่อมถือว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

- ระดับเล็กน้อย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิได้กระทบกระเทือนหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญถึงขนาดที่เป็นการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว (fundamental abandonment standard)

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศในภาคสอง พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีไม่เคยวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีเนื้อหาขัดต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3) ในคดีใด ๆ เลย จึงจัดเข้าอยู่ในกลุ่มการควบคุมตรวจสอบระดับเล็กน้อย ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ตีความว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมา มิได้กระทบต่อหลักการตามมาตรา 79 (3) ถึงขนาดเป็นการละทิ้งแก่นหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว หรือ fundamental abandonment อย่างไรก็ตาม ตุลาการเสียงข้างน้อยในบางคดี เช่น คดีแอบฟังบ้านพักอาศัยโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ทางเสียง (Acoustical Surveillance of Homes Case) เสนอให้ใช้มาตรฐานการตรวจสอบที่เข้มงวดยิ่งขึ้น ซึ่งน่าจะ

²¹ Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitution Amendments, (OUP, 2019) น. 221-222.

เทียบได้กับ “เกณฑ์ไม่มากเกินสมควร” หรือ disproportionate violation²²

ส่วนศาลรัฐธรรมนูญตุรกีซึ่งมีบรรทัดฐานทางคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนกลับไปกลับมา ระหว่างการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบของศาลเฉพาะแต่รูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 148 บัญญัติไว้ *ด้านหนึ่ง* กับ*อีกด้านหนึ่ง* ศาลตีความให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งรูปแบบ กระบวนการและเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีที่ศาลเข้าควบคุมตรวจสอบในทาง “เนื้อหา” 2 คดีล่าสุดในปี 2008 และ 2010 อันได้แก่²³

- คดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกการห้ามใส่ผ้าคลุมหน้า (ฮิญาบ) ในสถานศึกษาชั้นสูง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การยกเลิกข้อห้ามดังกล่าวขัดต่อหลักรัฐที่เป็นกลางทางศาสนา (Secular State) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการของบทบัญญัตินิรันดร์ในรัฐธรรมนูญตุรกี

- คดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายมาตรา ครอบคลุมตั้งแต่เรื่ององค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ (High Council of Judges and Prosecutors) องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพในทางสังคม และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แม้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีวินิจฉัยยกคำร้องบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นส่วนใหญ่ แต่ศาลยืนยันที่จะวินิจฉัยว่าเนื้อหาของบทบัญญัติในร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเสนอชื่อผู้มีสิทธิดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในสัดส่วนของบรรดาศาลต่าง ๆ และสภาการอุดมศึกษา และบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการเลือกสมาชิกของสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ มีลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิเสนอชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการ

²² โปรดดู บทที่ 3 หน้า 136.

²³ โปรดดู บทที่ 5 หน้า 200-203.

ศาลรัฐธรรมนูญในสัดส่วนของศาลต่าง ๆ และสภาการอุดมศึกษานั้นสามารถออกเสียงเสนอชื่อได้เพียงเสียงเดียว (one vote) ทั้ง ๆ ที่ในแต่ละองค์กรนั้นมีสัดส่วนในการเสนอชื่อบุคคลผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่เท่ากันและมีสิทธิเสนอผู้ที่มีความเหมาะสมมากกว่าหนึ่งคน ย่อมมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการเลือกตั้ง (right to vote) เกินสมควร ส่งผลให้ขัดต่อหลักประชาธิปไตยซึ่งปกครองภายใต้นิติรัฐ อันเป็นหลักการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ประการหนึ่งในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตุรกี ศาลจึงวินิจฉัยให้เพิกถอนเฉพาะข้อความที่กำหนดให้ผู้เลือกตั้งมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเพียงหนึ่งเสียง และอีกประเด็นหนึ่ง คือ การให้ประธานาธิบดีมีอำนาจเลือกและแต่งตั้งสมาชิกสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ จากบรรดาอาจารย์ผู้สอนกฎหมาย เศรษฐศาสตร์ และรัฐศาสตร์ ในมหาวิทยาลัย หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูง ได้นั้น ศาลเห็นว่าเนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการเปิดช่องให้มีความเป็นไปได้ที่จะมีการบ่อนทำลายหลักความเป็นอิสระของตุลาการและหลักนิติรัฐ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานที่ไม่สามารถละเมิดได้ ดังนั้น ศาลจึงวินิจฉัยเพิกถอนเฉพาะความในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีเลือกและแต่งตั้งสมาชิกสภาสูงสุดของตุลาการและอัยการ

แม้ไม่อาจชี้ชัดได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีใช้เกณฑ์ใดเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มีข้อสังเกตว่า หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตุลาการและอาจกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ และเป็นเรื่องที่กระทบหลักรัฐที่เป็นกลางทางศาสนา ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็เลือกที่จะเข้าควบคุมตรวจสอบ และเกณฑ์ที่ใช้ก็น่าจะเข้มงวดถึงขนาดที่ว่า แม้กระทบเพียงเล็กน้อยก็ได้ (minimal effect standard) เลยทีเดียว

ในกรณีของแอฟริกาได้นั้น รัฐธรรมนูญมาตรา 167.4d บัญญัติรองรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน และศาลก็มีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบทั้งในเชิงกระบวนการและเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ รัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้มิได้บัญญัติเกี่ยวกับ

หลักการที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้ หรือบทบัญญัติที่รันตรไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้สร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างขั้นพื้นฐาน (Basic Structure Doctrine) ขึ้นมาอย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ยังคงลังเลที่จะปรับใช้หลักการดังกล่าว เพราะศาลถือว่า การตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นข้อยกเว้นจริง ๆ ดังตัวอย่างปรากฏในคดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่ออนุญาตให้มีการย้ายพรรคในระหว่างอายุสภาผู้แทนราษฎรได้นั้น²⁴ ศาลเห็นว่า แม้การอนุญาตดังกล่าว จะกระทบต่อระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วน (proportional system) ทำให้จำนวน ส.ส. ของแต่ละพรรคไม่ตรงตามผลการเลือกตั้ง แต่หลักการห้ามย้ายพรรคในระหว่างอายุสภา (anti-defection) และหลักการเลือกตั้งแบบสัดส่วนมิได้สำคัญยิ่งยวดถึงขนาดที่จัดว่าเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁵

เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้จำกัดอำนาจและบทบาทของตนเอง (judicial restraint) ในการปรับใช้หลักการว่าด้วยโครงสร้างขั้นพื้นฐาน เพื่อเข้าควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ถือตามมาตรฐานการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการ หรือ fundamental abandonment standard นั้นเอง

9.2.2 นิติวิธีของศาลรัฐธรรมนูญไทย

แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัยโดยตรงว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดมีเนื้อหาขัดต่อหลักการที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 หรือบทบัญญัติที่รันตรของไทยที่เคยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก่อนหน้านั้น แต่ศาลก็เคยเข้าไปควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

²⁴ United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening ; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae) (No 2) (CCT23/02) para. 12. และณรงค์เดช สรุโฆษิต, “การบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและข้อห้ามย้ายพรรคการเมืองในประเทศแอฟริกาใต้” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 44, 4 (ธ.ค. 2558) หน้า 926–947.

²⁵ โปรดดู บทที่ 4 หน้า 166.

ผ่านช่องทางการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งเทียบได้กับมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 เพียงแต่ว่าหลักการและบทบัญญัติอันเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบของสองกรณีนี้แตกต่างกัน

ในขณะที่มาตรา 255 เกณฑ์ในการตรวจสอบคือ “เปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือ “เปลี่ยนแปลงรูปของรัฐแบบรัฐเดี่ยว” หรือไม่ มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ใช้เกณฑ์ “กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือ “*กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ*” วลีหลังนี้เอง คือ หลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยใช้ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่าน ๆ มา แม้กรณีดังกล่าวจะมีได้ตรงกับหลักการนิรันดร์ตามมาตรา 255 ในทุกมิติ แต่กระนั้นก็ดี การศึกษาเนื้อหาควินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 น่าจะเป็นแนวทางในการวิเคราะห์และเสนอแนะได้เป็นอย่างดี

9.2.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

เนื้อหาของกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นประเด็นแห่งคดี คือ การแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ โดยบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ระบุว่า “จะยังคงรักษาระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไว้ตลอดไป” พร้อมกับมีบทบัญญัติคุ้มครองกันมิให้ร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้จัดทำร่างขึ้นนั้นไปกระทบถึง “**สาระสำคัญแห่งรัฐ**” ว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์ จะกระทำมิได้” และโดยให้ประธานรัฐสภาและรัฐสภา มีอำนาจยับยั้งร่างฯ หากร่างฯ มีลักษณะดังกล่าวให้ “ตกไป” แม้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐสภาไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อันจะมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้ หากไม่ผ่าน

การออกเสียงประชามติ ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงจึงยังไม่พอฟังได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจรัฐโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁶

9.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556²⁷

เนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นประเด็นแห่งคดี คือ เปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกวุฒิสภา จากที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดให้มาจากการเลือกตั้งและการสรรหาอย่างละครึ่ง (โดยประมาณ) และเปลี่ยนแปลงลักษณะต้องห้ามของ ส.ว. ในเรื่องข้อห้ามการเป็นบุพการี คู่สมรส บุตรของ ส.ส. และผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และระยะเวลาที่ห้ามเกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและดำรงตำแหน่งทางการเมือง 5 ปีก่อนเข้ารับการสรรหา หรือสมัครรับเลือกตั้ง ส.ว.

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการทำลายดุลยภาพของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มีเจตนารมณ์ให้ทำงานถ่วงดุลกัน ประกอบกับรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ ส.ว. เป็นอิสระจาก ส.ส. อย่างแท้จริง จึงห้ามมิให้มีความเกี่ยวพันทางเครือญาติ ดังกล่าว เพราะมีเช่นนั้น ส.ว. ย่อมไม่อาจทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลการทำงานของ ส.ส. ได้อย่างแท้จริง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภา เพราะทำให้ ส.ว. มีที่มาทางเดียวแบบ ส.ส. จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ทำให้หลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภา อันเป็น “หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” ต้องสูญเสียไปอย่างมีนัยสำคัญ กระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นำไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐ ตัดการมีส่วนร่วมของปวงประชา หลากสาขาอาชีพ เปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

²⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 24-26.

²⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 29-31.

นอกจากนี้ กระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. และส.ว.ที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้ประกาศใช้โดยไม่ต้องส่งร่างฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อน ขัดต่อหลักการดุลและคานอันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจปราศจากการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมติ 5 ต่อ 4 จึงวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 และเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

9.2.2.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557²⁸

เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นประเด็นแห่งคดี คือ การแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญกระทบต่ออาณาเขต อำนาจอธิปไตย ต้องออกพระราชบัญญัติอนุวัติการมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ จากเดิมที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และภายหลังการเจรจาหรือก่อนลงนามก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้ ยังต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ก่อนดำเนินการ อีกทั้งยังต้องให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เพิ่มคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ต่อท้ายชื่อประเภทหนังสือสัญญาดังกล่าว เป็นการให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีในการตีความ โดยอาจตีความอย่างแคบให้มีหนังสือสัญญาที่ต้อง

²⁸ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 19-26.

ผ่านกระบวนการต่าง ๆ ข้างต้น น้อยที่สุด กระทบต่อหลักการแบ่งแยกดุล และคานอำนาจและการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี อาจก่อให้เกิดอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดแก่คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญา

การตัดคำว่า “หนังสือสัญญา...มีผลกระทบต่อความมั่นคงทาง เศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา” ออกไป ด้วยเหตุผลในเชิงปฏิบัติ เช่น เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าเสียหายแก่ประเทศ เท่ากับเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาให้เหลือเพียงหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการเปิดเสรีด้านการค้าหรือการลงทุนเท่านั้น เป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญา จึงเป็นการทำลายดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เช่นเดียวกันกับการตัดข้อความ “ต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ” ย่อมเป็นการลดทอนอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติ

นอกจากนี้ ประชาชนมีสิทธิรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ แสดงความเห็น และเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาอันมีความสำคัญก่อนที่หนังสือสัญญาดังกล่าวจะมีผลผูกพัน และรัฐธรรมนูญยังส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น การตัดเนื้อหาที่ให้ประชาชนรับทราบและตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับหนังสือสัญญาก่อนมีการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ จึงเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ยิ่งไปกว่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ ส.ส. ยังเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ เนื่องจากผู้ถูกร้องได้แก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยบุคคลส่วนใหญ่ที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองเดียวกับตนได้อำนาจมากขึ้นโดยปราศจากการตรวจสอบ จึงถือไม่ได้ว่า ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากว่า²⁹ เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำการเพื่อให้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

9.2.3 บทวิเคราะห์นิติวิธีของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยกรณีตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550

ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ใช้คำว่า “*สาระสำคัญของรัฐ*” เพื่อสื่อความถึงหลักการห้ามเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและรูปของรัฐในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555³⁰ และอธิบายว่าหลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกันในระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาว่าเป็น “*หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนี้*” และระหว่างรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็น “*หลักการในระบอบประชาธิปไตย*” ในคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556³¹ ส่วนคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ใช้คำว่า “*หลักการแบ่งแยกดุลคานอำนาจและการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี*” “*หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ*” “*ดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ*” “*หลักการแบ่งแยกและดุลคานอำนาจ*”³² โดยมีได้ระบุไว้ว่า หลักการดังกล่าวเป็น “*สาระสำคัญของรัฐ*” หรือ “*หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ*”

แม้ว่าจะมีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่โดยสาระสำคัญแล้ว สรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญถือว่า หลักการดุลและคานอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งมีความหมาย 2 นัย อันได้แก่ การดุลและคานระหว่าง

²⁹ คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยคะแนนเสียง 5 เสียง อีก 3 เสียงวินิจฉัยว่า กระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหา และอีก 1 เสียง เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาตั้งแต่แรก

³⁰ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 31 กรกฎาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 118ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555 น. 25.

³¹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 30.

³² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 22 และ 24.

องค์กรผู้ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ อำนาจทางบริหาร และอำนาจทางตุลาการ และการดูแลและคานาระหว่างสภาในระบบรัฐสภาแบบสองสภา (Bicameral system) และอีกประการหนึ่ง คือ หลักการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชน

การตีความว่า ลำพังเพียงการเปลี่ยนระบบการได้มาซึ่ง ส.ว. จากสรรหา เป็นการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และการเปลี่ยนลักษณะต้องห้ามของ ส.ว. การเปลี่ยนขอบเขตของประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา และการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา ถือว่าขัดต่อหลักการดูแลและคานาอำนาจ และเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนและทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เพียงเท่านั้น ก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องสะท้อนที่ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้นสมาทานนิติวิธีการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวด โดยใช้เกณฑ์ผลกระทบแม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) เป็นมาตรฐานหลักในการควบคุมตรวจสอบ เนื่องจาก

ประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้ ส.ว. มาจากเลือกตั้งนั้นจริง ๆ แล้ว เท่ากับเป็นการเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยให้ประชาชนเป็นผู้เลือกบุคคลเป็น ส.ว. ส่วนเรื่องลักษณะต้องห้ามที่ยกเลิกไป เช่น การเป็นบุพการี คู่สมรส บุตรกับ ส.ส. ก็เป็นหนึ่งในปัจจัยที่ประชาชนจะใช้ดุลพินิจ ใช้สิทธิเลือกตั้งหรือไม่เลือกตั้งผู้นั้น แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งกำหนดให้มีสองสภาซึ่งมีที่มาที่แตกต่างกัน มีเจตนารมณ์ให้มีการดูแลและคานากันเองของสภาทั้งสองก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวมีคุณค่าในทางประชาธิปไตยดีกว่าหลักอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนและหลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากของประชาชน มิเช่นนั้นแล้ว รัฐที่มีสภาเดียว (Unicameralism) เช่น รัฐสภาเดนมาร์ก (Folketinget) หรือรัฐสภายอร์เวย์ (Riksdag) ซึ่งไม่มีหลักการดูแลและคานากันเองของสภาทั้งสองดังกล่าวเลย หรือรัฐที่มีสองสภา แต่ทั้งสองสภากลั่นแล้วแต่มีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เช่น รัฐสภาญี่ปุ่น (Diet) ย่อมต้อง

ขัดต่อหลักการดังกล่าว และไม่เป็นที่พอใจประชาชนไทย หากถือตามแนววินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ด้วยเหตุนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้กระทบต่อหลักการดุลและคานของสองสภาถึงขนาดที่ทำให้หลักการดุลและคานอำนาจของสองสภาไม่ได้ผลหรือเสื่อมประสิทธิภาพลง กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจส่งผลต่อการดุลและคานของสองสภาอยู่บ้าง แต่ก็มีได้มากจน “เกินสมควร” (disproportionate violation standard) แต่อย่างไร

ประการที่สอง การกำหนดยกเว้นมิให้ต้องส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อน ซึ่งปกติเป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติสำหรับกรณีร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 นั้น แม้ทำให้ช่องทางและประเด็นแห่งการควบคุมตรวจสอบน้อยลง คือ เหลือเพียงกรณีการควบคุมตรวจสอบหลังการประกาศใช้กฎหมาย (Post promulgation control of constitutionality) อันได้แก่ การเป็นคดีความในศาลตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 211 การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญว่าบทกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 212 และการยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 (1) ซึ่งช่องทางเหล่านี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะแต่ประเด็น “เนื้อหา” ของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถตรวจสอบประเด็น “กระบวนการ” พิจารณาร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม³³ และแม้เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะดังกล่าวมีผลเป็นการบั่นทอนระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่บ้าง แต่กระนั้นก็ดี ในเมื่อมิได้บั่นทอนถึงขนาดปิดช่องทางการตรวจสอบโดยสิ้นเชิง เพราะยังมีช่องทางให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบ “เนื้อหา” ของกฎหมายได้ จึงยังมีใช้การละเมิดหลักการดุลและคานอำนาจมากจนเกินสมควร

³³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 31/2555 วันที่ 24 ตุลาคม 2555, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130 ตอนที่ 7ก วันที่ 23 มกราคม 2556 น. 6-7.

ประการที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงประเภทและขอบเขตของหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในขั้นตอนต่าง ๆ ของการทำหนังสือสัญญาในลักษณะดังกล่าวนั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงให้เหมือนเช่นที่เคยเป็นมาก่อนหน้ารัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยที่ยังมีกระบวนการขั้นตอนที่เคร่งครัดและเข้มงวดกว่ารัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ก่อนหน้านั้น

จริงอยู่ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภา และอาจทำให้ดุลยภาพของอำนาจระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเปลี่ยนแปลงไปบ้าง แต่ก็ไม่ได้มากถึงขนาดที่เป็นการทำลายดุลยภาพดังกล่าวจนเกินสมควร เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้เปลี่ยนแปลงถึงขนาดยกเลิกอำนาจของรัฐสภาในกระบวนการทำหนังสือสัญญาอย่างสิ้นเชิง เพราะยังมีหนังสือสัญญาที่สำคัญอีกหลายประเภทยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา และรัฐสภายังคงมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาต่าง ๆ อยู่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐสภายังคงไว้ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ตามหลักการดุลและคานอำนาจอยู่นั่นเอง นอกจากนี้ แม้เป็นที่ยอมรับกันอย่างสากลให้รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่นิติสัญญา แต่ก็ยอมรับกันอีกว่า กระบวนการเจรจาต่อรองนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ภายใต้เงื่อนไขว่า ฝ่ายบริหารจะให้สัตยาบันเพื่อให้สนธิสัญญามีผลผูกพันรัฐได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว³⁴ ที่สำคัญ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในเรื่องนี้ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับก่อนฉบับปี พ.ศ. 2550 แล้ว พบว่า เนื้อหาที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นยังมีหลักประกันการต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาและการมีส่วนร่วมของประชาชนที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับที่เคยมีมาก่อนหน้านั้นทั้งสิ้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญที่ใช้ในภายหลัง คือ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 178 ก็มีบทบัญญัติที่ผ่อนปรนแก่ฝ่ายบริหารมากกว่ามาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550

³⁴ Jenny S. Martinez, “Horizontal structuring” in Michel Rosenfeld และ András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2012) pp. 565-566; และโปรดดู บรรคัตต์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, (วิญญูชน, 2538) น. 57-68.

เสียอีก ยิ่งไปกว่านั้น ยังคงมีช่องทางอื่น ๆ นอกเหนือจากการให้ความเห็นชอบแก่หนังสือสัญญา ที่รัฐสภาจะใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เช่น การอภิปรายทั่วไป หรือคณะกรรมการกิจการต่างประเทศของสภา จึงเห็นได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมีเนื้อหาดังกล่าว มิได้กระทบต่อหลักการดูแลและคานาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมากเกินไปจนเกินสมควร

ประการที่สี่ การยกระดับสิทธิของประชาชนในการเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาอันมีความสำคัญก่อนที่หนังสือสัญญาดังกล่าวจะมีผลผูกพันให้มีระดับความสำคัญถึงขนาดที่ไม่สามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้เลย ทั้ง ๆ ที่สิทธินี้ไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยฉบับใด ๆ มาก่อน และเท่าที่ตรวจสอบรัฐธรรมนูญต่างประเทศจำนวนมาก ก็ไม่ปรากฏว่า มีการรับรองสิทธิประการนี้ในฐานะที่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ สมมติว่า มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจริง ก็มีข้อว่า ประชาชนจะไม่สามารถเข้าถึงเนื้อหารายละเอียดของหนังสือสัญญาได้เลย เนื่องจากประชาชนยังคงมีสิทธิที่จะรับทราบและเข้าถึง “ข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ” ตามที่มาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปีพ.ศ. 2550 ค้ำครองไว้ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็ได้พบการรับรองสิทธิเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาฯ ดังกล่าวแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่า สิทธิประการนี้ มิใช่สิทธิขั้นพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น การตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดสิทธิประการนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศฯ จึงเป็นการตีความเพื่อเข้าควบคุมตรวจสอบแบบเคร่งครัดเข้มงวด หรือแบบ minimal effect standard

ประการที่ห้า ศาลรัฐธรรมนูญตีความหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ คือ การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการดำรงตำแหน่งสาธารณะ ไม่สอดคล้องกับหลักสากล กล่าวคือ หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (conflict of interest) ก็ดี หลักปราศจากอคติ (rule against bias) ก็ดี ล้วนแล้วแต่มีข้อยกเว้นประการหนึ่ง คือ กรณีที่มีเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวหรือองค์กรเดียวซึ่งมีอำนาจ

หน้าที่ในเรื่อนั้น แม้มีความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการปฏิบัติหน้าที่ ก็สามารถใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวได้ เพราะไม่มีเจ้าหน้าที่อื่นทำแทนได้ ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์และหลักปราศจากอคติ ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาสหรัฐสามารถตัดสินคดีความเกี่ยวกับการขึ้นหรือไม่ขึ้นเงินเดือนของผู้พิพากษาซึ่งรวมถึงผู้พิพากษาทุกคนในศาลฎีกาได้ แม้ผลประโยชน์ทางการเงินส่วนตัวขัดกับการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการอย่างชัดเจน เนื่องจากไม่มีองค์กรอื่นใดสามารถทำหน้าที่ตัดสินคดีดังกล่าวได้³⁵ กรณีการปฏิบัติหน้าที่ ส.ส. ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวก็เช่นกัน หาก ส.ส. ไม่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ ในรัฐไทย พิจารณาและลงมติได้

นอกจากนี้ การที่ศาลพิเคราะห์เข้าไปถึงเจตนาของ ส.ส. ว่ามุ่งให้ฝ่ายบริหารซึ่งอยู่พรรคการเมืองเดียวกัน มีอำนาจมากขึ้นโดยปราศจากการตรวจสอบมองในอีกมุมหนึ่ง กลายเป็นการมองโลกในแง่ร้ายของศาลเองที่มีต่อฝ่ายบริหารและ ส.ส. ของพรรคการเมืองดังกล่าว โดยศาลมิได้บรรยายข้อเท็จจริงและระบุถึงพยานหลักฐานที่ชัดเจนอันจะทำให้พิสูจน์ทราบถึงเจตนาดังกล่าวได้ จึงเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยปราศจากพยานหลักฐานสนับสนุน และที่สำคัญ ยังคงมีกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหารอีกมากที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบโดยศาลและองค์กรอิสระ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นว่าการตีความดังกล่าวของศาลไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในนานาอารยประเทศรวมทั้งประเทศไทย กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงเป็นการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เข้มงวดมากจนไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับโครงสร้างของรัฐสภาได้เลย

9.2.4 ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย

ในเบื้องต้น ผู้วิจัย เห็นว่า เกณฑ์ผลกระทบแม้เพียงเล็กน้อยดังกล่าวมิใช่นิติวิธีที่เหมาะสม ไม่ว่าจะเป็นการใช้เพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย

³⁵ United States v. Will, 449 U.S. 200 (1980); เทียบ พรบ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 2539 มาตรา 18.

รัฐธรรมนูญผ่านช่องทางมาตรา 256 (9) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ช่องทางมาตรา 210 (2) ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ หรือช่องทางมาตรา 49
สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เพราะหากยังคงตีความในแนวทางดังกล่าวต่อไป
อาจส่งผลดังตัวอย่างต่อไปนี้

- ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อยกเลิกหรือลดทอนสิทธิเสรีภาพ
ใด ๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐสภารัฐธรรมนูญได้เลย ทั้ง ๆ ที่สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ
นั้น มีทั้งที่เป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างสากล ในตราสาร
สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศ
ส่วนใหญ่ในโลกเสรีประชาธิปไตย สิทธิเสรีภาพในเชิงปฏิเสศที่มีให้รัฐเข้าแทรกแซง
และสิทธิในเชิงบวกซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดให้มีขึ้น

- รัฐสภาไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อเปลี่ยนแปลงที่มาของ
ส.ว. ได้เลย แม้เป็นการเปลี่ยนแปลงในแนวทางที่เป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น
เพราะย่อมกระทบต่อคุณภาพของระบบสองสภา มิพักต้องกล่าวถึง การนำระบบ
สภาเดียว (Unicameral system) มาใช้ในประเทศไทย

ผู้วิจัยเห็นว่าในฐานะที่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรที่รัฐธรรมนูญ
จัดตั้งขึ้น (constituted body) เฉกเช่นเดียวกับรัฐสภา แม้ศาลรัฐธรรมนูญเป็น
องค์กรที่มีหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ แต่การเข้าควบคุมตรวจสอบดุลพินิจในการ
ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (derived constituent power) ของรัฐสภานั้น
แตกต่างไปจากการควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปใช้ดุลพินิจในการกำหนดเนื้อหาสาระของ
รัฐธรรมนูญแทนรัฐสภา เว้นเสียแต่เป็นกรณีที่แย้งชัดว่า การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญของรัฐสภาจะ **“มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง”** การปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ
เท่านั้น เพราะนี่คือ สิ่งที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (original constituent
power) มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิทักษ์รักษาไว้

อนึ่ง คำว่า **“มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง”** ดังกล่าว ย่อมต้องหมายความ
รวมถึงการเปลี่ยนแปลงลักษณะหรือสาระสำคัญข้อหนึ่งข้อใดของการปกครอง

ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการมีรูปของ
รัฐแบบรัฐเดี่ยวด้วย

ในการนี้ ผู้วิจัย ขอเสนอให้ ศาลรัฐธรรมนูญไทย พิจารณาและนำ
นิติวิธีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใน “เนื้อหา” ของ
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาใช้ ภายใต้เกณฑ์และเงื่อนไขดังต่อไปนี้

กรณีแรก หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นเรื่องที่จะต้องนำไป
ออกเสียงประชามติก่อนตามมาตรา 256 (8) เช่นนี้ เพื่อเคารพต่อการตัดสินใจ
ของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในรัฐหรือเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนา
รัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้นิติวิธีการตรวจสอบระดับ
เล็กน้อย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิได้กระทบกระเทือน
หลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 255 ถึงขนาดที่เป็นการ
“ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว
(fundamental abandonment standard) อันเป็นนิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญ
เยอรมันใช้ในการวินิจฉัยคดีประเภทนี้

กรณีที่สอง หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิใช่เรื่องที่ต้อง
นำไปออกเสียงประชามติก่อนตามมาตรา 256 (8) เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ
ควรใช้นิติวิธีการตรวจสอบระดับปานกลาง คือ นำหลักความได้สัดส่วน
(proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าหรือ
หลักการที่ขัดแย้งกัน เฉพาะกรณีที่เนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
กระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ
“มากเกินไปสมควร” (disproportionate violation standard) เท่านั้น จึงจะ
ถือว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 255

ข้อเสนอข้างต้น ผู้วิจัยเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญไทยนำไปปรับใช้กับการ
ยื่นคำร้องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางมาตรา 256 (9) และ
มาตรา 210 (2) แต่สำหรับกรณีการเสนอคำร้องโดยประชาชนตามมาตรา 49 นั้น
เนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจำกัดไว้ว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพ

เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้” จึงเป็นกรอบในตัวเองว่า การตีความมาตรานี้ควรจำกัดอยู่ในกรณี ที่หนึ่ง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยอมไม่ขัดมาตรา 255 ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติม มิได้ “ล้มล้าง” “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐาน หรือสาระสำคัญของหลักการนิรันดร์ในมาตราดังกล่าว³⁶

9.3 การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นระบอบการปกครองที่ตั้งอยู่บนหลักการสองข้อ อันได้แก่ หลักประชาธิปไตย และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ ระบอบการปกครองนี้เริ่มต้น ณ วันที่ 24 มิถุนายน 2475 และแม้ว่าจะเผชิญกับการเปลี่ยนแปลงอยู่หลายครั้ง ทั้งในเชิงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญลดหรือขยายพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือนอกรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือ การรัฐประหาร ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่สิ่งหนึ่งที่อยู่คู่สังคมและระบบกฎหมายไทยเรื่อยมาจนยอมรับกันว่าเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนไทย ก็คือ สถาบันพระมหากษัตริย์³⁷

9.3.1 ลักษณะทางกฎหมายของการมีประมุขแห่งรัฐแบบพระมหากษัตริย์

ประมุขของรัฐ คือ ตำแหน่งหัวหน้าของรัฐ เป็นตำแหน่งที่มีอำนาจกระทำการแทนรัฐและผูกพันรัฐ ทั้งในกิจกรรมที่เป็นเรื่องภายในของรัฐและ กิจกรรมที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นภารกิจในเชิงพิธีการ เช่น การเปิดประชุมรัฐสภา หรือภารกิจที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เช่น การลงนามใน “ร่างกฎหมาย” ให้มีผลเป็น “กฎหมาย”³⁸

ประมุขของรัฐนั้น มีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ พระมหากษัตริย์ และ ประธานาธิบดี ทั้งนี้ ในบรรดาประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น มักจะมี ลักษณะทางกฎหมายร่วมกันดังนี้

³⁶ โปรดดู บทที่ 7 น. 234-241

³⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (วิญญูชน, 2537) น. 191-196.

³⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น. 301.

9.3.1.1 การสืบทอดตำแหน่งทางสายโลหิต

ผู้ดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์มาจากการสืบทอดทางสายโลหิต (Hereditary) มิได้มาจากการเลือกตั้ง แม้บางประเทศ เช่น มาเลเซีย ตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดี “ยังดีเปอตวนอาอง” (Yang di-Pertuan Agong) มาจากการเลือกในระหว่างกันเองของ “สุลต่าน” (Sultan) ซึ่งเป็นประมุขของมลรัฐ 9 แห่งก็ตาม³⁹ แต่ตำแหน่งสุลต่านก็สืบทอดกันตามสายโลหิตอยู่ดี และในความเป็นจริงจะเป็นการหมุนเวียนกันดำรงตำแหน่งในบรรดาสุลต่านเสียมากกว่า⁴⁰

ส่วนของไทย การสืบราชสมบัติเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 20 มาตรา 21 และมาตรา 22 และกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

นอกจากนี้ ในประเทศอังกฤษ การขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยลำดับแห่งการสืบราชสมบัติ (line of succession) แล้ว ยังต้องได้รับการรับรองและยินยอมจากรัฐสภาด้วย⁴¹ รัฐธรรมนูญไทยในอดีตทุกฉบับก่อนรัฐธรรมนูญ 2534 ก็ถือตามหลักการนี้ โดยบัญญัติให้การสืบราชสมบัติเป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา⁴² อย่างไรก็ดี ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2534 เป็นต้นมา อำนาจรัฐสภาในการให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติของพระมหากษัตริย์ในกรณีปกติถูกตัดออกไป รัฐสภามีหน้าที่เพียงรับทราบถึงการสืบราชสมบัติเท่านั้น แต่ทั้งนี้ ในกรณีที่มิได้

³⁹ Malaysia Constitution, section 32.

⁴⁰ Elliot Bulmer, Constitutional Monarchs in Parliamentary Democracies, (Stockholm: International IDEA, 2017) p. 12.

⁴¹ เจษฎา พรโชษา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546) น. 164.

⁴² พรบ. ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 4; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2475 มาตรา 9; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2489 มาตรา 9; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2490 มาตรา 12; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492 มาตรา 23; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับปี พ.ศ. 2495 มาตรา 21; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 มาตรา 22; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 25; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 มาตรา 20. โปรดดู วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, น. 336-348.

ทรงตั้งพระราชทายาทไว้ รัฐสภาย่อมมีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่
คณะองคมนตรีเสนอพระนามให้ขึ้นครองราชย์⁴³

9.3.1.2 การดำรงตำแหน่งโดยไม่มีวาระ

บุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์สามารถดำรงตำแหน่ง
ดังกล่าวได้โดยไม่มีวาระการดำรงตำแหน่ง⁴⁴ (life tenure) การพ้นจากตำแหน่ง
จะเกิดขึ้นเมื่อสิ้นพระชนม์หรือสละราชสมบัติ อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อยกเว้นอยู่บ้าง
ในกรณีที่ประเทศนั้นเป็นรัฐรวม เช่น มาเลเซีย ตำแหน่งสมเด็จพระราชาธิบดี
มีวาระ 5 ปี⁴⁵

9.3.1.3 ความคุ้มกันและสถานะที่ไม่อาจละเมิดได้

Robert Hazell ได้ศึกษารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปซึ่งมี
พระมหากษัตริย์เป็นประมุข อันได้แก่ สหราชอาณาจักร เดนมาร์ก สวีเดน
เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม นอร์เวย์ ลักเซมเบิร์ก และสเปน พบว่า “รัฐธรรมนูญทั้งหมด
ให้ความคุ้มกันทั้งในทางแพ่งและอาญาแก่พระมหากษัตริย์”⁴⁶ โดยใช้คำว่า
“องค์พระมหากษัตริย์” “The King’s person” หรือ “The person of the King”
ซึ่งหมายถึง สถานะส่วนพระองค์ของพระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น
จึงกล่าวได้ว่า สถานะอันจะละเมิดมิได้ (inviolability) และไม่อาจกล่าวหาหรือ
ฟ้องร้องได้ขององค์พระมหากษัตริย์นั้นเป็นคุณลักษณะสำคัญอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ดี ในส่วนที่รับรองสถานะ “อันเป็นที่เคารพสักการะ” นั้น
เหลือเพียงในรัฐธรรมนูญของเดนมาร์ก ในมาตรา 13 ซึ่งใช้คำว่า “sacrosanct”
ส่วนนอร์เวย์นั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 5 เคยรับรองสถานะอันเป็นที่เคารพสักการะ

⁴³ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 มาตรา 20 และ 21; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 22 และ 23;
รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 22 และ 23; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 20 และ 21;
เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, น. 166.

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555) น. 140.

⁴⁵ Malaysia Constitution, section 32.

⁴⁶ Robert Hazell, “Monarchy in the Constitutional Text”, in Robert Hazell and Bob Morris (eds),
The Role of Monarchy in the Modern Democracy: European Monarchies Compared,
(Oxford: Hart Publishing, 2020) p. 15.

(sacred) นี้ไว้ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2018 ได้ตัดข้อความดังกล่าวออกไป เหลือแค่เพียงคำว่า “The King’s person cannot be censured or accused. The responsibility rests with his Council.” เท่านั้น

รัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ได้รับรองหลักการข้อนี้ไว้ ตั้งความว่า “องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้” วรรคสอง “ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้” หลักการในข้อหลังนี้ยังเป็นความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มีให้ไว้แก่ประมุขแห่งรัฐอีกด้วย⁴⁷

9.3.1.4 พระราชสถานะทางศาสนา

ในขณะที่บุคคลทั่วไปมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา กว่าครึ่งหนึ่งของพระมหากษัตริย์ของประเทศในยุโรป กลับมิได้มีเสรีภาพดังกล่าว เช่น พระมหากษัตริย์ของเดนมาร์ก สวีเดน นอร์เวย์ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนับถือศาสนาคริสต์นิกาย Evangelical Lutheran⁴⁸ พระมหากษัตริย์ของอังกฤษไม่เพียงแต่ต้องนับถือนิกาย Church of England เท่านั้น หากแต่พระองค์ยังทรงดำรงตำแหน่งประมุขของนิกายอีกด้วย⁴⁹

กรณีของไทย รัฐธรรมนูญ มาตรา 7 กำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก ซึ่งแปลว่า หัวหน้าผู้ทำนุบำรุงศาสนาทั้งศาสนาพุทธ และศาสนาอื่น ๆ⁵⁰

⁴⁷ เจษฎา พรุโสภา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, น. 168-171.

⁴⁸ Robert Hazell, “Constraints on the Monarchy” in Robert Hazell and Bob Morris (eds), *The Role of Monarchy in the Modern Democracy: European Monarchies Compared*, (Oxford: Hart Publishing, 2020) p. 196.

⁴⁹ เจษฎา พรุโสภา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, น. 148-149.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, น. 172.

9.3.1.5 พระราชสถานะและพระราชอำนาจในฐานะประมุขแห่งรัฐ

ในฐานะประมุขแห่งรัฐ พระมหากษัตริย์ย่อมมีสถานะเป็นประมุขของกองทัพ⁵¹ เช่น อังกฤษ⁵² สเปน⁵³ พระมหากษัตริย์ไทยก็ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทยดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 8 นอกจากนี้ ยังมีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ทั้งการสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์⁵⁴

ส่วนพระราชอำนาจอื่นๆ ของพระมหากษัตริย์นั้น มีทั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และที่เป็นพระราชอำนาจดั้งเดิมของสถาบันพระมหากษัตริย์สืบเนื่องมาแต่ในอดีต (royal prerogatives) ซึ่งจะมีอยู่น้อยมากน้อยเพียงไรนั้นขึ้นอยู่กับภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ รวมทั้งพระราชบารมีของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์

9.3.2 ลักษณะทางกฎหมายของระบอบประชาธิปไตย

9.3.2.1 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย

ความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของ “ปวงชนชาวไทย” ก็น่าจะ การกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือลงประชามติตามมาตรา 50 (7) ก็น่าจะ การรับรองหลัก ส.ส. ส.ว. ไม่อยู่ในความผูกพันแห่งอาณัติมอบหมายหรือความครอบงำใด ๆ ในมาตรา 114 ก็น่าจะ ล้วนแล้วแต่เป็นเครื่องบ่งชี้ถึงอิทธิพลของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (national sovereignty) ทั้งสิ้น ซึ่งคำว่า “ชาติ” นั้นหมายถึงที่รวมของประชาชนทั้งหมด⁵⁵ ใดๆก็ตาม นักวิชาการ เช่น เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เห็นว่า มาตรา 3 ดังกล่าว

⁵¹ Bob Morris, “Ceremonial Functions of Monarchy” in Robert Hazell and Bob Morris (eds), *The Role of Monarchy in the Modern Democracy: European Monarchies Compared*, (Oxford: Hart Publishing, 2020) p. 113.

⁵² เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, น. 149.

⁵³ Spanish Constitution 1978, section 62 h).

⁵⁴ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, น. 155 และ 215.

⁵⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2562), น. 101-102.

“อยู่บนทฤษฎีอำนาจอธิปไตยตามแนวคิดของรูสโซ” (popular sovereignty) ส่วนการกำหนดหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งนั้น “แม้ว่าโดยทางทฤษฎี แต่ทั้งนี้ ก็เพื่อความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยและเพื่อการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตยของประเทศ”⁵⁶

ไม่ว่าระบบกฎหมายไทยจะถือตามทฤษฎีใด **ตราบไต่ที่ประชาชน** ยังคงเป็น**เจ้าของอำนาจอธิปไตย** ไม่ว่าจะโดยประชาชนซึ่งเป็นองค์รวมที่เรียกว่า “ชาติ” หรือประชาชนแต่ละคน ๆ ที่มารวมกัน **ตราบนั้นก็ยังคงลักษณะพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย** และในโลกนี้ ก็มีหลายรัฐที่ยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง ซึ่งก็ยังคงสภาวะการปกครองระบอบประชาธิปไตยไว้อย่างมั่นคง⁵⁷

9.3.2.2 การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อให้เกิดการดุลและคาน

เป้าหมายสำคัญของการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการป้องกันมิให้ใครคนใดคนหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเอง สามารถใช้อำนาจรัฐได้ตามอำเภอใจ และปราศจากการตรวจสอบ จึงจำเป็นต้องแบ่งแยกการใช้อำนาจออกไป และกระจายองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าว

ในปัจจุบัน การแบ่งแยกการใช้อำนาจที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด คือ การแบ่งแยกออกเป็น การใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ การใช้อำนาจในทางบริหาร และการใช้อำนาจในทางตุลาการ โดยมอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในลักษณะแรก คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจลักษณะที่สอง และศาลใช้อำนาจในลักษณะที่สาม โดยลำดับ แต่ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า จะจำกัดลักษณะการใช้

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 99 และ 100.

⁵⁷ อำนาจอธิปไตยของชาติ เช่น Belgium Constitution, section 33 “**All powers emanate from the Nation.**”; อำนาจอธิปไตยของประชาชน เช่น Constitution of the Republic of Korea 1987, Article 1 (2) **The sovereignty of the Republic of Korea resides in the people, and all state authority emanates from the people.** และแนวคิดผสมผสานสองทฤษฎีนี้ เช่น French Constitution, 1958, Article 3. **National sovereignty shall vest in the people, who shall exercise it through their representatives and by means of referendum.**

อำนาจอยู่เพียงเท่านั้น อาจมีการจำแนกเพิ่มเติมก็ได้ แต่อย่างน้อย ต้องมีการแบ่งแยกการใช้ในสามลักษณะนี้ เพราะนี่คือ สาระสำคัญขั้นพื้นฐาน และยอมรับกันอย่างสากลว่า เป็นรูปแบบที่มีการดูแลและคานการใช้อำนาจระหว่างองค์กรต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสมที่สุด

นอกจากนี้ องค์กรที่ใช้อำนาจในทางตุลาการ หรือองค์กรศาลนั้น ไม่เพียงแต่ต้องแยกเป็นเอกเทศออกจากอีกสององค์กรเท่านั้น หากแต่จำเป็นต้องมีความเป็นอิสระ เพื่อเป็นหลักประกันการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของอีกสององค์กร ความเป็นอิสระนี้ มีอยู่ด้วยกันสามมิติ อันได้แก่ ความเป็นอิสระในเชิงสถาบัน ความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี และความเป็นอิสระในฐานะส่วนตัวของผู้พิพากษา

การแบ่งแยกการใช้อำนาจและกระจายองค์กรผู้ใช้อำนาจก็ตีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอย่างน้อยที่สุด คือ แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะข้างต้นก็ตีการมีหลักประกันความเป็นอิสระให้แก่องค์กรศาลดังกล่าวก็ดี เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดมิได้ของหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ

ส่วนการมีอยู่ขององค์กรอิสระเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพิ่มเติมขึ้นจากองค์กรศาลนั้น ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และดำรงคงอยู่เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 แม้มีการปรับปรุงเนื้อหาเกี่ยวกับองค์ประกอบ ที่มา และอำนาจหน้าที่อยู่บ้าง แต่ก็กล่าวได้ว่า องค์กรอิสระกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญไทยไปเสียแล้ว อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสร้างองค์กรใหม่ หรือแม้แต่ยุบเลิกองค์กรอิสระนี้มิได้ เช่น อาจมีการยุบองค์กรและโอนหน้าที่ตรวจสอบเรื่องดังกล่าวไปให้แก่องค์กรอิสระอื่นหรือองค์กรศาลใช้แทนได้ แต่ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต้องมีได้ส่งผลเป็นการทำลายดุลยภาพระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจต่าง ๆ เป็นต้นว่า จะกำหนดให้กระทรวงมหาดไทยจัดการเลือกตั้งและควบคุมตรวจสอบการเลือกตั้งแทน กกต. ดังเช่นในอดีต มิได้

9.3.2.3 การตัดสินใจโดยอาศัยเสียงข้างมากของประชาชน

เมื่อประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดใน การปกครองประเทศ การตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ของประเทศก็ต้องได้รับความเห็นชอบของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการตัดสินใจโดยตรงของประชาชนเอง ผ่านการออกเสียงประชามติ หรือการตัดสินใจผ่านผู้แทนของประชาชน เหล่านี้ จำเป็นต้องอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนเพื่อหาข้อยุติ (majority rule)

กลไกสำคัญในกระบวนการนี้ก็คือ การเลือกตั้งผู้แทนประชาชน ซึ่งอย่างน้อยที่สุด ต้องมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาซึ่งทำหน้าที่และมีอำนาจสิทธิ์ขาด ในการพิจารณาออกกฎหมาย กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ สภาผู้แทนราษฎร ส่วนอีกสภานี้ก็คือ วุฒิสภานั้น อาจมาจากการเลือกตั้งหรือไม่ก็ได้ ข้อสำคัญคือ หากไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน อำนาจของวุฒิสภาก็สมควร จะมีไม่มากนัก เช่น หากกล่าวในมิติการออกกฎหมาย วุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งสมควรจะมีเพียงอำนาจในการชะลอร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแล้วเท่านั้น

นอกจากนี้ การเลือกตั้งผู้แทนประชาชนดังกล่าว จำเป็นต้อง ดำเนินการโดยสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยอีกด้วย อันได้แก่ การที่ประชาชน มีสิทธิเลือกตั้งอย่างกว้างขวาง (Universal suffrage) ต้องเป็นการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน (Direct election) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งแต่ละคนต้องมีคะแนนเสียง เท่ากัน (Equal Vote) การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งต้องเป็นไปโดยลับ (Secret Ballot) การมีกำหนดเวลาเลือกตั้งที่แน่นอนเป็นประจำ (Periodic Election-on regular basis) กระบวนการเลือกตั้งและการแข่งขันของผู้สมัครและพรรคการเมืองต้อง เป็นไปโดยเสรีและมีกลไกที่ส่งเสริมให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม (Free and Fair Election)

หากไม่มีการเลือกตั้งผู้แทนประชาชน คือ ส.ส. เลย และการเลือกตั้ง ส.ส. มิได้เป็นไปตามหลักการต่าง ๆ ข้างต้นอย่างมีนัยสำคัญ เช่นนี้ ย่อมถือว่า ขาดลักษณะสำคัญทางกฎหมายของความเป็นประชาธิปไตย

9.3.2.4 การมีรัฐบาลที่รับผิดชอบต่อประชาชน

เมื่อประชาชนเลือกผู้แทนไปทำหน้าที่ตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ แทนตน ได้แก่ การออกกฎหมาย และการให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งรัฐบาล (กรณีระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา) รัฐบาลก็จะทำหน้าที่บริหารประเทศ โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นกลไกสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายกับประชาชน ผู้แทนที่ดี รัฐบาลที่ดี ล้วนแล้วแต่มีหน้าที่ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน (responsive government) นี่คือนี่หนึ่งในเป้าประสงค์ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย มิเช่นนั้นแล้ว ประชาชนก็จะไม่เลือกผู้แทนกลับไปทำหน้าที่ในสภา และอาจส่งผลให้มีการเปลี่ยนพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาล สิ่งนี้เรียกว่า วจรแห่งความรับผิดชอบทางประชาธิปไตย (democratic accountability)

ในอีกมิติหนึ่ง เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจบังคับใช้กฎหมายกับประชาชน หากเกิดความเสียหายแก่ประชาชน รัฐก็มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวแก่ประชาชน ซึ่งจะเป็นเช่นนั้นได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายจากการใช้อำนาจรัฐสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐได้ และสามารถสั่งให้รัฐเยียวยาความเสียหายดังกล่าวให้แก่ประชาชน

9.3.2.5 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และความหลากหลายในสังคม

การตัดสินใจโดยอาศัยเสียงข้างมากนั้น มิใช่ว่าจะเป็นการวินิจฉัย ที่ถูกต้องเหมาะสมเสมอไป เป็นที่ไปได้ที่ความเห็นของเสียงข้างมากนั้นอาจนำไปสู่การกดขี่ เอารัดเอาเปรียบ และลดทอนสิทธิเสรีภาพของเสียงข้างน้อยได้ ดังนั้น ระบอบประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีการรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล และมีกลไกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันความหลากหลายในสังคม

9.3.3 ลักษณะทางกฎหมายของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ ด้านหนึ่ง และระบอบประชาธิปไตย อีกด้านหนึ่ง พบว่า มีลักษณะหลายข้อ

ที่ขัดแย้งกันอยู่ในที่ การจะวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อสกัดลักษณะทางกฎหมายของระบอบการปกครองนี้ออกมาจึงเป็นเรื่องยากมาก เพราะจำเป็นจะต้องศึกษาวิจัยโดยละเอียด ทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมาย รัฐศาสตร์ และสังคมวิทยา การเมือง ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้จัดให้มีการวิจัยในประเด็นนี้เป็นการเฉพาะในโอกาสต่อไป

อย่างไรก็ดี ในเบื้องต้น เห็นว่า เมื่อมีกรณีปัญหาจะต้องวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการ “เปลี่ยนแปลง” การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องประสานประโยชน์ระหว่างหลักประชาธิปไตยและการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ ให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยคำนึงเสมอว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ หลักพื้นฐานที่สุดในการปกครองของไทย ในประเด็นนี้ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ ได้นำเสนอไว้อย่างน่าสนใจว่า สิ่งที่เกิดขึ้นนั้นเป็น

“การปะทะกันแห่งคุณค่า (Collision of values)... การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นคุณค่าสูงสุดหรือหลักการที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเท่ากับเป็นการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีคุณค่าสองประการที่อยู่ในระดับที่เสมอกันได้แก่ “ระบอบประชาธิปไตย” และ “สถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ” ซึ่งย่อมทำให้เกิดปัญหาพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญขึ้นทันทีว่า ในกรณีที่ต้องมีการชี้ขาดว่า มีการกระทำใดที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐนั้น จะหมายถึงการกระทำที่เป็นการทำลายระบอบประชาธิปไตย หรือเป็นการกระทำที่กระทบสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์”⁵⁸

“องค์กรของรัฐที่สำคัญที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาคุณค่าทั้งสองประการให้มีคุณค่าที่ได้ดุลยภาพกัน คือ องค์กรตุลาการ

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานการศึกษาค้นคว้าวิจัย “ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy)”, (กรุงเทพฯ: แอคทีฟ ปับริช, 2563) น. 297.

โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ... ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักคุณค่าทั้งสองประการและประสานคุณค่าทั้งสองประการให้สมดุลกัน แต่สิ่งสำคัญที่ศาลต้องพิจารณา ก็คือ การใช้การตีความกฎหมายของศาลนั้นต้องสอดคล้องกับระบอบการปกครองของไทย ซึ่งได้แก่ ระบอบประชาธิปไตยมีฐานคติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นด้านหลักหรือเป็นพื้นฐานที่สุด... แม้การชั่งน้ำหนักและการประสานประโยชน์ในเรื่องดังกล่าวจะทำให้ยากในทางปฏิบัติ แต่ศาลจะต้องใช้ความพยายามอย่างมากที่สุดในการคุ้มครองคุณค่าทั้งสองประการไปพร้อม ๆ กัน กล่าวให้ชัดที่สุด ศาลจะต้องตัดสินคดีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการพิทักษ์การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขให้มีลักษณะที่เป็นประชาธิปไตยมากที่สุดนั่นเอง”⁵⁹

ตัวอย่างการประสานประโยชน์ระหว่างหลักการสองอย่างนี้ คือ เรื่องพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งผู้วิจัยได้วิเคราะห์ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจดังกล่าว แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติไว้ โดยอาศัยประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นรากฐานเหตุผล พร้อม ๆ กับการวิเคราะห์ถึงที่มาของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งมีประชาชนและพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกัน และตีความว่า ในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็ย่อมมีอำนาจเหนืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น พระมหากษัตริย์จึงทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ในขณะที่เดียวกัน รัฐสภาในฐานะองค์กรที่ได้รับความมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ แม้มิได้รับมอบอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกลับไปยังพระมหากษัตริย์ดังเช่นกรณีร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบ

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, น. 461.

รัฐธรรมนูญ แต่เมื่อโดยประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รัฐสภาที่มีอำนาจนี้มาโดยตลอด กรณีที่ย่อมต้องอุดช่องว่างโดยให้น้ำหนักกับหลักประชาธิปไตยโดยผู้แทนที่มีจากการเลือกตั้งของประชาชน มากกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ⁶⁰ ดังนั้น ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านที่ประชุมรัฐสภา ที่ประชุมรัฐสภาย่อมมีอำนาจที่จะยืนยันร่างกลับไปได้

อย่างไรก็ดี หากเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ เช่นนี้ ในเมื่อประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 อีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เมื่อพิเคราะห์โดยอาศัยหลักประชาธิปไตยเป็นพื้นฐาน ก็ย่อมวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า การให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีเช่นนี้ ย่อมเท่ากับเป็นการถือหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขให้อยู่เหนือกว่าหลักประชาธิปไตยที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน และทำให้พระราชประสงค์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องเผชิญหน้ากับความประสงค์ของประชาชน ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ไม่ถูกต้องเหมาะสม เพื่อให้หลักประชาธิปไตยอันเป็นพื้นฐานรองรับหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กรณีจึงต้องวินิจฉัยว่า พระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว⁶¹

9.3.4 กรณีศึกษาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย

9.3.4.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543: หน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 68 กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า พระมหากษัตริย์ พระราชินี

⁶⁰ โปรดดู บทที่ 8 หน้า 279.

⁶¹ โปรดดู บทที่ 8 หน้า 280.

พระราชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือไม่
ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้บรรดาธิบายเกี่ยวกับหลักพระมหากษัตริย์
ทรงดำรงตำแหน่งอยู่เหนือการเมือง และหลักความเป็นกลางทางการเมืองของ
พระมหากษัตริย์ ไว้ที่น่าสนใจยิ่ง ดังความว่า

“รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่า
พระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะ
พิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคตินิยมการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์
ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพ
สักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์
ในทางใด ๆ มิได้ ... เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตย
แล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้
อำนาจนั้นอีก... ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 บัญญัติให้บุคคล
มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุ
อันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิ... เนื่องจาก
พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนือ
การเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบ
กับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และ
พระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด...

...หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชทายาท และ
พระบรมวงศานุวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายกษัตริย์ราชบัลลังก์
ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความ
ใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิบัติ
พระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิ
เลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับ
หลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลาง
ทางการเมืองของพระมหากษัตริย์

เพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ใช้กับ พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และมาตรา 23...”⁶²

9.3.4.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562: การเสนอชื่อ ทูลกระหม่อมหญิงในรายชื่อนายกรัฐมนตรีของพรรคไทยรักษาชาติ

พรรคไทยรักษาชาติมีหนังสือแจ้งต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง เสนอชื่อ ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นบุคคลใน รายชื่อนายกรัฐมนตรีของพรรคที่จะเสนอต่อที่ประชุมรัฐสภา พร้อมหนังสือยินยอม จากทูลกระหม่อม ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวของ พรรคไทยรักษาชาติถือเป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมือง เพราะกระทำการอันเป็น ปฏิบัติก่อกองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข

ในประเด็นเกี่ยวกับสาระสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับแรกสืบต่อมาจากฉบับปัจจุบัน

“...เป็นเจตนารมณ์ร่วมของการสถาปนาระบอบการปกครอง ของไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เริ่มแรก อันเป็นฉันทามติที่ฝ่ายสภา ผู้แทนราษฎรได้ให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่า พระมหากษัตริย์ และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง โดยเฉพาะในแง่การไม่เข้าไปมีบทบาทเป็นฝักฝ่ายต่อสู้แข่งขัน รณรงค์ทางการเมือง อันอาจจะนำมาซึ่งการโจมตีตีโต้แย้ง และ กระทบต่อความสงบเรียบร้อยสมครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับราษฎร ที่เป็นพื้นฐานของ ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

⁶² คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2543, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 117 ตอนที่ 68ก วันที่ 19 กรกฎาคม 2543 น. 6-7.

ทรงเป็นประมุข ถึงแม้ในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล สถาปนาผู้แทนราษฎรได้มีการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ทั้งฉบับอันนำมาสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2489 ซึ่งได้เว้นการบัญญัติจำกัดบทบาทของพระบรมวงศานุวงศ์ในการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นก็ทำให้หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยฐานะของสมาชิกพระบรมวงศานุวงศ์อันเป็นที่เคารพเหนือการถูกตีเตียน และไม่ควรแก่ตำแหน่งทางการเมืองอันอาจกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องถูกลบทิ้งไป...

หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามนัยวินิจฉัยของรัฐธรรมนูญข้างต้นสอดคล้องกับหลักการที่ถือว่า พระมหากษัตริย์ทรงราชย์ แต่ไม่ได้ทรงปกครอง (reigns, but does not rule) อันเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาที่นานาอารยประเทศซึ่งพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ กล่าวคือพระมหากษัตริย์เป็นบ่อเกิดแห่งความชอบธรรมของระบบการเมือง เป็นศูนย์รวมจิตใจของคนในชาติ และดำรงความเป็นปึกแผ่นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐทรงใช้อำนาจอธิปไตยโดยผ่านสถาบันการเมืองในระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยมีความแตกต่างจากการปกครองของระบอบที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐในลักษณะอื่นซึ่งพระมหากษัตริย์มีบทบาททางการเมืองโดยตรงในการใช้อำนาจทางการเมือง ดังปรากฏในระบอบราชาธิปไตยอำนาจสมบูรณ์ (absolute monarchy) หรือการปกครองในระบอบที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐและควบคุมการใช้อำนาจทาง

การเมืองโดยผ่านการแต่งตั้งพระบรมวงศานุวงศ์ให้ดำรงตำแหน่งหน้าฝ่ายบริหาร (ruling monarchies) ดังเช่นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของบางประเทศในปัจจุบัน ดังนั้น การกระทำของพรรคไทยรักษาชาติในการเสนอชื่อทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี ในนามของพรรคการเมืองเพื่อแข่งขันกับพรรคการเมืองอื่น ๆ ในการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้งและในกระบวนการให้ความเห็นชอบแต่งตั้งบุคคลเป็นนายกรัฐมนตรีตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำที่ย่อมเล็งเห็นได้ว่าจะส่งผลให้ระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทยแปรเปลี่ยนไปสู่สภาพการณ์เดียวกับระบอบการเมืองที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐ และมีพระบรมวงศานุวงศ์ทำหน้าที่ใช้อำนาจทางการเมืองในการปกครองประเทศ สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมมีผลให้หลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบราชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ถือว่า พระมหากษัตริย์ทรงราชย์แต่มีได้ทรงปกครองต้องถูกเซาะกร่อน ทำลายให้เสื่อมทรามไปโดยปริยาย”⁶³

9.3.4.3 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562: การถวายสัตย์ปฏิญาณเป็นการกระทำของรัฐบาล

การถวายสัตย์ปฏิญาณของคณะรัฐมนตรีชุดพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ถวายสัตย์ปฏิญาณโดยมีถ้อยคำไม่ถูกต้องครบถ้วนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 161 วรรคหนึ่ง ได้มีผู้ร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามช่องทางมาตรา 213 ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาโดยอ้างถึงมาตรา 46 วรรคสาม และมาตรา 47 (1) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เนื่องจาก

⁶³ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 วันที่ 7 มีนาคม 2562, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 41ก วันที่ 3 เมษายน 2562 น. 42-47.

“การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์เป็นการกระทำทางการเมือง (Political Issue) ของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์เฉพาะกับพระมหากษัตริย์ อันอยู่ในความหมายของการกระทำของรัฐบาล (Act of Government) ...

...การถวายสัตย์ปฏิญาณดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใด..”⁶⁴

9.3.4.4 บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทย

การวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 นั้น เป็นคำวินิจฉัยที่วางหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้เป็นอย่างดี ในส่วนขององค์พระมหากษัตริย์นั้น เมื่อพระองค์ท่านเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชนแล้ว ก็ย่อมไม่มีเหตุใด ๆ ที่จะกำหนดให้พระองค์ต้องมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งอีก เฉกเช่นเดียวกับกรณีพระบรมวงศานุวงศ์ ซึ่งศาลได้นำประเพณีการปกครองฯ ที่ไม่มีพระบรมวงศานุวงศ์ไทยไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หลักความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์ มาใช้เป็นแนวทางการวินิจฉัยและที่สำคัญ ในทรรศนะของผู้วิจัย ประเด็นในคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นเรื่องการกำหนดหน้าที่ไปเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ มิได้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลใด และการวินิจฉัยดังกล่าวหาได้กระทบต่อสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยแต่อย่างใดไม่

อย่างไรก็ดี ในส่วนของคำวินิจฉัย ที่ 3/2562 กรณียุบพรรคไทยรักษาชาติ นั้น เป็นการวินิจฉัยที่ให้น้ำหนักแก่หลักพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมืองและหลักความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์มากกว่าหลักความเสมอภาคและเสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นหลักพื้นฐานอีกประการหนึ่งของระบอบเสรีประชาธิปไตย เนื่องจาก **ประการแรก** มีข้อเท็จจริงว่าทุลกระหม่อมหญิงได้ลาออกจากฐานันดรแล้ว ในทางกฎหมาย ย่อมต้องถือว่า

⁶⁴ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562 วันที่ 11 กันยายน 2562 น. 3-4.

ท่านเป็นบุคคลธรรมดา ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพในทางการเมืองเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ ที่มีสัญชาติไทยโดยการเกิด มีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 และมาตรา 160 การนำหลักกฎหมายที่มีใช้ลายลักษณ์อักษร และมีได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาเป็นเหตุในการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางการเมืองของบุคคล ย่อมขัดต่อหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ อนึ่ง แม้ศาลรัฐธรรมนูญได้ชี้ประเด็นว่า ทูลกระหม่อมหญิง “ยังคงดำรงอยู่ในฐานะสมาชิกแห่งพระบรมราชจักรีวงศ์” ก็ตาม แต่นั่นก็เป็นเพียงสถานะทางสังคม มิใช่สถานะในทางกฎหมายแต่อย่างใด การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลจำเป็นต้องพิเคราะห์โดยตั้งอยู่บนฐานทางกฎหมายเป็นสำคัญ

ประการที่สอง การยุบพรรคไทยรักษาชาติเพียงเพราะเหตุที่เสนอชื่อทูลกระหม่อมหญิงเป็นบุคคลที่จะเสนอเป็นนายกรัฐมนตรีในนามของพรรค โดยถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองนั้นๆ เป็นการวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับหลักการยุบพรรคในทางสากลที่จะต้องมีการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นการกระทำที่ใช้ความรุนแรงเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจรัฐ การวินิจฉัยยุบพรรคไทยรักษาชาติเพียงเพราะการเสนอชื่อทูลกระหม่อมหญิงฯ เป็นผู้สมควรเลือกเป็นนายกรัฐมนตรี เท่านั้น ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการยุบพรรคการเมือง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย

อนึ่ง หากเป็นกรณีพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์อื่นที่ยังดำรงฐานันดรอยู่ ผู้วิจัยกลับเห็นพ้องด้วยกับข้อวินิจฉัยและเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ เพราะสถานะทางกฎหมายของพระบรมวงศานุวงศ์เกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์อย่างยิ่ง และอาจกระทบต่อหลักความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์ได้ แต่กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ลำพังเพียงเหตุดังกล่าวไม่อาจถือเป็นเหตุยุบพรรคการเมืองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์การยุบพรรคที่ได้รับการยอมรับในทางสากล⁶⁵

⁶⁵ โปรตดู ณรงค์เดช สุระโษิต, แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง, (เอพี ดีไซน์ กราฟิกและการพิมพ์, 2554)

ส่วนคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562 นั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับผล คือ ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา เนื่องจากผู้ร้องในกรณีดังกล่าว มิได้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เพราะการกระทำของ คณะรัฐมนตรี คือ การถวายสัตย์ปฏิญาณไม่ถูกต้องแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญ จึงไม่ควรรับคำร้องไว้วินิจฉัยเพราะเหตุข้อนี้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญกลับไป วินิจฉัยถึงขนาดที่ว่า การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์เป็นการกระทำของ รัฐบาล ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญใด ตรงจุดนี้เองที่ผู้วิจัยยังสงสัยอยู่ว่า การกระทำที่เป็นแบบพิธีเช่นนี้ หากเป็นการจงใจ ไม่ปฏิบัติหรือจงใจปฏิบัติไม่ถูกต้อง จะไม่มีองค์กรใดในระบบกฎหมายไทยตรวจสอบ ได้เลยหรือ และบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ต้องมีความรับผิดชอบในทางรัฐธรรมนูญเลย ใช่หรือไม่

ในประเด็นนี้ ดร. รวิินทร์ สติลาพัฒนา และชมพูนุช ตั้งถาวร ซึ่งทำวิจัย ในประเด็นการกระทำของรัฐบาลของไทยเปรียบเทียบกับอังกฤษและฝรั่งเศส ได้วิเคราะห์วิจารณ์ไว้อย่างน่าสนใจ สรุปความได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลขึ้นเพื่อเป็นเหตุผลปฏิเสธไม่รับฟ้อง แต่ “ก็ไม่ได้ให้เหตุผล อธิบายว่าการถวายสัตย์ดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเพราะเหตุใด ตลอดจนหาได้นำเกณฑ์บังคับชี้การกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้อย่างชัดเจน”⁶⁶ “มิได้อธิบายการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้ากับเกณฑ์บังคับชี้การกระทำทางรัฐบาล สามประการคือเกณฑ์องค์กร เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ และเกณฑ์ลักษณะแห่ง การกระทำ”⁶⁷ และ ดร. รวิินทร์ เห็นว่า “ความจริงแล้ว การถวายสัตย์เป็นขั้นตอน และกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ชัดเจน ไม่ใช่การดำเนินการ ที่ฝ่ายบริหารจะมีดุลพินิจว่าจะดำเนินการอย่างไรก็ได้”⁶⁸ “เนื่องจากการ ถวายสัตย์ปฏิญาณตามข้อพิพาทเป็น “แบบพิธีทางรัฐธรรมนูญหรือขั้นตอน

⁶⁶ รวิินทร์ สติลาพัฒนา และชมพูนุช ตั้งถาวร, รายงานวิจัย มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (สถาบันพระปกเกล้า, 2563) น. 47.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, น. 106-107.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, น. 47.

ตามรัฐธรรมนูญที่ต้องปฏิบัติ” หาใช่เป็น “การกระทำทางการเมือง” ดังเช่น การดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาล”⁶⁹

อีกประเด็นที่น่าสนใจและสมควรมีการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปอีกก็คือ ข้อสังเกตของ ดร. รวิินทร์ และชมพูนุช ที่ว่า “หากแต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญ เลือกจะวินิจฉัยว่าประเด็นดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาล ก็เนื่องจากว่า ถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ก็อาจจะกระทบต่อการใช้พระราชอำนาจ ซึ่งศาลมองว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ถือเป็น สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของชาติและประเทศไทย จึงเลือกที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัย เพราะอาจเกิดความไม่เหมาะสมได้”⁷⁰

นอกจากนี้ ดร. รวิินทร์ และชมพูนุช ยังวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจ เกิดขึ้นจากแนววินิจฉัยนี้ว่า

“บรรทัดฐานของศาลในคำสั่งเรื่องปมถวายสัตย์เมื่อ พ.ศ. 2562 ยังมีผลแปลงให้การกระทำทางรัฐบาลกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพที่จะมีส่วนร่วมทางการเมืองและตรวจสอบ ภาครัฐของปัจเจกชนกลายเป็นขัดขวางข้ามกันเสียอีก เนื่องจาก บรรทัดฐานดังกล่าวยืนยันว่าหากการกระทำของฝ่ายบริหารใด จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ประชาชนก็ไม่อาจใช้สิทธิยื่นคำร้อง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำนั้น ในทัศนะของคณะผู้วิจัย แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยในส่วนใหญ่ไม่สอดคล้องกับบริบททางประวัติศาสตร์ รัฐธรรมนูญของไทยที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะภายหลังเหตุการณ์ ปฏิรูปรัฐธรรมนูญ เมื่อ พ.ศ. 2540”⁷¹

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, น. 50.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, น. 47.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, น. 114.

9.4 รูปของรัฐแบบ “รัฐเดี่ยว”

รัฐเดี่ยว (Unitary State) หมายถึง รัฐที่รวมศูนย์อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจรัฐไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน มีศูนย์กลางทางการเมืองการปกครองและกฎหมายที่เป็นเอกภาพทั่วทั้งอาณาเขตแห่งรัฐ ศูนย์กลางนี้มีอำนาจอธิปไตยบริบูรณ์ทั้งภายในและภายนอก ไม่ได้มีหน่วยการเมืองการปกครองอื่นมาร่วมใช้อำนาจอธิปไตย และบุคคลทุกคนในดินแดนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายที่ออกโดยศูนย์กลางอำนาจดังกล่าว⁷²

นับแต่รัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475 เป็นต้นมา⁷³ รัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับไม่เว้นแม้แต่ “ธรรมนูญการปกครอง” หรือ “รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว” ที่ใช้ในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ ภายหลังการรัฐประหารต่างก็ได้บัญญัติรับรองรูปของรัฐของประเทศไทยเป็นแบบรัฐเดี่ยว (Unitary State) ดังความที่เหมือนกันตลอดมาว่า สยามประเทศหรือประเทศไทย “เป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้”⁷⁴ ด้วยเหตุนี้ ย่อมถือได้ว่า การมีรูปของรัฐแบบรัฐเดี่ยวเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญหรือหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญของไทย⁷⁵

9.4.1 ลักษณะทางกฎหมายของ “รัฐเดี่ยว”

จากนิยามข้างต้น อาจจำแนกลักษณะทางกฎหมายของรัฐเดี่ยวเพื่อใช้เป็นเกณฑ์วิเคราะห์ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักความเป็นรัฐเดี่ยวของไทยได้ ดังนี้

⁷² เทียบ ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ: ภาค 1 ความนำทั่วไป, (สารศึกษาการพิมพ์, 2524) น. 312-313.

⁷³ รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปของรัฐไทย

⁷⁴ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2475 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2489 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2490 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492 ม. 1; ธรรมนูญการปกครอง ฉบับปี พ.ศ. 2502 ม.2; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 ม. 1; ธรรมนูญการปกครองฉบับปีพ.ศ. 2515 ม.1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2519 ม. 1; ธรรมนูญการปกครอง ฉบับปี พ.ศ. 2520 ม.1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 ม. 1; ธรรมนูญการปกครอง ฉบับปี พ.ศ. 2534 ม.1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ม. 1; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ม. 1.

⁷⁵ ในการจัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492 เคยมีการอภิปรายข้อเสนอให้ประเทศไทยเป็นรัฐรวม แบ่งเป็นมณฑลเทศาภิบาล แต่ข้อเสนอดังกล่าวตกไป ต่อมา โมคิน พลกุล วิเคราะห์ว่า ข้อเสนอดังกล่าวเป็นความสับสนระหว่างรัฐรวมกับการปกครองส่วนท้องถิ่น โปรคดู โมคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529) น. 5-6.

9.4.1.1 รัฐเดี่ยวมีอาณาเขตแห่งรัฐเป็นอันหนึ่งอันเดียวภายใต้ อำนาจอธิปไตยหนึ่งเดียวกัน

รัฐเดี่ยวมีอาณาเขตแห่งรัฐเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเดียวกัน แม้ว่าดินแดนต่าง ๆ ของรัฐอาจไม่ได้ยึดติดต่อกัน หรือมีดินแดนโพ้นทะเล เช่น สหราชอาณาจักรมี Gibraltar อยู่บริเวณตอนเหนือของสเปน หรือฝรั่งเศสมี New Caledonia เป็นหมู่เกาะในมหาสมุทรแปซิฟิกได้ นอกจากนี้ การแบ่งดินแดนออกเป็น ส่วน ๆ จัดตั้งเป็นหน่วยการปกครอง เช่น จังหวัด อำเภอ เขต ฯลฯ ก็เป็นเพียงหน่วยย่อยภายใต้บังคับของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารเท่านั้น หน่วยย่อย ๆ ดังกล่าวมิได้มีหรือใช้อำนาจอธิปไตยของตนเอง

การแบ่งหน่วยการปกครองในรัฐเดี่ยวจึงแตกต่างไปจากกรณีของรัฐรวมแบบสหพันธรัฐ/สหรัฐ (Federation) ที่แต่ละมลรัฐต่างก็มีอำนาจอธิปไตยของตนเองเหนือเขตดินแดนมลรัฐของตนเอง⁷⁶ หรือที่เรียกกันว่า “อำนาจอิสระในการปกครองตนเอง” (autonomy)⁷⁷ เคียงคู่ไปพร้อม ๆ กับอำนาจอธิปไตยของสหพันธรัฐ/สหรัฐเหนือดินแดนของมลรัฐต่าง ๆ ที่รวมกันเข้าเป็นสหพันธรัฐ/สหรัฐ ทั้งนี้ บนเงื่อนไขว่า อำนาจอธิปไตยของมลรัฐย่อมถูกจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ/สหรัฐ ที่สำคัญก็คือ มลรัฐต้องไม่มีอำนาจอธิปไตยในทางระหว่างประเทศ และสหพันธรัฐ/สหรัฐเท่านั้นที่ทรงอำนาจอธิปไตยในทางระหว่างประเทศ⁷⁸

9.4.1.2 รัฐเดี่ยวมีประมุขของรัฐเพียงคนเดียว

รัฐเดี่ยวจะมีประมุขของรัฐ (Head of State) เพียงคนเดียว⁷⁹ ในขณะที่รัฐรวมบางประเภทที่มีกษัตริย์เป็นประมุข จะมีทั้ง *ประมุขของมลรัฐ*

⁷⁶ ข้อถกเถียงในประเด็นนี้โปรดดู Dieter Grimm, Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept, (Columbia University Press, 2015) pp. 51-67; และ James R. Alexander, “State Sovereignty in the Federal System: Constitutional Protections under the Tenth and Eleventh Amendments”, Publius, Vol. 16, No. 2 (Spring, 1986), pp. 1-15.

⁷⁷ Aalt Willem Heringa, Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law, (Intersentia, 2019) p. 69.

⁷⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555) น. 90.

⁷⁹ ในอดีต เคยมีการกำหนดให้คณะบุคคล (collegial body) เป็นประมุขแห่งรัฐ แต่ก็เป็นคณะบุคคลเดียว เช่น The Presidium of the Supreme Soviet ตามรัฐธรรมนูญ 1936

ในแต่ละมลรัฐและ**ประมุขของสหรััฐคู่ขนานกัน** เช่น มาเลเซีย มี “สุลต่าน” (Sultan) เป็นประมุขมลรัฐ และมี “ยังดีเปอตานอากง” (Yang di-Pertuan Agong) เป็นประมุขสหรััฐ หรือสหรััฐอาหรับเอมิเรตส์ มี “เชก” (Sheikhs) เป็นประมุขมลรัฐ และมีประธานาธิบดีแห่งสหรััฐอาหรับเอมิเรตส์ (President of the United Arab Emirate) เป็นประมุขสหรััฐ ทั้งนี้ ตำแหน่งประมุขสหรััฐของสองประเทศดังกล่าวมาจากการเลือกกันเองในหมู่ประมุขมลรัฐ⁸⁰

9.4.1.3 รัฐเดี่ยวมีโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเพียงระดับเดียว

รัฐเดี่ยวมีโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเพียงระดับเดียว ได้แก่ องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี และองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางตุลาการ คือ ศาล ครบถ้วนทั้งสามลักษณะเพียงระดับเดียว เท่านั้น ในขณะที่รัฐรวมจะมีโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยสองระดับคู่ขนานกันไป ตัวอย่างเช่น กรณีของสหรััฐอเมริกา จะมีระดับสหรััฐ ได้แก่ รัฐสภา (Congress) ประธานาธิบดี (President of the United States) และศาลแห่งสหรััฐ (Federal Courts) และระดับมลรัฐ ได้แก่ สภามลรัฐ (State Legislature) ผู้ว่าการรัฐ (Governor) และศาลมลรัฐ (State Courts)

ด้วยความที่มลรัฐมีอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอิสระในการปกครองตนเอง มลรัฐจึงสามารถกำหนดโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐได้เองโดยอิสระ อาทิ องค์ประกอบและที่มาของสมาชิกสภามลรัฐ ฝ่ายบริหาร และตุลาการของมลรัฐจะเป็นอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ ซึ่งมลรัฐกำหนดขึ้นเอง เช่น รัฐเนบราสกาของสหรััฐอเมริกา มีรัฐสภาแบบสภาเดี่ยว (Unicameral) ในขณะที่มลรัฐอื่น ๆ เป็นสองสภา (Bicameral) แคลิฟอร์เนียมีระบบศาล 3 ชั้น คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ในขณะที่เวสต์เวอร์จิเนียมีระบบศาลเพียงสองชั้น คือ ศาลสูงสุด (Supreme Court) และศาลล่าง (Lower Courts)

⁸⁰ United Arab Emirates’s Constitution of 1971 (latest amended in 2004) ม. 46 และ 51; Malaysia Federal Constitution 1957 (amended in 2007), ม. 32 และ 38.

แต่ทั้งนี้ อำนาจในการกำหนดโครงสร้างการปกครองตนเองของมลรัฐอาจตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางอย่างตามที่รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ/สหรัฐกำหนดไว้ เช่น มลรัฐในสหรัฐอเมริกา (states) และมลรัฐในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (lander) ต้องมีการปกครองแบบสาธารณรัฐ (a republic form of government) เท่านั้น จะมีกษัตริย์ไม่ได้⁸¹ เป็นต้น

อนึ่ง แม้ว่าในรัฐเดี่ยวมีการกระจายอำนาจตามเขตพื้นที่ (Decentralization) เป็นองค์กรปกครองส่วนถิ่น โดยมีโครงสร้างภายในองค์กรแบ่งเป็นสภาท้องถิ่นและฝ่ายบริหาร เช่น องค์กรการบริหารส่วนจังหวัดมีสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดและนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด⁸² เทศบาลประกอบด้วยสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีหรือคณะเทศมนตรี⁸³ องค์การบริหารส่วนตำบลแยกเป็นสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายกองค์การบริหารส่วนตำบล⁸⁴ ซึ่งเห็นได้ว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารระดับประเทศ แต่องค์กรปกครองส่วนถิ่นต่าง ๆ ดังกล่าวมิได้มีอำนาจอิสระในการกำหนดโครงสร้างองค์กรภายในของตนเองได้ดังเช่นกรณีของมลรัฐในสหพันธรัฐ/สหรัฐ เพราะโครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นล้วนแล้วแต่ถูกกำหนดขึ้นโดยส่วนกลาง ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประเภทนั้น ๆ ข้อสำคัญก็คือ รัฐสภาสามารถออกกฎหมายเปลี่ยนแปลงรูปแบบเขตพื้นที่ และโครงสร้างภายในขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเมื่อใดก็ได้ หรือแม้แต่จะยุบเลิกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเมื่อใดก็ได้⁸⁵ ทั้งนี้ ภายใต้หลักการปกครองส่วนท้องถิ่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้⁸⁶

⁸¹ Aalt Willem Heringa, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law*, p. 69.

⁸² พรบ. องค์กรบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ม. 7.

⁸³ พรบ.เทศบาล พ.ศ. 2496 ม.14.

⁸⁴ พรบ. สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ม.44

⁸⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515, (นิติบรรณการ, 2515) น. 14; สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), น. 22.

⁸⁶ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 หมวด 14

นอกจากนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นองค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนภูมิภาคและส่วนกลาง คือ นายอำเภอ ผู้ว่าราชการจังหวัด อธิบดีกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นองค์กรส่วนย่อยภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี⁸⁷

ในขณะที่รัฐรวม อำนาจตุลาการมีทั้งอำนาจที่เป็นของสหรัฐหรือสหพันธรัฐ แต่รัฐเดียวนั้น อำนาจตุลาการจะใช้โดยองค์กรศาลที่จัดตั้งขึ้นโดยโครงสร้างรัฐส่วนกลางเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่มีการกระจายอำนาจทางตุลาการ การที่เห็นที่ทำการศาลในจังหวัดต่าง ๆ นั้น เป็นศาลที่ส่งผู้พิพากษาจากส่วนกลางหมุนเวียนผลัดเปลี่ยนกันไปตามรอบระยะเวลาดำรงตำแหน่ง⁸⁸ ไม่เหมือนกับศาลในรัฐรวม ซึ่งมีผู้พิพากษาศาลมลรัฐในแต่ละมลรัฐ และผู้พิพากษาศาลสหรัฐ แยกออกจากกันอย่างชัดเจน

9.4.1.4 รัฐเดี่ยวมีระบบกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งอาณาเขตแห่งรัฐ

รัฐเดี่ยวมีระบบกฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งอาณาเขตแห่งรัฐ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้บังคับกับประชาชนในรัฐมีผลใช้บังคับทั่วทั้งประเทศ⁸⁹ กฎหมายออกโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติต้องครบถ้วน และประชาชนอยู่ภายใต้กระบวนการยุติธรรมและระบบศาลแบบเดียวกัน⁹⁰ ในขณะที่สหพันธรัฐ/สหรัฐจะมีระบบกฎหมายสองระบบคือ (1) ระบบกฎหมายของมลรัฐ แต่ละมลรัฐมีรัฐธรรมนูญมลรัฐและกฎหมายของมลรัฐ และ (2) ระบบกฎหมายของสหพันธรัฐ/สหรัฐ มีรัฐธรรมนูญและกฎหมายของสหพันธรัฐ/สหรัฐ ซึ่งมีสถานะสูงกว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ ของมลรัฐ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่า กฎหมายของสหพันธรัฐ/สหรัฐ อยู่ในกรอบอำนาจ

⁸⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 45-62.

⁸⁸ วิษณุ เครืองาม และบรรดาศักดิ์ อูรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, น. 42; สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 21.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, น. 21.

⁹⁰ ยกเว้น Scotland

ที่จัดสรรให้เป็นอำนาจของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ/สหรัฐ ด้วยเหตุนี้ ประชาชนที่อยู่ต่างมลรัฐกันจึงยอมอยู่ภายใต้กฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น ผู้เยาว์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์ ในขณะที่ผู้เยาว์ในมลรัฐอลาบามาต้องรอจนกระทั่งอายุ 19 ปีบริบูรณ์จึงจะบรรลุนิติภาวะ⁹¹

อนึ่ง แม้ว่ารัฐเดี่ยวก็มีการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนที่อยู่ในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ได้ก็ตาม⁹² แต่อำนาจดังกล่าวเป็นเพียงอำนาจในการออก “กฎหมายลำดับรอง” “อนุบัญญัติ” หรือที่เรียกในกฎหมายไทยว่า “กฎ” เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เป็นแม่บท⁹³ อำนาจในการออกกฎนี้เป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากฝ่ายนิติบัญญัติโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้⁹⁴ จึงมิใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติโดยตรง ดังเช่นกรณีการตราพระราชบัญญัติของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของรัฐสภา หรือการตราพระราชกำหนดของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี แม้ว่าข้อบัญญัติท้องถิ่นจะผ่านความเห็นชอบจากสภาท้องถิ่นอันประกอบด้วยผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนก็ตาม แต่อำนาจที่สภาท้องถิ่นใช้มิใช่อำนาจนิติบัญญัติ หากแต่การใช้อำนาจออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองรูปแบบหนึ่ง⁹⁵ เป็นผลจากการ

⁹¹ Washington University in St. Louis – Human Research Protection Office, Determining the Legal Age to Consent to Research. It’s not always 18!, สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2563, <https://hrpo.wustl.edu/wp-content/uploads/2015/01/5-Determining-Legal-Age-to-Consent.pdf>

⁹² เช่น พรบ. องค์การบริหารส่วนจังหวัด ฉบับปี พ.ศ. 2540 ม.51; พรบ.เทศบาล ฉบับปี พ.ศ. 2496 ม.60; พรบ. สภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล ฉบับปี พ.ศ. 2537 ม.71; นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติเพื่อใช้บังคับในเขตท้องถิ่นได้ เช่น พรบ. ควบคุมอาคาร ฉบับปี พ.ศ. 2522, ม. 10.

⁹³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 66-67.

⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (วิญญูชน, 2561), น. 54.

⁹⁵ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, (วิญญูชน, 2561), น. 20 และ 29-33; และวิชญ์ เครืองาม และบรรศักดิ์ อูวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, น. 42.

กระจายอำนาจทางปกครอง (Administrative Decentralization)⁹⁶

นอกจากนี้ แม้ว่าท้องถิ่นแต่ละแห่งอาจมีข้อบัญญัติท้องถิ่นไม่เหมือนกัน แต่ก็ป็นรายละเอียดปลีกย่อย เพราะกฎหมายแม่บทได้กำหนดกรอบไว้แล้ว

9.4.2 การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นรัฐเดี่ยวของไทย

การกระจายอำนาจทางปกครองตามเขตพื้นที่ (territorial decentralization) เป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจทางปกครองบางส่วนไปให้องค์กรอื่นที่มีอำนาจเหนือเขตพื้นที่การปกครอง คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ ให้มีอิสระในการกำหนดนโยบายและดำเนินกิจการต่าง ๆ ได้เอง ไม่ตกอยู่ภายใต้สายการบังคับบัญชาหรืออำนาจสั่งการของราชการบริหารส่วนกลางดังเช่นกรณีราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งเป็นการแบ่ง การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจ (de-concentration)⁹⁷ แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการบริหารส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาค แล้วแต่กรณี

การใช้อำนาจกำกับดูแลนี้ต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น⁹⁸ และโดยหลักผู้กำกับดูแลย่อมมีอำนาจควบคุมเฉพาะปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรกระจายอำนาจ แต่ไม่มีอำนาจกำกับดูแลความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ ทั้งนี้ ตามขอบเขตอำนาจกำกับดูแลภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้อสำคัญก็คือ การกำกับดูแลต้องไม่แทรกแซงองค์กรกระจายอำนาจจนองค์กรนั้นขาดอิสระไป⁹⁹

⁹⁶ Oliver Beaud, 'Conceptions of the State', ใน Michel Rosenfeld และ András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2012) น. 275; สมคิด เลิศไพฑูริย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น.21.

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญสเปนเคยวินิจฉัยไว้อย่างชัดแจ้งว่า "อำนาจปกครองตนเอง (autonomy) ขององค์กรปกครองท้องถิ่น ไม่ใช่อำนาจอธิปไตย Decision STC 4/1981 อ้างถึงใน Sergio Bartole, "Internal Ordering in the Unitary State", ใน Michel Rosenfeld และ András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (OUP, 2012) น. 619.

⁹⁷ สมคิด เลิศไพฑูริย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 15-16, 23; นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), (วิญญูชน, 2547) น. 18-19.

⁹⁸ สมคิด เลิศไพฑูริย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 50

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, น. 49

9.4.2.1 พัฒนาการของการบัญญัติรับรองการปกครองส่วนท้องถิ่น ไว้ในรัฐธรรมนูญไทย

การปกครองท้องถิ่นของไทยเริ่มมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 โดยมีการจัดตั้งสุขาภิบาลกรุงเทพเมื่อ ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) และสุขาภิบาลอื่น ๆ ตามมา แต่สุขาภิบาลในยุคนี้มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง เพราะไม่มีอิสระในการปกครองตนเองและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและนโยบายจากส่วนกลาง¹⁰⁰ ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 ได้มีการจัดตั้งเทศบาล มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีทรัพย์สินงบประมาณ และเจ้าหน้าที่ของตนเอง และที่สำคัญ มีอำนาจอิสระในการจัดกิจการภายในเขตพื้นที่ตามอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2476 เทศบาลจึงเป็นหน่วยราชการส่วนท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจหน่วยงานแรกของไทย¹⁰¹ ในช่วง 2495-2499 ได้มีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแบ่งเป็น 5 รูปแบบ ต่อมา ได้มีการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร ในปี พ.ศ. 2518 และเมืองพัทยา เมื่อปี พ.ศ. 2521¹⁰² ณ ปัจจุบัน ได้มีการปรับปรุงรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจนเหลือเพียง 5 รูปแบบ คือ สองรูปแบบพิเศษข้างต้น และรูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล และองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 หลักการกระจายอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปรากฏในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น หากได้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรองรับไม่ ตราบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 กำหนดให้รัฐมีหน้าที่ส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดนโยบายแห่งรัฐเพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน¹⁰³ จากนั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 รับรองหลักแห่งการปกครอง

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, น. 234

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน, น. 239; นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540), น. 28.

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, น. 239-248

¹⁰³ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 มาตรา 53 และ 70.

ตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ซึ่งครอบคลุมถึงอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครองท้องถิ่นของตนและอิสระในทางภาษีอากรและการเงินแห่งท้องถิ่น¹⁰⁴ หลักการให้สมาชิกสภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงและลับของประชาชนในท้องถิ่น ส่วนผู้บริหารท้องถิ่นจะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยการเลือกโดยสภาท้องถิ่นก็ได้¹⁰⁵ และที่น่าสนใจ คือ การรับรองสิทธิในการปกครองตนเองของท้องถิ่นที่มีลักษณะที่จะปกครองตนเองได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมาย¹⁰⁶

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 รับรองหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น¹⁰⁷ ให้สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งเป็นหลัก แต่ก็ยอมให้มีการแต่งตั้งได้ในกรณีที่มีความจำเป็น¹⁰⁸ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 มีหลักการเหมือนรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 แต่เพิ่มหลักการใหม่ คือ การควบคุมหรือกำกับดูแลการปกครองท้องถิ่นต้องทำเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม¹⁰⁹

อย่างไรก็ตาม การปกครองท้องถิ่นไทยในห้วงเวลานั้น ยังคงประสบกับปัญหาเชิงกฎหมายหลายประการ ดังที่สมคิด เลิศไพฑูรย์ สรุปลงไว้¹¹⁰ อันได้แก่ การให้ข้าราชการส่วนภูมิภาคหรือบุคคลที่ราชการส่วนกลางแต่งตั้งนั่งอยู่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นบางรูปแบบมีเพียงองค์กรย่อยองค์กรเดียวเป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายสภาท้องถิ่นไปพร้อมกัน แม้กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้บัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ค่อนข้างกว้างขวาง แต่ในความเป็นจริงอำนาจหน้าที่กลับมีน้อยมาก เพราะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวถูกจำกัดโดยกฎหมายอื่น แม้กฎหมาย

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 214

¹⁰⁵ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 216-217.

¹⁰⁶ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 215.

¹⁰⁷ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 180

¹⁰⁸ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 182-183

¹⁰⁹ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 มาตรา 196 วรรคสอง.

¹¹⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 256-260.

จะระบุให้ท้องถิ่นมีรายได้จากหลายแหล่ง แต่ในทางปฏิบัติกลับมีรายได้น้อยมาก ระบบการบริหารงานบุคคลท้องถิ่น 5 รูปแบบ ใช้ระบบการดูแลแยกออกจากกัน ไม่เอื้อต่อการไหลเวียนของข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่นด้วยกันเอง และในขณะเดียวกัน คณะกรรมการบริหารบุคคลขององค์กรรูปแบบต่าง ๆ ประกอบด้วยคนจากราชการส่วนกลางทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมด จึงตกอยู่ภายใต้การควบคุมของส่วนกลางทั้งหมด ประชาชนในท้องถิ่นมีช่องทางในการเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่นอย่างจำกัด และที่สำคัญ มีการรวมศูนย์อำนาจจากส่วนกลางเพราะกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเปิดโอกาสให้ราชการส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคจำกัดอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นและขยายอำนาจของตนได้

ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 จึงพยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าว ด้วยการให้หลักประกันความเป็นอิสระแก่การปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างมาก กล่าวคือ กำหนดให้รัฐต้องให้ความเป็นอิสระแก่ท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น¹¹¹ รับรองสิทธิได้รับจัดตั้งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องทำเท่าที่จำเป็นตามที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม แต่ทั้งนี้ จะกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้มิได้¹¹² ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดนโยบาย การปกครอง การบริหาร การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลัง และมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ ราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคต้องกระจายอำนาจเพิ่มขึ้นให้แก่ท้องถิ่นเป็นสำคัญ และมีการจัดสรรสัดส่วนภาษีและอากรระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยกัน โดยมีคณะกรรมการกระจายอำนาจ

¹¹¹ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 282.

¹¹² รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 283.

ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (ก.ก.ถ.) ดำเนินการในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ¹¹³ นอกจากนี้ ยังมีการนำกลไกประชาธิปไตยทางตรงเข้ามาใช้ในการปกครองท้องถิ่น อีกด้วย อันได้แก่ การให้ประชาชนเข้าชื่อเสนอร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นและการเข้าชื่อ ถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น¹¹⁴

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 และ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็ยังคง เดินตามหลักการที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 กำหนดไว้ โดยรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ระบุเกี่ยวกับหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ชัดเจนยิ่งขึ้น¹¹⁵ เพิ่มกลไกการออกเสียงประชามติโดยประชาชนในท้องถิ่น¹¹⁶ การให้มี กฎหมายกลางว่าด้วยรายได้ท้องถิ่น¹¹⁷ ปรับปรุงระบบการบริหารงานบุคคลของ บุคลากรท้องถิ่น¹¹⁸ ลดจำนวนชั้นตำแหน่งของประชาชนในท้องถิ่นในการเข้าชื่อเสนอ ร่างข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหาร ท้องถิ่น¹¹⁹ ในขณะที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 วางกรอบเรื่องอำนาจ หน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะเรื่องที่เหมาะสมเป็นขององค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นรูปแบบใดหรือให้องค์กรรูปแบบใดเป็นหลักในการดำเนินการ การดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกับเอกชนหรือมอบหมายให้เอกชน ดำเนินการแทน¹²⁰ และมีประเด็นที่น่าสนใจคือ ผู้บริหารองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษจะให้มีมาโดยวิธีอื่นที่มีใช้การเลือกตั้งของประชาชน หรือมาจากความเห็นชอบของสภาท้องถิ่นก็ได้ แต่ต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วม ของประชาชนด้วย¹²¹

จากประวัติศาสตร์ของการปกครองท้องถิ่นที่ย้อนไปก่อนการ เปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 การปฏิรูปครั้งใหญ่ในช่วง พ.ศ. 2495-2499

¹¹³ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 284.

¹¹⁴ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 286-287.

¹¹⁵ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 289, 290.

¹¹⁶ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 287.

¹¹⁷ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 283 วรรคสี่.

¹¹⁸ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 288.

¹¹⁹ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 285, 286.

¹²⁰ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 250 วรรคสอง วรรคสาม

¹²¹ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 252 วรรคสอง

และที่สำคัญ การบัญญัติรับรองการปกครองท้องถิ่นไว้ในรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการถาวรนับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 จนถึงปัจจุบัน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเป็นรัฐเดี่ยวของไทย ด้วยเหตุนี้ จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกการปกครองท้องถิ่น หรือไม่กำหนดให้มีการปกครองท้องถิ่นในรูปแบบใด ๆ เลย มิได้ เช่น จะกำหนดให้มีเพียงราชการบริหารส่วนกลางและส่วนภูมิภาคเท่านั้นไม่ได้

9.4.2.2 การรับรองหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นแนวปฏิบัติสากล

รัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่จัดทำขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่มีบทบัญญัติรับรองหลักการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมนี มาตรา 28 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น มาตรา 92-95 ฯลฯ

กฎบัตรยุโรปว่าด้วยการปกครองตนเองของท้องถิ่น ค.ศ. 1985 (European Charter of Local Self-Government 1985) ซึ่งมีผลผูกพันสมาชิกสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) นั้น มาตรา 2 กำหนดว่า หลักการปกครองตนเองของท้องถิ่นต้องได้รับการรับรองในกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก และหากเป็นไปได้ ควรอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิก

9.4.2.3 การปกครองท้องถิ่นโดยประชาชนสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย

เหตุที่กล่าวว่า การปกครองท้องถิ่นสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย นั้น ก็เนื่องจาก หลักพื้นฐานของการปกครองส่วนท้องถิ่น คือ ประชาชนในท้องถิ่นย่อมมีสิทธิในการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ ดังนั้น สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารย่อมต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย

9.4.2.4 หลักการพื้นฐานของการปกครองท้องถิ่นตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

หลักความเป็นรัฐเดี่ยวของไทยย่อมต้องมีการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์ประกอบด้วยเสมอ ดังนั้น จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิก

การปกครองท้องถิ่นมิได้ แต่กระนั้นก็ดี ยังมีความเป็นไปได้ที่อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรับรองรูปแบบการปกครองส่วนท้องถิ่นไว้ หากแต่มีบทบัญญัติบางประการ ทำลายหรือลดทอน หลักการกระจายอำนาจตามเขตพื้นที่ อันเป็นเหตุให้สูญเสียคุณลักษณะสำคัญของหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นไปด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า หลักการอะไรบ้างถือเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองส่วนท้องถิ่น

ในประเด็นนี้ สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้อธิบายว่า¹²² องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีองค์ประกอบสองประการคือ การมีอิสระในการปกครองตนเอง และการอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ เพื่อให้บรรลุ**องค์ประกอบข้อแรก** คือ การมีอิสระในการปกครองตนเอง ได้แก่ (1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล (2) มีขอบเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอย่างชัดเจน (3) มีขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองในกิจการท้องถิ่น (4) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอันได้แก่ สภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น โดยสมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนที่อาศัยในท้องถิ่น ส่วนผู้บริหารท้องถิ่นอาจมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนหรือมาจากการเลือกของสภาท้องถิ่นก็ได้ และ (5) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีการคลังเป็นของตนเอง คือ มีระบบในการจัดหารายได้เป็นของตนเองและมีอิสระในการกำหนดการใช้จ่ายของตนเอง ส่วน**องค์ประกอบข้อที่สอง** คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ มิใช่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา อำนาจกำกับดูแลนั้นเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข คือ จะมีได้เฉพาะในกรณีและในรูปแบบที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น¹²³

ส่วนนั้นทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายหลักทั่วไปของการปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส สรุปความได้ว่า¹²⁴ (1) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากรัฐ (2) มีการกำหนดภารกิจขององค์กรปกครอง

¹²² สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 23-63.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, น. 58.

¹²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส 2018, (อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2561) น. 21-31.

ส่วนท้องถิ่นโดยกฎหมาย (3) สภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งและมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการดำเนินงานตามอำนาจหน้าที่ของตน (4) มีหลักความเป็นอิสระในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นหลักประกันว่า รัฐจะไม่เข้ามาก้าวก่ายการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภายใต้เงื่อนไขว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องเคารพต่อหลักกว่าด้วยการแบ่งแยกมิได้ของรัฐ หลักว่าด้วยความเสมอภาค และหลักความชอบด้วยกฎหมาย และ (5) หลักประชาธิปไตยท้องถิ่น โดยให้ประชาชนในท้องถิ่นสามารถเข้าไปบริหารกิจการท้องถิ่นได้ โดยการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น และเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินงานของท้องถิ่นในรูปแบบอื่น ๆ อาทิ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร และการร่วมเป็นกรรมการในคณะกรรมการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อนึ่ง ชาญชัย แสวงศักดิ์ เคยเสนอว่า “หลักการพื้นฐานของการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็คือ การมีรายได้ที่เพียงพอ มิใช่มีแต่รายจ่าย แล้วต่อขอรับการอุดหนุนจากรัฐบาลหรือ อบจ.”¹²⁵ แม้การรับการอุดหนุนจากรัฐจะกระทบต่ออิสระในการดำเนินงานของท้องถิ่นก็ตาม เพราะเงินอุดหนุนมักจะมีเงื่อนไขในการใช้จ่ายเงินอุดหนุนตามติดมาด้วย แต่ก็ได้ร้ายแรงถึงขนาดเป็นการทำลายอิสระของการปกครองส่วนท้องถิ่น ดังที่ สมคิด เลิศไพฑูรย์ อธิบายว่า “ในปัจจุบันแนวคิดเรื่องรายได้ของท้องถิ่นแทบทุกประเทศต่างเห็นว่าการเป็นท้องถิ่นนั้นไม่จำเป็นต้องมีรายได้ที่เพียงพอกับความต้องการหรือการใช้จ่ายของท้องถิ่น”¹²⁶ และรัฐต้องให้ความช่วยเหลือท้องถิ่นในรูปเงินอุดหนุน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หลักความเป็นอิสระในส่วนที่ว่าด้วยการคลังเป็นของตนเองนั้น ไม่จำเป็นต้องรับรองให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้ของตนเองเพียงพอในการดำเนินการ

¹²⁵ ชาญชัย แสวงศักดิ์ “การนำเรื่องการปกครองส่วนท้องถิ่นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ใน รวบรวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2562) น. 462.

¹²⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, น. 44.

ในตำราต่างประเทศ ระบุว่า รัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 20 มักจะเขียนรับรอง Local Autonomy ไว้ ประกอบด้วยหลักการต่าง ๆ อันได้แก่ ความมีอยู่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การเป็นนิติบุคคลขององค์กรปกครองท้องถิ่น ความเป็นอิสระในการดำเนินงานภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน การมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการท้องถิ่น แต่อำนาจหน้าที่เป็นข้อ ๆ ไม่ได้เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อยู่ในกฎหมายเฉพาะ และที่สำคัญ การหลักประกันว่าจะมีทรัพยากรที่เพียงพอในการทำงานที่เกี่ยวกับกิจการท้องถิ่นได้

หลักการต่าง ๆ เหล่านี้ แม้ยังมีข้อถกเถียงในรายละเอียด แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่า เป็นหลักการสำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่นที่สมควรรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

บทที่ 10

การวินิจฉัยในประเด็น “เรื่องที่ต้องจัดทำประชามติ”

แม้รัฐธรรมนูญไทยในอดีตเคยบัญญัติรองรับการออกเสียงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชดำริว่า ร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย กระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของ ประเทศหรือประชาชน และเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย¹ แต่ก็ไม่เคยจัดการ ออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามกระบวนการดังกล่าวเลย² การประชามติร่างรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง เมื่อปี พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2559 นั้น เป็นการประชามติร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับ ภายหลังการรัฐประหาร เมื่อปี พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 ตามลำดับ

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ภายใต้เงื่อนไขที่ต่างออกไปจากเดิม เนื่องจาก ประชามติตามมาตรา 256 (8) จะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญบทบัญญัติมาตราในหมวดที่ระบุไว้ หรือในเรื่องที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระ ที่สามแล้ว ประธานรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภาในการส่ง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่สามแล้ว ไปยังคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อจัดให้มีการออกเสียงประชามติ³ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ประธานรัฐสภาไม่ส่งร่างดังกล่าวไปเพื่อการออกเสียงประชามติ แต่ ส.ส. ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

¹ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492 มาตรา 174 มาตรา 175; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 มาตรา 170-172; รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517 มาตรา 229-231; นอกจากนี้ การประชามติร่างรัฐธรรมนูญใหม่ คือ รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) 2539 มาตรา 211 ปีณรส มาตรา 211 โสฬส และมาตรา 211 สัตตรส; รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว ฉบับปี พ.ศ. 2549 มาตรา 31; และรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว ฉบับปี พ.ศ. 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) ฉบับปี พ.ศ. 2559 มาตรา 39/1.

² โปรดดู นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง “การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย”, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545) น. 4-33.

³ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 135.

เป็นเรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน หรือในทางกลับกัน ประธานรัฐสภาส่งร่างดังกล่าวไปให้ กกต. เพื่อจัดการออกเสียงประชามติ แต่ ส.ส. ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมิใช่เรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน ทั้งสองกรณี เมื่อมีการเสนอคำร้องมา โดยถูกต้องตามมาตรา 256 (9) ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนหรือไม่

หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิก บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ถึงมาตรา 5 ซึ่งอยู่ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 6 ถึงมาตรา 24 ที่อยู่ในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ มาตรา 255 หรือมาตรา 256 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการแก้ไขในมาตราที่บัญญัติชัดเจนว่า “หน้าที่และอำนาจ” ของศาลและองค์กระอิสระตามรัฐธรรมนูญ เหล่านี้ กรณีคงมิได้เป็นปัญหาในการวินิจฉัยเท่าใดนัก อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิได้แก้ไขในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ระบุนำข้างต้น เช่น แก้ไขเพิ่มเติมในหมวดอื่น แต่มีผลเป็นการยกเว้นมาตราหนึ่งมาตราใดในหมวด 1 บททั่วไป หรือหมวด 2 พระมหากษัตริย์ เช่นนี้ ย่อมเป็นกรณีที่วินิจฉัยได้ยาก

ในเรื่องนี้ ผู้วิจัยมีข้อวิเคราะห์ ข้อเสนอ และข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

10.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น: แนวทางการตีความ

ผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางการตีความ “เรื่อง” ที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) อาจจำแนกได้เป็นสองแนวทาง อันได้แก่

10.1.1 การตีความโดยเคร่งครัด เว้นแต่บทบัญญัติเปิดช่องให้ขยายความได้

การตีความโดยถือตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) เป็นหลัก กรณีใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติขอบเขตไว้ชัดเจนแล้ว ก็ให้ถือตามนั้น แต่กรณีใด

รัฐธรรมนูญบัญญัติแบบเปิดช่องให้มีการขยายความได้ ย่อมสะท้อนว่า รัฐธรรมนูญให้ดุลพินิจในการวินิจฉัยแก่องค์กรผู้มีอำนาจพิจารณา ในกรณีนี้ สามารถจำแนกได้เป็นสามกรณีย่อย อันได้แก่

10.1.1.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดหมวดหมู่ของบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

มาตรา 256 (8) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องนำไปออกเสียงประชามติ เช่นนี้ ย่อมต้องตีความความว่า เฉพาะการแก้ไขบทบัญญัติหนึ่งบทบัญญัติใดที่ปรากฏอยู่ในหมวดหมู่ที่ระบุไว้ข้างต้น จึงจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปออกเสียงประชามติ ก่อน การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้ แม้จะส่งผลกระทบต่อสภาพบังคับของบทบัญญัติในหมวดดังกล่าว ก็ย่อมมิใช่กรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ

ตัวอย่างเช่น มาตรา 249 “ภายใต้บังคับมาตรา 1 ให้มีการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น...” หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 249 ดัดทอนคำว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 1” ออกไป เนื่องจากมาตรา 249 มีได้อยู่ในหมวด 1 หมวด 2 หรือหมวด 15 และมีใช้กรณีอื่น ๆ ตามมาตรา 256 (8) ดังนั้น ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 249 ที่สมมุติเป็นตัวอย่างนี้ จึงมิใช่กรณีที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ

10.1.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหมวดหมู่ของบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ระบุหัวข้อเรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติอย่างแจ่มชัด

มาตรา 256 (8) กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระจะต้องนำไปออกเสียงประชามติ เช่นนี้ ย่อมต้องตีความว่า เฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในมาตราที่บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือมาตราเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจศาลหรือองค์กรอิสระเท่านั้น ไม่ว่าจะปรากฏอยู่ในหมวดหมู่ใดของรัฐธรรมนูญ ต้องทำไปออกเสียงประชามติก่อน ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีใช้เรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว ย่อมไม่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ

ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 200 มาตรา 201 และมาตรา 202 หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตราที่ว่านี้ ย่อมต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อนอย่างใดก็ตาม หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกรณีอื่น ๆ เช่น มาตรา 208 (4) กำหนดเหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อมีอายุครบเจ็ดสิบห้าปี แม้เป็นเรื่องอายุการพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม แต่ในเมื่อมิได้บัญญัติไว้ในเรื่อง “คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม” แต่บัญญัติแยกออกไปอยู่ในมาตราอื่นภายใต้หัวข้อเรื่องอื่น เช่นนี้ ย่อมไม่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

10.1.1.3 กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติในลักษณะบทกวาดกอง (sweeping clause)

มาตรา 256 (8) กำหนดว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้จะต้องนำไปออกเสียงประชามติ เช่นนี้ เห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญประสงฆ์ให้บทบัญญัติมาตรานี้ทำหน้าที่เป็นบทกวาดกอง โดยพิเคราะห์ถึงผลกระทบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และไม่ยึดติดว่าเป็นบทบัญญัติเรื่องอะไร หรืออยู่ในหมวดหมู่ใด เช่นนี้ ย่อมถือว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตราใด ๆ ก็ตาม ถ้าจะส่งผลดังกล่าว ก็ย่อมต้องนำไปออกเสียงประชามติทั้งสิ้น

10.1.2 การตีความโดยพิจารณาที่“ผล” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

การตีความโดยพิจารณาที่ผลของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมใดจะส่งผลให้บทบัญญัติในหมวด 1

บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
 ลี้นสภาพบังคับ หรือมีสภาพบังคับที่ด้อยลง เพราะมีบทยกเว้นหรือบทจำกัด
 หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมใดจะกระทบต่อเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือ
 ลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องหน้าที่และ
 อำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ในลักษณะที่จะทำให้สภาพ
 บังคับ หรือมีสภาพบังคับที่ด้อยลง เช่นนี้ **ย่อมต้องนำไปออกเสียงประชามติ
 ทั้งสิ้น**

ดังตัวอย่างที่เกริ่นไว้ข้างต้น แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 249
 “ภายใต้บังคับมาตรา 1 ให้มีการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักการปกครอง
 ตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น...” ตัดคำว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 1”
 ออกไป มิได้อยู่ในหมวด 1 บททั่วไป แต่ผลของการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติ
 ดังกล่าว อาจกระทบต่อการตีความมาตรา 249 และมาตรา 1 เช่นนี้ ย่อมถือเป็น
 กรณีที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน

ในการทำงานเดียวกัน การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุแห่งการพ้นจาก
 ตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 208 (4) เมื่อมีอายุครบเจ็ดสิบห้าปี
 เนื่องจากเป็นเรื่องอายุการพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งเกี่ยวพันกับเรื่องคุณสมบัติและ
 ลักษณะต้องห้าม แม้การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติในเรื่อง “คุณสมบัติ
 และลักษณะต้องห้าม” แต่ก็ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน เพราะการ
 เปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมกระทบต่อเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม

นอกจากนี้ ยังมีอีกหนึ่งเทคนิคที่สามารถเปลี่ยนแปลงสภาพบังคับ
 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมในบทมาตรานั้น ๆ เลย
 นั่นคือ การบัญญัติไว้ในส่วนบทเฉพาะกาลของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
 เป็นต้นว่า “ในระหว่างห้าปีแรกนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้
 มิให้นำบทบัญญัติมาตรา... (อาทิ มาตรา 11 วรรคสาม ให้ประธานองคมนตรีลงนาม
 รับสนองพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งองคมนตรี) มาใช้บังคับ” หรือ
 “ในระหว่างห้าปีแรกนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้ มิให้
 สมาชิกภาพของ ส.ส. ต้องสิ้นสุดลง เมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุก” การแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญที่ส่งผลเช่นนี้ แม้ไม่กระทบเนื้อหาหลัก แต่ย่อมกระทบต่อการบังคับใช้หลักการที่เกี่ยวข้อง เช่นนี้ สมควรต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

10.1.3 ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย

ผู้วิจัย เห็นว่า **ควรยึดถือการตีความในแนวทางที่สอง คือ พิเคราะห์จากผลกระทบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นเกณฑ์** เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจประสงค์จะหลีกเลี่ยงกลไกการออกเสียงประชามติ จึงมิได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดหมู่หรือในหัวเรื่อง ที่มาตรา 256 (8) ระบุไว้โดยตรงว่าต้องนำไปออกเสียงประชามติ ก่อน แต่ใช้เทคนิคการร่างกฎหมายและนิติวิธีการตีความกฎหมายดังกล่าวอย่าง ที่สมมุติไว้ข้างต้น เพื่อให้ได้ผลสมดังประสงค์ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบทบัญญัติในหมวดอื่นหรือในหัวเรื่องอื่น แต่ส่งผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดหลักการที่บัญญัติไว้ในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระ

อย่างไรก็ดี การตีความในแนวทางนี้ จะทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณในการจัดการออกเสียงประชามติ⁴ สิ้นเปลืองบุคลากรภาครัฐที่ต้องเข้าดำเนินการประชามติ และเป็นรบกวนเวลาประชาชนที่จะต้องออกมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ แต่เมื่อชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียแล้ว เห็นได้ว่า การสอบถามประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยการออกเสียงประชามติน่าจะสอดคล้องกับหลักการทางประชาธิปไตยมากกว่า

10.2 เรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) กำหนดว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาตามที่กำหนด ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับ

⁴ การจัดการออกเสียงประชามติแต่ละครั้งใช้งบประมาณ ประมาณ 3,000 ล้านบาท; รายงานคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาผู้แทนราษฎร (สิงหาคม 2563) หน้า 122.

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงจะดำเนินการทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยได้

10.2.1 บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไปนี้มีอยู่ด้วยกัน 5 มาตรา รับรองหลักการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไทย อันได้แก่ หลักความเป็นรัฐเดี่ยว หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หลักอำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทย หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย หลักนิติธรรม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

10.2.2 บทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ มีอยู่ด้วยกัน 19 มาตรา รับรองสถานะอันเป็นที่เคารพสักการะขององค์พระมหากษัตริย์ สถานะของพระมหากษัตริย์ในระบอบกฎหมายไทย ซึ่งก็คือ การเป็นพุทธมามกา อัครศาสนูปถัมภก และจอมทัพไทย คณะองคมนตรี ข้าราชการในพระองค์ ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ การสืบราชสมบัติ และการถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์

10.2.3 บทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 2 มาตรา ได้แก่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ให้อำนาจแก่ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนต่าง ๆ พร้อมด้วยเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการ

10.2.4 เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญกระจายอยู่ในหลายหมวด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ในมาตราต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- มาตรา 89 วรรคสอง และมาตรา 159 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรีของพรรคการเมือง

- มาตรา 97 และมาตรา 98 คุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ส.ส. และลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ส.ส.
- มาตรา 101 การสิ้นสุดสมาชิกภาพ ส.ส.
- มาตรา 106 คุณสมบัติของผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร
- มาตรา 108 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของ ส.ว.
- มาตรา 111 การสิ้นสุดสมาชิกภาพ ส.ว.
- มาตรา 118 การพ้นจากตำแหน่งของประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานและรองประธานวุฒิสภา
- มาตรา 160 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของรัฐมนตรี
- มาตรา 170 ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว
- มาตรา 201 และ 202 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
 - มาตรา 203 (4) กรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
 - มาตรา 208 การพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
 - มาตรา 216 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่าง ๆ
- มาตรา 218 การพ้นจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่าง ๆ
- มาตรา 222 คุณสมบัติของกรรมการการเลือกตั้ง
- มาตรา 232 วรรคสอง คุณสมบัติของกรรมการ ปชช.
- มาตรา 236 คุณสมบัติของผู้ไต่สวนอิสระ
- มาตรา 238 คุณสมบัติของกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
- มาตรา 241 วรรคสอง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน
- มาตรา 246 คุณสมบัติของกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- บทบัญญัติในเฉพาะกาลในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม และการพ้นจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่

อนึ่ง เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติม “เหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่ง” ย่อมกระทบต่อบทบัญญัติว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามด้วย ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ต้องนำไปออกเสียงประชามติด้วยเช่นกัน

แม้บทบัญญัติมาตรา 256 (8) ในส่วนนี้ จะระบุถึงเพียง “คุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม” ของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ก็ตาม แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงเหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่งของตำแหน่งต่าง ๆ แล้ว พบว่ามีเนื้อหาสอดคล้องและเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม เช่น มาตรา 97 (3) กำหนดให้ผู้สมัคร ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง มาตรา 101 (8) (9) และ (10) จึงบัญญัติรองรับให้การพ้นจากสมาชิกพรรคการเมืองด้วยเหตุต่าง ๆ ย่อมส่งผลทำให้สมาชิกภาพของ ส.ส. ย่อมสิ้นสุดลงตามไปด้วย หรือกรณีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 201 (2) กำหนดคุณสมบัติว่าต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปี แต่ไม่ถึง 68 ปีในวันที่ได้รับการคัดเลือกหรือวันที่สมัครเข้ารับการสรรหา จากนั้น มาตรา 208 (4) จึงบัญญัติรองรับให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีอายุครบ 75 ปี ด้วยเหตุนี้ การตีความมาตรา 256 (8) ในลิสที่ว่า “เรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ย่อมรวมถึงบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพ้นจากตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วย

10.2.5 เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่ม ลด การกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ แบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม อันได้แก่

กลุ่มแรก เป็นบทบัญญัติที่ระบุไว้ในหมวดหมู่หรือส่วนที่ว่าด้วยองค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นโดยตรง เช่น มาตรา 210 ระบุถึงหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ออกมาเป็นข้อ ๆ บัญญัติไว้ในหมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ ที่ครอบคลุมตั้งแต่มาตรา 200 ถึงมาตรา 214 โดยตรง

กลุ่มที่สอง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจที่บัญญัติไว้ในหมวดหมู่อื่น ๆ แต่เป็นเรื่องหน้าที่และอำนาจขององค์กรเหล่านั้น อาทิ มาตรา 144 วรรคสาม เป็นหนึ่งในบทบัญญัติของส่วนที่ 4 บทที่ใช้แก่สภาทั้งสอง อยู่ในรัฐธรรมนูญ หมวด 7 ว่าด้วยรัฐสภา เป็นบทบัญญัติที่รองรับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาและวินิจฉัยว่า การแปรญัตติของ ส.ส. ส.ว. หรือกรรมาธิการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ส่งผลให้ ส.ส. ส.ว. หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้เงินประมาณ รายจ่ายอันเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญห้ามไว้ หรือไม่

จากตัวอย่างข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า การตีความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือไม่ นั้น ต้องตีความอย่างกว้าง คือ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 210 ในกลุ่มแรก หรือมาตรา 144 วรรคสาม ในกลุ่มที่สอง เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราหนึ่งมาตราใดดังกล่าว ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

ดังนั้น เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระ ที่ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติก่อนนั้น จึงได้แก่ บทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- มาตรา 188 อำนาจในการพิพากษาคดีของศาล
- มาตรา 192 อำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจศาลต่าง ๆ ของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดหน้าที่และอำนาจระหว่างศาล
- มาตรา 194 อำนาจพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมและศาลฎีกา มาตรา 131 มาตรา 132
- มาตรา 195 มาตรา 131 และมาตรา 235 อำนาจพิพากษาพิพากษาคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง
- มาตรา 197 อำนาจพิพากษาคดีของศาลปกครอง
- มาตรา 199 อำนาจพิพากษาคดีของศาลทหาร
- หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ มาตรา 210 มาตรา 212 มาตรา 213 มาตรา 49 มาตรา 82 มาตรา 131 มาตรา 132

มาตรา 139 วรรคสอง มาตรา 144 มาตรา 148 มาตรา 170 มาตรา 173
มาตรา 178 มาตรา 217 มาตรา 219 มาตรา 231 มาตรา 256(9)

- หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ได้แก่
มาตรา 224 มาตรา 225 มาตรา 226 มาตรา 227 มาตรา 82 มาตรา 85
มาตรา 88 มาตรา 89 มาตรา 92 มาตรา 102 มาตรา 103 มาตรา 104
มาตรา 107 มาตรา 109 มาตรา 131 มาตรา 169 มาตรา 170 มาตรา 197
มาตรา 219 มาตรา 221 มาตรา 244 มาตรา 245

- หน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้แก่ มาตรา 230
มาตรา 231 มาตรา 131 มาตรา 219 มาตรา 221 มาตรา 197

- หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริต ได้แก่ มาตรา 234 มาตรา 235 มาตรา 131 มาตรา 144 มาตรา 197
มาตรา 219 มาตรา 221 มาตรา 244 มาตรา 245

- หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและ
ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แก่ มาตรา 240 มาตรา 242 มาตรา 244
มาตรา 245 มาตรา 35 มาตรา 131 มาตรา 197 มาตรา 219 มาตรา 221

- หน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
ได้แก่ มาตรา 247 มาตรา 230 มาตรา 131 มาตรา 197 มาตรา 219 มาตรา 221

**อนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์กรอัยการ โดยหลัก
ไม่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ กล่าวคือ** ในกรณีที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
เป็นเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจขององค์กรอัยการ หรือเรื่องที่ทำให้องค์กร
อัยการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้ หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับ
องค์กรอัยการ และมีได้กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระอื่น ๆ
แล้ว ย่อมเห็นได้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรอัยการ
ที่มีลักษณะดังกล่าว ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 256 (8) และไม่ต้องดำเนินการ
ออกเสียงประชามติ ก่อน เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรอัยการอยู่ใน
หมวด 13 และองค์กรอัยการมิใช่ของศาลหรือองค์กรอิสระตามที่บัญญัติไว้
ในหมวด 12

อย่างไรก็ดี หากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเกี่ยวกับองค์กรอัยการ แต่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระอื่น เช่นนี้ ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน ตัวอย่างเช่น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 49 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้อัยการสูงสุดมีอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่าจะส่งคำร้องเกี่ยวกับการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่นนี้ ย่อมกระทบต่อหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

10.2.6 เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

ประเด็นนี้ มีรายละเอียดในการพิจารณาค่อนข้างมาก จึงขอยกไปอธิบายเป็นหัวข้อถัดไป

10.3 เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ มีลักษณะคล้ายบทกวาดกอง (sweeping provision) เพื่อคุ้มครองเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญในอันที่จะให้มีการดูแลและคานการใช้อำนาจระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้องค์กรศาลและองค์กรอิสระถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร เพื่อการนี้จึงจำเป็นต้องบัญญัติสร้างหลักประกันมิให้รัฐสภาแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะส่งผลลดทอนเจตนารมณ์ดังกล่าวได้โดยง่าย ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งมีข้อบทบัญญัติ เรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในศาลและองค์กรอิสระ หรือเรื่องหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระ แต่ส่งผลให้การทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลของศาลและองค์กรอิสระไม่อาจกระทำได้ในประเด็นนี้ มีข้อควรพิจารณาอยู่ 2 มิติ กล่าวคือ

⁵ โปรดเทียบ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 วันที่ 8 มกราคม 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 41ก วันที่ 17 เมษายน 2557 น. 19-24; และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วันที่ 20 พฤศจิกายน 2556, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5ก วันที่ 8 มกราคม 2557 น. 29-31.

10.3.1 การพิจารณาในมิติเนื้อหาของ “เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระ ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้”

เนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระนั้น จำแนกได้เป็น 3 กลุ่ม

10.3.1.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กรและบุคลากร

ความในส่วนนี้ได้แก่ จำนวน องค์ประกอบ วาระการดำรงตำแหน่ง ที่มาและกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในศาลและองค์กรอิสระ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว ย่อมกระทบต่อการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระ ส่วนจะกระทบในทางบวก คือ เพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ หรือกระทบในทางลบ คือ ทำให้การปฏิบัติงานมีความยุ่งยาก ประสิทธิภาพและประสิทธิผลลดลงนั้น ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกรณี ๆ ไป

10.3.1.2 หลักประกันทางรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลและองค์กรอิสระสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี

หลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานของศาลและองค์กรอิสระตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบด้วย

- หลักประกันด้านงบประมาณ มาตรา 141 วรรคสอง กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของศาลและองค์กรอิสระ และในกรณีที่เห็นว่างบประมาณที่ได้รับจัดสรรอาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ ศาลหรือองค์กรอิสระจะยื่นคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมการการ โดยตรงก็ได้

- หลักประกันด้านหน่วยธุรการที่ขึ้นตรงต่อศาลหรือองค์กรอิสระ นั้น ๆ อันได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 193 และมาตรา 210 วรรคสาม คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการ ป.ป.ช. และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 220 และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตามมาตรา 243

- หลักประกันการมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติที่จะกระทบโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กร อันได้แก่ การมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ และองค์กรอิสระ ต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เสนอร่างฯ ต่อที่ประชุมรัฐสภา ตามมาตรา 131 (1) และการให้ความเห็นและข้อทักท้วงเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์กรในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างฯ หรือการเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของร่างฯ หลังจากรัฐสภาเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในวาระที่สามแล้ว ตามมาตรา 132 (2) และ (3)

10.3.1.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการ และขั้นตอนในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลและองค์กรอิสระ

การเพิ่มหรือลดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการ และขั้นตอนในการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระ ย่อมต้องกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติส่วนนี้ ย่อมเข้าข่ายเรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

10.3.2 การพิจารณาในมิติดผลกระทบ “ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้”

เบื้องต้น ผู้วิจัยเสนอว่า หากวินิจฉัยได้ชัดว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับศาลและองค์กรอิสระจะส่งผลให้ศาลหรือองค์กรอิสระสามารถปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่นนี้ ย่อมมิใช่กรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีอาจวินิจฉัยได้ อย่างชัดเจนเช่นนั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการตีความผลกระทบ “ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้” อยู่สองแนวทาง กล่าวคือ

10.3.2.1 การตีความอย่างแคบ คือ ต้องเป็นกรณีที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้อย่างชัดเจน

หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มิได้ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ เพียงแต่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระ

มีขั้นตอนและวิธีการทำงานที่ยู่งยากขึ้น หรือเป็นกรณีที่ไม่อาจวิเคราะห์และวินิจฉัยได้อย่างแน่ชัดว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะ “ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้” หรือไม่ เช่นนี้ ย่อมถือว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

ตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ อาทิ

- การกำหนดให้หน่วยธุรการของศาลหรือองค์กรอิสระเป็นหน่วยงานในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหาร มิได้ขึ้นตรงต่อศาลหรือองค์กรอิสระอีกต่อไป เช่นนี้ ย่อมทำให้ศาลและองค์กรอิสระปราศจากหน่วยงานสนับสนุนงานธุรการที่จำเป็น เป็นการทำลายหลักประกันความเป็นอิสระในเชิงองค์กร

- การยกเลิกหลักประกันความเพียงพอในด้านงบประมาณที่ศาลและองค์กรอิสระต้องใช้เพื่อการปฏิบัติหน้าที่

10.3.2.2 การตีความอย่างกว้าง คือ ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระ มีอุปสรรคมากขึ้น มีประสิทธิภาพน้อยลง หรือเกิดผลสัมฤทธิ์แบบไม่เต็มທີ່หรือไม่ครบถ้วน

แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีได้ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจได้เลย แต่ลำพังเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจส่งผลให้ศาลหรือองค์กรอิสระมีอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ มีประสิทธิภาพน้อยลง หรือไม่สัมฤทธิ์ผลสมดังเจตนารมณ์แห่งการจัดตั้งศาลและองค์กรอิสระดังกล่าวขึ้นในรัฐธรรมนูญ เช่นนี้แล้ว ย่อมเป็นกรณีที่ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปออกเสียงประชามติก่อน

ตัวอย่างของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำให้ไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจอย่างมีประสิทธิภาพลดลง อาทิ

- การยกเลิกกระบวนการให้ศาลหรือองค์กรอิสระสามารถให้ความเห็นและเสนอข้อทักท้วงเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง หลังจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างฯ ดังกล่าวในวาระที่สาม

- การลดวาระการดำรงตำแหน่งให้เหลือสั้นจนเกินไป เช่น ลดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการการเลือกตั้ง จาก 7 ปี เหลือ 3 ปี

- การยกเลิกข้อกำหนดให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว เช่น กรรมการการเลือกตั้งหรือ กรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวคาดหวังที่จะได้กลับมาดำรงตำแหน่งต่ออีกวาระหนึ่งหรือสองวาระ และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเกรงใจ โดยเฉพาะในการตรวจสอบบุคคลผู้มีอำนาจในการเสนอชื่อหรือสรรหา

- การกำหนดองค์ประชุมและจำนวนคะแนนเสียงที่ต้องใช้ในการวินิจฉัยสูงมากจนกระทั่งเป็นอุปสรรคต่อการทำงาน เช่น กำหนดให้องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน แทนที่ปัจจุบัน ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 221 ว่า ต้องไม่น้อยกว่า 7 คน หรือเปลี่ยนแปลงให้การวินิจฉัยสั่งให้ระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 225 ของคณะกรรมการเลือกตั้งนั้นต้องอาศัยมติเอกฉันท์เท่านั้น

- การเพิ่มหรือลดขั้นตอนหรือระยะเวลาในการปฏิบัติ เช่น ปัจจุบันคณะกรรมการการเลือกตั้งมีระยะเวลาในการตรวจสอบเบื้องต้นและประกาศผลการเลือกตั้ง ส.ส. ภายใน 60 วันนับแต่วันเลือกตั้ง ตามมาตรา 85 วรรคสี่ หากลดระยะเวลาดังกล่าว เหลือ 3 วัน หรือ 7 วัน ย่อมเห็นได้ว่า เป็นระยะเวลาที่สั้นจนเกินไป ทำให้ กกต. ไม่อาจดำเนินการตรวจสอบเบื้องต้นอย่างมีประสิทธิภาพได้

อนึ่ง ในกรณีที่เป็นที่สงสัยหรือไม่อาจวินิจฉัยได้อย่างแน่ชัดว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวส่งผลต่อการปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจของศาลและองค์กรอิสระอย่างไร เช่นนี้ ก็สมควรนำไปออกเสียงประชามติก่อนด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การลดจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือกรรมการ ป.ป.ช. ให้เหลือน้อย เช่น 3 ท่าน อาจส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวเกิดความติดขัด ล่าช้า ไม่เพียงพอต่อภาระหน้าที่ที่มี หรือในทางกลับกัน การที่มีตุลาการหรือกรรมการน้อยลง อาจทำให้ปฏิบัติหน้าที่ได้รวดเร็วยิ่งขึ้น ก็เป็นไปได้

10.3.3 ข้อเสนอแนะของผู้วิจัย

ผู้วิจัยเสนอว่าสมาชิกรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญควรตีความตามแนวทางที่สองคือตีความโดยอิงกับผลกระทบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก **ประการแรก** การตีความเช่นนี้สอดคล้องกับการจัดแบ่งระดับความยากง่ายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งแบ่งออกเป็น สามระดับ คือ ระดับแรก แก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้เลย คือ กรณีตามมาตรา 255 ระดับที่สอง แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยต้องนำไปออกเสียงประชามติหลังจากผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา และกรณีที่สาม แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยได้รับความเห็นจากรัฐสภาเท่านั้น⁶ **ประการที่สอง** สอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญที่ให้หลักประกันทางรัฐธรรมนูญแก่ศาลและองค์กรอิสระเพื่อให้สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁷ **ประการที่สาม** การกำหนดให้นำไปออกเสียงประชามติเป็นการเคารพต่อประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม **แนวทางที่สองนี้มีข้อเสียเช่นกัน** คือ ทำให้เวลาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องยาวนานออกไป ทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐเพื่อจัดให้มีการออกเสียงประชามติ และเป็นการรบกวนเวลาของประชาชนที่ต้องออกมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยยังคงเห็นว่า แนวทางที่สองนี้เป็นการตีความที่ถูกต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ย่อมเข้าข่ายกรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อนทั้งสิ้น

⁶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564 น. 36.

⁷ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562) น. 340-341 และ 368-369.

10.4 ข้อสังเกตอื่น ๆ เกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ

10.4.1 กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

เมื่อเริ่มต้นงานศึกษาวิจัยนี้ มีกฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ อยู่สองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 แต่กฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติดังกล่าว ทั้งสองฉบับ กลับไม่สามารถนำมาใช้กับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) ได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

กรณีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 แม้เป็นกฎหมายที่ใช้กับการประชามติทั่วไป แต่เนื่องจาก *ประการแรก* กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการประชามติตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 165 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว แม้มีประกาศ คสช. ที่ 57/2557 รับรองให้มีผลใช้บังคับต่อไปก็ตาม และรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 279 ก็รับรองให้ประกาศ คสช. ต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงประกาศ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับต่อไปภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็ตาม แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติให้กฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติจัดทำขึ้นในรูปแบบ “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ดังเช่นที่เคยเป็นในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ดังนั้น จึงถือว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 มีรูปแบบ (Form) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 *ประการที่สอง* พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการประชามติที่ริเริ่มโดยคณะรัฐมนตรีเพื่อหาข้อยุติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือเพื่อเป็นคำปรึกษาแก่คณะรัฐมนตรี กรณีจึงแตกต่างจากการประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามมาตรา 256 (8) ซึ่งเป็นกระบวนการทางรัฐสภา และ*ประการที่สาม* แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 บัญญัติให้อำนาจคณะรัฐมนตรีขอให้มีการจัดการออกเสียงประชามติได้ แต่ก็มีข้อจำกัดที่ว่า เรื่องดังกล่าวต้องมีใช้เรื่องที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น โดยสภาพ มีลักษณะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอยู่ในตัวเอง

ส่วนพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 เมื่อพิเคราะห์ถึงโครงสร้างและเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติแล้ว เห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่สอง พ.ศ. 2559 เท่านั้น มิได้มุ่งหมายให้ใช้กับการออกเสียงประชามติกรณีทั่ว ๆ ไป กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นกฎหมายชั่วคราว คล้ายบทเฉพาะกาลในกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเมื่อได้มีการดำเนินการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในปี 2559 รวมทั้งได้มีการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องครบถ้วนแล้ว เช่น หากศาลพิพากษาว่าได้มีการกระทำความผิดตามกฎหมาย ตัดสินลงโทษจำคุก หรือสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง เมื่อระยะเวลาผ่านไปครบกำหนดแล้ว กฎหมายฉบับนี้ก็สิ้นสภาพบังคับไปในตัวเอง จึงมิใช่กฎหมายที่จะนำมาใช้กับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 258(8) ได้

ด้วยเหตุนี้ การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 256 (8) จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ กระบวนการใช้สิทธิออกเสียงประชามติ และการประกาศผลการออกเสียงประชามติเป็นการเฉพาะ ปัจจุบัน (ธันวาคม 2564) พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 ได้ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

10.4.2 ข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564

หลักเกณฑ์ว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 นั้น มีประเด็นทางกฎหมายและความเหมาะสมที่สมควรหยิบยกขึ้นมาพิจารณา ณ ที่นี้สามกรณีด้วยกัน อันได้แก่

10.4.2.1 การกำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้มาใช้สิทธิออกเสียง

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาตามข้อ 10.4.1.1 ถึง ข้อ 10.4.1.5 ข้างต้น ต้องจัดให้มีการออกเสียง

ประชามติก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อการนี้ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการทูลเกล้าฯ ถวาย ถ้าผลการออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป⁸ ปัญหาที่คือ มาตรา 256 (8) มิได้บัญญัติว่า กรณีใดจึงถือว่า ผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญละไว้และให้ไปกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบในกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

ในการเลือกตั้ง ส.ส. ของไทย มิได้มีหลักเกณฑ์จำนวนขั้นต่ำของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง หรือจำนวนคะแนนเสียงขั้นต่ำที่จะถือว่าเป็นผู้ชนะการเลือกตั้ง⁹ มีเพียงเกณฑ์ที่ว่า ต้องได้คะแนนเสียงข้างมากของผู้มาใช้สิทธิ และต้องไม่น้อยกว่าคะแนนเสียงที่ไม่เลือกผู้ใดเป็น ส.ส. ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 แต่นั่นคือกรณีการพิจารณาเลือกตัวบุคคล ซึ่งปกติแล้วย่อมมีตัวเลือกมากกว่าสองราย อย่งไรก็ดี ในกรณีการออกเสียงประชามตินั้น โดยปกติ ตัวเลือกในบัตรออกเสียงประชามติ ย่อมมีเพียงสองทางเลือก คือ เห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบ เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ จำนวนผู้มาใช้สิทธิประชามติจึงถือเป็นปัจจัยสำคัญที่บ่งชี้ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย และการยอมรับของประชาชนในผลการออกเสียงประชามติ¹⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่มีความสำคัญยิ่งยวดต่อชะตาอนาคตของประเทศ ดังเช่นการประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

⁸ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 135.

⁹ เคยมีการกำหนดไว้ในกรณีที่การเลือกตั้ง ส.ส. มีผู้สมัครเพียงรายเดียว ต้องคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดในเขตเลือกตั้งนั้น โปรดดู มาตรา 74 แห่ง พรป. การเลือกตั้ง ส.ส. และ ส.ว. พ.ศ. 2541

¹⁰ Oonagh Gay and Lorna Horton, Threshold in Referendums, House of Commons Research Paper, SN/PC/02809 29 June 2011, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02809/SN02809.pdf>

ในการนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 มาตรา 13 จึงกำหนดไว้ว่า “การออกเสียงที่จะถือว่ามีข้อยุติในเรื่องที่จัดทำประชามติ ต้องมีผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเป็นจำนวนเกินกึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิออกเสียง และมีจำนวนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงในเรื่องที่จัดทำประชามตินั้น”

ความในส่วนแรกนั้น ย่อมชัดเจนว่า **ต้องมีผู้มีสิทธิออกมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด** ทั้งที่โดยการมาแสดงตนที่หน่วยและใช้บัตรออกเสียง ออกเสียงทางไปรษณีย์ เครื่องลงคะแนนออกเสียงอิเล็กทรอนิกส์ หรือระบบเทคโนโลยีสารสนเทศอื่น¹¹

ในด้านหนึ่ง มองได้ว่า การกำหนดบทบัญญัติไว้เช่นนี้ สอดคล้องกับข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่สำคัญเกี่ยวกับการประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 คือ มีประชาชนออกมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559 มีจำนวน 29,740,677 คน คิดเป็นร้อยละ 59.40 ของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด 50,071,589 คน¹² ด้วยเหตุนี้ จึงวิเคราะห์ได้ว่า ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (original constituent power) จำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งได้ออกมาแสดงเจตจำนงทางการเมืองของตน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (derived constituent power) จึงควรเคารพต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานของอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ด้วย ในเมื่อการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี 2559 อันเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีผู้ทรงอำนาจดังกล่าวเข้ามามีส่วนร่วมมากถึงร้อยละ 59.39 การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้มีผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ.2560 ก็สมควรกำหนดให้มีผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเข้ามามีส่วนเข้าร่วมในกระบวนการนี้ อย่างน้อยที่สุด คือ กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด มิเช่นนั้น ย่อมมีอาจถือได้ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนาเห็นชอบให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่ตนได้สถาปนาไว้แต่เดิม

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564, มาตรา 12 วรรคสอง.

¹² ประกาศ กกต. เรื่อง ผลการออกเสียงประชามติ ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2559

อย่างไรก็ตาม **ในอีกด้านหนึ่ง** เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ พบว่าทั่วโลก มีประมาณ 98 ประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ ทั้งที่เป็นการบังคับให้ต้องจัดการออกเสียงประชามติทุกกรณี เช่น เดนมาร์ก โรมานีเยอ ญี่ปุ่น หรือเฉพาะเมื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณี บางเรื่อง หรือบางประเด็น เช่น ฝรั่งเศส สเปน ออสเตรเลีย¹³ และพบว่า มีประเทศจำนวนน้อยมากที่กำหนดจำนวนขั้นต่ำของ **ผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ** อาทิ คาซัคสถาน เกาหลีใต้ ลัตเวีย รัสเซีย และสโลเวเนีย กำหนดไว้ที่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวน **ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ** ทั้งหมด เดนมาร์กกำหนดไว้ที่มากกว่าร้อยละ 40 ของจำนวนผู้มีสิทธิทั้งหมด นอกเหนือจากนั้น ล้วนแล้วแต่ไม่กำหนดให้มีเกณฑ์จำนวนขั้นต่ำของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ¹⁴

เหตุผลที่ประเทศส่วนใหญ่ไม่กำหนดจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงขั้นต่ำไว้ เนื่องจากเป็นเรื่องปกติที่ทุกประเทศจะมีประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติจำนวนมาก ไม่สนใจออกมาใช้สิทธิทางการเมืองของตน อย่างกรณีของไทย สถิติผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550 อยู่ที่ร้อยละ 57.61 ของผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด¹⁵ ส่วนประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550 อยู่ที่ร้อยละ 59.39¹⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีผู้มาใช้สิทธิออกเสียง

¹³ ชุมพูนุช ตั้งถาวร, “การออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Referendum)”, ใน ณรงค์เดช สรุโฆษิต (บรรณาธิการ), รัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพ: ทฤษฎีและปัญหาท้าทายในยุค 2021 รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสที่ศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อายุครบ 60 ปี, (กรุงเทพฯ: เดือนตุลา, 2564) น. 90 และ 102

¹⁴ Venice Commission, Report on Constitutional Amendment, adopted at the 81st plenary session (Venice, 11 - 12 December 2009); CDL-AD(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010, para. 50, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e)

¹⁵ ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง ผลการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 20 สิงหาคม พุทธศักราช 2550, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 45ก 21 สิงหาคม 2550 น. 8.

¹⁶ ประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง ผลการออกเสียง ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2559

ประชามติเกินกว่าจำนวนขั้นต่ำประมาณร้อยละ 7.5-9.5 เท่านั้น การกำหนดจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติขั้นต่ำไว้ที่เกินกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด จึงเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีโอกาสชนะในผลการลงประชามติมากกว่า โดยการไม่ออกไปออกเสียงประชามติ ตัวอย่างเช่น ตามสถิติข้างต้น หากผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติที่คัดค้านหรือไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงร้อยละ 10 พร้อมใจกันไม่ออกไปใช้สิทธิ (Strategic abstention) ก็สามารถทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ผ่านการออกเสียงประชามติได้แล้ว ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยโดยอาศัยกฎหมาย (European Commission for Democracy Through Law) หรือ คณะกรรมาธิการเวนิส จึงแนะนำไว้ในรายงานว่าด้วยประมวลแนวปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติว่า “ไม่ควรกำหนดเกณฑ์จำนวนผู้ออกมาใช้สิทธิขั้นต่ำ” ไว้¹⁷ ส่วนสถาบันนานาชาติเพื่อประชาธิปไตยและการเลือกตั้ง (International IDEA) แนะนำว่า แม้การกำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติไว้จะช่วยเพิ่มความชอบธรรมของผลการออกเสียงประชามติ แต่การกำหนดจำนวนผู้มาใช้สิทธิไว้สูงมาก ๆ เช่น มากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด ย่อมทำให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพที่เป็นอยู่ ณ ปัจจุบัน (status quo) เป็นไปได้ยากจนเกินจำเป็น¹⁸

อย่างไรก็ดี ในกรณีของไทย ปัญหาดังกล่าวอาจมิได้ร้ายแรงเท่ากับกรณีตัวอย่างที่สมมุติไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 (7) และพรบ.ประชามติ มาตรา 20 กำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติมีหน้าที่ไปออกเสียงประชามติเมื่อนั้น ย่อมเสียสิทธิทางการเมืองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 24 และจากสถิติการออกไปใช้สิทธิเลือกตั้งของประชาชนไทยนับแต่มีการบังคับให้การไปใช้สิทธิเลือกตั้งเป็นหน้าที่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 เรื่อยมาแล้ว พบว่า ผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกมาใช้สิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งทั่วไป เฉลี่ยอยู่ที่ประมาณร้อยละ 74

¹⁷ Venice Commission, Code of Good Practice on Referendums, para. 50-52.

¹⁸ Elliot Bulmer, Direct Democracy, (Stockholm: International IDEA, 2017) p. 18

ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมด¹⁹ ดังนั้น ความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้เทคนิคการไม่ไปออกเสียงประชามติเพื่อคว่ำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงมีโอกาสดังเกิดขึ้นได้น้อย แต่กระนั้นก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์จำนวนขั้นต่ำผู้ออกมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติไว้เช่นนี้ ยิ่งจะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 ออกแบบไว้ให้แก้ไขได้ยากอยู่แล้วยิ่งยากขึ้นไปอีก

10.4.2.2 ปัญหาการตีความจำนวนคะแนนเสียง “เห็นชอบ” ที่จะถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกเสียงประชามติ

ปัญหาการตีความบทบัญญัติเกิดขึ้นในมาตรา 13 ตอนท้าย ที่ว่า “การออกเสียงที่จะถือว่ามีข้อยุติในเรื่องที่จัดทำประชามติ ต้อง...และมีจำนวนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงในเรื่องที่จัดทำประชามตินั้น” จึงเกิดคำถามว่า กรณีที่จะถือว่าประชาชน “เห็นชอบ” ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต้องอาศัยเสียงเท่าใด เนื่องจากการออกเสียงประชามติตามกฎหมายนี้ ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ซึ่งแสดงตนเพื่อใช้สิทธิ สามารถแสดงความคิดเห็นของตนได้สามทางเลือก อันได้แก่

ทางเลือกแรก ไม่ประสงค์จะแสดงความคิดเห็น โดยกากบาทในช่อง “ไม่แสดงความคิดเห็น”²⁰

ทางเลือกที่สอง เห็นชอบ โดยกากบาทในช่อง “เห็นชอบ”

ทางเลือกที่สาม ไม่เห็นชอบ โดยกากบาทในช่อง “ไม่เห็นชอบ”

การกำหนดในกฎหมายให้มีสามทางเลือกเช่นนี้ แตกต่างไปจากการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่จัดขึ้นเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550²¹ และการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560

¹⁹ โปรตดู คณะกรรมการการเลือกตั้ง, https://www.ect.go.th/ect_th/more_news.php?cid=14&filename=index

²⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564, มาตรา 38.

²¹ ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2550, ข้อ 24 และข้อ 25 และตัวอย่างบัตรออกเสียงท้ายประกาศ

ที่จัดขึ้นเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559²² ซึ่งจะมีเพียงสองทางเลือกคือ “เห็นชอบ” หรือ “ไม่เห็นชอบ” แต่ไม่มีทางเลือก “ไม่แสดงความคิดเห็น”

ในประเด็นนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. รัฐสภา ได้อธิบายไว้ว่า

“หลักการจัดทำประชามติตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้มีขึ้นเฉพาะเรื่องที่มีความสำคัญระดับประเทศเป็นประการสำคัญ ร่างมาตรา 13 จึงกำหนดหลักเกณฑ์การหาข้อยุติในเรื่องที่จัดทำประชามติ โดยใช้หลักเกณฑ์สองประการ กล่าวคือ ต้องมีผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเป็นจำนวนเกินกึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิออกเสียง และมีจำนวนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงในเรื่องที่จัดทำประชามตินั้น จึงเรียกได้ว่าเป็นการวางข้อกำหนดแบบเสียงข้างมากสองระดับ (Double Majority) เพื่อให้ผลการออกเสียงประชามติเป็นที่ยอมรับ”²³

ข้อกำหนดแบบเสียงข้างมากสองระดับ ในส่วนแรก จำนวนผู้มาใช้สิทธิ์ ไม่มีปัญหาในการตีความ แต่ปัญหาอยู่ที่การตีความส่วนที่สองในวลีที่ว่า “การออกเสียงที่จะถือว่ามีข้อยุติในเรื่องที่จัดทำประชามติ ต้อง...และมีจำนวนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงในเรื่องที่จัดทำประชามตินั้น” จึงเกิดคำถามว่า กรณีที่จะถือว่าประชาชน “เห็นชอบ” ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต้องอาศัยเสียงเท่าใด ซึ่งจำแนกแนวทางการตีความได้สองแนว กล่าวคือ

แนวทางแรก หากประชาชน “แสดงความคิดเห็น” ในการออกเสียงประชามติ ไม่ว่าจะกากบาทช่อง “เห็นชอบ” หรือ “ไม่เห็นชอบ” รวมแล้วเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มาใช้สิทธิ์ (หรืออีกนัยหนึ่ง จำนวนที่กากบาทช่อง “ไม่แสดง

²² ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2559, ข้อ 58 และตัวอย่างบัตรออกเสียงท้ายระเบียบ

²³ รายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. รัฐสภา (9 มีนาคม 2564) น. 56. <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

ความคิดเห็น” ไม่ถึงกึ่งหนึ่ง) ย่อมถือว่า ผ่านเกณฑ์ข้อนี้ และหากจำนวนคะแนนที่กากบาทช่อง “เห็นชอบ” มากกว่าช่อง “ไม่เห็นชอบ” ก็ย่อมถือว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว

แนวทางที่สอง ประชาชนที่แสดงความคิดเห็นในจำนวนช่อง “เห็นชอบ” ต้องเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มาใช้สิทธิ จึงจะถือว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว

ผู้วิจัยเห็นว่า การตีความในแนวทางแรกเป็นการตีความที่ถูกต้อง และสอดคล้องกับหลักการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากตามหลักประชาธิปไตย ซึ่งมีได้จำกัดว่า ต้องเป็นเสียงข้างมากเด็ดขาด (absolute majority) เท่านั้น หากแต่ความเห็นใด ถือเป็นฝ่ายข้างมาก (simple majority/ plurality) ของประชาชนก็ย่อมมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแล้ว

10.4.2.3 ปัญหาการตีความข้อห้ามการออกเสียงประชามติที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามมาตรา 9 วรรคสาม

มาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 กำหนดว่า การออกเสียงประชามติตามพระราชบัญญัตินี้มีดังต่อไปนี้ (1) การออกเสียงเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่มิชอบบัญญัติกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) นั่นเอง ปัญหาอยู่ที่มาตรา 9 วรรคสองของกฎหมายที่บัญญัติเป็นข้อห้ามไว้ว่า “การออกเสียงในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้” ความวรรคนี้ จะตีความอย่างไร หากมีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยตัดหรือลดสิทธิเสรีภาพในประการหนึ่งประการใดที่รัฐธรรมนูญ 2560 รับรองไว้ จะนำมาออกเสียงประชามติไม่ได้ใช่หรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรา 9 วรรคสาม ดังกล่าว ต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) กล่าวคือ ความในวรรคนี้จะใช้บังคับกับการออกเสียงประชามติในกรณีอื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคสอง (2) ถึง (5) แต่จะไม่นำมาใช้บังคับกับการออกเสียงประชามติเพื่อเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แม้จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยก็ตาม

10.4.3 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 256 (9) นั้น ได้รับการออกแบบให้เป็นการควบคุมก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (Pre-promulgation review of constitutionality) ยิ่งไปกว่านั้น คือ มีเงื่อนไขเพิ่มเติมอีกว่า การส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (9) ต้องกระทำก่อนนายกรัฐมนตรีนำร่างฯ ขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

สิ่งที่น่าคิด ก็คือ หากเป็นกรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติไม่ว่าโดยการส่งเรื่องโดยประธานรัฐสภาตั้งแต่ต้น หรือส่งเรื่องภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ต้องนำไปออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) ก่อน หากผลการออกเสียงประชามติปรากฏว่า เสียงข้างมากไม่เห็นชอบ หรือเสียงข้างมากเห็นชอบแต่มีผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด เป็นผลให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นอันตกไป คงไม่มีปัญหาอะไร แต่หากร่างฯ ดังกล่าวผ่านการออกเสียงประชามติ เพราะเสียงข้างมากเห็นชอบโดยมีผู้ออกไปใช้สิทธิเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติทั้งหมด แต่กลับมีผู้โต้แย้งว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ชัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 และยื่นคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังจะมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่

ในด้านหนึ่ง เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณา เนื่องจาก ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักการต่าง ๆ ที่รับรองไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 อันได้แก่ หลักความเป็นรัฐเดี่ยว หลักประชาธิปไตย และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

กรณีตัวอย่างของต่างประเทศ เช่น วันที่ 6 กันยายน 2017 รัฐสภาของแคว้นกาตาลุญญาของสเปน ได้ผ่านรัฐบัญญัติว่าด้วยการกำหนดอนาคตของตนเองผ่านการออกเสียงประชามติ (Law of Catalonia 19/2017 of 6 September on the self-determination referendum) ซึ่งกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติของประชาชนชาวแคว้นคาตาลันแยกประเทศออกจากสเปน ในวันที่ 1 ตุลาคม 2017 รัฐบาลสเปนจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสเปน และศาลรัฐธรรมนูญสเปนได้มีคำสั่งฉุกเฉิน ลงวันที่ 7 กันยายน 2017 วินิจฉัยว่า การออกเสียงประชามติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ และสั่งระงับการดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ อย่างไรก็ตาม ยังคงมีการเดินทางจัดการออกเสียงประชามติโดยฝ่าฝืนคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญต่อไป ผลปรากฏว่า ประชาชนแคว้นกาตาลุญญา กว่าร้อยละ 90 เห็นชอบให้มีการประกาศเอกราชจากสเปน อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 2017 ศาลรัฐธรรมนูญสเปนได้มีคำวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญสเปน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความเป็นรัฐเดี่ยวที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ และหลักอำนาจอธิปไตยของชาติสเปน²⁴

อย่างไรก็ดี ในอีกด้านหนึ่ง เห็นว่า เมื่อได้มีการจัดการออกเสียงประชามติแล้ว ไม่ว่าจะผลออกมาประการใด ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจในการเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวอีกต่อไป เพราะประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้แสดงเจตจำนงทางการเมืองของตนเองโดยตรงแล้ว ดังนั้น ข้อโต้แย้งต่าง ๆ เกี่ยวกับเนื้อหาของร่างฯ ดังกล่าวย่อมเป็นอันยุติตัวอย่างเช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ที่เคยปฏิเสธการเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีฝรั่งเศส จากเดิมที่เลือกโดยคณะผู้เลือกตั้งมาเป็น

²⁴ Constitutional Court Judgment 114/2017, 17 October 2017 Law on the referendum of self-determination by the Parliament of Catalonia <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/Ley%20refere%20ENGLISH.pdf> และ Asier Garrido Muñoz, Catalan independence in the Spanish Constitution and Courts <https://oxcon.ouplaw.com/page/Catalan-independence>

การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ทั้ง ๆ ที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เหตุผลสำคัญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ไว้ก็คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยตรงในการออกเสียงประชามติ เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1962 อันเป็นการแสดงออกโดยตรงซึ่งเจตจำนงของอำนาจอธิปไตยของชาติแล้ว²⁵

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง และมีเหตุผลเพิ่มเติมว่า การใช้ช่องทางสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 เข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องกระทำก่อนการออกเสียงประชามติ²⁶ และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณารับคำร้องแล้ว หากศาลเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอาจขัดหรือแย้งต่อหลักการต่าง ๆ แห่งบทบัญญัตินิรันดร์ที่รับรองไว้ในมาตรา 255 ก็สมควรที่ศาลจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 71 กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยให้เลื่อนการจัดออกเสียงประชามติออกไปก่อน จนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย

นอกจากนี้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบกระบวนการออกเสียงประชามติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้ ส่วนการโต้แย้งคัดค้านกระบวนการออกเสียงประชามติซึ่งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน ผู้ประสงค์จะคัดค้านก็สมควรไปดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564

²⁵ Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, (Oxford: OUP, 1992) p.65-66.

²⁶ เทียบ ความเห็นของนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ในบทที่ 7 หน้า 236-237.

บทที่ 11

บทสรุปและเสนอแนะ

11.1 บทสรุป

11.1.1 ผลการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศ พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ขยายอำนาจเข้าตรวจสอบรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรับรองอำนาจไว้อย่างแข็งขัน โดยถือว่า “รัฐบัญญัติ” ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ เป็น “กฎหมาย” ในรูปแบบหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้เพื่อพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งหลักการที่ปรากฏในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 79 (3)

อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันครอบคลุมทั้งการตรวจสอบในเชิงรูปแบบกระบวนการ และเนื้อหาของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็ดียังไม่เคยมีกรณีที่ศาลเข้าตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง และในคดีต่าง ๆ ที่ตรวจสอบเนื้อหา ศาลยังไม่เคยวินิจฉัยว่า มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ขัดต่อมาตรา 79 (3)

สิ่งที่น่าสนใจมากเกี่ยวกับคดีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมันก็คือ การตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลพยายามตีความรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิให้ขัดต่อหลักการต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 (3) หรืออีกนัยหนึ่ง ศาลตีความหลักการต่าง ๆ ตามมาตรา 79(3) อย่างเคร่งครัด โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้น จึงต้องไม่ตีความในลักษณะที่จะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กรณีจึงเป็นดังที่ Yaniv Roznai ตั้งข้อสังเกตว่า ศาลเยอรมันใช้มาตรฐานการยกเลิกหรือล้มล้างขั้นพื้นฐาน (fundamental abandonment standard) กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะขัดต่อมาตรา 79 (3) ก็ต่อเมื่อเนื้อหา มีลักษณะร้ายแรงถึงขั้นทำลายล้างหลักการต่าง ๆ ที่มาตรา 79 (3) กำหนดไว้¹

¹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments* (United Kingdom: Oxford University Press, 2017). P. 221.

ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ถูกจำกัดอำนาจในการตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เฉพาะแต่การตรวจสอบความถูกต้องในเชิงกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น เนื่องจากมาตรา 73 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐใต้ให้เปิดช่องให้สามารถเสนอแก้ไขเนื้อหาของรัฐธรรมนูญได้ในทุกหมวดและทุกมาตรา เพียงแต่ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละเรื่องมีระดับความเข้มงวดแตกต่างกันไปตามความในแต่ละหมวด

อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ที่ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ได้เริ่มตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความพยายามที่จะตรวจสอบหรือให้คำอธิบายเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นวัตถุประสงค์ที่ ภายใต้กรอบคิดของแนวคิดด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (Basic Structure Doctrine) ทั้งนี้ แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้วศาลจะไม่ได้เข้าควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ได้แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความเป็นไปได้ที่ศาลจะขยายขอบอำนาจของตน เข้าควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นดังที่ Yaniv Roznai ตั้งข้อสังเกตไว้

ในทางกลับกัน กรณีของตุรกีนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจะถูกจำกัดอำนาจในการตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่เฉพาะในเชิงกระบวนการอย่างชัดเจนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญ บรรดาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจำนวนมาก กลับยืนยันว่า อำนาจของศาลไม่ได้จำกัดอยู่เพียงเท่านั้น หากแต่ได้มีการขยายขอบเขตการควบคุมตรวจสอบเข้าไปสู่นเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าการตรวจสอบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่สำคัญศาลได้วินิจฉัยในหลายคดีว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัตินี้วันตร

นอกจากนี้ แม้ว่าแนวบรรทัดฐานล่าสุดของศาล คือ การจำกัดอำนาจไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีโดยภาพรวมแล้ว เห็นได้ว่า แนวโน้มที่ศาลจะตีความขยายอำนาจของตนออกไปนั้นมีมากกว่า

11.1.2 กรณีรัฐธรรมนูญไทย

11.1.2.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

แม้ไม่อาจหาข้อยุติได้อย่างแน่ชัดว่า ใครเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย ระหว่างแนวคิดประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจโดยลำพัง กับแนวคิดประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจร่วมกับพระมหากษัตริย์ แต่โดยครครลงปรัชญาประชาธิปไตยแล้ว ย่อมไม่อาจตัดประชาชนออกจากความเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ได้เลย

ในทางทฤษฎีที่ยอมรับกันแพร่หลายในประเทศฝรั่งเศส อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจที่ล้นพ้น ไม่มีข้อจำกัด แต่ทฤษฎีในสกุลเยอรมนีกลับยอมรับข้อจำกัดของอำนาจดังกล่าว เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ได้สะท้อนว่า ความเป็นรัฐเดี่ยวและการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นหลักการที่มั่นคงแน่นอนมาโดยตลอด ไม่เว้นแม้แต่ช่วงที่อยู่ภายใต้การปกครองของคณะรัฐประหาร แต่กระนั้นก็ตาม การรัฐประหารสองครั้งหลังสุดได้บ่งชี้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะรัฐประหารให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไทย

นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยยืนยันตลอดมาว่า อำนาจนี้ไม่ใช่อำนาจเดียวกันกับอำนาจนิติบัญญัติ และในขณะเดียวกัน ก็ยืนยันว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะอำนาจแรกนั้นมีข้อจำกัดทั้งในเชิงเนื้อหาและกระบวนการ แต่ทั้งนี้ ศาลก็ได้ระบุชี้ชัดว่า อำนาจดังกล่าวคืออำนาจใดระหว่างอำนาจที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจเฉพาะที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

11.1.2.2 ช่องทางในการควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 256 (9) เป็นรัฐธรรมนูญไทยฉบับแรกที่บัญญัติรับรองอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม² กระนั้นก็ดี ก่อนหน้านั้น ศาลรัฐธรรมนูญเคยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 เป็นช่องทางให้ศาลเข้าตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการพิจารณา ร่างฯ ของรัฐสภามาแล้ว

ปัจจุบัน การนำคดีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น อาจกระทำได้ผ่าน 3 ช่องทาง อันได้แก่ ส.ส. และ/หรือ ส.ว. เข้าชื่อกันเสนอเรื่องตามมาตรา 256 (9) ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภามีมติให้เสนอปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 210 (2) และประชาชนเสนอคำร้องตามมาตรา 49 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าโดยหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยช่องทางมาตรา 210 (2) นั้น ไม่ถูกต้อง เพราะกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว คือ มาตรา 256 (9) ดังนั้น จึงสมควรอาศัยช่องทางเฉพาะ จะเหมาะสมกว่า

นอกจากนี้ แม้ช่องทางมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 จะมีพัฒนามาจากมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้เพื่อเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2560 มิได้มีวลี “การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นช่องทางที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้ในอดีต หากแต่มีเพียงวลี “การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อ

² บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2563) น. 179.

ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ลำพังเพียงแค่การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ถูกต้องตาม กระบวนการขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งทำให้กระบวนการดังกล่าวไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญนั้น โดยสภาพแล้ว หาได้ร้ายแรงถึงขนาดที่จะนำไปสู่การล้มล้าง การปกครองฯ ไม่ได้ ดังนั้น การใช้ช่องทางมาตรา 49 นี้จึงควรเน้นที่ประเด็น “เนื้อหา” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะนำไปสู่การล้มล้างการปกครองฯ ได้หรือไม่ เท่านั้น ศาลไม่ควรรับคำร้องหากเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วย รัฐธรรมนูญในเชิงกระบวนการแต่เพียงลำพัง

ส่วนช่องทางอื่น ๆ ในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การโต้แย้งในชั้นศาลตามมาตรา 212 การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 213 หรือการร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 (1) เพื่อให้ตรวจสอบความ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะในเชิงเนื้อหาหรือ ในเชิงกระบวนการ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่อาจกระทำได้

11.1.2.3 การควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้เพียงแค่ว่า สมาชิกรัฐสภา สามารถเข้าชื่อขึ้นเสนอประธานรัฐสภาเพื่อให้ส่งความเห็น ว่า ร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อมาตรา 255 หรือเป็นร่างที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ก่อน ตามมาตรา 256 (8) หรือไม่ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ไม่ได้ บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบปัญหาความไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แม้กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยกลับเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการ เสนอคำร้องตามช่องทางนี้ด้วย

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญสมควรตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เป็น กระบวนการหรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญเท่านั้น หากความเห็นหรือข้อโต้แย้ง ที่มีการเสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการหรือ

ขั้นตอนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรรับเรื่องไว้พิจารณา อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องไว้พิจารณาแล้ว อาทิ เพราะคำร้องโต้แย้ง ทั้งประเด็นเนื้อหาและกระบวนการ หรือมีทั้งประเด็นกระบวนการขั้นตอน อันเป็นสาระสำคัญและอันไม่เป็นสาระสำคัญผสมปนเปกัน เช่นนี้ ศาลก็ต้อง วินิจฉัยว่า การไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนที่มีใช่สาระสำคัญ หรือปฏิบัติ แต่ไม่ถูกต้อง ครบถ้วน ย่อมมิได้กระทบกระเทือนต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ในการนี้ ผู้วิจัยเสนอว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เป็นสาระสำคัญ และต้องดำเนินการให้ถูกต้อง มิเช่นนั้น ย่อมกระทบต่อความ สมบูรณ์ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ประกอบด้วย

(ก) “แบบ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องจัดทำเป็น ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งแบ่งออกเป็นรายมาตรา

(ข) กระบวนการหรือขั้นตอนที่บัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256

(ค) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ “องค์กรกลุ่ม” ซึ่งรวมถึงการปฏิบัติ หน้าที่ของรัฐสภา

(ง) กลไกการคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วม พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(จ) การตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นอกจากนี้ ประเด็นทางกฎหมายอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจ คือ ปัญหาเกี่ยวกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากมาตรา 256 (7) มีได้อ้างอิงถึงบทมาตรา 146 ที่รองรับพระราชอำนาจ ดังกล่าว ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยจำแนกผลการวิเคราะห์ออกเป็นสามกรณี อันได้แก่

กรณีแรก ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของ รัฐสภาโดยลำพัง แต่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร ทั้งเพราะเหตุครบอายุสภาหรือมีการ ยุบสภา เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมแบบเด็ดขาดตามมาตรา 147

กรณีที่สอง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง แต่มีสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่ เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแบบไม่เด็ดขาดหรือชั่วคราว โดยรัฐสภาสามารถยืนยันร่างกลับไปได้ด้วยมติสองในสาม ตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

กรณีที่สาม ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของประชาชนผ่านการออกเสียงประชามติแล้ว ไม่ว่าจะ ณ ขณะนั้น จะมีสภาผู้แทนราษฎรอยู่ปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

11.1.2.4 การควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญ มาตรา 255 บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

นี่คือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นกรอบข้อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา ที่จะมีการใช้กลไกแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปเปลี่ยนแปลงมิได้ การเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อกลับไปสู่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอีกครั้ง

หลักการที่ระบุไว้ในมาตรา 255 อันได้แก่ หลักประชาธิปไตย หลักรัฐเดี่ยว และหลักการมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น ไม่อาจจะเปลี่ยนแปลงได้ แม้เป็นการแก้ไขมาตรา 255 โดยตรงเพื่อเอาหลักการข้อหนึ่งข้อใดที่รับรองไว้ออกไปจากบทบัญญัติมาตรา 255 ผู้วิจัยก็เห็นว่าไม่อาจกระทำได้ในทำนองเดียวกัน แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีได้เปลี่ยนแปลงหลักการเดิม แต่การเพิ่มหลักการที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 255 ก็ไม่อาจกระทำได้เช่นกัน

นอกจากนี้ แม้บทบัญญัติที่ว่าด้วยขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 จะสามารถแก้ไขได้ แต่ผู้วิจัย

เห็นว่าจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกระบวนการดังกล่าว ให้ง่ายกว่าหรือเท่าเทียมกับกระบวนการนิติบัญญัติปกติมิได้ และไม่อาจแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีผลกลายเป็น “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ” และไม่อาจมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นของรัฐสภาไปให้องค์กรอื่นดำเนินการแทนได้ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติเสียก่อน ข้อวิเคราะห์เหล่านี้สอดคล้องกับแนววินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564

ในกรณีที่มีการแก้ไขมาตราหนึ่งมาตราใดที่รองรับหลักการต่าง ๆ ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 255 เช่น แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1 ให้ประเทศไทยเป็นสหพันธรัฐ หรือแก้ไขมาตรา 2 เปลี่ยนเป็นระบอบเผด็จการหรือแก้ไขมาตรา 3 เปลี่ยนให้มีประธานาธิบดีเป็นประมุข กรณีที่ขัดแย้งเช่นนี้คงไม่ยากที่จะวินิจฉัยอย่างไรก็ดี ปัญหาอยู่ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้ยกเลิกหรือล้มล้างหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวโดยตรง แต่เป็นการแก้ไขบทบัญญัติมาตราอื่นที่อาจส่งผลให้หลักการต่าง ๆ ดังกล่าวสูญเสียไป

ในทางสากล Yaniv Roznai ได้จำแนกนิติวิธีการตรวจสอบแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ อันได้แก่ ระดับเข้มงวด คือ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหากระทบต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) ก็ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ระดับปานกลาง คือนำหลักความได้สัดส่วน (proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าหรือหลักการที่ขัดแย้งกัน หากเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ “มากเกินไป” (disproportionate violation standard) ย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ และระดับเล็กน้อย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมิได้กระทบกระเทือนหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญถึงขนาดที่เป็น การ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว (fundamental abandonment standard)

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศในภาคสองพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่เคยวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาขัดต่อหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติวันันตร มาตรา 79 (3) ในคดีใด ๆ เลย ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเนื้อหาของของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมามีได้กระทบต่อหลักการตามมาตรา 79 (3) ถึงขนาดเป็นการละทิ้งแก่นหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว หรือ fundamental abandonment

ในทำนองเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ได้จำกัดอำนาจและบทบาทของตนเอง (judicial restraint) ในการปรับใช้หลักการว่าด้วยโครงสร้างขั้นพื้นฐาน เพื่อเข้าควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ศาลได้ถือตามมาตรฐานการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการ หรือ fundamental abandonment standard นั้นเอง

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้รองรับอำนาจในการตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มีเพียงอำนาจตรวจสอบ “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่เพียงแต่ศาลเคยขยายอำนาจเข้าไปตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่ศาลยังตรวจสอบ “เนื้อหา” ในระดับเข้มงวด ใด ๆ ก็ดี แม้ไม่อาจชี้ชัดได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีใช้เกณฑ์ใดเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มีข้อสังเกตว่า หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์การตุลาการและอาจกระทบต่อความเป็นอิสระของตุลาการ และเป็นเรื่อง ที่กระทบหลักรัฐที่เป็นกลางทางศาสนา ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็เลือกที่จะเข้าควบคุมตรวจสอบ และเกณฑ์ที่ใช้ก็น่าจะเข้มงวดถึงขนาดที่ว่า แม้กระทบเพียงเล็กน้อยก็ได้ (minimal effect standard) เลยทีเดียว

ในส่วนของประเทศไทย แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัยโดยตรงว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดมีเนื้อหาขัดต่อหลักการที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 255 บทบัญญัติวันันตรของไทย แต่ศาลก็เข้าไปควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางการใช้สิทธิพิทักษ์

รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยใช้เกณฑ์การ “กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” เป็นมาตรวัดเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 คำวินิจฉัยที่ 1/2557 และวินิจฉัยให้ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้วิจัยประเมินแล้วเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยใช้นิติวิธีการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวด โดยใช้เกณฑ์ผลกระทบแม้เพียงเล็กน้อย (minimal effect standard) เป็นมาตรฐานหลักในการควบคุมตรวจสอบ ด้วยความเคารพต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยไม่อาจเห็นพ้องด้วยกับแนววินิจฉัยดังกล่าว

อนึ่ง สำหรับสาระหรือองค์ประกอบของหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น เป็นการยากที่จะบ่งชี้ให้แน่ชัดภายใต้กรอบการวิจัยนี้ หากแต่สมควรศึกษาวิจัยเป็นอีกเรื่องหนึ่งต่างหาก แต่ในส่วนหลักความเป็นรัฐเดี่ยวนั้น ผู้วิจัยเสนอว่าการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นส่วนหนึ่งของความเป็นรัฐเดี่ยวของไทย

11.1.2.5 การวินิจฉัยในประเด็น “เรื่องที่ต้องจัดทำประชามติ”

การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วนั้น จำเป็นต้องผ่านการออกเสียงประชามติหรือไม่ อาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี อันได้แก่ กรณีแรก ประธานรัฐสภาไม่ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อจัดการออกเสียงประชามติ ส.ส. ส.ว. หรือ ส.ส. และ ส.ว. จึงเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และกรณีที่สอง ประธานรัฐสภาส่งร่างดังกล่าวไปให้ กกต. แต่ ส.ส. ส.ว. เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมิใช่เรื่องที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนแต่อย่างใด

เรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 256 (8) ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์

หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเป็นบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้

ผู้วิจัยเสนอว่าการตีความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน ควรพิเคราะห์จากผลกระทบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นเกณฑ์ เนื่องจากมีความเป็นไปได้สูงที่ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจประสงค์จะหลีกเลี่ยงกลไกการออกเสียงประชามติ จึงมิได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดหมู่หรือในหัวเรื่องที่มาตรา 256 (8) ระบุไว้โดยตรง แต่ใช้เทคนิคการร่างกฎหมายและนิติวิธีการตีความกฎหมาย เพื่อให้ได้ผลสัมดังประสงค์ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบทบัญญัติในหมวดอื่นหรือในหัวเรื่องอื่น แต่ส่งผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดหลักการที่บัญญัติไว้ในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯลฯ

11.2 ข้อเสนอแนะ

นอกเหนือจากข้อเสนอแนะในการตีความและปรับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมดังนี้

11.2.1 การควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญปัจจุบัน

11.2.1.1 ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ควรขยายเพิ่มช่องทางในการควบคุมตรวจสอบให้มากขึ้นกว่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน

ปัจจุบัน ช่องทางในการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น อาจกระทำได้ 3 ช่องทาง คือ มาตรา 256 (9) มาตรา 210 (2) และมาตรา 49 ศาลรัฐธรรมนูญไม่พึงตีความขยายช่องทางในการเข้าควบคุมตรวจสอบอีก

11.2.1.2 ศาลรัฐธรรมนูญควรรักษาอำนาจควบคุมตรวจสอบด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของสามประเทศข้างต้น ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อสรุปว่า อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นอำนาจที่มีอยู่ในตัวเอง (inherent power) ของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรซึ่งมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ (the guardian of the constitution) และอำนาจของศาลในเรื่องนี้ ครอบคลุมทั้งการควบคุมตรวจสอบเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ก็ใช้อำนาจนี้อย่างระมัดระวังยิ่ง ส่วนกรณีตุรกีนั้น แนววินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีเปลี่ยนแปลงไปมาขึ้นอยู่กับบริบทและดุลอำนาจทางการเมืองในแต่ละยุคแต่ละสมัย

ในส่วน “กระบวนการ” แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เป็นกระบวนการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้น

สำหรับ “เนื้อหา” ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ผู้วิจัยเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญไทย พิจารณาและใช้วิธีดังต่อไปนี้

กรณีแรก หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เป็นเรื่องที่จะต้องนำไปออกเสียงประชามติ ก่อนตามมาตรา 256 (8) เช่นนี้ เพื่อเคารพต่อการตัดสินใจของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในรัฐหรือเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้วิธีการตรวจสอบระดับเล็กน้อย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิได้กระทบกระเทือนหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ถึงขนาดที่เป็นการ “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการดังกล่าว

(fundamental abandonment standard) อันเป็นนิติวิธีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอมนั้นใช้ในการวินิจฉัยคดี

กรณีที่สอง หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว มิใช่เรื่องที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อนตามมาตรา 256 (8) เช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญควรใช้นิติวิธีการตรวจสอบระดับปานกลาง คือ นำหลักความได้สัดส่วน (proportionality) มาประยุกต์ใช้ โดยการชั่งน้ำหนักกระหว่างคุณค่าหรือหลักการที่ขัดแย้งกัน เฉพาะกรณีที่เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทบถึงสาระสำคัญ (core) ของหลักการที่รับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ “มากเกินไป” (disproportionate violation standard) เท่านั้น จึงให้ถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 255

กรณีที่สาม หากเป็นการเสนอคำร้องโดยประชาชนตามมาตรา 49 นั้น เนื่องจาก บทบัญญัติมาตราดังกล่าวระบุเฉพาะเจาะจงว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้” จึงเป็นกรอบในตัวเองว่า การตีความมาตรานี้ควรจำกัดอยู่ในกรณีที่หนึ่ง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยอมไม่ขัดมาตรา 255 ตราบเท่าที่ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติม มิได้ “ล้มล้าง” “ละทิ้ง” หรือ “ยกเลิก” รากฐานหรือสาระสำคัญของหลักการนิรันดร์ในมาตราดังกล่าว

11.2.1.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

(ก) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยลำพัง หากเป็นกรณีที่ไม่ใช่สภาผู้แทนราษฎร ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ครบอายุสภาหรือมีการยุบสภา พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจเด็ดขาดในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีสภาผู้แทนราษฎร พระมหากษัตริย์ย่อมมีพระราชอำนาจยับยั้งแบบชั่วคราว และรัฐสภามีอำนาจที่จะยืนยันร่างด้วยมติไม่น้อยกว่าสองในสาม

อย่างไรก็ตาม หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่เพียงแต่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา หากแต่ยังได้รับความเห็นชอบของประชาชนในการออกเสียงประชามติด้วยนั้น เช่นนี้ พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และในฐานะประมุขแห่งรัฐทรงยังต้องลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวด้วย

(ข) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้บทบัญญัติมาตรา 256 จะมีได้ระบุไว้ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ผลการศึกษาวิจัยก็บ่งชี้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจดังกล่าว โดยศาลพึงตรวจสอบเฉพาะกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นสาระสำคัญ อันได้แก่

- “แบบ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- กระบวนการหรือขั้นตอนที่บัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ

มาตรา 256

- หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ “องค์กรกลุ่ม” รวมถึงรัฐสภา
- กลไกการคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาในการมีส่วนร่วม

พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

- การตั้งคณะกรรมการพิจารณาาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(ค) เรื่องที่ต้องนำไปจัดทำประชามติก่อน

การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วนั้น จำเป็นต้องผ่านการออกเสียงประชามติอีกตามมาตรา 256 (8) หรือไม่ แบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ **กรณีที่ปรากฏชัดแจ้ง**ว่าต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน อันได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ และ**กรณีที่มีได้ปรากฏชัด** อันได้แก่ เรื่องที่ทำให้ศาล

หรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราอื่นนอกเหนือจากหมวด 1 หมวด 2 หมวด 15 ฯลฯ แต่ส่งผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดหลักการที่บัญญัติไว้ในหมวด 1 หมวด 2 หมวด 15 ฯลฯ ในกรณีเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพึงตีความโดยพิเคราะห์จากผลกระทบบว่า กระทบต่อการใช้และการตีความบทบัญญัติในหมวดหมวด 1 หมวด 2 หมวด 15 ฯลฯ หรือไม่ หากใช่ ก็ย่อมถือเป็นกรณีที่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน

11.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในอนาคต

11.2.2.1 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ “เนื้อหา” มิให้ขัดต่อมาตรา 255 และในแง่ “กระบวนการ” ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

11.2.2.2 ยกเลิกเงื่อนไขการลงมติ “เห็นชอบ” ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามของรัฐสภา ที่ต้องได้รับเสียงเห็นชอบจากสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม

11.2.2.3 บัญญัติรองรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา และอำนาจยืนยันร่างของรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงสองในสาม ให้ชัดเจน

11.2.2.4 พิจารณาจัดกลุ่มประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียใหม่ ตามระดับความสำคัญของเนื้อหา โดยสมควรจำแนกเป็นสามกลุ่ม

11.2.2.4.1 บทบัญญัติทั่วไป กำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่สาม ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

11.2.2.4.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรศาลและองค์กรอิสระ และบทบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ กำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่าสองในสามในวาระที่สามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

11.2.2.4.3 บทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ และหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กำหนดเงื่อนไขการลงคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกรัฐสภาไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่หนึ่ง และเกินกว่ากึ่งหนึ่งในวาระที่สาม ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และให้นำไปออกเสียงประชามติ

ในกรณีของบทบัญญัติตามข้อ 11.2.2.4.2 ข้างต้นซึ่งได้คะแนนเสียงเห็นชอบในวาระที่สามไม่ถึงสองในสาม สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าอาจขอให้นำไปออกเสียงประชามติได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หากรัฐสภาไม่เห็นชอบหรือเห็นชอบด้วยไม่ถึงเกณฑ์ต่าง ๆ ข้างต้น สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าอาจขอให้นำไปออกเสียงประชามติได้

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

- Michael J. Sandel. ความยุติธรรม. แปลโดย สฤณี อาชวานันทกุล. กรุงเทพฯ: Open World, 2554.
- กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2544.
- เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540: ปัญหา อุปสรรค และทางออก กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2545.
- เจษฎา พรไชยา. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2543.
- ชมพูนุช ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชมพูนุช ตั้งถาวร. การออกเสียงประชามติที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Referendum). ณรงค์เดช สรุโฆษิต, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. การนำเรื่องการปกครองส่วนท้องถิ่นมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ เดือนตุลา, 2503.
- ณรงค์เดช สรุโฆษิต. การบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและข้อห้ามย้ายพรรคการเมืองในประเทศแอฟริกาใต้. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 44,4 (2558)

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. แนวทางปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง.

กรุงเทพฯ: เอพี ดีไซน์กราฟิก และการพิมพ์, 2554.

ณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์. 2558.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. การปกครองท้องถิ่นฝรั่งเศส 2018. กรุงเทพฯ: อมรินทร์
พริ้นติ้ง, 2561.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราช-
อาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540). กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ระบบการออกเสียงประชามติ กรุงเทพฯ: สำนักงาน
กองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2539.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัย เรื่อง “การออกเสียงประชามติที่ขัดหรือแย้ง
ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,
2545.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ: ปี เพรส, 2548.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบ
ทิศทาง การแก้ไขรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.

นิธิ เอียวศรีวงศ์.ชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์: ว่าด้วยวัฒนธรรม,
รัฐ และรูปการจิตสำนึก. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2553. (พิมพ์ครั้งที่ 2).

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. รายงานการศึกษาวิจัย “ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิด
ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy). กรุงเทพฯ:
แอคทีฟ ปริ้นท์, 2563.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 3.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, 2561.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และมานิตย์ จุมปา. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2563. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2537.
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2538.
- บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. รายงานวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พาณิชย์ศิลป์, 2494.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ: ภาค 1 ความนำทั่วไป. กรุงเทพฯ: สารศึกษาการพิมพ์, 2524.
- โกคิน พลกุล. ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529.
- รวินทร์ ลีลาพัฒนา และชมพูนุช ตั้งถาวร. รายงานวิจัย มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2563.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย 2564.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

วิชณุ เครื่องาม และบรรศักดิ์ อูวรรณโณ. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520. กรุงเทพฯ: อักษรการพิมพ์, 2520.

วิชณุ เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2530.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. กฎหมายการปกครองท้องถิ่น. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาผู้แทนราษฎร. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2563.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายเลือกตั้งทั่วไป และคำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์คุรุสภา, 2503.

หยุด แสงอุทัย. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย. กรุงเทพฯ: สำนักงานประธานนิติ, 2489.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Aalt Willem Heringa. Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law. England: Intersentia, 2019.

- Adem Kassie Abebe. The Substantive Validity of Constitutional Amendment in South Africa. *South African Law Journal* 131, 3 (2014).
- Aharon Barak. Unconstitutional Constitutional Amendment *Israel Law Review* 44, 3 (2011).
- Albert Venn Dicey. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan, 1959.
- Alec Stone. *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. England: Oxford University Press, 1992.
- Ali Acar. *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*. PhD in Law, European University Institute. 2015.
- Andreas L. Paulus and Jan-Henrik Hinselmann. *International Integration and Its Counter-Limits: A German Constitutional Perspective*. In Edited by Curtis A. Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. Oxford University Press, 2019.
- Andreas L. Paulus and Jan-Henrik Hinselmann. *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. In Edited by Curtis A. Bradley, England: Oxford University Press, 2019.
- Andrew Arato. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* England: Cambridge University Press, 2017.
- Anne Twomey. *The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*. England: Cambridge University Press, 2020.
- Antonio Negri. *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*. United States: University of Minnesota Press, 1999.

- Arthur B. Gunlicks. *The Lander and German Federalism*. Translated by E.M. Picey. England: Manchester University Press, 2010.
- Arthur O'Neal Beach. *Constitutional Revision - Constitutional Amendment Process*. *Natural Resources Journal* 9 (1969).
- Asha Kaushal. *Constituent Power: Political Unity and Constitutional Plurality*. *National Journal of Constitutional Law* 37, 2 (2017).
- A. W. Bradley et al. *Constitutional and Administrative Law*. 16th edition. Harlow: Pearson, 2015.
- Badma.V. Sangadzhieva Petr A. Kucherenkoa, and Murad C. Velibekova. *Legal Nature and Functions of Referendum in Constitutional Law Theory*. *International Journal of Environmental & Science Education* 11, 16 (2016).
- Benjamin Akzin. *The Place of the Constitution in the Modern State*. *Israel Law Review* 2, 1 (1967).
- Bob Morris. *Ceremonial Functions of Monarchy*. In Edited by Robert Hazell and Bob Morris, *The Role of Monarchy in the Modern Democracy: European Monarchies Compared*. England: Hart Publishing, 2020.
- Brian Z. Tamanaha. *The History and Elements of the Rule of Law*. *Singapore Journal of Legal Studies* (2012).
- Bryan S. Turner. *Sociology of Human Rights*. In Edited by Dinah Shelton, *Oxford Handbook of International Human Rights Law*. England: Oxford University Press, 2013.
- Carl Schmitt. *Constitutional Theory*. Translated by Jeffrey Seitzer. United States: Duke University Press, 2008.
- Carlos Bernal. *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Columbia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine*. *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (1969).

- Charles E. Stewart. Decisions of Foreign Court: Land Reform Decision – German Federal Constitutional Court, April 23, 1991. American Journal of International Law 85 (1991).
- Christian Bumke and Andreas Voßkuhle. German Constitutional Law: Introduction, Cases and Principles. England: Oxford University Press, 2019.
- Christoph Möllers. Pouvoir Constituant–Constitution–Constitutionalisation. In Edited by Armin von Bogdandy and Jürgen Bast, Principles of European Constitutional Law. England: Hart Publishing, 2009.
- Clauspeter Hill Jürgen Bröhmer, and Marc Spitzkat 60 Years German Basic Law: The German Constitution and Its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights. 2nd edition. Printmate Sdn Bhd, 2012.
- Clude Klein and András Sajó. Constitution-Making: Process and Substance. In Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. England: Oxford University Press, 2012.
- David Held. Models of Democracy. England: Polity Press, 2006.
- David P. Currie. The Constitution of the Federal Republic of Germany. United States: University of Chicago Press, 1994.
- David S. Law and Ryan Whalen. Constitutional Amendment Versus Constitutional Replacement: An Empirical Comparison. In Edited by Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change. United States: Routledge, 2021.

- Deutscher Bundestag. Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee, as at March 2019. Bundestag, 2019.
- Dieter Grimm. Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept. Translated by Belinda Cooper. United States: Columbia University Press, 2015.
- Dieter Grimm. The Basic Law at 60 – Identity and Change. German Law Journal 11, 1 (2010).
- Dieter Grimm. Types of Constitutions. In Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. England: Oxford University Press, 2012.
- Dietmar von der Pfordten. On the Foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat. In Edited by James E. Hickey Jr. James R. Silkenat, and Peter D. Barenboim, The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat). Switzerland: Springer, 2014.
- Dilip Hiro. Inside Central Asia: A Political and Cultural History of Uzbekistan, Turkmenistan, Kazakhstan, Kyrgyz Stan, Tajikistan, Turkey, and Iran New York: Harry N. Abrams, 2011.
- Donald P Kommers and Russell A Miller. Germany: Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice, and Policy of the German Federal Constitutional Court. In Edited by Andrew Harding and Peter Leyland, Constitutional Court: A Comparative Study. England: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2009.
- Donald P. Kommers and Russell A. Miller. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Translated by Jeffrey Seitzer. 3rd ed. United States: Duke University Press, 2012.

- Elliot Bulmer. Constitutional Monarchs in Parliamentary Democracies. Sweden: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017.
- Elliot Bulmer. Direct Democracy International Idea Constitution-Building Primer 3 Sweden: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017.
- Elliot Bulmer. Presidential Veto Power. Stockholm: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017.
- Emile Boutmy. Studies in Constitutional Law: France, England, United States. Translated by E.M. Pacey. United States: Macmillan, 1891.
- Emmanuel-Joseph Sieyès. What Is the Third Estate? Translated by Michael Sonenscher. United States: Hackett Publishing, 2003.
- Ergun Özbudun and Ömer Faruk Gençkaya. Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey. Budapest: Central European University Press, 2009.
- Ergun Özbudun. The Constitutional System of Turkey. New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2011.
- Gottfried Dietze. Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany. Virginia Law Review 42, 1 (1956).
- Gustavo Gozzi. Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History. In Edited by Danilo Zolo Pietro Costa, and E. Santoro, The Rule of Law History, Theory and Criticism. Netherlands: Springer, 2007.
- H. Ozan Özacı. Intellectual Origins of the Republic: Ahmet Ağaoğlu and the Genealogy of Liberalism in Turkey. Lieden: Brill Academic Pub, 2015.

- H. W. Koch. *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. London: Longman, 1984.
- Hans Kelsen. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. England: Clarendon Press, 1992.
- Hans Kelsen. *The Pure Theory of Law*. Translated by Max Night. United States: The Lawbook Exchange, 2005.
- Hans Lindahl. *Constituent Power and the Constitution*. In Edited by David Dyzenhaus and Malcolm Thorburn, *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. England: Oxford University Press, 2016.
- Heinz Klug. *Introducing the Devil: An Institutional Analysis of the Power of Constitutional Review*. *South African Journal on Human Rights* 13, 2 (1997).
- Helmut Goerlich. *Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution against Amendments and Article 79(3), Basic Law of Germany*. *NUJS Law Review* 1 (2008).
- Horst Dreier. *Human Dignity in German Law*. In Edited by Marcus Düwell et al., *The Cambridge Handbook of Human Dignity*. Cambridge University Press, 2014.
- James R. Alexander. *State Sovereignty in the Federal System: Constitutional Protections under the Tenth and Eleventh Amendments*. *Publius* 16, 2 (1986).
- Jen Woelk. *Germany*. In Edited by Dawn Oliver and Carlo Fusaro, *How Constitutions Change: A Comparative Study*. England: Hart Publishing, 2013.
- Jenny S. Martinez. *Horizontal Structuring*. In Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. England: Oxford University Press, 2012.

- Jessica Piombo. *Institutions, Ethnicity, and Political Mobilization in South Africa*. United States: Macmillan, 2009.
- Joel Colón-Ríos. *Constituent Power and the Law*. England: Oxford University Press, 2020.
- Joel I. Colón-Ríos. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. United States: Routledge, 2012.
- Joh J. van Tonder. *The Salient Features of the Interim Constitution*. In Edited by Murray Faure and Jan-Erik Lane, *South Africa: Designing New Political Institutions*. California: SAGE Publications Ltd, 1996.
- John Locke. *Two Treatises of Government*. England: 1823.
- Jutta Limbach. *The Concept of the Supremacy of the Constitution*. *The Modern Law Review* 64, 1 (2001).
- Jutta Stender-Vorwachs. *The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space*. *German Law Journal* 5, 11 (2004).
- Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendment: A Comparative Study*. Ekin Press, 2008.
- Kierin O'Malley. *The Constitutional Court*. In Edited by Murray Faure and Jan-Erik Lane, *South Africa: Designing New Political Institutions*. California: SAGE Publications Ltd, 1996.
- Laurence H. Tribe and Thomas K. Landry. *Reflection on Constitution-Making*. *American University Journal of International Law and Policy* 8 (1993).
- Lucia Rubinelli. *Constituent Power: A History*. England: Cambridge University Press, 2020.
- Marco Goldoni. *At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power*. *Oxford Journal of Legal Studies* 32, 2 (2012).

- Markus Böckenförde. Constitutional Amendment Procedures: International Idea Constitution-Building Primer 10. Sweden: International Institute For Democracy and Electoral Assistance, 2017.
- Markus Kotzur. Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany. In Edited by Xenophon Contiades, Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. New York: Routledge, 2012.
- Martin Krygier. Rule of Law (and Rechtsstaat). In Edited by James D. Wright, International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. 2015.
- Martin Loughlin. Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice. In Edited by Martin Loughlin and Neil Walker, The Paradox of Constitutionalism. England: Oxford University Press, 2008.
- Martin Loughlin. Foundation of Public Law. England: Oxford University Press, 2010.
- Martin Loughlin. On Constituent Power. In Edited by Michael W. Dowdle and Michael A. Wilkinson, Constitutionalism Beyond Liberalism. England: Cambridge University Press, 2017.
- Martin Loughlin. The Idea of Public Law. England: Oxford University Press, 2003.
- Michael O'Boyle and Michelle Lafferty. General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law. In Edited by Dinah Shelton, Oxford Handbook of International Human Rights Law. England: Oxford University Press, 2013.
- Michael Sachs et al. Grundgesetz: Kommentar. 4th edition. C.H.Beck, 2007.

- Michael Sonenscher. Introduction. In *What Is the Third Estate?* United States: Hackett Publishing, 2003.
- Michael W. McConnell. Textualism and the Dead Hand of the Past. *The George Washington Law Review* 66, 1127 (1997).
- Michel Rosenfeld. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review* 74, 5 (2001).
- Michel Troper. Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy. *International Journal of Constitutional Law* 3, 1 (2005).
- Michel Troper. Sovereignty. In Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. England: Oxford University Press, 2012.
- Mirjam Künkler Ernst-Wolfgang Böckenförde, and Tine Stein. *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*. England: Oxford University Press 2016.
- Monika Polzin. Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law* 14, 2 (2016).
- Nicolas Nohlen. Germany: The Electronic Eavesdropping Case. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005).
- Oliver Beaud. Conceptions of the State. In Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. England: Oxford University Press, 2012.
- Oya Yegen. Debating the Amendment-Making Rule: The Rigidity Vs. Flexibility Debate in the Turkish Constitution-Making Process. In Edited by Felix Petersen and Zeynep Yanaşmayan, *The Failure of Popular Constitution Making in Turkey: Regressing Towards Constitutional Autocracy*. England: Cambridge University Press, 2019.

- Qianfan Zhang. The Constitution of China. In Edited by Roger Masterman and Robert Schütze, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2019.
- Rainer Grote. The Federal Republic of Germany: Introductory Note. In *Oxford Constitution of the World*, Part 3. 2009.
- Rainer Grote. The Federal Republic of Germany: Introductory Note. In *Oxford Constitution of the World*, Part 4 Reforms of the Basic Law since 1949. 2009.
- Richard Albert, Malkhaz Nakashidze, and Tarik Olcay. The Formalist Resistance to Unconstitutional Constitutional Amendments. *Hasting Law Journal* 70 (2019).
- Richard Albert. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. England: Oxford University Press, 2019.
- Richard Albert. *Constitutional Handcuffs*. *Arizona State Law Journal* 42 (2010).
- Richard Albert. How a Court Becomes Supreme: Defending the Constitution from Unconstitutional Amendments *Maryland Law Review* 77, 1 (2017).
- Robert Hazell. Monarchy in the Constitutional Text. In Edited by Robert Hazell and Bob Morris, *The Role of Monarchy in the Modern Democracy: European Monarchies Compared*. England: Hart Publishing, 2020.
- Robert Schütze. *Constitutionalis*. In Edited by Roger Masterman and Robert Schütze, *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press, 2019.
- Sergio Bartole. Internal Ordering in the Unitary State. In Edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of*

- Comparative Constitutional Law. England: Oxford University Press, 2012.
- Stephan Kirste. Philosophical Foundations of the Principle of the Legal State (Rechtsstaat) and the Rule of Law. In Edited by James E. Hickey Jr. James R. Silkenat, and Peter D. Barenboim, The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat). Switzerland: Springer, 2014.
- Stephen Gardbaum. Pushing the Boundaries: Judicial Review of Legislative Procedures in South Africa. Constitutional Court Review 9, 1 (2019).
- Stephen M. Griffin. Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism. In Edited by Martin Loughlin and Neil Walker, The Paradox of Constitutionalism. England: Oxford University Press, 2008.
- Tamara El Khoury. Pouvoir Constituant. In Edited by Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum Rainer Grote, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law. England: Oxford University Press, 2016.
- Tarik Olcay. The Unamendability of Amendable Clauses: The Case of the Turkish Constitution. In Edited by Richard Albert and Bertil Emrah Oder, An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies. Springer, 2018.
- TBMM. Tbm̄m'de Yasama Süreci. Turkey: TBMM Press and Public Relations 2005.
- Thomas Paine. Paine: Political Writings. Edited by Bruck Kuklick. England: Cambridge University Press, 2000.
- Tom Bingham. The Rule of Law. London: Penguin Book, 2011.

- Tom Ginsburg Zachary Elkins, and James Melton. *The Endurance of National Constitutions*. London: Cambridge University Press, 2009.
- Tsakani Ngomane and Constance Flanagan. *The Road to Democracy in South Africa*. *Peace Review* 15, 3 (2003).
- Ulrich K. Preuss. *The Implications of ‘Eternity Clauses’: The German Experience*. *Israel Law Review* 44 (2011).
- Vicki Traulsen. *The German Federal Constitutional Court’s Decision on Asylum Law*. *German Yearbook of International Law* 39 (1996).
- Victor Massuh. *Democracy: A Delicate Balance and Universality*. In Edited by The Inter-Paliament Union, *Democracy: Its Principles and Achievement*. Switzerland: The Inter-Paliament Union, 1998.
- Vivien Hart. *Constitution-Making and the Transformation of Conflict*. *Peace & Change* 26, 2 (2001).
- Walter F. Murphy and Joseph Tanenhau. *Comparative Constitutional Law: Cases and Commentaries*. United States: St. Martin Press, 1977.
- Werner Heun. *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* England: Hart Publishing, 2011.
- Yaniv Roznai. “We the People”, “Oui, the People” and the Collective Body: Perceptions of Constituent Power. In Edited by Gary Jacobsohn and Miguel Schor, *Comparative Constitutional Theory*. United States: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments*. England: Oxford University Press, 2019.
- Yaniv Roznai. “Towards a Theory of Unamendability.” In New York University Public Law and Legal Theory Working Papers 515, 2015.

เอกสารออนไลน์

Anthony Valcke. The Rule of Law: Its Origins and Meanings (a Short Guide for Practitioners) [Online]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2042336>

Arne Marjan MAVČIČ. Some Comparative Comments to the Introduction of Constitutional Review in the State of Palestine [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU(2008)026-e)

Asier Garrido Muñoz. Catalan Independence in the Spanish Constitution and Courts [Online]. Available from: <https://oxcon.ouplaw.com/page/Catalan-independence>

Bundesrat. Bundesrat Members [Online]. Available from: <https://www.bundesrat.de/EN/organisation-en/mitglieder-en/mitglieder-en-node.html>

Bundesrat. Committee on Legal Affairs [Online]. Available from: <https://www.bundesrat.de/EN/organisation-en/ausschuesse-en/r-en/r-en-inhalt.html>

Bundesrat. Council of the Elders [Online]. Available from: <https://www.bundestag.de/en/parliament/elders>

Bundesrat. Legislative Procedure [Online]. Available from: https://www.bundesrat.de/EN/funktionen-en/gesetzgebung-en/verfahren-en/verfahren-en-node.html;jsession_id=C83433C2235D8EE49140C-D5C43065B46.1_cid339#doc5157322bodyText1

Bundesrat. OrGaniSaTion [Online]. Available from: https://www.bundesrat.de/cln_152/nn_11006/EN/organisation-en/stimmenverteilungen/stimmenverteilung-enode.html?__nnn=%20true

Bundesrat. Voting [Online]. Available from: <https://www.bundesrat.de/EN/funktionen-en/plenarsitzung-en/abstimmung-en/abstimmung-en-node.html>

Bundestag. Passage of Legislation [Online]. Available from: <https://www.bundestag.de/en/parliament/function/legislation/passage-245704>

Bundestag. The Parliament of the Federal Republic of Germany [Online]. Available from: <https://www.bundestag.de/en/teaser-text-startteaserbildtext-692028>

Bundesverfassungsgericht. Lisbon Treaty Decision; Bverfge 123, 276 [Online]. Available from: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html

CODICES. Tur-2008-3-007 [Online]. Available from: Available from: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

CODICES. Tur-2010-2-004 [Online]. Available from: Available from: <http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789 [Online]. Available from: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf

Constitutional Court of South Africa. Role of the Constitutional Court [Online]. Available from: <https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/role>

Constitutional Court of Turkey. Constitutionality Review [Online]. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/proceedings/ConstitutionalityReview.html>

Constitutional Court of Turkey. Introductory Booklet: Constitutional Court of Turkey [Online]. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/publications/pdf/introductoryBooklet.pdf>.

Constitutional Court of Turkey. Structure and Decision Making [Online]. Available from: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/constitutionalcourt/TheStructureDutiesOfTheCourt/Plenary/StructureDecisionMaking.html>

Constitutional Court of Turkey. The Structure and Duties of the Court [Online]. Available from: [http://www.constitutionalcourt.gov.tr/Department of Justice and Constitutional Development. Amendments to the Constitution](http://www.constitutionalcourt.gov.tr/Department%20of%20Justice%20and%20Constitutional%20Development.%20Amendments%20to%20the%20Constitution) [Online]. 2016. Available from: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/amendments.html>

Francesco Palermo. ‘Editorial’ in ‘70 Years of the German Basic Law’ Symposium [Online]. Available from: <https://blog-iacl-aidc.org/70-years-of-the-german-basic-law/2019/9/24/editorial-70-years-of-the-german-basic-law-symposium>

Government of South Africa. History [Online]. Available from: www.gov.za/about-sa/history

Government of South Africa. Structure and Functions of the South African Government [Online]. Available from: <https://www.gov.za/about-government/government-system/structure-and-functions-south-african-government>

Helmut Steinberger. Models of Constitutional Jurisdiction [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(1991\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(1991)001-e)

International Labour Organization. Kanun No. 5982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması

- Hakkında Kanun [Online]. 2010. Available from: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=85605
- Laboratoire Méditerranéen de Droit Public. A Brief History of Turkish Constitutionalism [Online]. 2019 Available from: <http://lm-dp.org/a-brief-history-of-turkish-constitutionalism>
- Martin Krygier. Common Law [Online]. 1998. Available from: <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/common-law/v-1/sections/judges-and-the-common-law>.
- Michael Lacey. Tolerance, Liberal Democracy and Pluralism [Online]. Available from: <http://cw.routledge.com/textbooks/alevelphilosophy/data/AS/Tolerance/Tolerance Democracy Pluralism.pdf>
- Oonagh Gay and Lorna Horton. Threshold in Referendums, House of Commons Research Paper, Sn/Pc/02809 29 June 2011, [Online]. Available from: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02809/SN02809.pdf>
- Rainer Grote. The Federal Republic of Germany: Introductory Note [Online]. Available from: <http://oxcon.ouplaw.com>
- School of Law The University of Texas at Austin. Bundesverfassungsgericht First Senate 1 Bvr 2378/98; 1 Bvr 1084/99 [Online]. Available from: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=658>
- The ACE Electoral Knowledge. What Type of Majority Is Best Suited to Approve Constitutional Referendums? [Online]. Available from: http://aceproject.org/today/forum/spotlight-on/what-type-of-majority-is-best-suited-to-approve/document_view
- The Constitutional Court of South Africa. Matatiele Municipality and Others V President of the Republic of South Africa and Others

[Online]. 2006. Available from: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/12media.pdf>

the Introduction of Constitutional Review in the State of Palestine [Online]. 2008. Available from: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU\(2008\)026-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-JU(2008)026-e)

The Judicial authority of the Republic of South Africa. The South African Judicial System [Online]. Available from: <https://www.judiciary.org.za/index.php/the-south-african-judicial-system>

The University of Texas at Austin. Bundesverfassungsgericht First Senate 1 Bvr 2378/98; 1 Bvr 1084/99 [Online]. Available from: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=658>

Venice commission. Guidelines for Constitutional Referendums at National Level Adopted by the Venice Commission at Its 47 Th Plenary Meeting (Venice , 6-7 July 2001) [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi(2021)003-e).

Venice commission. Opinions and Reports on Law-Making Procedures and the Quality of the Law, Adopted at the 126th Plenary Session (Online, 19 - 20 March 2021), Cdl-Pi(2021)003, Strasbourg, 29 March 2021 [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi\(2021\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-pi(2021)003-e).

Venice commission. Report on Constitutional Amendment, Adopted at the 81st Plenary Session (Venice, 11 - 12 December 2009); Cdl-Ad(2010)001, Strasbourg, 19 January 2010 [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-e)

Venice Commission. Report on Constitutional Amendment (Adopted by the Venice Commission at Its 81st Plenary Session, 11-12 December 2009) [Online]. Available from: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e)

Washington University in St. Louis. Human Research Protection Office, Determining the Legal Age to Consent to Research. It's Not Always 18! [Online]. Available from: <https://hrpo.wustl.edu/wp-content/uploads/2015/01/5-Determining-Legal-Age-to-Consent.pdf>

Wendy Zeldin. Turkey: Constitutional Court Annuls 2008 Law That Had Lifted Ban on Wearing Headscarves at Universities [Online]. 2012. Available from: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/turkey-constitutional-court-annuls-2008-law-that-had-lifted-ban-on-wearing-headscarves-at-universities/>

คณะกรรมการการเลือกตั้ง. การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.ect.go.th/ect_th/more_news.php?cid=14&filename=index

ชาญชัย แสวงศักดิ์. รายงานหลักสูตตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8776

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ: เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “4 ปี รัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง [ออนไลน์]. 2544. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/cons40-intention2.pdf

ปัญญา อุดชาชน. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20170720140513.pdf

รัฐสภา. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/cons40-intention2.pdf

รัฐสภา. ความรู้เรื่องคณะกรรมการธิการ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/committee/committee_knowledge.pdf

รัฐสภา. ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขหลังออกเสียงประชามติ 7 ตุลาคม 2559 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/ewt_dl_link.php?nid=803&filename=index

รัฐสภา. รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. รัฐสภา (9 มีนาคม 2564) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

สำนักข่าวอิสรา. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ) [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา: <https://www.isranews.org/article/isranews-article/96835-open00-25.html>

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักรายงานการประชุมและขอเลข. รายงานการประชุม คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17/วันที่ 27 มีนาคม 2550 [ออนไลน์]. 2550. แหล่งที่มา: <https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/397994>

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักรายงานการประชุมและขอเลข. รายงานการประชุมสภากร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22/2550 [ออนไลน์]. 2550. แหล่งที่มา: https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/253/files/law%20personal/2550/meet/22_11062550.pdf



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ : 0-2141-7777 สายด่วน : 1201

www.constitutionalcourt.or.th

