

ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

วศิน ยิ้มแย้ม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2562

ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย
วศิน ยิ้มแย้ม
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ดร.พัชรพรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ
(ดร.สุรพล นิตไกรพจน์)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ
(ดร.พัชรพรรณ นุชประยูร)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี
(นเรศร์ เกษะประกร)

พฤศจิกายน 2562

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย
ชื่อผู้เขียน	นายวศิน ยิ้มแย้ม
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา	2562

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญที่สุดในรัฐ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจอสูงสุด และกำหนดคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง ว่ากันทางทฤษฎีและอุดมคติการปกครองระบอบประชาธิปไตย กฎหมายรัฐธรรมนูญมีที่มาจากประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้น (Pouvoir Constituant) ตามที่กล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายกำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนแทนรัฐ องค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นย่อมต้องผูกพันตนเองอยู่กับอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนด องค์กรของรัฐทั้งหลายไม่สามารถใช้อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญแล้วเปลี่ยนแปลงหรือทำลายรัฐธรรมนูญได้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจอื่น ไม่ใช่อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญปกติ (Pouvoir Constitué) กล่าวคือ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé)

เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด ไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบ กล่าวคือ หากปล่อยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำเนินไปโดยปราศจากการตรวจสอบย่อมมีแนวโน้มที่องค์กรซึ่งแก้ไขรัฐธรรมนูญจะแก้ไขรัฐธรรมนูญเกินอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดอาจส่งผลให้เป็นการทำลายโครงสร้างหรือความสัมพันธ์องค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจนทำลายสิทธิหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรอง ฉะนั้น เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้มีผลในทางปฏิบัติ นอกจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติแล้ว การควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการก็เป็นสิ่งจำเป็นเช่นกัน

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอินเดีย พบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันจัดอยู่ในรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบเดียว ซึ่งรัฐธรรมนูญไทยในอดีตมีลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบเดียวกันกับประเทศเยอรมัน ในส่วนกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจเลือกวิธีการแก้ไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ในบางกรณี สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขไว้หลายแบบซึ่งแต่ละรูปแบบจะกำหนดให้แก้ไขในมาตราต่าง ๆ กัน

เมื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในอดีต เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) กำหนดให้มีกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมไปจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญส่วนอื่น ๆ จึงทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปัจจุบันอยู่ในรูปแบบเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย

อย่างไรก็ดี การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากและซับซ้อนมาก ส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอาจเป็นไปได้ในความเป็นจริง ซึ่งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดียกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างง่ายแตกต่างกันตามความสำคัญของแต่ละมาตรา สะท้อนให้เห็นถึงความยืดหยุ่นของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มากกว่าของไทย กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย การแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) ที่ว่ามีกระบวนการที่ยุงยากมากแล้ว การแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) กำหนดมีความยุ่งยากมากขึ้นไปอีก เนื่องจากต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติอีกครั้งหนึ่ง ย่อมเป็นที่ทราบกันดีว่าลักษณะของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขาดความยืดหยุ่นย่อมทำให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไร้ความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับบริบทสังคม ดังนั้น เพื่อปรับรัฐธรรมนูญให้เข้ากับบริบทที่เปลี่ยนไป สังคมอาจเลือกการรัฐประหารหรือล้มเลิกรัฐธรรมนูญและจัดทำฉบับใหม่ให้ตามสมัยแทน

ในประเด็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ว่ากันในทางทฤษฎี อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการโดยตรงในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม แต่องค์กรตุลาการย่อมมีอำนาจในการเข้าตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบกระบวนการทางแบบพิธีหรือจะเป็นการตรวจสอบทางเนื้อหา

จากการศึกษาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ พบว่า บางประเทศมีการกำหนดมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งให้องค์กรตุลาการในการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศตุรกี เป็นต้น และบางประเทศไม่ได้กำหนดมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการแต่อย่างใด เช่น ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ในขณะที่ประเทศอินเดีย มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเด็ดขาด แต่ในความเป็นจริงแล้ว ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียได้มีคำวินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวเป็นโมฆะเนื่องด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภาได้

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศ ไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบในทางเนื้อความเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณากระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 148 วรรคสามแต่อย่างใด แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญอาจรับคำร้องพิจารณาในกรณีของกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (2) ก็ตาม แต่การใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวมีลักษณะครอบจักรวาลไม่ชัดเจน

ในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชน ศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาทั่วไปดังเช่นศาลยุติธรรม แต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ เขตอำนาจพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยต่าง ๆ ย่อมมีเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น (Pouvoir Constitué) ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถขยายอำนาจตนเองด้วยอาศัยการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในทางเนื้อความเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในแบบพิธีได้

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเสนอแนวทางแก้ไขสภาพปัญหาอันเนื่องมาจากกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ประการแรก เสนอเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในลักษณะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 เปลี่ยนเป็นรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่

แก้ไขง่ายขึ้น มีกระบวนการที่แตกต่างกันในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในแต่ละหมวด และปรับโครงสร้างที่มาขององค์กรที่มีอำนาจดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนมากขึ้น

ประการที่สอง เสนอเสนอเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในลักษณะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) โดยเพิ่มอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา และกำหนดขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนเพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างไร้ขอบเขตจำกัด

ABSTRACT

Title of Dissertation	The Problems of Constitutional Amendment in Thailand
Author	Mr. Wasin Yimyam
Degree	Doctor of Laws
Year	2019

A constitution is the most significant law in a state because it defines the structure of and relationships among state organizations that exercise the most state power. A constitution also defines the fundamental rights of citizens. In the theory and ideology of democracy, a constitution has its roots in the people. The people, therefore, are considered to have established the constitution. A constitution, furthermore, defines the roles of organizations other than the state that use public power. Organizations established by a constitution must be bound by constitutional power. No state organizations can use the powers granted by a constitution to change or destroy it. The constitutional amendment powers are not ordinary constituted powers but are a continuation of the original constitutional amendment (i.e., constituent derived power: *pouvoir constituant dérivé*).

When the power to amend a constitution is not an original constituent power, it is limited. An amendment to a constitution cannot be made without arbitrary control. If a constitutional amendment is allowed to proceed without review, it is likely that the organizations that amend the constitution will do so beyond the powers determined by that constitution, which may destroy the structure of the organizational relationships that it governs. Also, such a procedure may amend the constitution to destroy the fundamental rights or freedoms of the people; therefore, to protect the supreme law of the constitution to affect practice, in addition to ensuring the

constitutionality of legislative acts, control over a constitutional amendment process by judicial bodies is also necessary.

A comparative study of constitutional law on the issue of constitutional amendments in Germany, France, and India found that the German constitutional amendment process takes the form of a comprehensive single-track amendment. In the past, the Thai constitutional amendment process had the same characteristics as Germany's. In France, passing a constitutional amendment requires legislative bodies to have the power to choose the amendment methods prescribed by the French Constitution, which specifies various methods for passing amendments, each of which requires various other amendments.

In the present Constitution of the Kingdom of Thailand (2017), Section 256 can be seen as describing a Constitutional amendment process different from that of the past because Section 256 (8) requires a unique process in the same style as amendments made to the Constitution of India.

However, the Thai Constitution stipulates a process for amending the Constitution that is arduous and complicated. Hence, an amendment to the Thai Constitution may not be possible. The comparable process for amending the Constitution of India stipulates severe conditions that vary according to the importance of each section. However, it reflects the fact that there is more flexibility in the process of amending the Constitution than in the Thai Constitution. Indeed, Section 256 (8) requires the very complicated process of having to take a proposed amendment to a public referendum. As is well known, the lack of flexibility in the constitutional amendment process causes the Constitution to be incapable of adapting to social contexts. Society may choose to take the route of fomenting a coup or abandoning the Constitution altogether and creating a new version instead.

Regarding the issue of judicial review of a constitutional amendment, the constitutional amendment power of the judiciary is limited. Although the Thai Constitution does not require direct judicial jurisdiction to decide on the constitutionality of an amendment, judicial organizations can examine a constitutional amendment, whether through a formal process or a content review, to preserve the Constitution.

An international comparison of judicial review procedures for constitutional amendments shows that some states have explicitly empowered courts to use their power to review the constitutionality of such amendments, including Germany and Turkey. Also, some countries do not assign a such power to judicial organizations at all, such as France. In India, there is a constitutional amendment that prohibits the Court of Justice from examining the constitutionality of amendments. However, the Supreme Court of India ruled that a constitutional amendment was invalid because it violated the Constitution's basic structure. Therefore, India's Court of Justice has the power to review the constitutionality of Constitutional amendments.

In Thailand's Constitution of the Kingdom of Thailand (2017), Section 256 (9) empowers the Constitutional Court to review only an amendment's content. The Constitutional Court has no power to examine the process for fixing the Constitution in the same way as the Constitution of the Kingdom of Thailand (2017), Section 148, paragraph three, in any way. Although the Constitutional Court may accept applications to consider the procedures for an amendment to the Constitution in Section 210 (2), the exercise of power under that section is unclear.

In theory, the Constitutional Court is not a court with general jurisdiction, such as the Court of Justice. Rather, it is a court with specific jurisdiction, one that is as small as the Constitution stipulates, and it is unable to extend its power by interpreting constitutional provisions. Since the current Constitution apportions to the Constitutional Court the power to examine the draft constitution only, the Constitutional Court cannot rely on Article 256 (9) to examine the process of drafting Constitutional amendments.

For the reasons mentioned above, the author suggests the following solutions to the problems raised regarding the constitutional amendment process and the constitutionality of reviews to constitutional amendments:

First, propose an amendment to the Constitution's (2017) Section 256 stipulating a form of constitutional amendment that is easier to amend. There are different procedures for changing the Constitution in each section. This would include adjusting the structure of the organization that has the power to amend the Constitution so that it is more connected with citizens.

Secondly, propose an amendment to Article 256 (9) of the constitution to increase the power of the Constitutional Court to examine constitutional amendments in both form and content. Also, determine the scope of its power to examine such amendments clearly so that a Constitutional Court cannot use the power to review a Constitutional amendment without any limits.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดี เนื่องด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์จากท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรพรรณ นุชประยูร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ได้ติดตามทวงถาม เสียสละเวลาให้คำปรึกษา และตรวจแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จสมบูรณ์ ผู้เขียน จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ในความกรุณาเอื้อเฟื้อที่มีต่อผู้เขียนเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ที่สละเวลาอันมีค่ารับเป็น ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ได้แนะนำแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์ สวัสดิ์กุล และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต ที่กรุณารับเป็นคณะกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์และชี้แนะแนวทางการแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้เป็นไปอย่างครบถ้วนและถูกต้องตามหลัก วิชาการ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างสูงที่เล็งเห็นความสำคัญและ ประโยชน์ของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และกรุณาสันนิษฐานทุนอุดหนุนการจัดทำวิทยานิพนธ์ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2560 (เพิ่มเติม) ในระดับปริญญาเอกแก่ผู้เขียน และขอขอบพระคุณคณะ นิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ทางกฎหมายให้แก่ ผู้เขียน ตลอดจนบุคลากรที่ช่วยให้คำแนะนำและดำเนินการต่าง ๆ ระหว่างการศึกษาที่คณะนิติศาสตร์ เป็นอย่างดี

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา สำหรับโอกาสและการสนับสนุนด้าน การศึกษามาโดยตลอด

วศิน ยิ้มแย้ม

กันยายน 2562

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	(3)
ABSTRACT	(7)
กิตติกรรมประกาศ	(11)
สารบัญ	(12)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.4 วิธีที่ใช้ในการศึกษา	5
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	5
บทที่ 2 ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	6
2.1 ข้อความคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	7
2.1.1 ที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	8
2.1.1.1 ที่มาความเป็นกฎหมายสูงสุดในเชิงความคิด	8
2.1.1.2 ที่มาความเป็นกฎหมายสูงสุดในเชิงประวัติศาสตร์	9
2.1.2 ความหมายและลักษณะของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด	11
2.1.2.1 ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา	11
2.1.2.2 ความหมายของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดในทางรูปแบบ	12
2.1.3 ผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	13
2.1.3.1 กฎหมายอื่น ๆ ภายในรัฐไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	15
2.1.3.2 การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น	15
2.1.4 การคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ	16
2.1.4.1 หลักการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด	16

2.1.4.2	แนวทางการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครอง ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	18
2.2	ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	24
2.2.1	ที่มาและความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	25
2.2.1.1	ที่มาและพัฒนาการของแนวคิดด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	25
2.2.1.2	ความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	27
2.2.2	ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	36
2.2.2.1	การล้มล้างกฎเกณฑ์การปกครองเดิม	40
2.2.2.2	การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่หลังจากการล้มล้างกฎเกณฑ์ การปกครองเดิม	42
2.2.3	ขอบเขตอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	43
2.2.3.1	ขอบเขตอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม	43
2.2.3.2	ขอบเขตของอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ	44
2.2.4	สถานะทางกฎหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	44
2.2.4.1	อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่ตลอดไป	46
2.2.4.2	อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสลายไปเมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับ	46
2.2.4.3	อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำรงอยู่ทั้งสองอำนาจ	47
2.3	ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	49
2.3.1	รูปแบบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	53
2.3.1.1	การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักเกณฑ์ การออกเสียงลงคะแนน	54
2.3.1.2	การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักเกณฑ์ผสม	55
2.3.1.3	การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้ หลักเกณฑ์กระบวนการ	56
2.3.2	ขอบเขตของอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	60
2.3.2.1	ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญกรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติ อย่างชัดเจน	61
2.3.2.2	ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญกรณีไม่มีการบัญญัติชัดเจน	64

2.4 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	65
2.4.1 แนวคิดเบื้องหลังในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	65
2.4.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจอานาจอธิปไตย	66
2.4.1.2 หลักอำนาจองค์กรตุลาการ	67
2.4.1.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	68
2.4.1.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	68
2.4.1.5 ความล้มเหลวของกระบวนการทางการเมือง	69
2.4.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตุลาการ	70
2.4.2.1 กรณีรัฐธรรมนูญมีบัญญัติให้อำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรตุลาการ	71
2.4.2.2 กรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมแก่องค์กรตุลาการ	74
2.4.3 รูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	77
2.4.3.1 รูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	77
2.4.3.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางเนื้อหา	81
บทที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ	84
3.1 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน	86
3.1.1 โครงสร้างสถาบันการเมือง	86
3.1.1.1 ประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ	87
3.1.1.2 สมาชิกผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแห่งสหพันธ์รัฐ	89
3.1.1.3 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ	90
3.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	93
3.1.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	93
3.1.2.2 ขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	95
3.1.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	98
3.1.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	100
3.1.3.1 องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	100

3.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุลาการ	105
3.2 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส	106
3.2.1 โครงสร้างสถาบันทางการเมือง	107
3.2.1.1 ประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี	107
3.2.1.2 รัฐสภาแห่งชาติ	110
3.2.1.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	110
3.2.2 การแก้ไขรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	112
3.2.2.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญ	112
3.2.2.2 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	112
3.2.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	117
3.2.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	125
3.2.3.1 องค์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	125
3.2.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุลาการ	127
3.3 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของเทศอินเดีย	129
3.3.1 โครงสร้างสถาบันการเมือง	130
3.3.1.1 ประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี	131
3.3.1.2 รัฐสภาแห่งสหภาพ	134
3.3.1.3 ศาลสูงสุดแห่งสหภาพ	135
3.3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	135
3.3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	135
3.3.2.2 ขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	136
3.3.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	137
3.3.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อองค์กรตุลาการ	139
3.3.3.1 ช่วงองค์กรตุลาการปฏิเสธหลักข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	139

3.3.3.2 ช่วงองค์กรตุลาการยอมรับว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมี ข้อจำกัด	140
บทที่ 4 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญใน ประเทศไทย	144
4.1 การจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทย	144
4.1.1 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญ	144
4.1.1.1 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญก่อนรัชสมัยรัชกาลที่ 7	144
4.1.1.2 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญในรัชสมัยรัชกาลที่ 7	147
4.1.2 ข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	151
4.1.2.1 แนวคิดว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	152
4.1.2.2 แนวคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน	153
4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	168
4.2.1 รูปแบบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	168
4.2.1.1 กรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	168
4.2.1.2 กรณีรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	168
4.2.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	169
4.2.2.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการแก้ไข	170
4.2.2.2 การแก้ไขตามเงื่อนไขกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด	175
4.2.3 ขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	180
4.2.3.1 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร	181
4.2.3.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน	195
4.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	206
4.3.1 องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม	207
4.3.2 กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ	209
บทที่ 5 บทวิเคราะห์การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไข รัฐธรรมนูญในประเทศไทย	211
5.1 วิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย	211
5.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถ ปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องตามบริบทสังคมได้หรือไม่	212

5.1.1.1	ช่วงที่รัฐธรรมนูญอาจปราศจากความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนไป	217
5.1.1.2	ช่วงที่รัฐธรรมนูญอาจมีความสามารถพอในการปรับตัวให้เข้ากับความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนไป	218
5.1.2	ขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยมีแค่ไหน เพียงใด	219
5.1.2.1	รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับได้หรือไม่	220
5.1.2.2	ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีแค่ไหน เพียงใด	223
5.1.2.3	นอกจากข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 กำหนด ยังมีข้อจำกัดอื่นที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญหรือไม่	231
5.2	วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย	237
5.2.1	การควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยองค์กรตุลาการ	238
5.2.1.1	การแก้ไขรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการหรือไม่	238
5.2.1.2	ศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่	241
5.2.2	ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ	246
5.2.2.1	รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพื่อจำกัดขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการหรือไม่	246
5.2.2.2	ขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการตามรัฐธรรมนูญไทยมีแค่ไหน เพียงใด	249
บทที่ 6	สรุปและข้อเสนอแนะ	253
6.1	บทสรุป	253
6.1.1	บทสรุปเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	253
6.1.2	บทสรุปเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	257

6.2	ข้อเสนอแนะ	259
6.2.1	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	259
6.2.2	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	262
6.2.3	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	263
	บรรณานุกรม	268
	ประวัติผู้เขียน	281

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหากำหนดโครงสร้างขององค์กรที่ใช้อำนาจต่าง ๆ ภายในรัฐ กำหนดความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจสูงสุดต่อกัน กำหนดขอบเขตและวิธีการใช้อำนาจรัฐ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพลเมืองภายในรัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยจึงประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ หรือการกระทำอื่น ๆ ขององค์กรรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นการคุ้มครองมิให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญถูกละเมิดโดยการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรรัฐซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ให้องค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดมอบให้จนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง หรืออาจใช้อำนาจขององค์กรของรัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพพื้นฐานของพลเมือง ซึ่งการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบ่อเกิดการทำลายรัฐธรรมนูญประการหนึ่งที่จะส่งผลกระทบสำคัญต่อโครงสร้างการปกครองของรัฐ อาจทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งสถาปนาเหนืออำนาจอื่น ทำให้ไม่มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญ นำมาซึ่งความล่มสลายของการปกครองรัฐ และกระทบชีวิตความเป็นอยู่ของพลเมือง

ตามที่กล่าวข้างต้น การประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดก็เพื่อไม่ให้องค์กรของรัฐทั้งหลายใช้อำนาจโดยอำเภอใจ โดยการคุ้มครองรัฐธรรมนูญมีลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองงานศิลปะอันทรงคุณค่าที่ไม่สามารถเพิ่มเติมรายละเอียดอื่นจนทำลายเจตนารมณ์ของศิลปินเจ้าของผลงานได้ แต่สามารถซ่อมแซมเพื่อให้งานศิลปะดังกล่าวยังคงคุณค่าเช่นเดิมอยู่ได้ ฉะนั้นฉะนั้น การคุ้มครองหรือการประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่การห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้แก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับบริบทสังคมที่แปรเปลี่ยนไปเลย แต่การประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นการคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบขององค์กรรัฐ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่นสามารถปรับตัวเองให้สอดคล้องสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปจากขณะจัดทำรัฐธรรมนูญครั้งแรก ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการหนึ่งในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญให้สามารถใช้ได้ยาวนานโดยไม่ถูกยกเลิกหรือไม่เป็นสาเหตุหนึ่งในการก่อรัฐประหารล้มเลิกรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ลักษณะสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ การทำลายบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเดิมแล้วเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเป็นบทบัญญัติใหม่หรืออาจเป็นการยกเลิกบทบัญญัติเดิมกล่าวคือ เมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ว่ามาตราใดหรือหมวดใด โดยพื้นฐานย่อมเป็นการทำลายบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเดิมที่มีอยู่แล้ว การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้อำนาจขององค์กรของรัฐปกติที่รัฐธรรมนูญมอบให้ได้ (Pouvoir Constitué) การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องเป็นการใช้อำนาจในระดับเดียวกันกับขณะก่อตั้งรัฐธรรมนูญ หรือเป็นอำนาจระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant)

ว่ากันในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนแล้ว อำนาจที่ใช้แก้ไขรัฐธรรมนูญได้เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ (pouvoir Constituant Dérivé) และเมื่อเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมา อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ย่อมไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถดำเนินการแก้ไขตามอำเภอใจจนเข้าลักษณะเดียวการก่อตั้งรัฐธรรมนูญได้ กล่าวได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ การแก้ไขเพิ่มเติมย่อมมีขอบเขตไม่ว่าจะเป็นขอบเขตที่กำหนดอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นขอบเขตโดยสภาพหรือโดยปริยาย

เมื่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด ย่อมต้องมีกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อไม่ให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่กล่าวข้างต้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยสภาพคือการทำลายรัฐธรรมนูญเดิมและจัดทำใหม่บางส่วน เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถปรับตัวให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงไม่ตกเป็นกฎหมายล้าสมัย ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อย ไม่ใช่การแก้ไขทั้งหมดหรือแก้ไขเกือบทุกมาตรา และการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องไม่แก้ไขในลักษณะเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเป็นพิเศษ

ดังนั้น องค์กรซึ่งมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองหรือไม่ ย่อมต้องไม่เป็นองค์กรเดียวกัน มิฉะนั้น การคุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถบรรลุผลได้ ในรัฐเสรีนิยม

ประชาธิปไตยหลายรัฐกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกตรวจสอบจากองค์กรที่ใช้ อำนาจตุลาการซึ่งมีความเป็นกลางทางการเมือง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นองค์กร ที่มีอำนาจดำเนินการกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) กำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีความซับซ้อนและกระบวนการที่ยากมากขึ้น ส่งผลให้การ แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่มีความเหมาะสมหรือความยืดหยุ่นเพียงพอในการปรับตัวของรัฐธรรมนูญที่เผชิญ กับการเปลี่ยนแปลงอย่างก้าวกระโดดในโลกโลกาภิวัตน์

ในยุคปัจจุบัน การแลกเปลี่ยนของข้อมูลข่าวสาร ระดับพัฒนาการของเทคโนโลยีเพิ่มขึ้นอย่าง ก้าวกระโดด ส่งผลให้สภาพสังคมและความต้องการของพลเมืองภายในรัฐเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว จนบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาของรัฐได้ อย่างมีประสิทธิภาพ

ในส่วนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) กำหนดให้เป็นอำนาจของศาล รัฐธรรมนูญในการดำเนินการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญยังไม่กำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นอำนาจการตรวจสอบการแก้ไข รัฐธรรมนูญให้ชัดเจนเหมือนกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงทำให้ อำนาจศาลรัฐธรรมนูญยังมีความคลุมเครือในหลายประเด็น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาประเด็นที่กล่าวมาข้างต้น โดยนำทฤษฎีและข้อความคิดเกี่ยวกับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ และทางปฏิบัติในการแก้ไขเพิ่มเติมและการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมาวิเคราะห์ เพื่อพัฒนาระบบการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญให้มีความยืดหยุ่นและมีประสิทธิภาพสอดคล้องต่อความเปลี่ยนแปลงสภาพสังคมไทยใน อนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อที่จะอธิบายสถานะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ
- 2) เพื่อศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่างประเทศเพื่อเปรียบเทียบหารูปแบบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและทำความเข้าใจถึงองค์การและกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย
- 4) เพื่อนำเสนอรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับประเทศไทยและนำเสนอขอบเขตของอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงการนำเสนอกระบวนการที่เหมาะสมในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้รัฐธรรมนูญ ได้แก่

- 1) การศึกษาลักษณะและขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะจำกัดเฉพาะรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบเท่านั้น กล่าวคือ มุ่งศึกษาเอกสารลักษณะอักษรที่มีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ
- 2) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นได้หลายลักษณะ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญซึ่งดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น และการศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมุ่งศึกษาและแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการที่มีอำนาจพิจารณา
- 3) ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) และศึกษาถึงการแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) และอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รับมอบ (Pouvoir Constituant Dérivé)

1.4 วิธีที่ใช้ในการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นงานวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จึงมีการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการค้นคว้าศึกษาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ตลอดจนการศึกษาตำรา หนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์ คำวิเคราะห์วิจารณ์ และความเห็นของนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญ ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ แนวคำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

- 1) ทราบถึงแนวคิดอำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญและแนวคิดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ความสัมพันธ์ของอำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และสถานะของอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าอยู่ในระดับเดียวกับอำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อได้สถาปนารัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้แล้ว อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่กับรัฐธรรมนูญหรือไม่
- 2) ทราบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศและขอบเขตอำนาจของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศทั้งที่ปรากฏโดยชัดแจ้งและข้อจำกัดที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย
- 3) ทราบถึงรูปแบบและวิธีการในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ
- 4) ทราบถึงรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับบริบทของรัฐธรรมนูญไทย

บทที่ 2

ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายถึง บรรดาบทบัญญัติ แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองทางปกครองของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดรูปแบบการปกครอง โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับประชาชน โดยเฉพาะเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹

จากนิยามของกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐและกฎหมายรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กันอย่างไม่สามารถแยกออกจากกันได้ กล่าวคือ รัฐเป็นสถาบันทางกฎหมายที่ถือครองอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายจัดระเบียบกำหนดช่องทางการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ภายในรัฐ เนื่องด้วยรัฐไม่มีตัวตนทางกายภาพ การแสดงเจตจำนงของรัฐย่อมต้องแสดงออกผ่านตัวแทนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้การกระทำหรือการแสดงเจตนาของบุคคลดังกล่าว (องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ) เป็นการกระทำของรัฐและผูกพันรัฐตามกฎหมาย กล่าวในอีกแง่หนึ่ง กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจปกครองของรัฐไปสู่องค์กรของรัฐโดยองค์กรของรัฐดังกล่าวเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแทนรัฐ²

เมื่อกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดของอำนาจขององค์กรรัฐและเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายทั้งหลายภายในรัฐ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด การเปลี่ยนแปลงข้อความใด ๆ ในรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งสำคัญและต้องใช้กระบวนการที่พิเศษกว่าการใช้อำนาจนิตินบัญญัติปกติ การศึกษาถึงขอบเขตข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาทฤษฎีและแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด

¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 166.

² Georges Burdeau, **Manuel De Droit Constitutionnel** (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947), p. 37.

ในการศึกษาบทนี้จะนำเสนอกรอบสำคัญของข้อความคิด (Concept) เกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญใน 3 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นแรก นำเสนอข้อความคิดและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและผลทางกฎหมายอันเนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

ประเด็นที่สอง ศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ประเด็นสุดท้ายคือ ศึกษาข้อความคิดและทฤษฎีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

โดยการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อนำแนวคิดและทฤษฎีที่ศึกษาในบทนี้ไปวิเคราะห์และอธิบายปรากฏการณ์แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทยต่อไป

2.1 ข้อความคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐที่จัดทำรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรส่วนมากยอมรับว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ มีสถานะทางกฎหมายต่ำกว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ส่งผลให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ ไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญพัฒนามาจากข้อความคิดลำดับชั้นทางกฎหมาย ข้อความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นทางกฎหมายกำเนิดมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก ผลในทางรูปแบบ ทำให้นักกฎหมายคำนึงถึงลำดับชั้นทางกฎหมาย อีกประการหนึ่ง คือ ผลในทางเนื้อหา ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิดั้งเดิมของมนุษย์ตกผลึก ทำให้รัฐต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อกันและความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ แนวคิดนี้อธิบายถึงลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่ากัน ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่ต่างกัน³ เช่น รัฐธรรมนูญมีที่มาจากประชาชนจึงเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายปกติมีที่มาจากรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนจึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมา คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารสูงสุดรัฐและใช้อำนาจอยู่ได้ก็เพราะรัฐสภายังคงไว้วางใจ เมื่อคณะรัฐมนตรีตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่น การตราพระราชกฤษฎีกา ซึ่ง

³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (กรุงเทพมหานคร: สำนักศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 6.

คณะรัฐมนตรีตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับขั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ เป็นต้น

ดังนั้น ในระบบกฎหมายของรัฐทั้งหลายซึ่งยอมรับว่าระบบกฎหมายของกฎหมายต่าง ๆ ในรัฐมีฐานะไม่เท่าเทียมกันและยอมรับว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจะมีการสร้างกระบวนการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้การกระทำใด ๆ ขององค์กรรัฐละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการสร้างกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ยากกว่ากระบวนการนิติบัญญัติปกติหรือการตราหรือแก้ไขกฎหมายระดับอื่น ๆ ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ ดังนี้

2.1.1 ที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.1.1.1 ที่มาความเป็นกฎหมายสูงสุดในเชิงความคิด

ว่ากันในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชน หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ถูกพัฒนาต่อมาจากข้อความคิดเกี่ยวกับลำดับขั้นของกฎหมายในช่วงยุคกลางภายใต้สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ อาทิ คำอธิบายเกี่ยวกับลำดับขั้นทางกฎหมายของ Thomas Aquinas ซึ่งอธิบายจำแนกกฎหมายออกเป็นสามประเภท คือ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎหมายมนุษย์สร้างขึ้น หากกฎหมายของมนุษย์ขัดต่อกฎธรรมชาติ กฎของมนุษย์ไม่สามารถใช้บังคับได้ แนวคิดกฎหมายธรรมชาติที่กล่าวมานี้ ถือเป็นพื้นฐานข้อความคิดสำคัญเรื่องลำดับขั้นกฎหมายทั้งในทางเนื้อหาและในทางรูปแบบ ซึ่งบทบาทสำคัญของกฎหมายธรรมชาติถือว่ามีสิทธิติดตัวมนุษย์อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ แนวคิดนี้อาจได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับขั้นสูงกว่า อันเป็นการนำแนวคิดกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายบ้านเมือง⁴

จากพื้นฐานข้อความคิดลำดับขั้นทางกฎหมายดังกล่าว ต่อมาได้มีพัฒนาหลักดังกล่าวเพื่ออธิบายสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยข้อความคิดและทฤษฎีที่เป็นรากฐานความเป็นกฎหมายสูงสุดสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้⁵

คำอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมซึ่งสมาชิกในสังคมตกลงสร้างขึ้นเป็นกฎหมาย

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 18.

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 18-23.

ในการปกครองสังคม เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองสังคมนั้น รัฐธรรมนูญจึงดำรงอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง ทุกฝ่ายต้องเคารพรัฐธรรมนูญ

คำอธิบายเชิงกระบวนการตรารัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ มีข้อแตกต่างกัน กฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายที่รัฐสภาจัดทำขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญวางไว้ แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญใช้วิธีการพิเศษโดยประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมซึ่งไม่ปรากฏในการจัดทำกฎหมายธรรมดา เช่น ประชาชนจะต้องเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแยกออกมาจากรัฐสภา และหลักการสำคัญของเนื้อหาที่จะใส่ในรัฐธรรมนูญต้องนำมาขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อนร่างและเมื่อดำเนินการร่างเสร็จก่อนนำไปบังคับใช้ต้องนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติก่อน เมื่อรัฐธรรมนูญมีกระบวนการจัดทำที่มีลักษณะพิเศษดังที่กล่าวมา รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด

คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยอธิบายว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เป็นอำนาจสูงสุด เป็นอำนาจสร้างรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญและองค์กรทั้งหลายซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) และเมื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรต่าง ๆ เพื่อใช้อำนาจปกครอง รัฐธรรมนูญย่อมอยู่เหนือกว่าองค์กรที่ตนสร้างขึ้น ส่งผลให้ อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดจะใช้อำนาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่เดิม (Pouvoir Constituant Dérivé) คำอธิบายเชิงเนื้อหา แนวคิดนี้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะรัฐธรรมนูญจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นและมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน คำอธิบายเชิงรูปแบบ อธิบายว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยและแบ่งสรรอำนาจระหว่างองค์กรเหล่านั้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดโดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นเนื้อหา วิธีการร่างรัฐธรรมนูญ อุดมการณ์สัญญาประชาคม เพียงเป็นกฎหมายที่จัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยก็พอ

2.1.1.2 ที่มาความเป็นกฎหมายสูงสุดในเชิงประวัติศาสตร์

พัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายในทวีปยุโรปเริ่มจากประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1610 Sir Edward Coke ได้พิจารณาพิพากษาคดีของนายแพทย์ Thomas Bonham ในประเด็นที่ว่านายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภาของประเทศอังกฤษ แพทยสภาจึงมีคำสั่งลงโทษปรับนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทยสภา โดยข้อบังคับดังกล่าวกำหนดให้ค่าปรับหนึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายของแพทยสภาอังกฤษ ใน

ประเด็นนี้ Sir Edward Coke วินิจฉัยว่า กฎหมายที่ใช้ในคดีนี้ไม่สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมาย Common law ที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสีย” ทั้งนี้ เนื่องจากในคดีดังกล่าว ประธานและผู้พิพากษาของแพทยสภามีสิทธิได้รับเบี้ยปรับกึ่งหนึ่งของเบี้ยปรับที่กำหนดในแต่ละคดี ดังนั้น ประธานและผู้พิพากษาของแพทยสภาจึงเป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงในคดีที่บุคคลเหล่านี้ทำหน้าที่วินิจฉัยคดี ทำให้ประธานและผู้พิพากษาของแพทยสภาจึงมิได้เป็นเพียงผู้วินิจฉัยคดีเท่านั้น แต่ยังเป็นคู่ความอีกด้วย หลักสำคัญจากคำวินิจฉัยของ Sir Edward Coke วางหลักเบื้องต้นว่า รัฐสภามีอำนาจในการบัญญัติและแก้ไขกฎหมาย แต่ผู้พิพากษามีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและไม่บังคับใช้กฎหมายหากกฎหมายรัฐสภาขัดแย้งต่อหลักกฎหมาย Common law อย่างไรก็ดี ในภายหลังประเทศอังกฤษมิได้ยึดหลักกฎหมายตามที่ Sir Edward Coke วางไว้ แต่ยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทน (Supremacy of Parliament) ซึ่งไม่ยอมรับลำดับชั้นระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐสภาอีกต่อไป⁶

สำหรับพัฒนาการความคิดกฎหมายสูงสุดในประเทศเยอรมัน มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายธรรมชาติในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี ในช่วงเริ่มต้นก่อนมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้มีการยอมรับแนวคิดการมีกฎหมายพื้นฐานว่ามีกฎเกณฑ์ที่อยู่สูงกว่ากฎเกณฑ์อื่นทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์และเจ้าผู้ครองเมือง หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา รวมถึงแนวคิดอำนาจอธิปไตยของ Jean Bodin ก็มีบทบาทในเยอรมัน โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า อำนาจในการออกกฎหมายเป็นอำนาจของกษัตริย์เท่านั้น ความมีอำนาจสูงสุดมาจากกษัตริย์ซึ่งกษัตริย์ต้องผูกพันต่อกฎพระเจ้า กฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศ⁷

ต่อมานักกฎหมายในประเทศออสเตรียได้อธิบายแนวคิดลำดับชั้นของกฎหมายว่า กระบวนการในการบัญญัติกฎหมายได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย และกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าต่อไป กฎเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจบัญญัติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติว่า การทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติให้ทำหน้าที่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะสูงกว่ากฎหมาย⁸

⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 20-21.

⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22.

⁸ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 22-24.

สำหรับการพัฒนาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ทำให้หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับไปทั่วโลก เนื่องจากการนำหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่รัฐธรรมนูญรับรองมาทำให้บรรลุผลในทางปฏิบัติ ในคดี *Marbury v. Madison*

2.1.2 ความหมายและลักษณะของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด

ในทางทฤษฎี ระบบกฎหมายภายในของรัฐหนึ่ง ๆ กฎหมายรัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับขั้นสูงสุดเพียงประเภทเดียวเท่านั้น ระบบกฎหมายจะมีมาตรการคุ้มครองมิให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ หากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมายจะมีการกำหนดองค์กรและกระบวนการที่จะทำให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลบังคับไป ทั้งนี้ เพื่อให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลจริงในทางปฏิบัติ โดยลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสามารถอธิบายได้สองลักษณะ โดยอาศัยนิยามความเป็นกฎหมายสูงสุดทั้งในทางเนื้อหาและในทางรูปแบบ ดังนี้

2.1.2.1 ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามความหมายทางเนื้อหา หมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเป็นที่มาแห่งอำนาจของกระทำทางกฎหมายทั้งหลายภายในรัฐ หรือหมายถึงกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นที่มาของบรรดาบทบัญญัติทั้งหลายที่จัดระเบียบการใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจรัฐ กำหนดอำนาจหน้าที่ หรือการดำเนินงานของสถาบันรัฐต่าง ๆ รวมถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง⁹ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลาย

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงเป็นผลมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่จัดระเบียบการใช้อำนาจรัฐ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจทั้งหลายขององค์กรในรัฐขึ้นมา รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่าองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น ผลก็คือ องค์กรที่ถูกรัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้¹⁰

นิยามกฎหมายรัฐธรรมนูญลักษณะนี้มีขอบเขตทางเนื้อหากว้างปราศจากความชัดเจน กล่าวคือ แม้เนื้อหาภายในรัฐธรรมนูญจะมีความสำคัญในระดับกฎหมายสูงสุด แต่หากไม่ได้มีการบัญญัติคุ้มครองเป็นลายลักษณ์อักษรหรือกำหนดคุ้มครองเป็นพิเศษเหนือกฎหมายธรรมดา ในทาง

⁹ Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel* (Paris: Dalloz, 2013), pp. 70-71.

¹⁰ Georges Burdeau, *Manuel De Droit Constitutionnel*, pp. 49-50.

ปฏิบัติความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในความหมายทางเนื้อหาซึ่งที่กล่าวมาย่อมไม่มีผลในทางปฏิบัติ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จัดระเบียบองค์กรและกระบวนการใช้อำนาจอธิปไตย การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพย่อมมีสถานะเทียบเท่ากฎหมายธรรมดา เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ เป็นต้น

2.1.2.2 ความหมายของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดในทางรูปแบบ

ความหมายของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในทางรูปแบบ คือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ถูกต้องตั้งจากองค์กรที่สูงกว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร เช่น ประชาชนเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ คำอธิบายนี้พิจารณาจากการที่รัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากการออกเสียงประชามติของประชาชน¹¹ และองค์กรทั้งหลายภายในรัฐจะมีอำนาจได้ก็ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจเอาไว้ ข้อความทั้งหลายในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงอำนาจพิเศษ กล่าวคือ องค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นจะใช้อำนาจได้เท่าที่รัฐธรรมนูญมอบให้เท่านั้น ดังนั้น การจัดทำและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในรัฐธรรมนูญจึงต้องเคารพเงื่อนไขกระบวนการในทางรูปแบบ ซึ่งสามารถแบ่งกระบวนการการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญกว้าง ๆ ได้เป็นสองรูปแบบ คือ รูปแบบแรก รัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมยาก และรูปแบบที่สอง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมง่าย¹²

สำหรับรัฐที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมง่าย กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะไม่แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดาที่ออกโดยรัฐสภาและไม่ปรากฏการรับรองหลักรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแต่อย่างใด ในขณะที่รัฐซึ่งกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมยากจะกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างจากการตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ซึ่งรัฐธรรมนูญประเภทนี้มักปรากฏหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป หากรัฐธรรมนูญใดปราศจากกลไกในทางรูปแบบคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยการกำหนดกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงยากกว่าการตรากฎหมายธรรมดาหรือปราศจากองค์กรคุ้มครองมิให้การกระทำขององค์กรของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมไม่มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดแต่อย่างใด

¹¹ Christian Bigaut, “La Constitution Demeure la Norme Suprême: le Pouvoir Constituant Est Souverain,” *La Revue Administrative*, 56e, 336 (November 2003), p. 605.

¹² Georges Burdeau, *Manuel De Droit Constitutionnel*, p. 51.

2.1.3 ผลทางกฎหมายอันเนื่องมาจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชน นักกฎหมายหลายท่านอธิบายถึงผลอันเกิดจากความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ อาทิ Rainer Wahl นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันอธิบายว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผลสำคัญอย่างน้อยสามประการ ดังนี้¹³

ประการแรก รัฐธรรมนูญถูกใช้เป็นเกณฑ์ในการตีความในชั้นศาล ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความแน่นอนชัดเจน หลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญต้องแตกต่างอย่างชัดเจนกับกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ และจะต้องตีความให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ หากมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การให้ความหมายหรือการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะต้องตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างอิสระจากบทบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเรียกร้องความแตกต่างและระยะห่างของลำดับชั้นกฎหมาย จึงเป็นหลักของการแบ่งแยกมิใช่หลักของการมีส่วนร่วมกันระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ได้รับการตรวจสอบ หลักการดังกล่าวนี้มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งห้ามมิให้อำศัยการตีความอันส่งผลทำให้ขอบเขตและความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายเกิดความไม่ชัดเจน ดังนั้นความเข้าใจที่ว่า บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายย่อมมีรากฐานอย่างใดอย่างหนึ่งจากรัฐธรรมนูญนั้นสำหรับการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำกล่าวที่ยังไม่น่าพึงพอใจทางกฎหมาย

ประการที่สอง หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดในนัยหนึ่งย่อมาหมายถึง ความอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าของกฎหมายย่อมมีความหมายในขณะเดียวกันถึงความอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรนิติบัญญัติด้วย ซึ่งการอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ามิได้หมายความว่าองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญและองค์กรที่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น แต่ยังหมายถึงองค์กรที่ตีความรัฐธรรมนูญแล้วก่อให้เกิดผลผูกพันด้วย สิ่งเหล่านี้เป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ปัญหาในเรื่องของการอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรนิติบัญญัติมิใช่ปัญหาว่า องค์กรดังกล่าวอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าหรือไม่ แต่มีปัญหาในเรื่องของขอบเขตของการอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่านั้นมีขอบเขตเพียงใด หากการอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งมีผลกระทบมีผลกระทบมาจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลมาจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การตีความซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนั้น การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องจึงมิใช่เป็นเพียงการตีความโดยมีความมุ่งหมายเพื่อสิทธิเรียกร้องในทางสารบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเอกสิทธิที่มีคุณค่าสูงสุดและตีความขยายสิทธิเรียกร้องดังกล่าว แต่แท้จริงแล้วการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาล

¹³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), หน้า 14-15.

รัฐธรรมนูญและองค์กรนิติบัญญัติด้วย ซึ่งความสัมพันธ์ขององค์กรทั้งสองจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมเช่นเดียวกัน

ประการที่สาม การให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นการกำหนดโครงสร้างของรัฐที่มีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญและต่อกระบวนการในทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ทำให้กระบวนการทางการเมืองมีลักษณะเป็นกฎหมายมากขึ้น ทั้งนี้ โดยการทำให้ความผูกพันในทางกฎหมายของกระบวนการทางการเมืองมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงถึงการเป็นทางเลือกของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นมณฑลของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญ หากแต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นมณฑลแห่งนิติรัฐ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

นักกฎหมายอีกท่านที่อธิบายผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือ Emmanuel-Joseph Sieyès ซึ่งได้อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและผลของการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ดังนี้ ก่อนมีรัฐธรรมนูญไม่มีกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบองค์กรทางการเมือง อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ และเมื่อเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ อำนาจดังกล่าวนี้จึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นมา เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญจะก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทางการเมืองขึ้นมา ส่งผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ และจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง จากคำอธิบายดังกล่าวก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างน้อย 3 ประการ คือ¹⁴

ประการแรก อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้น เป็นอำนาจที่อยู่นอกกรัฐ แต่อำนาจขององค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญและองค์กรที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญนั้นจะใช้อำนาจให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้

ประการที่สอง อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีอยู่เหนือรัฐ แต่อำนาจขององค์กรที่ถูกก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจรัฐ

ประการที่สาม องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ เป็นไปไม่ได้การที่จะให้องค์กรที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญใช้อำนาจไปแก้ไขรัฐธรรมนูญเหมือนการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, หน้า 19-21.

ตามที่กล่าวข้างต้น สามารถสรุปผลสำคัญของความเป็นกฎหมายสูงสุดได้ดังนี้¹⁵

2.1.3.1 กฎหมายอื่น ๆ ภายในรัฐไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานการปกครองรัฐ รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่นในรัฐ หากรัฐธรรมนูญมิได้มีค่าสูงกว่ากฎหมายอื่น องค์กรณีบัญญัติอาจออกกฎหมายยกเลิกกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญ หรือองค์การบริหารอาจออกคำสั่งทางบริหารตามอำเภอใจ หรือองค์การตุลาการอาจพิจารณาคดีตามใจตน ลักษณะเช่นนี้ย่อมมีผลกระทบต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพ การกำหนดกรอบการใช้อำนาจและการถ่วงดุลการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมไม่ปรากฏในรัฐ ดังนั้น ระบบกฎหมายภายในรัฐย่อมต้องสถาปนาองค์กรและกระบวนการเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ¹⁶ (รายละเอียดเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกล่าวต่อไปภายหน้า)

2.1.3.2 การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมมีกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ ในรัฐ การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยากนั้น เนื่องจากผู้สถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ดำรงไว้ซึ่งหลักการสำคัญบางประการไว้ในรัฐธรรมนูญหรืออาจกำหนดให้บางบทบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไข

เป็นที่ทราบกันดี การกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา เพราะองค์กรณีบัญญัติ องค์การบริหาร องค์การตุลาการ หรือองค์การอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ถูกรัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น จึงไม่สามารถใช้อำนาจของตนไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นอำนาจที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

ในกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไขบางมาตรา องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ถูกห้ามนั้นได้ หากประสงค์จะเปลี่ยนแปลงหลักการที่รัฐธรรมนูญห้ามไว้ไม่สามารถทำได้ ยกเว้นการปฏิวัติหรือรัฐประหารและดำเนินการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเสีย¹⁷ (รายละเอียดเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกล่าวต่อไปภายหน้า)

¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 146-150.

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 134.

¹⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 148.

2.1.4 การคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ

2.1.4.1 หลักการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด

นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส Joseph-Barthélemy และ Paul Duez กล่าวว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แต่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจไม่ยอมรับถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดดังกล่าวของกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้”¹⁸ จากข้อความนี้ สามารถกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ประชาชนไม่สามารถไว้วางใจให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของตนเองไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติอาจมองไม่เห็นหรือมองข้ามขอบเขตอำนาจของตนที่รัฐธรรมนูญกำหนด ฉะนั้น เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นหลักประการสำคัญในการประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาในเชิงทฤษฎี Charles Eisenmann อธิบายว่า หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de Légalité) กล่าวคือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะถูกยกเลิกหรือล้มล้างได้ต้องกระทำโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับเดียวกันเท่านั้น ฉะนั้น ฉะนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็เฉพาะด้วยกฎหมายระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยกันเท่านั้น จากหลักการดังกล่าว จึงต้องมีองค์กรหรือกระบวนการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Justice Constitutionnelle) เนื่องจากหากไม่มีองค์กรทำหน้าที่ชี้ขาดดังกล่าว รัฐธรรมนูญก็จะขาดลักษณะความเป็นกฎหมาย กลายเป็นเพียงแนวนโยบายในทางการเมือง หรือเป็นเพียงข้อบังคับในทางศีลธรรม หรืออาจเป็นเพียงแค่ผลงานรวบรวมเอกสารเพื่อใช้ในการปกครองประเทศเท่านั้น¹⁹

ดังที่ทราบกันดี การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญต้องประกอบไปด้วยเครื่องมือต่อไปนี้²⁰

ประการแรก การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเปลี่ยนแปลงยาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายก่อตั้งอำนาจรัฐ ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญกว่ากฎหมายอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรแก้ไขให้ยากกว่ากฎหมายอื่น ๆ

ประการที่สอง การใช้สิทธิในการต่อต้าน เป็นการยอมรับสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองได้มาซึ่งอำนาจโดยมิชอบ ตัวอย่างของการบัญญัติสิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 69 เป็นต้น

¹⁸ Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, p. 117.

¹⁹ *Ibid.*, p. 115.

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 30-32.

ประการที่สาม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักดังกล่าวนี้ทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ประการสุดท้าย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาล รัฐธรรมนูญ การให้ศาลเป็นองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงแล้ว ไม่ได้หมายความว่าประเทศที่จัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดทั้งหมด หรือมิใช่ทุกประเทศที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะมีการสร้างกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ ทั้งนี้ เนื่องจากในบางประเทศก็มิได้มีองค์กรพิเศษใด ๆ มาทำหน้าที่นี้เป็นการเฉพาะ ซึ่งประเทศใดจะเลือกใช้ระบบหรือกระบวนการทางกฎหมายคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างไร ย่อมอยู่ที่ประวัติศาสตร์และพัฒนาการในทางการเมืองและสังคม โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้²¹

1) รัฐที่ยอมรับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

รัฐที่ยอมรับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมักกำหนดให้มีองค์กรหรือกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ เพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหาหรือใช้กระบวนการตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญถูกพัฒนาขึ้นในประเทศภาคพื้นยุโรปหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุด หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญถูกพัฒนาขึ้นเพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรหรือกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Justice Constitutionnelle) ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย (นับแต่ ค.ศ. 1920 อย่างไรก็ตาม ช่วงปี 1930-40 หลักดังกล่าวนี้ได้ถูกระงับไปเพราะอยู่ในช่วงสงคราม) เยอรมัน อิตาลี (ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1950 เป็นต้นไป) ฝรั่งเศส (นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ห้า อย่างไรก็ตาม สามารถระบุอย่างเฉพาะเจาะจงได้ว่า นับตั้งแต่ ค.ศ. 1971 เป็นต้นไป โดยรายละเอียดจะกล่าวในบทที่ 3 ในส่วนของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส) สเปน โปรตุเกส รวมถึงไทยด้วย

2) รัฐที่ยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย

รัฐที่ยึดหลักความชอบด้วยกฎหมายเห็นว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือเพียงประการเดียวที่แสดงออกถึงอำนาจอธิปไตยของชาติ หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศในยุโรปส่วนใหญ่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ยังคงมีหลายประเทศที่มีได้ก่อตั้ง

²¹ Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, p. 116.

องค์กรและกระบวนการพิเศษขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐเหล่านี้ยังคงยึดมั่นในหลักนิติธรรม (Le Règne De La Loi) หรือหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe De Légalité) โดยรัฐเหล่านี้ปฏิเสธองค์กรหรือกระบวนการพิเศษจากกฎหมายธรรมดาเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศอังกฤษ เนเธอร์แลนด์ และฟินแลนด์ เป็นต้น

2.1.4.2 แนวทางการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ระบบกฎหมายของรัฐอาจกำหนดองค์กรขึ้นมาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ หรืออาจให้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก่องค์กรตุลาการปกติก็ได้ ขึ้นอยู่กับแนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายและแนวคิดในการจัดองค์กรการให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้วินิจฉัย²² ทำให้แต่ละรัฐมอบอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแตกต่างกัน การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระบบ ดังนี้²³

ระบบแรก ระบบกระจายอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการมอบอำนาจในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้แก่ศาลยุติธรรม ส่งผลให้ศาลทุกศาลของระบบศาลยุติธรรม เช่น ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ต่างมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสิ้น

ระบบนี้มีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ ซึ่งจะไม่มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาพิจารณากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด ที่มาของอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ได้มาจากรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด แต่มาจากการตีความของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison

ระบบที่สอง ระบบการรวมอำนาจในการวินิจฉัยซึ่งมีลักษณะเป็นจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาเพื่อใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจเรียกว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี โดยที่รัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบนี้จะแยกองค์กรดังกล่าวจากศาลยุติธรรมเพื่อให้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ระบบการรวมอำนาจในการวินิจฉัยนี้ มีประเทศออสเตรเลียเป็นแม่แบบ

²² สุรพล นิธิไกรพงษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

²³ สุรรัตน์ ประจันปัจจนิก, “ศาลรัฐธรรมนูญ,” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช* 9, 2 (ธันวาคม 2540): 48-49.

หากพิจารณาจากองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 องค์กร สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้²⁴

1) แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา

เป็นระบบที่ได้รับการยอมรับในประเทศฝรั่งเศสในอดีต (ค.ศ. 1789-1946)

ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของ Rousseau เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญมีฐานะสูงสุดที่กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งมิได้ การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนโดยองค์กรอื่นจะกระทำมิได้ รัฐสภาจะเป็นผู้วินิจฉัยเองว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเมื่อรัฐสภาได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแล้วย่อมเป็นการแสดงในตัวเองว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาได้ปฏิเสธข้อเสนอของ Sieyès ที่ให้จัดตั้งองค์กรควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ต่อมา Carré de Malberg วิเคราะห์แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาว่า การกล่าวว่าการใช้อำนาจของรัฐสภาเท่ากับอำนาจของประชาชนเป็นสิ่งเดียวกันเป็นแนวคิดที่ไม่ถูกต้อง เพราะอำนาจอธิปไตยในทัศนะของ Rousseau ต้องใช้โดยประชาชน แต่รัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนที่ประชาชนเลือกขึ้นมา กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจึงไม่ใช่กฎหมายที่ประชาชนตราขึ้นมา ฉะนั้น การให้รัฐสภายินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญเอง เท่ากับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดและจะตรากฎหมายให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในสายตาขององค์กรอื่นอย่างไรก็ได้

ด้วยเหตุนี้ ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 ของประเทศฝรั่งเศสจึงมีข้อเสนอให้จัดตั้ง “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comité Constitutionnel) ขึ้นโดยให้ประธานาธิบดีและประธานคณะรัฐมนตรี (President du Conseil หรือตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในปัจจุบัน) สามารถขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติได้ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร หากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็จะส่งกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติให้ความเห็นชอบแล้วกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอีกครั้ง และหากรัฐสภาลงมติว่าเป็นกฎหมายแล้วก็ให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นใหม่ แต่ถ้าคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวก็จะถูกประกาศใช้ทันที ด้วยเหตุนี้ แนวคิดพื้นฐานในการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540),” วารสารราชบัณฑิตยสถาน 24 (ตุลาคม 2541-มกราคม 2542): 48-55.

ในสาธารณรัฐที่ 4 จึงเป็นไปเพื่อให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความสอดคล้องระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญและเป็นเครื่องมือในการระงับความขัดแย้งระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามากกว่าที่จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในทางปฏิบัติพบว่า ตลอดระยะเวลาในการใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 มีเพียงครั้งเดียวเท่านั้นที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญส่งร่างกฎหมายกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่²⁵

ต่อมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ในปี ค.ศ. 1958 จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นทำหน้าที่แทนคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและมีลักษณะเป็นองค์กรพิเศษที่มีอำนาจในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel)

2) แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

แนวคิดปรากฏครั้งแรกในคดี Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) ซึ่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า ศาลทั้งหลายมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภา Congress ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้ โดย John Marshall ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดในขณะนั้นได้ให้เหตุผลว่า “เป็นอันปฏิเสธไม่ได้ว่าเป็นอำนาจศาลแห่งสหรัฐอเมริกาที่จะวินิจฉัยว่าอะไรคือกฎหมายที่ใช้อย่างบังคับได้” ซึ่งการปฏิเสธอำนาจเช่นนั้นก็มีผลเท่ากับเป็นการทำลายรากฐานของรัฐธรรมนูญเอง²⁶

ศาลสูงสุดได้ยืนยันและตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้และศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาเป็นระบบกระจายอำนาจ นับแต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการตัดสินคดีดังกล่าว หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรก โดยมีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญและมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทางแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), หน้า 119.

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 148.

3) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษ

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบหลัก ๆ คือ รูปแบบที่ใช้ตุลาการรัฐธรรมนูญและรูปแบบที่ใช้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษมาจาก Hans Kelsen ซึ่งเสนอแนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษขององค์กรเดียว ให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ Kelsen ให้เหตุผลว่า การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดใช้บังคับมิได้เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (Negative Act of Legislation)

ดังนั้น องค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นจึงต้องมีรากฐานที่มาจากองค์กรนิติบัญญัติโดยให้องค์กรนิติบัญญัตินี้มีส่วนในการแต่งตั้งและเป็นการสมควรที่จะจัดตั้งองค์กรพิเศษที่มีอำนาจเพิกถอนกฎหมายของรัฐบาลเพื่อให้คำวินิจฉัยนั้นเกิดผลบังคับเป็นการทั่วไป สำหรับรูปแบบขององค์กรพิเศษที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) รูปแบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประเทศสำคัญที่ใช้รูปแบบตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการกระทำขององค์กรที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) มาจาก Sieyès ซึ่งเขาเห็นว่าสมควรจะมีองค์กรหรืออำนาจที่สามารถยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายหรือการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้อำนาจให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญที่มอบอำนาจได้ ฉะนั้น Sieyès จึงเสนอให้จัดตั้งคณะลูกขุนรัฐธรรมนูญขึ้น (Le Jury Constitutionnaire)²⁷ ในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษแยกจากศาลยุติธรรม ให้คณะลูกขุนรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายและการกระทำขององค์กรรัฐอื่น ๆ มิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ²⁸

อย่างไรก็ตาม แนวคิดคณะลูกขุนรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการยอมรับบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791 เนื่องจากฝรั่งเศสยึดหลักที่ว่า กฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของปวงชน จึงเป็นไปได้ที่จะมีการควบคุมกฎหมายที่ผู้แทนปวงชนตรามาแล้ว²⁹

²⁷ Gaëlle Marti, **Le Pouvoir Constituant Européen** (Doctoral dissertation, Université Nancy, 2008), p. 71.

²⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 118.

²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 152.

ภายหลัง Napoléon Bonaparte ทำการรัฐประหารใน ค.ศ. 1799 ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และมีการจัดตั้ง Sénat Conservateur ทำหน้าที่รักษาและยกเลิกการกระทำทุกประการที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ต่อมาระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 ก็ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Comité Constitutionnel) ทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามิชอบบัญญัติที่เป็น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องส่งกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ในรูปแบบคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างมีอำนาจในการจัดทำกฎหมาย เพื่อให้การจัดทำกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารสอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญกำหนด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เนื่องจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมมิให้อำนาจนิติบัญญัติล้ำ อำนาจฝ่ายบริหารมากกว่าควบคุมผู้ปกครองประเทศมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต มิได้มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

เห็นได้ว่า ในระยะแรก ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะกระทำได้เฉพาะการควบคุมร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้เท่านั้น จะไม่มีการควบคุมกฎหมายภายหลังจากที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว โดยที่การเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น³⁰

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลักการนี้ได้เปลี่ยนแปลงไป เพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสได้ถูกแก้ไขเพื่อให้มีความยืดหยุ่น กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 2008 ฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญ โดยเพิ่มเติมมาตรา 61-1 ในรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาขยายอำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้สามารถตรวจสอบกฎหมายหลังประกาศใช้ได้ด้วย (รายละเอียดจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3 ส่วนของประเทศฝรั่งเศส) ทำให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพยายามใช้เทคนิคเดียวกันกับสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายสาร

³⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 118-120.

บัญญัติไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่เป็นหลักกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือสภาแห่งรัฐได้มาจากการสกัดจากหลักกฎหมายทั้งหลายในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส³¹

(2) รูปแบบที่ใช้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การเสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพียงองค์กรเดียวมีอำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาจากการใช้ศาลยุติธรรมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามระบบของสหรัฐอเมริกา Hans Kelsen ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญของออสเตรียเห็นว่าหากนำระบบศาลยุติธรรมเช่นสหรัฐอเมริกามาทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะก่อให้เกิดปัญหาดังนี้³²

ประการแรก ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศออสเตรียใช้ระบบ Civil Law ซึ่งระบบกฎหมายนี้ไม่มีหลักการว่าด้วยคำพิพากษาบรรทัดฐานหรือ Stare Decisis ที่ให้ศาลล่างต้องพิพากษาอรรถคดีตามคำพิพากษาของศาลสูงที่เคยวางหลักเอาไว้ ซึ่งแตกต่างจากระบบ Common Law ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ในระบบ Civil Law ถือว่าคำพิพากษาเป็นเพียงตัวอย่างในการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเท่านั้น การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในแต่ละคดี ดังนั้น ในทางทฤษฎี คำวินิจฉัยของศาลไม่ว่าระดับศาลใดสามารถถูกกลับได้เสมอ ฉะนั้น หากมอบอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญอยู่กับศาลต่าง ๆ อาจไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มีความแน่นอนในการคำวินิจฉัยของศาล

ประการที่สอง ระบบศาลที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศออสเตรียใช้ระบบศาลคู่ คือ นอกจากศาลยุติธรรมซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งคดีอาญาแล้ว ยังมีศาลซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอื่น ๆ อีก โดยที่แต่ละจะมีระบบศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเป็นระบบของตนเองแยกจากศาลยุติธรรม ดังนั้น การกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งเพียงศาลเดียวมีอำนาจเด็ดขาดจึงไม่มีความเหมาะสม ทางออกที่ดีที่สุดคือ จัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะและให้มีสถานะเหนือกว่าศาลทั้งหมดที่มีอยู่และกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรที่ตั้งขึ้นมาใหม่นี้ผู้พันศาลทั้งหลายต้องถือตาม ปัญหาความไม่แน่นอนของคำวินิจฉัยจึงหมดไป

ประการที่สาม ในทัศนะของ Hans Kelsen คำวินิจฉัยที่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่มีผลทำให้ไม่สามารถนำกฎหมายฉบับนั้นมาใช้บังคับได้ ไม่ต่างอะไรกับการนิติบัญญัติออกกฎหมายฉบับใหม่มายกเลิกกฎหมายฉบับนั้น ดังนั้น ก็ถือเป็นอำนาจนิติ

³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 153.

³² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 53-54.

บัญญัติชนิดหนึ่งเรียกว่า อำนาจนิตินิติบัญญัติเชิงปฏิเสธ จึงไม่สมควรมอบให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจดังกล่าว เนื่องจากขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ Hans Kelsen ก็เห็นว่า องค์การที่ใช้อำนาจนี้ ต้องเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติ จากเหตุผลดังกล่าว รัฐธรรมนูญออสเตรียจึงกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นต้นแบบของศาลรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ทั่วโลก และศาลรัฐธรรมนูญอีกประเทศหนึ่งซึ่งมีอิทธิพลในการใช้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไปในบทที่ 3 ในส่วนประเทศเยอรมัน

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนแล้ว ข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่มาเติมเต็มทฤษฎีว่าด้วยรัฐ กล่าวคือ ข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตอบคำถามที่ว่า องค์การใดเป็นองค์การที่มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ องค์การใดเป็นองค์การที่มีอำนาจกำหนดองค์กรต่าง ๆ ภายในรัฐ ว่ากันทางทฤษฎีแล้ว รัฐเป็นเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจมหาชน (La Puissance Publique) และกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนเส้นทางที่ทำหน้าที่เชื่อมต่อให้องค์กรต่าง ๆ ภายในรัฐให้อำนาจมหาชนดังกล่าวได้³³

ตามที่กล่าวมาาก่อนนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุดในรัฐและเป็นกฎหมายที่มีฐานะสูงสุด การศึกษาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญก็เพื่อทำความเข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างอำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) และการใช้อำนาจนิตินิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด (Pouvoir Constitué) ว่าไม่ได้เป็นอำนาจเดียวกัน ในขณะเดียวกันอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบก็มีใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตในการใช้อำนาจแคบกว่าการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและไม่สามารถใช้อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญปกติไปแก้ไขได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องเคารพบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดขั้นตอนกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนนี้ ผู้เขียนนำเสนอที่มาแนวคิดและประเภทของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนี้

³³ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État: Spécialement d'Après les Données Fournies Par Le Droit Constitutionnel Français Tome Deuxième* (Paris: Sirey, 1922), p. 483.

2.2.1 ที่มาและความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

2.2.1.1 ที่มาและพัฒนาการของแนวคิดที่ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

คำอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นหลังจากการประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกาและการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกพัฒนาขึ้นในช่วงระยะเวลาเดียวกันกับแนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ฉะนั้น เริ่มแรกแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและแนวคิดการปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความสัมพันธ์และสอดคล้องกันอย่างมาก คำอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในช่วงศตวรรษที่ 20 ไม่ได้เป็นเพียงการอธิบายที่มาในการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือที่มาของกฎหมายทางกฎหมายอย่างเดียว แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังถูกมองว่าเป็นอำนาจในการกำหนดรูปแบบการปกครองในรูปแบบอุดมคติการปกครองประชาธิปไตยอีกด้วย³⁴ วัตถุประสงค์หลักของการปกครองประชาธิปไตยและการจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ ความต้องการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง จึงกล่าวได้ว่าเริ่มต้นของกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำเนิดมาจากแนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

หากกล่าวถึงบ่อเกิดแนวคิดการแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถย้อนไปถึงยุคสมัยของ Jean Bodin ซึ่งเคยเสนอการแบ่งแยกระหว่างอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) และรัฐบาล (Government) โดยรัฐบาลเป็นสถาบันที่องค์กรยึดถือตั้งขึ้น ต่อมากลุ่มคริสต์ลัทธิคาลวินได้พัฒนาแนวคิดอำนาจอธิปไตยของ Bodin ใหม่³⁵ (Calvinist Reinterpretations of Bodinian Sovereignty) โดยอธิบายว่า อำนาจอธิปไตยมี 2 ประเภท คือ อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ตัวบุคคล (Majestas Personalis) ผู้ปกครองเป็นผู้ถือครองอำนาจ และอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง (Majestas Realis) อำนาจนี้เป็นของประชาชน³⁶

กรณีของ John Locke ที่อ้างว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดในการที่จะเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงการกระทำทางนิติบัญญัติ เมื่อประชาชนเห็นว่าการกระทำทางนิติบัญญัตินั้นไม่

³⁴ Antonio Negri, *Le Pouvoir Constituant: Essai Sur les Alternatives de la Modernité* (Presses Universitaires de France, 1997), p. 1.

³⁵ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers* (Doctoral dissertation, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2014), p. 83.

³⁶ Martin Loughlin, "The Concept of Constituent Power," *European Journal of Political Theory* 13, 2 (2014): 2. Retrieved April 6, 2016 from <http://ept.sagepub.com/content/early/2013/05/22/1474885113488766.full.pdf+html>

เป็นไปตามความต้องการของประชาชน Locke กล่าวว่า มีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือแม้กระทั่งทำลายรูปแบบของรัฐบาลที่มีอยู่ อำนาจดังกล่าวถูกครอบครองโดยชุมชนที่ถูกจัดตั้งดั้งเดิม แนวความคิดในลักษณะเดียวกันนี้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในงานเขียนของ Daniel Defoe ที่อธิบายว่าประชาชนมีสิทธิในการปกป้องสิทธิของตนเองจากความล้มเหลวของอำนาจที่ได้รับมอบมา (Constituted Power) โดยอธิบายว่า อำนาจที่ได้รับมอบเป็นอำนาจที่ต่ำกว่าอำนาจในการก่อตั้ง (Power Constituting) ดังนั้น องค์การที่รับมอบอำนาจมาจึงไม่มีอำนาจแก้ไขสิ่งที่ก่อตั้งตนเองขึ้นหรือกระทำการที่ขัดต่อสิ่งที่สร้างตนเองขึ้น อย่างไรก็ตาม คำอธิบายแนวคิดอำนาจก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อจำกัดตรงที่ไม่สามารถอธิบายการก่อตั้งระบบการเมืองในระบอบการเมืองอื่น ๆ ได้³⁷

จะเห็นได้ว่า แม้ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเริ่มปรากฏขึ้นแล้ว แต่ก็มีลักษณะคลุมเครือ โดยบุคคลแรกที่อธิบายข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนและเป็นระบบ ได้แก่ Emmanuel-Joseph Sieyès ซึ่งอธิบายว่า องค์การที่ถูกแบ่งอำนาจตามทฤษฎีของ Montesquieu เป็นองค์การที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) แต่ยังมีอำนาจที่มีอยู่ก่อนมีรัฐธรรมนูญและเป็นอำนาจที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น อำนาจดังกล่าวคืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ Sieyès ได้แบ่งแยกอำนาจดังกล่าวออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจหนึ่งและอำนาจรับมอบจากรัฐธรรมนูญเป็นอีกอำนาจหนึ่ง แม้ว่า Montesquieu เห็นว่าอำนาจที่ถูกก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญจะมีความหลากหลายและถูกแบ่งแยกออกจากกันได้ แต่ Sieyès ก็ยืนยันว่าอำนาจทั้งหมดไม่แตกต่างกัน อำนาจที่ถูกแบ่งแยกทั้งหมดมีที่มาจากเจตจำนงทั่วไป (La Volonté Générale) ซึ่งเจตจำนงทั่วไปมีที่มาจากประชาชนหรือชาติ (Nation) นั่นเอง³⁸

Sieyès อธิบายเพิ่มเติมว่า รัฐธรรมนูญมีที่มาจากเจตจำนงของประชาชนหรือชาติ องค์การต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นไม่สามารถกระทำการที่ไปกระทบต่อเจตจำนงของชาติที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญได้ โดยให้เหตุผลว่ารัฐธรรมนูญถูกสร้างมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ³⁹

ตามที่กล่าวมาข้างต้น องค์การที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่สามารถใช้อำนาจปกติของตนซึ่งได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญต้องหาองค์การที่มีอำนาจอยู่เหนือรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการดังกล่าว ซึ่งได้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออาจเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาเพื่อใช้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้⁴⁰

³⁷ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 83-84.

³⁸ Raymond Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 516.

³⁹ Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?* 6 (1970), p. 53.

⁴⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 144.

กล่าวโดยสรุป ความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีขึ้นก่อนงานเขียนของ Sieyès แต่ Sieyès อธิบายความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนและเป็นระบบเป็นรากฐานให้นักกฎหมายรุ่นต่อ ๆ มานำความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาพัฒนาต่อในภายหลัง

2.2.1.2 ความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญอธิบายความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าหมายถึง ที่มาในการจัดทำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ (Les Normes Constitutionnelles) หรือไม่ก็อธิบายว่าเป็นอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานจัดระเบียบอำนาจทั้งหลาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจก่อตั้งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและเป็นการจัดระเบียบนิติสัมพันธ์ระหว่างชุมชนขึ้นใหม่⁴¹

อย่างไรก็ตาม การอธิบายความหมายและลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการพัฒนาต่อโดยนักกฎหมายหลาย ๆ ท่าน ซึ่งจะมีรายละเอียดแตกต่างกันไปแล้วแต่การวิเคราะห์ตามมุมมองของแต่ละบุคคล ในส่วนนี้จะนำเสนอโดยแสดงให้เห็นถึงที่มา ความหมาย และลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่สามารถแบ่งแนวคิดได้เป็นสองกระแส ได้แก่ ความหมายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในเกณฑ์รูปแบบ และความหมายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในเกณฑ์เนื้อหา

1) ความหมายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางรูปแบบ

แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในทางรูปแบบอยู่บนฐานความคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นข้อเท็จจริงนอกระบบกฎหมาย กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริง ไม่ใช่การกระทำทางกฎหมาย เฉพาะอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่เป็นการกระทำที่มีรากฐานในทางกฎหมาย มีนักกฎหมายสำคัญหลายท่านมีความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นนี้ นักกฎหมายเหล่านี้ได้นำเอาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès มาพัฒนาต่อ เพื่ออธิบายปรากฏการณ์ในการจัดทำและการแก้ไขรัฐธรรมนูญในยุคสมัยต่อ ๆ มา

(1) Raymond Carré de Malberg

Carré de Malberg เป็นบุคคลแรก ๆ ที่แบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบอย่างชัดเจน โดย Carré de Malberg ได้แบ่งแยกระหว่างอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับแรกของรัฐ (Le Pouvoir Constituant Dans L'établissement de La Première Constitution de l'Etat) และ

⁴¹ Antonio Negri, *op. cit.*, pp. 2-3.

อำนาจในการสถาปนาองค์กรภายในรัฐ (Le Pouvoir Constituant Dans l'Etat Une Foie Formé)⁴²

Carré de Malberg อธิบายว่า ในการก่อตั้งรัฐขึ้นครั้งแรกก็มีลักษณะ เช่นเดียวกับการก่อตั้งองค์กรขึ้นมา กล่าวคือ การกระทำที่ก่อตั้งรัฐหรือการกระทำที่ก่อตั้งองค์กรล้วน เป็นปรากฏการณ์ทางข้อเท็จจริง ไม่ใช่การกระทำทางกฎหมาย ส่วนปัญหาในการก่อตั้งนิติบุคคลตาม กฎหมายเอกชนของบรรดาสมาชิก หรือปัญหาขององค์กรการปกครองภายในรัฐเป็นปัญหาทางทาง กฎหมาย เนื่องจากเป็นการกระทำขึ้นภายใต้กฎหมายภายในรัฐ แต่การก่อตั้งรัฐกระทำขึ้นโดยไม่มี รากฐานกฎหมายใด ๆ ทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐจึงเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นนอกกฎหมาย⁴³ ในขณะที่อำนาจ สถาปนาองค์กรภายในรัฐกำหนดหรืออาศัยอำนาจทางกฎหมาย⁴⁴

แนวคิดที่กล่าวมานี้สอดคล้อง Georg Jellinek ที่ว่าอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญเป็นการกระทำนอกรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงที่ก่อตั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้น⁴⁵ Carré de Malberg ได้แบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้⁴⁶

ประเภทแรก อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในสถานการณ์ของการปฏิวัติ การก่อการปฏิวัติหรือการรัฐประหารเป็นข้อเท็จจริงนอกระบบกฎหมาย ผลของการปฏิวัติหรือการ รัฐประหาร คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายในรัฐจะสิ้นผลลง รวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ตาม รัฐธรรมนูญก็สิ้นผลด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ไม่มีพื้นที่เหลือสำหรับการใช้กฎหมาย จะเหลือก็แต่การใช้ กำลังบังคับเท่านั้น ในสถานการณ์เช่นนี้ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ วิธีการสถาปนา รัฐธรรมนูญ และรูปแบบต่าง ๆ ที่เคยกำหนดในรัฐธรรมนูญก่อนหน้านี้ได้ถูกทำลายไปอย่างสิ้นเชิงจาก การปฏิวัติหรือการรัฐประหาร อีกทั้งการปฏิวัติหรือการรัฐประหารไม่มีหลักการใด ๆ ในทางที่ กฎหมายมหาชนจะยอมรับ รวมไปถึงผลของการปฏิวัติหรือการรัฐประหารก็ไม่ได้รับการยอมรับด้วย เช่นกัน

ประเภทที่สอง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในสถานการณ์สงบ รัฐธรรมนูญ สมัยใหม่มักกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ทำให้การปฏิวัติเพื่อ

⁴² Kémal Gözler, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle** (Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 1997), p. 16.

⁴³ Raymond Carré de Malberg, *op. cit.*, pp. 490-491.

⁴⁴ Kémal Gözler, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, p. 16.

⁴⁵ Antonio Negri, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁶ Raymond Carré de Malberg, *op. cit.*, pp. 496-498.

เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญก็ไม่มีผลใช้บังคับอยู่มีกระบวนการจัดเจนกำหนดในรัฐธรรมนูญ
ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่มีกระบวนการจัดเจนกำหนดในรัฐธรรมนูญ

การแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลักษณะนี้ แม้ไม่เป็นที่คุ้นเคยในปัจจุบัน แต่ก็มีผลเกี่ยวข้องกับการแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบ กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจริเริ่มการก่อตั้งรัฐโดยใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในสถานการณ์ของการปฏิบัติหรือเป็นการกระทำนอกรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับ ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คืออำนาจในการสถาปนาองค์กรภายในรัฐ⁴⁷

(2) Georg Jellinek

บุคคลต่อมาที่อธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ คือ Georg Jellinek เขาเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่บนกรอบรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจทางข้อเท็จจริงในการก่อตั้งระเบียบกฎหมายทางกฎหมายทั้งหลาย โดยที่อำนาจการก่อตั้งกฎหมายนี้ Jellinek เห็นว่าเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด โดยมีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจตนเอง (Autolimitation) ในประเด็นนี้ Jellinek อธิบายว่า อำนาจในการก่อตั้งระเบียบกฎหมายจะถูกจำกัดโดยประวัติศาสตร์และศีลธรรมที่กฎหมายยอมรับ มีลักษณะเป็นการจำกัดการขยายขอบเขตของหลักการต่าง ๆ ภายนอกกฎหมาย⁴⁸

(3) Georges Burdeau

สำหรับ Georges Burdeau อธิบายว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องมีการแบ่งออกเป็น 2 อำนาจ เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญครอบคลุมแนวคิดที่แตกต่างกัน 2 แนวคิดสำคัญที่ Burdeau เรียกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ (Le Pouvoir Constituant Stricto Sensu) และอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Revision)

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ คือ อำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับแรก เป็นอำนาจทางข้อเท็จจริงนอกกฎหมายที่จะปรากฏขึ้นภายหลังการก่อการปฏิวัติ ส่วนอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจซึ่งมอบให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพื่อแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายพื้นฐานที่เป็นกติกาสูงสุดในการปกครองรัฐ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบไม่ถูกนำมาวิเคราะห์ในแง่กฎหมาย เนื่องจากอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

⁴⁷ Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, pp. 18-19.

⁴⁸ Antonio Negri, *op. cit.*, p. 7.

Burdeau เห็นว่า นักกฎหมายควรมุ่งศึกษาเฉพาะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น Burdeau เป็นบุคคลซึ่งอธิบายเกี่ยวกับการแบ่งระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบไว้อย่างชัดเจนที่สุด เพียงแต่ชื่อที่ Burdeau ใช้ไม่ได้รับความนิยมในการเรียกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น⁴⁹

(4) Hans Kelsen

Hans Kelsen ใช้ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์มาอธิบายปัญหาเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดย Kelsen ไม่เห็นด้วยกับ Georg Jellinek ในประเด็นที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงมีข้อจำกัด Kelsen อธิบายว่า การสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำที่สูงสุดและไม่มีขีดจำกัด ใด ๆ ลักษณะของกฎหมาย คือ การวางหลักเกณฑ์ในการจัดทำกฎหมายด้วยตนเอง กล่าวคือ กฎหมายเป็นระบบแห่งบรรทัดฐาน กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะมีความสมบูรณ์ใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของระบบบรรทัดฐานโดยไม่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่า⁵⁰

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายประกอบด้วยกฎซ้อนกันเป็นชั้น ๆ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต่ำกว่าจะได้อำนาจและความสมบูรณ์จากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สูงขึ้นไป และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สูงขึ้นไปนี้ก็ได้รับอำนาจและความสมบูรณ์จากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สูงขึ้นไปอีก ตามลำดับจนถึงขั้นสูงสุดของกฎหมาย คือ รัฐธรรมนูญ เมื่อตั้งคำถามว่าแล้วอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาจากไหน Kelsen อธิบายว่า หากรัฐธรรมนูญปัจจุบันเกิดจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน รัฐธรรมนูญฉบับก่อนก็เป็นที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แต่หากรัฐธรรมนูญฉบับเกิดจากการปฏิวัติหรืออำนาจอื่นใดที่ไม่มีกฎหมายรับรอง Kelsen อธิบายว่า กรณีนี้รัฐธรรมนูญเกิดจากสิ่งที่เรียกว่า Grundnorm โดย Kelsen อธิบายเพิ่มว่า อาจเป็นสิ่งที่สมมติที่เกิดขึ้นในใจนักกฎหมายก็ได้ ไม่จำเป็นต้องมีตัวตน⁵¹ Kelsen เห็นว่า มีเพียงบรรทัดฐานกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Norme) เท่านั้นที่สามารถจะกำหนดกระบวนการในการจัดทำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ก่อตั้งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นและเป็นการก่อตั้งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายเดินตามกฎเกณฑ์กติกาตามที่

⁴⁹ Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, pp. 19-20.

⁵⁰ Antonio Negri, *op. cit.*, p. 7.

⁵¹ วิษณุ เครืองาม, *ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์

รูปแบบทางกฎหมายกำหนด (La Forme Juridique) แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้เดินตามกระบวนการในทางรูปแบบในการจัดทำกฎหมายใด ๆ⁵²

(5) Roger Bonnard

นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส Roger Bonnard อธิบายว่า สำหรับรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบมีที่มาเพื่อจัดระเบียบรูปแบบของรัฐและองค์กรระดับสูงของรัฐ รัฐธรรมนูญจะถูกสร้างจากกระบวนการพิเศษกว่าการจัดทำกฎหมายธรรมดา และอธิบายถึงการแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจในการเปลี่ยนแปลงสถาบัน (Pouvoir Constituant Institué) Bonnard เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจนอกรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยไม่มีรากฐานทางกฎหมายใด ๆ รองรับ เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อปราศจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า เช่น ในช่วงเวลาการก่อตั้งรัฐใหม่หรือภายหลังการปฏิวัติล้มเลิกรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ในขณะที่อำนาจเปลี่ยนแปลงสถาบันเกิดขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ และเป็นอำนาจที่ถูกก่อตั้งมาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกับอำนาจในการเปลี่ยนแปลงสถาบันมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจที่อยู่นอกรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริงนอกระบบกฎหมาย แต่อำนาจในการเปลี่ยนแปลงสถาบันเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น⁵³

การแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกับอำนาจเปลี่ยนแปลงสถาบันของ Roger Bonnard ได้รับการยอมรับอย่างมากในฝรั่งเศส การแบ่งแยกดังกล่าวปรากฏอีกครั้งในงานเขียนของ Georges Vedel ในตำราชื่อ Droit Constitutionnel ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1949 อย่างไรก็ตาม Vedel ได้เรียก อำนาจในการเปลี่ยนแปลงสถาบัน (Pouvoir Constituant Institué) ว่าอำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé)⁵⁴ ซึ่งเป็นชื่อที่ได้รับความนิยมในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

⁵² Antonio Negri, *op. cit.*, p. 7.

⁵³ Roger Bonnard, **Les Actes Constitutionnels de 1940** (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1942), Retrieved July 10, 2016 from <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k936114c/f61.item.zoom>

⁵⁴ Kémal Gözler, **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**, p. 21.

2) ความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางเนื้อหา

แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางเนื้อหาเป็นการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบที่ได้รับการยอมรับอย่างมากสำหรับนักกฎหมายซึ่งไม่ใช่ชนนักกฎหมายบ้านเมือง (Les Auteurs Non Positivistes) คนแรกๆ อธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางเนื้อหา คือ

(1) Carl Schmitt

เขาอธิบายว่า การให้คำนิยามรัฐธรรมนูญต้องเป็นการให้ความหมายในเชิงปฏิฐานเท่านั้น (Positive) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมีสององค์ประกอบ ได้แก่ การกระทำอันเกิดจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการกำหนดรูปแบบและประเภทของหน่วยทางการเมือง ในมุมมองของ Schmitt รัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใด ๆ ทุกอย่างขึ้นอยู่กับมติของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นประชาชนในกรณีประชาธิปไตยหรืออาจเป็นกษัตริย์ในกรณีสมบูรณาญาสิทธิราชย์ Schmitt นำความคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès มาตีความใหม่ โดยเชื่อมโยงแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเข้ากับรัฐธรรมนูญ และอธิบายว่า ห้วงเวลาที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญเป็นช่วงเวลาทางการเมืองของกฎหมาย Schmitt อธิบายว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ เจตจำนงทางการเมืองซึ่งอำนาจของมันได้กระทำการตัดสินใจอย่างเป็นรูปธรรมถึงประเภทและรูปแบบของการดำรงอยู่ทางการเมืองโดยเฉพาะ การตัดสินใจตามเจตจำนงทางการเมืองดังกล่าวนี้ได้สร้างความสมบูรณ์ต่อบรรดาบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ต่อเนื่องตามมา รัฐธรรมนูญไม่ได้ตั้งอยู่บนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือหลักการใด ๆ ที่มีมาก่อนหน้านั้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นการตัดสินใจทางการเมืองที่แสดงให้เห็นถึงความสามารถของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการเปิดเผยเจตจำนงให้ก่อเป็นรูปองค์กรทางการเมือง ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีความสมบูรณ์โดยตัวเอง การตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบสำคัญสูงสุดที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญโดยตรง⁵⁵

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัด บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการแสดงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งแสดงออกผ่านการตัดสินใจทางการเมืองร่วมกัน ประชาชนได้แสดงออกในการตัดสินใจเกี่ยวกับลักษณะและรูปแบบขององค์กรทางการเมืองเมื่อรัฐธรรมนูญอยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจร่วมกัน และเมื่อได้ตัดสินใจอย่างใด ๆ แล้ว ไม่ต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมของบรรทัดฐานใด ๆ อีก อย่างไรก็ตาม คำอธิบายลักษณะดังกล่าวถูก

⁵⁵ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, “ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของ Carl Schmitt,” รัฐศาสตร์สาร 35, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2557): 93-125, 98-101.

โต้แย้งว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด โดยจะต้องพิจารณาถึงหลักสิทธิมนุษยชนซึ่งอยู่เหนือชาติ (Supranational Human Rights) โดยในการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาถึงหลักการดังกล่าวด้วย ข้อโต้แย้งอีกสำนักหนึ่งคือ แนวความคิดสายกลาง (Middle Course) ที่อธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าเป็นอำนาจสูงสุด แต่ไม่ได้อิสระอย่างเด็ดขาด อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องผูกพันกับแนวคิดเกี่ยวกับคุณค่าและความยุติธรรมโดยธรรมชาติที่อยู่ในประชาชน⁵⁶

(2) Olivier Beaud

Olivier Beaud พยายามอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางเนื้อหาเห็นว่า ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญบางทฤษฎีเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมาย (A Legal Power) และในขณะเดียวกัน อำนาจในการเพิกถอนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (The Undoing Power) ก็มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายเช่นกัน คำอธิบายดังกล่าวนี้รับอิทธิพลจากทฤษฎีการตัดสินใจ (Decisionist Theory) ของ Carl Schmit กล่าวคือ การตัดสินใจก่อนจะจัดทำรัฐธรรมนูญ (the pre-constituent decisions) จะรวมไปถึงการตัดสินใจในการยกเลิกเพิกถอนรัฐธรรมนูญด้วย (the de-constituent decision) กล่าวโดยสรุป เป็นการตัดสินใจในการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและตัดสินใจก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น⁵⁷

แนวคิดของ Carl Schmit มีอิทธิพลอย่างมากต่องานของ Olivier Beaud กล่าวคือ Beaud ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญในช่วงสุญญากาศทางกฎหมาย ไม่มีความเกี่ยวพันใด ๆ กับระบบกฎหมายหรือระบอบการปกครองใด ๆ ที่มีอยู่เดิม เนื่องจาก Beaud เห็นว่า สภาพปราศจากระบบกฎหมายหรือสุญญากาศทางกฎหมายไม่สามารถเกิดขึ้นได้จริง ช่วงที่เรียกกันว่าปราศจากกฎหมายนั้น Beaud เห็นว่า แท้จริงแล้วเต็มไปด้วยกฎเกณฑ์กฎหมายต่าง ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายช่วงเปลี่ยนผ่านเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กล่าวคือ ระบบกฎหมายที่มีอยู่ก่อนก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นไม่จำเป็นที่อยู่เป็นบทบัญญัติในระดับรัฐธรรมนูญ (Valeur Constitutionnelle)

⁵⁶ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ, รายงานการวิจัย เสนอคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 6, ค้นวันที่ 7 เมษายน 2559 จาก <http://documents.tips/documents/5566bee3d8b42aac288b4964.html>

⁵⁷ Claude Klein and András Sajó, "Constitution-making: Process and Substance," **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** (Oxford University Press, 2012), p. 422.

จากที่กล่าวมา Beaud จึงเชื่อว่า การสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้กำเนิดในช่วงที่บ้านเมืองไม่มีกฎหมายใด ๆ อยู่เลย แต่เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต่างหากที่ไปทำลายกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเดิมก่อนที่จะจัดวางระเบียบกฎเกณฑ์วางรากฐานการปกครองใหม่ Beaud อธิบายลักษณะสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เดิมและจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยเห็นว่า ในการวิเคราะห์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินก่อตั้งรัฐธรรมนูญ (L'Acte Constituant) มีลักษณะที่ขัดแย้งกับแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่อธิบายกันมาก่อนนี้ โดยเฉพาะส่วนที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นการใช้อำนาจปฎิวัติที่ไม่ได้มีความเกี่ยวพันใด ๆ กับรูปแบบทางกฎหมายและกระบวนการทางกฎหมายเดิมก่อนสถาปนารัฐธรรมนูญ

ดังนั้น Beaud จึงอธิบายกระบวนการของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการก่อตั้งหรือสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่นั้นตั้งแต่การริเริ่มกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Début de Processus Constituant) จนกระบวนการดังกล่าวสิ้นสุดลง Beaud เห็นว่ากระบวนการดังกล่าวประกอบด้วยกระบวนการหลักสองส่วน คือ ส่วนแรกเป็นการตัดสินใจเพื่อเตรียมการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Decisions Pré-Constituantes) ส่วนที่สองเป็นการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะลอกเลียนมาจากกระบวนการนิติบัญญัติปกติ อาทิ กระบวนการในการริเริ่ม การอภิปราย การให้ความเห็นชอบ การให้สัตยาบัน และการประกาศใช้ การดำเนินการดังกล่าว เรียกว่า “การตัดสินใจดำเนินการสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Decisions Constituantes) รายละเอียดสามารถสรุปได้ดังนี้⁵⁸

ส่วนแรก เป็นการตัดสินใจเพื่อเตรียมการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Decisions Pré-Constituantes) กระบวนการตัดสินใจเพื่อเตรียมการสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบที่แตกต่างกัน แต่กระบวนการดังกล่าวเมื่อวิเคราะห์ในทางกฎหมายจะเห็นได้ว่าการใช้กระบวนการและเครื่องมือในการดำเนินการเดียวกันในการบัญญัติ Beaud เริ่มต้นอธิบายด้วยกระบวนการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นขั้นตอนแรก (La Decision D'initiative Pré-Constituante) ว่ากระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่มียุทธศาสตร์เริ่มต้น (Le Point Initial) โดยการริเริ่มดังกล่าวนี้มีทั้งการริเริ่มแบบที่เรียบง่ายและแบบที่ซับซ้อน กล่าวคือ การริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเรียบง่าย คือ การที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มเดียวมีอำนาจตัดสินใจสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จากประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่าการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญมีเพียงสองรูปแบบหลัก คือ รูปแบบสภาและเอกราธิปไตย (Autocratique)

⁵⁸ Olivier Beaud, **La Puissance de l'Etat** (Paris: Presses Universitaire de France, 1994), pp. 263-277.

Beaud อธิบายถึงรูปแบบการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีลักษณะซับซ้อนว่ามีกระบวนการตัดสินใจที่ต่อเนื่องกันสองครั้ง คือ การตัดสินใจแรกเป็นการตัดสินใจในส่วนแรกของกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ และส่วนการตัดสินใจต่อมาเป็นการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายในการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญ รูปแบบที่ซับซ้อนในการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ได้แก่การริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญโดยการออกเสียงประชามติของประชาชน ซึ่งในกรณีนี้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการริเริ่มก่อตั้งรัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir D'initiative Constituant) ตรงนี้ Beaud อธิบายความแตกต่างระหว่างการตัดสินใจเพื่อขอริเริ่มการสถาปนารัฐธรรมนูญ (La Demande D'Initiative) กับการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญ (La Decision D'Initiative) ไว้ว่า การตัดสินใจเพื่อขอริเริ่มการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำแรกสุดของกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le Tout Premier Acte Du Processus Constituant) ส่วนการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการตัดสินใจในขั้นสุดท้ายว่าจะดำเนินการตามการขอริเริ่มการสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่

Beaud ยกตัวอย่างการแยกระหว่างการตัดสินใจเพื่อขอริเริ่มการสถาปนารัฐธรรมนูญและการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญว่าให้ดูการตรารัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 และสาธารณรัฐที่ 5 ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญในรูปแบบการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีลักษณะซับซ้อน โดย Beaud เห็นว่า กระบวนการริเริ่มและการให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

ในขั้นตอนที่สอง การตัดสินใจกำหนดกรอบหน้าที่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (La Décision Attributive du Pouvoir Constituant) การตัดสินใจนี้เป็นการตัดสินใจในการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เป็นการกำหนดขอบเขตว่าจะจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างไร ใครเป็นผู้เตรียมการ ใครเป็นผู้ดำเนินการร่าง รวมไปถึงการลงคะแนนและการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญในอนาคต และในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญไม่สำเร็จจะดำเนินการอย่างไร

ส่วนที่สองเป็นการตัดสินใจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Les Décisions Constituantes) ในขณะที่การตัดสินใจเพื่อเตรียมการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Decisions Pré-Constituantes) เป็นการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่จะอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และกำหนดกระบวนการต่าง ๆ ให้กระทำตาม แต่การตัดสินใจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Les Décisions Constituantes) เป็นการกระทำต่าง ๆ ที่มุ่งหมายให้การเตรียมทั้งหลายมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ คือ รัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยทั่วไปการตัดสินใจสถาปนารัฐธรรมนูญจะแบ่งกระบวนการเป็นสามขั้นตอน (La Tripartition Classique de la Procédure) ซึ่งกระบวนการนี้กำหนดชัดอยู่แล้วในการตัดสินใจกำหนดกรอบหน้าที่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (la Décision Attributive

du Pouvoir Constituant) ได้แก่ การริเริ่มยกร่างรัฐธรรมนูญ การให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ และการให้สัตยาบันในร่างรัฐธรรมนูญ

2.2.2 ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

การอธิบายข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญช่วงเริ่มต้นเป็นการอธิบายความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ต่อมาที่พัฒนาเรื่อยมาจนมีคำคุณศัพท์ต่อท้ายขยายความคำว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อาทิ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) อำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นต้น ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดังกล่าวมีคำอธิบายที่แตกต่างกัน สามารถแบ่งอธิบายได้ดังนี้

1. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสูงสุดปรากฏขึ้นก่อนมีรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะตัดสินใจความเป็นอยู่ทางการเมืองของตนเองได้ กล่าวคือ บุคคลหรือคณะบุคคลใดมีอำนาจสูงสุดอย่างแท้จริง บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นก็มีความจัดสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นได้⁵⁹ โดยนัยนี้ ผู้ที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงหมายถึงองค์อธิปัตย์หรือผู้อยู่อย่างองค์อธิปัตย์⁶⁰ George Burdeau สรุปลักษณะสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเริ่มแรก ไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออำนาจนี้ เป็นอำนาจที่มีอิสระอย่างเต็มที่ในการวางกฎเกณฑ์อย่างไรก็ได้ เป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัดเป็นอำนาจที่ก่อตั้งระบบการเมืองและกฎหมาย⁶¹

ส่วนอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจรัฐที่ได้รับการจัดระเบียบองค์กรและอำนาจหน้าที่ตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ เป็นอำนาจบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ของรัฐในกรอบของรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ใช้อำนาจนั้น ๆ จึงเป็นองค์กรที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังที่กล่าวมาแล้วว่า มีการแบ่งอำนาจรัฐเป็น 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ดังนั้น องค์กรที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญหลัก ๆ จึงมี 3 องค์กรเช่นกัน คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ กล่าวโดยสรุปอย่างง่าย ๆ คือ อำนาจสถาปนา

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 69.

⁶⁰ วิษณุ เครืองาม, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2530), หน้า 73.

⁶¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), หน้า 8.

รัฐธรรมนูญ คือ อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir de Faire la Constitution) และ อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ (Les Pouvoirs Créés Par la Constitution)⁶²

ดังนั้น Burdeau จึงได้สรุปถึงความแตกต่างของอำนาจทั้งสองว่า อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญไม่สามารถมีก่อนที่รัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้ ในขณะที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจนอกรัฐธรรมนูญและสามารถมีอยู่ได้แม้ไม่มีรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอิสระไม่ขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ใด ๆ ตามรัฐธรรมนูญ⁶³ ทั้งสองอำนาจไม่ได้เป็นอำนาจที่มีลำดับศักดิ์ชั้นเดียวกัน กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นสูงกว่าอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญ และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้นที่เป็นอำนาจสูงสุด⁶⁴

การแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงลำดับศักดิ์ของสถานะอำนาจที่แตกต่างกัน เมื่ออำนาจที่รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ องค์การของรัฐทั้งหลายที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงใช้อำนาจตนได้เท่าที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ไม่สามารถใช้อำนาจของตนที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญไปละเมิดรัฐธรรมนูญหรือไปทำลายรัฐธรรมนูญได้

2. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) และ อำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé)

การพัฒนาทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่อย่างต่อเนื่องจนสามารถแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อยลงไปอีก คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบ กล่าวคือ ในทางทฤษฎี Pouvoir Constituant Dérivé เป็นการแสดงถึงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมาจาก Pouvoir Constituant Originaire

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญมิได้เป็นแนวคิดดั้งเดิมของ Sieyès กล่าวอีกนัยหนึ่ง Sieyès ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งให้มีอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจ

⁶² Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, pp. 8-9.

⁶³ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 82.

⁶⁴ Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, p. 9.

สถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ สำหรับทัศนะของ Sieyès ชาตินี้ไม่สามารถตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใด อีกทั้งชาติยังเป็นอิสระและไม่ตกอยู่ภายใต้รูปแบบทางกฎหมายในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของชาติ ชาตินี้ยังคงไว้ซึ่งอำนาจดั้งเดิมในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสถาบันต่าง ๆ นอกกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ลักษณะดังกล่าวเป็นการปฏิเสธการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบ แนวคิดของ Sieyès คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะที่อยู่อย่างถาวร จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อยออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบ กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีดั้งเดิมเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès ไม่เห็นด้วยกับการแบ่งแยกย่อยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁶⁵

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายของฝรั่งเศสรุ่นต่อ ๆ มาแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès มาพัฒนาต่อจนแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อยออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ เป็นการแบ่งแยกขึ้นเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญหรือเพื่อคุ้มครองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแบ่งแยกดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่สามารถจะใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญปกติ (Pouvoir Constitué) ไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจที่สูงกว่าอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญปกติ

ดังนั้น การพัฒนาทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยแบ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจึงมีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายว่า ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะถูกแก้ไขโดยอำนาจที่พิเศษที่ได้รับมาโดยตรงจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญปกติแต่อย่างใด แต่กระนั้น แม้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะได้รับการศึกษาและแบ่งแยกละเอียดมากขึ้นตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่อำนาจที่เรียกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมล้วนเป็นอำนาจเดียวกันทั้งสิ้น ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจคนละอำนาจกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเมื่อพิจารณาถึงลักษณะสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะสำคัญดังนี้⁶⁶

⁶⁵ Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, p. 14.

⁶⁶ Olivier Beaud, *op. cit.*, p. 223.

ประการแรก อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญล้มล้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญเดิม (L'Ordre Constitutionnel) กล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันขณะนั้น (Déconstituant)

ประการที่สอง คือ อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญจะสถาปนากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองรัฐหรือรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทนที่ของเดิมที่ยกเลิกไป (L'Etablissement d'une Nouvelle Constitution) หรือเรียกว่า การสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Reconstituant) ซึ่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบปราศจากอำนาจเหล่านี้ กล่าวคือ แม้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบจะมีลักษณะเป็นการทำลายบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและก่อตั้งบทบัญญัติใหม่ขึ้น แต่ก็มิได้มีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองเดิมและจัดตั้งการปกครองใหม่ขึ้น หรือกล่าวในอีกแง่หนึ่ง หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญถึงขั้นการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการล้มล้างการปกครองที่ดำรงอยู่และสถาปนากการปกครองรูปแบบใหม่ขึ้นมาแทน การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวย่อมมิใช่การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบ แต่เป็นการใช้อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนากการปกครองใหม่ ดังนั้น โดยปกติ การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบย่อมต้องดำเนินการแก้ไขตามกฎหมายและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วลักษณะของรัฐธรรมนูญนั้นกฎหมายเห็นเป็นสองทาง คือ ความเห็นแรก เป็นของนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งเห็นว่าการใช้อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริง และความเห็นอีกทางหนึ่งเห็นว่าลักษณะของอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นปรากฏการณ์อันเป็นทวิภาวะ ซึ่งความเห็นเช่นนี้ปรากฏในงานของนักปรัชญาการเมืองมานานแล้ว อาทิในงานเขียนของ John Locke, George Lawson และ Sieyès หรือในกรณีของ George Burdeau ซึ่งอธิบายอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญว่ามีลักษณะสองประการ กล่าวคือ อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะทางการเมืองและลักษณะทางกฎหมายในคราวเดียวกัน เนื่องจากอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำในทางการเมืองหรือการกระทำในทางข้อเท็จจริงในลักษณะการปฏิบัติ เพราะอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญได้ล้มล้างกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ (L'Ordre Constitutionnel Existant) และอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำทางกฎหมาย เนื่องจากอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในการก่อตั้งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่⁶⁷

ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับความเห็นที่ว่าอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นทวิภาวะ ซึ่งลักษณะสำคัญของอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญในความเห็นนี้สามารถอธิบายได้ดังนี้

⁶⁷ Ibid., pp. 221-224.

2.2.2.1 การล้มล้างกฎเกณฑ์การปกครองเดิม

Sieyès เน้นย้ำลักษณะสำคัญประการหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการทำลายระบบการปกครองก่อนหน้า (Inorganisé) เมื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือล้มล้างกฎเกณฑ์ที่จัดระเบียบการปกครองเดิมแล้ว (Le Pouvoir Déconstituant)⁶⁸ ทำให้สามารถดำเนินการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ หากใช้เกณฑ์ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถแบ่งการทำลายรัฐธรรมนูญหลายกรณี ได้แก่ กรณีแรก การดำเนินการล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมตามการตัดสินใจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่มีอำนาจองค์กรเดียว กรณีที่สอง การล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมอันเนื่องมาจากการตัดสินใจขององค์กรสภา กรณีสุดท้าย การล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของประชาชน

ตัวอย่างที่ดีที่สุดของการล้มล้างรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ การปฏิวัติ เนื่องจากองค์กรที่ดำเนินการปฏิวัติสำเร็จจะเป็นเพียงองค์กรเดียวที่ดำเนินการตัดสินใจในประเด็นต่าง ๆ ในการริเริ่มเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ การตัดสินใจในการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญในอนาคตและตัดสินใจเลือกกระบวนการจัดทำ อาทิ กรณีแรก การรัฐประหารเมื่อวันที่ 18 บรูแมร์ (Coupe d'Etat du 18 Brumaire) หรือวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1799 โดยในวันสุดท้ายของระบบ Directoire ตามรัฐธรรมนูญฉบับฉบับ ค.ศ. 1795 นาย Sieyès และนาย Talleyrand ได้สมคบกันวางแผนก่อการรัฐประหารโดยมีนายพล Napoléon Bonaparte ให้ความช่วยเหลือ⁶⁹

ภายหลังการรัฐประหารได้มีการมอบอำนาจในการปกครองประเทศฝรั่งเศสให้แก่คณะกงสุล (Commission Consulaire) และมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสองคณะเพื่อเตรียมการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กรณีที่สองจักรวรรดิที่สองของฝรั่งเศสการเริ่มต้นเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นของ Louis-Napoléon Bonaparte สถานการณ์ในขณะนั้น Louis-Napoléon Bonaparte ได้ตรากฎหมายในวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1851 (Décret du 2 Décembre 1851) เกี่ยวกับคำสั่งยุบสภาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) ประกาศกฎอัยการศึก (l'État de Siège) และกำหนดให้ประชาชนมาออกเสียงให้ความเห็นชอบในหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิที่สองฉบับใหม่ (Les Principes Fondamentaux de la Future Constitution du Seconde Empire)⁷⁰

⁶⁸ *Ibid.*, p. 224.

⁶⁹ The Editors of Encyclopædia, **Britannica, Coup of 18–19: Brumaire French History [1799]**, Retrieved July 10, 2016 from <https://www.britannica.com/event/Coup-of-18-19-Brumaire>

⁷⁰ Olivier Beaud, *op. cit.*, pp. 266-269.

สำหรับตัวอย่างการล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมอันเนื่องมาจากการตัดสินใจขององค์กรสภา การล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมอันเนื่องมาจากการตัดสินใจขององค์กรสภาจึงมีลักษณะเป็นการเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญแบบปกติ สำหรับตัวอย่างของการเริ่มต้นเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญแบบปกติโดยสภา ได้แก่ กรณีการเปลี่ยนสภานันดรของฝรั่งเศสไปเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญตามประกาศเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 กล่าวได้ว่า การตัดสินใจเปลี่ยนสถานะของสภานันดร (États Généraux) ไปเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (Assemblée Nationale Constituante) เป็นการริเริ่มเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการปฏิบัติจากองค์กรที่มีอำนาจเพียงให้คำปรึกษาอย่างเดียว (Instance Purement Consultative) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจ (Une Instance de Décision) กล่าวคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติเป็นองค์กรเดียวที่ดำเนินการตัดสินใจในประเด็นต่าง ๆ ในการริเริ่มเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญ อาทิ การตัดสินใจในการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญในอนาคตและตัดสินใจเลือกกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ⁷¹

สำหรับตัวอย่างการล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของประชาชน เป็นการเริ่มต้นในการเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญแบบที่ซับซ้อน ซึ่งการเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญแบบที่ซับซ้อนมีลักษณะรวมกันระหว่างการตัดสินใจสองอย่างที่ต่อเนื่องกัน กล่าวคือ การตัดสินใจริเริ่มเป็นขั้นตอนแรกของกระบวนการและการตัดสินใจขั้นสุดท้ายเป็นการตัดสินใจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบการริเริ่มที่ซับซ้อนจะเริ่มด้วยการออกเสียงประชามติของประชาชน ในกรณีนี้ประชาชนย่อมเป็นผู้มีอำนาจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญเอง ในการตัดสินใจขั้นสุดท้ายในการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นจากองค์กรอื่นก่อน สำหรับตัวอย่างของการเริ่มต้นในการเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญที่ซับซ้อนได้แก่ การจัดทำรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 4 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 5 โดยเฉพาะการดำเนินการสถาปนารัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 จะเห็นได้ว่ามีความเป็นประชาธิปไตยอย่างมาก เนื่องจากให้อำนาจประชาชนเข้าร่วมตัดสินใจตั้งแต่การลงประชามติตอบคำถามว่าต้องการให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ 1875 แล้วจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือต้องการให้รัฐธรรมนูญฉบับ 1875 ยังคงมีผลใช้บังคับ สุดท้ายประชาชนของฝรั่งเศสตัดสินใจเลือกที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ 1875 และก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ก็เป็นการเริ่มต้นในการเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญที่ซับซ้อนเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 แต่กระบวนการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในการสถาปนารัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยน้อยกว่ารัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 มี

⁷¹ Ibid., p. 267.

กระบวนการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญแบ่งเป็นสองขั้นตอนเช่นเดียวกัน แต่ขั้นตอนของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ประชาชนมิได้มีส่วนร่วมแต่อย่างใด⁷²

2.2.2.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่หลังจากการล้มล้างกฎเกณฑ์การปกครองเดิม

เมื่อได้ดำเนินการล้มล้างระบอบการเมืองและกฎหมายลงแล้ว การสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่จึงดำเนินขึ้น รูปแบบในการดำเนินการก่อตั้งรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งได้สองประเภท ส่วนแรก เป็นการแสดงถึงเจตนารมณ์ในทางการเมืองเรียกร้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือเป็นช่วงขั้นตอนในการตัดสินใจเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญ ส่วนอีกส่วนหนึ่งเป็นการตัดสินใจในการดำเนินการโดยอาศัยกระบวนการเช่นเดียวกับการจัดทำกฎหมายธรรมดา เรียกว่า การตัดสินใจดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญ สำหรับขั้นตอนในการตัดสินใจสถาปนารัฐธรรมนูญขั้นต่อไป คือ การตัดสินใจกำหนดคุณสมบัติอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (La Décision Attributive du Pouvoir Constituant) ซึ่งเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ อาทิ การกำหนดว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะดำเนินการอย่างไร เช่น กำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ การกำหนดรูปแบบในการเตรียมการร่างรัฐธรรมนูญ การกำหนดขั้นตอนและหลักเกณฑ์ในการลงมติให้ความเห็นชอบในแต่ละขั้นตอน เป็นต้น

ข้อกำหนดดังกล่าวถือเป็นการแสดงออกถึงการจำกัดการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย ในส่วนอำนาจในการริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่มีอำนาจในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ บางกรณีองค์กรที่มีอำนาจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญก็เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ บางกรณีก็เป็นรัฐบาลชั่วคราว สำหรับกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญ มักจัดตั้งคณะกรรมการรัฐสภาหรือคณะกรรมการรัฐธรรมนูญให้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ จากนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปอภิปรายและลงมติให้ความเห็นชอบ ตัวอย่างของกรณีนี้ได้แก่ การจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 สำหรับกรณีรัฐบาลชั่วคราวเป็นองค์กรที่มีอำนาจริเริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญมักแต่งตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญให้ดำเนินการเตรียมจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้นเป็นร่างแรก ตัวอย่างเช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ห้าของฝรั่งเศสหรือรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1958⁷³ จากนั้นกระบวนการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญ บางกรณีอาจมีการกำหนดให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบในรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้าย หรืออาจกำหนดให้องค์กรอื่นให้ความเห็นชอบในรัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น การให้แต่ละมลรัฐในอเมริกาให้สัตยาบันในรัฐธรรมนูญ หรือให้สภาให้ความเห็นชอบก็ได้ ในขั้นตอนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ อาจมีการกำหนดขั้นตอนในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้รับความเห็นชอบหรือ

⁷² Ibid., pp. 269-271.

⁷³ Ibid., p. 265.

ร่างไม่เสร็จตามกรอบเวลา อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 38

2.2.3 ขอบเขตอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีการแยกย่อยเป็นสองประเภท ได้แก่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การพิจารณาข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงต้องแบ่งเป็น 2 หัวข้อ เนื่องจากทั้งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ⁷⁴

การพิจารณาข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม มีนักกฎหมายทั้งฝ่ายที่สนับสนุนว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมีข้อจำกัด และฝ่ายที่เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่อย่างไรก็ตาม เราสามารถแยกพิจารณาทั้งสองความเห็นได้ดังนี้

2.2.3.1 ขอบเขตอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

1) ฝ่ายสนับสนุนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมีขอบเขตจำกัด นักกฎหมายที่สนับสนุนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดมักจะอ้างหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเหนือรัฐธรรมนูญ (Supraconstitutionnel) มาจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม อาทิ หลักกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือหลักกฎหมายทั่วไป เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายของรัฐ ซึ่งถูกจัดตั้งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะถูกสิ่งที่ตนเองสร้างขึ้นกลับมาจำกัดขอบเขตของอำนาจตน สิ่งที่จะมาจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มีเพียงหลักเกณฑ์ที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเท่านั้น อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายที่สนับสนุนความคิดดังกล่าวนี้ ถกเถียงกันเฉพาะว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะถูกจำกัดขอบเขตด้วยอะไร แต่ไม่มีคนใดพูดในประเด็นที่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะถูกจำกัดขอบเขตได้อย่างไร⁷⁵

2) ฝ่ายสนับสนุนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไร้ขอบเขตใด ๆ ความคิดนี้เห็นว่า การก่อตั้งรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงและในขณะที่มีการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นช่วงเวลาที่ไม่มียุทธศาสตร์โดยอยู่เลย ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับแรกหรือเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญภายหลังยกเลิกรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายเดิมทั้งระบบไปและก่อตั้งขึ้นใหม่ หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมสามารถถูกจำกัดได้ ก็ต้องปรากฏว่ารัฐธรรมนูญที่ใช้

⁷⁴ Kémal Gözler, *Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle*, p. 85.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 87.

บังคับอยู่ต้องห้ามยกเลิก อันที่จริงหากมีรัฐธรรมนูญฉบับใดมีบัญญัติห้ามการปฏิวัติ บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่มีคุณค่าใด ๆ ในทางกฎหมาย เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริงซึ่งถูกใช้ผ่านทางการปฏิวัติ กล่าวคือ การปฏิวัติเป็นปรากฏการณ์ซึ่งไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในทางกฎหมาย ประการต่อมา หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมถูกจำกัด จะหมายความว่า องค์การซึ่งมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์การที่มีอำนาจจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมใช้หรือไม่ คำตอบคือ ไม่ใช่ เนื่องจากองค์การที่มีอำนาจดังกล่าวสามารถถูกทำลายโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้ตลอดเพราะเป็นองค์การที่ถูกก่อตั้งมาโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม⁷⁶

2.2.3.2 ขอบเขตของอำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

อำนาจที่สืบเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่รับมอบคุณจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมผ่านทางบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ โดยหลักแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการทำลายบทบัญญัติเดิมซึ่งบัญญัติตามเจตนารมณ์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมย่อมต้องดำเนินการโดยอำนาจในระดับเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเท่านั้น ฉะนั้น อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญธรรมดา (Pouvoir Constitué) เช่น อำนาจนิติบัญญัติจึงไม่สามารถไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแก่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรือกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากดำเนินการแก้ไขขัดหรือแย้งต่อกระบวนการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ การแก้ไขดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและเสียไป กล่าวคือ ถือได้ว่ามิได้เป็นการใช้อำนาจในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไข การแก้ไขนั้นย่อมไม่มีผลใด ๆ ในทางรัฐธรรมนูญ

2.2.4 สถานะทางกฎหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้น หากรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้แล้วนั้น มีปัญหาอยู่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงดำรงอยู่หรือไม่? หรือหากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้สลายไปเมื่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้? หาก

⁷⁶ Ibid., pp. 88-89.

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงดำรงอยู่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะดำรงอยู่ ณ ตรงที่ได้ในระบอบกฎหมาย? ซึ่งคำตอบของคำถามดังกล่าวมีผลสำคัญต่อระบบกฎหมายภายหลังจากรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว

เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอำนาจที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่ภายหลังกฎรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมทำลายรัฐธรรมนูญได้ตลอดเวลา กล่าวในอีกแง่หนึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทั้งหมดจะดำรงอยู่โดยปราศจากความแน่นอนเพราะอาจถูกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมล้มล้างเมื่อใดก็ได้

ในทางตรงกันข้าม หากรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนาสิ้นสุดไป รัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ หากรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้จะเป็นการใช้อำนาจใดในการดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ และอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่อยู่ในระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือเป็นอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ หรือเป็นอำนาจที่อยู่ในระดับใด หากภายหลังกฎสถานการณ์ในรัฐแปรเปลี่ยนไป มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ดังกล่าว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรือเป็นการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบซึ่งมีความแตกต่างกัน หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ก็อาจทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขปัญหอันเกิดจากการใช้รัฐธรรมนูญฉบับเดิมได้ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาว่าเป็นอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ (Pouvoir Constitué) โดยไม่ให้ความสำคัญต่อเจตนารมณ์ของผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ขัดต่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ในการศึกษาถึงขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การพิจารณาถึงข้อความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

ในกรณีแนวคิดเกี่ยวกับสถานะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วมีแนวคิดที่สำคัญอยู่ 3 แนวคิด คือ แนวคิดแรก เป็นแนวคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม เป็นอำนาจดำรงอยู่ตลอดเวลาแม้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวคิดที่สอง เป็นแนวคิดที่เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมสลายไปนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ส่วนแนวคิดสุดท้าย เป็นแนวคิดในลักษณะของทางสายกลางที่อธิบายว่าทั้งอำนาจสถาปนา

รัฐธรรมนูญดั้งเดิม ทั้งอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังดำรงอยู่ทั้งสองอำนาจ แต่ละแนวคิดสามารถอธิบายได้ดังนี้⁷⁷

2.2.4.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่ตลอดไป

แนวคิดนี้อธิบายได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ดำรงอยู่ตลอดไป อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้สูญสลายไปจากเหตุที่รัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาขึ้นมานั้นมีผลบังคับ ดังนั้น สำหรับแนวคิดนี้ทุกครั้งที่มีความต้องการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจเดียวกัน ฉะนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถที่จะแก้ไขหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญก็เมื่อใดก็ได้ เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ แนวคิดเช่นนี้ ไม่ปล่อยให้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ล่วงหน้า และเห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ดำรงอยู่ไปตลอด อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามต้องการในเวลาที่เหมาะสม อีกทั้งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังมีลักษณะเป็นอำนาจที่เป็นอิสระ ไม่ยึดติดกับรูปแบบทางกฎหมายใด ๆ คล้ายคลึงกับลักษณะของการการปฏิวัติและการรัฐประหาร กล่าวโดยสรุป แนวคิดนี้ปฏิเสธความมีอยู่ของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและยืนยันว่ารัฐธรรมนูญไม่สามารถกำหนดกระบวนการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมตนเองได้

2.2.4.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสลายไปเมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับ

แนวคิดนี้เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะดำรงอยู่เพียงชั่วขณะหนึ่งเท่านั้น (Catactère Momentané) เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้จัดทำรัฐธรรมนูญสำเร็จและมีผลใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมสลายไป โดยมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้ามาแทนที่ (Pouvoir de Révision) หรืออย่างน้อยที่สุดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็กลายเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจเปลี่ยนแปลงสถาบันหรืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Institué) กล่าวในอีกแง่หนึ่ง คือ เมื่อรัฐธรรมนูญถูกก่อตั้งขึ้นมาแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมก็จะถูกลบล้างไปและกำเนิดใหม่เป็นอำนาจหนึ่งในรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีอำนาจจัดการเปลี่ยนแปลงสถาบันหรือเรียกว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สรุปได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสลายไปในการประกาศรัฐธรรมนูญใช้ครั้งแรก ส่งผลให้รัฐธรรมนูญจะต้องมีบทบัญญัติกำหนดเงื่อนไขหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกำหนดองค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดนี้มีข้อ

⁷⁷ Ibid., pp. 69-76.

โต้แย้งหลายประการ อาทิ แนวคิดที่ว่า การสลายไปของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะได้รับการยอมรับหากเรายอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นผลงานที่สมบูรณ์แบบที่สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ตราบนิรันดร์ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกต่อไป ฉะนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมย่อมสามารถสลายไปได้ เพราะเราไม่ต้องการอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอีกแล้ว อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงทางประวัติศาสตร์ ยังไม่เคยปรากฏรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์แบบซึ่งสามารถใช้บังคับไปตลอดโดยไม่ผ่านการแก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น ในความเป็นจริงจึงเป็นไปได้ที่จะยอมรับว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสลายตัวไปภายหลังการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงอยู่ เป็นต้น

2.2.4.3 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดำรงอยู่ทั้งสองอำนาจ

เนื่องจากแนวคิดทั้งสองที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ขัดแย้งกันอย่างมาก Georges Burdeau เห็นว่า แนวคิดทั้งสองล้วนเป็นแนวคิดที่สุดโต่ง กล่าวคือ แนวคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่ตลอดไปมีลักษณะลบล้างความเป็นไปได้ทั้งหมดที่จะให้รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขกระบวนการในการแก้ไขตนเองไว้ล่วงหน้า โดยกรณีนี้ทำให้ความมั่นคงของสถาบันทั้งหลายตกอยู่ในความเสี่ยง เพราะว่าต้องกลับไปเรียกหาอำนาจดั้งเดิม (*Pouvoir Originaire*) ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเกิดปฏิกิริยาต่อต้านซึ่งบ่อยครั้งมักรุนแรงและไม่สามารถคาดหมายได้ ส่วนแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมสลายไปเมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับซึ่งอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกลบล้างไปและกำเนิดใหม่เป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (*Pouvoir Constituant Institué*) มีผลให้เอกสิทธิ์ทั้งหลายขององค์อธิปัตย์มีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับการรับรอง (องค์อธิปัตย์ที่ Georges Burdeau อธิบายในที่นี้ คือ ประชาชน) เนื่องจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยปราศจากความยินยอมขององค์อธิปัตย์ที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเดิม

ด้วยเหตุนี้ Georges Burdeau จึงพยายามหาวิธีการที่ไม่สุดโต่งเกินไป Burdeau แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแทบทุกฉบับในโลกล้วนแต่กำหนดวิธีการเงื่อนไขหรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตนเองไว้ ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญเหล่านั้นจัดระเบียบประสานการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่การกำจัดการใช้อำนาจทางการเมืองที่ไร้ระเบียบ การหลีกเลี่ยงการจลาจล และความไม่สงบ ไม่มีตรงไหนแสดงให้เห็นเลยว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ดังนั้น รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จึงกำหนดอำนาจและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ Burdeau เห็นว่า ยังมีความกังวลต่อความมั่นคงของสถาบันทั้งหลายที่มีอยู่ ในการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์อธิปัตย์ ดังนั้น เราไม่รู้ถึงการปฏิเสธโอกาสในการจัดระเบียบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในอีกทางหนึ่ง ก็ต้องเก็บให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมคงอยู่ไปตลอด นี่คือสาเหตุที่ Burdeau เสนอว่า ทั้งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจในการเปลี่ยนแปลง

สถาบันหรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ร่วมกันได้ เมื่อ Georges Burdeau เห็นถึงความจำเป็นในการทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมดำรงอยู่ไปตลอด เขาจึงเสนอว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพในเงื่อนไข 3 ประการต่อไปนี้ ประการแรก อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถล้มล้างอำนาจดั้งเดิมได้ ประการที่สอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่เป็นข้อจำกัด ประการสุดท้าย กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะดำรงอยู่ได้โดยสอดคล้องกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขององค์อธิปัตย์ก็ด้วยวิธีการที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยอมให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขององค์อธิปัตย์เข้ามาเป็นส่วนของการดำเนินการเท่านั้น

โดยสรุป อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายขึ้น และเมื่อรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายถูกก่อตั้งขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายที่จัดระเบียบการปกครองภายในรัฐมอบอำนาจให้แก่องค์กรต่าง ๆ เพื่อใช้อำนาจแทนรัฐ ดังนั้น องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ ส่งผลให้องค์กรซึ่งใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ไม่สามารถใช้อำนาจของตนให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจได้ เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจทางข้อเท็จจริง มีใช้อำนาจตามกฎหมาย เพราะมีอยู่ก่อนระบบกฎหมาย จึงทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะล้นพ้น ปราศจากข้อจำกัดใด ๆ กล่าวคือ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างไร และสถาปนาระบบกฎหมายในลักษณะใดก็ได้ แต่เมื่อใช้รัฐธรรมนูญไประยะหนึ่งอาจมีความเปลี่ยนแปลงในทางสังคมมากจนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของบ้านเมือง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงอาจต้องถูกแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการได้โดยการใช้อำนาจปกติที่รัฐธรรมนูญมอบให้ หากแต่ต้องใช้อำนาจในระดับเดียวกับการก่อตั้งรัฐธรรมนูญอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมิได้สลายหายไปแต่อย่างใด หากแต่ฝังตัวอยู่ในรัฐธรรมนูญ หากมีความต้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้แก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมต้องเคารพต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม กล่าวคือ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญองค์กรผู้ที่มีอำนาจจะต้องเคารพในหลักสามประการ คือ

ประการแรก อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถล้มล้างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้ กล่าวคือ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรผู้ที่มีอำนาจไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมจนทำลายแก่นของรัฐธรรมนูญได้

ประการที่สอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นการกระทำที่มีขอบเขตจำกัด

ประการสุดท้าย กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ องค์กรผู้ใช้อำนาจจะต้องเคารพในกระบวนการขั้นตอนมิฉะนั้นจะทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

2.3 ข้อความคิดว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลักษณะจำกัดการใช้อำนาจของรัฐและองค์กรของรัฐ ดังนั้นเพื่อประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ระบบกฎหมายภายในรัฐจะยืนยันให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและสร้างระบบประกันความมั่นคงในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเอาไว้ เนื่องจากหากรัฐธรรมนูญถูกล้มเลิกหรือถูกเปลี่ยนแปลงง่ายย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐในเรื่องโครงสร้างการจัดระเบียบทางการเมืองและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

อย่างไรก็ดี การประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ได้ส่งผลให้รัฐธรรมนูญมีสถานะสูงส่งจนไม่สามารถแตะต้องหรือไม่สามารถเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติหรือหลักการใด ๆ ได้เลย ปัญหาการเมือง ปัญหาสังคม ระบบเศรษฐกิจ วิธีการใช้ชีวิต และวิถีคิดของคนในสังคม หรือแม้กระทั่งภาษาที่ใช้ ทุกอย่างย่อมมีการเปลี่ยนแปลงเสมอ⁷⁸ ฉะนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดีต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถปรับใช้กับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเหตุผลสำคัญที่รัฐธรรมนูญจำเป็นที่จะต้องมีกลไกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมีหลายประการ ดังนี้⁷⁹

ประการแรก รัฐธรรมนูญควรเป็นกฎหมายที่ยืดหยุ่นได้เพื่อให้คนในรุ่นอนาคตสามารถจัดการกับความเปลี่ยนแปลงหรือความหลากหลายทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ความเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงคุณค่าบางประการของสังคมด้วย หากรัฐธรรมนูญไม่สามารถปรับตัวได้ รัฐธรรมนูญย่อมเสี่ยงที่จะไม่สัมพันธ์กับสังคมนั้นและอาจถูกยกเลิกในที่สุด

ประการที่สอง กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการแก้ไขความไม่สมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มนุษย์เป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญไม่ใช่พระเจ้าเป็นผู้สร้าง สิ่งที่มนุษย์สร้างจึงไม่มี

⁷⁸ Otto Pfersmann, “De L’Impossibilité du Changement de Sens de la Constitution,” *Mélanges en L’Honneur de Pierre Pactet: L’Esprit des Institutions, L’Équilibre des Pouvoirs* (2003): 353.

⁷⁹ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 11-12.

ความสมบูรณ์และไม่มีทางสมบูรณ์ได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่ปรากฏขึ้นจากเวลาที่ผ่านมาหรือจากการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดของมนุษย์

ประการที่สาม กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญช่วยให้สิทธิของประชาชนในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐบาลเป็นจริงได้โดยอาศัยกระบวนการที่สงบ กล่าวคือ เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐบาลโดยปราศจากการใช้กำลังปฏิวัติหรือรัฐประหาร

ประการที่สี่ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญช่วยรักษาความชอบธรรมตามกฎหมายของรัฐบาล เนื่องจากในอดีตการก่อตั้งรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขได้ เป็นการยากที่จะมองว่ารัฐบาลได้รับความยินยอมในการปกครอง

ประการสุดท้าย กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่น และรัฐธรรมนูญที่ยืดหยุ่นนี้เอง จะทำให้รัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ได้นาน

แต่ในความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญบางฉบับอาจไม่ได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่โดยหลักทั่วไป รัฐธรรมนูญทุกฉบับสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทที่แปรเปลี่ยนไปได้ ฉะนั้น ความเห็นหรือการตีความว่ารัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ ย่อมไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริง อีกทั้งผู้สถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการบังคับในคนในรุ่นอนาคตให้ต้องผูกพันกับระบบการปกครองที่ตายตัวที่จัดทำในสมัยจัดทำรัฐธรรมนูญ แนวคิดนี้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1793 มาตรา 28 โดยมีข้อความว่า “ประชาชนมีอำนาจในการตรวจสอบ ปฏิรูป และเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเสมอ” และ “คนในยุคสมัยหนึ่งไม่สามารถจะออกกฎหมายเพื่อปกครองคนในรุ่นอนาคตได้”⁸⁰

ในช่วงเริ่มต้นของการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กระทำได้โดยง่ายนัก เนื่องจากมีการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ โดยเฉพาะในช่วงเวลาที่เริ่มก่อตั้งระบบทางการเมืองระบบใหม่ ทั้งนี้ เนื่องจากสามารถใช้อำนาจกำหนดพฤติกรรมทางการเมืองในอนาคตด้วยความชอบด้วยกฎหมายสูงสุด แต่ยังรักษาระดับให้ห่างจากการเมืองปกติ อย่างไรก็ตาม ในหลาย ๆ รัฐ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลายเป็นเพียงเครื่องมือในการควบคุมกฎเกณฑ์จำนวนมากที่ตราออกมาโดยสถาบันภายในรัฐให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม ทำให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดและการกระทำทางการเมืองเริ่มไม่ห่างไกลกัน⁸¹

⁸⁰ Edouard Bédarides, **Reviser la Constitution: Une Histoire Constitutionnelle Française** (Doctoral dissertation, Université de Bourgogne, Dijon, 2014), p. 15.

⁸¹ Denis Baranger, “Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof),” **Israel Law Review** 44 (2011): 389.

ในการพิจารณาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจำเป็นจะต้องแยกให้ชัดเจน เนื่องจากการจัดทำรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจปรากฏในกระบวนการเดียวกันได้ ในบางกรณีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองอย่างสุดขีดอาจเกิดจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบกฎหมายธรรมดาก็ได้ และการเห็นชอบในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่สามารถแสดงออกถึงความต่อเนื่องในความสัมพันธ์แห่งอำนาจ ในอีกแง่หนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่อาจมาจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับเก่าและการเปลี่ยนแปลงข้อความในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพียงเล็กน้อยอาจซ่อนการปฏิวัติในทางกฎหมายไว้ก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ฉบับลงวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 1949 เป็นรัฐธรรมนูญที่ซ่อนการปกครองแบบเผด็จการสตาลิน ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมตามกระบวนการปกติได้เปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นนิติรัฐประชาธิปไตย เป็นต้น⁸²

ในเบื้องต้น การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งแยกออกเป็น 2 แบบ คือ⁸³

แบบแรก การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Change De Constitution) เป็นกรณีที่นำข้อความอื่นมาแทนที่ข้อความในบทบัญญัติเดิม ซึ่งจะมีลักษณะเป็นการปฏิวัติความหมายของถ้อยคำในทางกฎหมาย แนวคิดนี้มีความจำเป็นเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระบบทำให้ผลทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงและผลของการเปลี่ยนแปลงอาจมีความสำคัญอย่างมาก การที่เราเปลี่ยนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญแบบตรงกันข้ามภายใต้ความต่อเนื่องทางกฎหมายโดยใช้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด กระบวนการดังกล่าวนี้ปกติว่า การแก้ไขเพิ่มเติม (Révision) ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญทางรูปแบบ (Une Constitution Formelle) และเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญทางเนื้อหา (La Constitution Matérielle) ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด คือ การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิธีการเปลี่ยนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Changer De Constitution)

แบบที่สอง เป็นการเปลี่ยนแปลงความหมายของรัฐธรรมนูญโดยปราศจากการแก้ไขเพิ่มเติมตามกระบวนการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ความหมายของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปเนื่องด้วยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Interprétation) โดยที่การตีความกฎหมายอาจมีที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายอาจมีความหมายที่คลุมเครือไม่แน่นอน (Indéterminée) อาทิ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวสามารถตีความได้หลายนัย (Significations) แต่ไม่ได้หมายความว่า จะมีการตีความไปในทางตรงข้ามของความหมายบทบัญญัติปกติ กล่าวคือ อาจเป็นกรณีการตีความด้วยบทกฎหมายที่กว้างเกินไป การบังคับใช้กฎหมาย คือ การทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลเป็นรูปธรรม (Concrétisation) ซึ่งการตีความรัฐธรรมนูญจนทำให้ความหมายของบทบัญญัติเปลี่ยนไปเช่นนี้ คือ

⁸² Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, pp. 96-97.

⁸³ Otto Pfersmann, *op. cit.*, pp. 356-357.

การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยการตีความ (Changer La Constitution) การเปลี่ยนแปลงความหมายของรัฐธรรมนูญโดยการตีความอาจมาจากการตีความของศาล (judicial interpretations) หรือการเปลี่ยนแปลงความหมายอันเนื่องมาจากแนวปฏิบัติขององค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ได้⁸⁴

ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้กระทำได้ยากมาก จากข้อมูลทางสถิติปรากฏว่า มีความพยายามที่จะเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 จนกระทั่งปัจจุบันเป็นจำนวนมาก 11,000 ครั้ง แต่แก้ไขเพิ่มเติมสำเร็จเพียง 27 ครั้งเท่านั้น⁸⁵ การที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาสามารถอยู่ท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจโดยไม่เปลี่ยนเนื้อหาสาระสำคัญในเอกสารหลักเลยตลอด 200 ปี อาจนำไปสู่ความเข้าใจที่ผิดว่า สหรัฐอเมริกายังใช้รัฐธรรมนูญที่ยังคงความหมายเดิม ๆ มาตลอดสองร้อยกว่าปีที่ผ่านมา แต่ในความเป็นจริงสำหรับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่มีอายุการใช้งานยืนยาวที่สุดของโลก ปรากฏชัดว่าความหมายของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอเมริกาถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงจากผลของการตีความของศาลหรือทางปฏิบัติของฝ่ายการเมืองโดยปราศจากการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเป็นทางการ⁸⁶

หากพิจารณาเพียงรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงฉบับเดียวอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากมาก ๆ แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ เช่น กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมันจะพบลักษณะที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญของเยอรมันหรือที่เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน ใช้บังคับใน ค.ศ. 1949 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วมากกว่า 60 ครั้ง หรือกรณีของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. 1958 ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้ว 24 ครั้ง ซึ่งรวมถึงปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่ในวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ด้วย⁸⁷

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแม้จะกำหนดวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ยากกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายประเภทอื่น แต่หากองค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพร้อมใจกันดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่เป็นเรื่องยากแต่อย่างใด ตัวอย่างที่เห็นชัดที่สุด คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ

⁸⁴ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁵ Richard Albert, "The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada," *Alberta Law Review* 35, 1 (May 2015): 86, Retrieved April 27, 2016 from <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=lsfp>

⁸⁶ Claude Klein and András Sajó, *op. cit.*, p. 420.

⁸⁷ Denis Baranger, *op. cit.*, p. 390.

ชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 ที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติ 3 วาระรวดผ่านร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 เป็นต้น กล่าวกันว่า กฎเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเปรียบกลไกในการปกป้องบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กฎเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดรายละเอียดในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะการกำหนดว่า บทบัญญัติในเรื่องใดแก้ไขได้หรือเรื่องใดไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ หรือการกำหนดแบ่งแยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญออกจากกฎหมายธรรมดา เป็นต้น โดยปกติบทบัญญัติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะสะท้อนให้เห็นถึงความศรัทธาหรือความไม่เชื่อใจต่อฝ่ายการเมือง หมายความว่า กฎเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมักจะมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก่ฝ่ายการเมือง ขณะเดียวกันกฎเกณฑ์เหล่านี้ก็จำกัดอำนาจของฝ่ายการเมืองด้วยกระบวนการว่าฝ่ายการเมืองจะต้องทำอะไรหรือฝ่ายการเมืองจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมได้เมื่อใด⁸⁸

จากที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีการแก้ไขเพื่อให้เข้ากับสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศจะมีความยากง่ายแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจนก็ย่อมต้องถือว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

2.3.1 รูปแบบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็นประการโดยอ้อมขึ้นอยู่กับบริบทในทางประวัติศาสตร์ การเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของแต่ละรัฐ โดยมากเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อแบ่งว่ารูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นประเภทใดมีหลายเกณฑ์ บางครั้งพิจารณาเกณฑ์ดังกล่าวแยกกันบางครั้งต้องพิจารณาร่วมกันไป ซึ่งก่อนที่จะเข้าสู่การศึกษาการกฎเกณฑ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศที่น่าสนใจ สมควรที่จะต้องเข้าใจถึงรูปแบบเนื้อหาที่มักปรากฏอยู่ในบทบัญญัติในส่วนของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมิได้นำเสนอทุกหลักเกณฑ์และแต่ละหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนนำเสนอ จะนำเสนอเพียงสาระสำคัญเท่านั้น โดยหลักเกณฑ์ในการแบ่งรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมมีหลายรูปแบบ ดังนี้

⁸⁸ Richard Albert, “The Structure of Constitutional Amendment Rules,” *Wake Forest Law Review* 49 (January 2014): 913-914. Retrieved April 28, 2016 from <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1928&context=lsfp>

2.3.1.1 การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักเกณฑ์การออกเสียง ลงคะแนน

หลักเกณฑ์การออกเสียงลงคะแนน อธิบายได้ว่า รูปแบบของเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่งรัฐต่าง ๆ จะกำหนดรูปแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ๆ เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายหรือรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจประกอบไปด้วยการหลักเกณฑ์ในการออกเสียงลงคะแนนแบบธรรมดา (Ordinary Voting Thresholds) หรือการออกเสียงลงคะแนนด้วยคะแนนเสียงพิเศษ (Extraordinary Voting Thresholds) โดยวิธีการออกเสียงลงคะแนนดังกล่าว รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร (Representative Assemblies) หรืออาจกำหนดให้ประชาชนออกเสียงก็ได้ เกณฑ์ในการแบ่งลักษณะนี้ สามารถแบ่งรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 4 แบบ ได้แก่⁸⁹

รูปแบบแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ (United Kingdom) นิวซีแลนด์ อิสราเอล ประเทศไอซ์แลนด์ เป็นต้น

รูปแบบที่สอง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้คะแนนเสียงสองในสาม เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน ออสเตรีย เนเธอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก และเบลเยียม เป็นต้น

รูปแบบที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้คะแนนเสียงน้อยกว่าสองในสามแต่ใช้คะแนนมากกว่าเสียงข้างมากธรรมดา เช่น ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้า หรือใช้เสียงข้างมากธรรมดาและต้องได้รับความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส อิตาลี และ สวีเดน เป็นต้น

รูปแบบสุดท้าย คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้คะแนนเสียงมากกว่าสองในสาม เช่น ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่หรือได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามและต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของมลรัฐ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา เกาหลีใต้ และเยอรมัน ซึ่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาถือเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมยากที่สุด เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาคำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามทั้งสองสภา คือ วุฒิสภา (The Senate) และสภาผู้แทนราษฎร (The House of Representatives) และต้องได้รับความเห็นชอบจากมลรัฐต่าง ๆ ด้วยคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่

⁸⁹ Arend Lijphart, **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries** (New Haven: Yale University Press, 2012).

2.3.1.2 การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักเกณฑ์ผสม

รัฐธรรมนูญในบางประเทศอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจมีลักษณะผสมระหว่างเกณฑ์กำหนดคะแนนเสียงและเกณฑ์อื่น ๆ ประกอบ ซึ่งการศึกษาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบผสมนี้จะมีประโยชน์กว่าการศึกษาเฉพาะการการใช้เกณฑ์การออกเสียงลงคะแนนที่กล่าวมาก่อนหน้า เนื่องจากการศึกษาเกณฑ์อื่นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยทำให้เรามีมุมมองเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้สมบูรณ์มากขึ้นและยังทำให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเกณฑ์จำนวนคะแนนเสียงและเกณฑ์อื่นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อใช้เกณฑ์นี้ในการแบ่งจะได้รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติม 5 ประเภท กล่าวคือ⁹⁰

รูปแบบแรก การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแบบยืดหยุ่น (The Elastic Model of Constitutional Change) การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญลักษณะนี้จะดำเนินการได้โดยไม่มีข้อห้ามใด ๆ กล่าวได้ว่า เราสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วยกระบวนการแก้ไขกฎหมายธรรมดาปราศจากข้อจำกัดในทางกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ (Eternity Clauses) ซึ่งลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประเภทนี้มักเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นแบบอย่างของ รูปแบบยืดหยุ่น (The Elastic Model) โดยปกติมักจะยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Parliamentary Supremacy) รูปแบบยืดหยุ่นนี้ (The Elastic Model) ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจมาก เนื่องจากไม่มีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใด ๆ นอกจากการจำกัดอำนาจตนเอง (Self-Restraint) จากวัฒนธรรม ประเพณีทางกฎหมาย และความรับผิดชอบทางการเมือง (Political Accountability)

รูปแบบที่สอง รูปแบบวิวัฒนาการ (Evolutionary Model) มีลักษณะสำคัญประการหนึ่งคือ มีระบบตุลาการที่แข็งแกร่ง โดยปกติประเทศที่ใช้รูปแบบนี้ มักจะมีกฎเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยาก (Rigid Formal Amendment Rules) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ไม่ได้มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเป็นทางการ ความยากของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในรูปแบบอย่างไม่เป็นทางการ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นพลวัตจากตีความรัฐธรรมนูญของศาล โดยอาจมีผู้นำทางการเมืองหรือประชาชนอยู่

⁹⁰ Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, “Models of Constitutional Change,” **Engineering Constitutional Change: A comparative Perspective on Europe, Canada and the USA** (Xenophon Contiades ed., 2013), pp. 440-457 quoted in Richard Albert, “The Structure of Constitutional Amendment Rules,” **Wake Forest Law Review** 49 (January 2014): 925-926.

เบื้องหลังการปฏิวัติความหมายของรัฐธรรมนูญโดยการตีความของศาลดังกล่าว สำหรับรูปแบบนี้ ประเทศแคนาดาและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างที่ดี

รูปแบบที่สาม รูปแบบในทางปฏิบัติ (The Pragmatic Model) รัฐธรรมนูญที่อยู่ในระบบของรูปแบบนี้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่ถูกกำหนดในรัฐธรรมนูญ ซึ่งกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะไม่ยากมาก แม้รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญยาก แต่หากมีความจำเป็น วัฒนธรรมทางการเมืองของรัฐดังกล่าวจะทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญง่ายขึ้น ในขณะที่รูปแบบวิวัฒนาการ (Evolutionary Model) เป็นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญน้อยกว่าการตีความของศาล แต่รูปแบบในทางปฏิบัติจะเน้นการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดมากกว่าการให้ฝ่ายตุลาการตีความเปลี่ยนความหมายรัฐธรรมนูญ ประเทศเยอรมันเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับรูปแบบนี้

รูปแบบที่สี่ คือ รูปแบบไม่ไว้วางใจ (Distrust Model) เป็นรูปแบบที่รวบรวมบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติม การกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ยาก และการกำหนดให้มีการให้สัตยาบันของผู้นำประเทศในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียม รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันด้วย เป็นต้น

รูปแบบสุดท้าย รูปแบบประชาธิปไตยทางตรง (Direct-Democratic Model) รูปแบบนี้ให้ประชาชนมีอำนาจในการริเริ่มและให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดให้ประชาชนออกเสียงประชามติเป็นเรื่องที่บังคับ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสวิตเซอร์แลนด์

2.3.1.3 การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้หลักเกณฑ์กระบวนการ

โดยทั่วไป การแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักแบ่งแยกเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขได้ง่ายและรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก ผู้เขียนเห็นว่า การแบ่งประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีลักษณะหยابมากเกินไปจึงไม่สามารถแสดงรายละเอียดลักษณะเฉพาะของแต่ละประเภทอย่างชัดเจนจนสามารถเปรียบเทียบข้อดีข้อบกพร่องของแต่ละรูปแบบเพื่อพัฒนารูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมที่เหมาะสมกับประเทศไทยได้ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้เกณฑ์การแบ่งแยกรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ Richard Albert ซึ่งมีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดและแสดงให้เห็นถึงความหลากหลายของรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถนำมาเปรียบเทียบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับประเทศไทยได้

ในงานของ Richard Albert ได้ทำการจัดแบ่งแยกประเภทการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยใช้รัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย และทำการเลือกกลุ่มตัวอย่างโดยใช้เกณฑ์จากดัชนีแสดงความเป็นประชาธิปไตยประจำปี 2012 (Democracy Index 2012) จัดทำโดย

Economist Intelligence Unit ดัชนีดังกล่าวได้แสดงให้เห็นถึงประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจาก 165 ประเทศ รวมไปถึง 2 เขตการปกครอง (Territories) ซึ่งครอบคลุมประชากรเกือบทั้งโลก การศึกษานี้จะแบ่งการปกครองเป็น 4 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรก การปกครองแบบประชาธิปไตยเต็มใบ (Full Democracies) ประเภทที่ 2 ประชาธิปไตยไม่เต็มใบ (Flawed Democracies) ประเภทที่สาม ระบบผสม (Hybrid) ประเภทสุดท้าย ระบบเผด็จการ (Authoritarian Regimes) Richard Albert ได้นำประเทศที่มีค่าคะแนนตั้งแต่ 7.5-10 หรือประเทศที่ถูกแบ่งการปกครองในประเภทประชาธิปไตยเต็มใบและประชาธิปไตยไม่เต็มใบจำนวน 36 ประเทศมาทำการศึกษาและจัดประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งจะทำให้การศึกษาเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบันเท่านั้น ไม่ศึกษารัฐธรรมนูญในอดีตหรือแนวคิดใหม่ที่อาจจะมาแทนที่แนวคิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญปัจจุบัน โดยสามารถแบ่งแยกประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 6 แบบ ดังนี้⁹¹

1) รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญวิธีการเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment) กล่าวคือ กระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญรูปแบบเดียวใช้แก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมดทุกมาตรา เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

2) รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายรูปแบบ (Comprehensive Multi-Track Amendment) รูปแบบของรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมหลายวิธีการมีความแตกต่างจากกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้วิธีการเดียว ตรงที่ฝ่ายการเมืองที่มีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีทางเลือกหลายประการในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้หลายวิธีการ ซึ่งทุกวิธีการสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ทำให้องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการที่จะเลือกกระบวนการหรือวิธีการใดก็ได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญประเทศอิตาลี เป็นต้น

3) รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากกว่ารูปแบบเดียว แต่รูปแบบพิเศษที่กำหนดขึ้นมานั้นใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราเป็นพิเศษเท่านั้น กล่าวคือ แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้จะประกอบด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายรูปแบบก็ตาม แต่

⁹¹ Richard Albert, **The Structure of Constitutional Amendment Rules**, pp. 915-916.

กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะนำไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตราที่ต่างกัน สำหรับรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราแตกต่างจากรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment) ตรงจำนวนรูปแบบของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียว รัฐธรรมนูญจะกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น ในขณะที่รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มากกว่ากระบวนการเดียว โดยกระบวนการรูปแบบแรกรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และกำหนดให้มีกระบวนการพิเศษเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ ส่วนความแตกต่างระหว่างรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) กับรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมหลายวิธีการ (Comprehensive Multi-Track Framework) ขึ้นอยู่กับความหลากหลายของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมในการนำไปใช้ เนื่องจากรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขแก้ไขเพิ่มเติมหลายวิธีการ องค์การฝ่ายการเมืองสามารถพิจารณาเลือกแนวทางหนึ่งแนวทางใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากกว่าวิธีการเดียว แต่องค์กรทางการเมืองไม่มีอำนาจเลือกวิธีการ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขสำหรับบทบัญญัติต่าง ๆ ไว้แล้ว⁹² เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ เป็นต้น

4) รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมหลายรูปแบบ (Restricted Multi-Track Amendment) สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มีลักษณะกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะบางบทบัญญัติเพียงแต่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดแค่กระบวนการพิเศษเพียงรูปแบบเดียวในการแก้ไขดังเช่นรูปแบบซึ่งกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) รูปแบบนี้ได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแนวทาง เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา ซิลี เอสโตเนีย และ สเปน มีลักษณะการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนด

⁹² Ibid., p. 942.

กระบวนการพิเศษเพิ่มเติมหลายรูปแบบเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Restricted Multi-Track Amendment)⁹³

5) รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษประการเดียว (Exceptional Single-Track Amendment) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษประการเดียว (Exceptional Single-Track Amendment) และรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษไว้หลายประการ (Exceptional Multi-Track Amendment) มีความคล้ายคลึงกับรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) และรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมหลายรูปแบบ (Restricted Multi-Track Amendment) อย่างไรก็ตาม ทั้งสองรูปแบบ คือ รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษประการเดียวและรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษไว้หลายประการมีความแตกต่างจากอีกสองรูปแบบ คือ รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราและรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมหลายรูปแบบตรงที่รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการเพิ่มมาเป็นพิเศษนั้นมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเพียง 2 กระบวนการเท่านั้น กล่าวคือ กระบวนการหนึ่งเป็นการใช้ทั่วไปในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกมาตรา อีกกระบวนการหนึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นแบบพิเศษเอาไว้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะหรือใช้แก้ไขในหมวดใดหมวดหนึ่ง (A Set of Related Provisions) สำหรับรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการเพิ่มมาเป็นพิเศษ (Exceptional Frameworks) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบพิเศษประกอบด้วยกระบวนการแรกอยู่ภายในตัว การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือหมวดที่มีลักษณะพิเศษต้องการใช้แค่วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมที่สำเร็จเพียงวิธีการเดียวที่มีอยู่ทั้งหมดและเพิ่มเติมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่นด้วย กระบวนการที่เพิ่มเติมขึ้นมานี้เป็นลักษณะที่เด่นที่สุดสำหรับรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการเพิ่มมาเป็นพิเศษในงานศึกษาของ Richard Albert มีเพียง 3 ประเทศเท่านั้นที่มีรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษประการเดียว ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ออสเตรีย และไอร์แลนด์⁹⁴

6) รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษไว้หลายประการ (Exceptional Multi-Track Amendment) สำหรับรูปแบบนี้มีเพียงประเทศเดียว คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา

⁹³ *Ibid.*, p. 944.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 947

2.3.2 ขอบเขตของอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

เนื่องด้วยระบบกฎหมายปัจจุบันมีความซับซ้อนในเชิงเทคนิคมากขึ้นกว่าในอดีต ประกอบกับแรงผลักดันทางการเมืองส่งผลให้สถานการณ์ที่รัฐต้องเผชิญมีลักษณะรุนแรงมากขึ้น ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปรับโครงสร้างองค์กรทางการเมืองหลายครั้งจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบโครงสร้างรัฐและการใช้อำนาจอธิปไตย ความมั่นคงแน่นอนของรัฐธรรมนูญย่อมมีความสำคัญ ฉะนั้น เพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายเกินไป ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงมักกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างยากกว่าการตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่ถึงกระนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากเกินไปก็ย่อมเป็นการผูกพันพลเมืองยุคอนาคตให้ต้องผูกพันตามหลักการที่ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งความเป็นไปได้อาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและความต้องการของคนในยุคอนาคต อาจส่งผลให้เกิดการปฏิวัติหรือการรัฐประหารเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ ในขณะเดียวกัน หากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสามารถกระทำได้ง่ายและไม่มีขีดจำกัดใด ๆ เลย เป็นไปได้ว่าองค์กรการเมืองอาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายรัฐธรรมนูญหรือกระทบต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ได้ เนื่องจากอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถจะถูกตีความว่ามีอำนาจในการทำลายอำนาจอื่น ๆ ที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันได้ เว้นเสียแต่ว่าอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะได้รับการยืนยันว่าเป็นอำนาจที่อยู่เหนือกว่าอำนาจอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญนั้น⁹⁵

ดังนั้นแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องหาดุลยภาพระหว่างความมั่นคงแน่นอนของรัฐธรรมนูญและความยืดหยุ่นของกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ของสังคมได้ ซึ่งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นวิธีการหนึ่งในการประสานลักษณะทั้งสองประการ⁹⁶

โดยทั่วไป หากพิจารณาถึงสาระสำคัญต่าง ๆ ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งหลายในรัฐธรรมนูญไม่ได้มีความสำคัญในระดับเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบางมาตราบรรจุหลักการสำคัญบางประการที่มีสถานะสำคัญกว่าบทบัญญัติอื่น ๆ อาทิ หลักการคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือหลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมมีความสำคัญมากกว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาสมัยประชุมสภา ฉะนั้น ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญจึงอาจกำหนดให้บทบัญญัติบางมาตราของรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญ

⁹⁵ George D. Skinner, "Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment," *Michigan Law Review* 18, 3 (1920): 220, 221. Retrieved June 5, 2016 from http://www.jstor.org/stable/1277271?seq=1#page_scan_tab_contents

⁹⁶ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 22.

อีกหลายฉบับจะไม่ได้กำหนดข้อห้ามลักษณะดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่องค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็อาจมีคำพิพากษายืนยันว่ามีข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่มี การบัญญัติอย่างชัดเจนและพิพากษาให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติตกเป็นโมฆะได้

เมื่อพิจารณาแนวทางการแก้ไขรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งได้กว้าง ๆ ได้ดังนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Révision Totale) และการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วน (Révision Partielle) ในเบื้องต้น จำเป็นต้องเข้าใจว่า บรรดาข้อความทั้งหลายในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ใช่หลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญที่แท้จริง ข้อความทั้งหลายในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงสื่อแสดงออกถึงรัฐธรรมนูญที่แท้จริง เท่านั้น ฉะนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยไม่ต้องจัดทำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแทนของเดิมก็สามารถทำได้หรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีการเปลี่ยนรูปแบบของรัฐธรรมนูญเดิมก็อาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงบางส่วนก็ได้⁹⁷ แต่ไม่ว่าจะแก้ไขการแก้ไขรัฐธรรมนูญในระดับใด การแก้ไขดังกล่าวจะต้องดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น และไม่สามารถที่จะแก้ไขทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ ซึ่งขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถอธิบายได้ดังนี้

2.3.2.1 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญกรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติอย่างชัดเจน

เหตุผลพื้นฐานในการกำหนดขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือ⁹⁸

ประการแรก องค์การทางการเมืองต้องการรักษาสถานะและอัตลักษณ์ของตนเอง ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่า การที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญถึงเนื้อหาพิเศษของบางมาตราที่มีความสำคัญในลักษณะเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญหรือการดำรงอยู่ของรัฐและเป็นเอกลักษณ์ของรัฐ บทบัญญัติเหล่านี้สมควรจะดำรงอยู่ยาวนานหลายอายุคน บทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติม (Unamendable Provisions) เป็นบทบัญญัติที่มิขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้มิให้มีการอาศัยเสียงข้างมากผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปแก้ไขจนละเมิดหลักการพื้นฐานในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Basic Constitutive Principles)

ประการที่สอง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการที่จะออกแบบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อต่อต้านลักษณะและวัฒนธรรมรูปแบบเดิม ซึ่งอาจเป็นสาเหตุทำลายกระบวนการในทางการเมืองปกติตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ ดังนั้น คุณค่าบางประการซึ่งเป็นเนื้อหาระดับรัฐธรรมนูญอาจถูกพิจารณาใช้ไปในทางไม่ถูกต้องและเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้แก้ไข

ประการที่สาม ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญได้รับแรงกระตุ้นจากความปรารถนาและมีผลประโยชน์ส่วนตัวหรือผลประโยชน์ของสถาบันที่เห็นได้ว่าอำนาจของพวกเขาจะถูกปกป้อง

⁹⁷ Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel*, pp. 110-111.

⁹⁸ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 24-25.

บทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือให้ฝ่ายการเมืองรักษาความไม่สมดุลของอำนาจไว้ได้

ประการสุดท้าย ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญมีความห่วงใยในการป้องกันในประเด็นบางประเด็นในรัฐธรรมนูญที่หากเปิดให้มีการอภิปรายโต้เถียงในทางการเมืองอาจแบ่งแยกสังคมออกจากกัน

ในทางข้อเท็จจริง พบว่าการกำหนดขอบเขตการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นมานานแล้ว เช่น ใน Pennsylvania Charter of Privileges of 1701 มาตรา 8 วรรคสาม กำหนดห้ามการแก้ไขในประเด็นที่เกี่ยวกับการรับรองเสรีภาพตามมาตรา 1 หรือในรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (1776) หรือมลรัฐเดลาแวร์ (1776) กำหนดข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกัน⁹⁹ ฉะนั้น เมื่อสหรัฐอเมริกาจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงปรากฏบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน ได้แก่ บทบัญญัติในมาตรา 5 ซึ่งห้ามไม่ให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการห้ามค้าทาสก่อนปี ค.ศ. 1808 และห้ามไม่ให้รัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการห้ามไม่ให้เก็บภาษีทางตรงก่อนปี ค.ศ. 1808 อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกต่อไป เนื่องจากการห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ยังคงมีบทบัญญัติที่ไม่สามารถที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ในทางปฏิบัติ (Constructive Unamendability) คือ การห้ามมิให้สภา Congress แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะปฏิเสธสิทธิอย่างเท่าเทียมของมลรัฐในการเลือกสมาชิกวุฒิสภา รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีได้ห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมประเด็นดังกล่าวได้ แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อพิจารณาจากบรรยากาศทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา กล่าวได้ว่า ประเด็นสิทธิอย่างเท่าเทียมของมลรัฐในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้¹⁰⁰

เมื่อต้นแบบของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของโลกบัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อกระแสรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) แพร่หลายไปทั่วโลกก็นำพาเอาข้อคิดการจำกัดขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางประเด็นแพร่ไปด้วย ทำให้ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญของแทบทุกประเทศทั่วโลกมีบทบัญญัติกำหนดขอบเขตการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอยู่ทั้งสิ้น ซึ่งรูปแบบการบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะมีสาระสำคัญที่แตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์และความต้องการของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จากที่ได้กล่าวมาแล้วถึงเหตุผล

⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁰ Richard Albert, “Constitutional Disuse or Desuetude,” *Boston University Law Review* 94 (2014): 1043.

เบื้องหลังของความต้องการห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่ามีความหลากหลายจึงส่งผลให้บทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมกำหนดเรื่องที่ห้ามไม่ให้แก้ไขแตกต่างกันไป ดังนี้¹⁰¹

รูปแบบแรก การกำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขรูปแบบและระบบรัฐบาล (The Form And System of Government) ปัจจุบันรัฐธรรมนูญมากกว่า 100 ฉบับทั่วโลกมีบัญญัติคุ้มครองรูปแบบการปกครองในรัฐธรรมนูญ อาทิ รัฐธรรมนูญห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 89 (5) ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศบาร์เรนฉบับ ค.ศ. 1973 มาตรา 120c ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญหรือการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน เป็นต้น

รูปแบบที่สอง การกำหนดห้ามแก้ไขโครงสร้างทางการเมือง (Political Structure) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบางฉบับบัญญัติคุ้มครองโครงสร้างสหพันธรัฐ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศบราซิลฉบับ ค.ศ. 1891 มาตรา 90 (4) หรือ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันฉบับ ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) เป็นต้น บางฉบับบัญญัติคุ้มครองโครงสร้างรัฐสภาในรูปแบบระบบสองสภา หรือการคุ้มครองสิทธิอย่างเท่าเทียมของมลรัฐในการเลือกสมาชิกวุฒิสภา บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติธรรม หลักความเป็นอิสระของศาล หลักอำนาจอธิปไตยของประชาชน บทบัญญัติที่เกี่ยวกับรัฐบาลที่การเลือกตั้ง ลักษณะของการเลือกตั้งตัวแทนของประชาชน เช่น ต้องมีการเลือกตั้งโดยทั่วไป โดยตรง โดยลับ เป็นอิสระ และเท่าเทียม หรืออาจเป็นเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของประมุขของรัฐ หรืออาจเป็นเรื่องคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือสมัครเข้ารับเลือกตั้ง เป็นต้น

รูปแบบที่สาม การกำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเกี่ยวกับอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐหรือเอกลักษณ์ของรัฐ (The State's Fundamental Ideology or Identity) พบมากในรัฐศาสนาที่กำหนดห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญในบทบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น รัฐธรรมนูญประเทศอัลจีเรียฉบับ ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (3) หรือรัฐธรรมนูญประเทศอิหร่าน ฉบับ ค.ศ. 1979 มาตรา 177 บัญญัติรับรองให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ รัฐธรรมนูญประเทศเม็กซิโก ฉบับ ค.ศ. 1824 มาตรา 3 หรือรัฐธรรมนูญประเทศเอกวาดอร์ ฉบับ ค.ศ. 1869 มาตรา 115 บัญญัติคุ้มครองศาสนาคริสต์นิกาย Roman Catholic Apostolic แต่ในขณะเดียวกันก็มีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติในทางตรงกัน

¹⁰¹ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 30-33.

ข้าม คือ บัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขรัฐธรรมนูญจนกลายเป็นรัฐศาสนาหรือบัญญัติกำหนดแบ่งแยกระหว่างฝ่ายอาณาจักรกับฝ่ายศาสนจักรออกจากกัน เช่น รัฐธรรมนูญประเทศไนเจอร์ ประเทศบุรุนดี ประเทศแองโกลา ประเทศโปรตุเกส เป็นต้น

รูปแบบที่สี่ การกำหนดห้ามแก้ไขสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights) รัฐธรรมนูญหลายฉบับบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น รัฐธรรมนูญประเทศอัลจีเรียฉบับ ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (5) รัฐธรรมนูญบางฉบับบัญญัติคุ้มครองสิทธิบางประการเป็นการเฉพาะ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันฉบับ ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐธรรมนูญประเทศเม็กซิโก ฉบับ ค.ศ. 1824 มาตรา 171 บัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการพิมพ์ เป็นต้น

รูปแบบที่ห้า การกำหนดห้ามแก้ไขเกี่ยวกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในรัฐ (State's Integrity) เช่น การกำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของชาติ การห้ามไม่ให้มีการแบ่งแยกดินแดน (Territorial Integrity) ความเป็นเอกราช อำนาจอธิปไตย โดยมากรูปแบบนี้มักพบในรัฐธรรมนูญของประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมมาก่อน

รูปแบบสุดท้าย รัฐธรรมนูญบางฉบับก็ปกป้องบทบัญญัติในประเด็นที่พิเศษ เช่น การนิรโทษกรรม การปรองดอง และข้อตกลงสันติภาพ เช่น ในรัฐธรรมนูญประเทศไนเจอร์ ประเทศชูดาน เป็นต้น การรับรองความมีผลบังคับใช้ของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

2.3.2.2 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญกรณีไม่มีการบัญญัติชัดเจน

แม้ขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญสมัยใหม่แทบทุกฉบับ แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทั่วโลกจะมีข้อกำหนดดังกล่าวหรือไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตเพียงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ลักษณะดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดข้อห้ามใด ๆ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ หมายความว่า องค์การตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลยใช่หรือไม่? หรือแม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีข้อห้ามบางประการที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติม หมายความว่า บทบัญญัติที่อยู่นอกเหนือข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญกำหนด องค์การตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลยใช่หรือไม่? จากการศึกษารัฐธรรมนูญของต่างประเทศพบว่า นอกจากข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแล้ว ยังพบว่าจะมีข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยายอีกด้วย ซึ่งรายละเอียดในเรื่องนี้ ผู้เขียนจะกล่าวในบทที่ 3

2.4 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

โดยปกติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมักกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะเป็นองค์กรหนึ่งที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทำให้รัฐสภาใช้อำนาจได้ไม่เกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐสภาไม่สามารถตรากฎหมายโดยไม่ปฏิบัติตามกระบวนการขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดและไม่สามารถตรากฎหมายมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกัน แม้รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ลักษณะดังกล่าวไม่ได้ทำให้รัฐสภามีอำนาจเหนือกว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นแต่อย่างใด รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มักกำหนดให้การดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยกระบวนการพิเศษแตกต่างจากการตรากฎหมายธรรมดา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ถือเป็นการใช้อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการใช้อำนาจพิเศษซึ่งอยู่เหนือกว่าอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญปกติ แต่อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีใช้อำนาจระดับเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมมีข้อจำกัดในตัวเอง ส่งผลให้รัฐสภาในฐานะเจ้าภาพดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจ แต่มีกรอบหรือมีข้อจำกัด ทั้งข้อจำกัดที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งหรือข้อจำกัดโดยปริยาย ฉะนั้น เมื่อยอมรับว่า อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด แต่ปัญหา คือ องค์กรใดจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ? และองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงใด?

2.4.1 แนวคิดเบื้องหลังในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิใช่สิ่งใหม่ที่เพิ่งปรากฏในช่วงปัจจุบัน แนวคิดที่ว่าต้องมีองค์กรซึ่งมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการนิติบัญญัติและการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีตั้งแต่เกือบร้อยปีที่แล้ว กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1921 Edouard Lambert กล่าวว่า ลักษณะสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน มิได้จำกัดขอบเขตเพียงการตรวจสอบในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่รวมไปถึงการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาด้วย อย่างไรก็ตาม การกล่าวว่างค์กรตุลาการสามารถใช้อำนาจของตนในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งกฎหมายธรรมดาและขยายรวมถึงการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยในช่วงเวลา

ดังกล่าวเป็นการกล่าวที่ล้าหน้าเกินกว่าจะยอมรับได้ โดย 7 ปีต่อมา Carl Schmitt ได้ยืนยันว่าแนวคิดของ Lambert ว่า องค์การตุลาการมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยว่าเป็นแนวคิดที่ถูกต้อง และทุกวันนี้ สถานการณ์ในหลายประเทศทำให้แนวคิดการเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้รับการพิสูจน์แล้วว่าถูกต้อง ไม่ได้เป็นเพียงแค่วทฤษฎีเลื่อนลอยอีกต่อไป สำหรับความคิดเบื้องหลังในการยอมรับให้องค์การตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ได้แก่¹⁰²

2.4.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย

ในการทำความเข้าใจเบื้องต้น จะเห็นได้ว่าอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Judicial Review of Constitutional Amendments) เป็นหลักที่ขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากการวินิจฉัยให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการตรารัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ในอีกความหมายหนึ่ง ดังนั้น อำนาจดังกล่าวจึงคล้ายคลึงกับการตรากฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Legislation) ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรืออำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ และการวินิจฉัยดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตุลาการ อย่างไรก็ตาม อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีขอบเขตมีข้อจำกัด ซึ่งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจเป็นการจำกัดโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ (Be Limited Explicitly or Implicitly) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็นกลไกในการบังคับถึงข้อจำกัดดังกล่าว ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็นการแบ่งแยกอำนาจในแนวดิ่ง (The Vertical Separation of Powers) อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจที่อยู่ตรงกลางระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีอิสระภายในขอบเขตของตนเองตราบทว่าที่ยังคงดำเนินการอยู่ในขอบเขตอำนาจ แต่ก็มีกลไกควบคุมในกรณีที่มีการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเกินกว่าขอบเขตดังกล่าว องค์การที่ดำเนินการในการตรวจสอบดังกล่าวต้องไม่ใช่องค์กรที่กล่าวหาว่ามีการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด ฉะนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Amendments) จึงเป็นกระทำโดยองค์กรที่เป็นกลาง (An Unbiased Organ) ที่จะต้องดำเนินการให้แน่ใจว่าการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจะไม่เกินอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ (Delegated Power)¹⁰³

¹⁰² *Ibid.*, pp. 172-180.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 173-174.

2.4.1.2 หลักอำนาจองค์กรตุลาการ

หลักการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญพัฒนามาจากคดีสำคัญคือคดี *Marbury v. Madison* เหตุผลสำคัญของประธานศาลสูงสุด John Marshall มีความเห็นสนับสนุนอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมาย คือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นหน้าที่หลักของศาลจากเหตุผลที่ว่า เมื่อศาลใช้อำนาจตุลาการ ศาลมีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายแก่กรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นความจำเป็นอยู่เองที่ศาลจะต้องวินิจฉัยว่า อะไรคือกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับได้¹⁰⁴ การปฏิเสธอำนาจนั้นเท่ากับทำลายรากฐานของรัฐธรรมนูญเอง¹⁰⁵ ด้วยเหตุผลเดียวกันกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ภาระหน้าที่ของตุลาการคือตัดสินข้อพิพาทบนฐานของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย Hans Kelsen กล่าวว่า หากรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Constitutionality of Statutes) องค์กรที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายเช่นศาลย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบควบคุมดังกล่าว เช่นเดียวกันกับกรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่บังคับใช้รัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจดังกล่าว กล่าวได้ว่า มีความคล้ายคลึงกันระหว่างการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายธรรมดาและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ Claude Klein ตั้งข้อสังเกตว่า อย่างน้อยที่สุด เมื่อเป็นบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมจะมีความคล้ายคลึงกับการการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา เป็นการตรวจสอบว่ากฎเกณฑ์ที่ต่ำกว่าสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่มีลำดับชั้นสูงกว่าหรือไม่ ดังนั้น มันไม่สำคัญเลยว่าจะเป็นการควบคุมกฎหมายให้ขัดต่อกฎหมาย หรือเป็นการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ให้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ Ulrich Preuss กล่าวว่า สถาบันที่ดีที่สุดในการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติด้วย (The Constitutionality of Legislative Acts)¹⁰⁶

¹⁰⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน **รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 201.

¹⁰⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**, หน้า 148.

¹⁰⁶ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 175.

2.4.1.3 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การกระทำทั้งหลายของรัฐบาลจึงไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจหน้าที่ของตนตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ มิฉะนั้นจะเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁰⁷ การดังกล่าวรวมถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยที่ต้องดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะรักษาไว้ซึ่งความเป็นกลางในการดำเนินการใด ๆ ของรัฐบาล เมื่อใดที่ศาลประกาศให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อนั้นศาลได้ทำให้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุผล

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่น่าพิจารณาประการหนึ่งคือ เราควรให้ฝ่ายการเมืองและสังคมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ องค์กรทางการเมืองที่ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมตระหนักถึงข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญของตนเอง อย่างไรก็ตาม การจำกัดอำนาจของตนเองคงไม่เป็นการเพียงพอ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นกลไกที่มีประสิทธิภาพในการปกป้องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา ในทางรูปแบบเป็นข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งผูกมัดการอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในทางเนื้อหา มีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ¹⁰⁸

2.4.1.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เรื่องที่มีก่นำมาอ้างในการสนับสนุนอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาล คือ คดี Marbury v. Madison ที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งสูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราตามกระบวนการนิติบัญญัติ ดังนั้น เมื่อกฎหมายธรรมดาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลบังคับใช้หรือเป็นโมฆะ (Void) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นแนวคิดที่เป็นศูนย์กลางในการพัฒนาอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลต้องทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรวมไปถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในแนวทางนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริง ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการที่อยู่สูงสุด ในปี ค.ศ. 1931 Carré de Malberg เสนอแนวคิดที่เชื่อมโยงความเป็นไปได้ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลและการแบ่งแยกอำนาจสถาปนา

¹⁰⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 4 ศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: องค์การค่าของครุสภา, 2544), หน้า 2.

¹⁰⁸ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 176.

รัฐธรรมนูญ (Constituent Power) และอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ (Constituted Power) ในมุมมองนี้จะเห็นได้ว่า การดำรงอยู่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลเพื่อที่จะควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่จำเป็นของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก ซึ่งมีความสำคัญในการแบ่งแยกระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Primary Constituent Power) และอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Secondary Constituent Power) กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลเป็นการประกันกฎเกณฑ์สูงสุดที่มาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรือเจตจำนงสูงสุดของประชาชนนั่นเอง¹⁰⁹

2.4.1.5 ความล้มเหลวของกระบวนการทางการเมือง

Alexander Bickel เห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลต้องเผชิญหน้ากับการคัดค้านของฝ่ายเสียงข้างมาก เนื่องจากการทำลายเจตจำนงของเสียงข้างมากโดยผู้พิพากษาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งในการเพิกถอนกฎหมายที่ตราขึ้นโดยตัวแทนของประชาชน ในส่วนของ John Hart Ely ได้ยอมรับว่า ในตอนแรกเมื่อเห็นว่าภาระหน้าที่ที่กำหนดศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมันมีลักษณะขัดแย้งต่อเสียงข้างมากที่มาจากประชาชน Ely เห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควรพุ่งประเด็นไปที่กระบวนการทางการเมือง ศาลควรเข้ามาแทรกแซงเมื่อกระบวนการทางการเมืองล้มเหลวเท่านั้น หรือเมื่อรัฐบาลปฏิเสธการปกป้องสิทธิของฝ่ายเสียงข้างน้อย กล่าวคือ ศาลต้องเข้าคุ้มครองป้องกันไม่ให้เกิดเผด็จการเสียงข้างมากในระบบรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตย ศาลมีอำนาจดั้งเดิมในการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเสียงข้างน้อยเพื่อคุ้มครองจากการกระทำละเมิดจากฝ่ายเสียงข้างมาก ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายระดับธรรมดาหรือระดับรัฐธรรมนูญ โดยการละเมิดดังกล่าวจะต้องเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานที่ระบบการปกครองวางอยู่ ศาลเป็นสถาบันที่มีความเหมาะสมที่จะใช้อำนาจในการถ่วงดุลกับฝ่ายเสียงข้างมาก เนื่องจากศาลมีความเป็นกลางไม่ได้ขึ้นอยู่กับคะแนนเสียงหรือการสนับสนุนใด ๆ ทางการเมือง ด้วยเหตุผลเดียวกันนี้เอง ในสังคมประชาธิปไตย ศาลต้องมีอำนาจที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปรากฏว่าสถาบันทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยดำเนินการล้มเหลว เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และลักษณะของความล้มเหลวที่ว่านี้ไม่สามารถจะแก้ไขได้ด้วยตัวสถาบันทางการเมืองเอง ต้องอาศัยองค์กรที่เป็นอิสระแยกออกจากตัวแทนในระบบการเมือง เช่น องค์กรตุลาการ ตัวอย่างที่เห็นภาพชัดก็คือ รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่งที่มีระยะเวลาจำกัด ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 177.

ของตนให้นานขึ้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องที่เกิดในทางทฤษฎีเท่านั้น ลักษณะของเหตุการณ์แบบนี้ คงไม่มีผู้ใดคาดหวังว่าสถาบันที่มาจากการเลือกตั้งจะดำเนินการแก้ไขความผิดพลาดเหล่านี้ เพราะตัวสถาบันเหล่านั้นเองเป็นต้นเหตุของปัญหา อำนาจของศาลในการตรวจสอบและพิพากษากรณีดังกล่าวไม่ควรขึ้นอยู่กับถ้อยคำในรัฐธรรมนูญเท่านั้น (The Wording of the Constitution) แต่ก็กล่าวได้ว่า ศาลได้รับอำนาจในการตรวจสอบดังกล่าวมาจากหลักการพื้นฐานของกฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญเอง¹¹⁰ การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกับการจัดทำกฎหมายธรรมดา คือ ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเสียงข้างมาก ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการคุ้มครองเสียงข้างน้อยจากการใช้อำนาจฉ้อฉลของเสียงข้างมาก ในการเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ใช้เหตุผลเดียวกัน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือที่เป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของเสียงข้างน้อยและปกป้องสิทธิมนุษยชนจากการใช้อำนาจอันไม่ชอบธรรม David Landau แสดงความเห็นว่าการกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญถูกใช้โดยไม่ชอบมากขึ้น เพื่อที่จะทำลายกฎเกณฑ์ทางประชาธิปไตย การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลเป็นกลไกที่มีประโยชน์ในการคุ้มครองประชาธิปไตยจากการยึดอำนาจของเสียงข้างมาก กล่าวได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยศาลถูกพัฒนาเนื่องมาจากความกลัวในการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยมิชอบและยอมรับกันว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลไม่เป็นการเพียงพอ¹¹¹

2.4.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตุลาการ

ในการตรวจสอบว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น บทบัญญัติกฎหมายฉบับแรกที่ควรนำมาพิจารณาตรวจสอบ คือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หากปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่ให้อำนาจองค์กรตุลาการเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจองค์กรตุลาการในการใช้อำนาจดังกล่าว

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญหลายประเทศไม่ได้กำหนดบทบัญญัติใด ๆ ในประเด็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการนำเสนอในส่วนนี้จะแบ่งออกเป็นสองประเด็นหลัก คือ กรณีรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการเป็นกรณีแรก และกรณีที่สอง คือ ไม่มี

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 178-179.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 180.

บทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ¹¹² ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

2.4.2.1 กรณีรัฐธรรมนูญมีบัญญัติให้อำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรตุลาการ

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การพิจารณาว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ๆ หากรัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรตุลาการสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม องค์กรตุลาการย่อมมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ ในขณะที่หากรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามอย่างชัดเจนมิให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจเข้าควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การที่องค์กรตุลาการย่อมไม่สามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้¹¹³

1) กรณีรัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอย่างชัดเจนมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศตุรกีฉบับปี ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1971 มาตรา 147 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกระบวนการของการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ (The Formal Regularity of Constitutional Amendments) นับตั้งแต่ ค.ศ. 1971 จนถึง ค.ศ. 1980 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้น 5 ครั้ง ภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 มาตรา 148 (1) ยังคงมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจเพียงควบคุมรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 มีผลบังคับใช้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้มีโอกาสวิิจฉัยเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงครั้งเดียว

ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐชิลี ฉบับปี ค.ศ. 1980 ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 82 (2) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญชิลีมีอำนาจตัดสินปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งอาจ

¹¹² Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A*

Comparative Study (Bursa: Ekin Press, 2008), p. 3.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 4-9.

เกิดขึ้นระหว่างกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ดังนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศชิลี หากได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในระหว่างกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมได้¹¹⁴

ในกรณีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโคลอมเบีย ฉบับ ค.ศ. 1980 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2013 มาตรา 241 และ 379 กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่รัฐธรรมนูญของประเทศโคลอมเบียไม่ได้ให้อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียได้พัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า “ทฤษฎีการแทนที่รัฐธรรมนูญ” (The Constitutional Replacement Doctrine) ขึ้นมา เพื่อให้ความชอบธรรมแก่ศาลในการใช้อำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹¹⁵

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโรมาเนียก็เช่นกันได้ก่อตั้งการควบคุมในเชิงป้องกันหรือการควบคุมก่อน (A Preventive Review) ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 146 (a) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโรมาเนีย ฉบับ ค.ศ. 2003 หรือมาตรา 144 (a) เดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโรมาเนีย ฉบับ ค.ศ. 1991 ได้บัญญัติมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจตัดสินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนที่รัฐสภาประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญก่อน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน ศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียได้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปแล้วทั้งสิ้น 3 คดี ครั้งสุดท้ายคือ คำวินิจฉัยที่ 148 ลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ. 2003 ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีลักษณะเกินขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโรมาเนีย ฉบับ ค.ศ. 1991 มาตรา 148 (2) ต่อมารัฐสภาได้อภิปรายและเห็นชอบในข้อความของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งได้ถูกแก้ไขให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ภายหลังจากที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในร่างดังกล่าว ก็ได้มีความพยายาม

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁵ Carlos Bernal, “Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of The Constitutional Replacement Doctrine,” *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (2013): 340, Retrieved April 27, 2016 from <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/2/339.full.pdf+html>

การส่งร่างที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วดังกล่าวมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ด้วยเหตุผลว่าร่างดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 686 ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 2003 ปฏิเสธคำร้องเพื่อเข้าตรวจสอบความชอบของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าตนไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังจากที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญควบคุมในเชิงป้องกันหรือการควบคุมก่อน¹¹⁶

รัฐธรรมนูญของประเทศยูเครน มาตรา 159 กำหนดให้ ศาลรัฐธรรมนูญ ยูเครนจะให้ความเห็นเบื้องต้นว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับเงื่อนไขตามมาตรา 157 และมาตรา 158 แห่งรัฐธรรมนูญของประเทศยูเครนหรือไม่ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการขั้นตอนสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาของยูเครนในวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 2010 ศาลรัฐธรรมนูญยูเครนได้มีคำวินิจฉัยที่ 20-rp/2010 เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ 222-IV ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 2004 เนื่องจากร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เสนอมาที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ความเห็น แต่กลับถูกให้ความเห็นชอบในวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 2004 เมื่อรัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเพิ่มเติมและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาของยูเครน โดยปราศจากการให้ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงละเมิดขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเพิกถอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าว¹¹⁷

2) กรณีรัฐธรรมนูญห้ามองค์กรตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

กรณีนี้องค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรซึ่งรับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญไม่สามารถละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย ฉบับปี ค.ศ. 1950 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1976 มาตรา 369 (4) กำหนดห้ามศาลสูงสุดของอินเดียไม่ให้ใช้อำนาจตุลาการเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 369 (5) ได้บัญญัติสำคัญอีกว่า ภายใต้บทบัญญัตินี้ ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของรัฐสภาในการดำเนินการ

¹¹⁶ Kemal Gözler, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, p. 7.

¹¹⁷ Lech Garlicki and Zofia Garlicka, “External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference,” **Israel Law Journal** 44 (2011): 347-348.

แก้ไขไม่ว่าโดยวิธีการเพิ่มเติม การเปลี่ยนแปลง การลบล้างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญอินเดียจึงไม่ได้กำหนดข้อจำกัดใด ๆ ต่ออำนาจของรัฐสภาอินเดียในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเลย¹¹⁸

อย่างไรก็ดี ในคดี *Minerva Mills v. Union of India* ผู้พิพากษาศาลสูงสุดทั้ง 5 คนมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 55 ได้ตัดข้อจำกัดในการอำนาจของการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาออกทั้งหมด ซึ่งทำลายลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญจึงตกเป็นโมฆะ¹¹⁹

ความเห็นของศาลในคดี *Minerva Mills v. Union of India* กลายเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในประเทศอินเดีย เนื่องจากศาลสูงสุดของอินเดียไม่มีเขตอำนาจพิจารณาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดของอินเดียได้สถาปนาอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินเดีย มาตรา 368 กล่าวคือ แนวคิดโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Concept “Basic Structure of the Constitution”) ซึ่งไม่มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญ¹²⁰ จะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3

2.4.2.2 กรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมองค์กรตุลาการ

ในการศึกษาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการในประเทศที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมสมควรจะเริ่มต้นจากการศึกษาอำนาจใกล้เคียง คือ การศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคิดอำนาจขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจขององค์กรตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการนิติบัญญัติสามารถแบ่งได้สองระบบ คือ ระบบกระจายอำนาจตรวจสอบและระบบการรวมอำนาจตรวจสอบ¹²¹

¹¹⁸ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, p. 8.

¹¹⁹ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 57.

¹²⁰ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, p. 9.

¹²¹ Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles «Que sais-je?»* (Paris: P.U.F, 1986), pp. 3-4.

ดังนั้น การศึกษาแนวคิดควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในกรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจองค์กรใดเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมจะแบ่งศึกษาได้สองระบบเช่นกัน คือ

ระบบแรก การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมหรือระบบการกระจายอำนาจตรวจสอบ มีลักษณะสำคัญคือ ศาลยุติธรรมทุกศาลมีเขตอำนาจในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวเหล่านี้จะไม่ได้กำหนดมอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้แก่ศาลก็ตาม ศาลที่ใช้กฎหมายที่ใช้ในคดีนั้น ๆ สามารถตรวจสอบได้ตามขอบเขตอำนาจตน¹²² ดังนั้น ในระบบดังกล่าวนี้ ศาลยุติธรรมทุกศาลไม่ว่าจะศาลใดที่มีคดีพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้องค์กรที่ใช้อำนาจซึ่งได้รับมาจากรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตนจนทำลายรัฐธรรมนูญได้

ระบบที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษ เป็นระบบที่มีการก่อตั้งศาลพิเศษหรือองค์กรพิเศษขึ้นมา (อาจเรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้) เพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้จะมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมได้ เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นพิเศษ ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (A General Jurisdiction) แต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษและมีอำนาจจำกัด (A Limited and Special Jurisdiction) กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจให้เท่านั้น ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด แต่ไม่ได้รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติม

¹²² Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A*

รัฐธรรมนูญ¹²³ หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเฉพาะในทางรูปแบบ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ทั้งในทางเนื้อหาและทางรูปแบบ ทำให้เห็นได้ว่า หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้อำนาจตรวจสอบความชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบทางเนื้อหาได้¹²⁴ เป็นต้น กล่าวได้ว่า หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญปรารถนาให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่เฉพาะเพียงกฎหมายธรรมดาแต่รวมถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว รัฐธรรมนูญคงจะบัญญัติมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนไปแล้ว ฉะนั้น หากรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าว ย่อมหมายความว่า ผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด¹²⁵

ตัวอย่างความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญที่เห็นตามความเห็นข้างต้น ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเคยมีคำวินิจฉัยที่ 61-20DC และในคำวินิจฉัยที่ 2003-469DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 ได้ยืนยันว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา กรณีศาลรัฐธรรมนูญยังการี มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1977 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) เนื่องจากขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยและหลักความแน่นอนของกฎหมาย ซึ่งหลักดังกล่าวได้รับการรับรองในมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญยังการี ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบเขตอำนาจศาลในการรับคดีไว้พิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญพบว่า รัฐธรรมนูญยังการี มาตรา 32/A และกฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (Act No. XXXII of 1989 on Constitutional Court) มาตรา 1 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่รวมถึงเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังการีจึงวินิจฉัยถึงขอบเขตอำนาจศาลของตนว่าไม่รวมถึงการตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ¹²⁶

¹²³ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁴ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 183.

¹²⁵ Kemal Gözler, **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, p. 13.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 16.

กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไอร์แลนด์เป็นระบบที่เรียกว่า ระบบผสม กล่าวคือ อำนาจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเทศไอร์แลนด์เป็นของศาลสูงสุด (The Supreme Court) และศาลสูง (The High Court) โดยไม่มีการก่อตั้งศาลพิเศษเช่นศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา อย่างไรก็ตาม สำหรับระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไอร์แลนด์มีลักษณะรวมอำนาจมากกว่าการกระจายอำนาจ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นของศาลสูงสุดและศาลสูง เมื่อพบปัญหาตีแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจแก่ศาลทั้งสองไว้อย่างชัดเจน กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงมิใช่เขตอำนาจเป็นการทั่วไปแต่มีลักษณะเป็นเขตอำนาจพิเศษและจำกัด จากเหตุผลดังกล่าว ศาลสูงสุดและศาลสูงของประเทศไอร์แลนด์จึงไม่มีควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้มอบอำนาจให้ศาลทั้งสองให้สามารถควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในคดี *Riordan v. an Taoiseach* นาย Denis Riordan ยื่นคำร้องให้ศาลสูงสุดตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 19 ค.ศ. 1998 (The 19th Amendment of the Constitution Act, 1998) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการลงประชามติในวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1998 และประกาศใช้โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1998 ศาลสูงสุด เห็นว่า ศาลไม่สามารถเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้¹²⁷

2.4.3 รูปแบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สามารถแบ่งการเข้าควบคุมตรวจสอบได้สองแบบ ดังนี้

2.4.3.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางรูปแบบ

การศึกษาเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางรูปแบบจะนำเสนอตัวอย่างทั้งระบบกระจายอำนาจและระบบรวมอำนาจ ซึ่งใช้วิธีนำเสนอผ่านตัวแทนของแต่ละระบบ กล่าวคือ ในการศึกษาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางรูปแบบของระบบกระจายอำนาจจะศึกษาผ่านคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและการศึกษาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางรูปแบบของระบบรวมอำนาจจะศึกษาผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของตุรกี โดยที่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทางรูปแบบจะมีลักษณะ ดังนี้ ศาลจะเข้าตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ รัฐธรรมนูญ

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 17-18.

บางประเทศกำหนดให้การลงมติลงคะแนนในการเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีสมาชิกรัฐสภาเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามหรือรัฐธรรมนูญบางฉบับกำหนดคะแนนเสียงไว้ที่สามในห้าของสมาชิกทั้งหมด บางฉบับกำหนดให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ ซึ่งหากแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามกระบวนการหรือรูปแบบที่รัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องมีสมาชิกรัฐสภาเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมด หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นได้รับคะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด ดังนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นต้น¹²⁸

1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีความเก่าแก่กว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹²⁹ เนื่องจากคดีที่มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกิดก่อนคดี *Marbury v. Madison* (1803) ถึง 5 ปี คดีดังกล่าวคือ คดี *Hollingsworth v. Virginia* โดยมีการโต้แย้งขึ้นมาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 11 ตราขึ้นไม่เป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดปฏิเสธไม่รับข้อโต้แย้งดังกล่าว โดยเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 11 ขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว¹³⁰ สำหรับคดีอื่น ๆ เกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ได้แก่ *State of Rhode Island v. Palmer, and Seven Other Cases*, คดี *Dillon v. Gloss*, คดี *Coleman v. Miller* กล่าวโดยสรุป คดี *Hollingsworth v. Virginia*, *National Prohibition Cases*, *Dillon v. Gloss* และ *United States v. Sprague* ศาลจะเข้าไปตรวจสอบกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ในคดี *Coleman v. Miller* ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเนื่องจากเห็นว่าเป็นปัญหาทางการเมือง¹³¹

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹²⁹ Walter Dellinger, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process," *Harvard Law Review* (1983): 386-403 quoted in Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (Bursa: Ekin Press, 2008), p. 29.

¹³⁰ 3 U.S. (3 Dallas) 382 (1798) quoted in Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, p. 29.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 30-34.

2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กร

พิเศษ

กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางรูปแบบ ประเทศตุรกีเป็นตัวอย่างที่ดีในการแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีมีจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกออกเป็นหลายช่วงเวลา เนื่องจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในแต่ละช่วงเวลามีความแตกต่างกัน ดังนี้

ช่วงแรก คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1961 ก่อนการแก้ไขในปี ค.ศ. 1971 สำหรับช่วงนี้ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ยืนยันว่าตนมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1970/31 (วันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970) ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญในวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 ไม่มีผลบังคับใช้ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1971/37 (วันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการในการแก้ไขการแก้ไขรัฐธรรมนูญในวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1970 เป็นต้น¹³²

ช่วงที่สอง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1961 ภายหลังการแก้ไขในปี ค.ศ. 1971 โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 147 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบเท่านั้น ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังยืนยันว่าข้อห้ามในการแก้ไขรูปแบบสาธารณรัฐเป็นเงื่อนไขในทางรูปแบบ มิใช่ในทางเนื้อหา ในช่วงระยะเวลานี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 5 คดี ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1975/87 (วันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975), คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1976/19 (วันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976), คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1976/46 (วันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976), คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1977/4 (วันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1977) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1977/117 (วันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1977)

อย่างไรก็ตาม เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏในคำพิพากษาดังที่กล่าวมาข้างต้นมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ ดังต่อไปนี้¹³³

¹³² *Ibid.*, p. 42.

¹³³ *Ibid.*, pp. 46-47.

ประการแรก การให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญยังไม่สมเหตุสมผลเพียงพอ ปัญหาที่ห้ามมิให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบสาธารณรัฐไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการหรือรูปแบบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นปัญหาในทางเนื้อหา เนื่องจากหากไม่พิจารณาถ้อยคำในเนื้อหาของการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถจะตัดสินได้ว่ามีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่เปลี่ยนแปลงหรือไม่

ประการที่สอง การตีความแนวคิดเรื่องรูปแบบสาธารณรัฐอย่างกว้างมีลักษณะไม่สมเหตุสมผลเช่นกัน เพราะรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 มาตรา 1 กำหนดเพียงว่า รูปแบบของรัฐก็คือ สาธารณรัฐเท่านั้น และมาตรา 9 กำหนดว่า รูปของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ หากผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 ไม่ได้ต้องการคุ้มครองเพียงรูปแบบสาธารณรัฐ แต่รวมไปถึงลักษณะของความเป็นสาธารณรัฐซึ่งกำหนดอยู่ในมาตรา 2 ด้วยแล้ว รัฐธรรมนูญคงจะกำหนดห้ามอย่างชัดเจน ยิ่งกว่านั้น การบัญญัติห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น การตีความข้อยกเว้นควรต้องตีความอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ แต่คำวินิจฉัยก็มีผลบังคับตามกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 วรรคสาม ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตุลก็เป็นที่สุดและมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิกถอนก็สิ้นผลบังคับไป กล่าวได้ว่า ในช่วงระหว่าง ค.ศ. 1971 จนถึง ค.ศ. 1980 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมในประเทศตุรกี ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบได้ทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา

ช่วงที่สาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 มาตรา 148 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในทางรูปแบบเท่านั้น หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญตุลก็ไม่สามารถใช้อำนาจไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาได้ จากประสบการณ์ในช่วงที่ตุรกีใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1961 ที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความการตรวจสอบในทางรูปแบบผิดไป (Misinterpretation) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบเนื้อหาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการตีความการตรวจสอบในทางรูปแบบจนขยายไปตรวจสอบในทางเนื้อหา ตัวอย่างคำวินิจฉัยในช่วงนี้ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1987/15 (วันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1987)¹³⁴

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 47-48.

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2008/116 (วันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008) ในเนื้อหาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางรากฐานในคำวินิจฉัยให้ตนเองสามารถเข้าตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาด้วย

2.4.3.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางเนื้อหา

ศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ ปัญหาที่น่าพิจารณาต่อมา คือ ศาลรัฐธรรมนูญอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเนื้อหาหรือไม่? เพื่อที่จะตอบคำถามนี้ ต้องตอบคำถามหนึ่งก่อนคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดหรือไม่? หากคำตอบอยู่ที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเนื้อหาย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกิดจากการตรวจสอบว่าบทบัญญัติที่แก้ไขนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่กำหนดขอบเขตการแก้ไขไว้หรือไม่ หากอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปราศจากขอบเขตใด ๆ แล้ว การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเนื้อหาย่อมไม่สามารถตรวจสอบได้¹³⁵

หากการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีขอบเขตจำกัด ย่อมต้องมีการตรวจสอบว่าการแก้ไขนั้น กระทำเกินขอบเขตแห่งอำนาจหรือไม่ จากการศึกษาเรื่อง แนวคิดข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะพบว่า การดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีขอบเขตทั้งสิ้น รัฐสภาไม่สามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจได้ ขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจปรากฏในรูปของข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ (Explicit Limitations) และข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Mutatis Mutandis: Implicit Limitations) ซึ่งในแต่ละประเทศอาจมีแนวทางเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมแตกต่างกัน เราสามารถค้นหาได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

กรณีแรก รัฐธรรมนูญระบุข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง ตัวอย่างสำคัญในกรณีซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกี เป็นต้น

กรณีที่สอง รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง โดยปกติหากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติข้อจำกัดหรือขอบเขตทางเนื้อหาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรซึ่งมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญ

¹³⁵ *Ibid.*, p. 51.

ปราศจากเกณฑ์ที่นำมาใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด ในระบบรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตใด ๆ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางเนื้อหา ย่อมปราศจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเนื้อหาของบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการ แม้มีบทบัญญัติที่กำหนดขอบเขตหรือการจำกัดอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ นักวิชาการบางคนก็ยังเห็นว่ายังมีข้อจำกัดอื่นอีกที่มีได้ระบุเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งขอบเขตหรือข้อจำกัดเหล่านั้นสามารถนำมาใช้บังคับกับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม เรียกว่า ขอบเขตหรือข้อจำกัดโดยปริยายซึ่งตรงข้ามกับขอบเขตหรือข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ เนื้อหาของขอบเขตหรือข้อจำกัดโดยปริยายจะไม่พบในบทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญ เป็นสิ่งที่นักวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญคิดขึ้น ลักษณะดังกล่าวนี้ Marie-Françoise Rigaux จึงเรียกว่า ข้อจำกัดทางเนื้อหาที่สรุปมาจากการตีความทางทฤษฎี (Substantive Limits Inferred From a Doctrinal Interpretation)¹³⁶

จากการศึกษาพบว่า มีแนวคำพิพากษาของศาลในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งแบ่งเป็นสองแบบ ดังนี้

แบบแรก ศาลไม่ยอมรับว่ามีขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย เช่น ในกรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี *Hollingsworth v. Virginia, National Prohibition Cases, Dillon v. Gloss* ดังที่กล่าวมาก่อนหน้า กรณีศาลสูงสุดของไอร์แลนด์ ในคดี *State (Ryan) v. Lennon* (1935), คดี *Abortion Information Case*¹³⁷ ประเทศแทนซาเนีย (Tanzania) เป็นประเทศหนึ่งที่มีแนวโน้มไม่ยอมรับในหลักการที่ว่า มีข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Implicit Limitation) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1977 ไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในคดี *Christopher Mtikila v. Attorney General* ในปี ค.ศ. 2006 ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal of Tanzania) ได้ยืนยันว่า รัฐสภาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญก็ได้ ไม่มีบทบัญญัติใดที่ไม่สามารถแก้ไขได้ และ ไม่มี “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) กล่าวคือ หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไม่ใช่ในประเทศแทนซาเนีย¹³⁸ กรณีศาลสูงสุดของประเทศศรีลังกาและศาลของสหพันธ์แห่งมาเลเซียศาลสูงสุด (Supreme Court) ของประเทศศรีลังกาไม่ยอมรับ “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) ของอินเดียมาใช้ในประเทศศรีลังกา เช่นเดียวกับศาลของสหพันธ์แห่งมาเลเซีย (Malaysia Federal Court) ไม่ยอมรับ

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 66-68.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 82.

¹³⁸ Yaniv Roznai, *op. cit.*, p. 68.

ใน “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) ของอินเดียเช่นกัน ศาลมาเลเซียยืนยันว่า รัฐสภามีอำนาจไม่จำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹³⁹

แบบที่สอง ศาลยอมรับว่ามีขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางประเทศก็ยอมรับว่ามีขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย เช่น ข้อสังเกตของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Obiter Dictum) ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในช่วงทศวรรษที่ 1950 ศาลสูงสุดของอินเดีย (Indian Supreme Court) และศาลรัฐธรรมนูญตุรกี (Turkish Constitutional Court) ในช่วงใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1961 ศาลเหล่านี้ได้ยืนยันว่า อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะเนื้อหาที่กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงหลักอื่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยศาลเหล่านี้เห็นว่า ศาลมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางเนื้อหาได้แม้รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้อำนาจไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอนำประสบการณ์ของประเทศเยอรมันและประเทศอินเดีย โดยนำเสนอในบทที่ 3

¹³⁹ *Ibid.*, p. 72.

บทที่ 3

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ในบทนี้จะนำเสนอถึงประเด็นสำคัญ 2 ประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ คือ วิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นแรก และประเด็นที่สอง คือ ข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนหรือข้อจำกัดนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ในประเด็นแรก ตำราส่วนใหญ่มักจะแบ่งแยกการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบคลาสสิก คือ แบ่งแยกเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายกับแก้ไขยาก โดยรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยใช้เพียงแค่เสียงข้างมากธรรมดาเท่านั้น ส่วนรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากมักกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษกว่าการจัดทำกฎหมายธรรมดา ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะนำเสนอเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจและสามารถนำมาพัฒนาเป็นแนวทางในการออกแบบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพได้

ส่วนในประเด็นที่สอง ข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะนำเสนอถึงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ห้ามมิให้ฝ่ายการเมืองแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และนำเสนอแนวคำวินิจฉัยของสถาบันที่มีควบคุมความชอบรัฐธรรมนูญในการอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝ่ายการเมือง เพื่อทำความเข้าใจถึงขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่สถาบันศาลวางแนวคำวินิจฉัย ซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ถึงข้อจำกัดหรือขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

เป็นที่ทราบกันดีว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่กำหนดเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญของตนในลักษณะเป็นหลักพื้นฐานสำคัญที่จำเป็นต้องมีอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร¹⁴⁰ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งกติกาในการจัดระเบียบ

¹⁴⁰ John Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law* Vol. 1 (Boston: Ginn & Company, 1891), p. 137 quoted in Richard Albert, “The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada,” *Queen’s Law Journal* (January 2016): 4.

การปกครองสังคม กฎเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือ การก่อตั้งกฎเกณฑ์ในการเปลี่ยนแปลงกติกา ดังกล่าว¹⁴¹

เมื่อสืบสาวประวัติศาสตร์แนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพบว่า แนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญเริ่มต้นขึ้นครั้งแรกในแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ กฎบัตร (Charters) และรัฐธรรมนูญทั้งหลาย (Constitutions) ซึ่งใช้จัดระเบียบการปกครองอาณานิคมในทวีปอเมริกาถือเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับแรก ๆ ที่พบว่า บทบัญญัติในธรรมนูญการปกครองอาณานิคมไม่ได้มีความสมบูรณ์แบบในตัวเอง กฎเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาถูกสร้างขึ้นมาจากฝ่ายการเมืองในอนาคตสามารถคาดการณ์และมีชัดเจนในกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ¹⁴² เมื่อกระแสการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมได้แพร่ไปทั่วโลก การจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ส่วนใหญ่ก็จะกำหนดให้มีบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย

รูปแบบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในกำหนดในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีหลากหลาย ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้หลายรูปแบบ โดยทั่วไปมักพบการแบ่งแยกรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากและง่าย แต่การจัดประเภทในลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในการเปรียบเทียบเพื่อหารูปแบบที่เหมาะสมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ดังนั้น การศึกษารูปแบบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่สอง ซึ่งจะนำเสนอตัวอย่างเฉพาะในบางประเทศที่มีลักษณะน่าสนใจทั้งรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายและยาก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นวัตถุหลักในการวิเคราะห์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญในรูปแบบการแก้ไขยาก ดังนั้นการนำเสนอรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมง่ายจะนำเสนอเท่าที่จำเป็นเพื่อเปรียบเทียบบางประเด็นเท่านั้น

การศึกษารูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาโดยใช้เกณฑ์การแบ่งแยกประเภทการแก้ไขรัฐธรรมนูญของ Richard Albert ซึ่งมีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดและแสดงให้เห็นถึงความหลากหลายของรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถนำมาเปรียบเทียบกระบวนการ

¹⁴¹ Roger D. Congleton & Birgitta Swedenborg, **Democratic Constitutional Design and Public Policy** (Cambridge: MIT Press, 2006), pp. 319-321 quoted in Richard Albert. “The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada,” **Queen’s Law Journal** (January 2016): 4.

¹⁴² Lester Bernhardt Orfield, **The Amending of the Federal Constitution** (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1942), p. 1.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับประเทศไทยได้ แต่จะนำเสนอตัวอย่างเฉพาะในบางประเทศที่มีลักษณะสำคัญและน่าสนใจ ดังนี้

3.1 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน

จากการศึกษารูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญข้างต้น พบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันเป็นรัฐธรรมนูญประเภทกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญรูปแบบเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment) กล่าวคือ การดำเนินการกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีวิธีการแบบเดียวไม่ว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมมาตราใดของรัฐธรรมนูญ การดำเนินการแก้ไขก็จะใช้เพียงกระบวนการเดียวกันทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญของประเทศที่บัญญัติรัฐธรรมนูญประเภทนี้ได้แก่ ประเทศเยอรมัน, ประเทศญี่ปุ่น, ประเทศเบลเยียม, ประเทศกาบูเวอร์ดี (Cape Verde), ประเทศเช็ก, ประเทศเดนมาร์ก, ประเทศไอร์แลนด์, ประเทศนอร์เวย์ และประเทศโปรตุเกส เป็นต้น อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันหรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (The German Basic Law) เป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับการศึกษา¹⁴³

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงนำเสนอถึงการสถาปนารัฐธรรมนูญและวิธีการแก้ไขของประเทศเยอรมัน โดยเริ่มจากโครงสร้างสถาบันทางการเมือง กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนี้

3.1.1 โครงสร้างสถาบันการเมือง

ก่อนที่จะกล่าวถึงสถาบันต่าง ๆ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันในปัจจุบันควรกล่าวถึงรูปแบบของรัฐของประเทศเยอรมันก่อน กล่าวคือ ประเทศเยอรมันเป็นรัฐที่มีรูปแบบการปกครองที่เรียกกันว่ารัฐรวม เรียกว่า ระบบสหพันธรัฐ (Federalism) โดยภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ฝ่ายกองกำลังสัมพันธมิตร (Allies) ได้แบ่งประเทศเยอรมันใหม่ด้วยความหวังที่จะก่อตั้งรัฐเยอรมันที่มีลัทธิต่าง ๆ มีความเท่าเทียมกัน ต่อมาใน ค.ศ. 2006 บทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานหลาย

¹⁴³ Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, p. 939.

มาตราเกี่ยวกับสหพันธรัฐถูกแก้ไขแบบยกเครื่องใหม่โดยเป็นการปฏิรูปครั้งสำคัญนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับตั้งแต่ ค.ศ. 1949¹⁴⁴

เมื่อเยอรมันจัดรูปแบบการปกครองแบบรัฐรวม รัฐธรรมนูญได้กำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองที่ใช้อำนาจอธิปไตยสอดคล้องกับโครงสร้างรูปแบบของรัฐ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

3.1.1.1 ประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ

เป็นที่ทราบกันดีว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และกำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีอย่างกว้างขวาง อาทิ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การมีส่วนในการจัดตั้งรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจเข้าร่วมบริหารงานในฐานะรัฐบาล ลักษณะดังกล่าวทำให้ตำแหน่งประธานาธิบดีเปรียบเสมือนตำแหน่งแทนกษัตริย์ในอดีต ซึ่งลักษณะการกำหนดอำนาจหน้าที่ประธานาธิบดีเกินตัวดังกล่าว ถูกมองเป็นสาเหตุสำคัญของความล้มเหลวของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงกำหนดให้อำนาจหน้าที่ประธานาธิบดีน้อยลง ให้ประธานาธิบดีมีความเป็นกลางทางการเมือง หมายความว่า ผู้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีต้องไม่เป็นบุคคลที่ชูนโยบายพรรคการเมือง แต่จะต้องดำรงตนในฐานะตัวแทนของรัฐทั้งหมด¹⁴⁵

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้ประธานาธิบดีมีที่มาจากการแต่งตั้งของที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Convention) โดยปราศจากการอภิปรายใด ๆ การเลือกประธานาธิบดีนี้นับเป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 54 (1)¹⁴⁶ เป็นองค์กรที่มีขึ้นเพื่อเลือกตั้งประธานาธิบดีเท่านั้น รัฐธรรมนูญกำหนดเพียงองค์ประกอบของที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐและปัญหาในแง่วิธีว่าจะต้องได้รับคะแนนเท่าใดเท่านั้น กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติน้อยมาก

¹⁴⁴ Donald P. Kommers and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third edition, Revised and Expanded* (Durham-London: Duke University, 2012), p. 79.

¹⁴⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 73.

¹⁴⁶ มาตรา 54 การเลือกตั้ง วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ
(1) ประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐต้องมาจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมใหญ่สหพันธรัฐโดยไม่มี การอภิปราย ชาวเยอรมันที่มีสิทธิลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและมีอายุครบสี่สิบปีย่อมมีคุณสมบัติที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ

สำหรับเรื่องที่มีความสำคัญเช่นนี้ เช่น ไม่มีการกำหนดว่าใครเป็นผู้เสนอรายชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี เมื่อไม่มีการกำหนดประกอบกับการบังคับให้มีการอภิปรายในที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่า มีการตกลงกันนอกที่ประชุมแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดเพียงองค์ประกอบของที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐ คือ ประกอบไปด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ และผู้แทนสภาแห่งมลรัฐที่ได้รับเลือกเข้ามาตามระบบสัดส่วนเป็นจำนวนเท่ากลุ่มแรก การกำหนดองค์ประกอบของที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐในลักษณะดังกล่าวเนื่องมาจากมีความต้องการให้กลุ่มการเมืองต่าง ๆ และกำหนดให้ใช้ระบบเลือกตั้งแบบสัดส่วนเนื่องจากคำนึงถึงคะแนนเสียงทุกคะแนนอย่างทั่วถึง (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 54 (3))¹⁴⁷ อีกทั้งผู้แทนของสภามลรัฐในการทำหน้าที่เลือกประธานาธิบดีไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกของสภามลรัฐทำให้ฐานะของผู้ทำหน้าที่เลือกประธานาธิบดีกว้างออกไป นอกจากองค์ประกอบที่ประชุมแห่งสหพันธรัฐ¹⁴⁸

ในส่วนคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag Election) มีอายุตั้งแต่ 40 ปีขึ้นไป วาระในการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคราวละ 5 ปี และจะได้รับเลือกดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีได้อีกเพียงหนึ่งครั้งเท่านั้น

กฎหมายพื้นฐานกำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีไว้ในลักษณะเดียวกันกับประมุขของรัฐที่มีการปกครองแบบรัฐสภา คือ กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการลงนามและประกาศใช้กฎหมาย (มาตรา 82 การประกาศใช้กฎหมาย การตีพิมพ์ และการมีผลบังคับใช้) กำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นตัวแทนของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (มาตรา 59 การเป็นตัวแทนของสหพันธรัฐ) กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการ ตุลาการของสหพันธรัฐ และแต่งตั้งนายทหารในกองทัพ รวมถึงกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการอภัยโทษ (มาตรา 60 การแต่งตั้งและถอดถอนข้าราชการแห่งสหพันธรัฐ การอภัยโทษ ความคุ้มกันต่อประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ) และอำนาจในการให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์ซึ่งเป็นอำนาจตามจารีตประเพณี¹⁴⁹

กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้การกำหนดหรือออกคำสั่งใด ๆ ของประธานาธิบดีจะต้องมีคนลงนามสนองคำสั่งนั้น ๆ เสมอ ซึ่งคนลงนามสนองคำสั่งอาจเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแห่ง

¹⁴⁷ มาตรา 54 การเลือกตั้ง วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ

(3) ที่ประชุมใหญ่สหพันธรัฐประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งโดยรัฐสภาของมลรัฐตามสัดส่วนของจำนวนผู้แทนในจำนวนที่เท่ากัน

¹⁴⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 126.

¹⁴⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน**, หน้า 74.

สหพันธรัฐผู้มีอำนาจรับผิดชอบเรื่องนั้น ๆ ก็ได้ บทบาทในทางการเมืองของประธานาธิบดีจะปรากฏต่อเมื่อมีการปรับเปลี่ยนรัฐบาล กล่าวคือ กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจเสนอชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรจะลงคะแนนเลือกนายกรัฐมนตรีโดยปราศจากการอภิปรายใด ๆ หากสภาผู้แทนราษฎรเลือกบุคคลคนอื่นที่ประธานาธิบดีมิได้เสนอชื่อ กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ประธานาธิบดีต้องแต่งตั้งบุคคลซึ่งสภาผู้แทนราษฎรเลือก กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเยอรมันให้อำนาจประธานาธิบดีเพียงเริ่มต้นขั้นตอนเลือกนายกรัฐมนตรีเท่านั้น แต่สภาผู้แทนราษฎรมีจำเป็นต้องผูกพันต่อบุคคลที่ประธานาธิบดีเสนอชื่อ¹⁵⁰

3.1.1.2 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ

1) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ

กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ดังนั้น ในการอภิปรายเรื่องต่าง ๆ จึงมีการแสดงจุดยืนและแสดงให้เห็นทางเลือกต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนได้เห็น ซึ่งมีผลต่อการเลือกตั้งในครั้งต่อไป กล่าวได้ว่า ในประเทศเยอรมัน การดำเนินการหรือการเคลื่อนไหวต่าง ๆ ของสภาผู้แทนราษฎรจะได้รับความสนใจจากประชาชน ในขณะเดียวกัน ความเห็นต่าง ๆ ของประชาชนก็จะสะท้อนกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎร อย่างไรก็ตาม ความเห็นของประชาชนจะไม่มีอิทธิพลโดยตรงในการตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อีกทั้งสภาผู้แทนราษฎรยังมีได้เป็นองค์กรที่กำหนดแนวนโยบายในทางการเมือง ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจดังกล่าวเป็นของนายกรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรมีอิทธิพลโดยทางอ้อมเท่านั้น คือ มีอิทธิพลผ่านการเลือกตัวนายกรัฐมนตรีและการร่วมกำหนดนโยบาย สภาผู้แทนราษฎรสามารถลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้ ดังนั้น นายกรัฐมนตรีจึงต้องระมัดระวังมิให้ตนเองเสี่ยงฐานคะแนนสนับสนุนเสี่ยงของตนเองในสภาผู้แทนราษฎร กล่าวได้ว่า สภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่เป็นสะพานเชื่อมระหว่างนายกรัฐมนตรีกับประชาชน ในบางกรณี สภาผู้แทนราษฎรอาจมีอิทธิพลเหนือนายกรัฐมนตรีในการบริหารปกครองประเทศได้ เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรสามารถกำหนดบทบาทของฝ่ายบริหารผ่านทางกฎหมายที่ตนเองตราได้ ฝ่ายบริหารต้องผูกพันต่อกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรตราขึ้น สภาผู้แทนราษฎรมิได้มีอำนาจล้นพ้นพิจารณาประเด็นปัญหาต่าง ๆ ได้ทุกประเด็น ในทางปฏิบัติ อำนาจสภาผู้แทนราษฎรมีข้อจำกัดอยู่สองประการ คือ ประการแรก สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจพิจารณาเฉพาะเรื่องในระดับสหพันธรัฐเท่านั้น ไม่สามารถก้าวล่วงเรื่องภายในมลรัฐได้ ประการที่สอง ในการพิจารณาเรื่องในระดับสหพันธรัฐ จะต้องเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนด

¹⁵⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 127.

ไว้ให้เป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น สภาผู้แทนราษฎรจึงมีอำนาจดำเนินการเรื่องดังกล่าวได้¹⁵¹

2) วุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ

โครงสร้างของวุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ (Federal Council: Bundesrat) ตามกฎหมายพื้นฐานยังคงยึดรูปแบบเดิมที่มีมาตั้งแต่จักรวรรดิที่ 1871 ซึ่งสมาชิกของวุฒิสภามาจากตัวแทนของรัฐบาลมลรัฐ (Länder Government) ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนหรือมาจากสภามลรัฐ เมื่อเป็นตัวแทนของรัฐบาลมลรัฐ รัฐบาลมลรัฐจึงมีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกวุฒิสภาที่ตนส่งไป และสมาชิกวุฒิสภาจะผูกมัดอยู่ภายใต้คำสั่งของรัฐบาลของตนโดยปกติ วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นรัฐมนตรีของมลรัฐที่ได้รับแต่งตั้งและถอดถอนโดยมลรัฐ รัฐมนตรีคนอื่นอาจเป็นผู้ทำหน้าที่สมาชิกวุฒิสภา (Deputy Members of the Bundesrat) แทนผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งได้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่า สมาชิกวุฒิสภาจะผูกมัดอยู่ภายใต้คำสั่งของรัฐบาลของตนหรือต้องออกเสียงไปในมติเดียวกัน หากลงมติขัดกัน ศาลรัฐธรรมนูญจะประกาศการลงคะแนนเสียงนั้นตกเป็นโมฆะและให้กฎหมายฉบับนั้นไม่มีผลบังคับใช้ ดังเช่น ใน ค.ศ. 2002 ระหว่างการออกเสียงลงคะแนนในร่างกฎหมายเกี่ยวกับการอพยพ (Zuwanderungsgesetz) รัฐบาลผสมของมลรัฐ Brandenburg ลงคะแนนเสียงขัดแย้งกัน ผลคือ ศาลรัฐธรรมนูญประกาศให้คะแนนเสียงของมลรัฐ Brandenburg และร่างกฎหมายนั้นตกเป็นโมฆะ รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจของวุฒิสภาในการนิติบัญญัติไว้ให้มีอำนาจริเริ่มเสนอกฎหมาย และมีอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายไว้ชั่วคราว (Suspensive Veto) อย่างไรก็ตาม สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจยืนยันร่างกฎหมายดังกล่าวด้วยเสียงข้างมากเด็ดขาด หากวุฒิสภาลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามเพื่อยับยั้งร่างกฎหมาย สภาผู้แทนราษฎรย่อมต้องใช้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามเพื่อยืนยันร่างกฎหมายดังกล่าว¹⁵² สำหรับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะกล่าวในข้อ 3.1.3

3.1.1.3 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันต้องพิจารณาจากการเกิดขึ้นของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) และกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) ในช่วงการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหาพื้นฐานทางแนวความคิดสองแนวความคิดที่ขัดแย้งกัน คือ แนวคิดแรกเห็นว่า การวินิจฉัยในเรื่องทางการเมืองเป็นเรื่องขององค์กรทางการเมือง ไม่ควรอยู่ในอำนาจการวินิจฉัยของศาล แนวคิดที่สองเห็นว่า ปัญหา

¹⁵¹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 128-129.

¹⁵² Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2011), pp. 69-70.

ทางรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาทางกฎหมายเช่นกัน เพราะฉะนั้นย่อมเป็นปัญหาที่อาจได้รับการวินิจฉัยโดยองค์กรศาลได้ แนวคิดนี้เห็นว่าควรขยายอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย แนวคิดนี้เห็นว่า ปัญหาทางรัฐธรรมนูญควรได้รับการพิจารณาโดยองค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง เพื่อให้ทำการตีความและการคุ้มครองรัฐธรรมนูญมีความเป็นกลาง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญตัดสินใจบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญโดยกำหนดในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการขยายอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรระดับสหพันธรัฐ และระหว่างมลรัฐต่าง ๆ ด้วยกัน รวมถึงเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญรักษาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชนให้อยู่ในลักษณะของประชาธิปไตยแบบนิติรัฐ และเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะไม่มีอำนาจใดครอบงำอำนาจอื่นอย่างเบ็ดเสร็จ¹⁵³ กล่าวคือ ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการปกป้องและคุ้มครองรัฐธรรมนูญ หลักการต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน¹⁵⁴

ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญถูกพิจารณาให้เป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญ (The Keystone of the constitutional Rechtsstaat) เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG) มาตรา 1 และรายงานสถานะของศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 1952 (Status Report of 27.6.1952) เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) ที่มีสถานะระดับเดียวกันกับสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) วุฒิสภา (Bundesrat) และประธานาธิบดี (Federal President)¹⁵⁵

กฎหมายพื้นฐานบัญญัติกำหนดโครงสร้างและองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้กำหนดไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรประกอบด้วยองค์คณะกี่องค์คณะ และองค์คณะหนึ่ง ๆ ควรประกอบด้วยผู้พิพากษากี่คน โดยมาตรา 94 (ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐและองค์ประกอบของศาล) บัญญัติว่า¹⁵⁶

¹⁵³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 99-100.

¹⁵⁴ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *รายงานวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), หน้า 61.

¹⁵⁵ Werner Heun, *op. cit.*, pp. 167-168.

¹⁵⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 103.

1) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐประกอบด้วยผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐและผู้พิพากษาอื่น ๆ ผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐและอีกครึ่งหนึ่งได้รับเลือกจากวุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ วุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ และองค์กรในลักษณะเดียวกันของมลรัฐไม่ได้

2) ให้ออกกฎหมายของสหพันธรัฐกำหนดเกี่ยวกับธรรมนูญและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ และให้กำหนดว่าในกรณีใดที่คำพิพากษาของศาลมีผลบังคับเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวอาจกำหนดเงื่อนไขให้มีการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่มีการดำเนินการในศาลต่าง ๆ จนถึงที่สุดแล้ว และอาจกำหนดขั้นตอนการรับเรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเป็นกรณีเฉพาะได้

จะเห็นได้ว่า กฎหมายพื้นฐานมอบอำนาจให้องค์กรผู้ออกกฎหมายในระดับสหพันธรัฐเป็นผู้พิจารณาความเหมาะสม รายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญถูกกำหนดผ่านกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (BVerfGG) ซึ่งได้กำหนดแบ่งองค์คณะศาลรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยในสาระสำคัญ ดังนี้¹⁵⁷

องค์คณะแรก มีอำนาจหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 18 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 1) คดีที่เกี่ยวกับพรรคการเมือง (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 21 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 2) การตรวจสอบการเลือกตั้ง (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 41 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 4) การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 100 วรรคหนึ่ง และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 11) วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบันยังมีผลบังคับต่อไปหรือไม่ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 126 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 14) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4a, 4b และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 8a)

องค์คณะที่สอง มีอำนาจหน้าที่พิจารณาเกี่ยวกับคดีฟ้องประธานาธิบดี (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 61 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 4) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 6) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างมลรัฐและ

¹⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**, หน้า 103-107.

สหพันธรัฐ โดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมาย (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 3 และมาตรา 84 วรรคสอง และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 7) คดีฟ้องผู้พิพากษาของสหพันธรัฐหรือของมลรัฐ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 98 วรรคสองและมาตรา 5 และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 9) การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าเป็นกฎหมายภายในหรือไม่ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 100 วรรคสอง และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 12)

องค์คณะร่วม กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 กำหนดให้ในกรณีที่องค์คณะใดต้องการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่ปรากฏในคำวินิจฉัยให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของอีกองค์คณะหนึ่ง ให้ที่ประชุมร่วมของศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย นอกจากนี้ องค์คณะร่วมยังมีอำนาจในการออกระเบียบข้อบังคับของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการพิจารณาขององค์คณะต่าง ๆ (กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 วรรคสาม) พิจารณาว่าควรเสนอบุคคลใดดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งแต่ยังไม่มี การตั้งผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งแทน หรือในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ และการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่มีอำนาจไม่อาจเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่ได้เมื่อเวลาพ้นไปสองเดือนแล้ว (กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 7a และระเบียบข้อบังคับศาลรัฐธรรมนูญ ข้อ 57-59) พิจารณากรณีที่ต้องการแบ่งงานระหว่างองค์คณะทั้งสองให้แตกต่างจากที่กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐกำหนด (กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 14)

องค์คณะกลั่นกรอง (Kammer) ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องที่ประชาชนร้องว่ามีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนจะดำเนินการให้องค์คณะที่มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวพิจารณาต่อไป

3.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.1.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กฎหมายพื้นฐานกำหนดเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 79 โดยบัญญัติไว้ ดังนี้ “มาตรา 79 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน

1) กฎหมายพื้นฐานนี้จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็แต่โดยกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดแจ้งให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงสันติภาพ การจัดทำข้อตกลงสันติภาพ การสิ้นสุดอำนาจลงตามลำดับของผู้ยึดครองหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมการป้องกันสหพันธ์สาธารณรัฐ การเพิ่มถ้อยคำใน

กฎหมายพื้นฐานเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานนี้ไม่ตัดสิทธิในการเข้าทำและการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว

2) กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคะแนนเสียงสองในสามของวุฒิสภา

3) การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ที่มีผลทำให้เกิดการแบ่งแยกสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ หรือที่กระทบต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมตามหลักการของกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ย่อมไม่อาจยอมรับได้”

นับตั้งแต่ ค.ศ. 1949 กฎหมายพื้นฐานใช้บังคับมาแล้ว 70 ปี รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกแก้ไขมาแล้วหกสิบกว่าครั้ง ครั้งล่าสุดเป็นการแก้ไขตามกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ฉบับลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 2017 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 21 (พรรคการเมือง)¹⁵⁸ และแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 90 (ทางหลวงของสหพันธรัฐ), 91c (ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ), 104b (การช่วยเหลือทางการเงินเพื่อการลงทุน), 104c (งบช่วยเหลือทางการเงินเพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานทางการศึกษาในเขตเทศบาล), 107 (การจัดสรรรายได้จากภาษี-ความเสมอภาคทางการเงินระหว่างมลรัฐ-เงินอุดหนุนเพิ่มเติม), 108 (การบริหารจัดการคลังของสหพันธรัฐและมลรัฐ-ศาลภาษีอากร), 109a (งบประมาณฉุกเฉิน), 114 (การส่งและสอบบัญชี), 125c (การมีผลใช้บังคับต่อไปของกฎหมายภายใต้กรอบงานร่วม), 143d (บทเฉพาะกาลเกี่ยวกับเงินช่วยเหลือเพื่อการรวมประเทศ), 143e (ทางด่วนแห่งสหพันธรัฐและการเปลี่ยนแปลงการบริหาร), 143f (ความสัมพันธ์ทางการคลังในระบบสหพันธรัฐ), 143g (การบังคับใช้มาตรา 107 อย่างต่อเนื่อง)¹⁵⁹

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเยอรมันนับตั้งแต่ถูกสถาปนาขึ้นในฐานะรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่ถูกใช้เพื่อรอการรวมชาติ เมื่อเยอรมันตะวันตกและตะวันออกมารวมกันใน ค.ศ. 1990 รัฐธรรมนูญชั่วคราวของเขตการปกครองตะวันตกก็กลายเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของประเทศ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าเริ่มแรกเดิมที ประธานร่างรัฐธรรมนูญ นาย Konrad Adenauer ต้องการให้กฎหมายพื้นฐานใช้เพียงชั่วคราว ทั้งนี้ เนื่องจากบรรดานักการเมืองทั้งหลายในขณะนั้นไม่ต้องการให้รัฐธรรมนูญหรือสิ่งใดทำให้เยอรมันถูกแบ่งแยกไปตลอดกาล ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงถูกเรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ไม่ใช่รัฐธรรมนูญดังเช่นประเทศอื่น ๆ (Verfassung) อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญฉบับ

¹⁵⁸ Das deutsche Bundesgesetzblatt (BGBl) vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2346), Retrieved August 27, 2018 from <https://www.buzer.de/gesetz/5041/l.htm>

¹⁵⁹ *Ibid.*

นี้จะใช้บังคับมายาวนานเกือบเจ็ดทศวรรษ แต่รัฐธรรมนูญเยอรมันก็ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับบริบทสังคมโลกและสังคมเยอรมันมาตลอด 70 ปี เช่น การก่อตั้งกองทัพ (Bundeswehr) หรือการเกณฑ์ทหาร (Compulsory Military Service) เป็นต้น กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการปรับตัวได้อย่างยืดหยุ่นทำให้องค์กรทางการเมืองของรัฐสามารถดำเนินการเพื่อป้องกันความมั่นคงปลอดภัยจากการก่อการร้าย หรือวิกฤติทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากข้อมูลที่ถูกเก็บโดยองค์กรของรัฐและเอกชนในการไม่เผยแพร่โดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁶⁰

ฉะนั้น การที่รัฐธรรมนูญเยอรมันปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ของสังคมโลกและสังคมเยอรมันอย่างต่อเนื่องผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทำให้เห็นถึงประสิทธิภาพของรัฐธรรมนูญในการทำให้องค์กรทางการเมืองและองค์กรของรัฐสามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแก้ไขปัญหาและป้องกันการเกิดปัญหา นำประเทศไปสู่ความเจริญอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การศึกษากระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นอย่างมากในการออกแบบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย

3.1.2.2 ขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน (3) “การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้มีผลทำให้เกิดการแบ่งแยกสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ หรือที่กระทบต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมตามหลักการของกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ย่อมไม่อาจยอมรับได้” จากบทบัญญัติมาตรา 79 (3) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้มีการคุ้มครองโครงสร้างของสหพันธรัฐ และหลักการพื้นฐานที่อยู่ในกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1 และมาตรา 20¹⁶¹ โดยสามารถสรุปสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 79 (3) ได้ดังนี้¹⁶²

¹⁶⁰ Andreas Vosskuhle, **Germany's Basic Law is a Flexible Yet Stable Constitution** Retrieved August 27, 2018 from <https://www.dw.com/en/germanys-basic-law-is-a-flexible-yet-stable-constitution/a-38942557>

¹⁶¹ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendment and Article, **NUJS Law Review** 1 (2008): 399.

¹⁶² Olivier Lepsius, “Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Revision Constitutionnelle Dans la République Fédérale d’Allemagne,” **Cahier du Conseil Constitutionnel** 27 (Janvier 2010), Retrieved May 30, 2018 from <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux->

ประการแรก คือ ส่วนสำคัญที่มีอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ มาตรา 79 (3) กำหนดว่าเมืองค์ประกอบบางประการในทางเนื้อหาที่มีอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ลักษณะดังกล่าวนี้เรียกได้ว่าเป็นกลไกในการประกันหลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ (Ewigkeitsgarantie) ได้แก่

1) หลักสหพันธรัฐ เป็นการคุ้มครองการดำรงอยู่ของสหพันธ์และมลรัฐ อย่างไรก็ตาม การรวมมลรัฐหรือเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของมลรัฐเป็นสิ่งที่สามารถดำเนินการได้ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 29 การกำหนดเขตแดนใหม่ของมลรัฐ, มาตรา 118 การกำหนดเขตแดนใหม่ของบาเดน-เวอเท็มเบิร์กและมาตรา 118a การกำหนดเขตแดนใหม่ของเบอร์ลิน-แบรนเดนเบิร์ก)

2) การมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติของกฎหมายสหพันธรัฐ มลรัฐจะมีส่วนร่วมในกระบวนการตรากฎหมายผ่านทางวุฒิสภาตามกระบวนการตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 77 กระบวนการนิติบัญญัติ คณะกรรมการใกล้เคียง

3) หลักการสุดท้ายที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมาตรา 20 หลักการพื้นฐานเชิงสถาบัน การปกป้องระบอบรัฐธรรมนูญ หมายความว่า พันธะซึ่งองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนต้องเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 (1)) สิทธิมนุษยชน (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 (2)) และข้อผูกมัดขององค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการที่ต้องเคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานในการบังคับใช้กฎหมาย (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 (3)) รวมถึงหลักการของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 (2) ประโยคแรก) หลักสังคมรัฐ (Le Principe de l'État Social) และระบอบสาธารณรัฐ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 (1)) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 (2) ประโยคที่สอง) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 (3)) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (l'État de droit)¹⁶³

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานปราศจากถ้อยคำอย่าง “โครงสร้างพื้นฐาน” (Basic Structure) หรือ “ลักษณะพื้นฐาน” (Basic Features) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวเป็นคำที่ศาลสูงสุดของอินเดียใช้ในคำพิพากษา (ผู้เขียนจะกล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในข้อ 3.3 การสถาปนารัฐธรรมนูญและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศไทย) ในกฎหมายพื้นฐานใช้คำว่า “Grundsätze” ซึ่งหมายถึงหลักการที่กล่าวอ้างถึงบทบัญญัติที่เป็นพื้นฐานอื่น ๆ ที่กำหนดใน

cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemagne.51426.html

¹⁶³ Ibid.

รัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) เป็นบทบัญญัติที่ต้องมีการตีความของตนเอง โดยอาศัยประสบการณ์และมุมมองในแต่ละบริบทแห่งรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การที่รัฐธรรมนูญไม่มีค่าอย่างโครงสร้างพื้นฐานย่อมมีความหมายสำคัญ ซึ่งปัญหาสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานมาตราต่าง ๆ หรือที่ปรากฏในส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะถาวรหรือเป็นนิรันดร์คืออะไร¹⁶⁴

อย่างไรก็ดี หลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ (Ewigkeitsgarantie) ตามมาตรา (79 (3)) เคยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเคยนำหลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญมาใช้วินิจฉัยคดี โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953 (รายละเอียดเนื้อหาของคำวินิจฉัยจะกล่าวต่อไปในข้อ 3.1.3.1 องค์การที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ)

ประการที่สอง ในส่วนเกี่ยวกับที่มาในทางประวัติศาสตร์ของบทบัญญัติมาตรา 79 (3) เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ากฎหมายพื้นฐานฉบับนี้จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 79 (3) มิได้มีรากฐานมาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าแต่อย่างใด กล่าวคือ การประกันหลักอันเป็นนิรันดร์ถือเป็นนวัตกรรมทางรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการการรัฐสภากำหนดขึ้นในการร่างกฎหมายพื้นฐานเจตนารมณ์ของคณะกรรมการการรัฐสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันการฉีกรัฐธรรมนูญเหมือนครั้งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ กล่าวคือ สำคัญสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 79 (3) ที่มุ่งคุ้มครองมาจากประสบการณ์ที่เกิดขึ้นใน ค.ศ. 1933 เช่น การยึดอำนาจจากมลรัฐ การเปลี่ยนระบบพรรคการเมืองเป็นระบบพรรคเดี่ยว การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นต้น กฎเกณฑ์ตามมาตรา 79 (3) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้กฎเกณฑ์สำคัญทางรัฐธรรมนูญถูกลบล้างโดยกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเอง กล่าวคือ เป็นการป้องกันมิให้เผด็จการใช้วิถีทางรัฐธรรมนูญเปลี่ยนรัฐธรรมนูญให้เป็นระบอบการปกครองเผด็จการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในทางปฏิบัติ ขอบเขตของกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอันเนื่องจากการบังคับใช้ ประการแรกเกิดจากการตีความเนื้อหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการคุ้มครองต่อชีวิตในลักษณะกว้าง ๆ ประการที่สอง ขอบเขตของวัตถุประสงค์ของมาตรา 79 (3) ถูกการขยายขยายออก กล่าวคือ แต่เดิมมาตรา 79 (3) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการล้มล้างรัฐธรรมนูญตามวิถีทางตามรัฐธรรมนูญ คือ ตามกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่ต่อมาการคุ้มครองรัฐธรรมนูญยังได้รับการพิจารณาให้ใช้บังคับไม่เพียงแต่กับเฉพาะรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงอำนาจอธิปไตยของชาติ เมื่อรัฐจะอยู่ในสถานะอันตรายต่ออำนาจอธิปไตย กล่าวคือ

¹⁶⁴ Helmut Goerlich, *op. cit.*, pp. 400-401.

อันตรายดังกล่าวอาจเกิดจากการโอนอำนาจอธิปไตยบางส่วนไปยังองค์การระหว่างประเทศของยุโรป ซึ่งการโอนอำนาจดังกล่าว กฎหมายพื้นฐานอนุญาตให้สามารถดำเนินการได้¹⁶⁵

3.1.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินการกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ดังต่อไปนี้

ประการแรก กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายที่ระบุอย่างชัดเจนว่าต้องการแก้ไขหรือเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1)) ดังนั้น ความเป็นเอกภาพในการดำเนินการตามกระบวนการตามรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการตาม เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำนอกวิธีกฎรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรียหรือกรณีการกระทำละเมิดรัฐธรรมนูญดังเช่นในกรณีช่วงสาธารณรัฐไวมาร์ กล่าวได้ว่า นอกจากกระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) รัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้รัฐบาล สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁶⁶

สำหรับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนในการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่รัฐบาลเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สมาชิกวุฒิสภาพิจารณาก่อน โดยวุฒิสภามีสิทธิที่จะแสดงความเห็นต่อร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยรัฐบาลภายใน 9 สัปดาห์ ต่อจากนั้น รัฐบาลจึงส่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ รัฐบาลไม่สามารถอ้างได้ว่าเป็นกรณีฉุกเฉินรีบด่วนที่จะทำให้ลดเวลาพิจารณาเหลือ 3 สัปดาห์ และส่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สภาผู้แทนราษฎรโดยที่วุฒิสภายังไม่ได้ทำความเห็นดังเช่นการเสนอร่างกฎหมายธรรมดาไม่ได้

กรณีที่สอง วุฒิสภาเป็นผู้เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญให้รัฐบาลพิจารณาและให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นลำดับแรก รัฐบาลจะต้องทำความเห็นภายใน 9 สัปดาห์ จากนั้นรัฐบาลจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาต่อไป

กรณีที่สาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะต้องมียุติสภาอย่างน้อยหนึ่งกลุ่ม หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสมาชิก

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 408.

¹⁶⁶ Olivier Lepsius, *op. cit.*

ทั้งหมดที่มีลงชื่อรับรอง การเสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ต้องนำร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หลังจากนั้นจึงส่งร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาและต้องได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่าสองในสาม¹⁶⁷

ประการที่สอง ในประเด็นคะแนนเสียงในการลงคะแนน รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องใช้เสียงส่วนใหญ่ คือ คะแนนเสียงสองในสามของสภาผู้แทนราษฎรและคะแนนเสียงสองในสามของคะแนนเสียงในวุฒิสภา (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (2)) ซึ่งในทางปฏิบัติ การลงคะแนนเสียงสองในสามในสภาผู้แทนราษฎรย่อมเป็นการลงคะแนนเสียงเห็นพ้องระหว่างพรรคการเมืองทั้งหลายที่มีในสภาเนื่องจากเป็นการใช้คะแนนค่อนข้างมากเกินกว่าคะแนนเสียงรัฐบาลหรือพรรคใดพรรคหนึ่งเพียงอย่างเดียว ส่วนคะแนนเสียงสองในสามในวุฒิสภาย่อมเป็นคะแนนเสียงอย่างฉันทามติระหว่างมลรัฐทั้งหลาย กล่าวได้ว่า หากพรรคการเมืองใดครองที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรและมีตัวแทนในมลรัฐมากก็เป็นไปได้ที่รัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขได้โดยง่าย อย่างไรก็ตาม เกณฑ์การลงคะแนนเสียงสองในสามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้บ่อยครั้งถูกใช้เพื่อเป็นการจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อผลประโยชน์ในทางการเมือง สำหรับกรณีดังกล่าว การแก้ไขปัญหาได้แก่การต่อรองในทางการเมืองเพื่อหาทางประนีประนอมเพื่อกำหนดประเด็นในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเด็นในการต่อรองอาจมีหลายประเด็นที่มีไข่ประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อาจเป็นประเด็นในทางการเมืองที่สามารถดำเนินการเพียงใช้กฎหมายธรรมดา ซึ่งข้อจำกัดอันเนื่องมาจากประนีประนอมในทางการเมืองดังกล่าวนี้นำให้รัฐธรรมนูญมีการเปลี่ยนแปลงมาก บางครั้งเป็นการเปลี่ยนแปลงในรายละเอียดมากเกินไป จึงถูกมองว่าเป็นการทำลายลักษณะดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 16a (สิทธิในการลี้ภัยทางการเมือง), 23 (สหภาพยุโรป-การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน-หลักควบคุมการใช้อำนาจของประชาคม), 87e (การบริหารจัดการขนส่งทางราง), 87f (การไปรษณีย์และการคมนาคม) และมาตรา 106 (การจัดการภาษี) กล่าวได้ว่า เมื่อวันเวลาผ่านไป กฎหมายพื้นฐานกลายเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดภาระหน้าที่มากเกินไป การแก้ไขรัฐธรรมนูญมักเป็นประเด็นทางการเมืองไม่ใช่ประเด็นทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวในอีกแง่หนึ่ง รัฐธรรมนูญเปิดให้มีการแก้ไขอย่างกว้างขวาง เป็นกฎหมายที่มีพลวัต (Dynamique) หากฝ่ายการเมืองมีคะแนนเสียงสองในสามก็สามารถที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) เป็น

¹⁶⁷ ชมพูนุช ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2556), หน้า 71-73.

บทบัญญัติที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความสูงสุดดังกล่าวขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางการเมืองตามมาตรา 79 (2)¹⁶⁸

3.1.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

3.1.3.1 องค์การที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในช่วงต้นของการก่อตั้งองค์กรเพื่อวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เยอรมันได้รับอิทธิพลจากแนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง กองกำลังสัมพันธมิตรเข้าปกครองเยอรมันและแบ่งกันปกครองเยอรมัน ในการจัดทำกฎหมายพื้นฐาน ผู้ร่างต้องการให้มีองค์กรที่สามารถถ่วงดุลกับเสียงข้างมากในสภา ซึ่งองค์กรดังกล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันได้นำแนวคิดของ Hans Kelsen มาต่อยอด จากที่ Hans Kelsen ให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ออกแบบให้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกว้างขวางในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองว่าอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเป็นการคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภาด้วย มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน กล่าวโดยสรุป ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทหน้าที่สรุปได้สี่ประการ คือ ประการแรก คุ้มครองนิติรัฐ-ประชาธิปไตยให้มีความมั่นคง ประการที่สอง ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ประการที่สาม คุ้มครองฝ่ายข้างน้อยในสภา และประการสุดท้าย คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁶⁹

เมื่อพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งกฎหมายพื้นฐานบัญญัติในมาตรา 93 (ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ: เขตอำนาจศาล) จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของมิได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด กล่าวคือ กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 (1) ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตีความรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์รัฐหรือขององค์กรอื่น ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้หรือตามข้อบังคับขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์รัฐได้กำหนดให้บุคคลนั้นมีสิทธิของตนเอง¹⁷⁰

ส่วนกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 (2) บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งกฎหมายระดับสหพันธ์รัฐและกฎหมายระดับมลรัฐ

¹⁶⁸ Olivier Lepsius, *op. cit.*

¹⁶⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 74.

¹⁷⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 111.

เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายกรณีเช่นกัน เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญของเยอรมันต้องทำเป็นร่างกฎหมายขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้กระบวนการเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาทิ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970 (Klass Case) ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย ดังนี้ ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 10 “ความลับของจดหมายและความลับของไปรษณีย์และโทรคมนาคมเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้ การจำกัดจะกระทำได้ก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 ตราออกมาเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1968 ได้เพิ่มเติมวรรคที่สองของมาตรา 10 โดยมีหลักการที่เพิ่มเติมเข้าไปคือ อนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิตามวรรคแรกเพื่อคุ้มครองระเบียบพื้นฐานประชาธิปไตยหรือความมั่นคงของสหพันธ์หรือความมั่นคงของมลรัฐ สภาสามารถออกกฎหมายอนุญาตกำหนดมาตรการสอดส่องโดยไม่ต้องแจ้งแก่ผู้ถูกจำกัดสิทธิ และให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรซึ่งถูกแต่งตั้งโดยรัฐสภาแทนการตรวจสอบโดยศาล กล่าวได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการอนุญาตให้สามารถละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารเพื่อที่จะปกป้องคุ้มครองความมั่นคงของชาติ ยิ่งไปกว่านั้น ยังกำหนดให้รัฐสภามีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการสอดส่องในกรณีความมั่นคงของชาติแทนอำนาจตรวจสอบของศาล จึงมีการยื่นคำร้องไปที่ศาลรัฐธรรมนูญว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 ลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1968 มีลักษณะละเมิดหลักการพื้นฐานซึ่งได้รับการรับรองว่าไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) ทั้งนี้ หมายความว่า ข้อจำกัดในความเป็นส่วนตัว เรื่องการสื่อสารและการกำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการสอดส่องดังกล่าวเป็นขององค์กรที่ถูกแต่งตั้งโดยรัฐสภาแทนอำนาจศาลเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติธรรม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับความคุ้มครองไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 79 (3) ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวและยืนยันว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 10 (2) ไม่ละเมิดหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากเห็นว่า ประการแรก การให้องค์กรที่รัฐสภาแต่งตั้งควบคุมการสอดส่องเป็นหลักประกันที่เพียงพอในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสอดส่อง ประการต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) ควรถูกตีความในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากการยกเว้นหลักทั่วไปซึ่งต้องไม่กีดกันผู้ร่างกฎหมายในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะเป็นหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่อยู่ส่วนห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความกรณีนี้อย่างเคร่งครัด ศาล

รัฐธรรมนูญจึงให้ความหมายมาตรา 79 (3) ว่าเป็นมาตราที่กำหนดห้ามมิให้ยกเลิกเนื้อหาของกฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้วก่อตั้งระบบเผด็จการโดยกระบวนการแก้ไขตามกฎหมาย ดังนั้นการจำกัดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารและการกำหนดให้องค์กรที่รัฐสภาแต่งตั้งตรวจสอบกระบวนการจำกัดดังกล่าวแทนศาลจึงมิได้ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 คดีนี้มีมูลการศาลรัฐธรรมนูญสามคนลงมติว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่รับรองไว้ในมาตรา 1 และละเมิดการคุ้มครองทางกฎหมายต่อปัจเจกบุคคลซึ่งมาจากหลักแบ่งแยกอำนาจตามมาตรา 20 (2)¹⁷¹

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991 (Land Reform I Case) คดีนี้เกิดขึ้นหลังจากการรวมชาติเยอรมันในสนธิสัญญารวมชาติเยอรมันลงวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1990 (The German Reunification Treaty) มาตรา 41 (3) และภาคผนวกที่สามกำหนดให้ทรัพย์สินที่ถูกยึดและทรัพย์สินที่ไ้ร่วมกันในเขตการปกครองของสหภาพโซเวียตในช่วงปี ค.ศ. 1945 ถึง ค.ศ. 1949 ไม่กลับคืนสู่เจ้าของเดิม ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1990 ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติดังกล่าวของสนธิสัญญารวมชาติเยอรมัน ค.ศ. 1990 ไปรวมกับมาตรา 143 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐาน เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดทรัพย์สินจำนวน 14 ราย ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยใช้สิทธิในการร้องทุกข์ไปยังศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้เข้าตรวจสอบกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าได้ดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 79 (1) และ (2) บัญญัติไว้หรือไม่ หลังจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติมาตรา 143 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ถูกแก้ไขมานั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อขอบเขตทางเนื้อหาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดในมาตรา 79 (3) หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่า หลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ที่บัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญมาตรา 79 (3) ไม่มีผลใด ๆ ต่อบทบัญญัติมาตรา 143 (3) ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การยึดทรัพย์สินดังกล่าวดำเนินการในช่วงปี ค.ศ. 1945 ถึง ค.ศ. 1949 ในขณะนั้นกฎหมายพื้นฐานยังไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไม่คุ้มครองเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากการยึดอันมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาลต่างชาติได้ การยึดทรัพย์สินในช่วงปี ค.ศ. 1945 ถึง ค.ศ. 1949 มิได้กระทำโดยเยอรมันตะวันออกหรือสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมันเดิม แต่เป็นการกระทำของสหภาพโซเวียตที่มีอำนาจปกครองประเทศเยอรมันเขตตะวันออกในขณะนั้น ฉะนั้น การยึดทรัพย์สินซึ่งดำเนินการโดย

¹⁷¹ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, p. 59.

สหภาพโซเวียตจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ อีกประการหนึ่ง หลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) มิได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของพลเมืองเยอรมันต่อการกระทำของรัฐต่างประเทศ ดังนั้น หลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้จึงถูกระทบจากการไม่คืนทรัพย์สินในมาตรา 143 (3)¹⁷²

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1996 (Land Reform II Case) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เป็นประเด็นเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991 ซึ่งกล่าวมาข้างต้น กล่าวคือ ในคดีนี้ แม้ผู้ร้องโต้แย้งว่ากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 143 (3) ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค เนื่องจากการคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดภายหลัง ค.ศ. 1949 เป็นสิ่งที่สามารถดำเนินการได้ ในขณะที่การคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดระหว่าง ค.ศ. 1945 ถึง ค.ศ. 1949 ไม่สามารถทำได้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังยืนตามคำวินิจฉัยเดิม ศาลรัฐธรรมนูญย้ำว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากกระทบต่อหลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ที่บัญญัติรับรองในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า หลักความเสมอภาคซึ่งได้รับความคุ้มครองในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 3 มิได้ตกอยู่ภายใต้หลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ที่กล่าวมาข้างต้น ผลก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธข้อโต้แย้งของผู้ร้องและยังคงยืนยันว่ากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 143 (3) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว¹⁷³

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 (Acoustic Surveillance of Homes) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 45 ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1998 ได้ดำเนินการแก้ไข มาตรา 13 (3) ซึ่งกำหนดอนุญาตให้สามารถดักฟังในบริเวณเคหสถานเพื่อใช้ในการดำเนินคดีอาญาได้ มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติดังกล่าวละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถล่วงล้ำได้ และหลักดังกล่าวนี้ถูกรับรองในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 กล่าวคือ เป็นหลักการอันไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ที่บัญญัติรับรองในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งและพิพากษาว่า การดักฟังในบริเวณเคหสถานได้มิได้ละเมิดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถล่วงล้ำได้แต่อย่างใด ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงสอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3)¹⁷⁴

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าตนเองมีเขตอำนาจในการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย ดังจะเห็นได้จากในส่วนของข้อสังเกตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Obiter Dictum) ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงทศวรรษที่ 1950 ในช่วงเวลาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่า อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะในการตรวจสอบเนื้อหาที่

¹⁷² *Ibid.*, pp. 59-61.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 61.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 64.

กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงหลักการอื่น ๆ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอีกด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญเหล่านี้เห็นว่า ศาลมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทางเนื้อหาได้แม้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งก็ตาม ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ยืนยันถึงอำนาจดังกล่าว ดังนี้

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดี Southwest Case

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951 ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่า มีหลักการที่อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญครอบงำเหนือรัฐธรรมนูญเหนือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดหรือขอบเขตทางเนื้อหาที่มีมากกว่าที่กำหนดในมาตรา 79 (3) และศาลสามารถควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยข้อจำกัดหรือขอบเขตเหล่านั้นได้อย่างไรก็ตาม เราได้วิเคราะห์กันมาแล้วว่า เราไม่สามารถทำให้บทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันมีลำดับชั้นทางกฎหมายแตกต่างกันได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงยืนยันแนวคิดดังกล่าวในข้อสังเกตและไม่ได้พิพากษาให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะเนื่องจากละเมิดหลักการที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ¹⁷⁵

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดี Article 117 Case

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953 ศาลรัฐธรรมนูญข้อสังเกตว่า มีหลักความยุติธรรมที่อยู่สูงกว่ากฎหมาย บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเกินขอบเขตของหลักความยุติธรรมที่อยู่สูงกว่ากฎหมาย (Übergesetzliche: Higher-Law) จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะล้มเลิกบทบัญญัติดังกล่าว¹⁷⁶

อย่างไรก็ตาม ภายหลัง ค.ศ. 1953 ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะอ้างถึงหลักการเหนือกฎหมายที่ไม่ปรากฏขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งอีกต่อไป กล่าวคือ พรรคชนขอศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953 เป็นการอธิบายตอบโต้ระบอบการปกครองนาซีก่อนหน้านี้¹⁷⁷ ภายหลังจากปี ค.ศ. 1970 ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธทฤษฎีการดำรงอยู่ของข้อจำกัดหรือขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา กล่าวคือ ในกรณีการควบคุม

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 86.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 88.

¹⁷⁷ *Ibid.*

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะอ้างเฉพาะขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาที่กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) รับรองไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น¹⁷⁸

3.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุลาการ การดำเนินการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ประกอบกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) มาตรา 13 ข้อ 6 เป็นรากฐานในการดำเนินการเข้าใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เรื่องดังกล่าวมิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องประโยชน์ส่วนตนของผู้ยื่นคำร้อง ฉะนั้น トラบไคที่การพิจารณาประเด็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ลักษณะเป็นประโยชน์สาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยต่อไปได้ไม่ว่าต่อมาผู้ยื่นคำร้องดังกล่าวจะถอนคำร้องของตนไปแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยกระบวนการดำเนินการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้มีรายละเอียดดังนี้¹⁷⁹

ประการแรก กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ประกอบกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) มาตรา 76 กำหนดให้ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เฉพาะรัฐบาลของสหพันธ์รัฐ หรือ รัฐบาลของมลรัฐ (สามารถยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายของมลรัฐอื่นได้) หรือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎร (One Quarter of the Members of the Bundestag)

ประการที่สอง จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมัน มาตรา 93 (2) ประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 93 (2) หมายถึงกฎหมายของสหพันธ์รัฐหรือกฎหมายของมลรัฐ ซึ่งหมายถึงกฎหมายบัญญัติโดยสภาซึ่งหมายถึงความรวมถึงกฎหมายขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ กฎหมายว่าด้วยงบประมาณ กฎหมายซึ่งได้รับการอนุมัติการมาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ รวมไปถึงรัฐกฤษฎีกา (Rechtsverordnung) และกฎระเบียบ (Satzungen) ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายสหพันธ์รัฐหมายถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายสหพันธ์รัฐทั้งหมด ซึ่งหมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรอง เช่น รัฐกฤษฎีกาด้วย หลักการตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 93 (2) มีความมุ่งหมายคุ้มครองกฎเกณฑ์ที่มีต่อกฎหมาย

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 83.

¹⁷⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 118.

ของมลรัฐ ตามหลักที่บัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 31 ที่ว่ากฎหมายของสหพันธรัฐต้องมาก่อนกฎหมายมลรัฐ

เยอรมันก็เช่นเดียวกับหลายประเทศในโลกที่ได้รับอิทธิพลของทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyes แนวคิดดังกล่าว Carl Schmitt ได้นำมาปรับปรุงอีกครั้งใน ค.ศ. 1920 โดยฝั่งเยอรมันเห็นว่า อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน แต่เมื่อรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติขึ้นหรือมีผลบังคับใช้แล้ว ประชาชนเป็นเพียงหนึ่งในสถาบันที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นเท่านั้น ดังนั้น ประชาชนย่อมต้องผูกมัดอยู่กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสภาผู้แทนราษฎรหรือสถาบันอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น¹⁸⁰ กล่าวได้ว่า การดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น แม้เยอรมันจะยอมรับว่าอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญเยอรมันจะไม่สามารถดำเนินการโดยวิธีทางอื่นนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน กฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า ไม่ว่าจะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติมาตราใด การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะดำเนินการโดยใช้กระบวนการเดียวกันทั้งหมด กล่าวคือ ไม่ว่าจะป็นองค์กรใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายขอแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ตามและเสนอแก้ไขบทบัญญัติมาตราใดก็ตาม ร่างกฎหมายขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองสภาด้วยคะแนนเสียงของสมาชิกไม่ต่ำกว่าสองในสามทั้งส้น ตามเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 79

3.2 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสนับเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงมาก สามารถกล่าวได้ว่า ไม่ต่างจากกรณีของประเทศไทย เพียงแต่ฝรั่งเศสได้พัฒนาการจัดสถาบันทางการเมืองในรัฐธรรมนูญจนสามารถยุติปัญหาสำคัญในทางการเมืองได้แล้ว การล้มเลิกรัฐธรรมนูญและจัดทำใหม่ของฝรั่งเศสจึงได้ยุติลง แต่ประเทศไทยยังไม่สามารถค้นพบรูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรการเมืองที่เหมาะสมจึงยังมีปัญหาความขัดแย้งอย่างรุนแรงและต่อเนื่องจนเกิดการรัฐประหารและยกเลิกรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง

ในความเป็นจริง ที่กล่าวว่าประเทศฝรั่งเศสใช้รัฐธรรมนูญเปลือง คือ นับแต่ ค.ศ. 1789 จนถึง ค.ศ. 1958 ฝรั่งเศสมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทั้งสิ้น 14 ฉบับ อย่างไรก็ตาม ยังมีรัฐธรรมนูญบางฉบับที่ยังมิได้บังคับใช้ เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1793 หรือฉบับ ค.ศ. 1815 ที่มีการบังคับใช้

¹⁸⁰ Werner Heun, *op. cit.*, p. 88.

เล็กน้อยเท่านั้น หรือจำนวนรัฐธรรมนูญ 14 ฉบับที่กล่าวข้างต้นมิได้รวมช่วงเวลาออกรัฐธรรมนูญ เช่น ช่วงรัฐบาลในช่วงการปฏิวัติ ค.ศ. 1793-1794 หรือช่วงการปกครองโดยรัฐบาลชั่วคราวในปี ค.ศ. 1848 และ ค.ศ. 1870 ด้วยเมื่อนำรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าปรากฏการณ์ทางประวัติศาสตร์การเมืองและรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสค่อนข้างเป็นไปอย่างไร้เสถียรภาพ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะประสบปัญหาถูกยกเลิกบ่อยครั้ง และการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้งส่วนใหญ่ก็ไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างสันติ (Non Pacifique) แต่ก็ปรากฏว่ามีสถาบันทางการเมืองหรือสถาบันการปกครองหลายสถาบันสามารถยืนยงผ่านร้อนผ่านหนาวฝ่าวิกฤติการณ์ทางการเมืองในฝรั่งเศส อาทิ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ที่ดำรงอยู่จนรัฐธรรมนูญปัจจุบัน¹⁸¹

ตามที่กล่าวข้างต้น การจัดทำหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างที่น่าสนใจในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับประเทศไทยซึ่งมีปัญหาทางการเมืองภายในจนนำมาสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญบ่อยครั้งเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

3.2.1 โครงสร้างสถาบันทางการเมือง

ก่อนศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นต้องศึกษาถึงสถาบันทางการเมืองที่สำคัญในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อน เนื่องจากกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญแม้เป็นกระบวนการทางกฎหมาย แต่การดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญการริเริ่ม การลงมติ เป็นการกระทำที่สัมพันธ์โดยตรงกับการกระทำขององค์กรทางการเมือง การศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เข้าใจจึงต้องศึกษาองค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และองค์กรที่มีอำนาจคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งองค์กรทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญประกอบด้วย

3.2.1.1 ประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี

องค์ประกอบขององค์กรที่ใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ (Chef de L'Etat) และรัฐบาลซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล¹⁸² ระบบการบริหารของฝรั่งเศสเป็นระบบที่เรียกว่าระบบทวินิยม คือ ฝ่ายบริหาร

¹⁸¹ Pierre Bodineau and Michel Verpeaux, **Que sais-je ? Histoire constitutionnelle de la France** (Paris: PUF, 2016), p. 2.

¹⁸² Louis Favoreu et al., **Droit Constitutionnel**, p. 665.

ประกอบด้วยประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี¹⁸³ ระบบดังกล่าวเคยมีการใช้มาก่อนแล้วตั้งแต่สมัยโรมัน แต่รูปแบบและโครงสร้างความสัมพันธ์ภายในฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้สามารถกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของฝรั่งเศสอย่างแท้จริง¹⁸⁴ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1) ประธานาธิบดี (Président)

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ มีที่มาจากการเลือกตั้งทางตรงจากประชาชน รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี แต่ไม่สามารถดำรงตำแหน่งติดกันเกินกว่าสองวาระได้ เมื่อประธานาธิบดีมีฐานะเป็นประมุขของรัฐและได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจหลายประการที่ประธานาธิบดีสามารถใช้ได้เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบุคคลใดลงนามรับรอง อาทิ อำนาจในการบัญชาการทหารสูงสุด การกำหนดให้มีการลงประชามติเกี่ยวกับประเด็นใดประเด็นหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 การยุบสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 12 การใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยที่นายกรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกรัฐสภาหรือหัวหน้ากลุ่มการเมืองใด ๆ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงอำนาจในการตัดสินใจของประธานาธิบดีมิได้เป็นอิสระไปจากสภาการณ์หรือบริบทในทางการเมือง ลักษณะดังกล่าวของระบบการเมืองในด้านการใช้อำนาจบริหารของฝรั่งเศสที่ให้อำนาจประธานาธิบดีใช้อำนาจโดยมิต้องมีคนลงนามสนองเช่นนี้ ย่อมหมายความว่า ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐย่อมต้องรับผิดชอบในทางการเมืองด้วยตนเอง จนดูคล้ายกับว่าการทำงานของฝ่ายบริหารในระบบทวินิยมมีลักษณะค่อนข้างไปทางระบบประธานาธิบดี แต่หากพิจารณามุมมองในแง่การเมืองของการใช้ชีวิตประจำวัน จะเห็นได้ว่านายกรัฐมนตรีมีบทบาทมากกว่าประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีมีหน้าที่ในการผลักดันนโยบายที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชน ในขณะที่นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่นำรัฐบาลและการบริหารราชการแผ่นดินภารกิจของนายกรัฐมนตรี คือ กิจการใด ๆ ที่มีได้ถูกกำหนดให้เป็นภารกิจโดยตรงของประธานาธิบดี อาทิ ภารกิจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในกิจการระหว่างประเทศและภารกิจในการป้องกันประเทศ ภารกิจทั้งสองประการนี้ นายกรัฐมนตรีย่อมไม่มีอำนาจแต่อย่างใด ระบบการเมืองของฝรั่งเศสจะมีความยืดหยุ่นและรักษาไว้ซึ่งดุลยภาพในการจัดการปัญหาของประเทศ กล่าวคือ ในระบบการเมืองของฝรั่งเศสจะปรากฏคำว่า “ภาวะการณ์อยู่ร่วมกัน” (Cohabitation) ซึ่งเป็นสภาวะซึ่งประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีมาจากกลุ่มการเมืองที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม

¹⁸³ ชาญชัย แสงวงศ์, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554), หน้า 285.

¹⁸⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, หน้า 102.

ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีก็ยังทำงานร่วมกันได้เพียงแต่สถานการณ์ดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเพิ่มความเข้มแข็งในทางปฏิบัติให้แก่รัฐสภา ส่วนประธานาธิบดีอ่อนแอลง¹⁸⁵

2) คณะรัฐมนตรี (Gouvernement)

รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจคณะรัฐบาลเป็นองค์กรที่กำหนดและดำเนินการขับเคลื่อนนโยบายของชาติ โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาลและเป็นบุคคลที่กำหนดแนวทางการบริหารงานของรัฐบาล รับผิดชอบในการปกป้องประเทศ (La Défense Nationale) การบังคับใช้กฎหมายทั้งปวง (L'Exécution des Lois) รวมทั้งยังมีอำนาจในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Règlementaire) และแต่งตั้งบุคคลให้เป็นข้าราชการทั้งฝ่ายพลเรือนและฝ่ายทหาร เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ในการปกครองประเทศเป็นของรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี นวัตกรรมสำคัญสองประการของรัฐธรรมนูญฉบับนี้เกี่ยวกับการทำงานของรัฐบาลคือ¹⁸⁶

ประการแรก นายกรัฐมนตรีได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยไม่ต้องเสนอขอความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นตัวอย่างของการทำให้ระบบรัฐสภานิยมสมเหตุสมผลมากขึ้นกว่าในสมัยสาธารณรัฐที่สี่ เนื่องจากหากสภาผู้แทนราษฎรไม่พอใจการจัดตั้งรัฐบาล สภาผู้แทนราษฎรย่อมต้องเป็นองค์กรที่ยืนหยัดไม่ไว้วางใจรัฐบาลเอง

ประการที่สอง ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีไม่อาจดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภาหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่อาจประกอบวิชาชีพใด ๆ ได้ในขณะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี เนื่องจากต้องการสร้างเสถียรภาพของรัฐบาลโดยการปลดปล่อยรัฐมนตรีจากความกดดันของสภาและของพรรคการเมือง กล่าวคือ ในสมัยสาธารณรัฐที่สามและสี่ สภาและพรรคการเมืองกดดันรัฐมนตรีตลอดเวลา รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเห็นว่า เมื่อบุคคลใดเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐบาลแล้วย่อมต้องยอมรับภารกิจของกระทรวงที่เป็นส่วนหนึ่งของนโยบายของรัฐบาลที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารและต้องเคารพกติกาของความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐบาล เมื่อยอมเป็นรัฐมนตรีแล้วหากไม่เห็นด้วยกับการดำเนินการของรัฐบาล บุคคลนั้นย่อมต้องลาออกจากการเป็นรัฐมนตรี เมื่ออยู่ในรัฐบาล รัฐมนตรีย่อมต้องแยกแยะบทบาทของรัฐมนตรีร่วมรัฐบาลจากความเชื่อของตนในฐานะที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองและจะต้องไม่ยอมตกอยู่ภายใต้การกดดันของพรรคการเมือง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมิได้มีลักษณะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากนักการเมืองยังคงคิดถึงประโยชน์ในทางการเมืองเป็นสำคัญเสมอ

¹⁸⁵ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 102-103.

¹⁸⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, *เรื่องเดิม*, หน้า 285-286.

3.2.1.2 รัฐสภาแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติและเป็นองค์กรที่มีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล รวมถึงประเมินนโยบายสาธารณะ รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา (L'Assemblée Nationale et le Sénat) โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยตรงมีจำนวนสมาชิกไม่เกิน 577 คน และสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทางอ้อม มีจำนวนสมาชิกไม่เกิน 348 คน ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่เท่ากัน กล่าวคือ วุฒิสภามีอำนาจน้อยกว่าสภาผู้แทนราษฎร รัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบต่อวุฒิสภาและประธานาธิบดี และประธานาธิบดีไม่มีอำนาจยุบวุฒิสภาได้¹⁸⁷

ในการจัดทำร่างกฎหมายทั่วไปหรือร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน หากทั้งสองสภาไม่เห็นชอบในร่างกฎหมายสอดคล้องกัน และเมื่อมีการจัดตั้งคณะกรรมการร่วมแต่ไม่สามารถหาทางออกร่วมกันได้ อำนาจการตัดสินใจขั้นสุดท้ายอยู่ที่สภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่ทั้งสองสภามีอำนาจเท่าเทียมกัน ได้แก่ กรณี การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 และมาตรา 46 ซึ่งเป็นกรณีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับวุฒิสภา (Les Lois Organiques Relatives au Sénat) ทั้งสองกรณีต้องได้รับความเห็นชอบตรงกันทั้งสองสภา ความสัมพันธ์ภายในของทั้งสองสภาในลักษณะที่กล่าวสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการปรับเปลี่ยนรูปแบบโดยอาศัยหลักการแห่งเหตุและผล ซึ่งเป็นการเพิ่มความเข้มแข็งให้แก่รัฐบาล กล่าวคือ รัฐบาลมีทางเลือกที่จะอาศัยเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรผลักดันร่างกฎหมายที่ต้องการ หรืออาจปล่อยให้ร่างกฎหมายที่รัฐบาลไม่ต้องการตกไปในชั้นของวุฒิสภา เป็นต้น¹⁸⁸

3.2.1.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le Conseil Constitutionnel) เพื่อควบคุมมิให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจของตนเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้¹⁸⁹ รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยตุลาการจำนวนทั้งสิ้นเก้าคน และสามารถดำรงตำแหน่งเพียงวาระเดียว รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุก ๆ สามปี หรือทุก ๆ สามปี ต้องมีการเปลี่ยนแปลงตุลาการรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญให้อำนาจประธานาธิบดีแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการ

¹⁸⁷ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 286.

¹⁸⁸ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 103.

¹⁸⁹ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 105.

รัฐธรรมนูญจำนวนสามคน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตอีกด้วย โดยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตเป็นอดีตประธานาธิบดีของสาธารณรัฐ อำนาจหน้าที่สำคัญของรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่¹⁹⁰

ประการแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของประธานาธิบดีและรัฐบาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษตามรัฐธรรมนูญ การดำเนินการเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ และเป็นองค์กรตรวจสอบว่าประธานาธิบดีมีเหตุขัดข้องที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้หรือไม่

ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เป็นผู้ควบคุมความถูกต้องของการลงประชามติ และเป็นองค์กรที่ประกาศผลการลงประชามติ

ประการสุดท้าย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับของสภาทั้งสอง ร่างกฎหมายธรรมดา และสนธิสัญญาระหว่างประเทศ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการลงประชามติ

ตามที่กล่าวข้างต้น อำนาจหน้าที่สำคัญหรืออำนาจหน้าที่หลักของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการพิจารณาทั้งปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาความเหมาะสมทางการเมือง โดยเพื่อให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องใช้เทคนิควิธีการหรือเครื่องมือหรือกลไกหลายประการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งการควบคุมแบบดั้งเดิมตามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหรือการพิจารณาเงื่อนไขความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และในส่วนที่เป็นเทคนิคในการตีความว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁹¹

¹⁹⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 287.

¹⁹¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส, *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 1 (มีนาคม 2550): 28-50.

3.2.2 การแก้ไขรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

3.2.2.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจัดอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแนวทาง (Comprehensive Multi-Track Framework) ซึ่งรูปแบบนี้มีความแตกต่างจากรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้วิธีการเดียวที่กล่าวก่อนหน้านี้ (Comprehensive Single-Track Amendment) ในประเด็นที่ฝ่ายการเมืองที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ มีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีทางเลือกหลายประการในการดำเนินการแก้ไข กล่าวคือ รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขไว้วิธีการเดียว องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่มีทางเลือกอื่น นอกจากรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รูปแบบเดียวเท่านั้น กล่าวได้ว่า รูปแบบของรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมหลายวิธีการให้อำนาจแก่ฝ่ายการเมืองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีดุลพินิจในการที่จะเลือกกระบวนการหรือวิธีการใดก็ได้ที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ทางการเมืองในประเทศเพื่อที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยที่ไม่ว่าจะเลือกการแก้ไขรัฐธรรมนูญในแนวทางใด หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมไม่ละเมิดต่อกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด เมื่อเทียบกับรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขไว้วิธีการเดียว หากองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญใช้วิธีการอื่นนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ทำให้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นรัฐธรรมนูญรูปแบบแก้ไขยาก (A Rigid Constitution) แต่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดในมาตรา 89 มีลักษณะของการรักษาสอดคล้องระหว่างความยืดหยุ่นและความแก้ไขยาก กล่าวคือ กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะแก้ไขยากเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญแต่ก็มีกระบวนการในการแก้ไขง่ายกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ¹⁹² กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญจะถูกจัดอยู่ในประเภทของรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Constitution Regide) แต่ในทางปฏิบัติการแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกลับไม่ยากมากนัก¹⁹³

3.2.2.2 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

แนวคิดเกี่ยวกับขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีมาตั้งแต่ช่วงการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรก (ค.ศ. 1791) กล่าวคือ ในการอภิปรายเพื่อหาแนวทางเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.

¹⁹² Sophie Boyron, **The Constitution of France: A Contextual Analysis** (Oxford: Hart Publishing, 2013), p. 237.

¹⁹³ Thierry S. Renoux and Michel de Villiers, **Code Constitutionnel** (Paris: Litec, 2011), p. 293.

1791 จากเหตุการณ์ที่ Varennes และ Champ de Mars สถานการณ์ 2 ปีนับตั้งแต่เหตุการณ์ปฏิวัติ ในปี ค.ศ. 1789 โครงสร้างการปกครองประเทศปราศจากความมั่นคง สิ่งเหล่านี้สร้างความกังวลใจอย่างมากแก่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Mandat de la Constituante) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Les Députés) เกี่ยวกับการเคลื่อนไหวของประชาชน โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับแนวคิดประชาธิปไตยและประเด็นเกี่ยวกับการปกครองแบบสาธารณรัฐ การอภิปรายประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ ความพยายามของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องการให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างน้อยก็ในช่วงระยะเวลาแรก ภายหลังจากการอภิปรายกันอย่างเคร่งเครียดก็ได้ข้อเสนอสันนิษฐานว่า สมควรที่จะห้ามไม่ให้เกิดการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ว่ากรณีใด ๆ ตลอด 30 ปี¹⁹⁴

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอดังกล่าวถูกถอดออกในภายหลัง แต่ท้ายที่สุดก็ตกลงกันได้ว่าจะกำหนดห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นเวลาทั้งสิ้น 10 ปี แต่ปรากฏว่ามีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหลายคนที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าสภาผู้แทนราษฎรไม่มีอำนาจที่จะไปจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่สามารถกำหนดกรอบกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญของชาติได้¹⁹⁵

จากการถกเถียงของสภาในประเด็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะขอบเขตจำกัดหรือไม่ นาย Frochot สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นได้เสนอความคิดให้แบ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็น 2 รูปแบบ คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วน (Le Changement Partiel de Constitution) และการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Le Changement Total de Constitution) โดย Frochot อธิบายว่า การที่ต้องแบ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญออกเป็นสองรูปแบบเนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสองแบบเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม แนวคิดของ Frochot ถูกปฏิเสธ ต่อมานาย Barnave ได้นำแนวคิดของ Frochot มาขยายความต่อ โดยอธิบายว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Le Changement Total de Constitution) ไม่สามารถกำหนดไว้ล่วงหน้าได้ อีกทั้งไม่สามารถกำหนดกรอบการแก้ไขไว้ในรัฐธรรมนูญไว้ได้ เนื่องจากอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตจำกัดและการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเป็นอำนาจของชาติ ในขณะที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วนซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน จึงมีความเป็นไปได้ที่จะจำกัดขอบเขตอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือเป็นไปได้ที่จะกำหนดกรอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังที่นาย Frochot เคยนำเสนอไว้ เมื่อพิจารณาข้อเสนอของนาย Barnave เราจะพบว่า การแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนา

¹⁹⁴ La proposition de Tronchet, adoptée à la séance du 30 août 1791.

¹⁹⁵ Arnaud Le Pillou, **De la Révision à l'Abrogation de la Constitution: Les Termes du Débat** (Lus Politique: Jus Politicum - Autour de la Notion de Constitution, 2009), p. 7.

รัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) และอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ได้ปรากฏตัวขึ้นในฝรั่งเศสแล้ว แนวคิดของนาย Barnave แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด เห็นได้จากในกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ใน มาตรา 1 ของส่วนที่ 7 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1791 ที่กำหนดให้ชาติ (Nation) มีสิทธิตลอดกาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับผลประโยชน์ของชาติโดยกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น โดยการแก้ไขบทบัญญัติที่มีข้อเสียจากประสบการณ์ใช้ อีกทั้งในมาตรา 7 ของส่วนที่ 7 ยังกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องสาบานในการรักษาอำนาจของตนเองตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เห็นได้ชัดว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1791 ในส่วนการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่า ข้อจำกัดของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหามีส่วนสัมพันธ์กับกรอบแนวคิดแก้ไขในทางกระบวนการ ในอีกแง่หนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแค่บางส่วน ตัดเอาสิ่งที่ยอยู่นอกรัฐธรรมนูญหรือนอกกฎหมายออกไป และปฏิเสธการยกเลิกรัฐธรรมนูญ¹⁹⁶

เมื่อพิจารณาทางทฤษฎีในประเด็นขอบเขตหรือข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาในประเทศฝรั่งเศส (La Limitation Matérielle de la Revision Constituant) ประเด็นถกเถียงดังกล่าวถูกจุดประเด็นจากสหภาพยุโรป (L'Union Européenne) และสนธิสัญญา Maastricht (Le Traité de Maastricht) กล่าวคือ มีการกล่าวอ้างถึงหลักอำนาจอธิปไตย (Un Principe de Souveraineté) ที่ก่อให้เกิดผลกระทบทางกฎหมาย คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Révision) เป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด ซึ่งหลักการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับนักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่ในขณะนั้นที่เห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ล้นพ้น ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ (Un Pouvoir Absolu)¹⁹⁷

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายท่านหนึ่งได้ตั้งประเด็นคำถามที่น่าสนใจไว้ ดังนี้ “รัฐธรรมนูญของเรา (รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส) บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยของชาติ (La Souveraineté Nationale) เป็นของประชาชนฝรั่งเศส ดังนั้น ประชาชนฝรั่งเศสจึงเป็นรัฐอธิปไตย (Souverain) แต่ในขณะเดียวกัน เราก็ปฏิเสธให้ประชาชนฝรั่งเศสมีสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญส่วนดังกล่าวและต้องเคารพกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ (Supraconstitutionnelle) แล้วประชาชนที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของตนเองได้คืออะไร ?”¹⁹⁸

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹⁹⁷ Olivier Beaud, *La Puissance de l'Etat*, p. 329.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 329-330.

ข้อถกเถียงดังกล่าวทำให้เกิดการอภิปรายผลทางกฎหมายในฝรั่งเศส จนนักกฎหมายของฝรั่งเศสหลายท่านยอมรับว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติกำหนดข้อห้ามเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ อาทิ Georges Burdeau อธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเริ่มแรกได้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้น และกำหนดให้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดได้ ซึ่งข้อจำกัดเหล่านั้นไม่ได้มีแต่ข้อจำกัดในเรื่องกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญห้ามส่งผลกระทบต่อเรื่องใดบ้างอีกด้วย การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม องค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญถือกำเนิดมาจากรัฐธรรมนูญจึงต้องยึดโยงกับระบอบที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจนส่งผลทำลายระบอบการเมืองที่ตนผูกมัดไว้อยู่ได้ ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดข้อจำกัดทางเนื้อหาว่าห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทบเรื่องใด การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจกระทบต่อจิตวิญญาณของระบอบการเมือง (L'Esprit du Régime Politique) และแก่นความคิดชั้นนำ (Idée de Droit)¹⁹⁹

หรือ Maurice Hauriou ที่อธิบายว่า มีหลักการพื้นฐานจำนวนมากที่ก่อตั้ง “ความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ” (Légitimité Constitutionnelle) โดยหลักการพื้นฐานเหล่านั้นตั้งอยู่ในตำแหน่งที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หลักการที่เป็นความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้ ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจส่งผลกระทบต่อหลักการดังกล่าวตามความคิดของ Hauriou กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทางเนื้อหาเสมอ เรียกว่า “ความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ” แม้ในตัวของรัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่า ห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญจนกระทบกับหลักการอันเป็นความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ และแม้ในตัวของรัฐธรรมนูญจะไม่ได้แจกแจงว่าความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญได้แก่หลักการอะไรบ้าง ผู้ทรงอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทุกเรื่องจนส่งผลกระทบต่อ “ความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ” ได้อยู่ดี²⁰⁰

เมื่อแนวคิดข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสได้รับการยอมรับในระดับหนึ่ง ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดนี้นำเสนอแนวคิดว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นไม่เท่ากันอยู่แล้ว บทบัญญัติที่เป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญมีสถานะลำดับแรกอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินี้เป็นข้อจำกัดอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยาย Olivier Beaud เห็นว่า กฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันโดยพิจารณาจากเรื่องอำนาจอธิปไตย

¹⁹⁹ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การต่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ* (ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 128.

²⁰⁰ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 127-128.

เป็นสำคัญ กฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยมีสถานะสูงกว่ากฎเกณฑ์อื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเรื่องอำนาจอธิปไตยของประชาชนต้องทำโดยอำนาจที่สูงกว่า คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น ในกรณีรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มาตรา 89 กำหนดวิธีแก้ไขไว้ 2 วิธี คือ วิธีแรก หลังจากสภาผู้แทนและวุฒิสภาให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติในขั้นตอนสุดท้าย ตามมาตรา 89 วรรคสอง วิธีที่สอง หลังจากสภาผู้แทนและวุฒิสภาให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องนำไปให้ที่ประชุมร่วมกันของสองสภาให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้าย ตามมาตรา 89 วรรค วรรคสาม ในกรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประชาชนต้องใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และต้องกลับไปทางผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ประชาชน) ดังนั้น การแก้ไขกรณีนี้ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติตามมาตรา 89 วรรคสองเท่านั้น²⁰¹

เมื่อประเทศฝรั่งเศสยอมรับว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีขอบเขต รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (1958) ได้รองรับแนวคิดนี้โดยสามารถแบ่งข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เป็นสองประเภท คือ การห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว และการห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างเด็ดขาด

1) กรณีการห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญชั่วคราว

รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 89 วรรคสี่ ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือ ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่วงที่มีการประนีประนอมเกี่ยวกับบูรณภาพของแผ่นดินฝรั่งเศส เช่น ในช่วงระยะเวลาของการทำสงคราม กล่าวได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องการความสงบสุขและสันติภาพ การแก้ไขรัฐธรรมนูญในสถานการณ์ที่เร่งรีบอาจส่งผลให้มีการให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญโดยปราศจากความรอบคอบและอาจเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย การบัญญัติขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มาจากความพยายามป้องกันการแก้ไขรัฐธรรมนูญจากประสบการณ์การแก้ไขรัฐธรรมนูญในวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940 โดยในช่วงเวลาดังกล่าว กองทัพเยอรมันได้เดินทัพมายังฝรั่งเศสอย่างรวดเร็ว รัฐสภาฝรั่งเศสได้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญและส่งมอบอำนาจทั้งหมดของสาธารณรัฐที่สามให้แก่นายพล Pétain สถานการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การปกครองในระบบ Vichy และทำให้ยุคสาธารณรัฐที่สามสิ้นสุดลง รัฐธรรมนูญของ

²⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129-130.

ประเทศฝรั่งเศสทั้งฉบับ ค.ศ. 1946 และฉบับ ค.ศ. 1958 ได้เรียนรู้จากสถานการณ์ดังกล่าวและกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในสถานการณ์เช่นนั้นอีก²⁰²

2) กรณีการห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญเด็ดขาด

รัฐธรรมนูญ มาตรา 89 วรรคห้า กำหนดห้ามเด็ดขาดไม่ว่าเวลาใดมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับรูปแบบรัฐบาลของสาธารณรัฐ กล่าวได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกรณีนี้ มีเนื้อหาค่อนข้างชัดเจนว่า ประเทศฝรั่งเศสเป็นรัฐที่ปกครองด้วยระบอบสาธารณรัฐเท่านั้น ไม่สามารถเปลี่ยนเป็นการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือจักรวรรดิได้ อีกทั้งเป็นที่ยอมรับกันว่า การตีความขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้อาจตีความในความหมายอย่างกว้างได้ กล่าวคือ ลักษณะของระบบการปกครองแบบสาธารณรัฐของฝรั่งเศสขึ้นอยู่กับจำนวนของสิทธิและเสรีภาพและหลักอื่น ๆ อาทิ หลักความเสมอภาค ความเป็นรัฐเดี่ยว ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงแก้ไขในประการใด ๆ ที่กระทบหลักการเหล่านี้ย่อมกระทบต่อระบบและการดำรงอยู่ของสาธารณรัฐ²⁰³

3.2.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาทางปฏิบัติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะพบว่า กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งได้เป็นสองวิธีการ ได้แก่ วิธีแรกเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการปกติ กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการไว้อย่างชัดเจน (มาตรา 89) วิธีการที่สอง เป็นการแก้ไขโดยการเลี่ยงไปใช้กระบวนการอื่นแทน (Contournement) ซึ่งมีใช้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้²⁰⁴

1) การแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการปกติ

กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการปกติถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 ซึ่งมีเนื้อหา ดังนี้ “อำนาจในการริเริ่มขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรี (Proposition du Premier Ministre) และเป็นของสมาชิกรัฐสภา

ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนดในมาตรา 42 วรรคสามและจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความเดียวกัน (Termes Identiques) โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากประชาชนด้วยวิธีการออกเสียงลงประชามติ

²⁰² Sophie Boyron, *op. cit.*, p. 238.

²⁰³ *Ibid.*, p. 239.

²⁰⁴ Louis Favoreu et al., **Droit Constitutionnel**, p. 768.

อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจไม่ต้องนำมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติ หากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตัดสินใจที่จะเสนอให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณา ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งในกรณีนี้ ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงจากรัฐสภาไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิก และให้สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่สำนักงานรัฐสภา (Le Bureau du Congrès)

เมื่อเหตุอันกระทบต่อการบูรณภาพแห่งดินแดน (L'Intégrité du Territoire) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใด ๆ ไม่สามารถดำเนินการได้ไม่ว่าจะเป็นการริเริ่มหรือดำเนินการต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐมิสามารถกระทำได้”

เมื่อพิจารณาขั้นตอนกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 89 ที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่า กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสสามารถแบ่งได้เป็นสามแนวทาง ดังต่อไปนี้²⁰⁵

แนวทางแรก ประธานาธิบดีเสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญไปยังสภาทั้งสอง และซึ่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในเนื้อความอย่างเดียวกัน ซึ่งเมื่อผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองสภาแล้ว ร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญจะถูกนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Initiative Présidentielle – Assemblée – Référendum)

แนวทางที่สอง ประธานาธิบดีเสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญไปยังสภาทั้งสอง เมื่อผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองสภาแล้ว ประธานาธิบดีตัดสินใจนำร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นให้ที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภาจะต้องมีมติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขนั้นด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภาที่ออกเสียงลงคะแนน (Initiative Présidentielle – Assemblée – Congrès)

แนวทางที่สาม เป็นการริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญไปยังสภาทั้งสอง และซึ่งร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในเนื้อความอย่างเดียวกัน ซึ่งเมื่อผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองสภาแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขจะถูกนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Initiative Parlementaire – Assemblée – Référendum)

ในการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีโดยปกติมักเป็นร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอ โดยทำเป็นรัฐกฤษฎีกาซึ่งต้องมีนายกรัฐมนตรีลงนาม

²⁰⁵ Thierry S. Renoux and Michel de Villiers, *op. cit.*, pp. 894-895.

กํากับ (Décret Contresigné) ส่วนการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญของสภาเองมาเมื่ออุปสรรคในเรื่องในกำหนดลงในการประชุม อาทิ ในกันยายน ค.ศ. 1962 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านเลือกยื่นขออภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลของนาย Pompidou (Une Motion De Censure) มากกว่ายื่นไม่เห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในการอภิปรายร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญในรัฐสภาดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ธรรมดาที่ใช้ในกระบวนการนิติบัญญัติ โดยจะต้องดำเนินการให้เสร็จในรอบเวลาที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ มาตรา 42 (กฎหมายรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008) ในส่วนการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ มาตรา 89 กำหนดให้เป็นอำนาจของประธานาธิบดีที่จะสามารถเลือกได้ว่าจะนำร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบหรือให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นองค์กรที่ให้ความเห็นชอบ ในกรณีที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นองค์กรที่ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้จะไม่มีการลงคะแนนเสียงก่อนหน้าที่มีการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญแยกจากกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 89 วรรคสองและวรรคสามมีการแบ่งแยกจากกันอย่างชัดเจน กระบวนการจัดให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และกระบวนการจัดให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภามีลักษณะที่แยกออกจากกัน ไม่ปะปนกัน กล่าวคือ ประชาชนไม่มีอำนาจในการที่จะเรียกร้องต่อที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในกรณีซึ่งที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือคะแนนเสียงไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่กระนั้น ใน ค.ศ. 1992 ประธานาธิบดีก็ไม่ได้ตัดสินใจในการเรียกร้องเพื่อลงประชามติในกรณีสมมติฐานที่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ดำเนินโดยรัฐสภาจะไม่ประสบผล อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวนี้ก็ได้ดำเนินการต่อ ยิ่งกว่านั้น เมื่อพิจารณาการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 วรรคสองและวรรคสาม จะเห็นว่าปราศจากกฎหมายบังคับให้ประธานาธิบดีในการเลือกวิธีการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ใน ค.ศ. 1963 นาย Debré ยืนยันต่อที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาว่าที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาควรยึดถือเฉพาะร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบทางเทคนิค ส่วนปัญหาพื้นฐานควรเป็นไปตามการออกเสียงประชามติ หลักปฏิบัติดังกล่าวได้ใช้มาจนการออกเสียงประชามติในวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 2000 ในการใช้ความเห็นชอบ²⁰⁶

กล่าวคือ ในการลงประชามติครั้งดังกล่าวเป็นการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Un Projet de Loi Constitutionnelle) เกี่ยวกับการลดวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีจากเดิมเจ็ดปีเหลือห้าปี ร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยปราศจากการแก้ไขข้อความใด ๆ ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กล่าวคือ

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 896.

ร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาด้วยข้อความตรงกันทุกประการ หลังจากนั้นประธานาธิบดีใช้อำนาจตามมาตรา 89 กำหนดให้ประชาชนใช้สิทธิออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวได้ว่า การจัดให้ประชาชนออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ นับเป็นครั้งแรก เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนหน้านี้เป็นการดำเนินการให้ความเห็นชอบโดยกระบวนการที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาให้ความเห็นชอบทั้งสิ้น²⁰⁷ อย่างไรก็ตาม ไม่สามารถนับรวมการออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเลือกตั้งทางตรงต่อตำแหน่งประธานาธิบดีฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1962 ร่วมด้วยได้ (Élection du Président de la République au Suffrage Universel) เนื่องจากการออกเสียงประชามติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 ไม่ใช่ มาตรา 89²⁰⁸

รัฐธรรมนูญฉบับค.ศ. 1958 ถูกแก้ไขมาแล้วทั้งสิ้น 24 ครั้ง²⁰⁹ ซึ่งรวมกรณีการแก้ไขในวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1960 ด้วย โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาเป็นการแก้ไขโดยวิธีการปกติตามมาตรา 89 จำนวนทั้งสิ้น 22 ครั้ง และเป็นการแก้ไขแบบพิเศษ (มาตรา 11) เพียงครั้งเดียวเท่านั้น โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 89 บัญญัติไว้มีดังต่อไปนี้²¹⁰

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1963 มีเนื้อหาแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้เป็นการแก้ไขเล็กน้อยในเชิงเทคนิค เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงระยะเวลาการทำงานของรัฐสภาเกี่ยวกับวันแรกและวันสิ้นสุดในการประชุมรัฐสภา อย่างไรก็ตาม ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1995 ได้ยกเลิกหลักการตามการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสนอร่างกฎหมายโดยนายพล de Gaulle ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีในขณะนั้น

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1974 มีเนื้อหาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญที่สุดครั้งหนึ่งใน

²⁰⁷ Conseil Constitutionnel, **Référendum sur le Quinquennat**, Retrieved May 30, 2018 www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/dossiers-thematiques/2000-referendum-sur-le-quinquennat/referendum-sur-le-quinquennat.16335.html

²⁰⁸ Thierry S. Renoux and Michel de Villiers, *op. cit.*, p. 896.

²⁰⁹ Sophie Boyron, *op. cit.*, p. 237.

²¹⁰ Louis Favoreu et al., **Droit Constitutionnel**, pp. 773-777.

ประวัติการแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการแก้ไขสิทธิในการยื่นเรื่องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อย กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสนอร่างกฎหมายโดย นาย Valéry Giscard d'Estaing

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1976 มีเนื้อหาเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นผลมาจากข้อสังเกตในประกาศของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 ซึ่งเป็นการประกาศผลการเลือกตั้ง ทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีเจตนารมณ์ให้มีการบวนการที่แน่ชัดในกรณีปรากฏข้อโต้แย้งของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้ง

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1992 มีเนื้อหาแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับสนธิสัญญามาสทริชต์ (Traité de Maastricht) โดยมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 54 และมาตรา 74 โดยประธานาธิบดี François Mitterrand ได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1992 ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมหมวดใหม่และบทบัญญัติใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ หมวดที่ 15 ประชาคมยุโรปและสหภาพยุโรป (Communautés Européennes et Union Européenne) มาตรา 88-1 ถึง มาตรา 88-4

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 มีเนื้อหาเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 65 เกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการ (Conseil Supérieur de la Magistrature) โดยเพิ่มเติมเข้าไปแปดวรรคแทนที่วรรคสองถึงวรรคสี่ในบทบัญญัติเดิม อีกทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ยังมีการยกเลิกวรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เกี่ยวกับความรับผิดชอบอาญาของสมาชิกในคณะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีโดยการบัญญัติหมวด 10 เข้าไปแทน

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 มีเนื้อหาเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 6 สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศโดยเพิ่มบทบัญญัติใหม่เข้าไป ได้แก่ มาตรา 53-1 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิในการลี้ภัย (Droit d'Asile)

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1995 เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญครั้งอีกครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์ เนื่องจากกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับประชาคม อาทิ มาตรา 1 มาตรา 76 และในหมวดที่ 13 อีกทั้งยังได้แก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราที่อ้างอิงถึงประชาคมอีกด้วย ได้แก่ มาตรา 5 มาตรา 11 มาตรา 70 และมาตรา 88 กฎหมายฉบับนี้ยังได้ยกเลิกบทเฉพาะกาล (Dispositions Transitoires) ในหมวด 17 ยกเว้นข้อความในมาตรา 93 วรรคสองซึ่งนำมาบัญญัติใหม่เป็นมาตรา 68-3 นอกจากนั้น ยังมีลักษณะของสร้างบทบัญญัติใหม่ด้วย กล่าวคือ เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับการขยายขอบเขตการลงประชามติตามมาตรา 11 และปรับเปลี่ยนกระบวนการออกเสียงลงประชามติด้วย และยังแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 28

เกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา ซึ่งส่งผลให้ต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ มาตรา 12 มาตรา 48 มาตรา 49 และมาตรา 50 และสุดท้าย กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ยังได้แก้ไขมาตรา 26 ซึ่งเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภา (Inviolabilité Parlementaire)

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996 เป็นการแก้ไขตามผลของความเห็นชอบในแผนการประกันสังคม (Plan Juppé: Sécurité Sociale) ที่นำเสนอโดยนาย Alain Juppé ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในขณะนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้รัฐสภาคำเนินการจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณด้านการประกันสังคม ดังนั้น กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่เข้าไป ได้แก่ มาตรา 47-1 และได้เพิ่มเติมวรรคสี่เข้าไปในบทบัญญัติมาตรา 34 รวมทั้งเพิ่มเติมข้อความเข้าไปในมาตรา 39

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 เป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะชั่วคราวของ Nouvelle-Calédonie ภายหลังจากมีข้อตกลง Nouméa โดยรัฐสภาได้ดำเนินการออกกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการเพิ่มเติมหมวด 13 เข้าไป โดยหมวดนี้มีชื่อว่า บทเฉพาะกาลว่าด้วย Nouvelle-Calédonie ประกอบด้วยบทบัญญัติสองมาตรา ได้แก่ มาตรา 76 และมาตรา 77

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1999 เป็นไปตามเงื่อนไขที่ประเทศฝรั่งเศสให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญากรุงอัมสเตอร์ดัมตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 97-394 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1997 กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 88-2 และมาตรา 88-4

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญสองประการ คือ ประการแรก คือ การบรรจุหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมของชายและหญิงลงในรัฐธรรมนูญ ต่อมา ก็เป็นการแก้ไขให้สามารถดำเนินการให้สัตยาบันในสนธิสัญญากรุงที่ก่อตั้งสถาบันศาลใหม่ คือ ศาลอาญาระหว่างประเทศ

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000 เป็นกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้รับการให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการออกเสียงประชามติตามกระบวนการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ มาตรา 89 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ประการเดียว คือ การลดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีจากเจ็ดปีเหลือเพียงห้าปี ซึ่งกำหนดให้วาระการดำรงตำแหน่งห้าปีดังกล่าวใช้ในการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีคราวถัดไป ขณะนั้นคาดว่าจะมีขึ้นใน ค.ศ. 2002

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับหมายจับชาวยุโรป (Mandat d'Arrêt Européen) โดยแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 88-2

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2003 เป็นการยืนยันการกระจายอำนาจขององค์กรของรัฐ โดยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายมาตรา ได้แก่ มาตรา 37 มาตรา 39 มาตรา 72 มาตรา 73 มาตรา 74 โดยส่วนที่แก้ไขมากที่สุด คือ ส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของดินแดนโพ้นทะเล

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 (ฉบับที่ 2005-204) เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับกระบวนการให้สัตยาบันในสนธิสัญญาจัดทำรัฐธรรมนูญยุโรป ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 15 สหภาพยุโรป (De L'Union Européenne)

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2005 (ฉบับที่ 2005-205) เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับกฎบัตรสิ่งแวดล้อม (Charte de L'Environnement) ให้รวมอยู่ในกฎเกณฑ์ระดับรัฐธรรมนูญ (Bloc de Constitutionnalité) กรณีนี้บัญญัติในวรรคแรกของรัฐธรรมนูญ (คำปรารภ)

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 2007-237 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดองค์กรผู้ออกเสียงเลือกตั้ง (Le Corps Electoral Appelé a Élire) สมาชิกสภาพิจารณาแห่ง Nouvelle-Calédonie และจังหวัดอื่น ๆ

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 2007-238 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหมวดที่ 9 ซึ่งเป็นหมวดเกี่ยวกับศาลอาญาชั้นสูง (La Haute Cour) ซึ่งกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับความรับผิดชอบของประมุขของรัฐ (La Responsabilité du Chef de l'État)

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 2007-239 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 66-1 เกี่ยวกับการยกเลิกโทษประหารชีวิต

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 2008-103 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมวด 15 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สามารถให้สัตยาบันในสนธิสัญญากรุงลิสบอน

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 เป็นการแก้ไขเกี่ยวกับการปรับปรุงสถาบันทั้งหลายของสาธารณรัฐที่ 5 (De Modernisation des Institutions de la Ve République) เกี่ยวกับสถาบันทางการเมืองหลายประการ อาทิ มาตรา 9 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 บัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 24 แก้ไขเกี่ยวกับจำนวนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่ามีจำนวนไม่เกิน 577 คนและจำนวนของสมาชิก

วุฒิสภาไม่เกิน 348 คน หรือมาตรา 5 ของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 ได้แก้ไขรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 13 มีผลเป็นการลดอำนาจของประธานาธิบดีในประเด็นเกี่ยวกับการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งระดับสูงซึ่งเดิมเป็นอำนาจของประธานาธิบดีแต่ผู้เดียวเปลี่ยนเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของกรรมาธิการสามัญร่วมของรัฐสภาหรือมาตรา 22 ของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 ได้แก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 47-2 ซึ่งกำหนดให้ศาลบัญชี (La Cour des Comptes) ช่วยรัฐสภาในการควบคุมการกระทำของรัฐบาล เป็นต้น การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 24 โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ยังมีการแก้ไขเกี่ยวกับกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกด้วย คือ มาตรา 45 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 ได้กำหนดให้เพิ่มข้อความกำหนด เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของแต่ละสภาของรัฐสภาให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 42 วรรคสาม ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2008-724 มาตรา 17 ก็แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 42 ด้วยเช่นกัน

2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการพิเศษ

การแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการพิเศษเป็นการหลีกเลี่ยงกระบวนการปกติ ซึ่งปรากฏเพียงครั้งเดียวในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้แก่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่สองในปี ค.ศ. 1962 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีความสำคัญมากในประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เหตุการณ์ตอนนั้น คือ นายพล De Gaulle อาศัยความได้เปรียบทางการเมืองใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญแทนการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่บัญญัติในมาตรา 89 โดยจัดให้มีการลงคะแนนออกเสียงประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการดังกล่าวปราศจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจทำได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในหมวด 16 การแก้ไขเพิ่มเติม (De la Révision) มาตรา 89 เพียงมาตราเดียว เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 เป็นการกำหนดให้อำนาจประธานาธิบดีสามารถขอให้มีการจัดการออกเสียงประชามติสำหรับร่างกฎหมายทั้งหลายเกี่ยวกับการจัดระเบียบการใช้ อำนาจสาธารณะ การปฏิรูปนโยบายเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของชาติ แต่นายพล De Gaulle ได้อาศัยความคลุมเครือของคำว่าร่างกฎหมายในมาตรา 11 ว่ามีความหมายถึงร่างกฎหมายใดและการจัดระเบียบการจัดระเบียบการใช้อำนาจสาธารณะมีความหมายเพียงใด โดยใช้อำนาจนี้จัดให้มีการออกเสียงประชามติแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่ได้ตีความการใช้รัฐธรรมนูญ มาตรา 11 ให้หมายถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดาเท่านั้นไม่รวมถึงร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ในสุนทรพจน์เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1962 นายพล De Gaulle ได้แจ้งต่อพลเมืองฝรั่งเศสว่าเขาต้องการถามประชาชนชาวฝรั่งเศสผ่านการออกเสียงประชามติต่อรูปแบบการเลือกตั้งประมุขของรัฐ ซึ่งนายพล De Gaulle ต้องการให้การเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่ง

สาธารณรัฐเป็นการเลือกตั้งทางตรง (Le Suffrage Universel Direct) เพื่อที่จะแก้ไขให้ตนเองได้สามารถอยู่ในตำแหน่งได้ต่อไป²¹¹

นายพล De Gaulle ตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 ในคำว่ากฎหมายทั้งหลายให้รวมไปถึงร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างกฎหมายธรรมดา อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ถูกบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 89 ดังนั้น การออกเสียงประชามติครั้งดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชน ซึ่งใช้อำนาจผ่านทางผู้แทนของประชาชนและผ่านทางกระบวนการออกเสียงประชามติ ดังนั้น ในกรณีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติต่อร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นการเลือกตั้งประธานาธิบดีจึงกลับกลายเป็นมติของประชาชน และได้ปลี่ยนการละเมิดรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี De Gaulle การลงประชามติครั้งประวัติศาสตร์ครั้งนี้จึงมีผลใช้บังคับ เนื่องจากถือว่าประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นผู้แก้ไขรัฐธรรมนูญเอง

แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการตัดสินใจเลือกรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้สองรูปแบบตามที่กล่าวมาข้างต้น แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้ง 24 ครั้งปรากฏว่าหากไม่นับการออกเสียงลงประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยอาศัยมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ จะพบว่ามีเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 15 (Loi Constitutionnelle No 2000-964) เพียงครั้งเดียวเท่านั้นที่ประธานาธิบดีเลือกรูปแบบที่นำร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติตามมาตรา 89 นอกจากนั้นแทบทุกครั้ง ประธานาธิบดีฝรั่งเศสจะเลือกแนวทางผ่านรัฐสภาโดยใช้เสียงข้างมากสามในห้าทั้งสิ้น

3.2.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

3.2.3.1 องค์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญจะพบว่าอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอำนาจหนึ่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลายประการ เช่น อำนาจเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อำนาจในการ

²¹¹ Johanna Noel, *Pour Une Analyse Épistémologique de la Querelle*

Autour de l'Article 11: De la Dénonciation à la Réhabilitation d'Une Violation de la Constitution, Retrieved June 13, 2016 from http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-noel_T2.pdf

ตรวจสอบคุณสมบัติผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น²¹² แต่อำนาจอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีใช้วัตถุประสงค์การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ฉะนั้น ในส่วนนี้จะกล่าวเฉพาะอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

ประการแรก การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาและการใช้อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญของรัฐบาล เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตอำนาจของรัฐสภาในการใช้อำนาจนิติบัญญัติเฉพาะที่เรื่องกำหนดในมาตรา 34 เท่านั้น ส่วนเรื่องที่ยื่นนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญมาตรา 34 กำหนดไว้ รัฐสภาไม่สามารถใช้อำนาจของตนตราเป็นกฎหมายได้ ในส่วนดังกล่าว รัฐธรรมนูญมาตรา 37 กำหนดให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารในการที่จะออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ฉะนั้น เมื่อรัฐสภาถูกรัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตอำนาจไว้เช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงมอบอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมิให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายละเมิดอำนาจตามรัฐธรรมนูญ²¹³

ประการที่สอง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และข้อบังคับการประชุมสภา รัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้หรือเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมาย โดยร่างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายธรรมดา ข้อบังคับการประชุมสภา และหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะใช้ทั้งคำปรารภและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (ค.ศ. 1958) คำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ (ค.ศ. 1946) และประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (ค.ศ. 1789) เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าว²¹⁴

นอกจากกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับตามข้างต้นแล้ว ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Loi Constitutionnelle) ฉบับที่

²¹² อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ และคณะ, รายงานการวิจัย ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย : ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), หน้า 22-37.

²¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 123.

²¹⁴ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 124.

2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ได้มีการปรับเปลี่ยนขยายอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 61-1 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐสภาที่ประกาศใช้บังคับแล้ว (Une Disposition Législative) ซึ่งอาจจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะกรณีที่มีคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาในชั้นศาล (À L'Occasion d'Une Instance en Cours Devant Une Juridiction) โดยรัฐธรรมนูญให้ศาลฎีกาหรือศาลปกครองแล้วแต่กรณีมีอำนาจในการส่งคำร้องมาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 61-1 เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้ปรับเปลี่ยนหลักการที่จากเดิมที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้เท่านั้น เปลี่ยนเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วของรัฐสภาได้ในกรณีที่บทบัญญัตินั้นจะใช้ในการใช้บังคับในคดีใดคดีหนึ่ง หรือเป็นการให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางรูปธรรมด้วย

3.2.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตุลาการ

กรณีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสถาบันซึ่งมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายได้จำกัดอำนาจหน้าที่ของตนเองไม่เข้าไปใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐธรรมนูญก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นพิเศษ ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปแต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษและมีเขตอำนาจที่จำกัด ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติมอบอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าตนไม่มีอำนาจดังกล่าว มีอำนาจเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจให้เท่านั้น หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญปรารถนาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่เฉพาะเพียงร่างกฎหมายธรรมดาแต่รวมไปถึงร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว รัฐธรรมนูญคงจะบัญญัติมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง ฉะนั้น หากรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใด ๆ กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าว ย่อมหมายความว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้พึงต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ²¹⁵

²¹⁵ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, p. 13.

จากแนวคิดดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยในประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังนี้

1) คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 61-20DC

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 61-20DC ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 ตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบโดยประชามติแล้ว และในคำวินิจฉัยที่ 2003-469DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 ได้ยืนยันอีกครั้งว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ในกรณีล่าสุด มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายมาตราเกี่ยวกับการจัดการกระจายอำนาจ (Loi Constitutionnelle n° 2003-276 du 28 Mars 2003 Relative à L'Organisation Décentralisée de la République) ซึ่งสมาชิกวุฒิสภากว่าหกสิบท่านได้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเห็นว่าร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเขตอำนาจของตนและเห็นว่าตนไม่มีอำนาจในการรับคดีนี้ไว้พิจารณา

2) คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ 2003-469DC

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ 2003-469DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิพากษาว่า “มาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำต่าง ๆ ของสถาบันตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา เมื่อการกระทำหรือกฎหมายดังกล่าวได้ถูกส่งมายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามเงื่อนไขที่บัญญัติในมาตรา 61 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้รับอำนาจจากมาตรา 61 หรือมาตรา 89 หรือมาตราใด ๆ ในรัฐธรรมนูญนี้ให้มีเขตอำนาจในการพิพากษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญ” ดังที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกล่าวไว้ว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราใดให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ไม่รวมไปถึงร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 โดยเคร่งครัด²¹⁶

จากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำให้เห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจของตนอย่างมีขอบเขต จึงปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า เมื่อองค์กรตุลาการปฏิเสธการตรวจสอบดังกล่าว จะทำ

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 14-15.

ให้ฝ่ายการเมืองสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญจนทำลายแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย เนื่องจากกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีขั้นตอน แต่ละขั้นตอนเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้น แม้องค์กรศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ยังมี การตรวจสอบในทางการเมืองที่มีประสิทธิภาพอยู่ดี

สรุปแล้วฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วหลายสิบฉบับ เปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองประเทศหลากหลายประเภท ประสบความสำเร็จในการจัดระเบียบการปกครองมาแล้ว หลายครั้งจะกระทั่งสามารถออกแบบรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับตนเองได้ในที่สุด ในรัฐธรรมนูญแห่ง สาธารณรัฐที่ห้า สำหรับรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญจัดอยู่ในประเภทของรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไข ในการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแนวทาง (Comprehensive Multi-Track Framework) องค์ กรที่ รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีทางเลือกหลายทางในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รูปแบบของรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ให้อำนาจฝ่ายการเมืองมีดุลพินิจใน การเลือกกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ องค์กรที่มี อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีดุลพินิจในการที่จะเลือกกระบวนการหรือวิธีการใดก็ได้ที่รัฐธรรมนูญกำหนด และเห็นว่าเหมาะสมกับสถานการณ์ทางการเมืองในประเทศเพื่อที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดย ที่ไม่ว่าจะเลือกการแก้ไขรัฐธรรมนูญในแนวทางใด หากได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อม ไม่ละเมิดต่อกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวได้ว่า トラบใดที่ไม่ไปแก้ไขข้อห้ามตามมาตรา 89

ในการควบคุมตรวจสอบว่าร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ฝรั่งเศสใช้วิธีการควบคุมในทางการเมือง เนื่องจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญจำกัดอำนาจตนเพียง เท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจอย่างชัดเจนเท่านั้น

3.3 การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของ ประเทศอินเดีย

การปกครองของอินเดียมีลักษณะที่พิเศษหลายประการ ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศอินเดียมี ขนาดกว้างใหญ่ มีประชากรหลากหลายชาติพันธุ์ ความหลากหลายทางความเชื่อ ศาสนา ความ เป็นอยู่ กล่าวได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียพยายามร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตอบสนองความ หลากหลายของพหุวัฒนธรรมให้สามารถอยู่ร่วมกันได้โดยปราศจากความแตกแยกจนต้องแบ่งแยก ออกจากกัน นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่า 70 ปี อินเดียไม่เคย ล้มเลิกรัฐธรรมนูญ มีแต่แก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพสังคมอินเดียที่แปรเปลี่ยนไป

ดังนั้น การศึกษาโครงสร้างสถาบันการเมืองในการปกครองอินเดียจะทำให้เข้าใจถึงสภาพการใช้รัฐธรรมนูญและความสัมพันธ์ของสถาบันดังกล่าวต่อกันได้อย่างดี

3.3.1 โครงสร้างสถาบันการเมือง

ก่อนที่จะกล่าวถึงสถาบันทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ รูปแบบของรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจก่อนศึกษาโครงสร้างและสถาบันทางการเมือง เพราะสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ มิใช่สถาบันที่ดำรงอยู่อย่างปราศจากนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกัน ในทางตรงกันข้าม สถาบันทางการเมืองเหล่านี้ล้วนมีความสัมพันธ์กันทั้งสิ้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รูปแบบของรัฐจึงมีผลต่อระดับความสัมพันธ์ของสถาบันทางการเมืองเหล่านี้ จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงรูปแบบของรัฐ รัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดให้รูปของรัฐเป็นรัฐรวม โดยรัฐธรรมนูญของใช้คำว่า “สหภาพ” (Union) โดย Dr. Ambedkar ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (The Chairman of Drafting Committee) อธิบายต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นว่า สาเหตุที่ใช้คำว่าสหภาพเนื่องด้วยเหตุผลสำคัญสองประการ กล่าวคือ สหพันธ์รัฐอินเดีย (the Indian federation) มิได้เป็นผลมาจากความตกลงร่วมกันของบรรดารัฐทั้งหลาย และรัฐทั้งหลายที่ประกอบเป็นอินเดียมิได้มีอิสระที่จะถอนตัวออกจากอินเดีย²¹⁷

ลักษณะสหพันธรัฐ (Federalism) ของอินเดียมีความแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาหลายประการ ลักษณะที่แตกต่างนี้ทำให้ Sir Kenneth Clinton Wheare เห็นว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ระบบรัฐบาลอินเดีย (System of Government) มีลักษณะกึ่งสหพันธรัฐกึ่งรัฐเดี่ยว (Quasi-Federal) กล่าวคือ มีลักษณะเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐบาลเดี่ยว (Unitary State) แล้วเสริมด้วยลักษณะของการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal Features) มากกว่าจะเป็นรัฐรวมที่เสริมด้วยลักษณะของรัฐเดี่ยว²¹⁸ ด้วยลักษณะดังกล่าวนี้ นักวิชาการบางท่าน เห็นว่า รูปแบบรัฐบาลหรือรูปแบบรัฐอินเดียมีลักษณะที่แตกต่างจากรูปแบบของรัฐที่มีการแบ่งกันในปัจจุบัน จึงเห็นว่า รูปแบบรัฐบาลหรือรูปแบบรัฐของอินเดียสามารถนำไปจัดประเภทได้ต่างหาก (Sui Generis)²¹⁹ ในการศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอินเดียมีสถาบันการเมืองที่มีส่วนเกี่ยวข้องดังนี้

²¹⁷ Durga Das Basu, **Introduction to the Constitution of India** (Delhi: Lexis Nexis, 2011), p. 51.

²¹⁸ Kenneth Clinton Wheare, **Federal Government** (London: Oxford University Press, 1963), p. 77.

²¹⁹ Charles Henry Alexandrowicz, **Constitutional Development in India** (Bombay: Oxford University Press, 1957), pp. 157-170.

3.3.1.1 ประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารแห่งสหภาพและแห่งมลรัฐในหมวดที่ 5 และหมวดที่ 6 กล่าวคือ ตั้งแต่มาตรา 52 ถึงมาตรา 237 รวม 185 มาตรา อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตุลาการด้วย²²⁰ ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในส่วนของศาลสูงสุด

รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นของตำแหน่งประธานาธิบดีเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ที่มาของตำแหน่งประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งทางอ้อม กล่าวคือ มาจากการเลือกตั้งของคณะผู้เลือกตั้ง (Electoral College) ด้วยระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนด้วยวิธีการถ่ายโอนคะแนนเสียง (Single Transferable Vote) รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะผู้เลือกตั้งประกอบไปด้วย สมาชิกที่ได้รับเลือกมาจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา สมาชิกที่ได้รับเลือกมาจากสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐ และสมาชิกที่ได้รับเลือกมาจากสภานิติบัญญัติแห่งดินแดนสหภาพรัฐบาลกลางแห่ง Delhi และ Pondicherry

วาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดี คือ 5 ปี โดยประธานาธิบดีอาจจะพ้นจากตำแหน่งก่อนหมดวาระหากลาออกจากตำแหน่ง ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องเขียนใบลาออกด้วยลายมือแล้วยื่นต่อรองประธานาธิบดี หรือประธานาธิบดีอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ในกรณีที่ประธานาธิบดีกระทำการละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ²²¹

รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารและมีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกบางส่วนของรัฐสภา กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีมีบทบาทสำคัญทั้งในบทบาทของฝ่ายบริหารและบทบาททางนิติบัญญัติ²²² ในการใช้อำนาจบริหาร รัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจดังกล่าวนี้อำนาจประธานาธิบดี อำนาจบริหารดังกล่าวนี้หมายถึง อำนาจในการบังคับใช้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม การกิจของฝ่ายบริหารในรัฐสมัยใหม่ไม่ได้มีเฉพาะภารกิจพื้นฐานดังเช่นในอดีต เนื่องจากในปัจจุบันรัฐได้ขยายพันธกิจไปกว้างขวางมากขึ้น ดังนั้น โดยปกติอำนาจหน้าที่ที่เหลือย่อมเป็นภารกิจของฝ่ายบริหารทั้งสิ้น²²³

²²⁰ Arun K. Thiruvengadam, **The Constitution of India: A Contextual Analysis** (Oxford: Hart, 2017).

²²¹ Durga Das Basu, *op. cit.*, pp. 176-177.

²²² Yogendra Narain, **An Introduction to Paliament of India** (New Delhi: Rajya Sabha Secretariat, 2007), p. 5.

²²³ Durga Das Basu, *op. cit.*, p. 180.

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจของประธานาธิบดีไว้เช่นกัน ดังนี้

ประการแรก ประธานาธิบดีต้องใช้อำนาจในการบริหารตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ อาทิ รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจประธานาธิบดีในการแต่งตั้งรัฐมนตรีทั้งหลาย แต่ต้องแต่งตั้งจากคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีเท่านั้น หากประธานาธิบดีแต่งตั้งบุคคลอื่นนอกเหนือจากบัญชีที่นายกรัฐมนตรีเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งแล้ว ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ (Impeachment) จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีทั้งหลายของประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญนำมาจากระบบรัฐสภาของอังกฤษ หรือในกรณีตามมาตรา 75 (3) ที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาประชาชนก็มาจากระบบรัฐสภาอังกฤษเช่นกัน²²⁴

ประการที่สอง กรณีที่การใช้อำนาจของประธานาธิบดีต้องดำเนินการไปตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ ประธานาธิบดีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแต่เพียงในนาม ส่วนอำนาจในการบริหารปกครองที่แท้จริงเป็นของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรที่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาแห่งสหภาพตามบทบัญญัติมาตรา 74 (1) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเดิมของมาตรา 74 (1) มิได้เป็นเช่นที่ปรากฏในปัจจุบัน กล่าวคือ คำแนะนำของคณะรัฐมนตรีมิได้มีผลผูกมัดประธานาธิบดีดังเช่นปัจจุบัน กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 74 (1) ตามที่ปรากฏปัจจุบันมาจากแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1976 ซึ่งเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ในสมัยรัฐบาลของนาง Indira Gandhi²²⁵

อำนาจหน้าที่สำคัญของประธานาธิบดีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อาทิ การใช้อำนาจในทางปกครอง (The Administrative Power) ประธานาธิบดีของมิได้เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารอย่างแท้จริงดังเช่นประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีไม่มีหน้าที่ใด ๆ ในทางการปกครอง ไม่มีอำนาจในการควบคุมและการอำนาจในกำกับดูแลเหนือหน่วยงานราชการดังเช่นประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา หน่วยงานราชการแห่งสหภาพ (Department of the Government of the Union) อยู่ภายใต้การควบคุมและรับผิดชอบของรัฐมนตรีประจำกระทรวงนั้น ๆ ประธานาธิบดีเป็นประมุขฝ่ายบริหารอย่างเป็นทางการ การกระทำทั้งหลายของฝ่ายบริหารของสหภาพเป็นการกระทำในนามของประธานาธิบดีทั้งสิ้น

สำหรับอำนาจหน้าที่อื่นซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดี เช่น อำนาจในการเรียกประชุม ปิดการประชุม หรือยุบสภาผู้แทนราษฎร อำนาจในการกล่าวเปิดการประชุมสภา อำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภา อำนาจดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นกรณีพิเศษ เนื่องจากโดยปกติสมาชิกของ

²²⁴ Arun K. Thiruvengadam, *op. cit.*, loc. 1185

²²⁵ *Ibid.*

ทั้งสองสภาจะมาจากการเลือกตั้งไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งสมาชิกได้ก็ต่อเมื่อเห็นว่าระบบการเลือกตั้งไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงกลุ่มผลประโยชน์ในอินเดียถูกเลือกเข้ามาอย่างทัดเทียมกัน เช่น กรณีสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐหรือวุฒิสภา (The Council of States) สมาชิก 12 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจากบุคคลที่มีความรู้ความสามารถพิเศษหรือมีประสบการณ์มากในด้านวรรณกรรม วิทยาศาสตร์ ศิลปะ และการบริการสังคม กรณีต่อมารัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีในการแต่งตั้งสมาชิกสภาประชาชนหรือสภาผู้แทนราษฎร (House of the People) ไม่เกินสองคนจากชุมชนชาวอังกฤษที่ตั้งหลักฐานหรือเกิดในอินเดีย (Anglo-Indian Community) หากประธานาธิบดีเห็นว่าตัวแทนชุมชนชาวอังกฤษมีจำนวนไม่พอในสภาดังกล่าว รัฐธรรมนูญยังให้อำนาจประธานาธิบดีในการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในร่างกฎหมาย เป็นต้น²²⁶

รัฐธรรมนูญยังให้อำนาจนิติบัญญัติแก่ประธานาธิบดีไว้ในกรณีพิเศษให้อำนาจประธานาธิบดีตราข้อกำหนด (ordinance) ในช่วงที่ไม่อยู่ในสมัยประชุมรัฐสภา ซึ่งเมื่อกลับมามีการประชุมรัฐสภาจะต้องนำข้อกำหนดดังกล่าวให้สภาพิจารณาภายในหกสัปดาห์

สำหรับความสัมพันธ์ภายในฝ่ายบริหารระหว่างประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญเป็นที่ถกเถียงกันมากก่อนว่ามีลักษณะรูปแบบใด ตามที่กล่าวมาแล้ว รูปแบบรัฐธรรมนูญอินเดียมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากประเทศต้นแบบอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรีย่อมมีความแตกต่างกัน เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญมิได้นำเอารูปแบบรัฐธรรมนูญอเมริกามาใช้ทั้งหมด รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรีมีลักษณะที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการบริหารทั้งหมดให้แก่ประธานาธิบดีโดยใช้อำนาจตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี หากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะให้หลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด คือ ประธานาธิบดีและรัฐมนตรีทั้งหลายไม่ต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภา Congress แต่รัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

สำหรับประเด็นที่รัฐธรรมนูญกำหนดประธานาธิบดีให้อำนาจในการบริหารปกครองตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ปัญหาดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในวงวิชาการกฎหมายของประเทศอินเดีย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดของอินเดีย (Supreme Court) เคยมีความเห็นไว้ในคดี Ram Jawaya v. State of Punjab เมื่อ ค.ศ. 1955 ว่า “...ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 53 (1) อำนาจของฝ่ายบริหารแห่งสหภาพถูกมอบให้แก่ประธานาธิบดี อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 74 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีโดยนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าคณะรัฐมนตรีช่วยเหลือและให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีในการใช้อำนาจบริหารปกครอง

²²⁶ Durga Das Basu, *op. cit.*, p. 185.

ประเทศ ประธานาธิบดีจึงเป็นประมุขในทางรูปแบบหรือประมุขในทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น องค์กรที่ใช้
 อำนาจบริหารอย่างแท้จริงได้แก่บรรดารัฐมนตรีทั้งหลายหรือคณะรัฐมนตรีนั่นเอง...” หรือในคดี Rao
 v. Indira ในปี ค.ศ. 1971 ศาลสูงสุดก็มีความเห็นไปในแนวทางเดิม โดยให้ความเห็นในคดีนี้ว่า “...
 สภาร่างรัฐธรรมนูญ (The Constituent Assembly) มิได้เลือกใช้ระบบรัฐบาลในรูปแบบ
 ประธานาธิบดี (The Presidential System of Government)...” รวมไปถึงคดี Shamser Singh v.
 State of Punjab (1974), Sanjeevi v. State of Madras (1970) เป็นต้น²²⁷

3.3.1.2 รัฐสภาแห่งสหภาพ

รัฐธรรมนูญอินเดียมีลักษณะรูปแบบการปกครองกระเตียดมาทางรูปแบบรัฐสภา
 มากกว่า (Parliamentary System) กล่าวคือ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมีความใกล้ชิดกัน
 อำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะองค์กรนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้
 ประการแรก อำนาจในการจัดตั้งรัฐบาล ประการที่สอง ควบคุมการทำงานของรัฐบาล ประการที่สาม
 อำนาจในการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาลหรือรัฐมนตรีแต่ละคน รวมถึงมีอำนาจในการลงมติ
 ไม่ไว้วางใจในการทำงานได้อีกด้วย ประการที่สี่ เป็นองค์กรหลักในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ
 ประการที่ห้า อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการนิติบัญญัติทั้งหลาย ประการสุดท้าย อำนาจหน้าที่ในการ
 ควบคุมงบประมาณของประเทศ²²⁸

รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาประกอบไปด้วยประธานาธิบดีและสภาสองสภา โดยสภา
 ล่างเรียกว่า สภาประชาชน (The House of the People) หรือที่เรียกว่า Lok Sabha ในขณะที่สภา
 สูง คือ สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (the Council of States or the House of States) หรือที่เรียกว่า
 Rajya Sabha²²⁹ ประธานาธิบดีเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นเดียวกับกษัตริย์อังกฤษ แต่มีได้
 นั่งในรัฐสภาแต่อย่างใด เว้นแต่กรณีที่กำลังเปิดประชุมสภา ร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากสภา
 ทั้งสองจะใช้บังคับเป็นกฎหมายมิได้จนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี²³⁰

สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐประกอบไปด้วยสมาชิกไม่เกิน 250 คน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของ
 ประธานาธิบดีจำนวน 12 คน สมาชิกที่เหลือเป็นตัวแทนของมลรัฐและดินแดนสหภาพ (The Union
 Territories) ที่มาจากการเลือกตั้งทางอ้อม ส่วนสภาประชาชนประกอบไปด้วยสมาชิกไม่เกิน 552 คน
 โดยการเลือกตั้งทางตรงจากผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละมลรัฐ มีตัวแทนจากดินแดนสหภาพไม่

²²⁷ *Ibid.*, pp. 200-201.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 210-211.

²²⁹ Yogendra Narain, *op. cit.*, p. 5.

²³⁰ Durga Das Basu, *op. cit.*, p. 211.

เกิน 20 คน มีตัวแทนจากชุมชนชาวอังกฤษที่ตั้งหลักฐานหรือเกิดในอินเดีย (Anglo-Indian Community) ไม่เกิน 2 คน มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี²³¹

3.3.1.3 ศาลสูงสุดแห่งสหภาพ

เดิมทีรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลสูงสุดประกอบไปด้วยประธานศาลและผู้พิพากษาอีกไม่เกิน 7 คน แต่ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา กล่าวคือ มีการแก้ไขจำนวนผู้พิพากษาศาลสูงสุดเป็น 10 คนใน ค.ศ. 1956 เพิ่มเป็น 13 คน ใน ค.ศ. 1960 เปลี่ยนเป็นจำนวนผู้พิพากษา 17 คน ใน ค.ศ. 1977 จนกระทั่ง ใน ค.ศ. 1986 ได้มีการเพิ่มเติมจำนวนผู้พิพากษาในศาลสูงสุดเป็น 31 คน กล่าวคือ ในปัจจุบัน คณะผู้พิพากษาของศาลสูงสุดประกอบไปด้วยประธานศาลและผู้พิพากษาศาลสูงสุดอีกไม่เกิน 31 คน ผู้พิพากษาของศาลสูงสุดทุกคนมาจากแต่งตั้งของประธานาธิบดี

ปกติแล้วประเทศที่ปกครองในระบอบสหพันธรัฐ ระบบศาลมักแบ่งเป็นสองประเภท คือ ระบบศาลของรัฐบาลกลางและระบบศาลของมลรัฐ แต่รัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดให้ระบบศาลไว้เพียงระบบเดียวเท่านั้น โดยมีศาลสูงสุดเป็นศาลอันมีฐานะสูงสุดของประเทศ ดังนั้น ศาลสูงสุดแห่งประเทศอินเดีย (The Supreme Court of India) จึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจมาก ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า ประการแรก ศาลสูงสุดแห่งอินเดียมิได้เป็นเพียงศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะข้อพิพาทในระดับสหพันธรัฐหรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือสนธิสัญญาต่าง ๆ เท่านั้น แต่ศาลสูงสุดแห่งอินเดียนอกจากเป็นศาลแห่งสหพันธรัฐแล้วยังเป็นศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีในประเทศที่มีความสัมพันธ์กับการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอีกด้วย ประการที่สอง ศาลสูงสุดแห่งประเทศอินเดียมีอำนาจพิเศษ (An Extra-Ordinary Power) ในการรับพิจารณาอุทธรณ์โดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ในการใช้ดุลพินิจของตนในการรับพิจารณาอุทธรณ์จากทุกศาลในประเทศ ประการที่สาม ในขณะที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาส่งข้อพิพาทที่เกินอำนาจของตนอยู่การพิจารณาตัดสินข้อพิพาททางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างคู่ความ โดยปฏิเสธที่จะให้ความเห็นทางกฎหมายใด ๆ แก่รัฐบาล แต่ในประเทศอินเดีย รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลสูงสุดแห่งประเทศอินเดียกลับมีอำนาจดังกล่าว

3.3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

3.3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญอินเดียมีบทบัญญัติที่พิจารณาได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระจายอยู่ทั่วรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญปรากฏบทบัญญัติเพียงมาตราเดียวเท่านั้นที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้

²³¹ *Ibid.*, p. 212.

คือ บทบัญญัติมาตรา 368 บทบัญญัติมาตรานี้มีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานและซับซ้อน เป็นบทบัญญัติที่ถูกกล่าวอ้างและถกเถียงกันมากที่สุด บทบัญญัตินี้ในปัจจุบันมีเนื้อหาที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติดั้งเดิมเนื่องจากถูกแก้ไขหลายครั้ง อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เพียงมาตราเดียว บทบัญญัติอื่น ๆ ที่กล่าวถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องอ่านประกอบกับมาตรา 368 เพื่อทำความเข้าใจว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้มีแค่บทบัญญัติเดียวเท่านั้น²³² โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียจัดอยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมเพื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญในบางมาตรา รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมมากกว่ารูปแบบเดียว แต่รูปแบบพิเศษที่กำหนดเพิ่มขึ้นมานั้นใช้เพื่อแก้ไขบางมาตราเป็นพิเศษเท่านั้น แต่ถึงแม้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้จะประกอบด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหลายรูปแบบก็ตาม แต่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะนำไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตราที่ต่างกัน

3.3.2.2 ขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าปัจจุบันแนวโน้มของการบัญญัติรัฐธรรมนูญในโลกจะมีบัญญัติกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมในบางเรื่องบางประเด็นมากขึ้น แต่รัฐธรรมนูญอินเดียไม่มีบทบัญญัติในลักษณะในการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น ในช่วงแรกของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญจึงตกอยู่ในความเชื่อที่ว่า รัฐสภาสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ภายใต้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ในปี ค.ศ. 1976 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายมาตราตามพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ (การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42) ค.ศ. 1976 (The Constitution (Forty-Second Amendment) Act, 1976) ซึ่งหนึ่งในมาตราที่ถูกแก้ไขตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ รัฐธรรมนูญ มาตรา 368 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองข้อ คือ เพิ่มข้อสี่และข้อห้า ซึ่งข้อสี่มีเนื้อหาเป็นการห้ามมิให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และในข้อห้า รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่มีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ รัฐสภาสามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง และยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราใดก็ได้และอย่างไรก็ได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวย่อมสันนิษฐานไปได้ว่า รัฐสภาเป็นองค์กรที่ถืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังห้ามมิให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้สถาปนาอำนาจของตนในการเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยศาลสูงสุดได้เข้า

²³² Arun K. Thiruvengadam, *op. cit.*, loc. 4379-4383.

ตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ในคดี *Minerva Mills v. Union of India* และศาลสูงสุดได้ประกาศให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) เนื่องจากขัดต่อหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution)²³³ โดยที่มาของคำพิพากษาของศาลสูงสุดฉบับนี้เกิดจากปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง โดยรายละเอียดจะกล่าวต่อไปภายหน้า

3.3.2.3 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

มาตรา 368 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกันในแต่ละหมวดแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้ หมวดแรกเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ถือว่ามีความสำคัญไม่มาก สามารถดำเนินการแก้ไขได้ด้วยการกระบวนกรตรากฎหมายธรรมดาของรัฐสภา กล่าวคือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวดนี้ใช้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดาในรัฐสภาเท่านั้น และได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี ซึ่งบทบัญญัติที่จัดอยู่ในหมวดการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้มีมากกว่า 20 มาตราในรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 4 ซึ่งเกี่ยวกับการก่อตั้งมลรัฐใหม่รวมถึงการแก้ไขรายการตามตารางผนวกแนบท้ายที่ 1 และ 4 หรือมาตรา 125 ประกอบมาตรา 221 รวมถึงรายการตามตารางผนวกแนบท้ายที่ 2 เกี่ยวกับการเพิ่มเงินเดือนตุลาการ และมาตรา 169 (3) การก่อตั้งหรือยุบเลิกสภาสูงแห่งมลรัฐ²³⁴

ในหมวดหรือกลุ่มที่สองในการแก้ไขรัฐธรรมนูญประกอบด้วยบทบัญญัติทุกมาตราเว้นแต่บทบัญญัติที่กล่าวมาในหมวดแรก ซึ่งบทบัญญัติมาตราในหมวดที่สอง รัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมาก รัฐธรรมนูญ มาตรา 368 (2) ได้ระบุวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวดที่สองไว้แตกต่างจากหมวดแรก โดยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้โดยการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อแต่ละสภา เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับการรับรองด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกของแต่ละสภาและได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกของแต่ละสภาที่มาออกออกเสียงและลงคะแนน ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะถูกส่งไปยังประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบ²³⁵

ในหมวดหรือกลุ่มที่สาม มาตรา 368 (2) ส่วนท้ายได้กำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตราซึ่งเป็นมาตราที่มีความสำคัญสูงสุด กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลกระทบต่อลักษณะของสหพันธรัฐหรือเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อผลประโยชน์ของมลรัฐ กล่าวคือ หากร่างแก้ไขเพิ่มเติม

²³³ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, pp. 8-9.

²³⁴ Arun K. Thiruvengadam, *op. cit.*, loc. 4387-4392.

²³⁵ *Ibid.*, loc. 4396-4400.

รัฐธรรมนูญพยายามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องดังต่อไปนี้จะต้องได้รับสัตยาบันจากฝ่ายนิติบัญญัติแห่งมลรัฐจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า (ปัจจุบันคือไม่น้อยกว่าสิบห้ามลรัฐ) ซึ่งจะต้องทำก่อนนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขต่อประธานาธิบดี

1. รูปแบบวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีตามมาตรา 54 และมาตรา 55
2. ขอบเขตอำนาจบริหารของสหภาพและของมลรัฐตามมาตรา 73 และมาตรา 162
3. ศาลสูงสุดและศาลสูงตามมาตรา 124 ถึงมาตรา 147 และมาตรา 214 ถึงมาตรา 231
4. การแบ่งอำนาจนิติบัญญัติ การเก็บภาษี และอำนาจทางปกครองระหว่างสหภาพและมลรัฐตามมาตรา 245 ถึงมาตรา 255 และรายการบัญชีรายชื่อตารางผนวกแนบท้ายที่ 7
5. ตัวแทนของมลรัฐในสภาสูงตามรายการบัญชีรายชื่อตารางผนวกแนบท้ายที่ 4
6. การแก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 368

รัฐธรรมนูญของอินเดียได้รับความเห็นชอบและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1950 มี 395 มาตรา 22 หมวด และตารางผนวกแนบท้าย (Schedules) 8 ตาราง จนถึงปัจจุบันปรากฏว่ารัฐธรรมนูญอินเดียมี 448 มาตรา 25 หมวด และตารางผนวกแนบท้ายอีก 12 ตาราง กล่าวคือ มีการแก้ไขมาแล้วทั้งสิ้น 101 ครั้ง โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งสุดท้ายหรือครั้งที่ 101 ประกาศแก้ไขเมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. 2016 จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของอินเดียมีการแก้ไขบ่อยครั้งมาก เฉลี่ยแล้วรัฐธรรมนูญจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม 1.53 ครั้งต่อปี ซึ่งเป็นจำนวนการแก้ไขที่สูงในอันดับต้น ๆ ของโลก การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญมีดังต่อไปนี้²³⁶

- 1) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งแรกใน ค.ศ. 1951 ซึ่งดำเนินการแก้ไขโดยรัฐสภาชั่วคราว (สภาเดี่ยว) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการแก้ไขโดยที่รัฐธรรมนูญเพิ่งประกาศใช้บังคับไม่ถึงหนึ่งปีและเป็นการแก้ไขก่อนการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรก การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ดำเนินการแก้ไขทั้งสิ้น 10 มาตรา และเพิ่มเติมมาตราใหม่อีก 2 มาตรา
- 2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 ในปี ค.ศ. 1956 เป็นการแก้ไขประเด็นเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างอำนาจหน้าที่ของมลรัฐเพื่อปรับเปลี่ยนโครงสร้างองค์กรของรัฐบาล สหพันธ์บนฐานของภาษา ส่งผลให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายมาตรา
- 3) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการแก้ไขที่มีการถกเถียงกันมากที่สุด โดยเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่วงการใช้อำนาจ

²³⁶ *Ibid.*, loc. 4489-4516.

ฉุกเฉินของรัฐบาลของ Indira Gandhi ซึ่งต้องการตั้งอำนาจการปกครองเข้าสู่รัฐบาลสหภาพและควรรวมองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรตุลาการ การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีการแก้ไขทั้งสิ้น 55 มาตรา และมีการเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกสองหมวด การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีการเพิ่มเติมข้อความคิดสังคมนิยม ความเป็นกลางทางศาสนา และการเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติเข้าไปในคำปรารภ เพิ่มเติมส่วนของหน้าที่พื้นฐานที่ให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม แก้ไขบทบัญญัติหลายมาตราลดอำนาจของศาลสูง (The High Court) และให้อำนาจรัฐสภาในการก่อตั้งศาลชั้นต้นหรือศาลอื่น ๆ ที่ฝ่ายบริหารจะมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งและกระบวนกรต่าง ๆ มากขึ้น มีการแก้ไขให้นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจมากขึ้น โดยกำหนดให้ประธานาธิบดีถูกผูกมัดให้ต้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่เป็นไปตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และพยายามที่จะไม่ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

4) การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 44 หลังจากการเลือกตั้งทั่วไป รัฐบาลของ Janata ได้ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1978 ซึ่งมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแก้ไขหลายมาตราที่ถูกแก้ไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 โดยเฉพาะการป้องกันการใช้อำนาจฉุกเฉินโดยมิชอบ โดยการให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบในการขยายเวลาฉุกเฉินจากกรณีปกติ

3.3.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

3.3.3.1 ช่วงองค์กรตุลาการปฏิเสธหลักข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญอินเดียมีบทบัญญัติห้ามองค์กรตุลาการใช้อำนาจเข้าพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขรัฐธรรมนูญและบัญญัติให้รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อย่างปราศจากข้อจำกัดใด ๆ อีก ในตอนเริ่มแรกของการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมไม่ยอมรับแนวคิดว่ามีข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหากรัฐธรรมนูญมิได้มีการบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากคดี Shankari Prasad v. India ในปี ค.ศ. 1951 เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังได้รับเอกราชจากอังกฤษใหม่ ๆ ซึ่งรัฐบาลในขณะนั้นพยายามที่จะปฏิรูปที่ดินขนานใหญ่ แนวนโยบายดังกล่าวส่งกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินอย่างมาก รัฐบาลจึงได้ทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (การแก้ไขครั้งแรก) โดยเนื้อหาของการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทำการจำกัด (Abridge) สิทธิในทรัพย์สินของประชาชน ในคดีนี้ศาลสูงสุด (Supreme Court) ยืนยันว่า สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไม่ได้อยู่เหนือการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ในปี ค.ศ. 1965 ศาลสูงสุดได้ยืนยันหลักการนี้อีกครั้งในคดี Singh v. Rajasthan ในการคัดค้านการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 โดยผู้พิพากษาเสียงข้างมากของศาลสูงสุดปฏิเสธคำโต้แย้งว่าการแก้ไข

รัฐธรรมนูญละเมิดบทบัญญัติขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง โดยมีผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย 2 ท่านมีความเห็นค้าน²³⁷

3.3.3.2 ช่วงองค์กรตุลาการยอมรับว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด

ในคดี *Golaknath v. State* ศาลสูงสุดได้กลับแนวคำพิพากษาเดิม โดยผู้พิพากษาเสียงข้างมาก (6 ต่อ 5 เสียง) เห็นว่า อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขไปละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ เนื่องจากศาลเห็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 13 เช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ซึ่งบัญญัติห้ามไม่ให้รัฐสภาจัดทำกฎหมายใด ๆ ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดก็ไม่ได้ประกาศว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด คำพิพากษานี้ได้ก่อให้เกิดความไม่พอใจของฝ่ายการเมือง เรียกได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นความขัดแย้งระหว่างฝ่ายการเมืองกับฝ่ายตุลาการ²³⁸

ในปี ค.ศ. 1973 คดี *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* ศาลสูงสุดสร้างแนวคิดสำคัญที่เรียกว่า “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) บุคคลที่นำเสนอความคิดดังกล่าว มีนามว่า M. K. Nambyar บุคคลคนนี้เป็นหนึ่งในทนายความที่ยื่นคำร้องต่อศาลในคดี *Golaknath v. State* ที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ในคดี *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* ก็เช่นเดียวกัน M. K. Nambyar ได้ยื่นคำโต้แย้งต่อศาลสูงสุดโดยอ้างว่า มีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมปรากฏในอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถทำลายคุณลักษณะที่มีลักษณะถาวรหรือโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้²³⁹ ในคดีนี้ ศาลสูงสุดพิจารณาความสมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 3 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่ 24 มีเนื้อหาอนุญาตให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ฉบับที่ 25 อนุญาตให้รัฐบาลอาจพ้นจากการตรวจสอบโดยศาลได้เพื่อกำหนดในกฎหมายมลรัฐหรือสหพันธรัฐว่าเป็นเรื่องหลักการอันเป็นคำสั่งเกี่ยวกับแนวนโยบายแห่งรัฐ และฉบับสุดท้าย คือ ฉบับที่ 29 ซึ่งกำหนดให้กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินได้รับการยกเว้นการตรวจสอบจากศาล ต่อมาศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยเพิกถอนหลักการเดิมในคดี *Golaknath v. State* โดยยืนยันว่า แง่มุมทางกฎหมายไม่สามารถนำมาอ้างในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ ฉะนั้น รัฐสภาสามารถดำเนินการแก้ไขส่วนใดในรัฐธรรมนูญก็ได้ และศาลก็ได้ยืนยันว่า อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่รวมไปถึงอำนาจในการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานหรือระบบ (Framework) ของรัฐธรรมนูญที่จะนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาหลักการนี้รู้จักในนาม “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” อย่างไรก็ตาม ในบรรดาผู้พิพากษา 13 ท่านที่

²³⁷ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 54-55.

²³⁸ *Ibid.*, p. 55.

²³⁹ *Ibid.*

เป็นองค์คณะในคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala มีผู้พิพากษาถึง 6 ท่านฝ่ายเสียงข้างน้อยที่คัดค้านหลักการนี้ เนื่องจากฝ่ายเสียงข้างน้อยให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญทุกส่วนมีสถานะเท่าเทียมกันทั้งหมด และทุกบทบัญญัติสามารถที่จะถูกแก้ไขได้²⁴⁰

เมื่อพิจารณาคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยในคดีนี้ไม่ระบุให้ชัดเจนว่ามีรายการใดของรัฐธรรมนูญบ้างที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานซึ่งไม่สามารถที่จะแก้ไขได้ ดังนั้น หลักการนี้จึงต้องรอการพัฒนาตามแนวคำพิพากษาตามระบบกฎหมาย Common Law ผู้พิพากษาบางท่านก็ยกตัวอย่างรายการที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รูปแบบของรัฐบาลที่เป็นประชาธิปไตย ระบบสหพันธรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และความเป็นรัฐที่ไม่ข้องเกี่ยวกับศาสนา²⁴¹

การพัฒนาของหลักโครงสร้างพื้นฐานมาจากการต่อสู้ระหว่างฝ่ายการเมืองกับศาล ภายหลังจากศาลได้อ่านคำพิพากษาคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala เพียงหนึ่งวัน ฝ่ายการเมืองนำโดยนาง Indira Gandhi ซึ่งดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้แสดงความไม่พอใจอย่างมาก จึงมีคำสั่งแต่งตั้งประธานศาลสูงสุดแทนที่ประธานคนเก่า คือ ผู้พิพากษา Sikri แต่แทนที่นาง Indira Gandhi จะแต่งตั้งตามจารีตประเพณีการตั้งประธานศาลสูงสุดซึ่งจะตั้งตามลำดับผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุด นาง Indira Gandhi กลับเลือกผู้พิพากษา Ray ซึ่งผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุดของเสียงข้างน้อยแทน²⁴² กล่าวคือ ผู้พิพากษาสูงสุดที่มีอาวุโสสูงสุดสามลำดับซึ่งอยู่ในฝ่ายเสียงข้างมากในคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ไม่ถูกนำมาพิจารณา ซึ่งต่อมาผู้พิพากษาทั้งสามคนได้ลาออกเพื่อประท้วงการตัดสินใจของนาง Indira Gandhi นายกรัฐมนตรี และนาง Indira Gandhi ถูกกล่าวหาว่าทำลายความเป็นอิสระของศาล²⁴³

ในปี ค.ศ. 1975 ศาลสูง (High Court) ได้ประกาศความเป็นโมฆะของการเลือกตั้งใน ค.ศ. 1971 โดยศาลให้เหตุผลว่ามีการทุจริตในการเลือกตั้ง และตัดสิทธิในการสมัครลงเลือกตั้งของนาง Indira Gandhi เป็นเวลา 6 ปี นาง Indira Gandhi ได้ตอบฝ่ายศาลโดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายหลังจากรัฐสภาได้ใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ 2 ประการ คือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 38 การตัดสินใจของประธานาธิบดีอินเดียในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและกฎหมายฉบับใด ๆ ในระหว่างสถานการณ์ฉุกเฉินไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาล และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 39 ซึ่งแก้ไขกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปถึงกฎหมายที่นาง Indira

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 56.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

Gandhi ถูกตัดสินว่ามีความผิดตามกฎหมายนั้น และกำหนดห้ามไม่ให้องค์กรศาลเข้าไปใช้อำนาจตัดสินในกรณีใด ๆ เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี ประธานรัฐสภา และนายกรัฐมนตรี แม้ว่าจะอยู่ในการพิจารณาคดีในศาลก็ตาม หลังจากนั้นนาง Indira Gandhi ได้ยื่นฎีกาคำพิพากษาศาลสูงต่อศาลสูงสุด ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ศาลสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดี *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* ผู้พิพากษาทั้ง 5 คนมีความเห็นเอกฉันท์ในหลักโครงสร้างพื้นฐานและพิพากษารับรองการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1971 ขอบด้วยกฎหมาย และยืนยันว่า การตัดอำนาจตรวจสอบของศาลในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 39 ละเมิดลักษณะสำคัญ 3 ประการของระบบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การเลือกตั้งที่มีความชอบธรรมในประชาธิปไตย ความเสมอภาค และการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น จึงตกเป็นโมฆะ²⁴⁴

การตอบโต้ระหว่างฝ่ายการเมืองและศาลยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง เมื่อศาลพยายามเข้ามาแทรกแซงตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง ฝ่ายการเมืองจึงตอบโต้ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 42 โดยที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้แก้ไขทั้งหมด 59 มาตรา โดยเฉพาะมาตรา 55 บัญญัติให้ตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญและให้อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อย่างไม่มีข้อจำกัด ภายหลังการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1977 พรรคการเมืองของนาง Indira Gandhi แพ้การเลือกตั้งต่อพรรคของ Janata โดยที่พรรคของ Janata ได้ลดอำนาจของรัฐบาลในระหว่างช่วงสถานการณ์ฉุกเฉินลง แต่หลังจากพรรคการเมืองของนาง Indira Gandhi กลับเข้ามาสู่อำนาจอีกครั้ง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 42 ก็ถูกพิจารณาว่ามีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งของหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในคดี *Minerva Mills v. Union of India* ผู้พิพากษาศาลสูงสุดทั้ง 5 คนมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 55 ได้ตัดข้อจำกัดในการอำนาจของการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาออกทั้งหมดซึ่งทำลายลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะ²⁴⁵

ลักษณะของข้อจำกัดของอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ก่อตั้งขึ้นในอินเดีย นับตั้งแต่คดี *Minerva Mills v. Union of India* หลักทฤษฎีโครงสร้างพื้นฐานได้รับการยอมรับและถูกใช้ในอีกหลาย ๆ คดี ซึ่งปัจจุบันหลักการดังกล่าวรวมไปถึงลักษณะเกี่ยวกับเสรีประชาธิปไตยด้วย เช่น ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการตรวจสอบของศาล เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของชาติ อิสระและความยุติธรรมในการเลือกตั้ง ระบบสหพันธรัฐ และความเป็นรัฐฆราวาส²⁴⁶

²⁴⁴ Yaniv Roznai, *op. cit.*, pp. 56-57.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 57.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 58.

แนวคิดที่ว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้แผ่อิทธิพลไปยังประเทศอื่นด้วย เช่น ประเทศบังคลาเทศ ประเทศเคนยา กรีนิประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศจีน มีการยอมรับกันในวงการวิชาการแต่ยังไม่รวมไปถึงศาล หรือกรณีของประเทศปากีสถานมีการยอมรับว่าอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดแม้ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่ศาลไม่มีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมที่เห็นว่าละเมิดโครงสร้างพื้นฐานเป็นกระบวนการที่ต้องแก้ไขด้วยกระบวนการทางการเมือง สำหรับประเทศแอฟริกาใต้ (South Africa) ยังไม่ปรากฏแน่ชัดว่ายอมรับหรือไม่สนับสนุน “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญยังคงเปิดประเด็นทิ้งไว้ให้พัฒนาในอนาคต²⁴⁷

การศึกษารูปแบบและกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทำให้เห็นถึงความหลากหลายของกระบวนการจัดทำและกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญเยอรมันและรัฐธรรมนูญอินเดียถูกประกาศใช้ตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญเยอรมันประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1949 ส่วนอินเดียประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1950 ขณะที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่โดยมีประชาชนให้ความเห็นชอบผ่านการออกเสียงประชามติและประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1958 รัฐธรรมนูญของทั้งสามประเทศยังมีผลบังคับใช้ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบันไม่เคยถูกยกเลิกแต่อย่างใด โดยรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับถูกแก้ไขหลายครั้งตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องกับยุคสมัย เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมันแก้ไขกว่าห้าสิบครั้ง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแก้ไขยี่สิบสี่ครั้ง รัฐธรรมนูญของอินเดียแก้ไขกว่าร้อยครั้ง ทั้งที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสามเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดในตัวเอง ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงมีขอบเขตหรือข้อจำกัดในปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะบัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ทั้งสิ้น แต่ข้อห้ามในบทบัญญัติดังกล่าวจะมีความหมายแค่ไหน เพียงใดนั้น ย่อมอยู่ที่การตีความขององค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติม โดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดมอบอำนาจให้ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือองค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้คอยกำกับ ซึ่งรวมไปถึงการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในบางกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรแต่การแก้ไขดังกล่าวอาจกระทบแก่นหรือสาระสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญจนมีผลเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญ การศึกษาข้อกฎหมายและปรากฏการณ์ในการใช้กฎหมายในต่างประเทศอันเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำให้เราสามารถวิเคราะห์ถึงการสถาปนาและการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้อย่างดียิ่งขึ้น

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 67.

บทที่ 4

การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในประเทศไทย

4.1 การจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

4.1.1 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญ

4.1.1.1 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญก่อนรัชสมัยรัชกาลที่ 7

รัฐธรรมนูญเป็นนวัตกรรมทางความคิดที่กำเนิดในประเทศแถบตะวันตก วัตถุประสงค์เริ่มแรกในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็เพื่อสถาปนาระบอบการปกครองแบบใหม่ที่ตัดขาดจากรูปแบบการปกครองเดิม แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญในระยะหลังมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดระเบียบการปกครองใหม่ให้มีประสิทธิภาพยิ่งกว่าระบอบการปกครองเดิมและเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานประชาชนไม่ให้ผู้ใช้อำนาจปกครองล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพพื้นฐานได้ตามอำเภอใจ สำหรับประเทศไทยแม้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบการปกครองที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2475 แต่แนวคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้มีมาก่อนหน้านั้นหลายสิบปีแล้ว กล่าวคือ แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมิใช่แนวคิดใหม่ที่ปรากฏขึ้นในช่วงปลายรัชกาลของพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว หากแต่ปรากฏแนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จะเห็นได้จากภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จกลับจากการประพาสยุโรป ครั้งที่ 2 พระองค์ได้มีพระราชดำรัสความว่า “...ฉันจะให้ลูกกวาชิราวมอบของขวัญให้แก่พลเมืองในทันทีที่ขึ้นสู่ราชบัลลังก์ ในขณะที่สืบตำแหน่งกษัตริย์ กล่าวคือ ฉันจะให้เขาให้ปาลิเมนต์และคอนสติติวชัน”²⁴⁸ หรือกรณีเชื้อพระวงศ์ 4 พระองค์และข้าราชการอีก 7 คนจากสถานทูตสยาม ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ และสถานทูตสยาม ณ กรุงปารีส ได้ร่วมกันเข้าชื่อ “กราบบังคมทูลความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงการปกครองราชการแผ่นดิน ร.ศ. 103” (พ.ศ. 2427) ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงขจัดปัญหาด้วย

²⁴⁸ อุดล วิเชียรเจริญ, “รอยต่างในทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทย,” รัฐศาสตร์ 39, 6 (มิถุนายน 2534): 68.

การจัดตั้งระบบเสนาบดี (พ.ศ. 2435) การปฏิรูปดังกล่าวนี้อยู่ในรูปของ “คอเวอเมนต์รีฟอม” เป็นการปรับปรุงระบบบริหารโดยแบ่งส่วนราชการใหม่และเพิ่มตำแหน่งเสนาบดีจาก 6 ชั้นเป็น 12 ตำแหน่ง โดยที่เป็นการปฏิรูประบบบริหารรัฐบาลเป็นหลัก การปฏิรูประบบรัฐบาลดังกล่าวนี้เป็นการตอบสนองส่วนหนึ่งต่อข้อเรียกร้องของคณะเจ้านายและข้าราชการ ร.ศ. 103²⁴⁹ แม้การจัดทำรัฐธรรมนูญจะยังไม่เกิดขึ้น แต่กระแสการจัดทำรัฐธรรมนูญได้อยู่ในความคิดของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวตลอดรัชสมัย ดังจะเห็นได้จากพระราชนิพนธ์คำนำของรัชกาลที่ 7 ในหนังสือพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดินปรากฏในตอนหนึ่งว่า

“...พระบาทสมเด็จพระพุทธเจ้าหลวง ทรงเล็งเห็นการภายในอย่างชัดเจน และทรงทราบการที่ล่วงไปแล้วเป็นอย่างดี ได้ทรงพระราชดำริตรองโดยรอบคอบ ได้ทรงเลือกประเพณีการปกครองทั้งของไทยเรา และของต่างประเทศประกอบกัน ด้วยพระปรีชาญาณอันยอดเยี่ยม ได้ทรงจัดการเปลี่ยนแปลงวิธีการปกครองเป็นลำดับ มาแล้ว เหมาะกับเหตุการณ์และเหมาะสมกับเวลา ไม่ช้าเกินไป ไม่เร็วเกินไป...”²⁵⁰

ช่วงปลายรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เริ่มมีคนจำนวนหนึ่ง วิพากษ์วิจารณ์ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ สาเหตุก็สืบเนื่องมาจากไม่สามารถจัดการปัญหาอันเนื่องมาจากเจ้านายและขุนนางบางคนได้ รวมไปถึงแนวคิดการจัดการปกครองแบบตะวันตกที่เริ่มเข้ามาสู่ผู้มีการศึกษา โดยเฉพาะผู้จบการศึกษาจากต่างประเทศ เมื่อสิ้นสุดรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ปรากฏเหตุการณ์ที่สะท้อนให้เห็นปัญหาของการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ได้แก่ หนังสือ “ทรัพย์สินศาสตร์” ของพระยาสุรียานุวัตร และคณะปฏิวัติหรือ กบฏ ร.ศ. 130 กล่าวได้ว่า ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวมีกลุ่มทหารพยายามก่อรัฐประหารเปลี่ยนแปลงการปกครองอย่างน้อย 2 ครั้ง และเป็นไปได้ว่าอีกครั้งเกิดภายในวังเอง พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปฏิเสธข้อเสนอแนะของพระราชบิดาในเรื่องพระราชทานรัฐธรรมนูญและรัฐสภา โดยพระองค์ได้ตั้งข้อสังเกตว่า “อย่าลืมนึกว่าสภาพของประเทศยุโรปกับเมืองไทยผิดกันอยู่ ฉะนั้น สิ่งที่เป็นคุณสำหรับเขาอาจเป็นโทษสำหรับเราก็ได้” แม้คณะปฏิวัติ

²⁴⁹ เสน่ห์ จามริก, *การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549), หน้า 90-91.

²⁵⁰ ไพโรจน์ ชัยนาม, *รัฐธรรมนูญ บทกฎหมาย และเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย* (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 105-106.

ร.ศ. 130 จะถูกรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวดำเนินการจับกุมก่อนเริ่มดำเนินการ แต่สถานการณ์ดังกล่าวส่งผลต่อการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์พอสมควร โดยเฉพาะในประเด็นความรู้สึกบาตหมางในกลุ่มพระบรมวงศานุวงศ์ แต่ปฏิกิริยาของกลุ่มผู้ปกครองยังคงเห็นว่าปรากฏการณ์กบฏ ร.ศ. 130 เป็นเพียงกลุ่มการเมืองที่มักใหญ่ใฝ่สูงและไม่ปะสีปะสาไม่ก็คน ขณะที่คนไทยส่วนใหญ่ต่างสุขสบายพอใจกับสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ไม่ได้สนใจอะไรมากไปกว่านั้น แนวคิดเช่นนี้ทำให้รัฐบาลมิได้สนใจในปัญหาเศรษฐกิจและสังคมและไม่ฟังข้อเท็จจริงที่สร้างสรรค์ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวมีแนวคิดที่จะปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างมาก โดยทรงพระราชนิพนธ์บทความหลายชิ้นส่งพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ พระองค์ทรงชักชวนให้ชาวสยามสามัคคีกันเพื่อปกป้อง “ชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์” ซึ่งคำขวัญนี้ดัดแปลงมาจากภาษาอังกฤษ “God, King, and Country” แต่มีความแตกต่างกัน คือ คำขวัญภาษาอังกฤษ ทั้งสามสิ่งแยกออกจากกัน แต่คำขวัญของรัชกาลที่ 6 ทั้งสามหลอมรวมเป็นสิ่งเดียวกัน กล่าวคือ พระมหากษัตริย์คือตัวแทนของชาติ ชาวพุทธ และเป็นผู้ปกป้องทั้งชาติและศาสนา ในช่วงเวลาดังกล่าว สถานการณ์ของระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์นอกประเทศกำลังเปลี่ยนแปลงไป พระราชวงศ์ในหลายประเทศที่พระราชวงศ์จักรีทรงคุ้นเคยตั้งแต่รัชสมัยของรัชกาลที่ 5 ล่มสลายไปภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ประกอบกับในช่วงเวลาดังกล่าวการพิมพ์ในประเทศได้แพร่ขยายไปอย่างรวดเร็ว ในช่วงเวลาของการขยายตัวของการอ่านนี้ นักเขียนและผู้อ่านมุ่งความสนใจไปที่เนื้อหาเรื่องราวของผู้คนที่กำหนดชีวิตตัวเองได้ และเรื่องความทุจริตและความไม่ยุติธรรมของสังคมภายใต้การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การที่มีสิ่งตีพิมพ์มากยิ่งขึ้นทำให้คนไทยจำนวนมากมีโอกาสได้เห็นสังคมอื่น ๆ เปรียบเทียบกับสังคมสยาม ต่อมา พ.ศ. 2459 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยุติการร่วมอภิปรายในหนังสือพิมพ์ โดยหันมาปราบปรามแทน ใน พ.ศ. 2466 ทรงตราพระราชบัญญัติหนังสือพิมพ์ โดยมีเนื้อหาจำกัดเสรีภาพสื่อ และได้มีการดำเนินคดีกับเจ้าของหนังสือพิมพ์จำนวนมาก ในข้อหาเป็นอันตรายต่อความมั่นคงและหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ²⁵¹

แม้จะมีข้อเรียกร้องมากขึ้นเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นประชาธิปไตย และมีรัฐธรรมนูญจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชวินิจฉัยว่า คนไทยส่วนใหญ่ในขณะนั้นยังไม่พร้อมสำหรับการปกครองตนเอง ถึงกระนั้นพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ยังไม่ละความพยายามในการปลูกสร้างค่านิยม

²⁵¹ คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, **ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย** (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2557), หน้า 148-153.

ประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภาตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่มีพระบรมราชโองการให้สร้างคฤหาสน์ในการทดลองประชาธิปไตย²⁵²

สถานการณ์ความขัดแย้งทางความคิดระหว่างราชสำนักกับฝ่ายหัวสมัยใหม่ในรัชสมัยรัชกาลที่ 6 ยังคงดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง บรรดาข้าราชการสามัญชนเรียกร้องให้การเลื่อนขั้นขึ้นกับคุณสมบัติและผลงาน แต่กลับพบว่า การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้น และระดับเงินเดือนเป็นไปตามชาติวุฒิ เส้นสาย และความจงรักภักดีต่อราชบัลลังก์ ดังนั้นจึงมีการเรียกร้องให้ใช้ระบบสอบ ให้จัดระบบเงินเดือนเป็นมาตรฐาน การเลื่อนขั้นให้อยู่ที่อาวุโสและผลงาน อย่างไรก็ตาม พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่า ระบบราชการของสยามเป็นไปตามหลักราชการหรือหลักการรับใช้พระราชอา กล่าวคือ กฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติราชการของระบบราชการไทยปราศจากกฎหมายกำกับจนถึง พ.ศ. 2471²⁵³

กล่าวโดยสรุป ปัญหาของการเปลี่ยนแปลงจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญไม่ได้ขึ้นกับองค์พระมหากษัตริย์พระองค์เดียวเท่านั้น บรรดาเจ้านายในสมัยดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากบรรดาเจ้านายเหล่านี้รู้ดีว่ามีความคิดเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแพร่หลายในช่วงขณะนั้น แต่ก็ไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง เพราะไม่คิดว่าเป็นปัญหาสำคัญและไม่คาดคิดว่าความคิดดังกล่าวจะแพร่หลายมีพลังและสามารถก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงได้²⁵⁴

4.1.1.2 แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญในรัชสมัยรัชกาลที่ 7

เมื่อถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศสยามตกอยู่ภายใต้สภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ และเผชิญกับปัญหาทางสังคมและปัญหาทางการเมืองต่าง ๆ อันเนื่องมาจากปัญหาทางเศรษฐกิจ การดำเนินการจัดการปัญหาต่าง ๆ ทำให้เห็นได้ชัดเจนถึงประสิทธิภาพในการบริหารปกครองตามแนวทางของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งไม่สามารถแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นได้ ปัญหาที่รุ่มเร้าค่อย ๆ เผยให้เห็นความไร้ประสิทธิภาพของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทำให้ปัญญาชนและข้าราชการที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศตะวันตกเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องล้มล้าง

²⁵² อุดล วิเชียรเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

²⁵³ คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 155-156.

²⁵⁴ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, “ปาฐกถาंना คณะ ร.ศ. 130 กับคณะราษฎร,” ใน *จาก 100 ปี*

การปกครองระบอบเดิมเพื่อสร้างความเจริญก้าวหน้า นำมาซึ่งอิสรภาพ เสรีภาพ และความเสมอภาค ซึ่งลักษณะของสังคมดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ด้วยการปกครองแบบประชาธิปไตย²⁵⁵

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่กำลังกล่าวมานี้เป็นเพียงการพิจารณาสาเหตุของการปฏิวัติที่มุ่งเน้นไปที่ประเด็นปัญหาอันเป็นการภายในแต่เพียงอย่างเดียว ปราศจากการพิจารณาปัจจัยภายนอก ซึ่งลักษณะการวิเคราะห์ดังกล่าวอาจทำให้พิจารณาถึงสาเหตุที่สำคัญในการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้ไม่รอบด้านนัก แม้สาเหตุของการเปลี่ยนแปลงการปกครองไม่อาจและไม่ควรปฏิเสธว่าส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุปัจจัยภายใน แต่ในอีกมุมมองหนึ่งสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำไม่ใช่สิ่งที่สยามหรือระบอบการปกครองใด ๆ จะสามารถกำกับหรือจัดการได้ด้วยตัวเอง สภาวะเศรษฐกิจตกต่ำเป็นภาวะที่มาจากความถดถอยของเศรษฐกิจโลกที่สัมพันธ์กับความล่มสลายของโครงสร้างสังคมการเมืองระหว่างประเทศแบบเดิม จึงเป็นปรากฏการณ์โลกาภิวัตน์ที่ยากยิ่งที่ประเทศไทยจะรอดพ้นจากตาข่ายความสัมพันธ์นี้²⁵⁶

เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเสด็จขึ้นครองราชย์ ทรงประกาศว่ารัฐบาลจะดำเนินการปฏิรูประบบภาษี นโยบายเศรษฐกิจและระบบราชการ รวมทั้งโครงสร้างของรัฐบาลเพื่อเรียกความเชื่อมั่นของประชาชนกลับคืนมาอีกครั้ง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงดำเนินการมุ่งลดความแตกแยกภายในราชสำนัก²⁵⁷

พระองค์ทรงดำเนินการแก้ไขปัญหาเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงที่ถาโถมเข้ามาในช่วงระยะเวลาดังกล่าวโดยการจัดตั้งอภิรัฐมนตรีและสภากรรมการองคมนตรี การดำเนินการดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงจากเดิมอำนาจบริหารปกครองอยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียว เป็นการรับผิดชอบร่วมกันของอภิรัฐมนตรี การปรับปรุงสภากรรมการองคมนตรีเป็นการทดลองการมีส่วนร่วมทางการเมืองในรูปแบบรัฐสภา อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งอภิรัฐมนตรีล้วนเป็นการแต่งตั้งพระบรมวงศานุวงศ์ผู้ใหญ่ทั้งหมด ส่วนสภากรรมการองคมนตรีก็เป็นที่อภิรัฐมนตรีคัดเลือกมาจากสภาองคมนตรีที่ตั้งขึ้นมาตั้งแต่รัชสมัยรัชกาลที่ 5 กล่าวได้ว่า บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งอภิรัฐมนตรีและสภากรรมการองคมนตรีซึ่งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรง

²⁵⁵ ชัยอนันต์ สมุทรวณิช, “การเคลื่อนไหวทางความคิดประชาธิปไตยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475,” ใน **การเมือง-การปกครองของไทยสมัยใหม่: รวมงานวิจัยทางประวัติศาสตร์และรัฐศาสตร์** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 222.

²⁵⁶ วรารักษ์ เฉลิมพันธุ์ศักดิ์, “24 มิถุนายน 2475 ในกระแสการเปลี่ยนแปลงโลก,” **จุลสารหอจดหมายเหตุธรรมศาสตร์** 16 (มิถุนายน 2555-พฤษภาคม 2556): 39.

²⁵⁷ คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 157.

โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจำกัดเฉพาะบุคคลซึ่งอยู่ในระดับชั้นเจ้านายและข้าราชการชั้นเจ้าพระยาและพระยาทั้งสิ้น²⁵⁸

สถานการณ์เช่นนี้ หนังสือพิมพ์บางฉบับจึงวิจารณ์ว่า “ร่างกฎหมายที่คนจำพวกนี้ร่างขึ้นอาจเอนเอียงไปเป็นประโยชน์แก่คนชั้นสูง เพราะว่าปรากฏว่าองคมนตรีล้วนเป็นพวกชนชั้นสูงทั้งสิ้น”²⁵⁹ ความขัดแย้งระหว่างเจ้านายและข้าราชการในพระราชสำนักยังคงดำรงสืบเนื่องมาจากรัชกาลที่ 6 โดยพระราชบันทึกของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวถึงพระยาภิรมย์ภักดี (Francis B. Sayre) เรื่อง Problem of Siam สรุปถึงผลของความขัดแย้งภายหลังขึ้นครองราชย์ได้ 8 เดือนว่า

“สิ่งต่าง ๆ ได้เริ่มเปลี่ยนแปลงไป ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระเจ้าแผ่นดินยังเป็นที่เคารพและเกรงกลัวอยู่มาก แม้ว่าในตอนปลายรัชสมัยจะมีคนหนุ่มกลุ่มหนึ่งเริ่มวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์ในหลาย ๆ ด้าน แต่ก็มิได้เป็นไปอย่างเปิดเผย ในรัชสมัยที่เพิ่งสิ้นสุด หลายสิ่งหลายอย่างได้ทวีความเลวร้ายไปมากเนื่องจากสาเหตุหลายประการ...พระเจ้าแผ่นดินกลายเป็นผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของข้าราชการบริพารคนโปรด ข้าราชการทุกคนถูกแบ่งข้างมาก บ้างน้อย ในด้านฉ้อราษฎร์บังหลวงหรือเล่นพรรคเล่นพวก ยังนับเป็นโชคที่พระบรมวงศานุวงศ์ยังเป็นที่เคารพยกย่องว่าเป็นคนซื่อสัตย์ สิ่งที่เป็นที่น่าเสียใจอย่างยิ่ง คือ ข้าราชการสำนักของพระองค์เป็นที่เกลียดชังอย่างรุนแรง และในตอนปลายรัชสมัยก็ถูกล้อเลียนเยาะเย้ย กำเนิดของหนังสือพิมพ์รีเพรสทำให้สถานการณ์ในขณะนั้นขยายตัวเลวร้ายขึ้น ฐานะของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นสิ่งหนึ่งที่ตกอยู่ในสภาวะลำบาก ความเคลื่อนไหวทางความคิดในประเทศแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าระยะเวลาของระบบเอกราธิปไตยเหลือน้อยลงเต็มที่...”²⁶⁰

พระราชบันทึกฉบับนี้แสดงให้เห็นว่า พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตระหนักถึงภัยที่กำลังมาสู่ระบอบ “แอบโซลูตโมนาเกีย” (Absolute Monarchy) และมีความ

²⁵⁸ เสน่ห์ จามริก, *เรื่องเดิม*, หน้า 111.

²⁵⁹ คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 157.

²⁶⁰ กองจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสาร ร. 7 สป. 2.47/32 เล่ม 3 บันทึกเรื่องการปกครอง 23 กรกฎาคม-1 สิงหาคม 2469 อ้างถึงใน เสน่ห์ จามริก, *การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549), หน้า 106.

จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลง 3 ประเด็นสำคัญ คือ รัฐธรรมนูญ การคลัง และกิจการภายใน พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยกเอาเรื่องรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นประเด็นสำคัญอันดับแรก ประกอบกับในพระราชบัญญัติ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวยังมีพระราชดำริที่ถือได้ว่ามีแผนการพัฒนาประชาธิปไตยโดยพระองค์มีพระราชประสงค์เริ่มต้นกับการปกครองท้องถิ่น

“ถ้ายอมรับว่าสักวันหนึ่งเราอาจจำเป็นต้องมีประชาธิปไตยรูปหนึ่งขึ้นในประเทศสยาม แล้ว เราก็ต้องค่อย ๆ เตรียมตัวเราสำหรับประชาธิปไตย เราจะต้องเรียนรู้และทดลองเพื่อให้เกิดความคิดความเข้าใจถึงว่าการปกครองแบบรัฐสภาจะทำได้ อย่างไรในประเทศสยาม เราต้องพยายามให้การศึกษาแก่ประชาชนให้เกิดสำนึกทางการเมือง ให้เข้าใจถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงของตนเพื่อจะได้ไม่ถูกชักจูงให้หลงผิดจากพวกนักก่อวินาศกรรมและพวกนักสร้างวิมาน ถ้าเราต้องมีรัฐสภา เราก็ต้องสอนประชาชนว่าจะลงคะแนนเสียงอย่างไรให้ได้คนที่เห็นแก่ประโยชน์ของประชาชน โดยแท้จริง...จะให้ความคิดบางอย่างเกี่ยวกับความเป็นไปได้ที่จะเริ่มระบบผู้แทน (ระบบเทศบาล) จะให้ความพอใจแก่บรรดาคนหัวก้าวหน้าของประเทศและจะเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าประชาชนพร้อมที่จะมีสิทธิมีเสียงอย่างจริงจังในกิจการของบ้านเมืองหรือไม่”²⁶¹

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพิจารณาความเป็นไปได้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการจัดตั้งตำแหน่งอัครเสนาบดี (นายกรัฐมนตรี) พระองค์ทรงพระราชกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรก มีพระยาภิรมย์ภักดี (Francis B. Sayre) เป็นผู้ร่าง โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ร่างขึ้นมาจากแนวคิดของพระยาภิรมย์ภักดีที่เห็นว่าประเทศไทยยังไม่ควรมีการปกครองในรูปแบบสภา เนื่องจากประชาชนไทยยังไม่มีความรู้ในทางการเมืองการปกครองดีพอที่จะการควบคุมการทำงานของรัฐบาล ดังนั้น พระยาภิรมย์ภักดีจึงเสนอร่างรัฐธรรมนูญให้ปกครองในรูปแบบของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเสนอให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวนำระบบรัฐมนตรีมาใช้ประกอบ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่สองโปรดเกล้าฯ ให้นาย Raymond B. Stevens และพระยาศรีวิสารวาจาช่วยร่างขึ้น เรียกว่า “An Outline of Changes in the Form of Government” แม้ร่างรัฐธรรมนูญนี้จะยังคงดำรงสถานะและอำนาจของพระมหากษัตริย์อย่างเต็มที่ แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 คนได้บันทึกถวายเป็นความเห็นว่า คนไทยยังไม่มีความพร้อมจึงยังไม่ควรประกาศใช้รัฐธรรมนูญ อีกทั้งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวยังคงยึดติดกับแนวคิดแบบพ่อขุนอุปถัมภ์ในอุดมคติ จะเห็นได้จาก

²⁶¹ เสน่ห์ จามริก, *เรื่องเดิม*, หน้า 108-109.

พระองค์ให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ New York Times ฉบับวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2474 ว่า “พระมหากษัตริย์คือบิดาของราษฎร...และปฏิบัติต่อพวกเขาเสมือนเป็นลูกมากกว่าเป็นไพร่ ราษฎรเชื่อฟังพระองค์เป็นเพราะความรักต่อพระองค์ ไม่ใช่เพราะความกลัว”²⁶²

ดังนั้น พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงยังไม่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แม้พระองค์จะมีพระราชดำริที่จะพระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่ปวงชนชาวไทยในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2475 ในโอกาสสถาปนาราชวงศ์จักรีครบรอบ 150 ปี แต่ติดที่ว่าอภิมนตรีสภาไม่เห็นชอบด้วย จนกระทั่งคณะราษฎรเข้าก่อการปฏิวัติและกราบบังคมทูลพระกรุณาของพระราชทานรัฐธรรมนูญ ปกครองแผ่นดิน พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ทรงพระราชทานไปด้วยดี²⁶³

กล่าวโดยสรุป แนวคิดเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้เป็นกติกาในการปกครองประเทศจะเริ่มมีมาตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งภายหลังจากเสด็จกลับจากประพาสยุโรป พระองค์มีพระราชดำริต้องการให้ประชาชนไทยมีอำนาจในการปกครองตนเองตามแบบประเทศตะวันตกเพื่อให้สยามในขณะนั้นมีความสามารถในการพัฒนาประเทศทัดเทียมประเทศตะวันตก พระองค์จึงดำเนินการวางรากฐานเพื่อให้การกระจายอำนาจให้แก่ประชาชนในอนาคต จะทำให้ประชาชนใช้อำนาจของตนเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวม พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเริ่มการปฏิรูปประเทศในหลาย ๆ ด้าน การเลิกทาสเป็นการสร้างสำนึกในสิทธิและเสรีภาพพื้นฐาน ความพยายามในการจัดให้ประชาชนมีการศึกษา การจัดตั้งสุขาภิบาล การปฏิรูประบบราชการและระบบการเก็บภาษีอากร การแยกเงินส่วนพระองค์และเงินแผ่นดินออกจากกัน ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและเป็นรากฐานสำคัญในการปกครองระบอบระบอบประชาธิปไตย พระองค์คาดการณ์ว่าเมื่อสิ้นรัชกาลของพระองค์ ประชาชนชาวสยามคงจะมีความพร้อมที่จะใช้สิทธิในปกครองแผ่นดินด้วยตนเองได้ จึงมีพระราชดำรัสให้รัชกาลที่ 6 มอบรัฐธรรมนูญแบบรัฐสภาที่ให้อำนาจแก่ประชาชนในการปกครองตนเอง อย่างไรก็ตาม ความประสงค์ของพระองค์ก็ได้บังเกิดขึ้น ประเทศสยามต้องรอรัฐธรรมนูญจนเกิดการปฏิวัติใน พ.ศ. 2475 จึงได้มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก

4.1.2 ข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

แนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรปรากฏขึ้นภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จกลับจากการประพาสยุโรปในครั้งที่ 2 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงดำเนินการวางรากฐานเพื่อกระจายอำนาจให้แก่ประชาชน โดยการปฏิรูปประเทศในหลาย ๆ ด้าน พระองค์คาดการณ์ว่าเมื่อสิ้นรัชกาลของพระองค์ ประชาชนชาวสยามคงจะมีความ

²⁶² คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 157.

²⁶³ อตุล วิเชียรเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

พร้อมที่จะใช้สิทธิในปกครองแผ่นดินด้วยตนเองได้ จึงมีพระราชดำรัสให้พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวมอบรัฐธรรมนูญแบบรัฐสภาให้อำนาจแก่ประชาชนปกครองตนเอง อย่างไรก็ตาม พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวมิได้พระราชทานรัฐธรรมนูญขึ้นปกครองแผ่นดินสยามแต่อย่างใด สยามต้องรอรัฐธรรมนูญจนเกิดการปฏิวัติใน พ.ศ. 2475 จึงได้มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก แต่รัฐธรรมนูญไทยมิได้หยุดอยู่ที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2475 แต่มีการแก้ไข ยกเลิก จัดทำใหม่บ่อยครั้ง และส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ มักมิได้มีความต่อเนื่องกัน รัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับถูกจัดทำขึ้นใหม่ภายหลังจากการล้มเลิกรัฐธรรมนูญก่อนหน้าจึงปราศจากความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกไปก่อนหน้านี้ แม้ว่าอาจมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันหรือสถาบันทางการเมืองบางสถาบันในรัฐธรรมนูญเดิมยังได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญที่จัดทำใหม่ ดังนั้น คำอธิบายอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญไทยจึงมีความหลากหลายตามข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ ผู้เขียนพบว่า มีคำอธิบายข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย 2 ข้อความคิดสำคัญในปัจจุบัน ซึ่งต่างกันอย่างสิ้นเชิง คือ ข้อความคิดแรกสนับสนุนว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระมหากษัตริย์ อีกข้อความคิดหนึ่งเป็นการปฏิเสธพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

4.1.2.1 แนวคิดว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ข้อความคิดแรก ข้อความคิดว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งเห็นว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มีลักษณะเป็นพระบรมราชโองการ พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นด้วยพระองค์เองไม่มีหัวหน้าหรือกรรมการ ราษฎรคนใดลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ลักษณะดังกล่าวมีความหมายสำคัญในทางนิติศาสตร์ ดังนี้²⁶⁴

ประการแรก พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ได้ตราขึ้นก่อนหน้าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวล้วนแต่เป็นพระบรมราชโองการที่ประกาศใช้บังคับโดยพระมหากษัตริย์ มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย และไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เพราะการตรากฎหมายเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

ประการที่สอง พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว มิได้มีคณะราษฎรเป็นผู้สนองพระบรมราชโองการนั้นเป็นนิติการณ์ที่บ่งชี้ว่า ในขณะนั้นพระมหากษัตริย์ทรงเป็นองค์อธิปัตย์และทรงใช้พระราชอำนาจของพระองค์โดยทรงตราเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ และการที่ทรงลงพระปรมาภิไธยย่อมมีผลบ่งชี้ความสำคัญของกฎหมายนี้ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติอื่น

ประการที่สาม เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงออกมาโดยพระราชอำนาจของพระองค์เอง เมื่อกฎหมายรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์จึงต้องมีผู้มิ

²⁶⁴ อุดล วิเชียรเจริญ, *เรื่องเดิม*, หน้า 64-65.

อำนาจหน้าที่เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ดังนั้น แนวคิดนี้เห็นว่า การเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดินไทยจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการโอนอำนาจคืออธิปไตยจากพระมหากษัตริย์ให้แก่ราษฎรโดยผลแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยพระราชอำนาจของพระองค์ คณะราษฎรมิได้ใช้อำนาจรัฐประหารตรารัฐธรรมนูญออกใช้เอง

4.1.2.2 แนวคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน

ข้อความคิดที่สอง คำอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน แนวคิดนี้ปฏิเสธพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเห็นว่า วันที่ 24-26 มิถุนายน พ.ศ. 2475 อำนาจสูงสุดอยู่ที่คณะผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร จากนั้นคณะผู้รักษาพระนครฝ่ายทหารก็สละอำนาจสูงสุดนั้นให้แก่ประชาชน ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 1 “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย” และได้อ้างถึงประกาศคณะปฏิวัติที่ยื่นคำขาดให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงอยู่ในตำแหน่งกษัตริย์ต่อไปแต่จะต้องอยู่ใต้กฎหมายธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน จะทำอะไรโดยลำพังไม่ได้ นอกจากด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ถ้าพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตอบปฏิเสธ หรือไม่ตอบภายในกำหนดโดยเห็นแก่ส่วนตนก็จะถูกลดอำนาจลงมาและได้ชื่อว่าทรยศต่อชาติ หากเป็นเช่นนั้น คณะราษฎรก็จะจัดระเบียบการปกครองประเทศแบบประชาธิปไตย กล่าวคือ ประมุขของประเทศจะเป็นบุคคลสามัญซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้เลือกตั้งขึ้นและอยู่ในตำแหน่งตามกำหนดเวลา การยื่นคำขาดดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 อำนาจสูงสุดได้อยู่ในมือของคณะราษฎรแล้ว เพียงรอให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตอบรับว่าจะยอมกลับมาเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบใหม่หรือไม่ และการที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวยอมลงพระปรมาภิไธยในธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 หมายความว่า พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวยอมปฏิบัติตามข้อเสนอของทางราษฎร ยอมเปลี่ยนสถานะของตนจาก พระมหากษัตริย์ผู้มิอำนาจล้นพ้นเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ยอมเปลี่ยนจากพระมหากษัตริย์ที่เป็นองค์อธิปัตย์มาเป็นสถาบันการเมืองหนึ่งที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้มี ในกรณีคณะราษฎรตราพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมและให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวลงพระปรมาภิไธยนั้น ฝ่ายปฏิเสธพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ อ้างถึงคำบอกเล่าของทนายทนายพหลพลพยุหเสนาว่า การขอนิรโทษกรรมเป็นวัฒนธรรมประเพณีไทยที่ผู้มีอายุน้อยกว่าขอขมาผู้อาวุโสกว่าจากวาจาที่ได้ล่วงเกินกันไปเท่านั้น ไม่ได้สื่อความหมายถึงอำนาจสูงสุดอยู่ที่พระมหากษัตริย์²⁶⁵

²⁶⁵ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน (นนทบุรี: ฟาเดียวกัณ, 2559), หน้า 182-183.

กล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกทางประวัติศาสตร์ของระบอบใหม่ เป็นรัฐธรรมนูญที่วางรากฐานใหม่ โดยไม่อาศัยทอดความต่อเนื่องทางกฎหมายจากระบบเดิมได้เลย รัฐธรรมนูญนี้เกิดจากการสถาปนา รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นในสภาวะไม่มีรัฐธรรมนูญเดิม การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญแบบนี้เป็นการปฏิวัติทางกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงการปกครองในประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2475 เป็นการปฏิวัติทางการเมือง (24 มิถุนายน พ.ศ. 2475) นำมาสู่การปฏิวัติทางกฎหมาย (27 มิถุนายน พ.ศ. 2475) การอธิบายว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ และอธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์และประชาชนไม่ถูกต้อง และไม่สอดคล้องกับทฤษฎีที่ว่าอำนาจอธิปไตยต้องมีเจ้าของเพียงหนึ่งเดียว ฝ่ายปฏิเสธรบอบเก่าเข้ามาปะปนระบอบใหม่ ฝ่ายปฏิเสธรบอบเก่าอำนาจของพระมหากษัตริย์ เห็นว่า เป็นการอธิบายแบบเอาธรรมนิยมและวิธีคิดในระบอบเก่าเข้ามาปะปนระบอบใหม่ ฝ่ายปฏิเสธรบอบเก่าอำนาจของพระมหากษัตริย์ เห็นว่า ในสังคมการเมืองอำนาจเป็นของประชาชนเสมอ เพียงแต่จะถูกแย่งชิงหรือประชาชนจะมอบอำนาจให้แก่ใคร การอ้างกษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจ เป็นผู้ปกครองมานานในสังคมการเมืองไม่เคยขาดกษัตริย์เลย เป็นการอ้างของพวกราชานิยม กล่าวโดยสรุป ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตลอดกาล เพียงบางช่วงได้ถูกแย่งชิงไปและประชาชนจะได้อำนาจกลับคืนมาสักวัน²⁶⁶

จากคำอธิบายถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งสองแนวคิด ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับทั้งสองแนวคิด เนื่องจากการจะพิจารณาว่า องค์ใครใดเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องพึงเข้าใจก่อนว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง มิใช่การกระทำทางกฎหมาย ดังนั้น การวิเคราะห์ถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถละเลยข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ในช่วงระยะเวลาในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ ดังนั้น คำอธิบายที่ว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติและทรงลงพระปรมาภิไธยด้วยพระองค์เอง โดยไม่มีกรรมการราษฎรคนใดลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ หมายความว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่อำนาจสูงสุดล้นพ้นหรืออำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์ ผู้เขียนเห็นว่า คำอธิบายดังกล่าวเป็นคำอธิบายที่จ้องจะเล่นข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ที่ว่า วันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้สิ้นสุดลงแล้ว ประกาศของคณะราษฎรแม้ไม่มีรากฐานใด ๆ ในทางกฎหมายแต่ก็เป็นประกาศที่แสดงให้เห็นชัดเจนถึงเจตนารมณ์ของผู้ก่อการปฏิวัติ ดังข้อความตอนหนึ่งในคณะปฏิวัติ

²⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184-187.

“...ราษฎร ข้าราชการทหารและพลเรือน ที่รู้เท่าถึงการกระทำอันชั่วร้ายของรัฐบาล ดังกล่าวแล้ว จึงรวมกำลังตั้งเป็นคณะราษฎรขึ้น และได้ยึดอำนาจของรัฐบาลของ กษัตริย์ไว้ได้แล้ว คณะราษฎรเห็นว่า การที่จะแก้ความชั่วร้ายนี้ได้ ก็โดยที่จะต้อง จัดการปกครองโดยมีสภา จะได้ช่วยกันปรึกษาหารือหลาย ๆ ความคิด ดีกว่า ความคิดเดียว ส่วนผู้เป็นประมุขของประเทศนั้น คณะราษฎรไม่ประสงค์ทำการแย่งชิงราชสมบัติ ฉะนั้น จึงได้อัญเชิญให้กษัตริย์องค์นี้ดำรงตำแหน่งกษัตริย์ต่อไป...”²⁶⁷

ข้อความดังกล่าวเป็นการประกาศจัดถึงการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากเดิมที่กษัตริย์ทรงอำนาจล้นพ้นเป็นกษัตริย์ที่ถูกจำกัดอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำล้มเลิกการปกครองเดิมและสถาปนากการปกครองใหม่ขึ้น แม้การริเริ่มก่อการในการดำเนินการปฏิวัติเพื่อล้มล้างการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จะดำเนินการโดยคณะราษฎรซึ่งเป็นบุคคลเพียงกลุ่มเดียว ภายหลังจากวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ไม่ปรากฏว่าประชาชนไทยต่อต้านการปฏิวัติแต่อย่างใด ดังนั้น ต้องพึงเข้าใจว่า การปฏิวัติการปกครองของประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2475 เป็นการก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองในบริบทแบบไทย ไม่สามารถเอาตัวแบบของการปฏิวัติของประเทศตะวันตกมาเปรียบเทียบกับกการปฏิวัติของประเทศไทยได้ทั้งหมด

เมื่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองของไทยจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการปฏิวัติล้มล้างระบอบการปกครองเดิม สถานการณ์ดังกล่าวนี้ทำให้เกิดสภาวะสูญญากาศในทางกฎหมายแล้ว (ex nihilo) แต่เมื่อพิจารณาประกาศคณะราษฎรแล้วพบว่า ด้วยเจตนารมณ์ของคณะราษฎร คณะราษฎรมิได้มุ่งหวังที่จะเป็นองค์อธิปัตย์แต่อย่างใด คณะราษฎรเพียงต้องการให้อำนาจอันล้นพ้นของพระมหากษัตริย์แต่เดิมเปลี่ยนเป็นอำนาจอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และจัดให้มีสภาเพื่อให้มีการช่วยกันปรึกษาหารือหลาย ๆ ความคิดเท่านั้น อีกทั้งในช่วงเวลานับแต่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จนถึงมีการตราพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรก็มิได้ออกประกาศหรือตราคำสั่งใด ๆ ในทางกฎหมายอันแสดงถึงความเป็นองค์อธิปัตย์เลย

ว่ากันตามทฤษฎี เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำนอกกรอบกฎหมายหมายความว่า เป็นการกระทำในช่วงที่รัฐปราศจากระบบกฎหมายใด ๆ การสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมาก็เพื่อจัดตั้งระบอบการปกครองและก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นมาใหม่ ในช่วงเวลาดังกล่าว อำนาจสูงสุดในการปกครองยังคงอยู่ที่องค์พระมหากษัตริย์ แต่ยังไม่สามารถใช้พระราชอำนาจใด ๆ ที่เคยมี

²⁶⁷ ประกาศคณะราษฎร ฉบับที่ 1

ได้จนกว่าจะมีกฎหมายรัฐธรรมนูญมารับรองพระราชอำนาจ แม้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 โดยปราศจากคณะราษฎรคนใดลงนามสนองพระบรมราชโองการก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่าพระองค์ตรารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจำกัดอำนาจการปกครองโดยลำพังพระองค์เดียว แต่มาจากแรงกดดันจากคณะปฏิวัติ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามถูกร่างโดยหลวงประดิษฐมนูธรรมและเมื่อพิจารณาเนื้อหาจะเห็นได้ว่ามีเนื้อหาแตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้ร่างก่อนหน้านี้ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 อย่างมาก

ในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถกล่าวได้ว่า พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงสิ้นพระราชอำนาจในการปกครองแผ่นดินไปโดยสิ้นเชิง เนื่องจากเมื่อพิจารณาเนื้อหาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ไม่มีมาตราใดเลยที่แสดงให้เห็นว่าคณะราษฎรมีเจตนาที่จะให้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แต่โดยเนื้อหาของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม คณะราษฎรมีความประสงค์ต้องการให้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ความต้องการที่จะให้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้เพียงชั่วคราวเป็นพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยพระองค์ทรงเติมคำว่า “ชั่วคราว” ต่อท้ายร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าและคณะราษฎรสถาปนาพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยร่วมกัน ต่อมา มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่มีความต่อเนื่องของการใช้อำนาจอิสระผ่านพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 กำหนดไว้ การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ก็เป็นความต่อเนื่องของอำนาจอิสระทางกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือ ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นองค์กรเดียวกันกับผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับแรกหรือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 คือพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าและคณะราษฎร ดังนั้น ความต่อเนื่องในทางกฎหมายและความชอบธรรมของระบอบรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ จึงไม่มีปัญหาใด ๆ แต่ความต่อเนื่องในทางกฎหมายที่กล่าวมาได้สิ้นสุดลงโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 เมื่อจอมพลผิน ชุณหะวัณ ได้ยึดอำนาจการปกครองกราบบังคมทูลให้พระมหากษัตริย์ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

รัฐธรรมนูญอีกฉบับหนึ่งที่พระมหากษัตริย์มีส่วนร่วมในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 กล่าวคือ ในระหว่างการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวร การบริหารปกครองบ้านเมืองในเวลานั้นโดยรัฐบาลของจอมพลถนอม กิตติขจร การบริหารปกครองประเทศของรัฐบาลประสบปัญหาทางเศรษฐกิจและปัญหาการว่างงานประกอบกับการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญมีการดำเนินการค่อนข้างขัดกับความต้องการของประชาชน เกิดการปะทะอย่างรุนแรงระหว่างเจ้าหน้าที่ตำรวจและฝ่ายนิสิตนักศึกษาในวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เมื่อเหตุการณ์เข้าขั้นวิกฤต จอมพลถนอม กิตติขจร ได้กราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชจึงทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี ต่อมาได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ อย่างไรก็ตาม กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญต้องผ่านขั้นตอนต่าง ๆ ทั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่สภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดเดิม ประชาชนเห็นว่า เป็นเพียงสภาตรายางที่คอยยกมือสนับสนุนรัฐบาลเผด็จการเดิม จึงเห็นว่าไม่เหมาะสมที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติและไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาจัดทำรัฐธรรมนูญ จึงเรียกร้องให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติลาออกหรือรัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา

ต่อมา มีประกาศพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เพื่อให้ทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทยที่ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากตัวแทนของกลุ่มประชาชนอย่างส่งผลให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหารเช่นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดก่อนหน้านี้

เมื่อพิจารณาที่มาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะเห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์กับรัฐบาลสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ตามที่กล่าวมาทั้งหมด เมื่อนำข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาอธิบายปรากฏการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย จะเห็นว่าได้ว่า พระมหากษัตริย์และคณะรัฐประหารเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับ การนำข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาอธิบายการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงให้ผลของคำอธิบายมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญหลายฉบับเมื่อนำข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาอธิบาย จะเห็นว่าได้ว่า สามารถแบ่งประเภทของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สามกรณี คือ กรณีพระมหากษัตริย์และคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กรณีที่คณะรัฐประหารเพียงองค์กรเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และกรณีที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

สำหรับกรณีคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อตั้งรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเริ่มต้นครั้งแรกเมื่อครั้งรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 เป็นลัทธิความต่อเนื่องของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดำเนินมาตั้งแต่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ได้จัดทำขึ้นภายหลังการรัฐประหารครั้งนี้มักไม่มีความต่อเนื่องกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าแต่อย่างใด ดังนั้น การพิจารณาว่าองค์กรใดจึงต้องพิจารณาเป็นรายฉบับแตกต่างกันไป โดยมีคำอธิบายอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญของช่วงเวลานี้ยังคงแบ่งได้เป็นหลายข้อความคิด คือ แนวคิดแรก สนับสนุนว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของพระมหากษัตริย์ อีกแนวคิดหนึ่งเป็นแนวคิดปฏิเสธพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างสิ้นเชิง

คำอธิบายแรกเป็นการอธิบายว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองย้อนกลับไปให้สถาบันกษัตริย์ โดยแนวคิดนี้อธิบายว่า ในทางนิตินัย เมื่อคณะรัฐประหารก่อการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้สิ้นผลไป พระราชอำนาจสูงสุดที่เคยพระราชทานให้ราษฎรผ่านการพระราชทานรัฐธรรมนูญตั้งแต่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 และทรงยอมรับอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ก็คือ หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ก็คือ พระราชอำนาจสูงสุดดังกล่าวได้กลับคืนมาสู่องค์พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงมีพระราชอำนาจสูงสุดแต่เดิม และทรงใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชนตามรัฐธรรมนูญมาตลอด ดังนั้น คณะรัฐประหารจึงต้องย้อนกลับไปขอพระราชทานรัฐธรรมนูญใหม่จากองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นองค์อธิปัตย์ตามกฎหมาย การลงนามสนองพระบรมราชโองการในรัฐธรรมนูญของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ผู้บัญชาการทหารแห่งประเทศไทยแสดงฐานะความเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญให้องค์อธิปัตย์พิจารณาและเปลี่ยนฐานะของคณะรัฐประหารจากผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศมาเป็นองค์กรผู้เสนอรัฐธรรมนูญ ผลในทางกฎหมาย ถือว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นประมุขของรัฐและคณะรัฐประหาร การก่อการรัฐประหารในครั้งต่อ ๆ มาก็ต้องวิเคราะห์ในทำนองเดียวกัน สำหรับในช่วงที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญกล่าวคือ ภายหลังการก่อการรัฐประหารจนถึงการประกาศบังคับใช้รัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยได้กลับคืนสู่พระมหากษัตริย์ทั้งในฐานะที่เป็นสถาบันที่มีอำนาจนี้แต่เดิมมา การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเป็นการใช้อำนาจในทางพฤตินัยเท่านั้น และการใช้กำลังบังคับโดยพฤตินัยนี้ไม่ว่าจะมีผลในรูปประกาศหรือคำสั่ง หากมีผลบังคับก็เพราะความกลัวต่อการใช้กำลังบังคับ²⁶⁸

²⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547), หน้า 259-268.

กล่าวคือ ก่อน 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย เมื่อคณะราษฎรทำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พระมหากษัตริย์ก็ทรงสละพระราชอำนาจนั้นให้แก่ประชาชนด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญแล้วลตพระองค์มาอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ แต่ยังทรงใช้อำนาจแทนปวงชน ในทางกฎหมายต้องถือว่าทั้งพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ ในทางกฎหมาย เมื่อมีการรัฐประหารเลิกรัฐธรรมนูญ ต้องถือว่า อำนาจอธิปไตยที่เคยพระราชทานให้ประชาชนนั้นกลับคืนมายังพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นเจ้าของเดิมมาก่อน ผลสำคัญประการแรกทางกฎหมายระหว่างประเทศ คือ รัฐบาลนานาชาติประเทศไม่ต้องรับรองรัฐบาลใหม่ เพราะการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นเรื่องระดับภายใน สถาบันพระมหากษัตริย์ยังดำรงอยู่และเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่กลับคืนมา ส่วนคณะรัฐประหารไม่ใช่เจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่มีอำนาจปกครองบ้านเมืองในเวลานั้นตามความเป็นจริงเท่านั้น ผลประการที่สอง คือ เมื่อคณะรัฐประหารประสงค์จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ เมื่อจัดทำเสร็จแล้ว ต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธยเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมาย เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยเท่ากับพระมหากษัตริย์สละอำนาจอธิปไตยกลับคืนมาที่ประชาชนอีก กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยถ้าไม่อยู่ที่พระมหากษัตริย์ก็อยู่ที่พระมหากษัตริย์กับประชาชนเท่านั้น²⁶⁹

คำอธิบายปรากฏการณ์รัฐประหารดังกล่าวอีกชุดความคิดหนึ่งเห็นว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองเป็นของประชาชน แนวคิดนี้อธิบายว่า คำอธิบายของฝ่ายสนับสนุนพระมหากษัตริย์เป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ไม่มองพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันทางการเมือง แต่มองว่าพระมหากษัตริย์อยู่เหนือกาลเวลา เหนือสถานการณ์ทุกอย่าง เหนือการรัฐประหารทุกครั้ง ซึ่งหากพิจารณาตามแบบประชาธิปไตยแล้ว คำอธิบายของฝ่ายสนับสนุนพระมหากษัตริย์เป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีทางเป็นไปได้ เพราะเมื่ออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนแล้ว พระมหากษัตริย์ก็ไม่ได้เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดของประเทศอีกต่อไป และอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศไม่มีวันกลับไปสู่กษัตริย์ได้อีก ซึ่งคำอธิบายที่ว่า อำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยไหลย้อนกลับทุกครั้งหลังจากรัฐประหารไม่ถูกต้องตามหลักประชาธิปไตย การอธิบายเช่นนี้ไม่สนับสนุนให้กษัตริย์อยู่ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างสง่างาม คำอธิบายของฝ่ายสนับสนุนพระมหากษัตริย์นำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญตามระบบกฎหมายอังกฤษมาปะปนกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพื่อสร้างคำอธิบายให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจบางประการแตกต่างจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งฝ่ายปฏิเสธรราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไม่เห็นด้วย โดยอธิบายว่าในระบอบใหม่อนุญาตให้พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐต่อไปโดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะมีมากเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ

²⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

กำหนดและต้องสอดคล้องกับประชาธิปไตยตามระบอบใหม่ ดังนั้น การเพิ่มพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์โดยรัฐธรรมนูญปฏิบัติจึงไม่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับคำอธิบายแนวคิดสนับสนุนพระมหากษัตริย์ที่ว่า เมื่อมีการรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญ อำนาจสูงสุดในการปกครองแผ่นดินจะย้อนกลับคืนสู่สถาบันพระมหากษัตริย์ แล้วคณะรัฐประหารต้องไปขอพระราชทานรัฐธรรมนูญใหม่จากพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นองค์อธิปัตย์ตามกฎหมายทุกครั้งไป คณะรัฐประหารใช้อำนาจในทางพฤตินัยเท่านั้น โดยการใช้กำลังบังคับไม่ว่าจะในรูปประกาศหรือคำสั่ง หากมีผลบังคับก็เพราะความกลัวต่อการใช้กำลังบังคับ ผู้เขียนเห็นว่า คำอธิบายดังกล่าวเป็นคำอธิบายที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและไม่สอดคล้องกับทฤษฎีกฎหมายมหาชน กล่าวคือ จากคำอธิบายดังกล่าวก่อผลทางทฤษฎีกฎหมายว่า ก่อนวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีการปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์พระองค์เดียว แต่เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ผลคือสถาบันกษัตริย์ที่เคยมีอำนาจล้นพ้นก็กลายเป็นเพียงสถาบันตามรัฐธรรมนูญและต้องใช้อำนาจต่าง ๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญอำนาจอธิปไตยที่เคยเป็นของกษัตริย์กลายเป็นของประชาชน โดยมีองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน แต่เมื่อมีรัฐประหารล้มรัฐบาลและยกเลิกรัฐธรรมนูญครั้งใด อำนาจสูงสุดที่เป็นของประชาชนจะย้อนกลับคืนมาสู่องค์พระมหากษัตริย์ส่งผลให้คณะรัฐประหารต้องย้อนกลับไปขอพระราชทานรัฐธรรมนูญใหม่จากองค์พระมหากษัตริย์ ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาผลในทางทฤษฎี จะหมายความว่า เมื่อประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ประชาชนสามารถปกครองตนเองได้ เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่หากมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการรัฐประหารคราวใด ความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชนชาวไทยจะสิ้นสุดไปทันทีพร้อมรัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิก และอำนาจสูงสุดก็จะย้อนกลับไปเป็นของสถาบันกษัตริย์ ย่อมหมายความว่า ประเทศไทยในช่วงล้มล้างรัฐธรรมนูญและยังไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ยังไม่มีรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประเทศไทยได้ย้อนกลับไปปกครองด้วยระบอบราชาธิปไตยหรือระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นคำอธิบายที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและขัดต่อเหตุผลตามหลักกฎหมายและหลักการปกครองอย่างมาก อีกทั้งเมื่อพิจารณาพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวตอนหนึ่งความว่า “...ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจอันเป็นของข้าพเจ้าอยู่แต่เดิมให้แก่ราษฎรโดยทั่วไป แต่ข้าพเจ้าไม่ยินยอมยกอำนาจทั้งหลายของข้าพเจ้าให้แก่ผู้ใด คณะใด โดยเฉพาะเพื่อใช้อำนาจนั้นโดยสิทธิขาด และโดยไม่ฟังเสียงอันแท้จริงของประชาราษฎร...” แสดงให้เห็นชัดแล้วว่า นับแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 อำนาจสูงสุดในการปกครองอยู่ที่ประชาชน กล่าวคือ ประชาชนได้รับสิทธิประชาธิปไตยคืนมาจากพระบาทสมเด็จพระปกเกล้า

เจ้าอยู่หัว²⁷⁰ ประกอบกับรัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นฉบับชั่วคราวหรือฉบับถาวรระบุให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทุกฉบับ

ดังนั้น เมื่อมีการรัฐประหารและยกเลิกรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่า การรัฐประหารแต่ละครั้งจะยึดเอาอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชนกลับไปเป็นของกษัตริย์อีกครั้งแต่อย่างใด การกระทำของคณะรัฐประหารในการขอพระราชทานรัฐธรรมนูญทุกครั้งภายหลังรัฐประหารมิใช่การกระทำในทางกฎหมาย แต่เป็นการกระทำทางพฤตินัยเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเมื่อมีการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวทุกฉบับเป็นอำนาจของคณะบุคคลซึ่งก่อการรัฐประหาร และรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่ประกาศใช้ภายหลังการรัฐประหารหรือมีความต่อเนื่องกับรัฐธรรมนูญจากรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐประหารเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญเหล่านี้ คณะรัฐประหารใช้อำนาจในการปกครองของตนจัดทำขึ้นและประกาศใช้โดยปราศจากการขอความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์และประชาชน แม้ว่าพระมหากษัตริย์จะทรงลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สถานะของพระองค์ทรงอยู่เหนือการเมืองไม่ได้มีส่วนร่วมในการสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ๆ แต่อย่างใด

กรณีสุดท้าย รัฐธรรมนูญบางฉบับให้ประชาชนมีส่วนร่วมสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม ตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยในการจัดทำรัฐธรรมนูญมีไม่บ่อยครั้งนักที่ประชาชนจะมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญอาจอยู่ในรูปการของการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ไปทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ หรืออยู่ในการออกเสียงประชามติ ซึ่งรูปแบบดังกล่าวถูกใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากปัญหาการเมืองอันเกิดจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มีการจัดตั้งคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.) คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอกรอบการปฏิรูปการเมือง โดยเสนอให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อยกย่องรัฐธรรมนูญแห่งชาติขึ้น รัฐบาลต่อมา จัดตั้งคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง (คปก.) ทำหน้าที่ศึกษาแนวทางการปฏิรูปทางการเมืองและได้มีข้อเสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 เพื่อกำหนดแนวทางร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มี

²⁷⁰ ปรีดี พนมยงค์, “ข้อสังเกตบางประการของปรีดี พนมยงค์เกี่ยวร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2517,” ใน **รวมบทความบางเรื่องของปรีดี พนมยงค์ เกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตยและการร่างรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: สันติธรรม, 2518), หน้า 129.

สาระสำคัญคือ กำหนดให้มืองค์กรจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในรูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 99 คน เพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ เมื่อร่างเสร็จสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ส่งให้รัฐสภาพิจารณาเพื่อให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญโดยไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญได้ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบจึงประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540 เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 มีเนื้อหากำหนดให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญด้วย หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นกำหนด 90 วันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ผลคือร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเป็นอันตกไป และมีเนื้อหากำหนดให้ประชาชนมีสิทธิออกเสียงประชามติได้ในกรณีที่รัฐสภาลงคะแนนเสียงไม่เห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดความหมายของคำว่า “ประชาชน” ว่า หมายถึง บุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กล่าวคือ บุคคลใดเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็คือประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงประชามติ แม้ว่าตามข้อเท็จจริงรัฐสภาให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540 ส่งผลให้ประชาชนมิได้มีโอกาสออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่า ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ รวมถึงการรณรงค์ให้รัฐสภาลงความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ จึงทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นที่รู้จักในอีกชื่อหนึ่ง คือ “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” กล่าวได้ว่า ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ พระมหากษัตริย์และประชาชน เป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกัน

การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งถูกจัดทำขึ้นภายหลังจากพลเอกสนธิ บุญยรัตนกลิน และคณะได้ก่อการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 โดยเรียกตนเองว่า “คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” (คปค.) หลังจากนั้นก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งเจตนารมณ์สำคัญประการหนึ่ง คือ ให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางจากประชาชนในทุกชั้นตอน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 กำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยกำหนดให้มีสมัชชาแห่งชาติจำนวนไม่เกินสองพันคนที่พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง แล้วให้สมัชชาแห่งชาติจัดให้มีการประชุมเพื่อดำเนินการคัดเลือกสมาชิกด้วยตนเองเพื่อจัดทำบัญชีรายชื่อ ผู้สมควรได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสองร้อยคน ซึ่งต่อมามีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2550 โดยสามารถแบ่งที่มาของสมาชิกเป็น สัดส่วนจากภาคต่าง ๆ คือ ภาครัฐ 30 คน ภาควิชาการ 27 คน ภาคเอกชน 25 คนและภาคสังคม 18 คน ต่อมาที่

ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการสามัญ และคณะกรรมการวิสามัญจำนวน 12 คณะ คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบแนวทางหลักในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ออกเป็น 3 กรอบ คือ กรอบที่ 1 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ การมีส่วนร่วมของประชาชนและการกระจายอำนาจ กรอบที่ 2 ว่าด้วยสถาบันการเมือง และกรอบที่ 3 ว่าด้วยองค์กรตรวจสอบอิสระและศาล มีการรวบรวมและรับฟังความคิดเห็นจากภาคส่วนต่าง ๆ ในสังคมเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญทั่วประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวาง เมื่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ สำหรับผลการลงประชามติครั้งนี้มีจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงลงประชามติตามบัญชีรายชื่อมีจำนวน 45,092,955 คน มีจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงลงประชามติ 25,978,954 คน มีผู้ไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 14,727,306 คน มีผู้ไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 10,747,441 คน และมีบัตรเสีย 504,120 บัตร จากกระบวนการและข้อเท็จจริงในการจัดทำรัฐธรรมนูญข้างต้น กล่าวได้ว่า คณะรัฐประหารในนามของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติซึ่งเป็นคณะบุคคลที่แปรสภาพมาจากคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอันเป็นชื่อเดิมและประชาชนเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ร่วมกัน

การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถูกจัดทำขึ้นตามขั้นตอนที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 โดยมีคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญสองชุด กล่าวคือ เริ่มแรกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นจำนวน 36 คนเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 120 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นหรือข้อเสนอแนะจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญนำความเห็นหรือข้อเสนอแนะของสภาปฏิรูปแห่งชาติสถานิติบัญญัติแห่งชาติคณะรัฐมนตรีและคณะรักษาความสงบแห่งชาติและความเห็นของประชาชนรวมทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณาด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและเสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ สภาปฏิรูปแห่งชาติ (สปช.) ในการประชุมพิเศษ เมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 ปรากฏว่า สภาปฏิรูปแห่งชาติมีมติไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ โดยออกเสียงเห็นชอบ 105 เสียง ไม่เห็นชอบ 135 เสียง และงดออกเสียง 7 เสียง ส่งผลให้สภาปฏิรูปแห่งชาติและคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสภาพไปตามรัฐธรรมนูญ ต่อมา คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก้ไขขั้นตอนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ เมื่อสภาปฏิรูปแห่งชาติและ

คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญชุดเดิมสิ้นสุดสภาพลงตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้อาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 8 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 1 พุทธศักราช 2558 ออกประกาศแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยกำหนดให้เมื่อกรรมการร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญเสร็จต้องแจ้งคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติแห่งชาติทราบ และให้คณะรัฐมนตรีแจ้งคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อดำเนินการให้มีการออกเสียงประชามติ รัฐธรรมนูญยังกำหนดต่อไปว่าหากประชาชนออกเสียงประชามติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ ให้นายกรัฐมนตรีหลีกเล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธย หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญหรือพ้น 90 วันมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประชาชนมีส่วนร่วมในการสถาปนารัฐธรรมนูญ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์เป็นองค์การหนึ่งที่ใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และสถาบันกษัตริย์เป็นองค์การที่ทรงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมากที่สุดอีกครั้งหนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้สถาบันกษัตริย์เป็นองค์การหนึ่งที่ใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 พุทธศักราช 2539 มาตรา 211 ปันรศ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 4 พุทธศักราช 2560 ได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 39/1 วรรคสี่บเ็ดด โดยให้พระราชอำนาจของสถาบันกษัตริย์มีอำนาจเหนือกว่าการลงประชามติอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ จากเดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 4 เมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบจากประชาชนในการออกเสียงประชามติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2559 มาตรา 4 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 1 พุทธศักราช 2558 มาตรา 39/1 กำหนดว่า หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นตกไป ได้แก้ไขเปลี่ยนเป็นให้นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากประชาชนขึ้นทูลเกล้าฯ หากพระมหากษัตริย์พระราชทานข้อสังเกตว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อความใด ให้นายกรัฐมนตรีรับพระราชทานร่างรัฐธรรมนูญนั้นคืนมา เพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะประเด็นตามข้อสังเกตนั้น แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าใหม่ จากนั้นหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญที่

แก้ไขเพิ่มเติมและพระราชทานคืนมา หรือพ้นเก้าสิบวันนับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม แล้วแต่กรณีขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายแล้วมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป กล่าวได้ว่า แม้ประชาชนจะลงประชามติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์สามารถลบล้างผลประชามติของประชาชนได้ หรือสามารถแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนได้ให้ความเห็นชอบผ่านการลงประชามติแล้วได้ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรบัญญัติรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ เนื่องจากการนำสถาบันพระมหากษัตริย์ลงมาเกี่ยวข้องกับการเมืองมากเกินไป พระมหากษัตริย์จะตกอยู่ในสถานการณ์ที่ลำบากในการตัดสินพระทัยหากทรงไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติของประชาชน การเขียนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้มีแต่จะทำให้เกิดความแตกแยกภายในรัฐมากยิ่งขึ้น และไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นที่เคารพสักการะแต่อย่างใด

ในประเด็นปัญหาว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงมีผลอยู่ไม่นั้น กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว หากต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญจนทำลายแก่นของรัฐธรรมนูญเดิมหรือต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้ศึกษามาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้แล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ดำรงอยู่โดยแฝงอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและบทเฉพาะกาล ซึ่งเป็นบทที่แสดงออกถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ยังดำรงอยู่ภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วได้ ผู้เขียนมีอาจเห็นพ้องกับแนวคิดในคำอธิบายประเด็นปัญหาโดยให้พิจารณาลักษณะของรัฐและรัฐธรรมนูญโดยรวมทั้งหมด²⁷¹ เนื่องจากหากใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณา ย่อมมีคำอธิบายที่แตกต่างกันในประเด็นปัญหาเดียวกัน ผู้เขียนเห็นว่า การอธิบายความดำรงอยู่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วนั้น มิจำเป็นต้องไปพิจารณารูปแบบของรัฐหรือระบอบการปกครองแต่อย่างใด เรื่องดังกล่าวถูกกำหนดในรัฐธรรมนูญโดยผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจนอกระบบกฎหมาย ในการพิจารณาการดำรงอยู่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่ายังคงดำรงอยู่ในระบบกฎหมายหรือไม่นั้น จึงสมควรพิจารณาจากรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเท่านั้น เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายและทางปฏิบัติในประเทศไทยจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แสดงให้เห็นถึงอำนาจ

²⁷¹ สิงห์ฐาน จันทร, **อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556), หน้า 205.

สถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งยังคงดำรงอยู่ โดยเฉพาะในส่วนของบทเฉพาะกาล ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 หรือมาตรา 279 เป็นต้น จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะมีผลบังคับใช้แล้วก็ตาม แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ยังคงดำรงอยู่ผ่านกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญและบทเฉพาะกาล ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 กำหนดให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่ และให้มีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 1 พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 2 พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป ย่อมเป็นการยืนยันถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การใช้อำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 ออกคำสั่งต่าง ๆ ย่อมเป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ แต่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงต้องผูกพันกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตนได้รับมอบอำนาจเท่านั้น เนื่องจากเมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นเพียงองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น (Pouvoir Constitué) อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นพบว่า คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ใช้อำนาจออกคำสั่งตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 ออกคำสั่งที่มีผลเป็นการยกเว้นรัฐธรรมนูญหลายครั้ง และเปลี่ยนไปมาจนก่อให้เกิดความไม่แน่นอนของคำสั่งหลายครั้ง เช่น วันที่ 5 เมษายน พ.ศ. 2560 พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 23/2560 เรื่อง มาตรการแก้ไขปัญหาความต่อเนื่องของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยให้การสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องรอรัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ต่อมาวันที่ 20 เมษายน พ.ศ. 2560 พลเอกประยุทธ์ ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 24/2560 เรื่อง ให้งดเว้นการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 23/2560 ซึ่งเป็นคำสั่งที่ขยายวาระการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าบทเฉพาะกาลจะเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องแทรกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ

แต่เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว การใช้อำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 ย่อมเป็นเพียงการใช้อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่การใช้อำนาจในระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องเพื่อพิจารณาประเด็นว่า คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยจะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวโดยอ้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279 แต่อย่างใด ตรงข้ามศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการกระทำทางนิติบัญญัติไม่ว่าจะโดยรัฐสภาหรือโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งอาศัยอำนาจจากมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265

ดังนั้น แม้สุดท้ายแล้วศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็เนื่องมาจากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาด้านเนื้อหามิใช่เห็นว่าตนไม่มีอำนาจตรวจสอบ จึงสามารถกล่าวได้ว่า หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจมีคำวินิจฉัยให้คำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน และบทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญเปรียบดังรัฐธรรมนูญฉบับที่สองที่ใช้บังคับเพียงชั่วคราวเท่านั้น คำสั่งใด ๆ ของคณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงไม่ควรมีลักษณะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติหลัก เมื่อบทเฉพาะกาลสิ้นสุดผลไป บทมาตรา 279 ก็ย่อมสิ้นผลบังคับไปด้วย ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ออกในช่วงที่บทเฉพาะกาลมีผลใช้บังคับนั้นเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในบทเฉพาะกาล เมื่อรัฐธรรมนูญหลักมีผลใช้บังคับเต็มที่ บทเฉพาะกาลย่อมสิ้นผลบังคับไป บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติย่อมสามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญอำนาจคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ด้วยเทคโนโลยีได้พัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วในลักษณะก้าวกระโดดส่งผลกระทบทั้งโดยตรงและผลกระทบโดยอ้อมต่อระบอบการปกครองรัฐ กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกติกาในการใช้อำนาจอปกครองรัฐจึงควรมีความยืดหยุ่นเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความทันสมัยและสอดคล้องกับค่านิยมของประชาชนในแต่ละยุค รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบางฉบับไม่กำหนดขั้นตอนวิธีการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ แต่โดยหลักการทั่วไปรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขได้เสมอ

4.2.1 รูปแบบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษารูปแบบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่กล่าวมาแล้วข้างต้นสามารถแบ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญของไทยได้เป็น 2 ประเภทกว้าง ๆ ดังนี้

4.2.1.1 กรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่มีได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญที่ผู้สถาปนามีความประสงค์ที่จะใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญจึงมิได้มีแนวคิดให้มีกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์การเมืองและประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะชั่วคราวบางฉบับกลับมีผลใช้บังคับยาวนานกว่ารัฐธรรมนูญฉบับถาวรหลายฉบับ และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวบางฉบับมีผลบังคับใช้เป็นเวลาเกือบทศวรรษ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญประเภทนี้จะกล่าวต่อไปในข้อ 4.2.2.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการแก้ไข

4.2.1.2 กรณีรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยสามารถจัดรูปแบบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เป็นรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขไว้เพียงรูปแบบเดียว โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

รัฐธรรมนูญรูปแบบนี้จะกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้รูปแบบเดียวเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราใด ๆ ก็ได้ทุกมาตรา เว้นบางกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งกำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวด 10 มาตรา 173-176 และกำหนดห้ามมิให้ยกเลิกและแก้ไขกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 23 วรรคสอง) ฉะนั้น รูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

2492 จึงจัดอยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียว ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ก็บัญญัติในทำนองเดียวกัน เมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511) ได้มีการกำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญใน หมวด 10 มาตรา 169-172 และยังได้กำหนดเงื่อนไขและวิธีการในการแก้ไขกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ให้ดำเนินการด้วยกระบวนการวิธีเช่นเดียวกันกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวด 10 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 22 บรรทัดสอง) กล่าวได้ว่า รูปแบบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 อยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียวเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขและวิธีการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่จัดอยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียวเช่นกัน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไทยภายหลังได้กำหนดกระบวนการพิเศษสำหรับการแก้ไขกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ผู้เขียนเห็นว่า แม้กฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จะมีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นการแก้ไขต่างหากหรือเป็นการแก้ไขกฎหมายคนละฉบับไม่อาจถือได้ว่าเป็นกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพียงแค่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่นเดียวกับการที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการจัดทำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็มีทำให้กฎหมายดังกล่าวกลายเป็นรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

4.2.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญไทยที่กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้โดยมากมักกำหนดกระบวนการแก้ไขไว้ยากกว่าการจัดทำและการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด

ของรัฐธรรมนูญ หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกระบวนการแก้ไขไว้ รัฐธรรมนูญย่อมแก้ไขเหมือนกฎหมายธรรมดา ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

4.2.2.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญในกรณีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการแก้ไข

แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม แต่โดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอเพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางการเมืองการปกครองที่แปรเปลี่ยนไป ตามประวัติศาสตร์ รัฐธรรมนูญปรากฏมีรัฐธรรมนูญจำนวน 6 ฉบับจาก 20 ฉบับ ซึ่งไม่ได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญที่มีได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวทั้งหมด แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญชั่วคราวทุกฉบับจะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ ตัวอย่างรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งกำหนดวิธีการแก้ไขในมาตรา 93 ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นการแก้ไขยากกว่ากฎหมายธรรมดาแต่อย่างใด หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะได้มีชื่อเป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรหรือรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้วทำให้เข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว เนื่องจากมีเพียง 29 มาตรา และมีเนื้อหาภายในคล้ายคลึงกับธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 มีการให้อำนาจในลักษณะเผด็จการแก่นายกรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม มีข้อแตกต่างตรงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มีการกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 24 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็มีบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดขั้นตอนและวิธีการแก้ไขไว้ในมาตรา 46

แม้รัฐธรรมนูญจะไม่กำหนดกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อสอดคล้องกับสภาพบ้านเมือง ดังเช่น เมื่อตอนปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการปกครองต่อไป โดยเมื่อพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยแล้ว เห็นได้ว่า คณะราษฎรมีได้มีความประสงค์ที่จะใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นการชั่วคราว แต่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว

ประสงค์ให้ใช้เพียงชั่วระยะหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น พระองค์จึงทรงเดิมคำว่าชั่วคราวต่อท้ายชื่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเมื่อพิจารณาสถานการณ์ในขณะนั้น การปฏิวัติดำเนินในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรนำพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามมูลเกล้าถวายฯ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวในวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2475 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จึงเห็นได้ว่าคณะราษฎรน่าจะจัดทำธรรมนูญการปกครองมาก่อนหน้าการก่อการเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 แล้ว เนื่องจากหากร่างรัฐธรรมนูญภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองก็จะมีเวลาในการร่างรัฐธรรมนูญเพียงแค่ 2 วันเท่านั้น ประกอบกับสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้นการร่างรัฐธรรมนูญเพียงเวลาเท่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าเป็นไปได้²⁷²

ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามได้ถูกร่างขึ้นมาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ประกอบกับเนื้อหาไม่ได้มีส่วนใดที่แสดงให้เห็นว่าประสงค์จะใช้เป็น การชั่วคราว รัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวและคณะราษฎรตกลงร่วมกันสถาปนา รัฐธรรมนูญฉบับแรกให้เป็นฉบับชั่วคราวย่อมต้องมีการจัดทำฉบับถาวรต่อมา ดังจะเห็นได้จากคำแถลงของหลวงประดิษฐมนูธรรมในการประชุมสภาเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ว่า “ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินฉบับนี้เป็นธรรมนูญชั่วคราว เพราะว่าเราได้สร้างขึ้นในเวลาฉุกเฉินทุกกระทันหัน อาจจะยังมีที่บกพร่องอยู่บ้างก็ได้ จึงควรจะได้ผู้มีความรู้ความชำนาญในการนี้เป็นกรรมการตรวจแก้ไขเพิ่มเติมเสียใหม่ให้เรียบร้อยสมบูรณ์”²⁷³

เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้กำหนดขั้นตอนกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้และมีสถานะเป็นพระราชบัญญัติยังมิได้มีการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายธรรมดาแต่อย่างใด ฉะนั้น วิธีการแก้ไขจึงสามารถกระทำได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติธรรมดา ดังนั้น การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามจึงใช้กระบวนการจัดทำด้วยกระบวนการนิติบัญญัติธรรมดา

²⁷² กัญญา นะรา, รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง: ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 45.

²⁷³ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 1/2475 วันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475 หน้า 13-14.

กล่าวคือ สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกกฎหมายทั้งหลาย เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ย่อมใช้บังคับได้²⁷⁴

กรณีข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่มีได้มีบทบัญญัติกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ คือ กรณีของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 แม้ว่าจะไม่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับนี้ก็ตาม แต่ก็มีประเด็นปัญหาให้พิจารณาว่า รัฐธรรมนูญชั่วคราวที่มีได้กำหนดรูปแบบขั้นตอนในการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญเอาไว้ จะสามารถแก้ไขได้หรือไม่ กรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเวลานั้น คือ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 79 คน เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 10 และมาตรา 11 ซึ่งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้นแบ่งความเห็นเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ กับฝ่ายที่เห็นว่าสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่รูปแบบและกระบวนการอย่างนั้นยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่

ฝ่ายที่เห็นว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ไม่สามารถแก้ไขได้ให้เหตุผลว่า ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 บัญญัติกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรไว้ครบถ้วนแล้วตามมาตรา 10 และมาตรา 11 ดังนั้น จึงไม่อาจแก้ไขธรรมนูญการปกครองโดยอาศัยธรรมเนียมการปกครองซึ่งระบุตามมาตรา 22 ได้ เป็นประการแรก ประการที่สอง ในคำปรารภของธรรมนูญการปกครองฯ เขียนไว้ว่า “...ให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย” ดังนั้น จึงเป็นเจตนารมณ์ของธรรมนูญการปกครองนี้ว่า ให้ใช้ไปโดยไม่มีการแก้ไขจนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นมาตามบทบัญญัตินั้น

ฝ่ายที่เห็นว่าสามารถแก้ไขได้ อธิบายว่า ประการแรก เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติทรงไว้ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติ ย่อมแก้ไขได้ แม้เป็นกฎหมายสูงสุด โดยอาศัยหลักการว่ารัฐสภาในอดีตไม่มีอำนาจที่จะผูกพันรัฐสภาในปัจจุบัน และแม้จะมีข้อห้ามแก้ไขไว้ก็ยังแก้ไขได้ ประการที่สอง ธรรมนูญการปกครองมิใช่กฎหมายสูงสุดเพราะไม่ได้ร่างโดยราษฎรหรือตัวแทนที่แท้จริงของราษฎร แต่เป็นการร่างโดยคณะบุคคลกลุ่มหนึ่ง จึงไม่เป็นที่ยอมรับนับถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ประการที่สาม ไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ที่ห้ามแก้ไขธรรมนูญการปกครองและถึงแม้มีบทบัญญัติห้าม บทบัญญัตินั้นย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประการสุดท้าย สภานิติบัญญัติแห่งชาติเกิดขึ้น

²⁷⁴ พรณรงค์ ศรีตระกูล, กระบวนการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), หน้า 168.

เนื่องจากเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจใหม่ ดังนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงไม่มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดที่ร่างโดยระบอบเผด็จการ

อย่างไรก็ตาม ความเห็นของฝ่ายที่เห็นว่าสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ยังมีความเห็นที่ไม่สอดคล้องกันในประเด็นที่เกี่ยวกับวิธีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มีทั้งเห็นว่าสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยใช้เสียงข้างมากปกติ ต้องมีผู้เสนอไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 และได้รับความเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 โดยถือตามประเพณีการปกครอง แต่ก็ยังไม่เป็นที่ตกลงกันได้ เพราะยังไม่ยุติว่าจะถือตามรัฐธรรมนูญฉบับใด ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขไม่ได้จึงโต้แย้งว่า หากธรรมนูญการปกครองแก้ไขโดยใช้กระบวนการเดียวกับกฎหมายธรรมดาที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คือ ต้องมีผู้รับรองญัตติที่เสนอ แต่กรณีนี้มีผู้เสนอถึง 79 คน แต่ไม่มีผู้รับรอง

จะเห็นได้ว่า ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขไม่ได้แสดงออกถึงการยอมรับในผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ โดยมิได้พิจารณาว่าเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างอำนาจแล้ว ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขได้ส่วนใหญ่ยอมรับในผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ติดที่ธรรมนูญการปกครองมิได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องหาเหตุผลมาสนับสนุนดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเหตุผลจะเห็นได้ถึงความสับสนและไม่ถูกต้องนัก กล่าวคือ การอ้างว่ารัฐสภาในอดีตไม่มีอำนาจที่จะผูกพันรัฐสภาในปัจจุบันเป็นหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ประเทศอังกฤษจึงปราศจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อังกฤษถือหลักว่า อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา การกล่าวอ้างว่า ธรรมนูญการปกครองมิใช่กฎหมายสูงสุด ไม่ใช่รัฐธรรมนูญก็ขึ้นอยู่กับว่าจะมองรัฐธรรมนูญในรูปแบบใด หากมองว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบในการปกครองประเทศแล้วกฎหมายนั้นย่อมเป็นรัฐธรรมนูญ อีกทั้งรัฐธรรมนูญในสมัยหลัง ๆ ไม่ได้คำนึงถึงลักษณะของรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) เท่าใดนัก เน้นรูปแบบเป็นสำคัญ สำหรับเหตุผลประการที่สาม สภานิติบัญญัติแห่งชาติเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจใหม่เป็นเหตุผลที่ถูกต้อง แม้จะใช้รัฐธรรมนูญเดิมก็ไม่จำเป็นที่จะต้องผูกพันกับผู้ที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเดิมวางไว้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นองค์กรชุดใหม่ที่มีใจองค์กรที่ได้รับอำนาจมาจากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเดิม หากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเข้าใจว่าตนเองเป็นองค์กรอธิปัตย์ย่อมแก้ไขธรรมนูญการปกครองได้ ส่วนจะแก้ไขอย่างไร สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจกำหนดกันเองไม่ต้องไปโยงหาประเพณีใด ๆ เลย²⁷⁵ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุด สภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ได้ดำเนินการแก้ไขธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 แต่อย่างไร

²⁷⁵ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพมหานคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 71-74.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่า แม้ไม่ได้กำหนดกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ แต่รัฐธรรมนูญย่อมถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องกับระบอบการเมืองการปกครองและระบบความคิดในสังคมที่แปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา โดยเฉพาะในเวลาที่สังคมสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้ง่าย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่พ้องด้วยกับข้อเสนอของนักวิชาการบางท่านที่เสนอให้ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยการอ้างอิงหลักเกณฑ์และวิธีการถึงประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาพิจารณาประกอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ²⁷⁶

กล่าวคือ บทบัญญัติในลักษณะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคสอง “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เริ่มบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็นำมาบัญญัติอีกครั้งด้วยข้อความเดิม เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยจะพบว่า บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้บัญญัติขึ้นครั้งแรกในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2502 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว มีเพียง 20 มาตรา ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจเป็นกังวลว่า จะไม่มีกฎหมายมาบังคับใช้ จึงบัญญัติมาตราในลักษณะดังกล่าวขึ้นมาเพื่อรองรับในกรณีไม่มีบทบัญญัติมาใช้บังคับก็ให้วินิจฉัยไปตามประเพณีการปกครอง อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาคำว่า “ประเพณี” ที่อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เห็นว่า ต้องเป็นประเพณีระดับกฎหมายหรือระดับกฎหมายประเพณีเท่านั้น ซึ่งคำว่ากฎหมายประเพณีประกอบไปด้วยสองส่วนสำคัญ คือ ประการแรก ต้องเป็นความประพฤติปฏิบัติสม่ำเสมอ นาน และประการที่สอง ต้องเป็นประเพณีที่ทุกคนสำนึกว่าการประพฤติปฏิบัตินั้นถูกต้อง²⁷⁷

เมื่อพิจารณาถึงประเพณีการแก้ไขในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสำหรับกรณีรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกระบวนการในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยปรากฏเรื่องดังกล่าว จึงไม่สามารถนำเอาประเพณีการปกครองมาพิจารณาประกอบตามข้อเสนอดังกล่าวได้ ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญกรณี

²⁷⁶ ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย, **การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ** (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2552), หน้า 52.

²⁷⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **หลักการตีความกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มผู้เชี่ยวชาญคดีและวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 163-165.

รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ องค์การนิติบัญญัติสามารถกำหนดวิธีการหรือหลักเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เองตามความเหมาะสม

4.2.2.2 การแก้ไขตามเงื่อนไขกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

รัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับและรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวบางฉบับมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนและกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ บางฉบับแม้มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแต่ก็ไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงรูปและกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับจะมีองค์ประกอบซึ่งเป็นสาระสำคัญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญคล้ายกัน ดังนี้

ประการแรก การเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีรัฐธรรมนูญบางฉบับที่ไม่ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 93 หรือรัฐธรรมนูญบางฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกวุฒิสภาใช้อำนาจร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 173, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 313, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 46 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีและคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ หากอยู่ในช่วงใช้รัฐธรรมนูญปกติ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 313 เป็นต้น แต่หากอยู่ในช่วงการปกครองโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว อำนาจในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็มักกำหนดให้เป็นของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 46 เป็นต้น โดยปกติการพิจารณาของสภานิติบัญญัติจะถูกกำหนดให้พิจารณา 3 วาระ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 24 (2), รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 194 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 313 (2) เป็นต้น โดยที่รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่กำหนดให้การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 1 ซึ่งเป็นวาระขั้นรับหลักการ และการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 ขั้นตอนการตัดสินใจให้เป็นไปโดยวิธีการเรียกชื่อ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 24 (3) (6) หรือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 256 (3) (6) เป็นต้น ในกรณีการออกเสียงลงคะแนนวิธีเรียกชื่อนี้เคยมีปัญหาในการตีความว่า การใช้วิธีการเรียกชื่อนี้

สามารถลงคะแนนลับได้หรือไม่ กล่าวคือ ในช่วงใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มีปัญหาการตีความมาตรา 194 (3) (6) อย่างไรก็ดีตาม รัฐสภาในช่วงระยะเวลาดังกล่าวได้ตีความว่า สามารถลงคะแนนลับได้ แต่การตีความดังกล่าวน่าจะคลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญจะให้เรียกชื่อไปเพื่ออะไร ถ้ามิให้สมาชิกตอบว่าเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ²⁷⁸ ปัจจุบันปัญหาดังกล่าวนี้อาจไม่มีอีกต่อไปเนื่องจากนับตั้งแต่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญบัญญัติชัดเจนว่า “...ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย...”²⁷⁹ ฉะนั้น สมาชิกรัฐสภาจึงไม่สามารถลงคะแนนลับในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป

ประการที่สาม กระบวนการลงคะแนนเสียงในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยปกติ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การลงคะแนนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีกระบวนการที่ยากกว่าการตรากฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้การออกเสียงลงคะแนนในวาระแรก (ขั้นรับหลักการ) ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สอง (ขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา) ใช้เสียงข้างมากธรรมดา และการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม (ขั้นสุดท้าย) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช มาตรา 291 กำหนดให้การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่ง (ขั้นรับหลักการ) ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา การพิจารณาในวาระที่สองขึ้น (พิจารณาเรียงลำดับมาตรา) ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ และการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม (ขั้นสุดท้าย) ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เป็นต้น

²⁷⁸ โภคิน พลกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 80-81.

²⁷⁹ มาตรา 211 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

มาตรา 313 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 291 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

มาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการขั้นตอนเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ มาตรา 256 โดยกระบวนการแก้ไขตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังต่อไปนี้

1) องค์การที่มีอำนาจเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้องค์กรที่มีอำนาจเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ได้แก่

- (1) คณะรัฐมนตรี
- (2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร
- (3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา
- (4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน

2) ขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยกำหนดขั้นตอนให้รัฐสภาพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสามวาระ

วาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ในทางปฏิบัติวาระที่หนึ่งเป็นขั้นตอนที่รัฐสภาจะพิจารณาและมติว่า “จะรับหลักการหรือไม่รับหลักการ” แห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ประชุมรัฐสภาจะแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาเพื่อพิจารณาก่อนการรับหลักการก็ได้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณา ในกรณีที่มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับมาในคราวเดียวกัน และที่ประชุมรัฐสภามีมติให้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับรวมกัน รัฐสภาจะลงมติรับหลักการหรือไม่รับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละฉบับหรือทั้งหมดรวมกันก็ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อที่ประชุมรัฐสภามีมติรับหลักการแล้ว ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติดีต่อว่าจะใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใดเป็นหลักในการพิจารณาในวาระที่สองขึ้นคณะกรรมการต่อไป²⁸⁰ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไข

²⁸⁰ คณะกรรมการจัดทำประมวลสรุปสาระสำคัญจากคำอภิปรายของสมาชิกวุฒิสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช..., วุฒิสภากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (เจตนารมณ์ที่มาของร่างรัฐธรรมนูญ) (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555), หน้า 7.

เพิ่มเติมขึ้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

วาระที่สองขึ้นพิจารณาเรื่องลำดับมาตรา การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในทางปฏิบัติจะแบ่งได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ²⁸¹

ขั้นตอนแรก การพิจารณาขั้นกรรมาธิการ เป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถเสนอขอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ กล่าวคือ ในการพิจารณาขั้นนี้ หากสมาชิกวุฒิสภาผู้ใดประสงค์แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในข้อความหรือประเด็นใด ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาเปิดโอกาสให้สมาชิกวุฒิสภาเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมได้ เรียกว่า “การเสนอคำแปรญัตติ” ซึ่งต้องกระทำล่วงหน้าเป็นหนังสือต่อประธานคณะกรรมการภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งโดยปกติการแปรญัตติต้องแปรรายมาตรา การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับหลักการ หากจะเพิ่มมาตราใหม่หรือตัดทอน หรือแก้ไขข้อความของมาตราที่มีอยู่แล้วจะกระทำได้เมื่อไม่ขัดกับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ใช้เป็นหลักในการพิจารณา หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสนอโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คณะกรรมาธิการจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้เสนอพร้อมทั้งรายงานการรับฟังความคิดเห็นต่อรัฐสภาด้วย

เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาเสร็จแล้ว จะต้องรายงานต่อประธานรัฐสภา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งแสดงร่างเดิมและการแก้ไขเพิ่มเติม
- (2) รายงานของคณะกรรมการซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในแต่ละมาตรา และมติของคณะกรรมการเกี่ยวกับคำแปรญัตติ ตลอดจนการไม่เห็นด้วยกับมติของคณะกรรมการในข้อใด ๆ ในรูปแบบของ “การสงวนคำแปรญัตติ” โดยผู้แปรญัตติ หรือในรูปแบบของ “การสงวนความเห็น” โดยกรรมาธิการ เพื่อขอให้รัฐสภาวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต่อไป

- (3) การรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้ซึ่งได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อประธานรัฐสภาได้รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและรายงานของคณะกรรมการดังกล่าวก็จะบรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมสภาเพื่อเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาเรื่องลำดับมาตราโดยที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา

ขั้นตอนที่สอง การพิจารณาขั้นเรื่องลำดับมาตราโดยที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในขั้นตอนนี้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาจะพิจารณาเริ่มต้นด้วยชื่อร่าง คำปรารภ แล้ว

²⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8-10.

พิจารณาเนื้อหาในแต่ละมาตราเรียงลำดับ ซึ่งในขั้นตอนนี้ สมาชิกรัฐสภาจะอภิปรายชี้แจงแสดงความคิดเห็นต่อที่ประชุมโดยเฉพาะในส่วนของถ้อยคำหรือข้อความที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือที่มีการสงวนคำแปรญัตติ หรือที่มีการสงวนความเห็นไว้ เว้นแต่ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติเป็นอย่างอื่น โดยการพิจารณาเรียงลำดับมาตรา เฉพาะคณะกรรมการธิการหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากกรรมาธิการและประธานรัฐสภาอนุญาตเท่านั้นที่จะมีสิทธิแถลงตอบชี้แจงหรือแก้ไขเพิ่มเติมในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นต่อที่ประชุมได้ ซึ่งอาจเป็นการตอบชี้แจงในประเด็นที่สมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้เสนอคำแปรญัตติซึ่งได้สงวนคำแปรญัตติของตนไว้อภิปรายและแสดงความคิดเห็นในประเด็นนั้น เมื่อการอภิปรายสิ้นสุดลง ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาต้องออกเสียงลงคะแนน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้การพิจารณาในวาระที่สอง การออกเสียงลงคะแนนให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้รอสิบห้าวัน แล้วจึงพิจารณาวาระที่สามต่อไป

ขั้นสุดท้าย เป็นวาระที่เป็นการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในวาระนี้ จะไม่มีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นใด ๆ ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติเพียงว่า เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญเท่านั้น²⁸² ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

เมื่อรัฐสภาเมื่อมีการลงมติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้รอสิบห้าวันแล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

3) การออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้กรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวดพระมหากษัตริย์ หรือหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่

²⁸² *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 11.

อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติของประชาชน ถ้าผลการออกเสียงประชามติของประชาชนให้เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

แม้รัฐธรรมนูญไทยแต่ละฉบับจะมีความแตกต่างไปบ้างในรายละเอียดของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งหมดแล้ว กล่าวได้ว่า โดยทั่วไป รูปแบบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยจะถูกจัดอยู่ในประเภทกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบเดียวใช้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทุกมาตรา ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพียงเล็กน้อย ประเด็นปลีกย่อย หรือประเด็นที่สำคัญก็ตาม จนเป็นส่วนหนึ่งของปัญหาในทางการเมือง เนื่องจากรัฐธรรมนูญบางฉบับมีกระบวนการที่แก้ไขเพิ่มเติมที่ยากเกินไป ทำให้ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางการเมือง จนหลายครั้งคณะทหารซึ่งก่อการรัฐประหารนำมาซึ่งข้ออ้างในการก่อการรัฐประหารและยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่บ่อยครั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ก่อนหน้า โดยกำหนดในมาตรา 256 (8) ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางประเด็น มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพิ่มจากกระบวนการทั่วไปในมาตรา 256 (1)-(7) ทำให้รูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญปัจจุบันแตกต่างจากเดิม แต่กระนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญยากมาก จึงอาจส่งผลให้ในความเป็นจริงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจไม่สามารถดำเนินการได้

4.2.3 ขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรใดมีอำนาจในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ตาม การแก้ไอนั้นย่อมมีขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ทั้งนี้ เนื่องจากหากรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้อย่างไม่มีขอบเขตใด ๆ แล้ว การปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยย่อมเสี่ยงต่อการเป็นการปกครองในรูปแบบเผด็จการทรราชได้ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็เช่นกัน หากให้อำนาจแก่ฝ่ายการเมืองมากจนสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยปราศจากขอบเขตหรือปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ก็มีแนวโน้มที่องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจของตนแก้ไขรัฐธรรมนูญขยายอำนาจของตนและทำลายองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ จนทำลายแก่นของรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศ

ไทยและแนวทางปฏิบัติของฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ พบว่า แนวคิดข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย สามารถแบ่งได้เป็นสองรูปแบบ คือ ข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ และข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

4.2.3.1 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

การกำหนดห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ให้องค์กรทางการเมืองใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจนทำลายแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีบทบัญญัติกำหนดห้ามให้มีการเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว และซึ่งบทบัญญัติห้ามในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการนำข้อความตามมาตรา 211 เตรส วรคสี แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม) ฉบับที่ 6 พุทธศักราช 2539 มาใช้²⁸³ ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้น ก็ยังคงข้อความและหลักการเช่นเดิม อย่างไรก็ตาม ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นสองร่าง ร่างแรก คือ ร่างที่จัดทำโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมี ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และร่างที่จัดทำโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกสภาพิรูปร่างแห่งชาติมีมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญจึงทำให้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวตกไป และได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่

ในบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้ข้อความเดียวกัน ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ชุด ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) โดยเปลี่ยนข้อความ “มาตรา 268 การขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตย

²⁸³ รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) วันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2540.

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะกระทำมิได้” สำหรับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของการห้ามดังกล่าวได้มีการอธิบายว่า คำว่า “เปลี่ยนแปลง” การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นคำที่มีความร้ายแรงน้อยกว่าคำว่า “ล้มล้าง” การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 49 วรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่ถึงขนาดให้เป็นสาธารณรัฐ แต่เป็นการเปลี่ยนแปลงพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยอย่างมีนัยสำคัญก็ต้องห้ามตามมาตรา 255 เช่น การลดพระราชอำนาจในการพระราชทานรัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น ซึ่งการลดพระราชอำนาจในการพระราชทานรัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงพระราชอำนาจมิได้เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่อย่างใด ในส่วนของการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐเดี่ยวเป็นรัฐรวม²⁸⁴

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ยังคงหลักการเดียวกัน โดยมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากร่างของคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ (ชุดศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) เพียงเล็กน้อย เจตนารมณ์ของหลักการของมาตรานี้ยังคงเดิม ฉะนั้น ในประเด็นนี้มีข้อพิจารณาสำคัญ คือ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยซึ่งองค์กรการเมืองไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชอำนาจได้ และรูปของรัฐตามรัฐธรรมนูญไทยซึ่งองค์กรการเมืองไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐได้ ซึ่งขออธิบายดังนี้ โดยประการแรกจะกล่าวถึงการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทบเรื่องดังกล่าวได้ และประการที่สองจะกล่าวถึงรูปของรัฐ

1) การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ที่บัญญัติห้ามมิให้เปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงต้องพิจารณาบริบทและประวัติศาสตร์พระราชอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ในช่วงภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยเฉพาะรัชสมัยรัชกาลที่ 9 โดยการนำข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ไทยไปวิเคราะห์เพื่อหารูปแบบหรือแนวทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

²⁸⁴ คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทยและตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสถาปนาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เล่ม 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, 2558), หน้า 47-48.

ทรงเป็นประมุขตามที่รัฐธรรมนูญรับรองจำเป็นต้องเข้าใจถึงความเข้าใจของสังคมในต่อการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยก่อนว่า ประชาธิปไตยในสังคมไทยโดยทั่วไป หมายถึง การมีรัฐธรรมนูญที่จะเป็นกติกาของระบอบรัฐสภาและนำไปสู่การเลือกตั้ง แม้ความหมายของประชาธิปไตยมิได้ตายตัวตาม ประวัติศาสตร์มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ กล่าวคือ คำว่าประชาธิปไตยในทัศนะของนักคิดชั้นนำ หลายคนเน้นการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ไม่ใช่เพียงแค่การมีรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้ง ในขณะที่ความหมายของประชาธิปไตยในช่วงการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมือง พ.ศ. 2475 หมายถึง ระบอบการปกครองใหม่ของสามัญชนหลังปฏิวัติล้มอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์²⁸⁵

อาจกล่าวได้ว่า ประชาธิปไตยไทยมิได้หมายถึงเพียงแค่ระบอบการปกครองของประชาชนอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แต่หมายถึงระบอบการเมืองที่จัดลำดับอำนาจและความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างทหาร (ตัวแทนระบบราชการ) กับพลังประชาสังคมนอกระบบราชการและประชาชนอย่างเหมาะสม กล่าวคือ รัฐบาลทหารไม่เคยปฏิเสธความชอบธรรมของระบอบประชาธิปไตย ไม่เคยปฏิเสธว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ไม่เคยปฏิเสธความสำคัญของรัฐธรรมนูญ แต่รัฐบาลทหารเห็นว่า ระบอบเผด็จการทหารเป็นรูปการณ์ของประชาธิปไตยที่เหมาะสมกับสังคมไทย คือ ประชาชนไว้วางใจมอบอำนาจให้ผู้นำที่เด็ดขาดแต่ทรงคุณธรรมใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สุขของมหาชน²⁸⁶

ความหมายของการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยในประเทศไทยในความเข้าใจของคนส่วนใหญ่คือ การปกครองซึ่งมีรัฐธรรมนูญกำหนดกติกาในการปกครองประเทศ และรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน ส่วนจะใช้ได้จริงหรือไม่ั้นไม่สำคัญ สำคัญ คือ ต้องมีการเลือกตั้ง ดังนั้นในการวิเคราะห์ความหมายของประชาธิปไตย ผู้เขียนจะใช้ความหมายดังกล่าวเป็นหลัก

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย แม้พัฒนาการของสถาบันพระมหากษัตริย์ในประเทศไทยจะปรากฏว่าพระมหากษัตริย์ไทยทรงเป็น “เจ้าแผ่นดิน” “เจ้าชีวิต” ฯลฯ และพระบรมเดชานุภาพล้นพ้นไพศาลเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไม่เคยเกิดขึ้นจริง เนื่องจากถูกคานอำนาจโดยขุนนางและพระราชอำนาจถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีและหลักธรรม กล่าวคือ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยในสมัยโบราณจะถูกจำกัดโดยธรรมศาสตร์และจารีตประเพณี หมายความว่าพระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจให้ขัดต่อพระธรรมศาสตร์และจารีตประเพณีไม่ได้ รวมไปถึงหลักธรรมในพระพุทธศาสนาก็เป็นเครื่องมือเหนี่ยวรั้งการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ จากลักษณะ

²⁸⁵ ธงชัย วินิจจะกูล, *ประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์อยู่เหนือการเมือง* (นนทบุรี: ฟาเดียวกัณ, 2556), หน้า 6-7.

²⁸⁶ *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 12.

ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์และสถาบันศาสนาเป็นอย่างดี²⁸⁷

ครั้นเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ คณะผู้ก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองก็ได้ล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด ฉะนั้น สถาบันพระมหากษัตริย์จึงเป็นสถาบันที่เชื่อมโยงการปกครองโบราณเข้ากับการปกครองตามแบบตะวันตก สถาบันพระมหากษัตริย์จึงเป็นที่มาและรากฐานของกฎหมายมหาชนไทย แต่การวิเคราะห์ถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบการปกครองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไม่สามารถนำข้อเท็จจริงหรือแนวทางการปฏิบัติของการปกครองในช่วงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองจนถึงช่วงต้นรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชมาวิเคราะห์ได้ เนื่องจากก่อนช่วงเวลาดังกล่าวการปกครองในระบอบใหม่ยังไม่ลงตัว

อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องศึกษาการต่อสู้ในการต่อรองอำนาจในช่วงระยะเวลาดังกล่าวในฐานะที่มาหรืออิทธิพลในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในช่วงเวลาต่อมาหรือในช่วงเวลาที่มีการต่อรองความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างกลุ่มอำนาจเก่าและกลุ่มอำนาจใหม่เริ่มลงตัว แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ศึกษาเกี่ยวกับความสัมพันธ์เชิงอำนาจ แต่มุ่งศึกษาเฉพาะพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์การศึกษาในส่วนนี้ หมายความว่า สิทธิที่พระมหากษัตริย์ทรงมีและทรงกระทำได้หรือทรงกระทำไม่ได้โดยชอบด้วยกฎหมายและจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งลักษณะสำคัญของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย ได้แก่²⁸⁸

ประการแรก พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง พระราชอำนาจซึ่งเขียนรับรองกำหนดรับรองรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นการเอาพระราชอำนาจดั้งเดิมตามจารีตประเพณีและพระราชอำนาจในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาเขียนรวมในที่เดียวโดยมีหลายประเภท ดังนี้ พระราชอำนาจทั่วไป ได้แก่ พระราชอำนาจซึ่งมิได้ริเริ่มเองแต่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญให้เป็นหน้าที่ของพระมหากษัตริย์ เช่น การเปิดหรือการปิดการประชุมรัฐสภา เป็นต้น ในฐานะทรงเป็นประมุขของรัฐ มีลักษณะเป็นพระราชอำนาจที่ได้ทรงเป็นผู้ริเริ่มเอง ต้องมีคนนำเสนอและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ได้แก่ พระราชอำนาจที่พระมหากษัตริย์ทรงทำตามคำแนะนำของรัฐสภา

²⁸⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 199-203.

²⁸⁸ ลัดดาวัลย์ สีนุรักษ์, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 28.

คณะรัฐมนตรี หรือศาล อาทิ การลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือพระราชกฤษฎีกา การประกาศสงคราม ฯลฯ พระราชอัธยาศัยเป็นพระราชอำนาจที่ไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการสนับสนุนภารกิจของพระมหากษัตริย์ อาทิ การเลือกและการแต่งตั้งคณะองคมนตรี การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ การแต่งตั้งข้าราชการในพระองค์ และสมุหราชองครักษ์ ซึ่งการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวก็ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเฉพาะคือ พระราชอำนาจที่เป็นเรื่องหรือคุณสมบัติของพระมหากษัตริย์เท่านั้นที่จะมีอำนาจได้ ได้แก่ การพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์พระราชอำนาจโดยแท้ คือ พระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตัดสินพระหฤทัยทางการเมืองได้ด้วยพระองค์เอง ได้แก่ พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ เป็นต้น

ประการที่สอง พระราชอำนาจตามจารีตประเพณี มีลักษณะเป็นพระราชอำนาจที่มีได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่เป็นจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติของพระมหากษัตริย์ ซึ่งมีสามประการ คือ ประเภทแรก พระราชอำนาจในการที่จะทรงรับคำปรึกษาหารือและพระราชทานคำแนะนำให้แก่รัฐบาล ประเภทที่สอง พระราชอำนาจที่จะทรงสนับสนุนหรือให้กำลังใจรัฐบาลในนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ ประเภทที่สาม พระราชอำนาจในการกระตุ้นรัฐบาลให้ตระหนักถึงความเสียหายแก่ประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน

จากความหมายของพระราชอำนาจและลักษณะของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าถึงแม้สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันหลักที่อยู่ผูกพันความเป็นไทยมายาวนานก็ตาม แต่การพิจารณาพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยต้องพิจารณาหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นหลัก ดังนี้

ประการแรก สถานะของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญกำหนดสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์เอาไว้ สถาบันพระมหากษัตริย์จึงเป็นองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญไทยกำหนดสถานะของพระมหากษัตริย์ไว้ดังนี้

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ดำรงฐานะเป็นประมุขของรัฐ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันรับรองพระราชสถานะประมุขของรัฐในมาตรา 2 “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” พึงเข้าใจว่า พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ที่ทรงเป็นประมุขของรัฐและของชาติมิได้เกิดจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เกิดจากขนบธรรมเนียมประเพณีของคนไทยมาแต่ดั้งเดิม ตามความเชื่อของคนไทยที่เชื่อว่าพระมหากษัตริย์ทุกพระองค์ทรงประกอบด้วยพระพุพเพดปญญาตา หมายความว่า ทรงทำความดีมาอย่างวิเศษกว่าคนอื่น ๆ ในชาติปางก่อน จึงทรงมาประสูติมาอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าคนอื่น ๆ เมื่อทรงเป็นพระมหากษัตริย์แล้ว ก็มีพระราชปณิธานที่จะประกอบคุณงามความดีด้วยการบำบัดทุกข์บำรุงสุขให้แก่ราษฎรและทำนุบำรุง

พระบวรพุทธศาสนา ดังนั้น พระมหากษัตริย์ของไทยจึงทรงเป็นพระธรรมราชาหรือพระธรรมิกราชา ในสายตาคนไทย ประกอบกับความผูกพันระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชนไทยมิได้มีลักษณะ เช่นเดียวกันทฤษฎีการเมืองตะวันตก ในฐานะประมุขของชาติ พระมหากษัตริย์ทรงประกอบพระราชกรณียกิจมากมายทั้งตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และตามประเพณีที่เป็นตามหลักพระธรรมศาสตร์ ราชศาสตร์ ทศพิธราชธรรม ราชสังคหวัตถุ และจักรวรรดิวัตร²⁸⁹

ศาสตราจารย์ ดร. นิธิ เอียวศรีวงศ์ เห็นว่าสถาบันกษัตริย์ในยุคปัจจุบันจะดำรงอยู่ในประเทศนั้น ๆ สืบไปหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่ากษัตริย์จะทรงทำหน้าที่ประมุขแห่งรัฐได้อย่างเหมาะสมกับความเปลี่ยนแปลงของประเทศและโลกได้ดีเพียงใด เนื่องจากข้อได้เปรียบของประเทศที่มีกษัตริย์เป็นประมุขนั้นกษัตริย์ย่อมเป็นสถาบันการเมืองและวัฒนธรรมที่เก่าแก่ ฉะนั้น จึงสั่งสมประสบการณ์ทางการเมืองและวัฒนธรรมไว้มาก สามารถนำมาใช้เพื่อประโยชน์ของประเทศได้มาก ด้วยเหตุนี้ กษัตริย์ในโลกสมัยใหม่จึงต้องวางพระองค์เป็นกลางทางการเมือง เพราะในสถานะที่เป็นกลางเช่นนี้เอง ที่จะสามารถใช้สิทธิหรือพระราชอำนาจได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁹⁰

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะและทรงถูกละเมิดมิได้ ประเทศไทยและสถาบันพระมหากษัตริย์เปรียบเสมือนเหรียญสองหน้ามีความสามารถแยกออกจากกันได้ ประชาชนชาวไทยมีความจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์และได้ถวายพระราชสถานะให้ทรงเป็นที่เคารพสักการะเหนือเกล้าเหนือกระหม่อมมานานร่วมพันปี ดังนั้น สถานะประการสำคัญของพระมหากษัตริย์ไทย คือ การเป็นศูนย์รวมจิตใจของคนไทย เป็นเครื่องยึดเหนี่ยว เป็นศูนย์รวมความภูมิใจ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดกระทำความผิดต่อพระมหากษัตริย์ ซึ่งการกระทำความผิดต่อพระมหากษัตริย์ทำได้สองประการ คือ ประการแรก การละเมิดพระวรกาย เช่น การแตะต้องพระวรกาย การจับกุมองค์พระมหากษัตริย์ การประทุษร้ายองค์พระมหากษัตริย์ และการดูหมิ่นดูแคลนองค์พระมหากษัตริย์ ไม่ว่าจะด้วยกาย วาจา จากบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใด ๆ และประการที่สอง พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชสถานะอยู่เหนือการเมือง ดังนั้น จึงไม่ทรงทำการใด ๆ โดยพระองค์เอง แม้แต่การใช้อำนาจอธิปไตย พระมหากษัตริย์ทรงใช้ผ่านทางองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เท่านั้น ซึ่งการใช้อำนาจต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์ย่อมต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ดังนั้น เมื่อ

²⁸⁹ ประมวล รุจนเสรี, พระราชอำนาจ (กรุงเทพมหานคร: สุเมธ รุจนเสรี, 2548), หน้า 52-56.

²⁹⁰ นิธิ เอียวศรีวงศ์, สถาบันพระมหากษัตริย์ในโลกยุคใหม่, คำนวณที่ 27 กรกฎาคม 2557 จาก www.oknation.net/blog/print.php?id=152611, อ้างถึงใน ปรีชา หงส์ไกรเลิศ, สถาบันพระมหากษัตริย์กับสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 110.

พระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญดำรงพระราชสถานะอยู่เหนือการเมือง ผลหรือความรับผิดชอบในทางการเมืองจึงต้องอยู่ที่บุคคลผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ มิสามารถกล่าวหาหรือกล่าวร้ายพระมหากษัตริย์จากการกระทำทางการเมืองได้ ตามหลัก The King can do no wrong²⁹¹

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 6 จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “องค์พระมหากษัตริย์” ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “The Person of the King” ซึ่งหมายความรวมทั้งพระมหากษัตริย์ในฐานะส่วนพระองค์และพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ²⁹² ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายมาตรานี้ว่า การบัญญัติบทบัญญัติในลักษณะของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 6 เป็นผลของวัฒนธรรมและจริยธรรมที่เป็นเอกลักษณ์ของคนไทย มิได้เป็นการบังคับให้คนไทยต้องเคารพพระมหากษัตริย์แต่อย่างใด วัฒนธรรมการปกครองแบบ “พ่อปกครองลูก” (Paternalistic Governance) นี้เองที่อธิบายปรากฏการณ์ที่อาจไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศอื่น ๆ คือ เมื่อมีการวิพากษ์วิจารณ์พระมหากษัตริย์โดยไม่เป็นธรรม คนไทยส่วนใหญ่ก็รู้สึกเหมือนพ่อตนเองกำลังถูกทำร้ายและยอมรับไม่ได้เหมือน ๆ กับที่คนไทยยอมรับไม่ได้ที่จะให้ใครมาจบบ้างสมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าหรือแม้พระพุทธรูปที่แทนพระพุทธรูป²⁹³ ประกอบกับนอกจากรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรองรับพระราชสถานะอันผู้ใดจะละเมิดมิได้ไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายอาญาของไทยยังบัญญัติสอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญด้วย อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 เป็นต้น

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นจอมทัพไทยและพุทธมามกะและอัครศาสนูปถัมภก คำว่า กษัตริย์ มาจากคำว่า กษัตริย์ ในภาษาสันสกฤต ซึ่งมีความหมายว่า ผู้ป้องกันภัย ชาตริกรบ²⁹⁴ คำว่าพระมหากษัตริย์จึงมีความหมายว่า นักรบผู้ยิ่งใหญ่ กล่าวคือ ในสมัยโบราณ กษัตริย์ไทยได้ทำ

²⁹¹ ประมวล รุจนเสรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 57-60.

²⁹² คณะอนุกรรมการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ, *ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คณะอนุกรรมการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ร่างรัฐธรรมนูญในคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ บททั่วไป ภาค 1 พระมหากษัตริย์และประชาชน เล่ม 1*, หน้า 6.

²⁹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “วัฒนธรรมไทยกับความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เอกลักษณ์ของประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก,” *จุลนิติ* 6, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน, 2552), หน้า 42.

²⁹⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554* (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 86.

การสู้รบหรือเปิดศึกสงครามเพื่อขยายดินแดน หรือป้องกันการรุกรานจากอาณาจักรอื่น ซึ่งในการรบแต่ละครั้ง ผู้นำทัพหรือจอมทัพได้แก่กษัตริย์ เช่น สมเด็จพระนเรศวรมหาราช สมเด็จพระเจ้าตากสิน พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช เป็นต้น กล่าวได้ว่า ความเป็นนักรบเป็นคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งในการดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ รัฐธรรมนูญทุกฉบับกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะและอัครศาสนูปถัมภก ซึ่งเป็นไปตามลัทธิความเชื่อของสังคมไทยที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะมาตั้งแต่สถาปนากรุงสุโขทัย ในส่วนของทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก หมายความว่า พระมหากษัตริย์ทรงให้ความช่วยเหลืออุปถัมภ์แก่ศาสนาทุกศาสนา ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงให้ความช่วยเหลืออุปถัมภ์ศาสนาต่าง ๆ เริ่มมาตั้งแต่สมัยของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช โดยทรงพระราชทานที่ดินให้เป็นที่ตั้งของคริสต์ศาสนา ต่อมาพระองค์ทรงพระราชทานที่ดินให้ตั้งมัสยิดอิสลาม ทรงแต่งตั้งจุฬาราชมนตรีเพื่อเป็นผู้นำของศาสนาอิสลาม ได้พระราชทานพระราชทรัพย์ในการพิมพ์พระคัมภีร์อัล-กุรอาน ฉบับภาษาไทย พระราชทานเงินอุดหนุนและซ่อมแซมมัสยิดหลายแห่ง เป็นต้น ในส่วนของศาสนาพุทธ พระมหากษัตริย์ทรงเข้าไปช่วยปกครองของคณะสงฆ์ไทยมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวมีคณะสงฆ์อยู่ 2 คณะ ได้แก่ คณะคามวาสีและคณะอรัญวาสี แยกการปกครองเป็นอิสระจากกัน ต่างฝ่ายต่างมีสังฆราชของตนเองซึ่งกษัตริย์ทรงแต่งตั้งทั้งสองคณะ ในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงตรากฎหมายเกี่ยวกับคณะสงฆ์ขึ้น 10 ฉบับ ต่อมากฎหมายเกี่ยวกับคณะสงฆ์เป็นระบบระเบียบขึ้นใน พ.ศ. 2445 เรียกว่าพระราชบัญญัติลักษณะปกครองคณะสงฆ์ ซึ่งได้ใช้กันมาถึงสมัยรัชกาลที่ 8 กำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจในการสถาปนาพระสังฆราช หลักดังกล่าวยังคงสืบมาจนปัจจุบัน²⁹⁵

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองย่อมมีพระราชอำนาจล้นพ้นตามคติการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดลงตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตามพระมหากษัตริย์ยังคงมีพระราชอำนาจบางประการที่แม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชอำนาจดังกล่าวเป็นพระราชอำนาจที่ไม่ขัดแย้งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนี้

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ช่วงการเปลี่ยนแปลงการปกครองจนถึงช่วงต้นรัชกาลที่ 9 ในตอนต้นของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ภาพรวมของเหตุการณ์ช่วง 20 ปีแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง หรือช่วง พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2495 ในช่วงเวลาดังกล่าวถือเป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อทางการเมือง กล่าวคือ ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้า

²⁹⁵ ประมวล รุจนเสรี, *เรื่องเดิม*, หน้า 62-66.

เจ้าอยู่หัวในระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญการปกครองมีระยะเวลาสั้นมากเพียงปีเศษเท่านั้น ดังนั้น ความเข้าใจในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่น้อยมาก พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวเข้าพระทัยอย่างหนึ่ง ฝ่ายรัฐบาลเข้าใจอีกอย่างหนึ่งซึ่งไม่ตรงกัน สถานการณ์ดังกล่าวเป็นสาเหตุสำคัญทำให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวตัดสินใจพระราชทานสัตยาบันในที่สุด ในรัชสมัยต่อมา พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลก็เป็นช่วงศึกสงครามและพระองค์ประทับอยู่ในต่างประเทศตลอดเวลา สถาปนาพระราชกรณียกิจแต่งตั้งคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ขึ้นบริหารราชการแทน ซึ่งคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ก็ดำเนินการราชการลำบากเพราะรัฐบาลมีอำนาจมาก แม้กระทั่งต้นรัชกาลที่ 9 ก็ยังมีลักษณะเป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวโดยสรุป ในระยะ 20 ปีแรกของการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะมีมาน้อยเพียงใดยังไม่เป็นที่แน่ชัด และยังไม่มีการบรรทัดฐานที่เป็นหลักเป็นฐานในยึดถือปฏิบัติ เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองบ่อยครั้ง และพระมหากษัตริย์มิได้ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินด้วยพระองค์เอง²⁹⁶

สถานการณ์ในช่วงดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยเป็นผลที่มาจากการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 โดยแผนกการดังกล่าวได้เริ่มขึ้นตั้งแต่วันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2470 โดยคณะบุคคล 7 คนได้นัดตกลงวางแผนทำการปฏิวัติที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส คณะบุคคลดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วย นักเรียนโรงเรียนทหาร 3 คน นักเรียนโรงเรียนกฎหมายหนึ่งคน และอีกสามคนเป็นนักเรียนวิทยาศาสตร์หนึ่งคน ทนายความหนึ่งคน และรองเอกอัครราชทูตอีกหนึ่งคน โดยคณะบุคคลนี้เรียกตัวเองว่า “คณะราษฎร” โดยมีนายปรีดี พนมยงค์ ซึ่งขณะนั้นกำลังศึกษาวิชากฎหมายอยู่ในประเทศฝรั่งเศส ทำให้นายปรีดี พนมยงค์เห็นความสำคัญของการกำหนดให้กษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ และจากการศึกษาวิชาเศรษฐศาสตร์การเมือง นายปรีดี พนมยงค์ได้รับเอาความคิดหลักในยุโรปหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ว่ารัฐเป็นเครื่องมือที่ทรงอำนาจในการนำสังคมสู่ความเติบโตทางเศรษฐกิจและเสมอภาคมากขึ้น ดังนั้น ในการประชุมที่ปารีส “คณะราษฎร” จึงได้กำหนดสำคัญเป้าหมาย 2 ประการ คือ ประการแรก คือ การเปลี่ยนพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นพระมหากษัตริย์ในระบอบรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง ใช้อำนาจรัฐดำเนินนโยบายเพื่อความเจริญด้านเศรษฐกิจและด้านสังคมผ่านหลักหกประการ ซึ่งหลักหกประการดังกล่าวสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้ 1. รักษาความเป็นเอกราชทั้งหลาย 2. รักษาความปลอดภัยในประเทศ 3. บำรุงสุขสมบูรณ์ของราษฎร

²⁹⁶ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: เอส.ซี.พรีนซ์แอนด์แพค, 2548), หน้า 56.

ในทางเศรษฐกิจ 4. ให้ราษฎรได้มีสิทธิเสมอภาคกัน 5. ให้ราษฎรได้มีเสรีภาพ 6. ให้การศึกษาอย่างเต็มที่

ในช่วงระยะก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โลกเข้าสู่ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ทำให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กลุ่มนักธุรกิจเสนอให้รัฐบาลช่วยปรับโครงสร้างระบบเศรษฐกิจ รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวพยายามที่จะทำงบประมาณไม่ให้ขาดดุล โดยได้ปลดข้าราชการออก ตัดงบประมาณเกี่ยวกับการศึกษา และเพิ่มภาษีเงินได้สำหรับผู้มีเงินเดือนประจำ รัฐบาลได้ตรวจสอบพบการทุจริตคอร์รัปชันในหลายหน่วยงานแต่ว่ารัฐบาลกลับลงโทษเฉพาะข้าราชการชั้นผู้น้อยเท่านั้น รัฐบาลได้ออกกฎหมายควบคุมผู้ที่มีความเห็นแย้งกับรัฐบาล ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีโทษสูงสุดถึงประหารชีวิต รัฐบาลดำเนินการปิดหนังสือพิมพ์จำนวนมากขึ้น และใช้กฎหมายคนเข้าเมืองเนรเทศนักเขียนหลายคน จนเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้ดำเนินการจับกุมผู้บัญชาการทหารรักษาพระองค์ พระบรมวงศ์และคนสนิทประมาณ 40 คน และประกาศว่าสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้สิ้นสุดลง เนื่องจากในช่วงดังกล่าว ความไม่พอใจในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีอยู่สูงส่งผลให้การดำเนินการปฏิวัติประสบความสำเร็จ มีผู้ต่อต้านน้อย คณะราษฎรได้ทำการเพิกถอนตำแหน่งอภิรัฐมนตรีและกรรมการองคมนตรี พระญาติและข้าราชการฝ่ายนิยมเจ้าถูกปลดออกจากตำแหน่งทั้งข้าราชการฝ่ายทหารและข้าราชการฝ่ายพลเรือนระดับสูง เมื่อพิจารณาสถานการณ์อีกฝั่ง กล่าวคือ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวและผู้ใกล้ชิดที่เสียประโยชน์จากการสิ้นสุดของการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้ดำเนินการประชุมกันเพื่อถกเถียงกันว่าจะยอมตามคำเรียกร้องของคณะราษฎรหรือจะต่อสู้ ฝ่ายทหารได้แสดงความเห็นในที่ประชุมต้องการที่จะนำทหารที่ประจำอยู่ตามต่างจังหวัดเคลื่อนเข้ายึดพระนครคืน อย่างไรก็ตาม พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปฏิเสธการกระทำใด ๆ ที่จะนำไปสู่ความรุนแรงจนเสียเลือดเนื้อ และทรงตัดสินพระทัยที่จะร่วมมือกับคณะราษฎร คณะราษฎรได้ขอพระราชทานอภัยโทษที่ได้ใช้ถ้อยคำที่รุนแรงกับพระมหากษัตริย์ในประกาศคณะราษฎรฉบับแรก และคณะราษฎรเห็นพ้องด้วยกับคำแนะนำของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ทรงเสนอให้ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวควรมีส่วนร่วมในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร²⁹⁷

อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ว่า การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 2475 เป็นไปอย่างเรียบร้อยไม่มีการนองเลือดยังเป็นที่น่าสงสัย เนื่องจากความขัดแย้งระหว่างระหว่างกลุ่มอำนาจเก่า (กลุ่มนิยมเจ้า) และคณะราษฎรยังคงดำเนินมาอย่างต่อเนื่องและรุนแรงในระยะ 6-7 ปี แรกภายหลังการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 2475 รวมถึงการต่อสู้ด้วยอาวุธหนักกลางเมือง

²⁹⁷ คริส เบเกอร์ และผาสุก พงษ์ไพจิตร, *เรื่องเดิม*, หน้า 163-167.

ในคราวกบฏบวรเดชใน พ.ศ. 2476 กล่าวได้ว่า การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 2475 เป็นการให้กำเนิดทั้งระบอบประชาธิปไตยเฉพาะในแง่ระบอบการปกครองของสามัญชนภายใต้รัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกัน การปฏิวัติครั้งดังกล่าวก็เป็นต้นกำเนิดของระบอบอำนาจนิยมโดยผู้นำทหารด้วย²⁹⁸

จะเห็นได้ว่า นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 จนกระทั่งถึงช่วงตอนต้นรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญยังไม่มี ความชัดเจน กล่าวคือ ในช่วงต้นของระบอบการปกครองใหม่ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญยังคงไม่สามารถลงหลักปักฐานอย่างเช่นก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองซึ่งถูกพัฒนามาร่วมพันปี ดังนั้น การวิเคราะห์ในส่วนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาในช่วงของรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชเป็นสำคัญ เนื่องจากหากนับเวลาจากวันที่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เปลี่ยนเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ จนเวลาปัจจุบันจะเป็นเวลา 85 ปี โดยเป็นการอยู่ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชถึง 70 ปี ดังจะได้กล่าวต่อไป

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ช่วงรัชสมัยรัชกาลที่ 9 ภายหลัง พ.ศ. 2495 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชประทับอยู่ในประเทศไทยเป็นการถาวร เนื่องจากเสร็จสิ้นพระราชภาระด้านการศึกษาในต่างประเทศแล้ว ทรงบริหารพระราชภาระตามรัฐธรรมนูญด้วยพระองค์เองเป็นส่วนใหญ่ เว้นเฉพาะเวลาพระองค์เสด็จพระราชดำเนินเยือนต่างประเทศหรือเสด็จออกผนวช ซึ่งทรงแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ขึ้นปฏิบัติพระราชกรณียกิจต่างพระองค์ เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์การเมืองไทยจะเห็นได้ว่า การเมืองในประเทศไทยมีความผันผวน รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกบ่อยครั้ง คณะรัฐมนตรีหลักเปลี่ยนหมุนเวียนกันเข้ามาใช้อำนาจบริหารประเทศ ทั้งรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งหรือรัฐบาลที่มาจากการรัฐประหาร แต่ไม่ว่าจะอย่างไร พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชก็ยังคงดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของชาติ กล่าวคือ ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะเปลี่ยนแปลงไปกี่ฉบับ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงมีตามรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็มิได้เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งมีแนวโน้มที่จะเพิ่มพระราชอำนาจในมากกว่าแต่ก่อน²⁹⁹

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามที่รัฐธรรมนูญไทยบัญญัติ รัฐธรรมนูญไว้ในฉบับปัจจุบันและรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าโดยมากจะกำหนดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไว้

²⁹⁸ ธงชัย วินิจจะกูล, *เรื่องเดิม*, หน้า 10.

²⁹⁹ ธงทอง จันทรางศุ, *พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 56.

คล้ายคลึงกัน อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคหนึ่งกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนผ่านทางองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยมีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ รวมถึงพระราชอำนาจในทางการเมืองการปกครองในฐานะประมุขของรัฐ ประชาธิปไตย เช่น พระราชอำนาจทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม พระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ พระราชอำนาจในการตราพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี พระราชอำนาจในการประกาศสงครามหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ พระราชอำนาจในการแก้ไขกฎหมายเพียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย เป็นต้น หรือพระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ไม่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ อาทิ พระราชอำนาจในการเลือกและแต่งตั้งคณะองคมนตรี ซึ่งคณะองคมนตรี คือ คณะบุคคลที่มีหน้าที่ถวายความเห็นแก่พระมหากษัตริย์ในพระราชกรณียกิจทั้งปวงที่พระมหากษัตริย์ทรงปรึกษาและมีหน้าที่อื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ³⁰⁰ การตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งเป็น บุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่แทนพระมหากษัตริย์ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ใดด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา³⁰¹ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง พระราชอำนาจที่จะสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์และพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ เป็นต้น

2) รูปของรัฐตามรัฐธรรมนูญไทย

การพิจารณารูปแบบของรัฐหรือรูปของรัฐอาจพิจารณาได้หลายลักษณะ ในที่นี้อาจพิจารณาจากประมุขของรัฐและการจัดโครงสร้างของอำนาจรัฐเป็นสำคัญ ดังนี้

หากพิจารณารูปแบบของรัฐจากรูปแบบประมุขของรัฐจะปรากฏรูปแบบของรัฐอยู่ 2 รูปแบบ คือ รัฐที่เป็นราชอาณาจักรและรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ กล่าวคือ ราชอาณาจักร คือ รัฐที่ประมุขของรัฐอยู่ในตำแหน่งตลอดอายุขัยและโดยทั่วไปมาจากการสืบทอดอำนาจตามโบราณราชประเพณีของชาติ การสืบตำแหน่งอาจเป็นการสืบสายโลหิตหรือการเลือกบุคคลขึ้นเป็นกษัตริย์ของคณะบุคคลที่ระบอบกฎหมายของรัฐนั้นกำหนด ประมุขของรัฐที่เป็นราชอาณาจักรจะมีได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีรูปแบบรัฐเป็นราชอาณาจักร จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขึ้นครองราชย์และการสืบสันตติวงศ์พร้อมทั้งกำหนดสถานะของกษัตริย์ว่าจะมีพระราชอำนาจในทางกฎหมายเพียงใด³⁰²

³⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

³⁰¹ ธงทอง จันทรางศุ, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง พระมหากษัตริย์ (นนทบุรุษ: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552), หน้า 43.

³⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 88.

ส่วนสาธารณรัฐ คือ รัฐที่ประมุขของรัฐมิได้มาจากการสืบราชสมบัติ แต่มีที่มาจากกระบวนการอื่น อาทิ การเลือกตั้ง หรือการแต่งตั้งภายหลังการปฏิวัติหรือรัฐประหาร โดยทั่วไปประมุขของสาธารณรัฐ คือ ประธานาธิบดี ในประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ประธานาธิบดีจะมีที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีว่าจะเป็นการเลือกตั้งทางตรงหรือการเลือกตั้งทางอ้อม กำหนดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง ซึ่งในรัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นทั้งประมุขของรัฐและหัวหน้าฝ่ายบริหาร เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา บางประเทศกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ แต่ไม่มีอำนาจบริหารโดยตรง เช่น ประเทศเยอรมัน เป็นต้น³⁰³

หากพิจารณาจากโครงสร้างอำนาจรัฐ สามารถแบ่งรัฐออกเป็นสองประเภท ได้แก่ รัฐเดี่ยวและรัฐรวม กล่าวคือ รัฐเดี่ยว คือ รัฐที่รวมอำนาจไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวในลักษณะที่เป็นเอกภาพ ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจออกจากกัน รัฐเดี่ยวเป็นรัฐที่มีอำนาจบริหารทั้งภายในและภายนอก และมีรัฐบาลเพียงรัฐบาลเดียวที่มีอำนาจปกครองรัฐตลอดทั่วทั้งอาณาเขตของรัฐ³⁰⁴ เมื่อรัฐเดี่ยวมีเอกภาพในทางการเมืองการปกครองจึงมีกฎหมายสูงสุดในการปกครองรัฐเพียงลักษณะเดียว สอดคล้องกัน โดยหลักประชาชนภายใต้การปกครองจึงมีความเสมอภาคกัน เพราะมีสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายรับรองเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การมีศูนย์กลางการใช้อำนาจแห่งเดียวไม่ได้หมายความว่า มีดินแดนของรัฐเพียงแห่งเดียว ดินแดนของรัฐเดี่ยวไม่จำเป็นต้องติดต่อกันเป็นอาณาเขตเดียว³⁰⁵ รัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวมีการปกครองในลักษณะรวมอำนาจเข้าสู่ส่วนกลาง แต่สภาพสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วจนเป็นการพันวิสัยที่จะบริหารจัดการปกครองประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ โดยการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางดังเช่นอดีต จึงเกิดแนวคิดกระจายการรวมศูนย์อำนาจ (La Déconcentration) และการกระจายอำนาจ (La Décentralisation) กล่าวคือ การเป็นรัฐเดี่ยวมิได้หมายความว่ารัฐไม่สามารถแบ่งอำนาจอธิปไตยไปให้ผู้อื่น รัฐอาจรวมศูนย์การใช้อำนาจไว้แต่เพียงผู้เดียวหรือรัฐอาจแบ่งอำนาจของตนได้ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของรัฐ รัฐอาจกระจายอำนาจของตนให้องค์กรผู้ใช้อำนาจย่อย ๆ ลงไป เช่น จังหวัด อำเภอ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การกระจายอำนาจดังกล่าวมิได้ทำให้รัฐเดี่ยวกลายเป็นรัฐรวมแต่ประการใด เพราะองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยเหล่านั้นไม่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและบางองค์กรไม่มีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมาย เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจที่รัฐมอบหมายบางส่วนเท่านั้น

³⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

³⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

³⁰⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 4: รัฐ** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 233-234.

ส่วนรัฐรวม คือ รัฐที่รวมกันตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปโดยสละอำนาจในการปกครองตนเองบางส่วนเพื่อให้ประมุขแห่งรัฐรวม องค์การผู้ใช้อำนาจสูงสุด หรือรัฐที่เกิดใหม่จากการรวมรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น รัฐสมาชิกเมื่อสละอำนาจบางส่วนของตนเพื่อรวมเข้าด้วยกันแล้ว อาจสิ้นสภาพความเป็นรัฐในที่สุด เนื่องจากขาดองค์ประกอบความเป็นรัฐในเรื่องอำนาจอธิปไตย รูปแบบของรัฐมีความหลากหลายซับซ้อนต่างกัน ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสมาชิกมีมาน้อยเพียงใด และเป็นไปในลักษณะใด ตลอดจนขอบเขตของอำนาจที่รัฐสมาชิกยอมสละนั้นมาน้อยเพียงใด เรื่องดังกล่าวเหล่านี้จะถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญของรัฐรวม³⁰⁶

รัฐรวมที่กล่าวมานี้ ได้แก่ รัฐรวมที่เป็นสหพันธรัฐ (Federation, Federal State) คือ มลรัฐต่าง ๆ ซึ่งเป็นรัฐได้มารวมกันและได้เกิดเป็นรัฐใหม่เป็นสหพันธ์ มลรัฐยังมีอำนาจหลายประการ แต่ถูกจำกัดอำนาจอธิปไตยในการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญของสหพันธ์จะกำหนดอำนาจหน้าที่ว่าอำนาจหน้าที่ใดเป็นของสหพันธ์ อำนาจหน้าที่ใดเป็นของมลรัฐ และหากมีความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ของมลรัฐ หรือความขัดแย้งระหว่างอำนาจหรือสหพันธ์ก็จะมีระบบยุติปัญหาความขัดแย้งนั้น รัฐรวมอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ สมาพันธรัฐ (Confederation, Confederal State) มีลักษณะ คือ รัฐต่าง ๆ มีดำเนินการรวมตัวกันอย่างหลวม ๆ คล้ายเป็นสมาคมแห่งรัฐ ซึ่งความแตกต่างระหว่างสหพันธรัฐและสมาพันธรัฐ ได้แก่ ในกรณีสหพันธรัฐ มลรัฐต่าง ๆ ที่มารวมตัวกันเป็นสหพันธรัฐแม้ยังคงสภาพความเป็นรัฐอยู่ แต่เป็นรัฐที่ปราศจากอำนาจในการติดต่อสัมพันธ์ในกิจการภายนอก กล่าวคือ มลรัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยในทางกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในกรณีของสมาพันธรัฐ รัฐต่าง ๆ ที่มารวมกันเป็นสมาพันธรัฐยังมีอำนาจอธิปไตยในทางกฎหมายระหว่างประเทศสมบูรณ์³⁰⁷

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน ประเภทของรัฐรวมเหลือเพียงสหพันธรัฐเท่านั้น กล่าวคือ การใช้ชื่อของรัฐรวมจะมีความแตกต่างกัน เช่น สมาพันธรัฐสวิส (Swiss Confederation) หรือสหพันธรัฐ (Federal Republic of Germany) แต่คำเรียกดังกล่าวนี้มิได้เป็นการเรียกตามการแบ่งประเภทของรัฐรวมแต่อย่างใด เนื่องจากทั้งสวิสเซอร์แลนด์และประเทศเยอรมันต่างเป็นรัฐรวมเป็นสหพันธรัฐทั้งสิ้น³⁰⁸

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 กำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบของรัฐ ซึ่งคำว่า “เปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ” จึงหมายถึงการ

³⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 236-237.

³⁰⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, หน้า 90.

³⁰⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4: รัฐ, หน้า 237.

เปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจากรัฐเดี่ยวไปเป็นรัฐรวม³⁰⁹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 1 กำหนดสถานะรูปแบบของรัฐไทยไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นรัฐเดี่ยว กล่าวคือ องค์การนิติบัญญัติไม่สามารถเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อสถานะรูปแบบความเป็นรัฐเดี่ยวของประเทศไทยได้ ในกรณีนี้รวมไปถึงการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรปกครองตนเองมีอำนาจในลักษณะเดียวกับรัฐกึ่งรัฐรวม (quasi-federal) ด้วย แต่การกระจายอำนาจเพื่อจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถกระทำได้ หากการกระจายอำนาจดังกล่าวไม่กระทบต่อรูปแบบรัฐเดี่ยวของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 249 วรรคแรกรับรองไว้

4.2.3.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

แนวคิดจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมแม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามอย่างชัดเจน ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ เนื่องจากหากปล่อยให้องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปราศจากขอบเขตใด ๆ ย่อมมีโอกาสดังกล่าวจะแก้ไขเพิ่มเติมเพิ่มอำนาจของตน ลดอำนาจองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญจนทำลายหลักการดุลและคานอำนาจ หรืออาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายแก่นของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบางประเด็นไว้ แต่ก็ปรากฏว่าวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมที่พิพากษาจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายสามารถค้นหาได้จากตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยในบางกรณีหากมีคดีไปที่ศาล ศาลอาจวางหลักไว้

แนวคิดในการจำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศไทยปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงไม่ปรากฏคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่วางหลักเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการบัญญัติห้ามไว้ เนื่องจากแม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นโดยชัดแจ้งให้มีอำนาจตรวจสอบหรือควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงไม่ปรากฏว่ามีองค์กรใดตรวจสอบการใช้อำนาจตรวจสอบอำนาจดังกล่าวของรัฐสภา การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นการตรวจสอบในทางการเมืองโดนฝ่าย

³⁰⁹ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทยและตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เล่ม 4, หน้า 48.

นิติบัญญัติเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวางหลักบางประการเกี่ยวกับเนื้อหาหรือกระบวนการที่ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งในเรื่องดังกล่าวเพิ่มเติมจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยก็ยอมรับในแนวคิดจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายเช่นกัน โดยสามารถค้นหาได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในบทนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอเฉพาะส่วนของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อน ส่วนข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่ต้องวิเคราะห์ค้นหาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจะกล่าวในบทที่ 5

1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับอยู่นั้น วันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ. 2555 รัฐบาลในขณะนั้นและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 3 ฉบับ โดยมีเนื้อหาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมวด 16 เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา รัฐสภาได้ผ่านร่างรัฐธรรมนูญไปแล้ว 2 วาระ จากนั้นมีกลุ่มบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่า การลงมติผ่านร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 วาระเป็นการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 สามารถสรุปได้ ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่ ปรากฏผลการลงมติเสียงข้างมาก 7 ต่อ 1 ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

ประเด็นที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่า

สมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

ประเด็นที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ตามญัตติเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ถือเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ปรากฏผลการลงมติเป็นเอกฉันท์ว่า การกระทำได้กล่าวไม่ถึงว่าเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง ประเด็นที่ 4 หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่ ปรากฏผลการลงมติเป็นเอกฉันท์ว่า กรณีไม่เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง แล้ว จึงไม่จำต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้

2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาและวินิจฉัยคดีเรื่องพิจารณาที่ 36/2556 เรื่องพิจารณาที่ 37/2556 เรื่องพิจารณาที่ 41/2556 และเรื่องพิจารณาที่ 43/2556 เข้าด้วยกัน ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นในการพิจารณาดังนี้

ประเด็นปัญหาเบื้องต้น คือ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งข้อพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า ในประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยมีความมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ โดยรัฐธรรมนูญสร้างระบบตรวจสอบและถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา การใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และการใช้อำนาจตุลาการทางศาล โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรของรัฐหรือสถาบันการเมืองปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้การปกครองระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ แต่หากละเลยเสียงข้างน้อยโดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกันจนทำให้เสียงข้างน้อยไม่มีที่ยืนย่อมถือ

ว่าเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตยจึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันองค์กรรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นำหลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กร กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหิบบกมาสสนับสนุนการใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติ หรือการวิวาทบาทหมางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา 68 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คดีนี้ผู้ร้องทั้งสี่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอ้างว่า ผู้ถูกร้อง (ประธานรัฐสภา รองประธานรัฐสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา) ทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นในการพิจารณาในประเด็นแรก คือ กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช... เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้แยกพิจารณาประเด็นแรกนี้โดยแบ่งเป็นสามประเด็นย่อยดังนี้

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขที่พิจารณาเพิ่มเป็นฉบับเดียวกับที่ยื่นญัตติหรือไม่ กล่าวคือ ผู้ร้องอ้างว่า ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช ... ที่ผู้เสนอญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา มีเนื้อความไม่ตรงกับร่างรัฐธรรมนูญที่ได้มีการแจกจ่ายให้สมาชิกรัฐสภาพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ มีข้อแตกต่างกันหลายประการ ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช ... ที่เสนอให้สมาชิกรัฐสภาพิจารณาในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ มิใช่ร่าง

เดิมที่นายอุดมเดช รัตนเสถียร ยื่นต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและได้ส่งสำเนาให้สมาชิก รัฐสภาประกอบการประชุม แต่เป็นร่างที่จัดพิมพ์ขึ้นใหม่ซึ่งมีข้อความที่แตกต่างจากร่างเดิมหลาย ประการ มีการเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงหลักการที่สำคัญจากร่างเดิมหลายประการ คือ การเพิ่มเติม หลักการโดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 116 วรรคสอง และมาตรา 241 วรรคหนึ่งด้วย ประการสำคัญ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 116 จะมีผลทำให้บุคคลผู้เคยดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งสมาชิกภาพ สิ้นสุดลงสามารถสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้อีกโดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลาสองปี และมีการ ดำเนินการในลักษณะที่มีเจตนาปิดข้อเท็จจริง ไม่แจ้งข้อความจริงว่า ได้มีการจัดทำร่างขึ้นใหม่ ให้สมาชิกรัฐสภาทราบทุกคน เมื่อข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่า ในการพิจารณาของที่ประชุมรัฐสภา มิได้ นำเอาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาฉบับที่นายอุดมเดช รัตนเสถียร และคณะเสนอต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรมาใช้ในการพิจารณาในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับ หลักการ แต่ได้นำร่างที่มีการจัดทำขึ้นใหม่ ซึ่งมีหลักการแตกต่างจากร่างเดิมหลายประการ โดยไม่ ปรากฏว่ามีสมาชิกรัฐสภาร่วมลงชื่อเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่แต่อย่างใด มี ผลเท่ากับว่าการดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการตามคำร้องนี้ เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติขอด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ การอภิปราย แสดงความคิดเห็นในการบัญญัติกฎหมายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภา โดยเฉพาะผู้ที่ได้ขอ แปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือกรรมวิธีการที่สงวนความเห็นไว้ย่อมมีสิทธิที่จะอภิปรายแสดง ความเห็นและให้เหตุผลในประเด็นที่ได้แปรญัตติ สงวนคำแปรญัตติ หรือได้สงวนความเห็นไว้ สำหรับ ประเด็นนี้ ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานในสำนวนและจากการเบิกความของพยานต่อศาล รัฐธรรมนูญในชั้นไต่สวน ปรากฏในการพิจารณาว่าวาระที่หนึ่งและวาระที่สอง ประธานรัฐสภาและรอง ประธานรัฐสภาได้ผลิตกันทำหน้าที่ประธานที่ประชุมได้มีการตัดสิทธิผู้ขออภิปรายในวาระที่หนึ่ง และ ตัดสิทธิผู้ขอแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็น เป็นจำนวนถึงห้าสิบเจ็ดคน โดยอ้าง ว่าความเห็นดังกล่าวขัดต่อหลักการ ทั้ง ๆ ที่ยังไม่ได้มีการฟังการอภิปราย และได้ใช้เสียงข้างมากในที่ ประชุมปิดการอภิปราย ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธาน และแม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายได้ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้าง มากดังกล่าวจะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาหรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้าง น้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียงจึงเป็นการใช้อำนาจไป ในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม นอกจากนี้ การันระยะเวลาในการแปรญัตติของประธานรัฐสภาไม่ถูกต้อง กล่าวคือ เมื่อที่ประชุม พิจารณารับหลักการในวาระที่หนึ่งแล้ว เมื่อวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2556 มีผู้เสนอกำหนดเวลาในการ ขอแปรญัตติสิบห้าวันและหกสิบวันซึ่งตามข้อบังคับการประชุมจะต้องให้ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาลง

มติว่าจะใช้กำหนดเวลาใด แต่ก่อนที่จะมีการลงมติ เกิดปัญหาเรื่ององค์ประชุมในขณะนั้นไม่ครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงยังมิได้มีการลงมติ ประธานรัฐสภาได้สั่งให้กำหนดเวลาอื่นคำแปรญัตติภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รัฐสภารับหลักการ แต่มีผู้ทักท้วง ประธานรัฐสภาจึงได้นัดประชุมอีกครั้งในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2556 ซึ่งในการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมได้ลงมติให้กำหนดเวลาแปรญัตติสิบห้าวัน แต่ประธานรัฐสภาได้สรุปให้เริ่มต้นนับย้อนหลังไป โดยให้นับระยะเวลาสิบห้าวันนั้นตั้งแต่วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2556 ทำให้ระยะเวลาการขอแปรญัตติไม่ครบสิบห้าวันตามมติที่ประชุม เพราะจะเหลือระยะเวลาให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติเพียงหนึ่งวันเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแปรญัตติเป็นสิทธิของสมาชิกรัฐสภาที่จะเสนอความคิดเห็น การแปรญัตติจึงต้องมีเวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกผู้ประสงค์จะขอแปรญัตติได้ทราบระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติ อันเป็นสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การนับระยะเวลาในการแปรญัตติย้อนไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียงหนึ่งวันเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองด้วย การกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

(3) การแสดงตนและลงมติชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภานั้น การแสดงตนในการออกเสียงลงคะแนนถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนที่จะต้องมาแสดงตนในการประชุมเพื่อพิจารณาญัตติต่าง ๆ แต่ทุกครั้งด้วยตนเอง และในการนี้ ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในแต่ละเรื่องได้เพียงครั้งละหนึ่งเสียงเท่านั้น การกระทำใดที่เป็นเหตุให้ผลการลงคะแนนผิดไปจากความเป็นจริง การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ จากการรับฟังพยานหลักฐานและคำเบิกความพยานในชั้นการพิจารณาได้สวนคำร้อง เป็นเรื่องที่แจ้งชัดทั้งภาพวิทัศน์ และประจักษ์พยานที่มาเบิกความประกอบการถ่ายทอดการประชุมรัฐสภาในระหว่างที่มีการออกเสียงลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาว่ามีสมาชิกรัฐสภาหลายรายมิได้มาออกเสียงลงมติในที่ประชุมรัฐสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ แต่ได้มอบให้สมาชิกรัฐสภาบางรายใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การดำเนินการดังกล่าว นอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทยโดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติมาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา

123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสามที่ให้สมาชิกคนหนึ่ง มีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน มีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนของรัฐสภาในการประชุมนั้น ๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริต ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย เนื่องมาจากกระบวนการลงคะแนนเสียงที่ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา และขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังที่ได้ระบุมาแล้วข้างต้น มีอาจถือว่า เป็นมติที่ชอบของรัฐสภา ในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ประเด็นที่สอง เนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยนั้นมีเนื้อหาสาระสำคัญเป็นการแก้ไขคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาโดยเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระในหลายประเด็น จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ เพื่อให้บุคคลใดได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ร่างขึ้นโดยใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นแม่แบบ โดยได้แก้ไขหลักการในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาจากเดิมไว้หลายประการ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเหมือนเช่น การใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และเมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาแล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริงจึงได้บัญญัติห้ามความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้เป็นการกลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏแล้วในอดีต เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มิได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากการออกเสียงแสดงประชามติของมหาชนชาวไทย การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียวอันมีที่มาเหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป การแก้ไขที่มาและคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาให้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้อง กับฝ่ายการเมืองหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ย่อมทำให้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภาต้องสูญเสียไปอย่างมีนัยสำคัญ อันเป็นการกระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเปิดทางให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการครั้งนี้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน

รัฐธรรมนูญนี้ นอกจากนี้ เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 และมาตรา 11/1 ยังขัดต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ที่จะต้องส่งร่างกฎหมายดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน

ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากหกต่อสามว่า การดำเนินการพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้องทั้งหมดในคดีนี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 มาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 291 (1) (2) และ (4) และมาตรา 3 วรรคสองและวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากห้าต่อสี่ว่า มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ประธานรัฐสภา รองประธานรัฐสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง ส่วนที่ขอให้ยุบพรรคการเมืองที่เกี่ยวข้อง และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารของพรรคการเมืองดังกล่าว นั้น เห็นว่า ยังไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 68 วรรคสามและวรรคสี่ จึงให้ยกคำร้องในส่วนนี้

3) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นปัญหาเบื้องต้น คือ คำร้องในกรณีนี้เข้าเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับไว้พิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่ ในประเด็นเบื้องต้นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 กำหนดให้อัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากได้ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไม่ ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำร้องมีมูลเป็นกรณีที่อาจเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องกรณีนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาประเด็นปัญหาว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้บรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม อิสระ และซื่อสัตย์สุจริต ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้ระบอบการปกครองประชาธิปไตยจะถือมติเสียงข้างมากเป็นสำคัญ แต่การ

ถือแต่เสียงข้างมากข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อยย่อมกลายเป็นเผด็จการเสียงข้างมาก ขัดแย้งต่อการปกครองของประเทศอย่างชัดแจ้ง ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ล้วนได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้ไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ และยังต้องใช้อำนาจให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คดีนี้ ผู้ร้องใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง อ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้

ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นในการวินิจฉัยไว้สองประเด็น คือ ประเด็นแรก กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้แยกพิจารณาประเด็นแรกนี้ โดยแบ่งเป็นสามประเด็นย่อยดังนี้

(1) การปิดอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ในวาระที่หนึ่ง ขันรับหลักการ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ความเห็นและเหตุผลของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนมีความสำคัญของการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมาย แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานรัฐสภาและเสียงข้างมากจะมีมติให้ปิดประชุมก็ตาม แต่การใช้สิทธิและเสียงข้างมากดังกล่าวต้องไม่เป็นการตัดสิทธิการทำหน้าที่สมาชิกสภาฝ่ายเสียงข้างน้อย ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า การรวบรัดปิดอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจในทางที่มิชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า การปิดอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่ง ขันรับหลักการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากกระทบต่อการเมืองการปกครองประเทศหรืออาจกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยรัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อให้สมาชิกสภาได้มีส่วนร่วมในเรื่องการแสดงความคิดเห็น การอภิปรายให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ รวมทั้งการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน หลักการสำคัญดังกล่าว

ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 96 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นกรรมาธิการ หากสมาชิกรัฐสภาผู้ใดแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการใด ก็ให้เสนอคำแปรญัตติลงหน้าเป็นหนังสือต่อคณะกรรมการ การกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีความสำคัญต่อการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การที่สมาชิกรัฐสภาได้มีโอกาสเสนอคำแปรญัตติก็จะมีผลให้มีสิทธิเข้าชี้แจงต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับเหตุผลและความจำเป็นที่แปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น หากคณะกรรมการมีมติใด ๆ เกี่ยวกับคำแปรญัตติดังกล่าว และสมาชิกรัฐสภาผู้เสนอคำแปรญัตติไม่เห็นด้วยก็มีสิทธิที่จะสงวนคำแปรญัตตินั้นไว้เพื่ออภิปรายต่อที่ประชุมรัฐสภาและให้รัฐสภาลงมติต่อไป ดังนั้น การแปรญัตติจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยสภาพการแปรญัตติจำเป็นต้องมีเวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกซึ่งจะขอแปรญัตติทราบระยะเวลาแน่นอนในการยื่นขอแปรญัตติ การนับระยะเวลาในการแปรญัตติไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังไปจนทำให้เหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียงหนึ่งวัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อสภาพแห่งการทำหน้าที่และเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภา จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า การกำหนดเวลาแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในคดีนี้ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองและมาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

(3) การพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ในวาระที่สอง มาตรา 3 เป็นรายวรรค ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การที่ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 กำหนดให้การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว ให้พิจารณาเรียงตามลำดับมาตรา มีความมุ่งหมายเพื่อให้การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองเป็นไปอย่างมีลำดับขั้นตอน มีความสอดคล้องเชื่อมโยงกัน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้มีความขัดแย้งกัน ของเนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณาลงมติรายวรรคในมาตราที่มีหลายวรรค โดยไม่ข้ามมาตรา นอกจากรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมของรัฐสภาไม่ได้บัญญัติและกำหนดห้ามไว้แล้ว ยังเห็นว่าย่อมเกิดผลดีต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าวให้เป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น ทำให้เนื้อหาของร่างและของมาตราดังกล่าวมีความเชื่อมโยงและไม่ขัดแย้งกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับ การพิจารณามาตราที่มีเนื้อหาหลายวรรคดังเช่นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การพิจารณาลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 3 เป็นรายวรรคไม่เป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 99 และข้อ 101 และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 125

ประเด็นที่สองที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด คือ การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในประเด็นนี้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญยิ่งเป็นประเด็นที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวมของประเทศ อันกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ของมหาชน ซึ่งหากดำเนินการผิดพลาดจะมีผลผูกพันระยะยาวและยากที่จะแก้ไขเยียวยาได้ เพราะเป็นกรณีที่เป็นความผูกพันกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และฟังความคิดเห็นของประชาชนให้รอบคอบก่อนจึงจะดำเนินการได้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ.... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) เป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ ให้เหลือเพียงอำนาจตรวจสอบหนังสือสัญญาใดที่มีบทให้เปิดเสรีด้านการค้าการลงทุนเท่านั้น และเพิ่มอำนาจให้คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางจึงเป็นการทำลายดุลภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำได้ดังกล่าวของผู้ถูกร้องจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคหนึ่งและวรรคสอง อันเป็นการกระทำเพื่อให้บุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า การตัดเนื้อหาข้อความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เป็นการลดทอนอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำได้กล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ดังกล่าวมีเจตนาเพื่อเพิ่มอำนาจในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศให้ฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยบุคคลส่วนใหญ่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ตนสังกัดอยู่ให้มีอำนาจมากขึ้นโดยปราศจากการตรวจสอบ จึงถือว่าไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่เป็นการกระทำเพียงเพื่อความสะดวกของบุคคลเหล่านั้นการกระทำได้กล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ในส่วนการแก้ไขตัดเนื้อหาที่ให้สิทธิประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็น ในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผล

ผูกพันประเทศเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 87 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

จากเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากว่าการพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 87 และมาตรา 122 อันเป็นการกระทำเพื่อให้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

หลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังมีซ่อนอยู่ตามบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ในปัจจุบันศาลมีโอกาสวางหลักเป็นตัวอย่างเพียงคำวินิจฉัยข้างต้นเท่านั้น หลักการอื่น ๆ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในบทต่อไป

4.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวคิดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทยไม่เคยปรากฏจนกระทั่งมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 เนื่องมาจากแนวคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นแนวความคิดที่มีความสัมพันธ์อย่างมากกับแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ดังนั้น ในการนำเสนอการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย จึงขอนำเสนอเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรก ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย และส่วนที่สอง องค์การที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

4.3.1 องค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

เพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมาในบทที่ 2 รัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดกระบวนการวิธีการและกำหนดองค์กรเพื่อป้องกันมิให้องค์กรที่ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ใช้อำนาจของตนเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญให้ไว้จนอาจทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญรับรอง พัฒนาการเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยมิได้ตระหนักถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมมากเท่าใดนัก จนกระทั่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมสาระสำคัญบางประการที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในการศึกษาอำนาจขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทยต้องเริ่มจากการศึกษาอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อน หลังจากนั้นจึงอำนาจในการควบคุมมิให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเอง

พัฒนาการทางแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญพัฒนามาจากข้อความคิดการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเริ่มต้นด้วยการคุ้มครองมิให้กระบวนการนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ดำเนินการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยมีวิวัฒนาการแบ่งได้ 5 ระยะ ดังนี้³¹⁰

ช่วงแรก ช่วงรัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญ เมื่อกล่าวถึงวิวัฒนาการของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในไทยสามารถย้อนกลับไปได้ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามซึ่งมิได้กำหนดอย่างชัดเจนว่า เมื่อกฎหมายซึ่งสภาตราออกมามีเนื้อหาหรือกระบวนการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะให้องค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบ มาตรา 62 บัญญัติรับรองอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามแก่สภา หมายความว่า สภาผู้ออกกฎหมายจะเป็นองค์กรตรวจสอบเองว่ากฎหมายที่สภาออกนั้นมีขั้นตอนกระบวนการหรือมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในช่วง พ.ศ. 2478-2489 ไม่ปรากฏว่ามีประเด็นที่ว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจนกระทั่งเกิดคดีอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488

ช่วงที่สอง ศาลยุติธรรมมีอำนาจสูงสุดในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หลักการที่กำหนดให้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเป็นของสภาเพียงองค์กรเดียวได้ถูกท้าทายโดยคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ศาลได้มีคำพิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่ลงโทษการกระทำก่อนวันใช้กฎหมายนี้เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังจึง

³¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540), หน้า 55-60.

ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตกเป็นโมฆะ ศาลได้ยืนยันอำนาจของตนเองว่ามีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาว่า กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า ศาลได้ล่วงล้ำเข้ามาในเขตอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในการตีความรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติในมาตรา 62 ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 จึงได้กำหนดให้อำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ตกเป็นของคณะกรรมการหนึ่งเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ”

รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มายังคงรับรองให้อำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และกลับมาอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549³¹¹ และในกรณีที่มีการประกาศใช้ธรรมนูญปกครองราชอาณาจักร การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยจะกลับมาสู่หลักทั่วไปที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ได้วางหลักไว้ กล่าวคือ การวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตลอดจนการตีความรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจทั่วไปของศาล เว้นแต่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรอื่นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าว

ช่วงที่สาม ช่วงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นต้นมา โดยรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาที่ยึดถือตามโดยกำหนดให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ยกเว้นในช่วงที่มีประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยปกติอำนาจนี้จะกลับไปอยู่ที่ศาลยุติธรรม³¹² อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวเป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่า แนวโน้มที่ศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายน่าจะหมดไปแล้ว

ช่วงที่สี่ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ สืบเนื่องมาจากปัญหาในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองมากกว่าเป็นองค์กรศาล ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มี

³¹¹ ไพบูรณ์ วราหะไพฑูรย์, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ (นันทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552), หน้า 15-16.

³¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(พุทธศักราช 2540), หน้า 58.

ประสิทธิภาพ อีกทั้งการกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในรูปแบบของกรรมการส่งผลโดยตรงต่อวิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญ การดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีการพิจารณาโดยลับ และปราศจากหลักประกันขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในวิธีพิจารณาของศาล และการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และสามารถได้รับการแต่งตั้งใหม่ได้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายการเมืองมีอิทธิพลเหนือตุลาการรัฐธรรมนูญได้

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้วางแนวทางในการปรับเปลี่ยนโครงสร้าง องค์ประกอบ อำนาจหน้าที่ และวิธีพิจารณาขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเปลี่ยนจากองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการไปเป็นศาล หรือเปลี่ยนจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไปเป็นศาลรัฐธรรมนูญ³¹³ รัฐธรรมนูญในภายหลังก็ยังคงให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กล่าวได้ว่า เมื่อประเทศไทยต้องการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ให้ฝ่ายการเมืองอาศัยเสียงข้างมากแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการนิติบัญญัติมาควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

4.3.2 กระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใดกำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นใดตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มขยายอำนาจของตนจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพิ่มอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปรากฏครั้งแรกในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันถึงอำนาจดังกล่าวในคำวินิจฉัยอีกหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 256 (9) ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญดังนี้

ประการแรก องค์กรที่มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่

³¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

2) สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้งสองสภารวมกันจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภารวมกัน มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี

ประการที่สอง กรณีที่สามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้แก่ กรณีแรก เป็นกรณีที่เห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่เปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ซึ่งมีลักษณะต้องห้ามแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามในมาตรา 255 กรณีที่สอง เป็นกรณีที่เห็นที่สงสัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องนำไปให้ประชาชนการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) หรือไม่

บทที่ 5

บทวิเคราะห์การแก้ไขและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

ในบทนี้จะดำเนินการวิเคราะห์ปัญหาการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทยจากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และประสบการณ์ในการจัดทำรัฐธรรมนูญและประสบการณ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศไทยซึ่งสัมพันธ์โดยตรงต่อแนวคิดอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ การวิเคราะห์รูปแบบของการแก้ไขรัฐธรรมนูญและขอบเขตของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย โดยนำแนวคิดทางทฤษฎีที่ได้ศึกษาและประสบการณ์ของต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 มาดำเนินการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การสถาปนาและการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

5.1 วิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

ตามที่กล่าวก่อนหน้านี้ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) มิได้เป็นเพียงอำนาจธรรมดาที่รัฐธรรมนูญมอบให้องค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นใช้ตามปกติ (Pouvoir Constitué) แต่เป็นอำนาจที่ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญวางเอาไว้เป็นอำนาจต่อเนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญในส่วนที่ล้าสมัยหรือเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของพลเมืองรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและจัดทำฉบับใหม่

คำอธิบายเชิงทฤษฎีกฎหมายมหาชน อธิบายว่า ในประเทศที่ยึดอุดมคติการปกครองระบอบประชาธิปไตย ประชาชนเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กรซึ่งรัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) จึงควรเป็นองค์กรที่มีความเชื่อมโยงทางประชาธิปไตยกับประชาชน และในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องเคารพเจตนารมณ์ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ที่แฝงอยู่ภายในบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญด้วย

เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับต่าง ๆ กำหนดให้ประชาชนเป็นที่มาหรือเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผ่านการออกเสียงประชามติ จึงมีการอ้างว่าประชาชนเป็นผู้ใช้สถาปนารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ อีกทั้งยังกำหนดให้ประชาชนเป็นหนึ่งในองค์กรที่มีอำนาจในการเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมขึ้นมาอีกองค์กรหนึ่ง จึงทำให้ประชาชนเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการปกครองประเทศได้

อย่างไรก็ตาม กระบวนการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังคงมีปัญหาหลายประการที่อาจทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะทำลายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขให้เป็นไปตามความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลง ซึ่งจะพิจารณาที่ละประเด็น ดังนี้

5.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องตามบริบทสังคมได้หรือไม่

โดยพื้นฐานบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเปรียบเสมือนเครื่องมือในการปกป้องบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจแก้ไขตามอำเภอใจขององค์กรทางการเมืองและในขณะเดียวกัน บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมก็เป็นเครื่องมือในการปรับเปลี่ยนข้อความทั้งหลายในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนไป ในประเด็นนี้จะเป็นการวิเคราะห์กลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญล้าสมัยและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน

จากที่กล่าวข้างต้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดีต้องมีลักษณะที่ทำให้รัฐธรรมนูญไม่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรทางการเมืองง่ายเกินไป และต้องเป็นบทบัญญัติที่ทำให้รัฐธรรมนูญสามารถปรับตัวให้เข้าบริบทสังคมและความต้องการของประชาชนที่แปรเปลี่ยนไปได้ อย่างยืดหยุ่น

กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญลักษณะใดจะมีความยืดหยุ่นหรือไม่นั้น ไม่ได้พิจารณาเฉพาะรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องดูทางปฏิบัติหรือสภาพทางการเมืองประกอบด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากแม้รัฐธรรมนูญในรัฐบางรัฐจะกำหนดรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกัน แต่ผลในการใช้แก้ไขรัฐธรรมนูญอาจแตกต่างกันอย่างมากก็ได้

เมื่อพิจารณาในเชิงทฤษฎี คำอธิบายทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จะพบว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่รับมอมมาจากอำนาจสถาปนา

รัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) ผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

ในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยเห็นว่า รัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่ประชาชนในรัฐร่วมกันสถาปนาขึ้น อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังรับรองให้อำนาจอธิปไตยของรัฐมีที่มาจากประชาชน ประชาชนมีบทบาทในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการตรากฎหมายผ่านองค์กรตัวแทน การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด และเนื้อหาที่แก้ไขต้องไม่ทำลายเจตนารมณ์สำคัญที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองและต้องสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในฐานะที่ประชาชนเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการวิธีการและข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ได้โดยไม่ขัดต่อการพัฒนาของสังคม อย่างไรก็ตาม การแก้ไขรัฐธรรมนูญอาจมิได้เกิดจากการเปลี่ยนแปลงข้อความในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่การแก้ไขหรือการเปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอาจเกิดจากการใช้และการตีความกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ได้

จากการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบในประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ พบว่า รูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับผู้สถาปนารัฐธรรมนูญมองเห็นโอกาสหรือความต้องการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญสำหรับยุคอนาคตอย่างไร การออกแบบรัฐธรรมนูญที่ดีจึงมิใช่การออกแบบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ยากเกินไปจนรัฐธรรมนูญขาดโอกาสในการปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับความต้องการเปลี่ยนแปลงของสังคม ซึ่งอาจนำมาสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญและก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งไม่แน่ว่าจะมีเนื้อหาในการกำหนดโครงสร้างองค์กรทางการเมืองหรือจะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานประชาชนอย่างไร

จากการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐานในประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เห็นว่า กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นรูปแบบการแก้ไขแบบเดียวสามารถใช้แก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทุกมาตรา เว้นแต่ประเด็นที่รัฐธรรมนูญห้ามไว้ ซึ่งแม้กฎหมายพื้นฐานจะมีรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพียงรูปแบบเดียวและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากกว่ากฎหมายธรรมดา แต่ปรากฏว่ากฎหมายพื้นฐานไม่เคยถูกยกเลิกล้มล้างโดยการรัฐประหารหรือการปฏิวัติ

กฎหมายพื้นฐานซึ่งจัดทำขึ้นภายใต้อิทธิพลของกองกำลังฝ่ายสัมพันธมิตรสามารถดำรงอยู่ได้ผ่านความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง สังคม และเทคโนโลยีอย่างมั่นคง กล่าวได้ว่า แม้กฎหมายพื้นฐานจะเป็นกฎหมายสูงสุด มีกระบวนการแก้ไขยากกว่ากฎหมายธรรมดา แต่กระบวนการแก้ไขก็ไม่ได้ยากจนทำลายความสามารถในการปรับตัวของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับวิธีการทำงานทางการเมือง

ของนักการเมืองเยอรมัน โครงสร้างกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพสังคมการเมือง ทำให้นักการเมืองไม่สามารถเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญจนทำลายสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญโดยไม่ถูกตั้งคำถามหรือตั้งข้อสังเกตในรัฐสภาได้ จะสังเกตได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของนักการเมืองเป็นหลัก อาทิ การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญใน ค.ศ. 1994 เป็นผลมาจากการรวมชาติระหว่างฝั่งตะวันตกและฝั่งตะวันออก และอีกครั้งใน ค.ศ. 2009 ที่มีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเพื่อจัดระเบียบอำนาจของสหพันธรัฐและโครงสร้างเศรษฐกิจใหม่

ส่วนการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณารูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 89 เป็นการกำหนดกระบวนการแก้ไขไว้หลายรูปแบบ (Comprehensive Multi-Track Amendment) คือ มีทางเลือกหลายทางในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และทุกวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถใช้เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ในทุกมาตรา เว้นแต่ประเด็นที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้าม ลักษณะดังกล่าวทำให้องค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีอำนาจเลือกวิธีการใดก็ได้ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ นับแต่รัฐธรรมนูญ (ค.ศ. 1958) ใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกแก้ไขมาแล้ว 20 กว่าครั้ง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเยอรมันที่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญยากกว่ากฎหมายธรรมดา แต่ก็สามารถดำเนินการแก้ไขไม่ยากเกินไป ทำให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ล้าสมัย และสามารถเป็นเครื่องมือสนับสนุนรัฐในการจัดการกับปัญหาใหม่ ๆ อาทิ การเผชิญภัยจากการก่อการร้ายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอินเดีย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 368 จะพบว่า รูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญอินเดียเป็นรูปแบบที่กำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) รัฐธรรมนูญอินเดียเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหามาก สืบเนื่องมาจากประเทศอินเดียมีความหลากหลายทางชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม และประสบปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคมสูง ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติให้คนอินเดียสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะพื้นฐานโดยใช้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองได้เสมอภาคกัน กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญอินเดียมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมยากกว่ากฎหมายธรรมดา แต่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายรูปแบบ ประกอบด้วยแบบทั่วไปและแบบพิเศษที่กำหนดขึ้นมานั้นใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราเท่านั้น ปัจจุบันรัฐธรรมนูญอินเดียถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วทั้งสิ้นกว่าร้อยกว่าครั้งทำให้รัฐธรรมนูญอินเดียสอดคล้องกับสภาพสังคม วัฒนธรรมอันหลากหลาย และเทคโนโลยีที่เปลี่ยนไปได้

เมื่อพิจารณาประเทศไทย บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ยากมาก อาจเนื่องมาจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เห็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ผ่านมามีส่วนใหญ่มักแก้ไขเพื่อประโยชน์ของนักการเมือง กล่าวคือ จากการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่ปรากฏในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยปรากฏเพียงครั้งเดียวเท่านั้นที่มีการแก้ไขสิทธิ

เสรีภาพขึ้นพื้นฐานของประชาชนรวมอยู่ด้วย คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ครั้งที่ 5 นอกจากนั้นการแก้ไขรัฐธรรมนูญแทบทั้งหมดเป็นเพื่อความสะดวกหรือผลประโยชน์ของฝ่ายการเมืองทั้งสิ้น ดังนั้น หากกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทำได้ง่ายเช่นเดิม นักการเมืองจะอาศัยเสียงข้างมากในสภาดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าเมื่อพิจารณารูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยตามเกณฑ์ที่ศึกษาในบทที่ 2 รัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จัดอยู่ในรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) เช่นเดียวกับประเทศอินเดีย ซึ่งเป็นความเปลี่ยนแปลงจากรัฐธรรมนูญไทยฉบับอื่น ๆ ก่อนหน้าที่จะถูกจัดอยู่ในรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญวิธีการเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment)

กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนดวิธีการหลักในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้เป็นการทั่วไป แต่ในบางกรณีมาตรา 256 (8) กำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมขึ้นมาจากกระบวนการแก้ไขหลัก คือ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขหมวดบททั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ หน้าที่ศาลหรือองค์กรอิสระ เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามได้ กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบก่อน กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเพิ่มขึ้นตอนขึ้นมากกว่าการแก้ไขบทบัญญัติอื่น

เมื่อพิจารณาขั้นตอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นว่า เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ว่าจะถูกนำเสนอโดยคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นองค์กรเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ตาม

เมื่อเข้าสู่วาระการพิจารณาของรัฐสภา ในวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งสองสภา (จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่รวมกัน) และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา กล่าวคือ การพิจารณาคณะเสียงให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการจะต้องพิจารณาแบ่งเป็นสองเกณฑ์ คือ

กรณีเกณฑ์แรก เป็นการพิจารณาคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่หรือไม่ จากนั้นเมื่อเกณฑ์แรกผ่านจึงมาพิจารณากรณีเกณฑ์ที่สอง คือ เป็นเกณฑ์การพิจารณาเฉพาะจำนวนคะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่ามีคะแนนเสียงเกินกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาหรือไม่ หมายความว่า การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่ง แม้สมาชิกวุฒิสภาได้ให้ลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งสองสภาก็ตาม แต่หากพิจารณาแล้วพบว่า คะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาไม่ถึงหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นย่อมตกไป

การพิจารณาคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา การลงคะแนนใช้เพียงเสียงข้างมากธรรมดาเท่านั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เป็นพิเศษเช่นในวาระที่หนึ่งและวาระที่สาม

ในส่วนของการพิจารณาคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สาม นอกจากเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับวาระที่หนึ่งแล้ว การพิจารณาคะแนนเสียงในวาระที่สามยังต้องพิจารณาถึงคะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองซึ่งไม่มีสมาชิกพรรคการเมืองดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองลักษณะดังกล่าวต้องลงมติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของสมาชิกทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการลงมติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสามวาระแล้ว กล่าวได้ว่า บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ. 2560) อาจทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมทำได้ยากลำบากหรือแทบเป็นไปไม่ได้จริงในทางปฏิบัติ

ซึ่งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งฉบับสามารถแบ่งได้ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นสองช่วง คือ ช่วงแรก คือ ช่วงที่บทบัญญัติในบทเฉพาะกาลยังมีผลบังคับ และช่วงที่สอง คือ ช่วงที่บทเฉพาะกาลสิ้นผลและรัฐธรรมนูญหลักมีผลใช้บังคับสมบูรณ์ โดยแต่ละช่วงเวลามีการกำหนดที่มาขององค์กรทางการเมืองบางองค์กรที่แตกต่างกันระหว่างฉบับที่ประสงค์จะใช้ถาวรหรือรัฐธรรมนูญหลักกับฉบับที่ประสงค์จะใช้เป็นการชั่วคราว คือ ส่วนของบทเฉพาะกาลส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงเวลามีการแก้ไขง่ายหรือยากแตกต่างกัน หรือความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับสภาวะสังคมหรือความต้องการของพลเมืองรัฐแตกต่างกัน ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

5.1.1.1 ช่วงที่รัฐธรรมนูญอาจปราศจากความสามารถในการปรับตัวให้เข้ากับความ ต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนไป

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้มาตราเดียว คือ มาตรา 256 แต่ผลการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงเวลาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกัน เนื่องจากองค์ประกอบขององค์กรซึ่งเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติกำหนดให้คณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนมีอำนาจเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

ในส่วนกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนดให้อำนาจในการดำเนินการพิจารณาร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 79 บัญญัติให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นการดำเนินการพิจารณาร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

ในช่วงแรกของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญย่อมต้องพิจารณาบทเฉพาะกาลก่อนเนื่องจากมีการกำหนดยกเว้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับหลักหลายประการในช่วงระยะเวลาหนึ่งภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

ในบทเฉพาะกาลได้กำหนดกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 269 โดยกำหนดให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) คัดเลือกจากบัญชีรายชื่อที่คณะกรรมการการเลือกตั้งที่ดำเนินการจัดให้มีการเลือกสมาชิกวุฒิสภาและคัดเลือกจากบัญชีรายชื่อที่คณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาได้สรรหา และจากผู้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง กลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ และ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ และกำหนดอายุการดำรงตำแหน่งของวุฒิสภาไว้ 5 ปีนับแต่วันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาเริ่มตั้งแต่วันที่มิพระบรมราชโองการแต่งตั้ง

เมื่อที่มาของวุฒิสภาตามบทเฉพาะกาลมีความแตกต่างจากบทหลักตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107 ทั้งจำนวนสมาชิกและวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น ในช่วงรัฐธรรมนูญบทเฉพาะกาลยังมีผลใช้บังคับ การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามกระบวนการมาตรา 256 ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภา จึงทำให้การแก้ไข

รัฐธรรมนูญในช่วงการบังคับใช้บทเฉพาะกาลหรือสมาชิกวุฒิสภามาบทเฉพาะกาลยังคงดำรงอยู่ อาจทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาดังกล่าวนี้นี้เป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

เมื่อพิจารณาเชิงทฤษฎีว่าด้วยข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ ตัวอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่ได้สูญสลายไปแต่อย่างใด หากแต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงแฝงตัวอยู่ในบทบัญญัติทั้งหลายในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ อาทิ บทบัญญัติในหมวดบททั่วไป หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบทเฉพาะกาล (ถ้ามี) ฉะนั้น บทเฉพาะกาลในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญในการคงไว้ซึ่งอำนาจของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญที่ต้องการวางรากฐานการปกครองประเทศใหม่ในแบบของตน แต่ยังคงวางรากฐานการปกครองที่ต้องการไม่แล้วเสร็จในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หรือไม่ต้องการให้องค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทำลายเจตนารมณ์ของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ จึงต้องวางโครงสร้างที่มาขององค์กรทางการเมืองหรือกระบวนการบางอย่างในลักษณะการเปลี่ยนผ่านจากการปกครองอันเนื่องจากการรัฐประหารไปสู่การใช้รัฐธรรมนูญปกติ

ดังนั้น การที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดบทเฉพาะกาลเกี่ยวกับวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาไม่ใช่เพียงเพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเลือกนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 272 เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการจัดระเบียบการปกครองผ่านทางวุฒิสภาทิ้งการตรากฎหมาย การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล และการคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการบังคับใช้หรือแก้ไขของฝ่ายการเมือง

ซึ่งเมื่อพิจารณากระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ความสำคัญแก่คะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาอย่างมาก โดยเมื่อพิจารณาร่วมกับจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มาตามบทเฉพาะกาล จะพบว่า ในบริบทการเมืองปัจจุบันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปได้ สามารถกล่าวได้ว่า แม้ว่าพลเมืองไทยจะต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะในประเด็นใดก็ตาม หากไม่ตรงกับความต้องการของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีทางเป็นไปได้ เนื่องจากคะแนนเสียงจากวุฒิสภาก็ไม่ได้มากพอตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนด

5.1.1.2 ช่วงที่รัฐธรรมนูญอาจมีความสามารถพอในการปรับตัวให้เข้ากับความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนไป

ช่วงในการใช้บังคับอย่างสมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นช่วงที่สมาชิกวุฒิสภาที่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 269 หมดอายุ หมายความว่า วิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาชุดต่อไปจะไม่ได้เป็นไปตามมาตรา 269 อีก แต่เป็นไปตามกระบวนการ มาตรา 107 ซึ่งทั้งจำนวนสมาชิกและวิธีการได้มาแตกต่างกันหลายประการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107 กำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยคน มาจากการคัดเลือกของประชาชนตามกลุ่มอาชีพ การเปลี่ยนแปลงของที่มาและจำนวนของวุฒิสภาเป็นปัจจัยสำคัญในความเปลี่ยนแปลงในความสามารถของการปรับตัวของรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 256 กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจนว่าเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมยาก

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่า ความยากง่ายในการแก้ไขเพิ่มเติมมาจากปัจจัยสำคัญอันหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ จำนวนและที่มาของสมาชิกวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาล เนื่องจากวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาลเป็นองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญในการปกป้องเจตนารมณ์ของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่วงอายุสมาชิกวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาลเป็นไปได้ดังที่เพิ่งกล่าวมาข้างต้น การสิ้นสุดอายุสมาชิกวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาลย่อมทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถทำได้ง่ายมากขึ้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107 ไม่ได้กำหนดให้องค์กรใดดำเนินการเลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาอีกครั้งดังเช่นมาตรา 269 สมาชิกวุฒิสภามาตามตรา 107 ย่อมถือได้ว่าเป็นตัวแทนของประชาชนตามมาตรา 114 ซึ่งบัญญัติรับรองให้ทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวมโดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

โดยสรุป กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประเด็นที่มาและจำนวนของสมาชิกวุฒิสภาเป็นปัจจัยส่วนสำคัญที่ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการไปจนบรรลุผลได้หรือไม่ หากเป็นสมาชิกวุฒิสภาที่มาตามบทเฉพาะกาล การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มสูงที่จะไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ แต่เมื่อสิ้นสุดอายุของสมาชิกวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาล การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมมีความเป็นไปได้มากขึ้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ยากมาก แม้ว่าองค์กรทางการเมืองจะมีที่มาเป็นองค์กรตัวแทนประชาชนหมดแล้วก็ตาม การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมก็ไม่สามารถดำเนินการได้โดยง่าย

5.1.2 ขอบเขตในการแก้ไขแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยมีแค่ไหน เพียงใด

ในมุมมองเชิงทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เป็นอำนาจที่ล้นพ้น เพราะเป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ก่อนการก่อตั้งระบบกฎหมายใด ๆ ในรัฐ เมื่อรัฐธรรมนูญถูกก่อตั้งขึ้น รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งองค์กรต่าง ๆ และกำหนดอำนาจหน้าที่ให้องค์กรเหล่านั้น (Pouvoir Constitué) องค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายย่อมมีอำนาจ

หน้าที่จำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ องค์การตามรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ตาม ธรรมชาติของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ คือ การทำลายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเดิมและบัญญัติใหม่ ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว การใช้อำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญปกติ (Pouvoir Constitué) จึงไม่สามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้อำนาจอื่น ดังนั้น ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่รับมอบมาเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ (Pouvoir Constituant Dérivé) แต่ถึงกระนั้นอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ก็มีใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) เพราะอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามกฎหมาย การใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงอยู่ภายใต้ขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่ขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะมีแค่ไหนเพียงใด ย่อมต้องพิจารณาทั้งบทบัญญัติที่กำหนดห้ามไว้เฉพาะและพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งสามารถพิจารณาประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังนี้

5.1.2.1 รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับได้หรือไม่

ในส่วนนี้จะพิจารณาประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับรวมถึงกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญรายละเอียดมาตราทุกมาตราในรัฐธรรมนูญหรือกรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ทุกมาตราแต่ดำเนินการแก้ไขเกือบทั้งฉบับ เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกัน

การยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเคยปรากฏขึ้นแล้วในประเทศไทยและศาลรัฐธรรมนูญก็เคยวินิจฉัยในประเด็นนี้แล้ว ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ยังไม่ได้วินิจฉัยปฏิเสธอย่างชัดแจ้งว่าการแก้ไขทั้งฉบับกระทำไม่ได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับเสนอว่าสามารถทำได้หากนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ

หรือแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตรา ในประเด็นดังกล่าวจึงยังไม่มีคำตอบชัดเจน จึงต้องวิเคราะห์ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับทำได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

ในการศึกษาวิเคราะห์เชิงทฤษฎีเกี่ยวกับข้อคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) กับอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ไม่ใช่อำนาจเดียวกันและไม่ใช่อำนาจในระดับเดียวกัน การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นเพียงส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด กล่าวคือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด แตกต่างจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจตามข้อเท็จจริงในการก่อตั้งระบบการเมืองของรัฐใหม่โดยปราศจากขอบเขตทางกฎหมาย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอิสระในการใช้อำนาจที่จัดระเบียบโครงสร้างต่าง ๆ ขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการเช่นนั้นได้ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญรายมาตราทุกมาตราจึงเป็นการใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ไม่สามารถทำได้ การดำเนินการแก้ไขลักษณะดังกล่าวเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญฉบับเดิม โดยเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและรัฐธรรมนูญใหม่

ในส่วนของผู้มองจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศในประเด็นดังกล่าวนี้ จะพบว่า ในประเทศเยอรมันและประเทศอินเดียมีการยอมรับในหลักการบางประการที่แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรคุ้มครองห้ามแก้ไข แต่หลักการนี้ก็ได้รับการคุ้มครองจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติ หลักการดังกล่าวประเทศเยอรมันเรียกว่า หลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ (Ewigkeitsgarantie) ส่วนประเทศอินเดีย ศาลสูงสุดอินเดียสร้างหลักโครงสร้างพื้นฐาน (Basic Structure) ขึ้นเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่อาจทำลายหลักการพื้นฐานสำคัญในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประเทศดังกล่าว การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญรายมาตราทุกมาตราไม่สามารถทำได้เช่นเดียวกันกับประเทศไทย เนื่องจากเป็นการทำลายหลักอันเป็นนิรันดร์หรือหลักโครงสร้างพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญรายมาตราทุกมาตราจึงไม่ใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

เมื่อพิจารณาขอบเขตอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจมีการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดต่าง ๆ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนหรือศาลอาจคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีลักษณะทำลายรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักการที่ไม่ปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ได้ อาทิ หลักการอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญเยอรมันหรือรัฐธรรมนูญหลักโครงสร้างพื้นฐานที่ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียได้กล่าวอ้างขึ้นเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขที่มีลักษณะทำลายรัฐธรรมนูญของฝ่ายการเมือง การดำเนินการ

แก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับย่อมมิใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับเดิม หากแต่เป็นการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กำหนดอยู่แล้ว ตัวอย่างของกรณีดังกล่าว คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกรณีอาศัยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้สิ้นสุดไปแต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงแฝงตัวอยู่ในบทบัญญัติทั้งหลายในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เป็นหลักสำคัญในรัฐธรรมนูญ อาทิ บทบัญญัติในหมวดบททั่วไป หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับย่อมเป็นการทำลายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญของผู้ใช้อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมลงและรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขใหม่ทั้งฉบับย่อมกลายเป็นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ องค์การทางการเมืองที่ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมกลายเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ

อีกทั้งเมื่อวิเคราะห์รัฐธรรมนูญโดยอาศัยบริบทและถ้อยคำจะพบว่า คำว่า “แก้ไข” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า “ทำส่วนที่เสียให้คืนดีอย่างเดิม, ดัดแปลงให้ดีขึ้น” และคำว่า “เพิ่มเติม” ว่า “เสริมหรือเติมของที่มีอยู่แต่ยังไม่สมบูรณ์ให้มีมากหรือสมบูรณ์ยิ่งขึ้น”³¹⁴ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมหมายความว่า การเปลี่ยนแปลง การตัดออก หรือการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือข้อความในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพียงเล็กน้อยโดยไม่กระทบต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับสถานการณ์ภายในรัฐ เพื่อเป็นไปตามความต้องการของประชาชนในรัฐ หรือเพื่อให้การจัดทำภารกิจขององค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น

การใช้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญทุกมาตรา ย่อมเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งหมด มิใช่การแก้ไขเพิ่มเติม แต่เป็นการทำลายหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่และสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้อำนาจองค์กรใดสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้พร้อมกันทุกบทบัญญัติ การดำเนินการเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญทุกมาตราย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่สามารถดำเนินการได้

กล่าวคือ แม้รัฐสภาให้ความเห็นชอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทุกมาตราและเอาไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบผ่านการลงประชามติดังข้อเสนอของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ผู้เขียนก็เห็นว่าการดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการได้เช่นกัน เพราะเป็นการสร้างกระบวนการเพิ่มเติมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจในการดำเนินการดังกล่าวแต่อย่างใด หากมีการดำเนินการดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำดังกล่าวไม่ใช่

³¹⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 151, 848.

การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญล้มเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเดิมในการจัดทำ

เมื่อพิจารณาถึงประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทยจะพบว่าในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา องค์การที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง เช่น รัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เน้นแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเอื้อประโยชน์ทางการเมืองให้ภาคส่วนตนมากกว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะที่รัฐต้องรับผิดชอบ ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องจำกัดอำนาจของฝ่ายการเมืองมิให้รัฐสภาใช้อำนาจโดยมิชอบอาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญทุกมาตราโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้น องค์การที่ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องถูกจำกัดขอบเขตอำนาจ เนื่องจากรัฐสภาเป็นเพียงองค์กรที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ไม่สามารถกระทำการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

โดยสรุป การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญรายมาตราทุกมาตราไม่สามารถดำเนินการได้ เนื่องจากเป็นการแก้ไขที่กระทบต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขทั้งฉบับหรือแก้ไขรายมาตราทุกมาตราย่อมเป็นการแก้ไขที่กระทบข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแล้วด้วย เช่น ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 เป็นต้น การแก้ไขทั้งฉบับหรือแก้ไขรายมาตราทุกมาตราจึงเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) แต่เป็นการใช้อำนาจยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Pouvoir Constituant) การกระทำได้กล่าวเป็นการกระทำนอกขอบเขตรัฐธรรมนูญและกฎหมาย จึงมิใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำตามกฎหมายตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายเท่านั้น

5.1.2.2 ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2560 มีแค่ไหน เพียงใด

จากการศึกษาเชิงทฤษฎีแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญพบว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) สถานะของอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงอยู่ในสถานะที่พิเศษกว่าอำนาจปกติที่รัฐธรรมนูญมอบให้องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) แต่อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญก็มีใช้อำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงทำได้ภายใต้กรอบขอบเขตจำกัด ไม่ว่าจะเป็นขอบเขตที่รัฐธรรมนูญบัญญัติโดยชัดแจ้งหรือขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยสภาพก็ตาม กล่าวคือ การกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม อาจเนื่องมาจากผู้สถาปนารัฐธรรมนูญอาจมีเจตนารมณ์ออกแบบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อต่อต้านลักษณะและวัฒนธรรมทางการเมืองในรูปแบบเดิม หรือต้องการปกป้อง

สถาบันสำคัญบางสถาบัน หรือไม่ต้องการให้มีการแก้ไขในบางประเด็นเพราะหากมีการอภิปรายในประเด็นดังกล่าวในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นไปได้ที่การอภิปรายโต้เถียงดังกล่าวจะเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความขัดแย้งขึ้นภายในรัฐ ประเด็นสำคัญที่ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญจะกำหนดห้ามมิให้องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญทำการแก้ไขย่อมแตกต่างกันตามบริบทของสังคมการเมืองในแต่ละรัฐ โดยบางรัฐอาจกำหนดห้ามมิให้แก้ไขรูปแบบและระบบรัฐบาล หรือกำหนดห้ามแก้ไขโครงสร้างทางการเมือง หรือกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเกี่ยวกับอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐหรือเอกลักษณ์ของรัฐ เป็นต้น ดังนั้น บทบัญญัติในส่วนที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นบทบัญญัติที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ขององค์กรผู้สถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอย่างดี ถือได้ว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นตัวแทนของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แฝงอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

จากการศึกษาวิเคราะห์การแก้ไขรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ จะพบว่ามีบางประเทศที่กำหนดข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร อาทิ กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมัน มาตรา 79 (3)³¹⁵ มีเนื้อหาห้ามมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะที่มีผลเป็นการทำให้เป็นการกระทบโครงสร้างของสหพันธรัฐ การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทบการมีส่วนร่วมในการตรากฎหมายของมลรัฐไม่สามารถกระทำได้ และการแก้ไขที่กระทบต่อการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³¹⁶ การ

³¹⁵ มาตรา 79 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน

(1) กฎหมายพื้นฐานนี้จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็แต่โดยกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดเจนให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับข้อตกลงสันติภาพ การจัดทำข้อตกลงสันติภาพ การสิ้นสุดอำนาจอ้างตามลำดับของผู้ยึดครอง หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมการป้องกันสหพันธ์สาธารณรัฐ การเพิ่มถ้อยคำในกฎหมายพื้นฐานเพื่อทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานนี้ไม่ตัดสิทธิในการเข้าทำและการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว

(2) กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคะแนนเสียงสองในสามของวุฒิสภา

(3) กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ที่มีผลทำให้เกิดการแบ่งแยกสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ หรือที่กระทบต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมตามหลักการของกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ย่อมไม่อาจยอมรับได้

³¹⁶ มาตรา 1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะละเมิดมิได้ การเคารพและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด

เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย หลักประชาธิปไตย หลักสังคม รัฐ หลักนิติรัฐ และการปกครองแบบสาธารณรัฐ³¹⁷ หลักที่กล่าวมานี้ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้

กรณีของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสพบว่า มีบทบัญญัติในซึ่งมีเนื้อหาห้ามมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเช่นกัน คือ กรณีในมาตรา 89 วรรคสี่และวรรคห้า โดยเป็นการห้ามมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่วงประเทศมีสงคราม และห้ามมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อรูปแบบรัฐบาลของสาธารณรัฐ จะเห็นได้ว่า เป็นการห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นที่กระทบต่อโครงสร้างการจัดระเบียบการปกครองของรัฐนั้น ๆ ซึ่งผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจเห็นว่า ถ้าเรื่องเหล่านี้ไม่ถูกห้ามอย่างชัดเจน ฝ่ายการเมืองซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจตนดำเนินการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ทำลายสถาบันทางการเมืองที่สำคัญ จนโครงสร้างการเมืองการปกครองของรัฐอาจไม่สามารถดำรงอยู่ได้ต่อไป ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสาระสำคัญดังกล่าว จึงต้องมีการบัญญัติห้ามเป็นลายลักษณ์อักษร

ส่วนรัฐธรรมนูญอินเดียไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติห้ามมิให้รัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นใดแต่อย่างใด อีกทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42 ได้เพิ่มเติมข้อความในมาตรา 368 สองข้อ คือ การห้ามมิให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขของรัฐธรรมนูญและกำหนดให้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่มีขอบเขตจำกัด อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้สถาปนาอำนาจของตนเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยวางหลักที่ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะขัดต่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญมิได้ (The Basic Structure of the Constitution) ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42 จึงถูกศาล

(2) ดังนั้น ประชาชนชาวเยอรมันยอมรับให้สิทธิมนุษยชนที่ไม่อาจละเมิดและไม่อาจแบ่งแยกได้เป็นพื้นฐานของชุมชน ของสันติภาพ และของความยุติธรรมในโลก

(3) สิทธิพื้นฐานต่อไปนี้ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง

³¹⁷ มาตรา 20 หลักการพื้นฐานเชิงสถาบัน การปกป้องระบอบรัฐธรรมนูญ

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นรัฐประชาธิปไตยและสหพันธ์รัฐสังคม

(2) อำนาจอธิปไตยทั้งปวงมาจากประชาชน และใช้โดยประชาชนผ่านการเลือกตั้งและการออกเสียงอื่น และผ่านองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติอยู่ภายใต้ระบอบรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม

(4) ชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิต่อต้านบุคคลใดก็ตามที่พยายามล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หากไม่มีทางเยียวยาประการอื่น

พิพากษาว่าขัดต่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ใช้บังคับมิได้ กรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดียย่อมถูกจำกัดขอบเขตโดยหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ซึ่งศาลยุติธรรมเป็นองค์กรตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทย ข้อมั้ห้ามดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 255 ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญต้องการคุ้มครองประเด็นสำคัญสองประเด็น ได้แก่ รูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และรูปของรัฐ ดังนี้

ในส่วนแรก รัฐธรรมนูญต้องการคุ้มครองหลักการพื้นฐานในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในส่วนแรก ต้องให้ความหมายของการปกครองในรูปแบบดังกล่าวก่อน เนื่องจากมีประเด็นในการกล่าวอ้างในเรื่องการปกครองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขว่าเป็นการปกครองที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากการปกครองประชาธิปไตยแบบปกติสากล³¹⁸ เมื่อพิจารณาความหมายของประชาธิปไตยของประเทศตะวันตกกับหลักที่รัฐธรรมนูญรับรอง จะเห็นได้ว่า การปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ใช้หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นรากฐานในการปกครอง ซึ่งทั้งสองหลักทั้งนี้เป็นหลักที่ต้องดำรงอยู่ร่วมกัน กล่าวคือ หากมีแต่หลักประชาธิปไตยโดยปราศจากหลักนิติรัฐ การปกครองในรัฐดังกล่าวอาจไปสู่การปกครองประชาธิปไตยแบบเผด็จการ ในขณะเดียวกัน หากมีแต่หลักนิติรัฐปราศจากหลักประชาธิปไตยอาจทำให้การปกครองนั้นกลายเป็นการปกครองโดยคนจำนวนน้อย ซึ่งหลักการทั้งสองหลักนั้นมีที่มาจากความไม่พอใจต่อระบอบการปกครองที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด จึงมีความพยายามเปลี่ยนแปลงระบอบดังกล่าวเพื่อปกป้องคุ้มครองประชาชน ด้วยเหตุนี้ หลักการทั้งสองประการจึงมีส่วนเกี่ยวพันกับประชาชน มีข้อเรียกร้องที่นำไปสู่การจัดการปกครองที่แตกต่างกัน มีความสัมพันธ์ที่แสดงผ่านอำนาจนิติบัญญัติหรือที่แตกต่างกัน ทั้งสองหลักมีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้³¹⁹

ประการแรก หลักประชาธิปไตยมีที่มาจากประชาชน ซึ่งพัฒนามาสู่อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการนี้ก่อให้เกิดความชอบธรรมของอำนาจประชาชนว่าเป็นรากฐานที่มาของอำนาจอธิรัฐ จากพื้นฐานดังกล่าวจึงนำมาสู่หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรผู้ใช้

³¹⁸ สถาบันดำรงราชานุภาพ, คู่มือการขับเคลื่อนการพัฒนาประเทศตามโครงการไทยนิยมยั่งยืน, คั้่นวันที่ 13 กรกฎาคม 2560 จาก <http://www.stabundamrong.go.th/web/thainiyom/manual.pdf>

³¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล ความสัมพันธ์ระหว่างหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติธรรม (นิติรัฐ), หน้า 1-3, คั้่นวันที่ 13 กรกฎาคม 2560 จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8871

อำนาจรัฐ บนพื้นฐานของแนวคิดนี้ หลักประชาธิปไตยจึงมีภารกิจเชื่อมโยงระหว่างประชาชนกับองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ การเชื่อมโยงนั้นกระทำผ่านโดยผ่านกระบวนการเลือกตั้ง ในความสัมพันธ์ระหว่างหลักประชาธิปไตยกับประชาชนในแง่นี้ หลักประชาธิปไตยจึงเป็นวิธีการหรือกระบวนการที่จะเชื่อมโยงระหว่างผู้เป็นเจ้าของอำนาจกับผู้ใช้อำนาจ³²⁰

หลักประชาธิปไตยเรียกร้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องมีความเชื่อมโยงมาจากประชาชน จากข้อพิจารณาบนพื้นฐานดังกล่าวนำไปสู่หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางตรง ซึ่งนำไปสู่การอธิบายความชอบธรรมขององค์กรนิติบัญญัติที่ถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางตรง จึงเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชนภายใต้ขอบเขตรัฐธรรมนูญ หรือกรณีที่ฝ่ายบริหารเชื่อมโยงโดยตรงกับประชาชนถือว่ามีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางตรง เรียกว่า ระบบประธานาธิบดี และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางอ้อม ในกรณีที่ฝ่ายบริหารเชื่อมโยงกับประชาชนผ่านสภาผู้แทนราษฎร เรียกว่า ระบบรัฐสภา³²¹

หลักประชาธิปไตยถือว่าองค์กรซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนประชาชน ในระบบรัฐสภาสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรเดียวที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรง การที่รัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่มีความชอบธรรมในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้เอง จึงกลายเป็นข้อจำกัดของอำนาจรัฐสภาในการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองซึ่งก่อให้เกิดหลักเงื่อนไขของรัฐสภา หมายความว่า การตรากฎหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญทั้งหลายเป็นอำนาจโดยลำพังของรัฐสภา รัฐสภาไม่สามารถมอบอำนาจเช่นนั้นให้องค์กรอื่นกระทำแทนตนได้ สาระสำคัญของกฎหมายอย่างน้อยในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่สามารถมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกได้คือ ก. การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ข. การตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญา และ ค. การตรากฎหมายที่เป็นการกำหนดฐานทางภาษี³²²

ลักษณะสำคัญขององค์กรที่มีพื้นฐานมาจากหลักประชาธิปไตย คือ ส่วนใหญ่องค์กรที่มีพื้นฐานมาจากหลักประชาธิปไตยทางตรงจะเป็นองค์กรทางการเมือง องค์กรเหล่านี้จึงมีอำนาจในลักษณะของการกระทำการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ลักษณะของการกระทำย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะขององค์กรนั้น ๆ ว่าเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร หากเป็นองค์กรนิติบัญญัติการกระทำเพื่อตอบสนองต่อประชาชนในรูปของการตรากฎหมายต่าง ๆ แต่ หากเป็นองค์กรฝ่ายบริหารการกระทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนอาจทำได้หลากหลาย

³²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

³²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

³²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

รูปแบบ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะริเริ่มการกระทำได้ด้วยตนเองและสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง (Active)³²³

ประการที่สอง หลักนิติรัฐมีความสัมพันธ์กับประชาชนในฐานะที่ประชาชนเป็นเป้าหมายที่ระบบกฎหมายของรัฐมุ่งปกป้องคุ้มครอง เพราะหลักนิติรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจขององค์กรรัฐ จากความมุ่งหมายดังกล่าวจึงนำไปสู่หลักการสำคัญ คือ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของอำนาจนิติบัญญัติ และหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ และเพื่อให้การคุ้มครองประชาชนมีประสิทธิภาพจึงต้องมีหลักหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนโดยองค์กรตุลาการ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ กล่าวคือ เพื่อให้ประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญของนิติรัฐที่มุ่งปกป้องคุ้มครองจากการใช้อำนาจเหนือรัฐ ภายใต้หลักนิติรัฐจำเป็นต้องมีหลักการอีกหลายหลักการเพื่อทำให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวบรรลุความมุ่งหมายได้³²⁴

หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากในรัฐที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจหรือรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่อาจมีหลักประกันได้ ดังนั้น การจัดองค์กรตามหลักนิติรัฐจึงถือว่าหลักแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการพื้นฐานการจัดองค์กรที่สำคัญที่สุด หากปราศจากหลักแบ่งแยกอำนาจแล้ว หลักนิติรัฐไม่สามารถสถาปนาขึ้นมาได้ ข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐบนพื้นฐานหลักแบ่งแยกอำนาจมีของเรียกร้องสองประการ คือ ก. เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกภารกิจของรัฐออกเป็นหลากหลายภารกิจ ข. ผู้ใช้อำนาจรัฐในแต่ละภารกิจต้องไม่ซ้ำซ้อนกัน โดยเฉพาะอำนาจตุลาการกับอำนาจอื่น ๆ เพื่อป้องกันการขัดกันในตำแหน่งหน้าที่³²⁵

หลักนิติรัฐ ความสัมพันธ์ของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับรัฐสภา ถือหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดหลักการอย่างน้อยสองหลัก คือ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติและหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักทั้งสองประการเป็นข้อจำกัดของอำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย จากพื้นฐานของหลักดังกล่าวจึงนำไปสู่ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งอาจแยกออกเป็นระบบรวมศูนย์ อำนาจในการควบคุมตรวจสอบ และระบบการกระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ นอกจากระบบการควบคุมแล้วยังพัฒนามาสู่เกณฑ์ของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีเกณฑ์อย่างไร³²⁶

³²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

³²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

³²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

³²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

ลักษณะสำคัญขององค์กรที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐ เช่น องค์กรตุลาการเป็นองค์กรซึ่งทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบ องค์กรตุลาการไม่สามารถริเริ่มการควบคุมตรวจสอบองค์กรใด องค์กรหนึ่งได้ด้วยการริเริ่มของตนเอง ลักษณะอำนาจกระทำการจึงมีลักษณะไม่สามารถริเริ่มได้เอง (Passive) การตรวจสอบจะกระทำต่อเมื่อมีผู้ร้องที่มีอำนาจในการร้องหรือฟ้องมายื่นเรื่องต่อองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการต้องตรวจสอบว่าการดำเนินการยื่นเรื่องของบุคคลดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดไว้ หรือไม่หรือเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้หรือไม่ หลังจากนั้นจึงจะมีอำนาจในการพิจารณา และอำนาจในการพิจารณาก็จำกัดอยู่เฉพาะเท่าที่มีการฟ้องหรือร้องมาศาลเท่านั้น ศาลจะวินิจฉัยนอกคำฟ้องหรือคำร้องมิได้จะเห็นได้ว่าลักษณะของอำนาจกระทำการมีความแตกต่างจากองค์กรที่มีพื้นฐานจากหลักประชาธิปไตยอย่างสิ้นเชิง³²⁷

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเปรียบเสมือนเสาหลักสองเสาที่พึ่งอาศัยซึ่งกันและกัน ทำให้หลักทั้งสองมีความมั่นคงและดำรงอยู่ในฐานะที่เป็นรากฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้ ถึงที่สุดแล้วหลักทั้งสองอาจเกิดการขัดแย้งกันได้ ซึ่งในกรณีที่มีความขัดแย้งของหลักทั้งสองโดยทั่วไปแล้วย่อมถือว่าหลักนิติรัฐอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า เพราะหลักนิติรัฐเป็นหลักในเชิงเนื้อหาที่มุ่งคุ้มครองบุคคลจากการใช้อำนาจรัฐ และเหตุผลประการสำคัญสืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความอ่อนแอไม่มี อำนาจกระทำการใด ๆ ไม่มีอำนาจริเริ่มใด หากถือว่าหลักประชาธิปไตยเหนือกว่าท้ายที่สุดหลักประชาธิปไตย (หลักเสียงข้างมาก) จะกลืนกินหลักนิติรัฐและขณะเดียวกันก็จะกลืนตนเอง (หลักประชาธิปไตย) ไปด้วย³²⁸

จากหลักการดังกล่าว เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองหลักการปกครองประชาธิปไตยเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตก กล่าวคือ รัฐธรรมนูญรับรองหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐตามระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน กล่าวคือ หลักประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ดังนั้น องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจแทนประชาชน กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 3 เป็นบทที่ชี้ให้เห็นความเชื่อมโยงของอำนาจระหว่างองค์กรทั้งหลายของรัฐกับประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจ ซึ่งรัฐธรรมนูญไทยก็เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เยอรมัน และอินเดีย ที่องค์กรนิติบัญญัติถือว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางตรง เนื่องจากเป็นองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งทั่วไปจากประชาชนโดยตรง (มาตรา 83) ส่วนฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยทางอ้อม เนื่องจากได้รับการแต่งตั้งจากสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 158-159)

³²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

³²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

ในส่วนของการรับรองหลักนิติรัฐ เช่น การที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ที่มีลักษณะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ (มาตรา 5) มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกัน (มาตรา 3) มีการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจ (มาตรา 103, 132, 139, 148, 150, 151, 197) ทำให้องค์กรของรัฐทั้งหลายไม่สามารถดำเนินการตามอำเภอใจหรือเกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด

ดังนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 2 และมาตรา 255 มีความหมายเดียวกันกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในประเทศตะวันตก เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประมุขของรัฐเป็นพระมหากษัตริย์เท่านั้น เมื่อพิจารณา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 1 “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” ซึ่งคำว่า “ราชอาณาจักร” มีความหมายว่า “ประเทศที่มีพระพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”³²⁹ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 2 เพียงแต่เป็นการยืนยันซ้ำในสิ่งที่มาตรา 1 บัญญัติไว้เท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นการปกครองในรูปแบบเดียวกับการปกครองในประเทศเสรีประชาธิปไตยในตะวันตกที่รัฐธรรมนูญยึดหลักสำคัญสองหลักดังที่กล่าวข้างต้น

ขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 255 นั้น ย่อมหมายถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่มีการทำลายหรือลดคุณค่าหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐที่รัฐธรรมนูญหลักคุ้มครอง แต่หากเป็นการแก้ไขเพื่อเพิ่มหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ย่อมทำได้เนื่องจากสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

ในส่วนที่สอง การแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ เมื่อพิจารณา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 1 “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญคุ้มครองสถานะความเป็นรัฐเดี่ยวของประเทศไทยผูกพันกับหลักที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข คือ ประเทศไทยเป็นแผ่นดินซึ่งมีกษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ กษัตริย์เป็นเจ้าแผ่นดิน ดังนั้น จึงไม่สามารถจะแบ่งแยกแผ่นดินของกษัตริย์ได้ แม้รัฐธรรมนูญจะยอมรับให้มีการกระจายอำนาจในการปกครองเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะที่สอดคล้องกับความต้องการของแต่ละท้องถิ่นที่มีความต้องการที่หลากหลายและแตกต่างกัน แต่การกระจาย

³²⁹ ราชบัณฑิตยสถาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 996.

อำนาจดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการในลักษณะสถาปนาการปกครองแบบรัฐรวมได้³³⁰ ฉะนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 จึงไม่สามารถยื่นขอแก้ไขในประเด็นเปลี่ยนรูปแบบของรัฐได้

กล่าวโดยสรุป การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ไม่ได้ให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจดำเนินการแก้ไขให้แก้ไขอย่างไรก็ได้อย่างปราศจากข้อจำกัดหรือข้อห้าม หากแต่รัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อห้ามซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการดำรงไว้ซึ่งความเป็นชาติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองประเทศชาติและรัฐธรรมนูญให้สามารถดำรงอยู่ได้ อย่างไรก็ตาม ขอบเขตหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมิได้อยู่เพียงที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ยังมีข้อจำกัดที่ไม่เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรอีก ซึ่งจะพิจารณาต่อไป

5.1.2.3 นอกจากข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 กำหนด ยังมีข้อจำกัดอื่นที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญหรือไม่

อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยทั่วไป อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมักกำหนดองค์กร วิธีการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และองค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมต้องเคารพในกระบวนการและข้อห้ามต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ แม้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะถูกสถาปนาขึ้นด้วยองค์กรและกระบวนการเดียวกัน แต่หากพิจารณาเนื้อหาของรัฐธรรมนูญจะพบว่ารัฐธรรมนูญที่มาตรานี้ไม่ได้มีสาระสำคัญเท่าเทียมกัน บางมาตรามีเนื้อหาเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ บางมาตราเป็นเพียงรายละเอียดขยายความบทบัญญัติอันเป็นสาระหลัก รัฐธรรมนูญในบางประเทศแม้ไม่ได้บัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือบัญญัติไว้ในทางกรณี แต่องค์กรตุลาการซึ่งใช้อำนาจตรวจสอบความชอบรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญวางหลักว่า นอกจากข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ยังมีหลักการบางประการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และมีคุณค่ามากถึงขนาดไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญไปกระทบหลักการดังกล่าวได้

จากการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศในประเด็นขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญปรากฏว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมีบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญบางประการที่ประเทศเยอรมันเห็นว่าเป็นหัวใจของการปกครองของประเทศ เรียกว่าเป็นการประกันหลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ (La Garantie de Pérennité Constitutionnelle) ซึ่ง

³³⁰ มาตรา 249 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ภายใต้อำนาจมาตรา 1 ให้มีการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามวิธีการและรูปแบบองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กฎหมายบัญญัติ

หลักประกันดังกล่าวถูกพัฒนาขยายมาจากบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (3) หรือกรณีของรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสซึ่งก็มีการยอมรับในหลักการลักษณะเดียวกันในทางวิชาการ กล่าวคือ นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสหลายท่านยอมรับว่ามีหลักการที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (Supraconstitutionnelle) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรห้ามแก้ไขบทบัญญัติซึ่งถือเป็นหลักการที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ แต่องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญกระทำได้ หรือหลักการที่เห็นว่า บทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญมีความสำคัญไม่เท่ากัน บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยย่อมมีความสำคัญมากกว่าบทบัญญัติอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ การเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของประชาชนต้องให้อาจารย์ระดับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

กรณีรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย รัฐธรรมนูญของประเทศไม่มีบทบัญญัติในลักษณะในการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมแบบเดียวกันกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอินเดียเพียงอย่างเดียวอาจเข้าใจได้ว่า รัฐสภาของอินเดียสามารถดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างปราศจากขอบเขตจำกัดอย่างไรก็ได้ แต่ในความเป็นจริง ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียได้เข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและวางหลักสำคัญที่เรียกว่า หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (the basic structure of the Constitution) ที่รัฐสภาไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ เช่น กรณีการพิพากษาให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีปัญหาว่า มีข้อจำกัดนอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามอย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ จากการศึกษาในบทที่ 4 จะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่า ในรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่น นอกเหนือจากที่ มาตรา 255 กำหนด หลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยเหล่านี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังมีซ่อนอยู่ตามบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ในปัจจุบันศาลมีโอกาสวางหลักเป็นตัวอย่างเพียงคำวินิจฉัยข้างต้นเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญไทยก็มีหลักการเช่นเดียวกับการประกันหลักอันเป็นนิรันดร์ของรัฐธรรมนูญ (La Garantie de Pérennité Constitutionnelle) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน หลักการที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (Supraconstitutionnelle) ตามแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศส หรือหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ตามที่ศาลสูงสุดของประเทศอินเดียวางหลักไว้ในคำพิพากษา

ซึ่งหลักการในลักษณะเดียวกันของประเทศไทยเมื่อไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมต้องเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจพิจารณาคดีควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวางหลักการในลักษณะดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) แต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถขยายข้อห้ามหรือข้อจำกัดเกินไปกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 กำหนด กล่าวคือ หลักการดังกล่าวต้องเชื่อมโยงกับกับมาตรา 255

จากการศึกษาแนวคิดข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหากรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติกำหนดอย่างชัดเจนในประเทศฝรั่งเศสข้างต้น จะเห็นได้ว่า Olivier Beaud นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ได้เสนอให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประชาชนต้องใช้อำนาจระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และต้องกลับไปต่อองค์กรที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการแก้ไขในประเด็นดังกล่าวนี้ Olivier Beaud จึงเสนอให้แก้ไขโดยวิธีการที่กลับไปหาผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ ต้องเอากลับไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติตามรัฐธรรมนูญ (ค.ศ. 1958) มาตรา 89 วรรคสองเท่านั้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) ก็บัญญัติในลักษณะเดียวกันในการแก้ไขบางประเด็น เช่น การแก้ไขในส่วนของบริษัททั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หรือหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขในประเด็นดังกล่าวเป็นการแก้ไขกระทบต่อแก่นของรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ หากดำเนินการแก้ไขดังกล่าว แม้เป็นการใช้อำนาจขององค์กรผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อทำลายรัฐธรรมนูญเดิมและก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ดังที่กล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญไทย ในหลายกรณีซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ไม่ได้บัญญัติคุ้มครองไปถึง แต่ไม่ได้หมายความว่าองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขนอกเหนือข้อห้ามได้ตามอำเภอใจโดยอาศัยเสียงข้างมากโดยสภาและอ้างว่าตนเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชน ทั้ง ๆ ที่อาจเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนเองและพวกพ้อง ซึ่งนอกเหนือจากข้อห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ยังมีอีกหลายประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่า องค์กรนิติบัญญัติสามารถใช้อำนาจที่ตนรับมอบมาจากรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

1) การแก้ไขหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 สามารถกระทำได้หรือไม่

ประเด็นปัญหาที่สำคัญปัญหาที่ควรนำมาพิจารณาและเป็นประเด็นที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้กำหนดคุ้มครองหรือห้ามแก้ไขเป็นพิเศษ คือ รัฐสภาสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 256 แก้ไขหรือยกเลิกมาตรา 255 ได้หรือไม่ กล่าวอีกในหนึ่งคือ องค์การนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) มอบอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้สามารถยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่ถือเป็นข้อห้ามหรือหัวใจที่รัฐธรรมนูญและผู้สถาปนารัฐธรรมนูญต้องการคุ้มครองได้หรือไม่

ดังที่ศึกษามาข้างต้น อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดเนื่องจากเป็นอำนาจพิเศษที่ได้รับสืบทอดมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นอำนาจที่ปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ในทางกฎหมาย เนื่องจากเป็นอำนาจที่ใช้ในขณะปราศจากระบบกฎหมายใด ๆ หรือเป็นการใช้อำนาจทางพฤตินัยก่อตั้งระบบกฎหมายในรัฐขึ้นใหม่ แต่อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นอำนาจที่มีขอบเขตเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เท่านั้น

จากการศึกษารัฐธรรมนูญในต่างประเทศในประเด็นปัญหานี้ ไม่พบว่ารัฐธรรมนูญเยอรมัน รัฐธรรมนูญอินเดีย หรือรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขบทบัญญัติที่มีเนื้อหาห้ามแก้ไขบทบัญญัติอื่น ๆ หรือมีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาห้ามแก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญไทยไม่เคยปรากฏบทบัญญัติในลักษณะที่กล่าวมานี้ ในกรณีรัฐธรรมนูญต่างประเทศ องค์การตุลาการเช่นในเยอรมันหรืออินเดียจะเข้าตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์การนิติบัญญัติ

เมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติห้ามหมายความว่าองค์การนิติบัญญัติในฐานะองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้อย่างปราศจากขอบเขตจำกัดใด ๆ ใช่หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อความซึ่งกำหนดเป็นข้อห้ามในรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 เป็นข้อความที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มาตรา 255 เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ซึ่งระบอบประชาธิปไตยของไทยกำหนดให้ประมุขของรัฐคือพระมหากษัตริย์ ลักษณะการปกครองนี้เริ่มมาตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ในขณะที่การกำหนดคุ้มครองรูปของรัฐว่าเป็นรัฐเดี่ยวก็เริ่มมีมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม และรัฐธรรมนูญของไทยฉบับต่อ ๆ มาก็ยังคงสาระสำคัญอย่าง

เดียวกันมาโดยตลอด ดังนั้น การเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญยกเลิกมาตรา 255 เป็นการทำลายการคุ้มครองสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการได้ แต่หากเป็นการแก้ไขข้อความของมาตรา 255 โดยไม่กระทบสาระสำคัญที่คุ้มครองหลักการปกครองแบบประชาธิปไตยและรูปของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์คุ้มครอง ย่อมสามารถทำได้ตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

สำหรับการแก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 สามารถทำได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สูงกว่าอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรของรัฐทั่วไป (Pouvoir Constitué) ดังนั้น จึงไม่สามารถให้องค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นใช้อำนาจที่ตนได้รับเปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์ของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญได้ ดังที่ได้ศึกษามาแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้สลายไปเมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงแทรกตัวอยู่ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 15 ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 256 วรรคหนึ่ง (8) จะกำหนดให้การแก้ไขหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถทำได้ก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่ามีโอกาสที่องค์กรทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้แก้ไขรัฐธรรมนูญจะแก้ไขจนทำลายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขยกเลิกมาตรา 255 เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นระบอบอื่นนอกจากประชาธิปไตยได้ การแก้ไขมาตรา 256 เพื่อให้รัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายจนเปิดโอกาสแก้ไขรัฐธรรมนูญลดอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นหรือเพิ่มอำนาจองค์กรตนเองจนทำลายโครงสร้างการเมืองการปกครองของรัฐ ซึ่งการแก้ไขในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และเปิดทางให้ทำลายรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา

ฉะนั้น หากมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 255 และมาตรา 256 ย่อมเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญฉบับเดิม เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 และมาตรา 256 เป็นแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขดังกล่าว หากดำเนินการสำเร็จจะเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญเดิม

2) การเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนวาระการดำรงตำแหน่งของตนหรือองค์กรการเมืองตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่นสามารถดำเนินการได้หรือไม่

ในประเด็นดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 มิได้บัญญัติถึงตรง ๆ ในลักษณะห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดหรือขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ไม่ได้ปรากฏเฉพาะที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังมีหลักการสำคัญหรือบทบัญญัติอันเป็นแก่นของ

รัฐธรรมนูญที่มีได้ถูกคุ้มครองด้วยการบัญญัติห้ามแก้ไขในรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งหลักการสำคัญดังกล่าวนี้สามารถค้นหาได้จากการพิจารณารัฐธรรมนูญทั้งฉบับเพื่อค้นหาเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาประเด็นการเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนวาระการดำรงตำแหน่งของตนเองหรือขององค์กรการเมืองอื่น ย่อมต้องพิจารณาคุณค่าที่รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองก่อน กล่าวคือ ดังที่ได้วิเคราะห์รูปแบบการปกครองที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มุ่งส่งเสริมและสนับสนุน และกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปกครองรูปแบบดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบันมุ่งคุ้มครองการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ดังนั้น ในประเด็นการเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนวาระการดำรงตำแหน่งของตนเองหรือขององค์กรการเมืองอื่น ย่อมต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อหลักการปกครองดังกล่าวเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อขยายการมีส่วนร่วมของประชาชนในเชิงประชาธิปไตยย่อมสามารถดำเนินการได้ เช่น การเสนอขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หากเป็นการลดวาระการดำรงตำแหน่งจากเดิมรัฐธรรมนูญ ฯ (พ.ศ. 2560) มาตรา 99 กำหนดให้อายุของสภาผู้แทนราษฎรมีกำหนดคราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้งเปลี่ยนเป็นสองปีนับแต่วันเลือกตั้ง กรณีเช่นนี้ถือว่าทำได้และอาจสอดคล้องกับบริบททางการเมืองไทยปัจจุบันที่ไม่มีพรรคการเมืองขนาดใหญ่แข่งขันกันดังเช่นในประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลไทยส่วนมากจึงเป็นรัฐบาลผสมและเมื่อเกิดปัญหาทางการเมือง รัฐบาลในขณะนั้นก็ยุบสภา ฉะนั้น รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งส่วนใหญ่จึงมักอยู่ไม่ครบวาระสี่ปีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีกำหนดเพียงสองปี ย่อมเป็นการขยายอำนาจประชาชนในการตัดสินใจกำหนดผู้ใช้อำนาจในการปกครองประเทศได้มากขึ้น หากมีการแก้ไขในลักษณะดังกล่าวนี้ การแก้ไขดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 แต่อย่างใด แต่หากเป็นการแก้ไขที่เป็นการขยายวาระการดำรงตำแหน่งให้นานขึ้น การแก้ไขลักษณะนี้ย่อมเป็นการทำลายหรือลดอำนาจของประชาชนในการตัดสินใจในทางการเมือง ซึ่งการลดอำนาจของประชาชนในการมีส่วนร่วมทางการเมืองย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น การขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรีย่อมเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งสิ้น

ในประเด็นว่า การเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อยุบองค์กรทางการเมืองอื่น จะกระทำได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาเชิงทฤษฎี อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด การที่องค์กรนิติบัญญัติอาศัยอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขยกเลิกหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญมีผลลดอำนาจองค์กรทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ

ย่อมเป็นการกระทบต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม การแก้ไขในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากผลจะกลายเป็นว่าองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ทำลายรัฐธรรมนูญเดิมและสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ จัดโครงสร้างความสัมพันธ์ทางการเมืองใหม่ ไม่ใช่การใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และหากพิจารณาหลักการปกครองประชาธิปไตยที่รัฐธรรมนูญรับรอง จะเห็นได้ว่า หากอนุญาตให้ฝ่ายการเมืองอาศัยเสียงข้างมากในองค์กรนิติบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญลดอำนาจองค์กรอื่น หรือยกเลิกองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ได้ ย่อมเป็นการทำลายหลักนิติรัฐ เนื่องจากการแก้ไขลดอำนาจองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือยุบเลิกองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ย่อมเป็นการทำลายการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการปกครองประชาธิปไตย

5.2 วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งมีสถานะสูงสุดภายในรัฐ องค์กรทั้งหลายของรัฐล้วนถูกตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญ การกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การกระทำใด ขององค์กรรัฐไม่สามารถดำเนินการให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงจัดตั้งระบบในการตรวจสอบและควบคุมมิให้การกระทำขององค์กรทั้งหลายของรัฐละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หากมีการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวย่อมถูกเพิกถอนตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ดี การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ใช่การใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้ตามปกติ (Pouvoir Constitué) แต่เป็นการใช้อำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม กล่าวคือ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปกติรัฐธรรมนูญมอบให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นการใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้รัฐสภาเป็นพิเศษเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น โดยปกติกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติจึงไม่สามารถนำมาใช้กับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาประเด็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องจำเป็นต้องมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากจำเป็นต้องมีการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการทำหน้าที่ดังกล่าวหรือไม่ และขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีมากเพียงใด

5.2.1 การควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยองค์กรตุลาการ

5.2.1.1 การแก้ไขรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการหรือไม่

เมื่อพิจารณาพันธกิจของการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะพบว่ามีภารกิจสำคัญสองประการ คือ ประการแรก คือ การคุ้มครองรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด และประการที่สอง คือ เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้เข้ากับความต้องการหรือความเปลี่ยนแปลงของสังคม

ในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ในโลกที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายจัดระเบียบองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะเป็นแม่บทแห่งกฎหมายทั้งหลายในรัฐ ส่งผลให้กฎหมายทางกฎหมายอื่น ๆ ไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อบัญญัติรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดในรัฐธรรมนูญจึงเป็นกระบวนการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงยากกว่ากฎหมายอื่น ๆ เพื่อคุ้มครองมิให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญมอบอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ

เนื่องด้วยเทคโนโลยีปัจจุบันส่งผลต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคมทั้งระบบความคิด วิถีชีวิต ความต้องการของคนในสังคม ลักษณะความเป็นพลวัตดังกล่าวย่อมทำให้ความต้องการของคนในสังคมแปรเปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่วางระเบียบการปกครองรัฐ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานย่อมมีความจำเป็นที่ต้องปรับตัวตามสภาพของสังคมและความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนไป ดังนั้น กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีความยืดหยุ่นพอที่จะทำให้รัฐธรรมนูญไม่ล้าสมัย

โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญจะมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ให้แก่องค์กรนิติบัญญัติ และกำหนดให้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ยากกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทางกฎหมายอื่น และอาจกำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางประเด็น อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดหรือขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเพียงบัญญัติห้ามอย่างชัดเจนเท่านั้น แต่ยังมีข้อจำกัดหรือขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด หากปล่อยให้การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญปราศจากการตรวจสอบย่อมเป็นไปได้ที่องค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นจะใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดระบบการตรวจสอบกฎหมายอื่น ๆ เพื่อไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดให้อำนาจในการตรวจสอบเป็นขององค์กรตุลาการ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเชิงทฤษฎีดังที่ได้ศึกษามาข้างต้น จะเห็นว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่รับมอบมาจาก

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ซึ่งกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญสามารถปรับเปลี่ยนไปตามพลวัตรของสังคมได้ เมื่ออำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องถูกจำกัดมิให้แก้ไขจนทำลายแก่นที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง

เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ การเปลี่ยนแปลง การตัดออก หรือการเพิ่มเติมข้อความของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพียงเล็กน้อยโดยไม่กระทบต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญเพื่อให้บทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับสภาพการณ์ภายในรัฐ เป็นไปตามความต้องการของประชาชนในรัฐ หรือเพื่อให้การจัดทำภารกิจขององค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้น เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองอาศัยเสียงข้างมากในสภาดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญจนอาจทำลายแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐสภาเป็นเพียงหนึ่งในองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อใช้อำนาจรัฐ เช่น การใช้อำนาจอธิปไตย รัฐสภามีใช้องค์กรที่ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จึงไม่สามารถปล่อยให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยปราศจากขอบเขต หากปล่อยให้ฝ่ายรัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยไม่มีการตรวจสอบควบคุม รัฐสภาอาจใช้อำนาจตนแก้ไขเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่น แก้ไขขยายวาระการดำรงตำแหน่งของตนให้นานขึ้น หรือแก้ไขกระบวนการเลือกตั้งเพื่อให้กลุ่มของตนเองได้ผลประโยชน์ในรูปแบบการเลือกตั้งที่ถูกแก้ไข หรือแก้ไขเพื่อลดอำนาจขององค์กรอิสระในการตรวจสอบการใช้อำนาจของกลุ่มการเมือง เป็นต้น ฉะนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมาทำลายรัฐธรรมนูญเอง การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรอื่นย่อมเป็นสิ่งที่จำเป็น ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจดังกล่าวโดยเฉพาะก็ตาม จะตีความว่า เมื่อรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติห้ามหรือจำกัดขอบเขตอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่ารัฐสภาสามารถใช้อำนาจอย่างใดก็ได้โดยรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอง ลักษณะดังกล่าวทำให้รัฐธรรมนูญไม่มีหลักประกันแต่อย่างใด

แม้รัฐธรรมนูญจะไม่บัญญัติขอบเขตหรือข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็มีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดอย่างชัดเจนผ่านบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือข้อจำกัดโดยปริยาย ฉะนั้น เมื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดจึงต้องมีการควบคุมไม่ให้รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองใช้อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญเกินขอบอำนาจจนทำลายสาระสำคัญหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งอาจส่งผลให้รัฐธรรมนูญถูกทำลาย

จากการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า ในหลายประเทศแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรตุลาการเห็นว่าตนมีอำนาจในการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ให้ทำลายรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีศาลสูงสุดของประเทศอินเดียนคดี Minerva

Mills v. Union of India แต่ในบางประเทศองค์กรตุลาการก็ปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเคยมีคำวินิจฉัยที่ 61-20DC และคำวินิจฉัยที่ 2003-469DC ยืนยันว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธการใช้อำนาจตรวจสอบก็ตาม แต่ไม่ได้หมายความว่า รัฐสภาที่มีอำนาจล้นพ้นที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างอิสระ แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางการเมืองอย่างเข้มข้น

สำหรับประเทศไทย ประเด็นในเรื่องการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้รับความสนใจขึ้นอย่างมากหลังจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ซึ่งก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด คำถามสำคัญ คือ ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีการตรวจสอบหรือไม่ หากมีโดยองค์กรใด

ดังที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่มีได้หมายความว่า รัฐสภาจะอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก้ไขได้ตามอำเภอใจ หากแต่ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรถึงข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อาจเนื่องด้วยความผันผวนทางการเมืองช่วงระหว่าง พ.ศ. 2490 ถึง พ.ศ. 2540 การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นบ่อยจนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ใช่วิธีแรกในการดำเนินการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีผลบังคับใช้ มีการปฏิรูปการเมือง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญในบางประเด็นเป็นลายลักษณ์อักษร ต่อมาเมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้นก็ยังคงข้อความและหลักการเช่นเดิม สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ยังคงหลักการเดียวกัน

กล่าวได้ว่า นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี 40 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญไทยยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษรว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในสาระสำคัญจนทำลายรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะถูกบัญญัติคุ้มครองเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกตรวจสอบได้ ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ยอมรับว่าตนมีอำนาจตรวจสอบ

และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็บัญญัติอย่างชัดเจนให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นของศาลรัฐธรรมนูญ

5.2.1.2 ศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่

เมื่ออำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่อำนาจล้นพ้น ปัญหาต่อไป คือ องค์กรใดตามรัฐธรรมนูญควรเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการตรวจสอบควบคุมมิให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า ประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่เรื่องใหม่แต่ประการใด เมื่อศาลรัฐธรรมนูญยืนยันในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใดให้อำนาจไว้ จึงเป็นประเด็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อย่างไร เนื่องจากก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยบัญญัติกำหนดให้อำนาจองค์กรใดมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมมาก่อน กล่าวคือ ประเทศไทยยอมรับในความเป็นกฎหมายสูงสุดมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามจนถึงรัฐธรรมนูญปัจจุบัน แต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญไม่เคยบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาก่อน

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบังคับใช้ในขณะนั้นมิได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไข เมื่อวิเคราะห์ข้อห้ามในบทบัญญัติมาตรา 291 วรรคหนึ่ง (1) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะเห็นได้ว่า เป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองเจตนารมณ์อันเป็นสาระสำคัญหรือแก่นของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการคุ้มครองรัฐธรรมนูญจะบรรลุผลในทางปฏิบัติได้ย่อมต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรอื่น ไม่สามารถคาดหวังให้องค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบตัวเอง

ลักษณะที่กล่าวมาเทียบได้กับกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ (มาตรา 61) และให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ (มาตรา 62) ผลคือ สภาผู้แทนราษฎรตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาย้อนหลังต่อมาคำพิพากษาคืออาชญากรรมสงคราม ที่ 1/2489 จึงมีคำพิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำความผิดก่อนวันที่ใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติด้วยนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 และเป็นโมฆะตามมาตรา 61 จะ

เห็นได้ว่า หากปล่อยให้องค์กรที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจของตนโดยองค์กรดังกล่าวเป็นผู้พิจารณาขอบเขตอำนาจตนเองแล้วมีโอกาสที่องค์กรผู้ใช้อำนาจจะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดในประเทศที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมต้องถูกตรวจสอบได้ ประเทศไทยก็เช่นกัน หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไขในประเด็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ย่อมต้องมีองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่ากระทบหลักการที่รัฐธรรมนูญห้ามหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องไว้พิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ซึ่งในคำวินิจฉัยดังกล่าว ในประเด็นแรก ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงชัดแจ้งว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญเพียงรับคำร้องไว้พิจารณาตามมาตรา 68 ซึ่งศาลเห็นว่าตนเองมีอำนาจรับกรณีดังกล่าวไว้พิจารณาได้แม้ว่าอัยการสูงสุดจะไม่ได้ยื่นคำร้องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประชาชนเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะยกร่างใหม่ทั้งฉบับเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิใช่การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) แต่เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำแนะนำว่าต้องนำร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบ เพื่อให้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริงให้ความเห็นชอบ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลลักษณะเดียวกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ที่อาจกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาจะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญมิได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าตนมีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามมาตรา 68 เข้าไปตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ที่อาจกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ดังที่กล่าวมาแล้ว อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่สามารถใช้ได้อย่างมีข้อจำกัดและต้องไม่

ทำลายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่การใช้อำนาจอย่างปราศจากขอบเขตดังเช่นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญรูปแบบใดก็ได้ปราศจากขอบเขตจำกัด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่ฉบับ พุทธศักราช 2540 จนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเมื่ออำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดย่อมต้องมืองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหาที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวนี้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทั้งร่างกฎหมายที่ยังไม่ประกาศใช้และกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว ซึ่งกฎหมายธรรมดาที่มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญกว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องสามารถเข้าไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติได้ว่าได้อาศัยเสียงข้างมากของตนแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายโครงสร้างทางการเมืองหรือทำลายหลักการถ่วงดุลอำนาจที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ หรือแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายสาระสำคัญอื่นที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองหรือไม่ การที่นักวิชาการบางท่านเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบ การตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาที่จะพิจารณาตนเองว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำลายสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ลักษณะดังกล่าวย่อมสันนิษฐานได้ว่า รัฐสภาจะไม่มีทางวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ตนเองพิจารณามีเนื้อหาที่ทำลายรัฐธรรมนูญได้เลย

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าสมควรนำเอาหลัก Argumentum a Fortiori มาร่วมพิจารณา กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้แล้ว การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญกว่า จึงสมควรได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองที่อาจใช้อำนาจในลักษณะเผด็จการรัฐสภา ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการพิจารณาในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

การให้รัฐสภาเป็นองค์กรพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อข้อห้ามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ หรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายคุณค่าพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญหรือไม่ มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญไม่มีหลักประกันใด ๆ เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด อีกทั้งจากการศึกษารัฐธรรมนูญในต่างประเทศ พบว่า รัฐธรรมนูญในต่างประเทศและแนวทางการวางหลักในการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกัน คือ รัฐธรรมนูญของบางประเทศบัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีฉบับ ค.ศ. 1961 และ ค.ศ. 1982 รัฐธรรมนูญของประเทศชิลีฉบับ ค.ศ. 1980 เป็นต้น แต่รัฐธรรมนูญของบางประเทศก็บัญญัติห้ามอย่างชัดเจนมิให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอินเดียฉบับ ค.ศ. 1950 ก่อนแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1976 รัฐธรรมนูญต่างประเทศส่วนมากก็ได้มีบทบัญญัติกำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เลย แต่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการจะใช้อำนาจของตนวางหลักเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสวางหลักว่าตนเองไม่มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวางหลักว่าตนเองมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในหลายคำวินิจฉัย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1996, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004) เนื่องจากศาลเห็นว่าการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นการเสนอร่างกฎหมายของสหพันธ์รัฐประเภทหนึ่ง (Bundesrecht) ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงมีอำนาจเข้าควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาประเด็นการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการในต่างประเทศพบว่า รัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจองค์กรตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักให้อำนาจองค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบเท่านั้น แต่หลายกรณีศาลรัฐธรรมนูญก็จะตีความขยายอำนาจเข้าควบคุมในทางเนื้อหาด้วย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบีย เป็นต้น และในบางประเทศที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้อำนาจองค์กรตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรตุลาการก็ยืนยันมาตนเองมีอำนาจในการเข้าควบคุมดังกล่าว เช่น ศาลสูงสุดของประเทศอินเดีย เป็นต้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นที่ถกเถียงกันอีกต่อไป ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบมาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) บัญญัติอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบในร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นว่า ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบมีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือไม่ หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วน of บททั่วไป ส่วนพระมหากษัตริย์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติ หรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรือ อำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรือ อำนาจได้ ซึ่งในส่วนที่กล่าวมานี้ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้ ประชาชนออกเสียงลงประชามติ รวมทั้งจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กร อิสระ มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตน ได้ ซึ่งกรณีมาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) มีแนวทางแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 กล่าวคือ กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ไม่จำเป็นต้องมีความขัดแย้งระหว่างองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็สามารถเสนอเรื่องให้ศาล รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจดังกล่าวต้องเป็นอำนาจหน้าที่ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเท่านั้น ไม่รวมถึงอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติในกฎหมายอื่น³³¹ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ขยายอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเป็นองค์กรที่รับปรึกษาหารือ ปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรที่กล่าวมาแล้วได้ ดังนั้น ใน การดำเนินกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้เป็นกรณีที่ไม่เข้าตามมาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) แต่คณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาสามารถยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ได้ ซึ่งเป็นการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ประเด็นปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมากขึ้น

³³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ*, หน้า 194.

5.2.2 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของ องค์กรตุลาการ

5.2.2.1 รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพื่อจำกัดขอบเขตในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลา การหรือไม่

โดยทั่วไป การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยย่อมต้องจัดระเบียบมิให้องค์กรใดมีอำนาจรัฐเป็นล้นพ้น รัฐธรรมนูญจึงมักจัดระเบียบการใช้อำนาจโดยการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็นสามส่วน ลักษณะดังกล่าวทำให้อำนาจทั้งหลายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด (Pouvoir Constitué) เนื่องด้วยอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่รับมอบมาจากอำนาจอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรนิติบัญญัติ การใช้อำนาจอ้างกล่าวขององค์กรนิติบัญญัติจึงถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญไม่ให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจทั้งหลายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยปกติ รัฐธรรมนูญมักกำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทั้งหลาย อย่างไรก็ตาม เมื่อองค์กรตุลาการเป็นสถาบันหนึ่งที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น การใช้อำนาจอ้างกล่าวจึงไม่สามารถใช้อำนาจตนได้โดยปราศจากขอบเขตจำกัด กล่าวคือ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการย่อมอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองเช่นกัน

จากการศึกษาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ พบว่า องค์กรตุลาการที่มีอำนาจตรวจสอบย่อมใช้กระบวนการตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาในการดำเนินการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในกรณีของประเทศเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (BVerfGG) เนื่องจากการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 79³³² คือ องค์กรที่มีอำนาจ

³³² มาตรา 79 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน

(1) กฎหมายพื้นฐานนี้จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็แต่โดยกฎหมายที่กำหนดอย่างชัดแจ้งให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานนี้ ในกรณีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับข้อตกลงสันติภาพ การจัดทำข้อตกลงสันติภาพ การสิ้นสุดอำนาจลงตามลำดับของผู้ยึดครอง หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่มีขึ้นเพื่อส่งเสริมการป้องกันสหพันธ์สาธารณรัฐ การเพิ่มถ้อยคำในกฎหมายพื้นฐาน

เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญจะเสนอร่างกฎหมายที่ระบุอย่างชัดเจนว่าร่างกฎหมายนี้จัดทำเพื่อขอแก้ไขหรือเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กระบวนการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันเป็นกระบวนการเช่นเดียวกันกับการเสนอร่างกฎหมายปกติ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถใช้อำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากร่างกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายธรรมดา ดังนั้น การใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงใช้กระบวนการเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายธรรมดา

ในขณะที่ในประเทศฝรั่งเศส ในประเด็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการต้องพิจารณาเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญผ่านบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและแนวคำคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญและแนวคำคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำกัดการใช้อำนาจของตนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจเท่านั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงปฏิเสธการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวางหลักในประเด็นขอบเขตอำนาจของตนในการตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 61-20 DC ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบโดยการลงประชามติของประชาชนแล้ว และคำวินิจฉัยที่ 2003-469 DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 ว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราใดให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ มาตรา 61³³³ ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความด้วย

เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานนี้ไม่ตัดสิทธิในการเข้าทำและการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าว

(2) กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคะแนนเสียงสองในสามของวุฒิสภา

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้ที่มีผลทำให้เกิดการแบ่งแยกสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ หรือที่กระทบต่อการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมตามหลักการของกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ย่อมไม่อาจยอมรับได้

³³³ มาตรา 61 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการบังคับใช้ข้อบังคับการประชุมสภา ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการ

รัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา แต่ไม่รวมไปถึงร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภา

ในกรณีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศอินเดียแตกต่างจากในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน กล่าวคือ แต่เดิมรัฐธรรมนูญของอินเดียกำหนดห้ามมิให้ศาลยุติธรรมใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 368 (4)) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวนี้ ศาลสูงสุดได้เข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดี *Minerva Mills v. Union of India* (1980) และพิพากษาให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากการแก้ไขดังกล่าวขัดต่อหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ (the basic structure of the Constitution) ดังนั้น บทบัญญัติห้ามศาลยุติธรรมใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงไม่ส่งผลบังคับใช้แล้ว ศาลยุติธรรมจึงสามารถใช้อำนาจตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยปราศจากข้อห้ามตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ส่วนในกรณีรัฐธรรมนูญไทย ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่มีข้อความเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ ดังที่วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น การใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด แม้ว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้อำนาจตุลาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ตามหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถ

ประชุมสภาไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภา

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมาย ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีที่ปฏิบัติตามทั้งสองวรรคข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งเดือน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอว่าเป็นเรื่องเร่งด่วน ขั้นตอนนี้อาจลดเหลือแปดวันได้

ในกรณีเช่นเดียวกัน การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจะมีผลทำให้ระยะเวลาในการประกาศใช้กฎหมายหยุดลงชั่วคราวได้

ใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบให้ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างไร้การตรวจสอบ ดังนั้น เมื่อรัฐสภาเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้อำนาจตุลาการเข้าตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องดำเนินการตามช่องทางที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด ทั้งการรับคำร้อง กระบวนการดำเนินการพิจารณา รวมถึงการออกคำวินิจฉัยและคำสั่งต่าง ๆ ย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญ ฯ (พ.ศ. 2560) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 กำหนดให้อำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและกำหนดกระบวนการในการใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องดำเนินการใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปัจจุบันปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรอื่น ไม่ว่าจะอาศัยหลักถ่วงดุลอำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจก็ไม่สามารถดำเนินการได้ ภายใต้โครงสร้างรัฐธรรมนูญปัจจุบัน กล่าวคือ หากมีการเสนอว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ร่างดังกล่าวย่อมตกไป หากองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญหรือประชาชนเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไม่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ร่างที่มีเนื้อหาในประเด็นดังกล่าวย่อมไม่สามารถแก้ไขได้อีกต่อไป ลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญผูกขาดการตีความรัฐธรรมนูญเหนือองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ และเหนือกว่าประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย

5.2.2.2 ขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการตามรัฐธรรมนูญไทยมีแค่ไหน เพียงใด

เมื่อพิจารณาในเชิงทฤษฎี อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญมอบให้ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียงอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น (Pouvoir Constitué) ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเช่นเดียวกับศาลยุติธรรม กล่าวคือ กรณีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ในขณะที่ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปในเรื่องทางปกครอง

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจหน้าที่พิจารณาในเรื่องใดต้องระบุไว้เป็นการชัดแจ้งว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในเรื่องใด³³⁴ ดังนั้น ในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในขอบเขตเท่าที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจเท่านั้น

ในกระบวนการตรวจสอบความชอบในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศไทยถูกกำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ที่ต้องพิจารณาข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยเนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 28 ให้อำนาจประธานศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดของศาลเกี่ยวกับการพิจารณาคดีได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยข้อกำหนดของศาลต้องไม่สร้างขั้นตอนหรือก่อให้เกิดความล่าช้าโดยไม่จำเป็น ในปัจจุบันข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 ไข่คู่กัน เมื่อพิจารณากระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่า กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะที่แตกต่างจากการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายอื่นแต่อย่างใด ดังนั้น กระบวนการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมใช้วิธีการพิจารณาเช่นเดียวกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายอื่น ๆ อาทิ กรณีพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่จะนายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือกรณีพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

³³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, “การใช้สิทธิของประชาชนในการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560,” ใน รัฐธรรมนูญ 60: 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวบรวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), หน้า 160.

ของร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างกฎหมายโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการที่มีการเสนอแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายตามรัฐธรรมนูญ หรือกรณีการพิจารณาวินิจฉัยการตราพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่ง หรือกรณีการพิจารณาวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตามมาตรา 178 วรรคห้า กล่าวโดยสรุป การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะเดียวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) บัญญัติในลักษณะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะในทางเนื้อหาว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือมีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือไม่ และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่จะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติหรือไม่เท่านั้น กล่าวคือบทบัญญัติมาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) มิได้บัญญัติถึงอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการขั้นตอนหรือการตรวจสอบในทางรูปแบบแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากกรณีการใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในทางเนื้อหาและในทางรูปแบบ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 148 วรรคสาม) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ประกอบ ไม่พบว่ามีข้อกำหนดให้กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด ฉะนั้น ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) ศาลรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจพิพากษาเป็นการทั่วไปเหมือนศาลยุติธรรม (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 194) กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ เป็นองค์กรที่มีอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด (Pouvoir Constitué) ดังนั้น ในการตรวจสอบทางรูปแบบของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอาจใช้อำนาจตามมาตรา 256 วรรคหนึ่ง (9) ได้ แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมจำกัดเพียงพิจารณาวินิจฉัยเนื้อหาว่าร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือมีเนื้อหาเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐหรือไม่และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมี

เนื้อหาที่จะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติหรือไม่เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นอื่นโดยผ่านช่องทางมาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ศาลรัฐธรรมนูญสามารถใช้อำนาจตามมาตรานี้ตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งในทางเนื้อหาและทางรูปแบบ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ขยายอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญผ่านทางอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา และคณะรัฐมนตรี ในการยื่นเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การลงคะแนนเสียงในรัฐสภา รวมถึงการพิจารณาว่าร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องนำไปจัดให้มีการออกเสียงประชามติหรือไม่ด้วย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตรวจสอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝ่ายการเมืองในทุกมิติ อย่างไรก็ตาม อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญจำกัดอยู่เฉพาะร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขที่นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วและไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประกาศใช้บังคับแล้วได้

บทที่ 6

สรุปและเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

เมื่อพิจารณาข้อความคิดเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศเสรีประชาธิปไตยซึ่งนักกฎหมายนำประสบการณ์ในการจัดทำรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาสรุปเป็นทฤษฎีและนำเสนอไว้ เพื่ออธิบายว่าองค์กรใดมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อนำหลักการมาวิเคราะห์กับข้อเท็จจริงในประเทศไทยสามารถสรุปได้ ดังนี้

6.1.1 บทสรุปเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ข้อความคิดสำคัญเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ คำอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใช้อธิบายในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองผ่านทางรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอย่างประเทศอังกฤษก็มีผู้พยายามอธิบายว่ามีแนวคิดดังกล่าวเช่นกัน พัฒนาการข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเริ่มแรกเป็นการอธิบายความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการอธิบายอำนาจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญอำนาจหนึ่งและอำนาจที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญอีกอำนาจหนึ่ง ต่อมาข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้รับการอธิบายเพิ่มเติมจนมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม และอำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎีจะพบว่ามีคำอธิบายว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอิสระเต็มที่ในการก่อตั้งระบบการเมืองและกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามปรารถนา ส่วนอำนาจที่รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจรัฐที่ได้รับการจัดระเบียบองค์กรและอำนาจหน้าที่ตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญจะมีก่อนรัฐธรรมนูญไม่ได้ ส่วนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจนอกรัฐธรรมนูญ มีอยู่ได้แม้ไม่มีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ จึงมิได้เป็นอำนาจที่มีลำดับชั้นเดียวกัน กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นสูงกว่าอำนาจ

ที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญ สำหรับการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อธิบายได้ว่า อำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งเหตุผลในการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อยดังกล่าว เนื่องจากความต้องการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและคุ้มครองอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งการแบ่งแยกดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญมาดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจที่สูงกว่าอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแบ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมและอำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เพื่อให้สอดคล้องกับคำอธิบายว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะแก้ไขได้โดยอำนาจที่พิเศษที่ได้รับมาโดยตรงจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ฉะนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญปกติแต่อย่างใด

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมักถูกอธิบายว่าเป็นอำนาจที่ปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ทางกฎหมาย เนื่องจากการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางข้อเท็จจริงซึ่งถูกใช้ผ่านทางการปฏิวัติ ซึ่งมีได้เป็นการกระทำโดยอาศัยรากฐานทางกฎหมายใด ๆ อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่ได้เป็นอำนาจที่ล้นพ้น แต่เป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดโดยนักกฎหมายเหล่านี้อ้างหลักเกณฑ์ที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่จำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อาทิ กฎหมายธรรมชาติ หลักสิทธิมนุษยชน หรือหลักกฎหมายทั่วไป เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายของรัฐ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะถูกสิ่งที่ตนเองสร้างขึ้นกลับมาจำกัดขอบเขตของอำนาจตน สิ่งที่จะมาจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มีเพียงหลักเกณฑ์ที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเท่านั้น

สำหรับอำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมผ่านทางบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้อำนาจไว้ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการทำลายเจตนารมณ์ดั้งเดิมของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมย่อมต้องดำเนินการโดยอำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเท่านั้น ไม่สามารถใช้อำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแก่อำนาจที่รับมอบเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดบทบัญญัติกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรือกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

สำหรับสถานะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วมีแนวคิดที่สำคัญอยู่ 3 แนวคิด คือแนวคิดแรก เป็นแนวคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม เป็น

อำนาจดำรงอยู่ตลอดแม้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวคิดที่สอง เป็นแนวคิดที่เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมสลายไปนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ส่วนแนวคิดสุดท้าย เป็นแนวคิดในลักษณะของทางสายกลางที่อธิบายว่าทั้งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ทั้งอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังดำรงอยู่ทั้งสองอำนาจ

กำเนิดและพัฒนาการของข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำเนินควบคู่ไปกับข้อความคิดการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย ดังนั้น ประเทศตะวันตกทั้งหลายซึ่งจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นตามกระแสรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการรับรองหลักนิติรัฐ และให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองซึ่งเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น ข้อความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตกเหล่านี้จึงอธิบายว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม เมื่อนำคำอธิบายข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยจะเห็นได้ว่า คำอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ในประเทศไทยได้อย่างแจ่มชัดทั้งหมดด้วยคำอธิบายเดียว กล่าวคือ ข้อเท็จจริงอันเป็นสาเหตุในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับในประเทศไทยมิสามารถใช้คำอธิบายทางทฤษฎีเดียวอธิบายได้ ฉะนั้น จึงจำต้องแบ่งกลุ่มในการอธิบาย ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์สามารถแบ่งแยกประเภทอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นได้สามประเภท ได้แก่ ประเภทแรก พระมหากษัตริย์และคณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ประเภทที่สอง คณะรัฐประหารองค์เดียวเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ประเภทที่สาม พระมหากษัตริย์ คณะรัฐประหาร และประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จากข้อเท็จจริงในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเห็นได้ชัดมากกว่าสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นองค์กรหลักในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เนื่องจากภายหลังการลงคะแนนเสียงประชามติให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กระบวนการที่กำหนดแต่เดิม คือ พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏว่า พระมหากษัตริย์ไทยมิทรงเห็นด้วยในร่างรัฐธรรมนูญในบางประเด็นจึงโปรดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ ส่งผลให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เพื่อแก้ไขกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในเวลาต่อมา ลักษณะดังกล่าว ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐประหาร และประชาชนแต่ระหว่างผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยกัน ไม่ได้มีอำนาจในการกำหนดเจตจำนงในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเท่าเทียมกัน เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันจะเห็นได้ว่า องค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ สถาบันพระมหากษัตริย์ ส่วนประชาชนมีอำนาจน้อยที่สุด เนื่องจากมีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบเท่านั้น อีกทั้งร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนให้ความเห็นชอบอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีก หากพระมหากษัตริย์ทรงไม่เห็นชอบในร่างที่ผ่านประชามติ ประเด็นปัญหาอีกประการเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศไทย คือ เมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่ควบคู่กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ผู้เขียนเห็นว่า ทฤษฎีที่สามารถนำมาตอบคำถามนี้ได้ดีที่สุด คือ ทฤษฎีของ Burdeau กล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สิ้นสุดไป แต่หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงแผ่อยู่ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ โดยเฉพาะบทบัญญัติซึ่งกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่กำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบทเฉพาะกาล เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญไทยปัจจุบันจะเห็นได้ว่า บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 เป็นมาตราที่กำหนดให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงอยู่ในตำแหน่งจนกว่าจะมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ที่มาจากการเลือกตั้งเข้ามารับหน้าที่แทน และกำหนดให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและบทบัญญัติอันเกี่ยวเนื่องกับหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ยังคงมีผลบังคับได้ ดังที่กล่าวมาแล้ว พระมหากษัตริย์ คณะรัฐประหาร (คณะรักษาความสงบแห่งชาติ) และประชาชน เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกัน เนื่องจากมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งสามสถาบันมิได้มีความเท่าเทียมกันในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากประชาชนมิใช่ผู้มีอำนาจในการกำหนดเนื้อหาใด ๆ ในรัฐธรรมนูญทำได้เพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญจากการออกเสียงประชามติเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากสถาบันพระมหากษัตริย์และคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้ ย่อมต้องถือว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญหลักของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่อยู่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหลักและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงดำรงอยู่ตามบทเฉพาะกาลนี้ トラบใดที่ยังไม่มีการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ฉะนั้น การที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงใช้อำนาจออกคำสั่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 จึงเป็นการใช้อำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาตรา 44 จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ “...ให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำรวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด...” การกระทำดังกล่าวจึง

เป็นการกระทำที่อยู่กรอบของรัฐธรรมนูญ เช่น คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 24/2560 เรื่อง ให้งดเว้นการคัดเลือกหรือสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 23/2560 เป็นต้น

6.1.2 บทสรุปเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถสรุปได้ว่า หากรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่ไม่สามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด ๆ ได้เลย รัฐธรรมนูญฉบับนั้นย่อมเสี่ยงต่อการถูกยกเลิกหรือถูกล้มล้างเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิธีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการตีความบทบัญญัติเดิม แต่ให้ความหมายถ้อยคำเปลี่ยนแปลงไป จากการศึกษารูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งแยกประเภทได้เป็น 6 แบบ ดังนี้ รูปแบบแรก รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้วิธีการเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment) รูปแบบที่สอง รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้หลายรูปแบบ (Comprehensive Multi-Track Amendment) รูปแบบที่สาม รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) รูปแบบที่สี่ รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมหลายรูปแบบ (Restricted Multi-Track Amendment) รูปแบบที่ห้า รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษประการเดียว (Exceptional Single-Track Amendment) รูปแบบที่หก รูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพิเศษไว้หลายประการ (Exceptional Multi-Track Amendment)

เมื่อนำรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาวิเคราะห์รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย กล่าวได้ว่า รูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะถูกจัดอยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment)

จากการศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญพบว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหลายประเทศในโลกมีบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นสำคัญ ๆ อาทิ ห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมในรูปแบบและระบบรัฐบาล ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับโครงสร้างทางการเมือง ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอุดมการณ์พื้นฐานของรัฐหรือบทบัญญัติที่เป็นเอกลักษณ์ของรัฐ ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในรัฐ สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็

เช่นกัน มีการบัญญัติประเด็นห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 255 นอกจากการกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแล้ว จากการศึกษายังปรากฏถึงข้อจำกัดบางประการที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดห้ามอย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวศาลเป็นผู้แสดงให้เห็น อาทิ กรณีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951 (Southwest Case) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953 กรณีศาลสูงสุดของอินเดียคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ศาลสูงสุดของอินเดียสร้างแนวคิดที่เรียกว่า “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) ที่ยอมรับว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดแม้ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง (Implicit Limitation) ได้แผ่อิทธิพลไปยังประเทศอื่นด้วย เช่น ประเทศบังกลาเทศ ประเทศเคนยา กรณีประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศจีน หรือในกรณีศาลรัฐธรรมนูญประเทศโคลอมเบียในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญประเทศโคลอมเบียคดีที่ C-551/03 ศาลรัฐธรรมนูญโคลอมเบียได้นำ “หลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Basic Structure) ของประเทศอินเดียมาพัฒนาเป็น “หลักแห่งการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญเชิงเนื้อหาของศาล” (Constitutional Replacement Doctrine) ในกรณีของประเทศตุรกี ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีเห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้จำกัดเฉพาะเนื้อหาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงข้อจำกัดอื่นที่มิได้กำหนดในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (Spirit of the Constitution) สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หลักนิติธรรม ความเป็นรัฐประชาธิปไตย หลักสังคมนิยม (Social State) และความไม่เป็นรัฐศาสนา (Secularism) เป็นต้น ในกรณีของประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน ขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ยังปรากฏว่ามีการยอมรับถึงข้อจำกัดบางประการนอกเหนือจากที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังเช่น กรณีในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันทั้งฉบับและประวัติศาสตร์ไทย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการกระทบหลักการดังต่อไปนี้ได้ คือ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สิทธิขั้นพื้นฐานในความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามแก้ไขเป็นลายลักษณ์อักษร แต่องค์กรซึ่งมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวได้

6.2 ข้อเสนอแนะ

คำถามหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ยากจนอาจไม่สามารถแก้ไขได้ในทางปฏิบัติ ทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมตามยุคสมัยได้ ฉะนั้น รูปแบบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรูปแบบใดที่น่าจะเหมาะสมกับการปกครองของประเทศไทยมากที่สุด และเมื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือ การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยไม่กระทบสาระสำคัญที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง ในทางปฏิบัติ แม้ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญจะกำหนดข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ข้อห้ามดังกล่าวไม่อาจครอบคลุมบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญทั้งหมด ฉะนั้น คำถามสำคัญ คือ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญมีขอบเขตในการแก้ไขมากน้อยเพียงใด และองค์กรใดสมควรเป็นองค์กรที่ตรวจสอบการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ องค์กรดังกล่าวมีขอบเขตในการใช้อำนาจหรือไม่ และมีแค่ไหนเพียงใด ซึ่งจากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีปัญหาสำคัญหลายประการ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นเกี่ยวกับรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จากการวิเคราะห์รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จะเห็นได้ว่า รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังไม่มี ความยืดหยุ่นต่อการปรับตัวให้ทันความเปลี่ยนแปลงของกระแสความต้องการของพลเมืองรัฐเพียงพอ

เมื่อวิเคราะห์แนวคิดเชิงทฤษฎีแนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะพบเหตุผลสำคัญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ประการแรก รัฐธรรมนูญควรเป็นกฎหมายที่ยืดหยุ่นได้ เพื่อให้คนในรุ่นอนาคตสามารถจัดการกับความเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ในสังคม และประการที่สอง การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่ปรากฏขึ้นจากกาลเวลาหรือปรากฏขึ้นจากการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น อย่างไรก็ตาม ตามแนวคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ฝ่ายการเมืองดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจโดยอาศัยคะแนนข้างมากในสภา รัฐธรรมนูญจึงกำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงถูกกำหนดให้ยากกว่าการดำเนินการจัดทำกฎหมายธรรมดา

เมื่อศึกษาวิเคราะห์รูปแบบกระบวนการแก้ไขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 พบว่า กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญปัจจุบันมีความหลากหลายกว่ารัฐธรรมนูญไทยในอดีต แต่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญกลับมีขั้นตอนที่ยากที่สุดในบรรดารัฐธรรมนูญทั้งหมดที่เคยใช้บังคับในประเทศไทย กล่าวคือ เมื่อจัดระบบรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประเทศไทยตามที่ศึกษาในบทที่ 2 สามารถจัดรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันว่าอยู่ในรูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนดรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั่วไปใน (1)-(7) และกำหนดขั้นตอนเพิ่มเติมในการแก้ไขบางหมวดบางประเด็นใน (8) ในขณะที่รัฐธรรมนูญไทยทั้งหมดในอดีตจะมีรูปแบบการแก้ไขรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญวิธีการเดียว (Comprehensive Single-Track Amendment)

แต่เนื่องด้วยเงื่อนไขในการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 กำหนดมีเงื่อนไขดำเนินการยุ่งยากมากทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขยากมากในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในช่วงแรกที่รัฐธรรมนูญบังคับใช้ ลักษณะของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปราศจากการยืดหยุ่นเช่นนี้ย่อมทำให้โครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศไม่สามารถปรับเปลี่ยนตามบริบทสังคมและความต้องการของประชาชนที่มีลักษณะการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วมากในปัจจุบัน

การเขียนรัฐธรรมนูญในลักษณะผูกมัดประชาชนให้สถาบันทางการเมืองขาดสามารถในการปรับเปลี่ยนตนเองให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลง ย่อมส่งผลให้รัฐธรรมนูญไม่มีลักษณะเป็นเครื่องมือที่ดีในการแก้ไขปัญหาใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ กระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นกระบวนการที่ไม่สอดคล้องสถานการณ์ทางการเมืองไทยในปัจจุบัน ซึ่งรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมต่อประเทศไทย ได้แก่ รูปแบบรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษเพิ่มเติมอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตรา (Restricted Single-Track Amendment) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มากกว่ากระบวนการเดียว โดยกระบวนการรูปแบบแรกรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และรูปแบบเพิ่มเติมเป็นการกำหนดให้มีกระบวนการเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ กล่าวได้ว่า รูปแบบของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอยู่ในรูปแบบดังกล่าวแล้ว เพียงแต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมมีการกำหนดเงื่อนไขไว้มากปราศจากความยืดหยุ่น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8) จะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนด

ขั้นตอนเพิ่มเติมจากกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญปกติ ลักษณะของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญปราศจากความยืดหยุ่น

ผู้เขียนเห็นว่า การจัดโครงสร้างในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องจัดแบ่งโครงสร้างของรัฐธรรมนูญเป็นสามส่วนเพื่อจัดหมวดหมู่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นระบบเนื่องด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ละบทบัญญัติมิได้มีความสำคัญเท่าเทียมกัน การแก้ไขเพิ่มเติมควรมีความแตกต่างกันตามลำดับความสำคัญที่รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์คุ้มครอง ผู้เขียนขอเสนอให้มีการจัดระเบียบแบ่งแยกวิธีการแก้ไขมาตราต่าง ๆ ให้แตกต่างกันตามความสำคัญ ดังนี้

ส่วนแรก เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขไปกระทบสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองได้เลย ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคขั้นพื้นฐาน การรับรองอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากมีการเปลี่ยนแปลงข้อความของบทบัญญัติที่คุ้มครองหลักที่กล่าวมานี้ ย่อมเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

ลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นนี้ รวมไปถึงบทบัญญัติที่บัญญัติคุ้มครองหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาคุ้มครองหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำเนินการแก้ไขหรือถูกยกเลิกได้

รวมไปถึงบทบัญญัติที่บัญญัติกำหนดกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นส่วนที่ไม่สามารถดำเนินการเปลี่ยนแปลงวิธีดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เองได้ เนื่องจากบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเปรียบดังเครื่องมือในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้สามารถปรับตัวเองให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่แปรเปลี่ยนไปได้ และยังเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คอยคุ้มครองหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะคุ้มครองจากการใช้อำนาจของฝ่ายการเมืองมิให้ใช้เสียงข้างมากในสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจจนทำลายเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายการเมืองใช้อำนาจผ่านเสียงข้างมากในสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แก้ไขเพิ่มเติมง่ายขึ้น เพื่อดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามอำเภอใจของตนเอง ฉะนั้น การแก้ไขบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญเดิมและจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทน ดังนั้น ในส่วนบทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถให้ฝ่ายการเมืองแก้ไขวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้

ส่วนที่สอง เป็นบทบัญญัติมาตราแห่งรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญแต่ไม่ถึงระดับที่แก้ไขไม่ได้ อย่างเด็ดขาดเช่นส่วนแรก กล่าวคือ บทบัญญัติในส่วนนี้เป็นส่วนที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมยาก ได้แก่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะกระทบสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ไม่ใช่ลักษณะทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือหลักสิทธิมนุษยชนในลักษณะลดทอนหรือลดคุณค่าของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น ๆ การแก้ไขกระทบโครงสร้างอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลาย การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวนี้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่ต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่สาม

ส่วนที่สาม เป็นบทบัญญัติมาตราแห่งรัฐธรรมนูญส่วนที่สมควรที่จะมีความเป็นพลวัตรสูงและสอดคล้องกับสภาพสังคมที่แปรเปลี่ยนไป ส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่า สมควรให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญง่ายกว่าส่วนที่สองแต่ยากกว่าการจัดทำกฎหมายธรรมดา เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับจำนวนสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา คุณสมบัติและที่มาของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา จำนวนสมาชิกและคุณสมบัติของคณะรัฐมนตรี คุณสมบัติของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง การเพิ่มสิทธิเสรีภาพของประชาชน การแก้ไขแนวนโยบายแห่งรัฐ เป็นต้น

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นขอบเขตการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ประเด็นแรก คือ ปัญหาว่า องค์กรซึ่งมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือแก้ไขเรียงมาตรา หรือแก้ไขหลายครั้งแต่เป็นการแก้ไขทุกมาตราได้หรือไม่ ในการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 5 จะเห็นได้ว่า เป้าหมายของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือ เปลี่ยนแปลงข้อความในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อาจล้าสมัยไม่อาจบังคับใช้ได้ต่อไป บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญสมบูรณ์และใช้บังคับต่อไปได้กับคนทุกยุคทุกสมัย การแก้ไขย่อมไม่สามารถดำเนินแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับย่อมเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและทำฉบับใหม่ขึ้น การดังกล่าวเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น แม้ไม่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้าม การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับย่อมทำไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากปล่อยให้รัฐธรรมนูญไทยยังคงไม่มีบทบัญญัติห้ามโดยชัดแจ้ง ฝ่ายการเมืองอาจอาศัยช่องว่างดังกล่าวดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ดังที่เคยมีการเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับในประเทศมาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดให้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญถึงข้อจำกัดว่าญัตติเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับไม่สามารถดำเนินการได้

ในประเด็นที่สอง เมื่อพิจารณาขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญไทย ไม่ได้มีเพียงตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 เท่านั้น ดังที่

กล่าวมาแล้ว การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ การแก้ไขหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 255 การแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ทาลายโครงสร้างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐาน การคุ้มครองหลักประชาธิปไตย การคุ้มครองหลักนิติรัฐ หรือการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญเองก็ไม่สามารถทำได้ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกฝ่ายการเมืองอาศัยเสียงข้างมากในสภาดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำลายเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง สมควรที่จะบัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมประเด็นสำคัญที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เพื่อไม่ให้ฝ่ายการเมืองแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจ

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 194 วรรคหนึ่ง³³⁵ ที่บัญญัติกำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจพิพากษาคดีทั้งปวง ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลอื่น ๆ จะมีอำนาจในการพิพากษาคดีประเภทใด ย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะใช้อำนาจได้เท่าที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนดให้อำนาจเท่านั้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) กำหนดมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่า มีเนื้อหาขัดต่อข้อห้ามที่บัญญัติในมาตรา 255 หรือไม่ และให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบมีเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ร่างดังกล่าวต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) กับอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะในทางเนื้อหาเท่านั้น กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะมีอำนาจเฉพาะว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่ามีเนื้อหาขัดต่อข้อห้ามที่บัญญัติในมาตรา 255 หรือไม่ และให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบมีเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ร่างดังกล่าวต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบหรือไม่เท่านั้น

³³⁵ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

แม้ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาอาจอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 44³³⁶ การที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีลักษณะการตรวจสอบโดยปราศจากหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่ชัดเจน การส่งเรื่องมาที่ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ให้พิจารณาวินิจฉัยอาจเป็นการส่งเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญครอบจักรวาลอาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตีความกฎหมายโดยปราศจากความขัดแย้งในลักษณะมีข้อพิพาทของการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนด อาจก่อให้เกิดปัญหาว่า ในระหว่างการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประธานรัฐสภาเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามมาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำลังพิจารณาดังกล่าวจะต้องไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวออกมาแล้ว เป็นการตัดสินใจในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 256 (9) หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสมควรกำหนดให้ชัดเจน เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ การกำหนดอำนาจพิจารณาวินิจฉัยไว้คลุมเครือย่อมมีโอกาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสถาปนาอำนาจมากจนปราศจากขอบเขตจำกัด จนอาจทำลายหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญเอง แม้ว่าอำนาจในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจทั่วไปในการดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ดังนั้น แม้มาตรา 256 (9) ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจในการตรวจสอบได้ แต่การไม่บัญญัติอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญให้ครบทุกประการอย่างชัดเจน อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอาจถูกโต้แย้งเป็นประเด็นทางการเมืองเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาล เพื่อป้องกันการโต้แย้งในประเด็น

³³⁶ การยื่นขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (2) ต้องเป็นปัญหาซึ่งเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจที่เกิดขึ้นแล้ว โดยในกรณีที่ปัญหานั้นเกิดขึ้นกับหน่วยงานใด ให้หน่วยงานนั้นเป็นผู้มีสิทธิยื่นหนังสือต่อศาลขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่ปัญหาดังกล่าวโต้แย้งระหว่างหน่วยงาน ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีสิทธิยื่นหนังสือต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย

ดังกล่าว ผู้เขียนเสนอให้ กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนเช่นเดียวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามมาตรา 148

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่สามารถถูกเปลี่ยนแปลงกระบวนการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ ดังนั้น ข้อเสนอของผู้เขียน จึงไม่ใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 255 หรือมาตรา 256 แต่เป็นกรณีหากมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ผู้เขียนต้องการเสนอให้กำหนดรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญควรกำหนดกระบวนการให้มีความยืดหยุ่นและปรับเปลี่ยนได้ตามบริบทของคนในสังคมที่แปรเปลี่ยนไป กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ควรง่ายเกินไปเพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายการเมืองอาศัยเสียงข้างมากในสภาเปลี่ยนแปลงกติกาพื้นฐานในการปกครองของประเทศ โดยอาจจะละเลยความเห็นของเสียงข้างน้อยและประชาชนซึ่งอยู่นอกสภา หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ทางการเมืองของบรรดาพรรคการเมืองทั้งหลายแต่ประชาชนเสียประโยชน์ อย่างไรก็ตาม การกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ไม่ควรยากมากเกินไปจนพ้นวิสัยที่จะเปลี่ยนแปลงใด ๆ ได้เลยดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้เขียนจึงร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการและขอบเขตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา.... การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ก็แต่โดยหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ การเปลี่ยนแปลงกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา...นี้ เปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทำลายหลักพื้นฐานเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิมนุษยชน เปลี่ยนแปลงหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย เปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หรือเปลี่ยนแปลงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จะเสนอมิได้

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(4) ในกรณีญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมหมวด...บททั่วไป หมวด...พระมหากษัตริย์ หมวด...ศาลหรือหมวด...องค์กรอิสระ ให้การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตาม (4) แล้ว ให้ประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมส่งให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อดำเนินการให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งให้ความเห็นชอบด้วยการลงประชามติก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

(5) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (3) และผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจากการจัดให้มีการออกเสียงประชามติตาม (4) ให้รอไว้สิบวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย.....

(6) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (5) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิ

เข้าซื้อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (5) ขัดต่อหลักการที่บัญญัติห้ามในมาตรา... (1) หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

หากดำเนินการร่างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่เสนอข้างต้น ซึ่งเป็นการกำหนดรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มากกว่าหนึ่งวิธีโดยกำหนดวิธีการแก้ไขให้เข้ากับสำคัญของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่น สามารถปรับตัวเข้ากับสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไปได้ดี แต่ก็ไม่ได้ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมง่ายจนฝ่ายการเมืองสามารถอาศัยเสียงข้างมากในสภามาแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ส่วนตนและพวกพ้องได้โดยง่าย ย่อมมีส่วนในการลดความขัดแย้งทางการเมืองอันเกิดมาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

อีกทั้งการบัญญัติกำหนดขอบเขตอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีขอบเขตที่ชัดเจนจะทำให้ฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญและองค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรับรู้ถึงขอบเขตในการใช้อำนาจของตน ส่งผลให้ความขัดแย้งทางการเมืองอันเนื่องมาจากการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญจะลดน้อยลง การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครอบคลุมมากขึ้น แต่มีความชัดเจน ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญดำรงตนอยู่ในขอบเขตทางกฎหมายที่ชัดเจนในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยไม่เข้าไปแทรกแซงตรวจสอบควบคุมการกระทำทางรัฐบาลอันก่อให้เกิดความขัดแย้งในทางการเมืองในลักษณะที่องค์กรตุลาการร่วมเป็นคู่ขัดแย้งเอง

บรรณานุกรม

- กองจดหมายเหตุแห่งชาติ เอกสาร ร. 7 สป. 2.47/32 เล่ม 3 บันทึกเรื่องการปกครอง 23 กรกฎาคม-1 สิงหาคม 2469. อ้างถึงใน เสน่ห์ จามริก. **การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพมหานคร: มุลินีโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549.
- กัญญา นะรา. **รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง: ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- คณะกรรมการจัดทำประมวลสรุปสาระสำคัญจากคำอภิปรายของสมาชิกวุฒิสภาในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช **วุฒิสภากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (เจตนารมณ์ที่มาของร่างรัฐธรรมนูญ).** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555.
- คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ. **เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เล่ม 4.** กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, 2558.
- ชมพูนุช ตั้งถาวร. **กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชัยอนันต์ สมุทรวณิช. **การเคลื่อนไหวทางความคิดประชาธิปไตยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475. ใน การเมือง-การปกครองของไทยสมัยใหม่: รวมงานวิจัยทางประวัติศาสตร์และรัฐศาสตร์.** กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.
- ชัยอนันต์ สมุทรวณิช. **ปาฐกถาหน้า คณะ ร.ศ. 130 กับคณะราษฎร. ใน จาก 100 ปี ร.ศ. 130 ถึง 80 ปี ประชาธิปไตย.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2557.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

- ฐาการ จุลินทร. รายงานการศึกษาเรื่อง การกำหนดกฎหมายเทียบบาลในรัฐธรรมนูญไทย.
กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานวิจัยและพัฒนา สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภา
ผู้แทนราษฎร, 2557.
- ฐาการ ศิริฤทธิ์วัฒนา. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบ
ประชาธิปไตย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- เดือน บุนนาค. การแยกอำนาจ (Séparation des Pouvoirs). วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 9, 4 (ธันวาคม 2521): 78-100.
- ธงชัย วินิจจะกุล. ประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์อยู่เหนือการเมือง. นนทบุรี: ฟาเดียวกัณ, 2556.
- ธงทอง จันทรางศุ. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ.
กรุงเทพมหานคร: เอส.ซี.พริ้นท์แอนด์แพค, 2548.
- ธงทอง จันทรางศุ. สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง
พระมหากษัตริย์. นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552.
- ธัชชา ร่มรื่นสุขารมย์. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 14, 3 (กันยายน 2529): 75-83.
- ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า,
2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทย
ภายใต้กรอบทิศทางการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. สถาบันพระมหากษัตริย์ในโลกยุคใหม่. ค้นวันที่ 27 กรกฎาคม 2557 จาก
www.oknation.net/blog/print.php?id=152611 อ้างถึงใน ปรีชา หงส์ไกรเลิศ.
สถาบันพระมหากษัตริย์กับสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.
- นิยม รัฐอมฤต. การปกครองระบอบประชาธิปไตยในนานาประเทศ. กรุงเทพมหานคร:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. การใช้สิทธิของประชาชนในการฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ
2560. ใน รัฐธรรมนูญ 60: 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความทางวิชาการ เนื่อง
ในโอกาสครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์. กรุงเทพมหานคร:
โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เรื่อง 4 ศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: องค์การค่าของครุสภา, 2544.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **เอกสารวิชาการส่วนบุคคล ความสัมพันธ์ระหว่างหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติธรรม (นิติรัฐ)**. ค้นวันที่ 13 กรกฎาคม 2560 จาก http://www.constitutional-court.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=8871

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 4: รัฐ**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **การปฏิรูปการเมืองภายใต้หลักนิติธรรม. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ**. 16, 47 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557): 6-20.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **วัฒนธรรมไทยกับความผิดฐานหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เอกลักษณะของประชาธิปไตยไทยในกระแสประชาธิปไตยโลก. จุลนิติ**. 6, 3 (พฤษภาคม- มิถุนายน 2552): 38-46.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540). วารสารราชบัณฑิตยสถาน**. 24 (ตุลาคม 2541-มกราคม 2542): 48-55.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร. **สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย**. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2555.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชาญชัย แสวงศักดิ์. **การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส: ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 19, 1 (มีนาคม 2534): 1-29.

เบเกอร์, คริส และผาสุก พงษ์ไพจิตร. **ประวัติศาสตร์ไทยร่วมสมัย**. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2557.

ประณต นันทิยะกุล. **การเมืองการปกครองอินเดีย**. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

ประมวล รุจนเสรี. **พระราชอำนาจ**. กรุงเทพมหานคร: สุเมธ รุจนเสรี, 2548.

ปรีชา หงส์ไกรเลิศ. **สถาบันพระมหากษัตริย์กับสังคมไทย**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.

ปรีดี พนมยงค์. ข้อสังเกตบางประการของปรีดี พนมยงค์เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2517. ใน **รวมบทความบางเรื่องของปรีดี พนมยงค์ เกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตยและการร่างรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สันติธรรม, 2518.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การต่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ**. ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของ Carl Schmitt. **รัฐศาสตร์สาร**. 35, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2557): 93-125.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. **รัฐธรรมนูญ: ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน**. นนทบุรี: ฟาเดียวกัน, 2559.

ปุนเทพ ศิริบุษงค์. **การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ**. รายงานการวิจัย เสนอคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555. ค้นวันที่ 7 เมษายน 2559 จาก <http://documents.tips/documents/5566bee3d8b42aac288b4964.html>

พรณรงค์ ศรีตระกูล. **กระบวนการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534. **ราชกิจจานุเบกษา**. ฉบับพิเศษ 108, 216 (9 ธันวาคม 2534): 1-80.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. **ราชกิจจานุเบกษา**. 114, 55ก (11 ตุลาคม 2540): 1-99.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 **ราชกิจจานุเบกษา**. 124, 47ก (24 สิงหาคม 2550): 1-127.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560. **ราชกิจจานุเบกษา**. 134, 40ก (6 เมษายน 2560): 1-90.

พูนศักดิ์ ใสสารวจ. **รูปแบบและวิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

ไพบูรณ์ วราหะไพฑูรย์. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญ**. นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง, 2552.

ไพโรจน์ ชัยนาม. **รัฐธรรมนูญ บทกฎหมาย และเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519.

ไพโรจน์ ชัยนาม. **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

โกคิน พลกุล. **ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย**. กรุงเทพมหานคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529.

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554**. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.

รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) วันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2540.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 1/2475 วันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475.

ลัดดาวัลย์ สินธุรักษ. **พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยไทย**.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ. ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์**.

กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: อานกฎหมาย, 2561.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **หลักการตีความกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: กลุ่มผู้เชี่ยวชาญคดีและวิชาการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

วรารักษ์ เฉลิมพันธุ์ศักดิ์. 24 มิถุนายน 2475 ในกระแสการเปลี่ยนแปลงโลก. **จุลสารหอจดหมายเหตุธรรมศาสตร์**. 16 (มิถุนายน 2555-พฤษภาคม 2556): 38-57.

วิชญ์ เครื่องงาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530.

วิชญ์ เครื่องาม. **ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

ศราวุฒิ วิสาพรหม. **ราษฎรสามัญ หลังวันปฏิวัติ 2475**. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2559.

สถาบันดำรงราชานุภาพ. **คู่มือการขับเคลื่อนการพัฒนาประเทศตามโครงการไทยนิยมยั่งยืน**.
ค้นวันที่ 13 กรกฎาคม 2560 จาก <http://www.stabundamrong.go.th/web/thainiyom/manual.pdf>

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **รายงานวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

สถิตย์ ถิมพงศ์พันธุ์. แนวความคิดสั้น ๆ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ รัฐธรรมนูญ และประชาชน. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 9, 3 (ธันวาคม 2524): 10-15.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

สิงห์ฐาน จันทรา. **อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556.

สุรชาติ บำรุงสุข. **จุดสสารความมั่นคงศึกษา ฉบับที่ 151 การปฏิรูปในเอเชีย: มุมมองประวัติศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร: โครงการความมั่นคงศึกษา, 2558.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2544.

สุรริรัตน์ ประจักษ์ปัจฉิม. ศาลรัฐธรรมนูญ. **วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช**. 9, 2 (ธันวาคม 2540): 48-49.

เสน่ห์ จามริก. **การเมืองไทยกับการพัฒนาการรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2549.

หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

อดุล วิเชียรเจริญ. ร้อยต่างในทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทย. **รัฐสภาสาร**. 39, 6 (มิถุนายน 2534): 69-71.

- อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ และคณะ. รายงานการวิจัย ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2547.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 1 (มีนาคม 2550): 28-50.
- Albert, Richard. Constitutional Disuse or Desuetude. **Boston University Law Review**. 94 (2014).
- Albert, Richard. Constitutional Handcuffs. **Arizona State Law Journal**. 42 (2010).
- Albert, Richard. The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada. **Alberta Law Review**. 35, 1 (May 2015): 85-113. Retrieved April 27, 2016 from <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1983&context=lsfp>
- Albert, Richard. Nonconstitutional Amendment. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**. 22 (2009).
- Albert, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**. 49 (January 2014): 913-975. Retrieved April 28, 2016 from <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1928&context=lsfp>
- Albert, Richard. The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada. **Queen's Law Journal**. (January 2016).
- Albert, Richard. The Unamendable Core of the United State Constitution. In Koltay, Andras, ed. **Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression**. (2015). Retrieved April 28, 2016 from <https://ssrn.com/abstract=2601646>
- Alexandrowicz, Charles Henry. **Constitutional Development in India**. Bombay: Oxford University Press, 1957.
- Baranger, Denis. Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof). **Israel Law Review**. 44 (2011).
- Basu, Durga Das. **Introduction to the Constitution of India**. Delhi: Lexis Nexis, 2011.

- Beaud, Olivier. **La Puissance de L'Etat**. Paris: Presses Universitaire de France, 1994.
- Beaud, Olivier. L'Histoire du Concept de Constitution en France. De la Constitution Politique à la Constitution Comme Statut Juridique de L'État. **Revue Jus Politicum**. 3 (2009): 1-29.
- Bédarrides, Edouard. **Reviser la Constitution: Une Histoire Constitutionnelle Française**. Doctoral dissertation, Université de Bourgogne, Dijon, 2014.
- Bernal, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. **International Journal of Constitutional Law**. 11, 2 (2013): 339-357.
- Bigaut, Christian. La Constitution Demeure la Norme Suprême: Le Pouvoir Constituant est Souverain. **La Revue Administrative**. 56e, 336 (November 2003): 605-608.
- Bodineau, Pierre and Verpeaux, Michel. **Que sais-je?: Histoire Constitutionnelle de la France**. Paris: PUF, 2016.
- Bonnard, Roger. **Les Actes Constitutionnels de 1940**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1942. Retrieved July 10, 2016 from <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k936114c/f61.item.zoom>
- Boyron, Sophie. **The Constitution of France: A Contextual Analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Burdeau, Georges. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.
- Burdeau, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- Burgess, John. **Political Science and Comparative Constitutional Law Vol. 1**. Boston: Ginn & Company, 1891. quoted in Albert, Richard. The theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada. **Queen's Law Journal**. (January 2016).

- Colón-Ríos, Joel. Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America. **Victoria University of Wellington Legal Review**. 44 (2013): 521-534.
- Congleton, Roger D. and Swedenborg, Birgitta. **Democratic Constitutional Design and Public Policy**. Cambridge: MIT Press, 2006. quoted in Albert, Richard. The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada. **Queen's Law Journal**. (January 2016).
- Conseil Constitutionnel. **Référendum sur le Quinquennat**. Retrieved May 30, 2018 www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/dossiers-thematiques/2000-referendum-sur-le-quinquennat/referendum-sur-le-quinquennat.16335.htm
- Contiades, Xenophon and Fotiadou, Alkmene. Models of Constitutional Change. **Engineering Constitutional Change: A comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**. Xenophon Contiades ed., 2013. quoted in Albert, Richard. The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**. 49 (January 2014): 913-375.
- Coy, Jason P. **A Brief History of Germany**. New York: Maple Press, 1970.
- Crick, Bernard. **Democracy: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Datar, Arvind P. Our Constitution and its Self-Inflicted Wounds. **Indian Journal of Constitutional Law**. (2014).
- Davidson, Ian. **The French Revolution: From Enlightenment to Tyranny**. London: Profile Books, 2017.
- Dellinger, Walter. The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. **Harvard Law Review**. (1983): 386-403. quoted in Gözler, Kemal. **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**. Bursa: Ekin Press, 2008.
- The Editors of Encyclopædia. **Britannica, Coup of 18–19: Brumaire French History [1799]**. Retrieved July 10, 2016 from <https://www.britannica.com/event/Coup-of-18-19-Brumaire>

- Elster, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge University Press, 2000. quoted in Albert, Richard The Structure of Constitutional Amendment Rules. **Wake Forest Law Review**. 49 (January 2014): 913-975.
- Favoreu, Louis. **Les Cours Constitutionnelles «Que sais-je?»**. Paris: P.U.F, 1986.
- Favoreu, Louis et al. **Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2013.
- Fellmeth, Aaron X. and Horwitz, Maurice. **Guide to Latin in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Garlicki, Lech and Garlicka, Zofia. External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference. **Israel Law Journal**. 44 (2011): 343-368.
- Ginsburg, Tom; Elkins, Zachary and Melton, James. Baghdad, Tokyo, Kabul: Constitution Making in Occupied States. **William and Mary Law Review**. (2007).
- Goerlich, Helmut. Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendment and Article. **NUJS Law Review**. 1 (2008): 397-415.
- Gözler, Kemal. **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**. Bursa: Ekin Press, 2008.
- Gözler, Kéral. **Le Pouvoir de Révision Constitutionnelle**. Villeneuve d'Ascq: Presses Universitaires du Septentrion, 1997.
- Hasebe, Yasuo. Constitutional Borrowing and Political Theory. **International Journal of Constitutional Law**. 1, 2 (2003): 224-243.
- Hasebe, Yasuo. **Imposed Constitutions**. Retrieved April 13, 2016 from http://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0018/2007603/flyer-Yasuo-Hasebe-040716.pdf
- Heun, Werner. **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Jouanjan, Olivier. Histoire de la Science du Droit Constitutionnel. **Traité International de Droit Constitutionnel Tome I: Théorie de la Constitution**. Paris: Dalloz, 2012.

- Klein, Claude and Sajó, András. **Constitution-Making: Process and Substance. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Third edition, Revised and Expanded.** Durham-London: Duke University, 2012.
- Lepsius, Olivier. **Le Contrôle par la Cour Constitutionnelle des Lois de Revision Constitutionnelle Dans la République Fédérale d'Allemagne. Cahier du Conseil Constitutionnel.** 27 (Janvier 2010). Retrieved May 30, 2018 from <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique-federale-d-allemande.51426.html>
- Lijphart, Arend. **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries.** New Haven: Yale University Press, 2012.
- Loughlin, Martin. **The Concept of Constituent Power. European Journal of Political Theory.** 13, 2 (2014): 218-237. Retrieved April 6, 2016 from <http://ept.sagepub.com/content/early/2013/05/22/1474885113488766.full.pdf+html>
- MacGregor, Neil. **Germany: Memories of the Nation.** London: Penguin Books, 2016.
- Malberg, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État: Spécialement D'Après les Données Fournies par le Droit Constitutionnel Français Tome Deuxième.** Paris: Sirey, 1922.
- Markovits, Inga. **Constitution Making after National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990. William & Mary Law Review.** 49, 4 (2008): 1307-1346.
- Marti, Gaëlle. **Le Pouvoir Constituant Européen.** Doctoral dissertation, Université Nancy, 2008.
- Morse, Howard Newcomb. **May an Amendment to the Constitution be Unconstitutional?. Dickinson Law Review.** 53 (1948): 199-200.
- Narain, Yogendra. **An Introduction to Paliament of India.** New Delhi: Rajya Sabha Secretariat, 2007.

- Negri, Antonio. **Le Pouvoir Constituant: Essai Sur les Alternatives de la Modernité.** Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- Noel, Johanna. **Pour Une Analyse Épistémologique de la Querelle Autour de L'article 11: De la Dénonciation à la Réhabilitation D'une Violation de la Constitution.** Retrieved June 13, 2016 from http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-noel_T2.pdf
- Orfield, Lester Bernhardt. **The Amending of the Federal Constitution.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 1942.
- Pactet, Pierre and Mélin-Soucramanien, Ferdinand. **Droit Constitutionnel.** Paris: Sirey, 2012.
- Patterson, Edwin W. Hans Kelsen and His Pure theory of Law. **California Law Review.** 40 (1952).
- Pfersmann, Otto. De L'Impossibilité du Changement de Sens de la Constitution. **Mélanges en L'Honneur de Pierre Pactet: L'Esprit des Institutions, L'Equilibre des Pouvoirs.** (2003).
- Le Pilloue, Arnaud. **De la Révision à l'Abrogation de la Constitution: Les Termes du Débat.** Lus Politique: Jus Politicum - Autour de la Notion de Constitution, 2009.
- Rana, Vikram. **The Making of the Indian Constitution.** Retrieved June 21, 2017 from <http://www.historydiscussion.net/essay/themaking-of-the-indian-constitution/2113>
- Renoux, Thierry S. and de Villiers, Michel. **Code Constitutionnel.** Paris: Litec, 2011.
- Roberts, Geoffrey K. and Jones, Bill. **Germany Politics Today.** Manchester: Manchester University Press, 2016.
- Roznai, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.** Doctoral dissertation, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2014.
- Sharma, Brij Kishore. **Introduction to the Constitution of India.** 7th ed. New Delhi: PHI Learning, 2015.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état ?.** 6 (1970).

Skinner, George D. Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment.

Michigan Law Review. 18, 3 (1920): 220-221. Retrieved June 5, 2016 from

http://www.jstor.org/stable/1277271?seq=1#page_scan_tab_contents

Thiruvengadam, Arun K. **The Constitution of India: A Contextual Analysis.** Oxford:

Hart, 2017.

Voskuhle, Andreas. **Germany's Basic Law is a Flexible Yet Stable Constitution.**

Retrieved August 27, 2018 from [https://www.dw.com/en/germanys-basic-](https://www.dw.com/en/germanys-basic-law-is-a-flexible-yet-stable-constitution/a-38942557)

[law-is-a-flexible-yet-stable-constitution/a-38942557](https://www.dw.com/en/germanys-basic-law-is-a-flexible-yet-stable-constitution/a-38942557)

Wheare, Kenneth Clinton. **Federal Government.** London: Oxford University Press,

1963.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นายวศิน ยิ้มแย้ม

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2545

นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2549

ประสบการณ์การทำงาน

พ.ศ. 2552 – ปัจจุบัน

อาจารย์ประจำ ภาควิชานิติศาสตร์

คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์

มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่