



ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดย

นายณัฐปคัลภ์ ลาขโรจน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดย

นายณัฐปคัลภ์ ลาขโรจน์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



LIMITATIONS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT

BY

MR. NATPAKHAN LATCHAROJANA



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์

เรื่อง

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

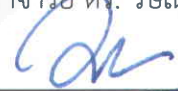
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรัญญู)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์




(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
ชื่อผู้เขียน	นายณัฐปศัลภ์ ลาชโรจน์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะเฉพาะตัว กล่าวคือ เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองที่มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม แต่ก็มีสถานะสูงกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญทั่ว ๆ ไป เช่น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญเหล่านั้นได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องถูกจำกัดภายใต้ขอบเขตบางประการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็ไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากแต่จะต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีดังกล่าว ตลอดจนระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศด้วยเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญในระบบรวมอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบภาคพื้นยุโรปนั้น หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจในกรณีดังกล่าวเอาไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จำกัดและเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้เท่านั้น กระนั้นก็ดี การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการไม่ใช่การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงรูปแบบเดียวเท่านั้น ยังมีการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบอื่น ๆ อีกที่สามารถนำมาใช้

กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น การควบคุมตรวจสอบภายในโดยผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ หรือการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองโดยประชาชน

ท้ายที่สุดแล้ว ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่สิ่งที่จะต้องดำรงอยู่ไปชั่วนิรันดร์โดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เลย ข้อจำกัดเหล่านี้ย่อมสามารถถูกล้มล้างได้เสมอด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งเป็นอำนาจที่สร้างมันขึ้นมาตั้งแต่แรกและยังเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่อยู่นอกระบบกฎหมาย การใช้อำนาจดังกล่าวจึงไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อล้มล้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ต้องถือว่าเป็นการกระทำในทางการเมืองโดยแท้และมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ไม่มีความต่อเนื่องในทางกฎหมายจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิมหลงเหลืออยู่เลย เนื่องจากการแทนที่ระบอบรัฐธรรมนูญเดิมด้วยระบอบรัฐธรรมนูญใหม่

คำสำคัญ: การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ, อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ, ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

Thesis Title	LIMITATIONS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT
Author	Mr. Natpakhan Latcharojana
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

Based upon the idea of constituent power, the amendment power is deemed to be very unique. It is hierarchically lower than the constituent power but at the same time higher than the constituted power like the legislative, executive, or judicial powers. This kind of unique power therefore is able to change scope of powers prescribed by the Constitution with some limitations known as “constitutional amendment limitations.” If found that amendments violate such limitations they are unconstitutional.

The judiciary per se has no power to review constitutional amendments although there is the idea of constitutional amendment limitations. In other words, without explicit constitutional provisions giving the reviewing power courts especially constitutional courts, the specific jurisdiction court, cannot hold any constitutional amendments unconstitutional. Not limited to judicial review the head of state as well as people, however, can also play important roles to control constitutional amendments through his veto, their elections, and so forth.

In my point of view limitations on constitutional amendment under constitutional provisions are not eternal. Rather they can be always revised or even repealed by the constituent power as the supreme power beyond the Constitution. In another sense the constituent power can eliminate limitations set by the Constitution to establish a new political regime via a new Constitution.

Keywords: Constitutional amendment, Constituent power, Amendment power, Constituted power, Limitations on constitutional amendment, Unconstitutional constitutional amendment, Judicial review of constitutional amendments



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความช่วยเหลือและความกรุณาของผู้มีพระคุณหลาย ๆ ท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์ได้ให้คำแนะนำและคำปรึกษาที่เป็นประโยชน์ ตลอดจนให้ความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องตามหลักวิชา พร้อมทั้งให้อิสระทางวิชาการแก่ผู้เขียนอย่างเต็มที่ในการแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นปัญหาต่าง ๆ อีกทั้งยังกรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านในการตรวจสอบ แก้ไข และชี้แนะข้อบกพร่องต่าง ๆ อย่างละเอียด แม้ท่านอาจารย์จะอยู่ในช่วงเวลาที่ยากลำบากจากการถูกคุกคามอย่างไม่เป็นธรรมโดยอำนาจเผด็จการก็ตาม ผู้เขียนขอระลึกถึงความกรุณาอย่างสูงนี้ไว้ตลอดไป

ผู้เขียนขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรรณัญญ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์นับว่าเป็นครูคนแรกที่ทำให้ผู้เขียนได้รู้จักกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล และอาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้ข้อชี้แนะ ข้อสังเกต และข้อคิดเห็นต่อประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่ผู้เขียนยังขาดตกบกพร่องอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านอาจารย์ ดร. พรสันต์ ที่กรุณาช่วยตรวจทานบทคัดย่อภาษาอังกฤษของผู้เขียนอย่างละเอียด จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ท้ายที่สุด ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้โอกาสและสนับสนุนผู้เขียนในด้านการศึกษามาตลอดนับตั้งแต่ผู้เขียนจำความได้ และเป็นกำลังใจสำคัญให้ผู้เขียนพยายามตั้งใจทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ ตลอดจนขอขอบคุณเพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ และผู้ที่เกี่ยวข้องอีกหลายท่าน ที่มีได้เอ่ยนามไว้ ณ ที่นี้ สำหรับกำลังใจ คำแนะนำ คำปรึกษา และความช่วยเหลือทั้งหลายที่มอบให้แก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอดจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะก่อประโยชน์อันใดแม้เพียงน้อยนิดต่อวงวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดนั้นให้แก่บิดา มารดา ครูบาอาจารย์ เพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ของผู้เขียนทุกท่าน ตลอดจนท่านอาจารย์ผู้มีอุปการคุณในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ได้เอ่ยนามข้างต้น แต่หากมีความผิดพลาดบกพร่องไม่ถูกต้องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	1
1.1 ความหมายและประเภทของรัฐธรรมนูญ	1
1.1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ	3
1.1.1.1 รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง	3
1.1.1.2 รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ	4
1.1.1.3 รัฐธรรมนูญในความหมายทางอุดมคติ	4
1.1.2 ประเภทของรัฐธรรมนูญ	5
1.1.2.1 รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกับรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร	5
1.1.2.2 รัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยวกับรัฐธรรมนูญของรัฐรวม	8
1.1.2.3 รัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายกับรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก	9
1.2 ความหมายและความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	11
1.2.1 ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	15
1.2.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป	16
(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ	17
(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา	17
1.2.1.2 การยกเลิกรัฐธรรมนูญ	17
(1) การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางตามกฎหมาย	18
(2) การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ	20
1.2.2 ความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	20

1.3 อำนาจที่ใช้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญและอำนาจรัฐ	24
1.3.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	24
1.3.1.1 ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	26
(1) อำนาจแรกเริ่ม	26
(2) อำนาจที่เป็นอิสระ	27
(3) อำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด	27
1.3.1.2 ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	30
1.3.1.3 กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	32
(1) การทำลายรัฐธรรมนูญเดิม	34
(2) การก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่	38
1.3.2 อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ	42
1.3.2.1 การแบ่งแยกอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	42
1.3.2.2 ลักษณะของอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ	43
1.3.2.3 ผลทางกฎหมายของอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ	43
บทที่ 2 ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	45
2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	45
2.1.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	46
2.1.1.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	46
2.1.1.2 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ	47
2.1.1.3 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะเฉพาะตัว	47
2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	49
2.1.2.1 แนวความคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่อย่างถาวร	50
2.1.2.2 แนวความคิดการเปลี่ยนรูปของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	50
2.1.2.3 แนวความคิดการดำรงอยู่เคียงคู่กันของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	51

2.1.3 การแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญ	52
2.1.3.1 หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ	53
2.1.3.2 หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา	55
2.1.3.3 หลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ	58
2.1.4 ผู้ทรงอำนาจและรูปแบบการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	59
2.1.4.1 การให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	60
2.1.4.2 การให้สภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเต็มหรือมีอำนาจเฉพาะ เจาะจงทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	60
2.1.4.3 การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในกระบวนการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	60
2.2 ที่มาทางทฤษฎีของแนวคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	61
2.3 ประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	64
2.3.1 ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ	65
2.3.2 ข้อจำกัดในทางเนื้อหา	67
2.3.3 ข้อจำกัดในทางเวลา	71
2.3.3.1 ระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้แน่นอน	71
2.3.3.2 สถานการณ์พิเศษ	71
2.3.3.3 การห้ามไม่ให้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกปฏิเสธ	72
2.4 ข้อถกเถียงในทางทฤษฎีเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	74
2.4.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหา	75
2.4.1.1 ข้อโต้แย้งต่อความชอบธรรมของการดำรงอยู่ของข้อจำกัด ในทางเนื้อหา	76
(1) ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจขัดขวางไม่ให้คนรุ่นต่อไปได้แก้ไข ปรับปรุงกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองของตน	76
(2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิก รัฐธรรมนูญโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ	79
2.4.1.2 ข้อโต้แย้งต่อรูปแบบของการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหา	82
2.4.2 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหา	84

บทที่ 3 ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ	89
3.1 รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไป	90
3.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติ	91
3.1.1.1 การริเริ่ม	93
3.1.1.2 การพิจารณา	99
3.1.1.3 การให้ความเห็นชอบ	101
3.1.2 การให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้าย โดยองค์กรอื่น	104
3.1.2.1 การลงประชามติ	105
3.1.2.2 การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง	107
3.1.2.3 การให้สัตยาบันโดยมลรัฐ	108
3.2 รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษ	109
3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วนกับการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญทั้งฉบับ	110
3.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือ หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ	114
3.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้น เพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ	116
บทที่ 4 ข้อจำกัดในทางเนื้อหา	118
4.1 ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง	120
4.1.1 รูปแบบของรัฐ	121
4.1.1.1 รูปแบบของรัฐในแง่ประมุขของรัฐ	122
4.1.1.2 รูปแบบของรัฐในแง่โครงสร้างอำนาจรัฐ	123
4.1.2 ระบอบการปกครอง	125
4.1.3 อุดมคติหรืออัตลักษณ์พื้นฐานของรัฐ	128
4.1.4 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน	129
4.1.5 บุรณภาพแห่งรัฐ	130

4.1.6 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	130
4.1.7 หลักการเฉพาะอื่น ๆ	131
4.2 ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย	131
4.2.1 แนวความคิดทางทฤษฎีที่สนับสนุนการดำรงอยู่ของข้อจำกัด ในทางเนื้อหาโดยปริยายและข้อโต้แย้ง	132
4.2.1.1 ทฤษฎีการตีความคำว่า “แก้ไขเพิ่มเติม”	133
4.2.1.2 ทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ	135
4.2.1.3 ทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญ	137
4.2.2 แนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของข้อจำกัด ในทางเนื้อหาโดยปริยาย	141
4.2.2.1 ประเทศที่ยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย	141
4.2.2.2 ประเทศที่ปฏิเสธการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย	149
บทที่ 5 การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัด ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	152
5.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	153
5.1.1 ข้อเสนอแนะต่อการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ	153
5.1.2 ข้อโต้แย้งต่อการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ	159
5.1.3 ความชอบธรรมของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ	166
5.2 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	171
5.2.1 กรณีรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ	172
5.2.1.1 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	173
5.2.1.2 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	175

5.2.2 กรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ	177
5.2.2.1 ระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	178
5.2.2.2 ระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	179
(1) ประเทศที่องค์กรตุลาการยืนยันว่าไม่มีเขตอำนาจ	182
(2) ประเทศที่องค์กรตุลาการยืนยันว่ามีเขตอำนาจ	185
5.3 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการ	189
5.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ	190
5.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา	200
 บทที่ 6 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย	 213
6.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย	213
6.1.1 รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	214
6.1.1.1 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475	214
6.1.1.2 ธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวภายหลังการรัฐประหาร	217
6.1.2 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	217
6.1.2.1 รูปแบบการบัญญัติและลักษณะร่วมกันในภาพรวม	223
6.1.2.2 ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ	226
6.1.2.3 ข้อจำกัดในทางเนื้อหา	237
6.1.2.4 ข้อจำกัดในทางเวลา	240
6.1.3 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557	241
6.1.3.1 ฉบับที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ	241
6.1.3.2 ฉบับที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ	246

6.2 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย	254
6.2.1 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทย	255
6.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย	265
6.2.3 การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย	270
บทที่ 7 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	274
7.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	275
7.1.1 รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่?	275
7.1.2 รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะแก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการอย่างไร?	276
7.1.3 การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่?	279
7.2 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ	280
7.2.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี	282
7.2.2.1 พิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบ	282
7.2.2.2 พิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหา	284
7.2.2 แนวทางแก้ปัญหาในต่างประเทศ	286
7.3 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	288
7.3.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ	289
7.3.1.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี	290
7.3.1.2 แนวทางแก้ปัญหาในต่างประเทศ	292
7.3.2 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางเนื้อหา	293
7.3.2.1 การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง	294
7.3.2.2 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี	296
7.3.2.3 แนวทางแก้ปัญหาในต่างประเทศ	299
7.3.3 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่	300

7.3.3.1 กรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ	300
7.3.3.2 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี	301
7.4 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม	303
7.4.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี	303
7.4.1.1 การปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม	304
7.4.1.2 กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม	305
7.4.2 ความพยายามทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเข้าไปอยู่ ในรัฐธรรมนูญ	310
บทที่ 8 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	314
8.1 บทสรุป	314
8.2 ข้อเสนอแนะ	321
บรรณานุกรม	329
ประวัติผู้เขียน	341

บทที่ 1

ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์แห่งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) ดังนั้น ในเบื้องต้นก่อนที่จะอธิบายถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่ารัฐธรรมนูญนั้นมีความหมายอย่างไร และมีการจัดแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใดบ้าง ต่อมาจึงมาทำความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีความหมายกว้างแคบแค่ไหนเพียงใด ความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญที่สุดจะได้ศึกษาถึงทฤษฎีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับอำนาจที่ใช้ในการสร้างและแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” อันเป็นพื้นฐานที่สำคัญของแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และยังเป็นทฤษฎีหลักที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้ในการวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1.1 ความหมายและประเภทของรัฐธรรมนูญ

การที่จะเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) ได้ นั้น ในเบื้องต้นจะต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐ” (State) เสียก่อน¹ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ใกล้ชิดอย่างยิ่งกับหน่วยหรือชุมชนทางการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ”²

โดยทั่วไปแล้ว หากพิจารณาในทางความเป็นจริง “รัฐ” (State) คือ ปราบกฏการณ์ทางอำนาจที่จัดตั้งกลุ่มคนขึ้นในอาณาเขตแห่งใดแห่งหนึ่งอย่างเป็นปึกแผ่นเข้าเป็นหน่วยทางการเมืองในลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน รัฐจึงเป็นหน่วยทางการเมืองที่ประกอบขึ้นจากองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ (1) ประชากรหรือกลุ่มคนที่เป็นสมาชิกของรัฐ (2) ดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐที่ชัดเจนแน่นอน และ (3) อำนาจปกครองที่เป็นเอกภาพเหนือประชากรและเหนือดินแดน

¹ หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538), น.37.

² สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.1.

ของรัฐนั้นที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของรัฐเองไม่ใช่อำนาจอธิปไตยที่ได้รับมอบมาจากใครทั้งสิ้น แต่หากพิจารณาในทางกฎหมาย เมื่ออำนาจอธิปไตยได้จัดตั้งกลุ่มคนขึ้นเหนือดินแดนที่มีอาณาเขตแน่นอนแล้ว ย่อมถือว่ารัฐที่เกิดขึ้นนั้นมีสถานะเป็นหน่วยในทางกฎหมายหรือบุคคลในทางกฎหมายด้วย กล่าวคือ รัฐเป็นสิ่งที่สามารถกระทำการให้มีผลในทางกฎหมายได้ หรืออีกนัยหนึ่งรัฐมีความสามารถในการเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง ตลอดจนรัฐสามารถมีความรับผิดชอบในทางกฎหมายได้

บุคคลในทางกฎหมายนั้นมีอยู่ 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดา (Natural Persons) และนิติบุคคล (Juristic Persons) รัฐย่อมไม่ใช่บุคคลธรรมดาเพราะรัฐไม่มีชีวิตจิตใจเฉกเช่นมนุษย์ปุถุชนทั่วไป จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ารัฐนั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ รัฐมีความเป็นอยู่ มีเจตนา และมีการกระทำเป็นของตนเองแยกต่างหากออกจากความเป็นอยู่ เจตนา และการกระทำของปัจเจกบุคคลที่รวมตัวกันเป็นประชากรของรัฐนั้น แม้ว่าเราจะรับรู้ถึงความมีอยู่ของรัฐได้จากองค์ประกอบทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นก็ตาม แต่โดยที่รัฐนั้นไม่มีตัวตนในทางกายภาพ ดังนั้น ในการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือกระทำการต่าง ๆ ในทางกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือภารกิจของรัฐ (Function of State) รัฐจึงต้องแสดงออกผ่านทางบุคคลธรรมดาที่ประกอบกันขึ้นเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เรียกว่า “องค์กรของรัฐ” (Organs of State) ทั้งนี้ เพื่อดำเนินการให้ภารกิจของรัฐเกิดขึ้นได้ในทางความเป็นจริง

ด้วยลักษณะของรัฐทั้งในทางความเป็นจริงและในทางกฎหมายที่กล่าวข้างต้น จึงจำเป็นอยู่เองที่รัฐจะต้องกำหนดระเบียบกฎหมายเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับประชากรของรัฐ ดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐ ผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ขอบเขตของอำนาจอธิปไตย การจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐ การเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐของบุคคลธรรมดา กระบวนการในการแสดงเจตนาหรือกระทำการในนามของรัฐขององค์กรของรัฐที่จะมีผลผูกพันรัฐได้ ตลอดจนความสัมพันธ์ทางอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง และความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐกับปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ระเบียบกฎหมายเกณฑ์ทั้งหลายเหล่านี้ก็คือสิ่งที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นของรัฐย่อมแสดงตัวออกมาในรูปของรัฐธรรมนูญนั่นเอง³

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.37.

1.1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วเมื่อกล่าวถึงรัฐธรรมนูญ (Constitution) ก็มักมีผู้ให้ความหมายว่า รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ การให้ความหมายเช่นนี้เป็นแต่เพียงการบอกถึงสถานะหรือลำดับชั้นในทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายแห่งรัฐเท่านั้น ไม่ได้บอกถึงความหมายอันแท้จริงของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด⁴ ดังนั้น ในทางวิชาการจึงมีความพยายามให้ความหมายแก่คำว่า “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจพิจารณาได้ 3 ความหมายด้วยกัน ดังนี้⁵

1.1.1.1 รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง

รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างหรือรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา (Constitution in Material Sense) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือบรรดากฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานแห่งรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยเนื้อหาสาระหลัก 2 ประการ ได้แก่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับรัฐ โครงสร้างของรัฐ รูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง สถาบันการเมืองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเมืองและองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ประการหนึ่ง และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐโดยเฉพาะที่ปรากฏในรูปของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อีกประการหนึ่ง⁶

บรรดากฎเกณฑ์เช่นนี้อาจปรากฏในรูปของเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับเดียวโดยเรียกชื่ออย่างเฉพาะเจาะจงว่า “รัฐธรรมนูญ” หรืออาจปรากฏในรูปของเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลายฉบับที่กระจัดกระจายโดยไม่ได้เรียกชื่ออย่างเฉพาะเจาะจงว่า “รัฐธรรมนูญ” ก็ได้ เช่น ปรากฏในรูปของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติต่าง ๆ หรืออาจปรากฏในรูปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเลยก็ได้ เช่น ปรากฏในรูปของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) หรือปรากฏในรูปของคำพิพากษาของศาล เป็นต้น บรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายเหล่านี้ หากเป็นกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐแล้ว ก็ล้วนถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างนี้ทั้งสิ้น เพราะความสำคัญไม่ได้อยู่ที่ชื่อหรือรูปแบบหากแต่อยู่ที่เนื้อหา รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างหรือรัฐธรรมนูญตามเนื้อหาจึงเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Law) โดยนัยนี้อาจกล่าวได้ว่า รัฐทุกรัฐไม่ว่าจะมีการปกครองรูปแบบใดก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นเผด็จการ หรือ

⁴ สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์, คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), น.14.

⁵ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.3 – 8.

⁶ วรเจตน์ ภาคิรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.132.

เป็นประชาธิปไตย รัฐนั้นย่อมมีรัฐธรรมนูญในความหมายตามเนื้อหาหรือมีกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น

1.1.1.2 รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ

รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบหรือรัฐธรรมนูญตามแบบพิธี (Constitution in Formal Sense) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐใดรัฐหนึ่งหรือบรรดากฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานแห่งรัฐที่รวบรวมเอาไว้ อย่างเป็นระบบระเบียบในเอกสารลายลักษณ์อักษรฉบับเดียวหรือหลายฉบับ โดยมีกระบวนการในการจัดทำที่พิเศษแตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไป

ดังนั้น บรรดากฎเกณฑ์แบบแผนในการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐที่ไม่ได้รับการบัญญัติเอาในเอกสารลายลักษณ์อักษร แต่ปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติธรรมดาทั่ว ๆ ไปก็ดี จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็ดี หรือคำพิพากษาของศาลก็ดี ย่อมไม่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญในความหมายนี้ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบหรือรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีจึงเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” (Written Constitution) ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรที่ส่วนใหญ่ปรากฏในรูปของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาล และพระราชบัญญัติธรรมดาฉบับต่าง ๆ ย่อมไม่ใช่รัฐธรรมนูญในความหมายนี้ แต่ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรเป็น “รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” (Unwritten Constitution) และเป็นรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา

1.1.1.3 รัฐธรรมนูญในความหมายทางอุดมคติ

รัฐธรรมนูญในความหมายทางอุดมคติหรือรัฐธรรมนูญตามอุดมคติ (Constitution in Ideology Sense) นั้น ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ย่อมผันแปรไปตามอุดมการณ์หรือความคิดหรือลัทธิทางการเมืองที่รัฐนั้นยึดถือเป็นอุดมคติในการปกครอง หากรัฐธรรมนูญใดไม่มีเนื้อหาที่สอดคล้องกับลัทธิทางการเมืองที่ยึดถือแล้ว ย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่ “รัฐธรรมนูญที่แท้จริง” ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเป็นกฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ และ/หรือได้รวบรวมเอาไว้ อย่างเป็นระบบระเบียบในเอกสารลายลักษณ์อักษรฉบับเดียวหรือหลายฉบับ โดยมีกระบวนการในการจัดทำที่พิเศษแตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไปอันถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญตามเนื้อหาและรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีก็ตาม

ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าลัทธิเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) และลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ได้กลายเป็นอุดมการณ์หรือลัทธิทางการเมืองกระแสหลักของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ลัทธิทางการเมืองดังกล่าวเรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกจากกันอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองไม่ให้ใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจอันถือเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ภายใต้ปกครอง การยอมรับว่าประชาชนเป็นบ่อเกิดแห่งอำนาจรัฐทั้งหลาย การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน การยึดถือในหลักนิติรัฐ และท้ายที่สุดคือการถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญใดก็ตามที่ไม่มีเนื้อหาดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญนั้นย่อมถือว่าไม่ใช่รัฐธรรมนูญที่แท้จริง ดังที่ข้อ 16 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและผลประโยชน์ของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “สังคมใดที่ไม่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพและไม่มี การแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน สังคมนั้นหากรัฐธรรมนูญไม่”⁷ อันหมายถึงการไม่มีรัฐธรรมนูญในความหมายของลัทธิเสรีประชาธิปไตยและลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนั่นเอง

1.1.2 ประเภทของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญนั้นอาจแบ่งแยกประเภทออกได้เป็น 3 ประเภท ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการแบ่งแยก ดังนี้⁸

1.1.2.1 รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกับรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

การแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญออกเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกับรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เป็นการที่ใช้หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบว่ารัฐธรรมนูญได้รับการตราขึ้นเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะหรือไม่

ประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันมักจะจัดทำรัฐธรรมนูญของตนให้อยู่ในรูปของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ซึ่งอาจปรากฏอยู่ในเอกสารฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงฉบับเดียวโดยเฉพาะ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมา เป็นต้น หรืออาจปรากฏอยู่ในเอกสารหลายฉบับก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ซึ่งนอกจากบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่ง

⁷ Article XVI of Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789 "Any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution."

⁸ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.8 - 11.

สหพันธ์ฉบับปี ค.ศ. 1920⁹ แล้ว บทบัญญัติที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญยังปรากฏอยู่ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติของสหพันธ์ที่เรียกว่า “รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์” (Federal Constitutional Act) ด้วย เช่น รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าด้วยอำนาจของรัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าด้วยการสื่อสารมวลชน เป็นต้น หรือปรากฏอยู่ในกฎหมายของระบอบเก่าก่อนที่จะมีการปกครองแบบสาธารณรัฐ เช่น กฎหมายพื้นฐานว่าด้วยสิทธิทั่วไปของพลเมือง (Basic Law on the General Rights of Nationals 1867) ซึ่งประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1867 ในยุคสมัยที่ยังปกครองโดยระบอบกษัตริย์ หรือปรากฏอยู่ในบทบัญญัติบางมาตราของสนธิสัญญาระหว่างประเทศบางฉบับ เช่น สนธิสัญญาแซงต์ เยอร์แมง ค.ศ. 1919 (Treaty of St. Germain 1919) สนธิสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1955 (Treaty of Vienna 1955) หรือข้อตกลงแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1958 (European Convention on Human Rights 1958) ตลอดจนบทบัญญัติที่มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐบัญญัติธรรมดา มากกว่า 1,300 มาตรา¹⁰ โดยประวัติของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้นสามารถย้อนไปได้ถึงการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ของอังกฤษในศตวรรษที่ 17 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกาศอิสรภาพของอาณานิคม 13 แห่งในอเมริกา และการปฏิวัติฝรั่งเศสในศตวรรษที่ 18

ข้อดีของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ได้แก่¹¹ (1) มีข้อความเป็นตัวหนังสือที่แน่นอนชัดเจนกว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่เป็นเพียงวิถีปฏิบัติ (2) มีความมั่นคงกว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เพราะย่อมถูกใช้จนกว่าจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามกระบวนการที่กำหนดไว้ (3) เหมาะสมกับระบอบประชาธิปไตยที่ต้องความแน่นอนชัดเจนในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชน อีกทั้งยังคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีด้วย (4) สำหรับประเทศที่ผ่านการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง เช่น การ

⁹ รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 เคยถูกระงับใช้ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ในขณะที่ประเทศออสเตรียถูกยึดครองโดยนาซีเยอรมนี อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกยกเลิกอย่างเป็นทางการและได้มีการประกาศให้กลับมาใช้บังคับอีกครั้งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลงในปี ค.ศ. 1945

¹⁰ Harald Eberhard and Konrad Lachmayer, “Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives,” *Vienna Online J. in International Journal of Constitutional Law* 2, p.113 - 114 (2008).

¹¹ หยุด แสงอุทัย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.46 - 48.

ปฏิวัติ หรือการประกาศอิสรภาพ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรย่อมถือว่าเป็นผลงานของการปฏิวัติ หรือการประกาศอิสรภาพที่เด่นชัดอันแสดงถึงระบอบการปกครองแบบใหม่ที่มีชัยชนะเหนือระบอบเก่า และ (5) การละเมิดหรือฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรย่อมทราบได้ง่ายกว่าการละเมิดหรือฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่ไม่มีความแน่นอน

ในขณะที่ข้อเสียของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอาจไม่เหมาะสมหรือยืดหยุ่นกับข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เพราะการบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรย่อมเป็นไปไม่ได้ที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างครบถ้วน ในขณะที่รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีเป็นผลแห่งวิวัฒนาการของทางปฏิบัติอะไรที่เหมาะสมแล้วก็ปฏิบัติกันต่อไป อะไรที่ไม่เหมาะสมก็ไม่เลิกปฏิบัติเสีย จึงเหมาะสมกับฐานะความเป็นอยู่ของประเทศในแต่ละยุคสมัย อย่างไรก็ตาม ข้อเสียดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพื่อให้สามารถแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้เหมาะสมกับยุคสมัยได้ และ (2) ในทางตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีบทบัญญัติตายตัวหรือแข็งกระด้างเกินไปอาจทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง ซึ่งอาจไปลดคุณค่าหรือความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญลงได้ หรือหากไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามวิถีทางของกฎหมายได้ ก็อาจเกิดการล้มล้างรัฐธรรมนูญด้วยวิถีทางนอกกฎหมายซึ่งเป็นภาวะที่ไม่พึงประสงค์ในทางกฎหมายได้

ส่วนรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) นั้น เช่น รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร มักจะปรากฏอยู่ในรูปของจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) หรือปรากฏอยู่ในรูปคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นที่ยอมรับนับถือและได้รับการยึดถือปฏิบัติกันมาอย่างต่อเนื่องยาวนานในฐานะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรบางส่วนก็ปรากฏอยู่ในรูปของเอกสารลายลักษณ์อักษรเพียงแต่กระจัดกระจายอยู่ในพระราชบัญญัติ (Act) ฉบับต่าง ๆ ไม่ได้ถูกรวบรวมไว้เป็นเอกสารฉบับเดียวโดยเฉพาะอย่างเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ เช่น พระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของสภา พระราชบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี หรือคำรับรองสิทธิต่าง ๆ ของประชาชน เป็นต้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรจึงมักถูกเรียกว่า “รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี” (Customary Constitution)

ข้อดีของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ได้แก่¹² (1) มีความเหมาะสมและยืดหยุ่นตามสถานการณ์ในทางการเมือง เศรษฐกิจ และ

¹² เฝิงอ้าง, น.48.

สังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย (2) โอกาสเกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญมีน้อยกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และ (3) โอกาสการเกิดการล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญมีน้อยกว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพราะความไม่แข็งกระด้างและตายตัวของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ข้อเสียได้แก่ (1) มีความไม่แน่นอนและอาจเกิดปัญหาโต้แย้งได้เสมอว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติเช่นใดกันแน่ และ (2) ไม่เปิดโอกาสให้มีการทดลองวิธีใหม่ ๆ ที่ไม่สามารถนำมาใช้โดยวิวัฒนาการได้ เพราะวิวัฒนาการต้องอาศัยของเดิม เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจเกิดขึ้นโดยวิวัฒนาการได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาทั้งในทางความเป็นจริงและในทางกฎหมายแล้ว ย่อมไม่มีประเทศใดที่จะมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวได้ ทั้งนี้ เนื่องจากแม้จะได้บัญญัติรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม แต่เป็นไปได้ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ เอาไว้ล่วงหน้าได้ อาจมีข้อเท็จจริงบางกรณีรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้ว่าต้องทำอะไร ผู้ใช้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญย่อมต้องหาทางแก้ไขเป็นกรณี ๆ ไป เมื่อใช้ไปนาน ๆ จนเป็นที่ยอมรับนับถือกัน ทางแก้ไชนั้นย่อมกลายเป็นจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญที่เข้าไปเสริมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีเองก็เช่นกัน ย่อมมีข้อเท็จจริงบางกรณีที่ไม่สามารถรอให้เกิดจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไปได้ ทำให้ในที่สุดต้องมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาอุดช่องว่างดังกล่าว ดังเช่นกรณีของประเทศสหราชอาณาจักรที่กล่าวข้างต้น

1.1.2.2 รัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยวกับรัฐธรรมนูญของรัฐรวม

การแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญออกเป็นรัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยวกับรัฐธรรมนูญของรัฐรวมนั้น เป็นการใช้หลักเกณฑ์ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นปรากฏตัวขึ้นในรัฐที่มีรูปแบบของรัฐ (Form of State) ประเภทใด ระหว่างรัฐเดี่ยว (Unitary State) กับรัฐรวม (Federal State)

รัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยว (Unitary Constitution) หมายถึง รัฐธรรมนูญของรัฐที่จัดรูปแบบของรัฐเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) กล่าวคือ รัฐที่รวมอำนาจรัฐเอาไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในลักษณะที่เป็นเอกภาพไม่ได้แบ่งแยกออกจากกัน รัฐเดี่ยวจึงเป็นรัฐที่มีอำนาจบริบูรณ์ทั้งภายในและภายนอก มีรัฐสภาและรัฐบาลเดียว¹³

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของรัฐรวม (Federal Constitution) หมายถึง รัฐธรรมนูญของรัฐที่จัดรูปแบบของรัฐเป็นสหพันธ์ (Federal State) กล่าวคือ รัฐตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปมารวมกันโดยมีรัฐบาลกลางหรือประมุขของรัฐเพียงหนึ่งเดียว ทั้งนี้ โดยรัฐแต่ละรัฐที่เรียกว่า “มลรัฐ” ต่างยังคงมีอำนาจรัฐของตนอยู่ เพียงแต่อำนาจอธิปไตยของมลรัฐต่าง ๆ ที่มารวมกันนั้นจะถูกจำกัดลง

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.89.

โดยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์¹⁴ ซึ่งนอกจากรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์แล้ว มลรัฐต่าง ๆ ก็จะมีรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐของตนเองด้วย

ความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญของรัฐเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของรัฐรวม นั้น คือ รัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยวจะมีการจัดโครงสร้างของรัฐและการจัดองค์กรของรัฐที่ไม่ซับซ้อนเท่ากับรัฐธรรมนูญของรัฐรวม ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของรัฐรวมต้องแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ให้ชัดเจนและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ ตลอดจนการระงับข้อขัดแย้งในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ด้วย

1.1.2.3 รัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายกับรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก

การแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญออกเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายกับรัฐธรรมนูญแก้ไขยากนั้น เป็นการใช้หลักเกณฑ์ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ให้กระทำใดยากหรือง่ายแค่ไหนเพียงใด

รัฐธรรมนูญแก้ไขง่าย (Flexible Constitution) หมายถึง รัฐธรรมนูญที่มีรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเหมือนกับกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักร หรือรัฐธรรมนูญอิตาลีสมัยฟาสซิสต์ เป็นต้น รัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายมีข้อดีในแง่ของการทำให้รัฐธรรมนูญสามารถได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมให้เท่าทันและเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ก็มีข้อเสียที่อาจทำให้รัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพื่อช่วงชิงความได้เปรียบทางการเมืองของฝ่ายเสียงข้างมากในช่วงเวลานั้น ๆ จนทำให้รัฐธรรมนูญขาดความแน่นอนและความศักดิ์สิทธิ์ และอาจส่งผลให้หลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญตลอดจนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองได้¹⁵

ส่วนรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Rigid Constitution) หมายถึง รัฐธรรมนูญที่มีรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างและทำได้ยากกว่ารูปแบบและกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และในบางกรณีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบางมาตราต้องห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเลยแม้จะทำตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม หรือที่เรียกว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) รัฐธรรมนูญแก้ไขยากมีข้อดี

¹⁴ เฟ็งอ้วง, น.90.

¹⁵ ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.3.

ในแง่ที่ทำให้หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีความมั่นคง และคุ้มครองเสียงข้างน้อยจากเสียงข้างมาก แต่ก็มีข้อเสียที่อาจทำให้ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมและทันถ่วงทีกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญจึงอาจกลายเป็นเครื่องถ่วงความเจริญของบ้านเมืองไป¹⁶ และรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากเกินไปอาจนำไปสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจะสามารถชี้ให้เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นรัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่ายหรือรัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยากก็ตาม แต่ในความเป็นจริงเมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติแล้วรัฐธรรมนูญจะแก้ไขง่ายหรือจะแก้ไขยากนั้นหาได้ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวไม่ หากแต่ยังขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติในทางการเมืองตลอดจนอุปนิสัยใจคอของตัวละครทางการเมืองของแต่ละประเทศด้วยเป็นสำคัญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายเมื่อพิจารณาจากรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าระบอบการเมืองการปกครองของอังกฤษนั้นเป็นระบอบที่มีความมั่นคงและมีความขัดแย้งอยู่บ้างแต่ก็ไม่ได้รุนแรงนัก ประกอบกับอุปนิสัยของนักการเมืองส่วนใหญ่ที่ค่อนข้างจะอนุรักษนิยมเมื่อเทียบกับนักการเมืองประเทศอื่นแล้ว ดังนั้น หลักการใหญ่ ๆ ของรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรจึงไม่ค่อยได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมากนัก นอกจากจะมีความจำเป็นจริง ๆ เช่น การปฏิรูปกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2005¹⁷ เป็นต้น ในทางตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ที่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากมาก แต่ในความเป็นจริงกลับได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้งมากกว่ารัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรเสียอีก

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในทางปฏิบัติแล้ว การแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญออกเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายกับรัฐธรรมนูญแก้ไขยากนั้นอาจไม่มีประโยชน์เท่าไรนัก ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันดีว่าในทางปฏิบัติไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะแก้ไขยากหรือแก้ไขง่าย ถ้าหากสถานการณ์ทางการเมืองและสภาพสังคมและเศรษฐกิจไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ในที่สุดกฎเกณฑ์เช่นนั้นก็จะต้องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ว่าจะทางใดก็ตามหนึ่ง

¹⁶ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.55.

¹⁷ ดู ชัช ข้าเพชร, “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

เพราะหากไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เช่นนั้นในที่สุดรัฐธรรมนูญนั้นก็จะเป็นรัฐธรรมนูญแต่ในนามเท่านั้นหากมีผลใช้บังคับได้จริงไม่และท้ายที่สุดรัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะอยู่ได้ไม่นาน¹⁸

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบหรือรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) เท่านั้น ด้วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งความหมายของรัฐธรรมนูญในบริบทของลัทธิเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) และลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ซึ่งเป็นแนวความคิดทางการเมืองหลักที่มีอิทธิพลเหนือประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน ไม่รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) หรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี (Customary Constitution) นอกจากนี้ ยังมุ่งศึกษาเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของชาติ (National Constitution) กล่าวคือ มุ่งศึกษาเฉพาะรัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยว (Unitary Constitution) และรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ (Federal Constitution) ของรัฐรวมเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐ (State Constitution) ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเภทนี้มีพื้นฐานที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญในทางทฤษฎี

1.2 ความหมายและความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) มิใช่เป็นแต่เพียงกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศเท่านั้น หากแต่ยังเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองตลอดจนเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย รัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงต้องมีความมั่นคงพอสมควรจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ่อย ๆ ไม่ได้¹⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (The Supremacy of Constitution) ด้วยแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำได้อย่างเป็นพิเศษ ทั้งนี้ เพราะหากยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยง่ายแล้วหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไร้ความหมายและอาจทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองเอาไว้ย่อมถูกล้มล้างหรือล่วงละเมิดได้โดยผู้ปกครองที่ครองอำนาจรัฐอยู่

¹⁸ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.10.

¹⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.71.

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นสิ่งตายตัวที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญถือว่าเป็น กฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย (Legal Norm) รูปแบบหนึ่งจึงอาจล้าสมัยไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ทาง สังคม เศรษฐกิจ การเมือง ตลอดจนความต้องการของประชาชนที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาตาม ยุคสมัยได้ เถกเช่นเดียวกันกับกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไป ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่บทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญย่อมต้องสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความเหมาะสมและ สอดคล้องกับสภาพการณ์และความต้องการของประชาชนในแต่ละยุคสมัย²⁰ การกำหนดให้ รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับตลอดไปชั่วกาลปาวสานโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยนั้นย่อมขัดกับ เหตุผลของเรื่อง (Nature of Thing) ดังเช่นรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ที่เป็นต้นแบบของ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและเป็นประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถึง ขนาดถือกันว่ารัฐธรรมนูญเป็น “เสาหลักของบ้านเมือง” จะต้องดำรงอยู่ตลอดไปตราบที่ยังมีประเทศ สหรัฐอเมริกาอยู่ในสากลโลก ก็ยังได้รับการแก้ไขเพิ่มมาแล้วหลายต่อหลายครั้ง²¹

ในประเด็นว่ารัฐธรรมนูญจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่เมื่อพิจารณาจากหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ไพโรจน์ ชัยนาม ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้

... การที่จะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เราจะจะต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขเสียใหม่ ไม่ได้นั้นย่อมเป็นสิ่งขัดกับความเป็นจริง ทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง

ในทางกฎหมายก็คือว่า รัฐธรรมนูญเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติซึ่งบางทีก็ เกิดขึ้นโดยเจตนาของฝ่ายเดียว เช่น รัฐธรรมนูญซึ่งพระมหากษัตริย์ประทานให้แก่ราษฎร หรือเป็นสิ่งที่ เกิดขึ้นโดยการตกลงด้วยเจตนาร่วมกันระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว จะให้รัฐธรรมนูญนั้นเป็นของที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ย่อมฟังไม่ขึ้น รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสมัยหนึ่ง ย่อมเหมาะสมแก่สภาพของประเทศในสมัยนั้น เพราะผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญย่อมพิจารณาวาง บทบัญญัติลงไปตามที่ตนเห็นสมควร ในขณะนั้น แต่ภายหลังเมื่อเวลาได้ล่วงเลยมาช้านาน สภาพ

²⁰ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เรื่อง 4 การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบัน พระปกเกล้า, 2544), น.39. และ จิตพันธ์ เชื้อบุญชัย, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2552), น.47.

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2555), น.150.

ความเป็นอยู่ของประเทศย่อมเปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้น จะให้ฐานะในทางการเมืองและทางสังคมของประเทศต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้บทกฎหมายฉบับหนึ่ง (คือรัฐธรรมนูญ) จึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยเหตุผล

ในทางการเมืองนั้น การที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งตายตัวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ย่อมฟังไม่ขึ้น ถ้าหากว่าสภาพความเป็นอยู่ของประเทศได้เปลี่ยนแปลงผิดไปจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งล่วงพ้นสมัยแล้วรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นแต่เพียงตัวหนังสือไม่มีการปฏิบัติตาม และในไม่ช้าก็จะเกิดมีการปฏิวัติขึ้น ฉะนั้น ในทางการเมืองเพื่อป้องกันมิให้ราษฎรก่อการปฏิวัติ จึงจำเป็นที่จะต้องไม่ประกาศออกมาว่า รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งตายตัวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ และจะต้องมีบทบัญญัติบอกวิธีแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไว้ เพื่อสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เหมาะสมอยู่เสมอ . . .²²

ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปจึงเห็นตรงกันว่าควรจะยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยหนทางที่จะควบคุมมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างพร่ำเพรื่อจนเป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญคลายความสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดลง กล่าวคือ การทำให้รัฐธรรมนูญนั้นแก้ไขได้ยาก มิใช่ห้ามแก้ไขเสียเลย²³ ดังนั้น การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากนั้นจึงเป็นผลมาจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญยอมสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอไม่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้หรือก็ตามนั้น ก็ได้หมายความว่าความโดยอัตโนมัติว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ตามแต่อำเภอใจของตน ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศมักจะกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เสมอ โดยมักจะกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และรัฐธรรมนูญของบางประเทศยังกำหนดให้หลักการสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยวิธีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าในประเทศอังกฤษซึ่งถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of Parliament) นั้น ย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะในระบบกฎหมายของอังกฤษนั้นรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะ

²² ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : พาณิชย์ศุภผล, 2495), น.422 – 424.

²³ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530), น.733.

(Unwritten Constitution) จึงมีแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีหรือ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Law) เท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเปลี่ยนแปลงจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัยกลับคำพิพากษาของศาล ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศโดยการออกพระราชบัญญัติฉบับใหม่ที่มีฐานะอย่างเดียวกันมาแก้ไขเพิ่มเติม ตามหลักที่ว่าในบรรดากฎหมายที่มีฐานะหรือลำดับชั้นที่เท่าเทียมกันนั้น กฎหมายที่มาทีหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่มีมาก่อนได้ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogat legi priori) จนนักวิชาการชาวฝรั่งเศสอย่าง Alexis de Tocqueville ถึงกับเคยกล่าวว่า “ในประเทศอังกฤษนั้น รัฐธรรมนูญสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาหรือมีฉะนั้นแล้วรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอยู่ในประเทศอังกฤษเลย” (In England the constitution can change constantly, or rather it does not exist at all)²⁴ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะประเทศอังกฤษไม่ได้ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution)²⁵ หากแต่ถือว่ารัฐสภาอังกฤษเท่านั้นที่มีอำนาจสูงสุด

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ (The Supremacy of Parliament) ตามแนวความคิดดั้งเดิมนั้นเริ่มที่จะถูกลดทอนและจำกัดลงโดยการออกกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐสภาเองเพื่อปฏิรูประบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่มีเนื้อหากระจัดกระจายไม่เป็นระบบระเบียบ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นรัฐธรรมนูญที่อาศัยการวิวัฒนาการตามกาลเวลาโดยขึ้นอยู่กับความเหมาะสมและจำเป็นของสถานการณ์ทางการเมืองในแต่ละยุคสมัย รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษจึงมีเนื้อหาหลายประการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ที่ได้รับการยอมรับในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือหลักการห้ามออกกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ดังนั้น เมื่อประเทศอังกฤษต้องเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของสหภาพยุโรป (European Union: EU) กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law) ย่อมส่งผลกระทบต่อเข้ายังระบบกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษด้วย ในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปโดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 (The European Convention on Human Right 1950) รัฐสภาอังกฤษจึงได้ตรากฎหมายลายลักษณ์

²⁴ Robert Blackburn, "Constitutional Amendment in the United Kingdom," in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.359.

²⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.150.

อักษรขึ้นหลายฉบับที่มีผลเป็นการลดทอนหรือจำกัดอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่มีมาอยู่แต่เดิมลง เช่น The European Communities Act 1972, The Human Right Act 1998 หรือ The Constitutional Reform Act 2005²⁶ นอกจากนี้ ฝ่ายตุลาการของประเทศอังกฤษเองก็เริ่มที่จะวินิจฉัยว่าศาลมีบทบาทในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบอำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาได้ และศาลอาจมีบทบาทไปถึงการตีความว่าข้อจำกัดต่ออำนาจตรากฎหมายของรัฐสภานั้นมีอยู่แค่ไหนเพียงใดด้วย ในคดี R (Jackson) v Attorney General 2005²⁷ นับเป็นครั้งแรกที่แนวความคิดว่าศาลอาจมีอำนาจที่จะเพิกถอนพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นโดยขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ในทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental Constitutional Principles) ได้รับการกล่าวถึงโดยผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดี แม้ว่าความเห็นดังกล่าวจะปรากฏในคำวินิจฉัยส่วนที่ไม่ได้เป็นประเด็นของคดี (obiter dictum) เท่านั้น²⁸ ดังนั้น ในปัจจุบันเราคงไม่อาจกล่าวได้อย่างเต็มปากเต็มคำว่ารัฐสภาอังกฤษดำรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายดังเช่นที่เคยยึดถือกันมาในอดีต

1.2.1 ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) โดยทั่วไปแล้วอาจทำได้ 2 วิธี คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่จริงในขณะนั้น (Amendment of Existing Constitution) ประการหนึ่ง และการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (Adoption of New Constitution) อีกประการหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไข ถูกเปลี่ยนแปลง หรือถูกยกเลิกได้ (Constitutional Changes) โดยวิธีการอื่นนอกจากรูปแบบและวิธีการที่ถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยคำวินิจฉัยผ่านการตีความของศาล หรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยพัฒนาการของธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือถูกล้มล้างโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ เช่น การปฏิวัติ หรือการรัฐประหาร เป็นต้น ซึ่งการถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในวิธีการที่กล่าวข้างต้นอาจเป็นการ

²⁶ ดู นवलวรรณ สุทธิรักษ์, “ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). และ ชัช ชำเพชร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*.

²⁷ สำหรับคำพิพากษาฉบับเต็ม ดู <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack.pdf>

²⁸ Tom Mullen, “Reflections on Jackson v Attorney General: Questioning Sovereignty,” *Legal Studies* 27, p.13 (25, March 2007).

เปลี่ยนแปลงที่เสริมหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติเดิมของรัฐธรรมนูญก็ได้²⁹ แต่การเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางดังกล่าวไม่ใช่ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษา

1.2.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป

โดยทั่วไปแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่ว่าโดยการแก้ไขหรือยกเลิกถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยเพิ่มข้อความใหม่เข้าไป³⁰ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจง คือ การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติหรือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยการแก้ไขบทบัญญัติหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่แล้วหรือเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือเนื้อหาใหม่ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาก่อน³¹

ในภาษาอังกฤษมีคำเรียกการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอยู่หลายคำ เช่น ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเรียกว่า “Amendment” หรือในบางประเทศอย่างฝรั่งเศสเรียกว่า “Revision” ในรัฐธรรมนูญอิหร่าน เรียกว่า “Supplement” วรรณกรรมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในยุคแรก ๆ นั้น มีการแยกแยะระหว่างการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในเรื่องสำคัญ (Major) ซึ่งเรียกว่า “Revisions” กับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในเรื่องไม่สำคัญ (Minor) ซึ่งเรียกว่า “Amendments”³² อีกด้วย

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปนั้น หากพิจารณาความหมายโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) มาเป็นเกณฑ์แล้ว เราอาจแยกความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ความหมาย

²⁹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.5.

³⁰ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.733.

³¹ กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น.39. และ ชาติพันธ์ เชื้อบุญชัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น.48.

³² Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers,” (Ph.D.dissertation, Department of Law of the London School of Economics, 2014), p.10.

คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ ประการหนึ่ง และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา อีกประการหนึ่ง

(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการไปโดยสอดคล้องกับรูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นได้กำหนดไว้ ไม่ว่าจะโดยการแก้ไขหรือยกเลิกถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยเพิ่มข้อความใหม่เข้าไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) นั่นเอง

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้ดำเนินการไปโดยสอดคล้องกับรูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นได้กำหนดไว้ แต่เป็นการแก้ไขหรือยกเลิกถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยเพิ่มข้อความใหม่เข้าไปนั้นเกิดจากการกระทำในรูปแบบอื่น ๆ เช่น โดยคำวินิจฉัยผ่านทางศาล หรือโดยพัฒนาการของธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือแม้แต่โดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ เช่น การปฏิวัติ หรือการรัฐประหาร เป็นต้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาอาจเกิดขึ้นกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะแต่กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรในทางรูปแบบเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาโดยวิถีทางอื่น ๆ ด้วย

1.2.1.2 การยกเลิกรัฐธรรมนูญ

การยกเลิกรัฐธรรมนูญ (Abrogation) หมายถึง กระบวนการเลิกใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทั้งฉบับ อันเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างใหญ่มาไปกว่าการเปลี่ยนแปลงเพียงบางมาตรา³³ ดังเช่นที่ทำโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไป ซึ่งการยกเลิกรัฐธรรมนูญอาจกระทำได้ 2 วิธี ได้แก่ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางตามกฎหมาย และการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ ดังนี้³⁴

³³ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.744.

³⁴ เกียรติกร เจริญนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.163.

(1) การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางตามกฎหมาย

การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางตามกฎหมาย คือ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (Adoption of New Constitution) โดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญเดิมกำหนดไว้ จึงต้องถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง แต่แทนที่จะทำเพียงบางบทบางมาตรากลับเป็นการอ้างอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแต่เดิมจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ จึงอาจดำเนินการตามวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐบาลหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจเป็นผู้ริเริ่มเสนอให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยมอบหมายให้รัฐสภาหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญก็ได้ เมื่อได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้วก็ทำพิธีประกาศใช้ และเมื่อได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้ว รัฐธรรมนูญที่เคยใช้อยู่เดิมก็เป็นอันถูกยกเลิกไปในวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในขณะที่มีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ก็คือรัฐธรรมนูญฉบับเดิมนั่นเอง การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นจะบัญญัติข้อความให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่กำลังใช้บังคับอยู่หรือไม่ก็ได้ เพราะถึงแม้จะมีได้บัญญัติข้อความให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่กำลังใช้บังคับอยู่ก็ตาม ในทางวิชานิติศาสตร์ก็ถือกันว่าเมื่อมีกฎหมายฉบับใหม่ที่สมบูรณ์และกฎหมายฉบับใหม่มีข้อความขัดหรือแย้งกับข้อความเดิมก็ให้ถือตามข้อความในกฎหมายฉบับใหม่ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogat legi priori) ซึ่งหมายความว่าในบรรดากฎหมายที่มีฐานะเท่ากัน กฎหมายที่มาทีหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่มีมาก่อน³⁵

อย่างไรก็ตาม แม้การยกเลิกรัฐธรรมนูญจะได้ทำโดยวิธีทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม การกระทำเช่นนั้นก็มีใ้เชื่อว่าจะเป็นที่ยอมรับกันได้โดยง่าย เพราะอาจถูกโต้แย้งได้ว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศฟิลิปปินส์เมื่อประธานาธิบดีมาร์คอส (Ferdinand Marcos) ได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าใน พ.ศ. 2516 การกระทำดังกล่าวได้ถูกฟ้องร้องต่อศาลว่าเป็นการกระทำผิดรัฐธรรมนูญ แต่ศาลพิพากษาว่าเมื่อประชาชนได้ออกเสียงลงประชามติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วก็ไม่มีประเด็นให้ศาลพิพากษาอย่างอื่นอีก ดังนั้น ในกรณีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงมักมีการนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติด้วยเสมอ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการอ้างความชอบธรรมว่าอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นมาจากประชาชน ซึ่งเมื่อประธานาธิบดีอาคิโน (Corazon Aquino) จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ใน พ.ศ. 2530 ก็มีการนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติเช่นเดียวกัน

³⁵ วิษณุ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.744 – 745.

เหตุผลของการเลิกใช้รัฐธรรมนูญก็อาจจะมีสาเหตุมาจากรัฐธรรมนูญนั้นไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อได้ประกาศใช้มาเป็นเวลานานแล้ว อาจมีข้อความที่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศ หรือไม่สอดคล้องกับจิตใจของประชาชนได้ ถ้าหากข้อความที่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์หรือไม่สอดคล้องกับจิตใจของประชาชนนั้นมีจำนวนน้อยหรือเป็นแต่เพียงบางส่วนหรือเป็นเพียงหลักการปลีกย่อยไม่ใช่สาระสำคัญ ก็อาจใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางบทบางมาตราที่ไม่เหมาะสมนั้นให้เหมาะสมเสียก็ได้ แต่ถ้าหากข้อความที่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศหรือไม่สอดคล้องกับจิตใจของประชาชนมีจำนวนมากหรือเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ เช่น ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าควรเปลี่ยนประมุขแห่งรัฐจากกษัตริย์เป็นประธานาธิบดี หรือจากประธานาธิบดีเป็นกษัตริย์ หรือเห็นว่าระบบสภาเดี่ยวไม่เหมาะสมควรเปลี่ยนเป็นระบบสองสภา หรือกลับกันเปลี่ยนจากระบบสองสภาเป็นสภาเดี่ยว ในกรณีเช่นนี้ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญในขณะนั้นอาจจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ให้มีหลักการที่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศและสอดคล้องกับจิตใจของประชาชนโดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับและยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมได้

ตัวอย่างการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางตามกฎหมาย เช่น ประเทศไทยเคยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่และมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม คือ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีข้อความให้ยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว ฉบับลงวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 แล้ว พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราวก็เป็นอันถูกยกเลิกไปในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 นั้นเอง³⁶ หรือในปี พ.ศ. 2487 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ได้ประกาศใช้มา 12 ปีเศษแล้ว ทางฝ่ายบริหารและสภานิติบัญญัติต่างเห็นพ้องต้องกันว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่สองของประเทศไทยนั้นได้ใช้มานานแล้วและโดยที่สถานการณ์ของประเทศไทยภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญฉบับที่สองจึงมีข้อความที่ไม่เหมาะสมกับประเทศไทย จึงสมควร “ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” (คำปรารภของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ใช้คำว่า “ปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม”) และได้ดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 และให้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมนี้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475³⁷

³⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น.438.

³⁷ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.78 - 79.

(2) การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ

การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ หมายถึง การยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้ใช้กระบวนการทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังเข้าแย่งชิงอำนาจทางการเมือง เมื่อได้อำนาจทางการเมืองมาแล้วจึงต้องยกเลิกรัฐธรรมนูญนั้นเสีย เนื่องจากการใช้กำลังล้มล้างอำนาจรัฐถือว่าเป็นความผิดต่อกฎหมายและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³⁸ เช่น การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติ (Revolution) หรือการรัฐประหาร (Coup d' Etat) นั้นเอง

การปฏิวัติ (Revolution) หมายถึง พฤติการณ์ในการเลิกล้มหรือล้มล้างระบอบการปกครองหรือรัฐบาลซึ่งครองอำนาจอยู่แล้วโดยใช้กำลังบังคับแล้วสถาปนาระบอบการปกครองหรือจัดตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่ ส่วนการรัฐประหาร (Coup d' Etat) หมายถึง การใช้กำลังหรือการกระทำอันมิชอบเพื่อเปลี่ยนแปลงรัฐบาล ทั้งนี้ ในประเทศไทยถือกันว่าผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารที่กระทำการโดยสำเร็จ ย่อมทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในฐานะ “รัฐอธิปไตย” (Sovereign) จึงมีอำนาจที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือจะคงสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญสถาบันใดสถาบันหนึ่งไว้ก็ได้สุดแล้วแต่ใจของผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดเช่นนี้ได้รับการโต้แย้งอย่างมากว่าเป็นการกระทำที่ไม่ควรมีผลทางกฎหมายในรัฐที่ประกาศตนว่าเป็นเสรีประชาธิปไตยและนิติรัฐ และในปัจจุบันก็เริ่มมีแนวคิดที่จะยกเลิกผลพวงอันเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารในเมื่ออำนาจอธิปไตยกลับคืนมาสู่ประชาชนแล้ว³⁹

1.2.2 ความสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้ว่านักวิชาการบางคนอย่างเช่น Georg Jellinek จะมีความเห็นว่า ประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้นมีความน่าสนใจน้อยกว่าการเปลี่ยนแปลงหรือการแปลงรูปของรัฐธรรมนูญ (Transformation) ที่เกิดขึ้นภายนอก

³⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.164.

³⁹ ดู คณะนิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร, “แถลงการณ์คณะนิติราษฎร์ เนื่องในโอกาสครบรอบ 1 ปี นิติราษฎร์ ประเด็นที่ 1 การลบล้างผลพวงของรัฐประหาร 19 กันยายน 2549,” เผยแพร่ใน <http://www.enlightened-jurists.com/blog/46>, และ “การทำลายกฎหมายและคำพิพากษาในระบอบเผด็จการและการไม่ยอมรับรัฐประหารในนานาอารยประเทศ,” เผยแพร่ใน <http://www.enlightened-jurists.com/page/237>.

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ตาม⁴⁰ แต่เราก็ไม่อาจปฏิเสธได้อย่างเต็มปากเต็มคำว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าสนใจและไม่มีคุณค่าเสียเลย เนื่องจากในปัจจุบันประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เข้าไปก่อให้เกิดคำถามที่สำคัญอย่างยิ่งทั้งในทางทฤษฎี กฎหมายรัฐธรรมนูญและในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำถามที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) ดังเช่นการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาได้หรือไม่ และหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แล้ว ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นนั้นจะมีที่มาจากสาเหตุใดได้บ้าง ตลอดจนองค์กรตุลาการจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นนั้นได้หรือไม่ แค่นั้นเพียงใด ซึ่งการจะตอบคำถามดังกล่าวได้นั้นเราจำเป็นต้องย้อนกลับไปพิจารณาในทางทฤษฎี ว่าแท้จริงแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะ (Nature) อย่างไร และมีขอบเขต (Scope) แค่นั้นเพียงใด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นและมีความสำคัญด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้⁴¹

(1) รัฐธรรมนูญควรมีความยืดหยุ่น (Flexible) เพียงพอที่จะอนุญาตให้คนรุ่นหลัง (Future Generation) สามารถตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ตลอดจนการเปลี่ยนแปลงของคุณค่าบางอย่างในสังคมได้ รัฐธรรมนูญที่ไม่อนุญาตให้มีการปรับตัวเช่นนั้นย่อมตกอยู่ในภาวะอันตรายที่จะถูกหลีกเลี่ยง และในไม่ช้าก็เร็วย่อมกลายเป็นเพียงตราสารที่ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของตัวมันเองได้ ซึ่งในที่สุดก็จะต้องถูกทำลายลงและถูกแทนที่โดยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในแง่นี้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นกลไกที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่น (Flexibility) และรัฐธรรมนูญที่มีความยืดหยุ่นเท่านั้นจึงจะมีความมั่นคงและสามารถดำรงอยู่ผ่านกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไปได้⁴²

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ วิธีการอย่างหนึ่งที่ใช้ในการแก้ไขความไม่ถูกต้องสมบูรณ์ของเอกสารลายลักษณ์อักษร (Written Documents) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็น

⁴⁰ Georg Jellinek, "Constitutional Amendment and Constitutional Transformation," in Weimar - A Jurisprudence of Crisis, ed. Arthur Jacobson and Bernhard Schlink (Berkeley : University of California Press, 2002), p.54.

⁴¹ Yaniv Roznai, *supra note 27*, p.5.

⁴² Zachary Elkins, Tom Ginsberg and James Melton, The Endurance of National Constitutions (Cambridge : Cambridge University Press, 2009), p.221.

สิ่งที่ถูกสร้างโดยมนุษย์ (Men) ไม่ใช่พระเจ้า (God)⁴³ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเข้าไปช่วยแก้ไขข้อบกพร่องและจุดอ่อนต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการใช้บังคับรัฐธรรมนูญไประยะเวลาหนึ่งหรืออาจเกิดจากทางปฏิบัติในทางการเมืองที่ไม่สอดคล้องกับข้อความในรัฐธรรมนูญ ในแง่นี้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นตอบโต้ต่อธรรมชาติที่ผิดพลาดได้ของมนุษย์ปุถุชนนั่นเอง⁴⁴

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ช่วยทำให้สิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองของประชาชน (Right to Alter the Form of Government) เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวยังเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างสงบและสันติ โดยไม่ต้องใช้กำลังในการปฏิบัติที่รุนแรงหรือต้องทำให้เกิด “สภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญ” ก่อนที่จะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ในแง่นี้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงช่วยสนับสนุนความชอบธรรมของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เพราะรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยนั้น ย่อมไม่อาจสะท้อนถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและความยินยอมของประชาชนในการถูกปกครองได้นั่นเอง⁴⁵

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญควรจะเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพในทางการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคมนั้น ก็ได้หมายความว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงเช่นนั้นจะสามารถกระทำได้อย่างง่าย ๆ โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เลย ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้⁴⁶

(1) รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่กำหนด “กติกาของการแข่งขัน” (The Rules of the Game) จึงต้องมีความมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้ผู้เข้าแข่งขันทั้งหลายสามารถคาดการณ์ผลจากการกระทำของตนได้ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่ายเกินไปอาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคง ความไม่แน่นอน ตลอดจนอาจเป็นการกีดกักรับรองระบอบการเมืองการปกครองของประเทศได้

⁴³ Hanna Fenichel Pitkin, “The Idea of Constitution,” *J. Legal Educ.* 37, p.168 (1987).

⁴⁴ Donald S. Lutz, “Toward a Theory of Constitutional Amendment,” *American Political Science Review* 88(2), p.356 (June 1994).

⁴⁵ Walter Dellinger, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process,” *Harvard Law Review* 97, p.386, 403 (1983).

⁴⁶ Yaniv Roznai, *supra note 27*, pp.12 - 13.

(2) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำได้ง่ายเกินไปย่อมทำให้หลักการและสถาบันการเมืองขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อยู่ในความเสี่ยงที่จะถูกทำลายลงโดยเสียงข้างมากในทางการเมือง ด้วยผลประโยชน์ทางการเมืองระยะสั้น และอาจมีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่ผิด (Abuse of the Constitutional Power) ได้

(3) รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายอาจจะสูญเสียอำนาจบังคับในทางกฎหมาย (Authority) และคุณค่าแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุด (The Supreme Law of the Land) ได้ และท้ายที่สุดอาจเป็นการทำลายหลักการรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เสียเอง รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายมาก ๆ ท้ายที่สุดย่อมกลายเป็นสิ่งไร้ค่าและอาจถูกล้มล้างลงได้

ดังนั้น เป้าหมายสูงสุดที่ท้ายทายผู้ร่างรัฐธรรมนูญอย่างยิ่งในการออกแบบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จึงเป็นการแสวงหาความสัมพันธที่เหมาะสม (Proper Balance) ระหว่างความจำกัด (Rigidity) และความยืดหยุ่น (Flexibility) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴⁷ ทั้งนี้ ในด้านหนึ่งก็เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงเพียงพอที่จะทำให้ระบอบการเมืองที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้นมีเสถียรภาพและทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีหลักประกันและได้รับความคุ้มครองว่าจะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่งรัฐธรรมนูญก็ต้องสามารถถูกแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในด้านต่าง ๆ ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยด้วย อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ในฐานะที่เป็น “กฎเกณฑ์ว่าด้วยการเปลี่ยนแปลง” (The Rule of Change) ย่อมไม่อาจถูกมองว่าเป็นเพียงกลไกทางเทคนิค (Technical Mechanism) ในการสร้างความสมดุลระหว่างความมั่นคงแน่นอนกับความยืดหยุ่นเท่านั้น แต่บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังเกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบแห่งคุณค่าทางสังคมของแต่ละประเทศด้วย “สูตรว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม” (Amendment Formula) ของหลาย ๆ ประเทศได้สะท้อนให้เห็นถึงความสลับซับซ้อนและควมมีลักษณะเฉพาะตัวของวัฒนธรรมในทางการเมืองและสังคมของประเทศนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ใช่อะไรอื่นหากแต่เป็นพื้นที่ซึ่งกฎหมายการเมือง ประวัติศาสตร์ และปรัชญามาบรรจบพบกัน⁴⁸ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นปัญหาใจกลางของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญทุกระบบ

⁴⁷ European Commission for Democracy through Law, *supra note 29*, p.4.

⁴⁸ Mads Andenas, The Creation and Amendment of Constitutional Norms (London: B.I.I.C.L., 2000), p.13, cited in Yaniv Roznai, *supra note 27*, p.13.

1.3 อำนาจที่ใช้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญและอำนาจรัฐ

คำถามพื้นฐานแรกสุดในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น ก็คือคำถามที่ว่า รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นได้อย่างไร ? ทำไมรัฐธรรมนูญถึงเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ ? อำนาจที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล หรือองค์กรอิสระอื่น ๆ ใช้ในการกระทำการต่าง ๆ ทั้งในทางกฎหมายและในทางข้อเท็จจริงนั้นมีที่มาจากไหน ? ตลอดจนคำถามว่าเราจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ อย่างไร ? เราอาจตอบคำถามเหล่านี้ได้โดยการอธิบายปรากฏการณ์เชิงอำนาจที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับ “การสร้าง” หรือ “การก่อตั้ง” สิ่งที่เราเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ตลอดจนการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐให้เป็นข้อความคิดในทางกฎหมาย (Legal Concept) ได้โดยอาศัยทฤษฎีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant) ซึ่งมีการแยกอำนาจที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant, Constituent Power) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué, Constituted Power)

1.3.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

แรกเริ่มเดิมทีนั้นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant, Constituent Power) เกิดขึ้นจากความพยายามในการสร้างคำอธิบายในทางกฎหมายต่อการเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองแบบปฏิวัติ (Revolution) กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ใช้ในการทำลายระบอบการเมืองเก่าและในขณะเดียวกันก็ก่อตั้งระบอบการเมืองใหม่ขึ้นมาแทนที่⁴⁹ นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า Emmanuel Joseph Sieyès หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า Abbé Sieyès เป็นคนแรกที่ริเริ่มใช้คำอธิบายเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศสระหว่างปี ค.ศ. 1788 – ค.ศ. 1789 Sieyès ได้อธิบายว่า ในระหว่างที่สังคมยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการปกครองกันอย่างไรนั้นมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่จะเข้ามาชี้ขาดประเด็นปัญหาดังกล่าว อำนาจดังกล่าวเรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant) ซึ่งเป็นอำนาจที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งบรรดาคณะทางการเมืองทั้งหลายขึ้นมาเพื่อใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ ดังนั้น จึงมีผลทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่าบรรดา

⁴⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (1)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1794, น.55 (2 มกราคม 2558).

กฎหมายต่าง ๆ และเหนือกว่าองค์กรทางการเมืองต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและบัญญัติให้อำนาจต่าง ๆ ไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” คือ อำนาจที่บอกว่ารัฐนั้นจะปกครองกันอย่างไรโดยปรากฏตัวออกมาในรูปของสิ่งที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” นั่นเอง

ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น นักกฎหมายรัฐธรรมนูญมีการแปลและนิยามความหมายของคำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant) ไว้อย่างหลากหลายแตกต่างกันไป เช่น หยุด แสงอุทัย แปลคำว่า “Pouvoir Constituant” ว่า “อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญ” และให้ความหมายว่าเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ตัดสินใจในเรื่องความเป็นอยู่ในทางการเมืองของตนเองได้ ทั้งนี้ หมายความว่า ผู้ใดมีอำนาจสูงสุดและแท้จริงภายในรัฐในขณะใดขณะหนึ่ง ผู้นั้นก็มีอำนาจที่จะให้รัฐธรรมนูญได้⁵⁰ ในขณะที่วิชญ์ เครืองาม แปลว่า “อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” และให้ความหมายไปในทำนองเดียวกับหยุด แสงอุทัย ว่าเป็นอำนาจทางการเมืองของคณะบุคคลหรือบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ โดยนัยนี้ ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงรัฐอธิปัตย์หรือผู้อยู่ในฐานะอย่างรัฐอธิปัตย์⁵¹ ส่วนบรรศักดิ์ อูวรรณโณ แปลว่า “อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด” และให้ความหมายว่าเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดซึ่งก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้น แล้วตัวรัฐธรรมนูญจะเป็นสิ่งที่ไปก่อตั้งระบบการเมืองและสถาบันการเมืองขึ้นอีกชั้นหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญและเป็นที่มาของสถาบันทั้งหลายทั้งปวงทางการเมือง⁵²

กล่าวโดยสรุป ไม่ว่าจะแปลคำว่า “Pouvoir Constituant” ว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” “อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญ” “อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” หรือ “อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง” อำนาจดังกล่าวล้วนแต่มีความหมายไปในทางของอำนาจที่ใช้ในการสร้างหรือก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นในสภาวะที่ปราศจากรัฐธรรมนูญ อำนาจเช่นนี้จึงเกิดขึ้นก่อนและอยู่เหนือระบบกฎหมาย เนื่องจากเป็นอำนาจที่ก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบจากสภาวะที่ไม่มีอะไรเลยในทางกฎหมาย ในแง่นี้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นบ่อเกิดในทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังทำให้รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดในทางกฎหมายที่มีลำดับ

⁵⁰ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.69.

⁵¹ วิชญ์ เครืองาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23*, น.73.

⁵² บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538), น.19 - 20.

ชั้นสูงสุดและเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรของรัฐด้วย บรรดากฎหมายต่าง ๆ ของรัฐล้วนแล้วแต่สามารถสืบสาวกลับไปหารัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น⁵³

1.3.1.1 ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) คือ อำนาจที่ก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบจากสถานะที่ปราศจากกฎหมาย จึงมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ เป็นอำนาจแรกเริ่ม (Pouvoir Initial) เป็นอำนาจที่เป็นอิสระ (Pouvoir Autonome) และเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด (Pouvoir Inconditionné)⁵⁴ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) อำนาจแรกเริ่ม

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจแรกเริ่ม (Pouvoir Initial) หมายความว่า ก่อนที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นนั้นไม่มีอำนาจอื่นใดทั้งในทางกฎหมายและในทางข้อเท็จจริงดำรงอยู่ก่อนเลย กล่าวคือ เป็นสถานะก่อนที่จะมีการก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นหรือเป็นสถานะปลอดกฎหมายและปราศจากรัฐธรรมนูญ เมื่อไม่มีอำนาจอื่นใดดำรงอยู่ก่อน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจแรกเริ่มซึ่งจะปรากฏตัวให้เห็นจากการที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้แสดงเจตจำนงให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น หลังจากนั้นสถานะปลอดกฎหมายและปราศจากรัฐธรรมนูญก็จะหมดสิ้นไป ทำให้ไม่ว่าจะเป็นรัฐ องค์กรทางการเมืองทั้งหลายของรัฐ และสมาชิกของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่ถูกก่อตั้งขึ้น

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะปรากฏตัวขึ้นได้ก็แต่ใน “สถานะปราศจากรัฐธรรมนูญ” ซึ่งสถานะเช่นนี้อาจเป็นสถานะที่ดำรงอยู่แล้วภายในรัฐ เช่น การเกิดขึ้นของรัฐใหม่ ซึ่งอาจเกิดจากการประกาศอิสรภาพจากเจ้าอาณานิคมหรือเกิดจากการรวมตัวกันของรัฐหลาย ๆ รัฐ ในกรณีเช่นนี้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะปรากฏตัวขึ้นและถูกใช้เพื่อก่อตั้งรัฐและรัฐธรรมนูญโดยอาจไม่มีการเข้าไปรื้อถอนทำลายรัฐเดิมหรือรัฐธรรมนูญเดิมเลยก็ได้ หรือสถานะปราศจากรัฐธรรมนูญอาจเป็นสถานะที่ถูกสร้างขึ้นโดยบุคคล เช่น การปฏิวัติ (Revolution) หรือการรัฐประหาร (Coup d'état) ในกรณีเช่นนี้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะปรากฏตัวขึ้นและถูกใช้เพื่อรื้อถอนทำลายระบอบการเมืองและระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่ในขณะนั้นเพื่อก่อให้เกิดสถานะปลอดกฎหมายและปราศจากรัฐธรรมนูญ หลังจากนั้นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเข้าไปก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นผ่านรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

⁵³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.122.

⁵⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (2)," *มติชนสุดสัปดาห์* ฉบับที่ 1795, น.55 (9 มกราคม 2558).

(2) อำนาจที่เป็นอิสระ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่เป็นอิสระ (Pouvoir Autonome) หมายความว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะตัดสินใจว่าจะก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายในรูปของรัฐธรรมนูญอย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่ง ระบอบการเมืองและระบบกฎหมายของรัฐจะเป็นเช่นใดและรัฐธรรมนูญจะมีเนื้อหาประการใดขึ้นอยู่กับ “เจตจำนง” (Will) ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น เช่น ถ้าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยึดถือในระบอบเสรีประชาธิปไตย ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็จะก่อตั้งและสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเสรีประชาธิปไตย ในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยึดถือในระบอบเผด็จการอำนาจนิยม ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็จะก่อตั้งและสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเผด็จการอำนาจนิยมนั้นเอง ดังนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้บริบทของเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์และทางการเมืองของประเทศซึ่งถือเป็นพฤติกรรมที่เป็นเงื่อนไขสำคัญในการสร้างรัฐธรรมนูญด้วย เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีหรือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ในระหว่างปี ค.ศ. 1948 – 1949 นั้น สภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญด้วยนั้นประกอบด้วยผู้แทนจากมลรัฐต่าง ๆ ที่อยู่ในอาณาเขตของเยอรมนีตะวันตกซึ่งเป็นฝ่ายเสรีประชาธิปไตย ในขณะที่เยอรมนีตะวันออกเป็นฝ่ายคอมมิวนิสต์ กฎหมายพื้นฐานดังกล่าวจึงลักษณะแบบเสรีประชาธิปไตย

(3) อำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด (Pouvoir Inconditionné) หมายความว่า ในการแสดงออกซึ่งเจตจำนง (Will) ให้มีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ถูกผูกพันโดยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือข้อจำกัดใด ๆ เลย เว้นแต่มีโนธรรมสำนึกของเขาเอง ดังนั้น ในทางภาวะวิสัยแล้วการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นจึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการตลอดจนหลักเกณฑ์หรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาใด ๆ ทั้งสิ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมสามารถก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นโดยรูปแบบและกระบวนการอย่างไรก็ได้ และสามารถกำหนดให้รัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาเช่นใดก็ได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นก่อนและอยู่เหนือระบบกฎหมาย ซึ่งทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ถูกผูกมัดโดยข้อจำกัดในทางกฎหมายใด

ๆ เลยก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อถกเถียงในทางทฤษฎีว่า แท้จริงแล้วอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นดำรงอยู่โดยมี “ข้อจำกัด” หรือไม่ อย่างไร ต่อประเด็นนี้มีความเห็นที่แตกต่างกัน 3 ความเห็น ดังนี้⁵⁵

ความเห็นแรกเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัด โดย Carl Schmitt นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวเยอรมนีซึ่งมีอิทธิพลในช่วงสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimar Republic) ได้อธิบายการเกิดขึ้นของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าเกิดจากการแสดงเจตจำนงของประชาชนซึ่งแสดงออกผ่านการตัดสินใจทางการเมืองร่วมกันในเรื่องที่เกี่ยวกับลักษณะและรูปแบบขององค์กรทางการเมือง และได้ขยายต่อไปถึงความมีผลสมบูรณ์ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานของการตัดสินใจร่วมกันในทางการเมืองซึ่งเมื่อได้ตัดสินใจอย่างใด ๆ ไปแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมบนบรรทัดฐานใด ๆ อีก⁵⁶ นอกจากนี้ George Burdeau ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศสก็ได้อธิบายในลักษณะเดียวกันว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีอยู่เหนือรัฐ จนอาจกล่าวได้ว่าอำนาจนี้เป็น “อำนาจที่อยู่นอกรัฐ” (Pouvoir Extra - étatique) เนื่องจากดำรงอยู่ได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีรัฐ ดังนั้น จึงเป็นอำนาจที่ไม่อยู่ภายใต้รัฐ แต่เป็นอำนาจอิสระล้นพ้นและปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น⁵⁷

ความเห็นที่สองซึ่งเป็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) นั้น เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด และสิ่งที่อยู่เหนือกว่าและเข้ามาจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) นั่นเอง ดังนั้น ในการจัดทำรัฐธรรมนูญผู้ร่างจำเป็นต้องคำนึงถึงกฎหมายธรรมชาติด้วย แม้แต่ Sieyès เองก็ยังยอมรับว่าสิ่งที่สำคัญและอยู่เหนือกว่า “ชาติ” (Nation) นั่นก็เห็นจะมีแต่เพียงกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งบอกเป็นนัยว่า Sieyès เองก็ยังยอมรับว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจถูกจำกัดโดยหลักการบางประการได้⁵⁸ อย่างไรก็ตาม สำหรับคำถามว่ากฎหมายธรรมชาติที่เข้าไปจำกัดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอะไรบ้างนั้น นักกฎหมายที่สนับสนุนความเห็นนี้กลับเห็นแตกต่าง

⁵⁵ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.6.

⁵⁶ Joel Colon-Rios, “The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy and the Limits of Constitutional Reform,” *Osgoode Hall Law Journal* 48, pp.199, 207 – 209 (2010).

⁵⁷ บวรศักดิ์ อวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น.20.

⁵⁸ William E. Scheuerman, “Revolutions and Constitutions : Hannah Arendt’s Challenge to Carl Schmitt,” *Can. J. L.& Jurisprudence* 10, p.149 (1997).

กันไป นักกฎหมายบางคนเห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมต้องผูกพันกับ “สิทธิมนุษยชนซึ่งอยู่เหนือชาติ” (Supranational Human Rights)⁵⁹ ในขณะที่บางคนก็เห็นว่า “ระบอบประชาธิปไตย” (Democracy) คือ คุณค่าสากลซึ่งสมควรเป็นหลักการที่ใช้บังคับไปชั่ววินิจนัยน์ตร้อยอย่างแท้จริง⁶⁰ โดยไม่อาจถูกทำลายหรือล้มล้างได้แม้แต่โดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น แม้ประชาชนจะได้แสดงออกโดยตรงและตกลงกันว่าจะทำลายระบอบประชาธิปไตยแล้วแทนที่ด้วยระบอบการปกครองอื่นที่ปฏิเสธคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยก็ตาม การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นสิ่งที่จะต้องห้าม ทั้งนี้ ก็เพื่อปกป้องประชาชนกลุ่มดังกล่าวและประชาชนในรุ่นต่อไปเอง⁶¹

ความเห็นสุดท้ายเป็นความเห็นของนักกฎหมายที่สนับสนุนแนวความคิดสายกลาง (Middle Course) ซึ่งไม่ยอมรับว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถก่อตั้งหรือบัญญัติรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาอย่างใดก็ได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ยินดีที่จะรับแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติซึ่งเลื่อนลอยและไม่ชัดเจน ดังนั้น จึงอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นแม้จะเป็นอำนาจสูงสุดแต่ก็ไม่ได้มีลักษณะเป็นอิสระโดยเด็ดขาดแต่อย่างใด กล่าวคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องผูกพันอยู่กับความคิดเกี่ยวกับคุณค่าและความยุติธรรมตามธรรมชาติที่อยู่ในประชาชนซึ่งประชาชนแสดงเจตนาร่วมกันโดยการสร้างรัฐธรรมนูญ เช่น “แนวความคิดว่าประชาชนยอมให้รัฐธรรมนูญแก่ตนเอง” (The people giving itself a constitution) ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่จำเป็นสำหรับการรักษาไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนย่อมต้องได้รับการรักษาเอาไว้เพื่อการใช้อำนาจนั้นในอนาคต⁶² กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกลายมาเป็นข้อจำกัดของตัวมันเอง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถใช้เพื่อทำลายอำนาจ

⁵⁹ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.6.

⁶⁰ Sharon Weintal, “The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty; Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory,” *Israel Law Review* 44, p.449 (2011).

⁶¹ Walter F. Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity,” in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, ed. Sanford Levinson (New Jersey : Princeton University Press, 1995), pp.178 - 179.

⁶² Joel Colon-Rios and Allan C. Hutchinson, “Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?,” *Denv. U. L. Rev.* 89, p.608 (2012).

สถาปนารัฐธรรมนูญเองได้นั่นเอง ด้วยเหตุนี้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงไม่ได้อิสระหรือไม่มีข้อจำกัดโดยสัมบูรณ์แต่ประการใด⁶³

1.3.1.2 ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเป็นใครหรือองค์กรใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับสถานการณ์การต่อสู้ทางการเมืองในขณะนั้นว่าพลังทางการเมืองฝ่ายใดเป็นผู้ชนะ โดยนัยนี้ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงหมายถึง “องค์อธิปัตย์” (Sovereign) ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในทางความเป็นจริงของรัฐ ณ ขณะนั้นนั่นเอง ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมีได้หลายรูปแบบและแตกต่างกันไปตามแต่ยุคสมัยว่าพลังทางการเมืองใดเป็นองค์อธิปัตย์ในสมัยนั้น

ในยุคกลาง (Middle Ages) ที่ฝ่ายศาสนาจักรเป็นพลังทางการเมืองที่มีอำนาจนำและครอบงำฝ่ายอาณาจักรอยู่ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงย่อมมีแต่พระเจ้า (God) เท่านั้น ในขณะที่ภายหลังจากการปฏิรูปศาสนา (The Protestant Reformation) และฝ่ายอาณาจักรสามารถสถาปนารัฐธรรมนูญเมืองเหนือฝ่ายศาสนาจักรได้แล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเปลี่ยนมือไปอยู่ที่กษัตริย์ (King) แต่นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาซึ่งถือว่าเป็นยุคสมัยใหม่ (Modern Ages) ประชาชนได้ปลดแอกตนเองและเป็นอิสระจากทั้งศาสนาและกษัตริย์แล้ว พระเจ้าหรือกษัตริย์จึงไม่ได้เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอีกต่อไป หากแต่กลายเป็นประชาชน (People) ซึ่งเป็นมนุษย์ปุถุชนทั่วไปที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแทนอย่างไม่มีข้อถกเถียงกันอีกต่อไป มีแต่ประชาชนเท่านั้นที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและมีอิสระอย่างเต็มที่ในการแสดงเจตจำนงที่จะตัดสินใจเลือกระบอบการปกครองและระบบกฎหมายที่ตนปรารถนา

อย่างไรก็ตาม ประชาชน (People) เป็นข้อความคิดที่เป็นนามธรรม (Abstract) ถูกคิดค้นขึ้นมาเพื่อให้เป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) แทนที่ของพระเจ้าและกษัตริย์ แต่ลักษณะสำคัญของความเป็นองค์อธิปัตย์ คือ ต้องมีความเป็นเอกภาพหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่โดยทั่วไปแล้วประชาชนเป็นกลุ่มของคนจำนวนมากมายมหาศาลที่กระจัดกระจายไม่ได้ถูกก่อตั้งอย่างเป็นระบบระเบียบและเป็นเอกภาพ เจตจำนง (Will) ของประชาชนแต่ละคนจึงแทบจะไม่มีทางสอดคล้องต้องกันได้ทั้งหมด ในแง่นี้ประชาชนจึงเป็นองค์อธิปัตย์ที่ไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้คำนิยามคำว่า “ประชาชน” ให้ได้ว่าหมายถึงใครบ้าง และต้องออกแบบให้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนเกิดการแสดงเจตจำนงอย่างเป็นเอกภาพและเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียว (Single Act of Will) ให้ได้ เช่น การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เป็นต้น

⁶³ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 15*, น.6.

Sieyès ได้อธิบายว่า “ชาติ” (Nation) คือ สิ่งที่รวมเอาประชาชนที่กระจัดกระจายและยากที่จะหาเจตจำนงร่วมกันได้นั้นให้เป็นหนึ่งเดียว และชาตินั้นเองที่เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ชาติในความคิดของ Sieyès ไม่ได้มีความหมายในเชิงชาตินิยม (Nationalism) หากแต่เป็นหน่วยทางการเมืองที่ถูกสร้างขึ้นใหม่เพื่อแทนที่กษัตริย์ เจตจำนงของชาติในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่จึงเป็นเอกภาพ เนื่องจากเจตจำนงของประชาชนแต่ละคนที่ยังร่วมกันเป็นชาตินั้นได้ถูกลอมรวมกันให้เป็นกลายเจตจำนงหนึ่งเดียวของชาติ เราจึงไม่อาจแสดงเจตจำนงของประชาชนแต่ละคนที่ยังรวมตัวกันเป็นชาติอย่างโดด ๆ ได้ วิธีคิดเช่นนี้จึงเป็นการสนับสนุนประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) ที่กำหนดให้ประชาชนต้องเลือกผู้แทนเข้าไปแสดงเจตจำนงแทนตนมากกว่าที่จะสนับสนุนประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) อย่างไรก็ตาม ผู้แทนตามแนวความคิดของ Sieyès ในกรณีนี้หมายถึงผู้แทนของประชาชนในกรณีพิเศษ (Extraordinary Representative) ซึ่งอำนาจไม่ถูกจำกัดโดยกระบวนการหรือข้อจำกัดใด ๆ ของรัฐธรรมนูญ จึงมีความหมายที่แตกต่างจากผู้แทนของประชาชนในกรณีปกติ (Ordinary Representative)

ในขณะที่ Olivier Beaud เห็นว่าในยุคปัจจุบันที่ลัทธิเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) ได้แพร่หลายจนกลายเป็นของระบอบการปกครองกระแสหลักของประเทศส่วนใหญ่ของโลก ย่อมต้องถือว่ามีแต่ประชาชน (People) แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนกระบวนการใช้อำนาจจะเป็นอย่างไร องค์กรใดจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจบ้างก็ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติเอาไว้เช่นไร แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องจบลงที่การตัดสินใจขั้นสุดท้ายโดยตรงของประชาชนเจ้าของอำนาจผ่านการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เท่านั้น แนวความคิดของ Beaud จึงเป็นการสนับสนุนประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) นอกจากนี้ Beaud ยังเชื่อมโยงผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) กับเจ้าของอำนาจอธิปไตย (Sovereign) ที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยว่าแท้จริงแล้วเป็นองค์กรเดียวกัน เนื่องจากเมื่อมีการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้นจะบัญญัติว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของใคร ซึ่งถือว่าการทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แต่เดิมขึ้นเป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริงกลายเป็นอำนาจในทางกฎหมายและเข้ามาอยู่ในรัฐธรรมนูญ (Constitutionalization)

เช่นเดียวกับ Carl Schmitt ที่เห็นว่ารัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถที่จะสร้างตัวของมันเองได้ หากแต่ต้องถูกสร้างขึ้นโดยเจตจำนง (Will) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Verfassungsgebende Gewalt) ซึ่งเป็นเจตจำนงในทางการเมือง (Political Will) ของประชาชนที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับชนิดและรูปแบบของระบอบการเมืองของตน อย่างไรก็ตาม Schmitt เห็นว่า

เจตจำนงในทางการเมืองดังกล่าวต้องแสดงออกโดยประชาชนเองโดยตรงเท่านั้น Schmitt จึงปฏิเสธแนวความคิดเกี่ยวกับการเป็นผู้แทนของประชาชนในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès เนื่องจากมองว่าไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย (Antidemocratic) แต่จะกลายเป็นระบอบอภิชนาธิปไตย (Aristocracy) แทน ซึ่งถือว่าเป็นความแตกต่างที่สำคัญระหว่างแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Schmitt กับ Sieyès อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการหลายคนได้เตือนให้ระมัดระวังแนวความคิดดังกล่าวของ Schmitt เนื่องจากแม้จะดูเหมือนว่าสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยแต่ก็เป็นเพียงแค่การให้ประชาชนออกเสียง “ใช่หรือไม่” (Yes or No) เท่านั้น ไม่มีการอธิบายหรือสนับสนุนให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการพิจารณาไตร่ตรองประเด็นดังกล่าวอย่างมีเหตุผลและรอบคอบ⁶⁴ แนวความคิดเช่นนี้จึงอาจนำไปสู่การสถาปนาระบอบเผด็จการผ่านการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยผู้นำเผด็จการได้

1.3.1.3 กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการทำลายระบอบการเมืองเดิมโดยสิ้นเชิงทำให้ระบบความสัมพันธ์ทางการเมืองและสถาบันการเมืองต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิมหมดสิ้นไป เช่น เมื่อมีการประกาศเอกราชและสิ้นสุดการเป็นอาณานิคมหรือการปลดปล่อยเมืองขึ้นโดยรัฐเจ้าอาณานิคม หรือการปฏิวัติประชาชนที่มีการล้มเลิกระบอบการปกครองเดิม หรือการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิม ซึ่งจะทำให้เกิดช่องว่างในทางกฎหมายและในทางการเมืองขึ้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเข้าไปสร้างระบอบการเมืองและระบบกฎหมายรวมทั้งสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ ขึ้นมาใหม่ทั้งหมด อำนาจนี้จึงมีลักษณะเป็น “อำนาจก่อตั้ง” (Pouvoir Établissement) และถูกอธิบายเพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับกระบวนการทำลายรัฐธรรมนูญเดิมที่ดำรงอยู่และกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญใหม่เข้ามาแทนที่ รวมไปถึงความชอบธรรมของตัวรัฐธรรมนูญเองด้วย⁶⁵ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกัน 2 ข้ออยู่ร่วมกันหรือมีทวิลักษณ์ร่วมกันเปรียบเสมือนกับ 2 ด้านของเหรียญ กล่าวคือ ลักษณะหนึ่ง คือ การถอนหรือทำลายระบบรัฐธรรมนูญ

⁶⁴ Christoph Burchard, “Carl Schmitt on Democracy and International Relation,” *Leiden J. Int’l. L.* 19, p.13 (2006).

⁶⁵ Gunnar Folke Schuppert, “The Constituent Power,” in *Main Principles of the German Basic Law*, ed. Christian Starck (Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), p.38.

เดิม (Déconstituant) ในขณะเดียวกันอีกลักษณะหนึ่ง คือ การก่อสร้างจัดตั้งระบบรัฐธรรมนูญใหม่ (Reconstituant) ด้วย⁶⁶

ตัวอย่างการนำทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้อธิบายปรากฏการณ์ทางการเมืองของการทำลายระบอบเก่าเพื่อก่อตั้งระบอบใหม่ เช่น การปฏิวัติอเมริกาเพื่อประกาศอิสรภาพจากอังกฤษในระหว่างปี ค.ศ. 1765 ถึง ค.ศ. 1783 นั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เข้าไปทำลายและตัดขาดอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง จากระบอบการปกครองของเจ้าอาณานิคมอังกฤษ ประชาชนชาวอาณานิคมในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งสถาปนาระบอบการปกครองใหม่ขึ้นมาแทนที่ในรูปของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 หรือในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เข้ารีดถอนทำลายระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ดำรงอยู่ในขณะนั้น และสถาปนาระบอบใหม่ผ่านรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ทั้งนี้ ในกรณีฝรั่งเศสนั้นถือว่าชาติ (Nation) ซึ่งมีความหมายนัยเดียวกับประชาชน (People) เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁶⁷

อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจที่ไร้ข้อจำกัด ไม่ว่าจะในทางรูปแบบและกระบวนการหรือในทางเนื้อหาก็ตาม แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ยังคงต้องการรูปแบบและขั้นตอนการใช้อำนาจอยู่เองเป็นธรรมดา เพราะมิฉะนั้นแล้วอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจถูกใช้ให้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติจนกลายเป็นอำนาจที่ไร้กำลังและไม่อาจใช้การใด ๆ ได้เลย⁶⁸ เมื่อปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าประชาชนแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รูปแบบและขั้นตอนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมต้องสอดคล้องกับประชาชนเจ้าของอำนาจอ้างด้วย เช่น การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (Referendum) เป็นต้น รูปแบบและขั้นตอนเหล่านี้ย่อมเป็นกลไกที่ช่วยให้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดผลขึ้น

⁶⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว* เซิงอรรถที่ 49.

⁶⁷ เพิ่งอ้าง.

⁶⁸ Joel Colon-Rios, Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power (New York : Routledge, 2012), p.87, cited in Yaniv Roznai, *supra note 27*, p.90.

ได้จริงในทางปฏิบัติ สำหรับกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง คือ การทำลายรัฐธรรมนูญเดิม (Déconstituant) และการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ (Reconstituant) ดังนี้⁶⁹

(1) การทำลายรัฐธรรมนูญเดิม (Déconstituant)

ช่วงแรกของกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ คือ การตัดสินใจว่าจะมีระบบรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ หากตัดสินใจว่าต้องการมีระบบรัฐธรรมนูญใหม่แล้วย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องทำลายระบบรัฐธรรมนูญเก่าและเตรียมการสำหรับการก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้อีกเป็น 2 ขั้นตอนย่อย คือ การริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อทำให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่ง และการวางกรอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ อีกประการหนึ่ง ดังนี้

(1.1) การริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญ (Initiative pré Constituant)

จุดเริ่มต้นของการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ คือ การทำลายรัฐธรรมนูญเดิม (Déconstituant) เพราะหากระบบรัฐธรรมนูญเดิมยังคงดำรงอยู่โดยไม่เข้าไปทำลายระบบดังกล่าวลงเสียแล้ว การก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามระบบรัฐธรรมนูญเดิมซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น การเข้าไปทำลายระบบรัฐธรรมนูญเดิมจึงเป็นการกระทำเพื่อให้เกิด “สภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญ” หรือ “สภาวะก่อนมีรัฐธรรมนูญ” เสียก่อน อันจะทำให้การก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายตามมา

สภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญหรือสภาวะก่อนมีรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นสภาวะที่ดำรงอยู่แล้วภายในรัฐในขณะจะก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ก็ได้ เช่น การเกิดขึ้นของรัฐใหม่ซึ่งอาจเกิดจากการประกาศอิสรภาพจากเจ้าอาณานิคมหรือเกิดจากการรวมตัวกันของรัฐหลาย ๆ รัฐเกิดขึ้นเป็นรัฐใหม่อีกรัฐหนึ่งแยกออกมาต่างหาก ในกรณีเช่นนี้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะปรากฏตัวขึ้นและถูกใช้เพื่อก่อตั้งรัฐและรัฐธรรมนูญไปพร้อมกัน โดยไม่มีการเข้าไปรื้อถอนทำลายรัฐเดิมหรือรัฐธรรมนูญเดิมเลย

นอกจากนี้ สภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญหรือสภาวะก่อนมีรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นสภาวะที่ถูกสร้างขึ้นโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคณะบุคคลก็ได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้หากพิจารณา

⁶⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (4)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1797, น.55 (23 มกราคม 2558).

จากหลักเกณฑ์ว่าองค์กรใดเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตัดสินใจให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญแล้ว สามารถแบ่งลักษณะการเกิดขึ้นของสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญได้ 3 ลักษณะ ดังนี้⁷⁰

(ก) การตัดสินใจของบุคคลหรือคณะบุคคล

บุคคลหรือคณะบุคคลอาจเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญด้วยเหตุปัจจัยหลายประการ เช่น อำนาจบารมีในทางการเมืองของกษัตริย์ หรือคณะนายทหารที่มีกองกำลังของกองทัพสนับสนุน เป็นต้น การทำลายรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้จึงมักปรากฏในรูปของการรัฐประหาร (Coup d'Etat) เช่น การรัฐประหารโดย Napoléon Bonaparte เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1799 ได้โค่นล้มระบอบ Directoire ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1795 คณะผู้บริหารสูงสุด (Consul) ซึ่งประกอบไปด้วย Napoléon Bonaparte, Emmanuel Joseph Sieyès และ Roger Ducos ได้มอบหมายให้คณะกรรมการ 2 คณะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งต่อมากลายเป็นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1799 (Constitution of the Year VIII) เป็นต้น

(ข) การตัดสินใจของรัฐสภา

รัฐสภาที่ตามปกติถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) อาจกลายเป็นองค์กรที่ตัดสินใจทำลายระบบรัฐธรรมนูญเสียเองก็ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญอันนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่น ในการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ภายหลังจากสมาชิกจากฐานันดรที่ 1 และฐานันดรที่ 2 ซึ่งเป็นพวกพระและขุนนางตัดสินใจไม่ร่วมประชุมสภาฐานันดร (États généraux) อีกต่อไป สมาชิกจากฐานันดรที่ 3 ซึ่งเป็นสามัญชนได้ตัดสินใจประชุมกันต่อไปและประกาศให้สภาฐานันดรกลายเป็น “สภาแห่งชาติ” (Assemblée Nationale) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจากฐานันดรที่ 3 เท่านั้นทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เป็นต้น

(ค) การตัดสินใจของประชาชน

การริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญโดยประชาชนนั้นมีกระบวนการที่ซับซ้อนยุ่งยากกว่าปกติ โดยแบ่งการตัดสินใจของประชาชนออกเป็น 2 ครั้งต่อเนื่องกัน กล่าวคือ การตัดสินใจขอเริ่มกระบวนการทำลายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการกระทำในขั้นตอนแรกสุดเพื่อตัดสินใจว่าจะยินยอมให้ริเริ่มกระบวนการทำลายระบบรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่หรือไม่ และการตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้ายเพื่อสร้างสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายเพื่อตัดสินใจว่าระบบรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่นั้นจะถูกทำลายลงหรือไม่

⁷⁰ เฟิงอ้าง.

ตัวอย่างของการริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญโดยประชาชนนั้น เช่น การเปลี่ยนผ่านจากระบอบวิชี (Régime de Vichy) ไปสู่สาธารณรัฐที่ 4 (Quatrième République Française) ในประเทศฝรั่งเศส รัฐบาลชั่วคราวของนายพล Charles de Gaulle ในขณะนั้นได้ตรารัฐกำหนดว่าด้วยการฟื้นฟูความชอบธรรมในทางกฎหมายแบบสาธารณรัฐขึ้นใหม่ในดินแดนฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1944 ผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากระบอบวิชี มีผลทำให้ประเทศฝรั่งเศสเสมือนยังคงอยู่ในสาธารณรัฐที่ 3 (Troisième République Française) และรัฐกำหนด ฉบับลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 1944 ได้วางหลักการพื้นฐานให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ตัดสินใจถึงอนาคตของระบอบการเมืองว่าจะยังคงอยู่ในสาธารณรัฐที่ 3 หรือจะก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ หลังจากนั้น รัฐบาลชั่วคราวได้ตรารัฐกำหนด ฉบับลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1945 เพื่อจัดให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะยกเลิกสาธารณรัฐที่ 3 และสร้างสาธารณรัฐใหม่หรือไม่ ซึ่งการลงประชามติในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1945 ผลปรากฏว่าประชาชนชาวฝรั่งเศสเห็นควรให้ยกเลิกสาธารณรัฐที่ 3 และให้สภาจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ดังนั้น รัฐกำหนด ฉบับลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1944 และฉบับลงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ. 1944 จึงเป็นการกระทำในขั้นตอนแรกเพื่อตัดสติใจว่าจะยินยอมให้เริ่มต้นกระบวนการทำลายรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในขณะที่การออกเสียงลงประชามติตามรัฐกำหนด ฉบับลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1945 ในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1945 เป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายเพื่อตัดสติใจว่าจะทำลายรัฐธรรมนูญหรือไม่

ดังนั้น การริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญโดยประชาชนจึงถือว่าการเสริมสร้างความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้กับกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้มากยิ่งขึ้นไปอีก เนื่องจากในกรณีเช่นนี้ประชาชนในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นแต่เพียงผู้ตัดสินใจ “ก่อตั้ง” รัฐธรรมนูญใหม่ในขั้นตอนสุดท้ายเท่านั้น แต่ยังเป็นผู้ตัดสินใจ “ทำลาย” รัฐธรรมนูญเดิมก่อนอีกด้วย

(1.2) การวางกรอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ (Attributive du Pouvoir Constituant)

เมื่อได้ทำลายรัฐธรรมนูญเดิมจนเกิดเป็นสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญแล้ว หลังจากนั้นจะเป็นช่วงเวลาแห่งการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ก่อนที่จะก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ได้ในปีเบื้องต้นจำเป็นต้องวางกรอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่เสียก่อน กล่าวคือ เป็นการกำหนดว่าในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่นั้นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการด้วยรูปแบบและกระบวนการเช่นใด ตลอดจนการกำหนดว่ารัฐธรรมนูญใหม่จะต้องมีเนื้อหาอย่างไร

(ก) การกำหนดกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่

การกำหนดกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ ได้แก่ การกำหนดองค์กรผู้มีอำนาจร่าง ระยะเวลาและขั้นตอนต่าง ๆ ในการยกร่าง องค์กรผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบและประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ ตลอดจนการกำหนดว่าจะดำเนินการอย่างไรหากยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ผ่านความเห็นชอบขององค์กรผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบ เช่น การกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเป็นผู้มีอำนาจร่างและให้ความเห็นชอบแก่รัฐธรรมนูญใหม่ภายในระยะเวลาที่กำหนด หากยกร่างไม่เสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวหรือไม่ได้รับความเห็นชอบก็ให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นพ้นจากตำแหน่งไปทันที เป็นต้น

การกำหนดกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่มีขึ้นเพื่อสร้างหลักประกันว่าในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่นั้นจะมีองค์กรใดบ้างที่เข้าไปมีส่วนร่วม โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนในฐานะองค์อธิปัตย์ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการยกร่างและให้ความเห็นชอบแก่รัฐธรรมนูญอย่างไร อีกทั้งการกำหนดระยะเวลาในการยกร่างรัฐธรรมนูญเอาไว้ อย่างชัดเจนทำให้คาดหมายได้ว่าสถานะปลอดรัฐธรรมนูญนั้นจะสิ้นสุดลงเมื่อใด

(ข) การกำหนดเนื้อหาของรัฐธรรมนูญใหม่

แม้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด (Pouvoir Inconditionné) อันทำให้ในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงให้มีรัฐธรรมนูญของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ถูกผูกพันโดยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือข้อจำกัดใด ๆ เลยก็ตาม แต่ในปัจจุบันด้วยเหตุที่แนวความคิดเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) มีอิทธิพลอย่างมากต่อระบอบการเมืองการปกครองของประเทศส่วนใหญ่ในโลก ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจยกร่างรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้อีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ต้องการเปลี่ยนผ่านการปกครองจากระบอบเผด็จการไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือประเทศที่ต้องการยุติสงครามกลางเมืองและเข้าสู่ภาวะสันติภาพ หรือประเทศที่ต้องการปฏิรูปการเมืองการปกครองและระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของตน การกำหนดกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่จึงมักจะกำหนดกรอบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญใหม่เอาไว้เสมอ ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะก่อตั้งรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการเสรีประชาธิปไตยหรือหลักการที่ประเทศเหล่านั้นมุ่งหมายที่จะให้มีการปฏิรูป

ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสในช่วงเปลี่ยนผ่านจากสาธารณรัฐที่ 4 (Quatrième République Française) ไปสู่สาธารณรัฐที่ 5 (Cinquième République Française) ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 ได้กำหนดกรอบ

ในทางเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เอาไว้ว่าต้องประกอบด้วยเรื่องดังต่อไปนี้ (1) การเลือกตั้งโดยทั่วไปและเท่าเทียมเท่ากันที่จะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจรัฐได้ อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารต้องยึดโยงกับการเลือกตั้งหรือยึดโยงกับองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งเท่านั้น (2) อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารต้องแยกออกจากกัน (3) รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา (4) ศาลต้องเป็นอิสระเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ (5) รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ ซึ่งถือเป็นการกำหนดกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่

นอกจากนี้ การกำหนดเนื้อหาของรัฐธรรมนูญใหม่อาจเกิดจากข้อตกลงในทางระหว่างประเทศก็ได้ เช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศกัมพูชานั้นได้ถูกกำหนดกรอบในทางเนื้อหาโดยความตกลงว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการเมืองของความขัดแย้งในกัมพูชาภาคผนวกที่ 5 ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงสันติภาพกรุงปารีส ฉบับลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1991 (Paris Peace Accords 1991) ว่าต้องเป็นไปตามหลักการ 6 ประการดังต่อไปนี้เท่านั้น (1) รัฐธรรมนูญต้องเป็นกฎหมายสูงสุด (2) รัฐธรรมนูญต้องรับรองสิทธิมนุษยชน (3) รัฐธรรมนูญต้องประกาศสถานะของกัมพูชาว่าเป็นรัฐอธิปไตย รัฐเอกราช รัฐที่เป็นกลาง และความเป็นเอกภาพของประชาชนชาวกัมพูชา (4) รัฐธรรมนูญต้องกำหนดระบอบเสรีประชาธิปไตยบนพื้นฐานของความหลากหลาย (5) รัฐธรรมนูญต้องรับรองความเป็นอิสระของศาล และ (6) รัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบด้วยมติ 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วย

(2) การก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ (Reconstituant)

เมื่อผ่านขั้นตอนการทำลายรัฐธรรมนูญเดิม (Déconstituant) ตั้งแต่การริเริ่มทำลายรัฐธรรมนูญเดิมเพื่อทำให้เกิดสภาวะปราศจากรัฐธรรมนูญจนถึงการวางกรอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่แล้ว ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนถัดไป คือ การก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ (Reconstituant) ที่ต้องดำเนินการตามรูปแบบและกระบวนการตามที่กำหนดเอาไว้ในขั้นตอนการวางกรอบการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอนย่อย ได้แก่ การยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ประการหนึ่ง และการให้ความเห็นชอบและประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ อีกประการหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งถือว่าเป็นองค์อุปถัมภ์ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการยกร่างหรือขั้นตอนการให้ความเห็นชอบและประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่แล้ว เราสามารถแบ่ง

ขั้นตอนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่ออกได้เป็น 2 รูปแบบ⁷¹ ได้แก่ รูปแบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือรูปแบบเผด็จการ และรูปแบบที่เป็นประชาธิปไตย

(2.1) รูปแบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือรูปแบบเผด็จการ

กระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือคณะบุคคลใดคณะบุคคลหนึ่งเพียงคนเดียว ประชาชนไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยเลย ซึ่งจำแนกตามวิธีการแสดงเจตจำนงให้มีรัฐธรรมนูญได้อีก 2 ลักษณะ ได้แก่

(ก) ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแสดงเจตนาฝ่ายเดียวจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Unilateral)

ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีนี้โดยทั่วไปมักจะเป็นประมุขแห่งรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ กษัตริย์หรือผู้นำเผด็จการที่ครองอำนาจโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหาร สาเหตุที่ต้องแสดงเจตนาฝ่ายเดียวจัดให้มีรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นจากหลาย ๆ เหตุผล เช่น เกิดจากความสมัครใจของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเองเพราะเห็นว่าประเทศควรมีรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองได้แล้ว เช่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1889 ที่ได้รับพระราชทานจากจักรพรรดิเมจิ หรือเกิดจากสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้นที่บีบบังคับให้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจำต้องจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 ในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 หรือที่เรียกว่า Charte 1814 หรือรัฐธรรมนูญรัสเซียในสมัยพระเจ้านิโคลัสที่ 2 ค.ศ. 1905 เป็นต้น

(ข) ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทำความตกลงหรือทำสัญญากับประชาชนในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Pact หรือ Charter)

การสถาปนารัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ รัฐธรรมนูญจะเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมหรือการทำความตกลงกัน (Compromise) ไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตจำนง (Will) ตัดสินใจให้มีรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งมักเกิดขึ้นในกรณีที่ประชาชนเรียกร้องให้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น โดยอาจมีการปฏิวัติของประชาชนและประชาชนสามารถควบคุมอำนาจรัฐได้แล้ว เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 3 คือ La Charte 1830 ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่าง M. Thiers ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนกับพระเจ้าหลุยส์ฟิลิปส์

⁷¹ อภิญา แก้วกำเหนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.27 – 31.

(2.2) รูปแบบที่เป็นประชาธิปไตย

กระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้จะถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชนหรืออย่างน้อยที่สุดการสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความยินยอมหรือได้รับความเห็นชอบจากประชาชน อย่างไรก็ตาม ประชาชนนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์อธิปัตย์ที่ไม่ได้ถูกก่อตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการและเป็นเอกภาพดังเช่นกษัตริย์หรือผู้นำเผด็จการ เจตจำนง (Will) ของประชาชนแต่คนจึงเป็นไปได้ที่จะสอดคล้องต้องกันได้ทั้งหมด การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบนี้จึงมีความสลับซับซ้อนและยุ่งยากกว่ารูปแบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือรูปแบบเผด็จการ และจะต้องออกแบบกระบวนการดังกล่าวให้เกิดผลเป็นการตัดสินใจฝ่ายเดียวของประชาชนให้ได้ ประชาชนในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจจะใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นโดยตรงหรือโดยผ่านทางผู้แทนก็ได้ กระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้จึงสามารถทำได้ใน 2 ลักษณะ ได้แก่

(ก) ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง

ในกรณีนี้ประชาชนจะมีบทบาทในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยตนเองโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าประชาชนต้องเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วยตนเองเสมอไป ประชาชนอาจมอบอำนาจให้บุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนก็ได้ เช่น ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญหรือรัฐสภาตามปกติเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวจะทำหน้าที่เพียงยกร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้นแต่ในขั้นตอนสุดท้ายที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับนั้นประชาชนจะเป็นผู้อนุมัติในขั้นตอนสุดท้ายเองว่าจะให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญนั้นให้มีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ วิธีการให้ประชาชนอนุมัติในขั้นตอนสุดท้ายนี้ ได้แก่การให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เพื่อให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญที่ได้ยกร่างขึ้น เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 ที่ได้รับการยกร่างขึ้นโดยสภานิติบัญญัติและได้รับความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายโดยการออกเสียงลงประชามติของประชาชน เป็นต้น การสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มีพื้นฐานมาจากหลักการประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) จึงถือว่าเป็นกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากที่สุด

(ข) การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปมักจะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจึงถือว่าเป็นตัวแทน (Representative) ของประชาชนในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้หลายรูปแบบ แต่ในที่นี้ขอแยกพิจารณาออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

พิจารณาจากรูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ รูปแบบหนึ่ง และพิจารณาจากขอบเขตในการใช้อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ อีกรูปแบบหนึ่ง ดังนี้

รูปแบบแรก เมื่อพิจารณาจากรูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว เราสามารถแบ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) **สภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง** สภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการยกร่างและ/หรือให้ความเห็นชอบแก่รัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวโดยเฉพาะ ไม่ได้ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติดังเช่นรัฐสภาตามปกติด้วย สภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้ก็กับรัฐสภาจึงแตกต่างกันหากออกจากกัน เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งเมืองฟิลาเดลเฟีย (Philadelphia Convention) ซึ่งทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 เป็นต้น

(2) **สภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วย** รูปแบบนี้เป็นการขยายอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอยู่เดิมให้ทำหน้าที่ในการยกร่างรัฐธรรมนูญด้วยนอกจากหน้าที่ในทางนิติบัญญัติตามปกติ เช่น สภาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) ของฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1789 ซึ่งทำหน้าที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส เป็นต้น

รูปแบบที่สอง เมื่อพิจารณาจากขอบเขตในการใช้อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว เราสามารถแบ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) **สภาร่างรัฐธรรมนูญแบบไม่จำกัดอำนาจ** ถ้อยหลักว่าเมื่อประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเองโดยตรงแล้ว สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ย่อมเป็นผู้แทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจสูงสุดโดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ และเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วก็สามารถประกาศใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนในขั้นตอนสุดท้ายอีก เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1791, ค.ศ. 1848 และ ค.ศ. 1871 หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญกรีซ เมื่อปี ค.ศ. 1975 เป็นต้น

(2) **สภาร่างรัฐธรรมนูญแบบจำกัดอำนาจ** โดยประชาชนจะเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อให้มีหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้ยกร่างขึ้นมานั้นจะยังไม่ผลบังคับใช้จนกว่าจะได้นำร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบโดยการออกเสียงประชามติ (Referendum) ในขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่ง เช่น การสถาปนารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 1 ค.ศ. 1792 และฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ค.ศ. 1946 การสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบนี้จึงมีพื้นฐานมาจากหลักประชาธิปไตยกึ่งทางตรง (Semi - Direct Democracy) หรือหลักประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมของประชาชน (Participatory Democracy)

1.3.2 อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ได้สร้างรัฐธรรมนูญ และก่อตั้งองค์กรทางการเมืองต่าง ๆ ผ่านทางรัฐธรรมนูญแล้ว บรรดาอำนาจที่องค์กรทางการเมืองเหล่านั้นได้ใช้หรือแสดงออกไปแล้วแต่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ อำนาจที่องค์กรเหล่านั้นใช้จึงถูกเรียกว่า “อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constitué) กล่าวคือ เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้สร้างหรือกำหนดขึ้นและมอบให้องค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เช่น อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาที่เรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติ” (Legislative Power) อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีที่เรียกว่า “อำนาจบริหาร” (Executive Power) และอำนาจในการพิพากษาอาชญากรรมของศาลที่เรียกว่า “อำนาจตุลาการ” (Judicial Power) รวมไปถึงอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการดำเนินการทางการเมืองและทางกฎหมายตามปกติของรัฐ และโดยปกติอำนาจต่าง ๆ เหล่านี้จะถูกกำหนดเอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

1.3.2.1 การแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกจากอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès นั้น ได้แบ่งแยกอำนาจที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) รัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ในขณะที่องค์กรทางการเมืองทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ศาล หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น ดังนั้น อำนาจที่องค์กรเหล่านี้ใช้จึงเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) หรือที่มิผู้เรียกอำนาจในทางรัฐธรรมนูญทั้งสองประเภทนี้ว่า “อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง” และ “อำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง” ตามลำดับ⁷²

อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจใช้ไปในทางที่ขัดหรือแย้งหรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ เพราะถือว่าเป็นการล่วงละเมิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่มีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ภายหลังจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว บรรดาอำนาจทางการเมืองต่าง

⁷² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น.53.

ๆ จะมีความชอบธรรมได้ก็แต่โดยภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ดังนั้น นอกเหนือจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วจะไม่มีพื้นที่หลงเหลือให้กับอำนาจนอกรัฐธรรมนูญอื่นใด อีก⁷³ อาจกล่าวได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกจากอำนาจที่ได้รับมาจาก รัฐธรรมนูญนั้นมีผลทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Law of the Land) โดยเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐ

1.3.2.2 ลักษณะของอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) มีลักษณะเป็น อำนาจที่ถูกจำกัดภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การถูกจำกัดนั้นอาจแสดงออกโดยการกำหนด ขอบเขตของอำนาจ (Compétence) การกำหนดกระบวนการใช้อำนาจ (Procédure) และการ กำหนดเนื้อหาที่จะใช้อำนาจ (Conténu) ซึ่งรัฐธรรมนูญจะเป็นสิ่งที่เข้าไปวางข้อจำกัดเหล่านี้เอาไว้ ดังนั้น อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Compétence Limitee, Limited Power)⁷⁴ และจะไปโดยชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ โดยอาจเรียกอำนาจลักษณะนี้ได้อีกอย่าง ว่า “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” การตีความอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นจึงต้องตีความตามเจตจำนงของ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁷⁵ จนถึงกับมีผู้กล่าวว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นเปรียบเสมือนผู้ดูแล ผลประโยชน์ (Trustee) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁷⁶

1.3.2.3 ผลทางกฎหมายของอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ออกจากอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) นั้น ทำให้ เกิดผลในทางกฎหมาย 2 ประการ ดังนี้⁷⁷

⁷³ Ulrich K. Preuss, “Constitutional Powermaking for the new polity; some deliberations on the relations between constituent power and the constitution,” *Cardozo L. Rev.* 14, pp.639, 640-641 (1992-1993).

⁷⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539), น.5 – 10.

⁷⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น.19 - 20.

⁷⁶ Ulrich K. Preuss, *supra note 73*, p.653.

⁷⁷ ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น.15.

(1) อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เป็นอำนาจที่มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เนื่องจากอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกสร้างขึ้นและถูกวางระเบียบกฎเกณฑ์โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านทางรัฐธรรมนูญ

(2) รัฐธรรมนูญมีสถานะสูงกว่าบรรดากฎหมายซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและได้รับมอบอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ องค์กรทางการเมืองเหล่านี้ไม่อาจอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนุญมอบให้นั้นเข้าไปเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือทำลายรัฐธรรมนูญหรือเปลี่ยนแปลงความเป็นอยู่ของตัวเองได้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังมีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่าบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรทางการเมืองเหล่านี้ด้วย ดังนั้น บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญใดที่ไปขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องถูกเพิกถอนไม่ให้มีผลใช้บังคับในระบบกฎหมาย

บทที่ 2

ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment) หมายถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ว่าโดยการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้วหรือโดยเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไป และได้อธิบายถึงทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจที่ใช้ในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญและอำนาจรัฐต่าง ๆ ที่เรียกว่า “ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ซึ่งแบ่งแยกอำนาจที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ซึ่งก่อให้เกิดคำถามสำคัญที่ตามมาว่าแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแท้จริงแล้วเป็นการใช้อำนาจชนิดใดระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ และอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อจำกัดหรือไม่ หากการใช้อำนาจดังกล่าวมีข้อจำกัดแล้ว ข้อจำกัดเหล่านั้นประกอบไปด้วยอะไรบ้างและมีคำอธิบายในทางทฤษฎีอย่างไร ซึ่งในบทนี้จะได้ศึกษาถึงทฤษฎีและแนวความคิดที่มีทัศนะว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดด้วยสิ่งที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Limitations on Constitutional Amendment) โดยศึกษาถึงที่มาในทางทฤษฎีและประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ตลอดจนข้อถกเถียงในทางทฤษฎีที่มีต่อข้อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญจะถูกก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดขององค์อธิปัตย์ที่จะแสดงเจตจำนงก่อตั้งรัฐธรรมนูญโดยอิสระและปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ก็ตาม แต่ในทางความเป็นจริงแล้วเราจะพบว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ มักจะได้รับการแก้ไขปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ เนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นเมื่อใช้ไประยะเวลาหนึ่งย่อมล้าสมัยไม่อาจปรับใช้ให้สอดคล้องกับสภาพในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดคำถามในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญตามมาว่า ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องใช้อำนาจชนิดใด อำนาจดังกล่าวมีลักษณะอย่างไร การใช้อำนาจดังกล่าวต้องดำเนินการโดยขั้นตอนหรือวิธีการเช่นไร และท้ายที่สุดอำนาจดังกล่าวมีข้อจำกัดหรือขอบเขตในทางกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

2.1.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของ Sieyès นั้น อธิบายว่าอำนาจที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ดังที่ได้อภิปรายในบทที่ 1 ข้างต้น กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น แท้จริงแล้วเป็นอำนาจชนิดใดระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) หรืออำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) หรือแท้จริงแล้วอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอีกชนิดหนึ่งที่แยกต่างหากออกมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ และเป็นอำนาจที่มีลักษณะเฉพาะของตัวเอง (Sui Generis)¹

2.1.1.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักจะถูกกำหนดให้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เนื่องจากอำนาจที่จะนำไปใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญได้นั้นย่อมต้องเป็นอำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจที่ใช้ในการก่อตั้งบรรทัดฐานในรัฐธรรมนูญนั้นนั่นเอง² ประกอบกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญย่อมเท่ากับเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้ เช่น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทั้งสิ้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ี้แล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่ใช่อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญจะถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจดังกล่าวต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น อีกทั้งอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญยังไม่สามารถกำหนดหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของตัวเองตามรัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แต่เดิมได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถถูกใช้เพื่อ

¹ Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers,” (Ph.D.dissertation, Department of Law of the London School of Economics, 2014), p.91.

² Antonio Negri, *Insurgencies : Constituent Power and Modern State*, (Minnesota : University of Minnesota Press, 2002), p.2 cited in Yaniv Roznai, *supra* note 27, p.93.

แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอันเท่ากับเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของตัวมันเองได้นั้นเอง ในขณะที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่สามารถกำหนดเนื้อหาให้แตกต่างไปจากเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แต่เดิมได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่นี้จึงต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) รูปแบบหนึ่ง³

2.1.1.2 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งเช่นกันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น แท้จริงแล้วเป็นเพียงแค่การใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น เนื่องจากอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ และในหลาย ๆ กรณีรัฐธรรมนูญยังกำหนดถึงขอบเขตของอำนาจ (Compétence) กระบวนการใช้อำนาจ (Procédure) และเนื้อหาที่จะใช้อำนาจ (Conténu) สำหรับการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เช่นเดียวกับที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงขอบเขตของอำนาจ กระบวนการใช้อำนาจ และเนื้อหาที่จะใช้อำนาจสำหรับการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เช่น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ⁴ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่นี้แล้ว จึงต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) รูปแบบหนึ่งเท่านั้น แม้ว่าจะเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่มีความสามารถพิเศษในการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะ ขอบเขต และข้อจำกัดของตัวมันเองได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นอำนาจที่ถูกจัดตั้งขึ้นและมีข้อจำกัดอยู่⁵ ด้วยเหตุที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจัดตั้งและมีข้อจำกัดในทางกฎหมายโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) อย่างแท้จริง

2.1.1.3 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะเฉพาะตัว

ด้วยลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผสมผสานระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) กับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir

³ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, “An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective : A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision,” *International Journal of Constitutional Law* 10, pp.175, 192 (2012).

⁴ Ulrich K. Preuss, “The Implications of ‘Eternity Clauses’ : The German Experience,” *Israel Law Review* 44, p.430 (2011).

⁵ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.94.

Constitué) กล่าวคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สามารถใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเจตจำนงในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ แต่ในขณะเดียวกันอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจที่ถูกจัดตั้งและกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเหมือนกับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้บรรยายถึงลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างน่าฟังว่า

“อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นอำนาจซึ่งอยู่ในแดนสนธยาระหว่างผู้ทรงอำนาจกับผู้รับอำนาจ . . . อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่วางกรอบและถูกตีกรอบ เป็นอำนาจที่อนุญาตและได้รับอนุญาต เป็นอำนาจดั้งเดิมและได้รับมาอีกที เป็นอำนาจที่สูงกว่าและต่ำกว่ารัฐธรรมนูญในขณะเดียวกัน”⁶

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแท้จริงแล้วไม่ได้เป็นเพียงการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) หรืออำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) อำนาจใดอำนาจหนึ่งเพียงอำนาจเดียวเท่านั้น หากแต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ โดยมีสถานะในทางกฎหมายที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม แต่ในขณะเดียวกันก็มีสถานะที่สูงกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ⁷ ลักษณะพิเศษของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้นำไปสู่การอธิบายถึงความแตกต่างในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญระหว่าง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรเริ่มแรก” (Pouvoir Constituant Originaire, Original Constituent Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการสร้างหรือจัดให้มีรัฐธรรมนูญ กับ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมหรืออำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร” (Pouvoir Constituant Dérivé, Derived Constituent Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

⁶ Stephen Holmes and Cass R. Susstein, “The Politic of Constitutional Revision in Eastern Europe,” in Responding to Imperfection : the Theory and Practice of Constitutional Amendment, Stanford Levinson (ed.) (Princeton : Princeton University Press, 1995), p.276.

⁷ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, *supra note 3*, pp.175, 192 (2012).

(1) เป็นการพิจารณาจากลักษณะการเกิดขึ้นของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกสร้างขึ้นและอยู่ภายใต้ขอบเขตหรือข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) เนื่องจากในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถบัญญัติรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาครอบคลุมถึงเหตุการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปในอนาคตได้ทั้งหมดทุกประการ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญให้รัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยได้

(2) เป็นการพิจารณาจากลักษณะที่ถูกจำกัดโดยอัตโนมัติของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกระทำการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไปเท่านั้นและไม่อาจถูกใช้จนมีผลเป็นการทำลายหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญเดิมได้ โดยหลักแล้วผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือผู้ที่มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมอาจจะกำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้นเองว่าจะให้องค์กรใดเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการภายใต้หลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขอย่างไรบ้าง ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ภายในขอบเขตหรือข้อจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น

2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ถูกใช้เพื่อทำลายระบบรัฐธรรมนูญเดิมและก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญใหม่แล้ว คำถามที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะยังคงดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสูญสลายไปทันทีเนื่องจากเสร็จสิ้นภารกิจของตนในการสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว เพราะหากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่ต่อไปย่อมหมายความว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถทำลายรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่และก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้เสมอ รัฐธรรมนูญจึงไม่มีความมั่นคงและอาจถูกทำลายได้ตลอดเวลา ในทางตรงกันข้าม หากถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสูญสลายไปทันทีที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้นย่อมต้องคงอยู่ชั่ววันรันดร์และไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือทำลายลงได้เลย แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ กลับถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอหรือแม้แต่ถูกยกเลิกไปเสียแล้วจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทน ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญ (Amendment Power) กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) ซึ่งมีแนวความคิดที่แตกต่างกัน 3 แนวทางด้วยกัน ดังนี้⁸

2.1.2.1 แนวความคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่อย่างถาวร

แนวความคิดนี้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่ถาวรตลอดไป (Permanent) และปราศจากข้อจำกัดใด ๆ เฉพาะแต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือทำลายรัฐธรรมนูญที่มันก่อตั้งขึ้นมาได้ เจตจำนง (Will) ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงชอบด้วยกฎหมายเสมอ เพราะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีมาก่อนรัฐธรรมนูญ มีมาก่อนกฎหมาย และเป็นต้นกำเนิดของระบอบการเมืองและระบบกฎหมายของรัฐทั้งหมด กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายโดยตัวของมันเอง ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงไม่ถูกผูกมัดโดยรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้หรือแม้แต่เนื้อหาบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยวิถีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แนวความคิดนี้จึงเห็นว่าแท้จริงแล้วไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เลย มีก็แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) เท่านั้น

2.1.2.2 แนวความคิดการเปลี่ยนรูปของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดนี้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) สามารถเกิดขึ้นและถูกใช้ได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น หลังจากนั้นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะสูญสลายไปในทันที เนื่องจากเสร็จสิ้นภารกิจในการทำลายระบบรัฐธรรมนูญเดิมและก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญใหม่แล้ว ในแง่นี้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญจึงเปรียบเสมือนกับการชุดหลุมฝังศพตัวเอง⁹ รัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเข้าไปสลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเสีย และให้กำเนิดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power)

⁸ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (15)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1809, น.36 (17 เมษายน 2558).

⁹ Ulrich K. Preuss, "The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe," in The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form, ed. Martin Loughlin and Neil Walker (Oxford : Oxford University Press, 2007), p.220.

ขึ้นมาแทนที่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนรูป (Transformation) ไปเป็น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้นั่นเอง

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็น “อำนาจตามกฎหมาย” (de jure Power) ไม่ใช่ “อำนาจในทางข้อเท็จจริง” (de facto Power) ที่ปราศจากข้อจำกัดใด ๆ ดังเช่น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) เอาไว้เสมอ เพื่อกำหนดว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนกำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการโดยรูปแบบ และกระบวนการอย่างไร หรือมีข้อห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญได้ทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกลายเป็นสถาบัน (Institutionalization) โดยการกำหนดให้เข้ามาอยู่ในรัฐธรรมนูญ (Constitutionalization) นั่นเอง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและต้องอยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญเท่านั้น

2.1.2.3 แนวความคิดการดำรงอยู่เคียงคู่กันของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดนี้เห็นว่าแนวความคิดการดำรงอยู่อย่างถาวรตลอดไป (Permanent) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และแนวความคิดการสูญสลายไปทันทีของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเปลี่ยนรูป (Transformation) ไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกัน เนื่องจากหากถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดำรงอยู่อย่างถาวรตลอดไป รัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถกำหนดข้อจำกัดใด ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เลยหรือแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ก็ตาม ข้อจำกัดเช่นว่านั้นก็ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิงเพราะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมเข้าไปทำลายข้อจำกัดดังกล่าวและรัฐธรรมนูญได้ตลอดเวลา ในทางกลับกัน หากถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สูญสลายไปทันที และเปลี่ยนรูปไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขปรับปรุงระบอบการเมืองและระบบกฎหมายเดิมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะไม่อาจแสวงหาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อเข้าไปทำลายระบบรัฐธรรมนูญเดิมได้ แนวคิดทั้งสองประการนี้จึงอาจนำไปสู่สถานการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ ในทางการเมืองที่พลังทางการเมืองต่าง ๆ อาจเข้าต่อสู้ช่วงชิงการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอาจลุกลามบานปลายกลายเป็นวิกฤตรัฐธรรมนูญได้

จากจุดอ่อนของแนวความคิดทั้งสองนี้ George Burdeau จึงได้เสนอแนวความคิดใหม่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแท้จริงแล้วดำรงอยู่เคียงคู่กัน เพราะหากพิจารณารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ แล้ว จะพบว่า

รัฐธรรมนูญของทุกประเทศต่างก็มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้สร้างและเชื่อมโยงการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไว้ด้วยกัน การที่รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดถึงองค์กรผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตลอดจนรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนนั้นก็ด้วยเหตุผลว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวต้องการหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ในทางการเมืองดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำรงอยู่เคียงคู่กันก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญจะต้องไม่ปล่อยให้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปครอบงำหรือทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ได้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด (Limited Power) โดยจะต้องถูกจำกัดผ่านการกำหนดให้มีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้การใช้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปในดินแดนของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้ อีกทั้งการดำรงอยู่ของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่เป็นเหตุให้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมสูญเสียอำนาจที่จะก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมายขึ้นมาใหม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำรงอยู่ของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ทำให้องค์อธิปัตย์สูญเสียอธิปไตยที่จะทำลายระบบรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่และก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่นั้นเอง

2.1.3 การแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจอีกชนิดหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังมีสถานะในทางกฎหมายที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้ได้ ในหัวข้อนี้จะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งตามแนวความคิดดั้งเดิมนั้นอาจพิจารณาว่ามีอยู่ 2 หลักเกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่¹⁰ หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ (Formal Theory) และหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา (Substantive Theory) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีความพยายามในการ

¹⁰ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (16)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1810, น.54 (24 เมษายน 2558).

พัฒนาทฤษฎีใหม่ที่จะเชื่อมทั้ง 2 ทฤษฎีดั้งเดิมเข้าด้วยกันเรียกว่าหลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ (Delegation Theory)

2.1.3.1 หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ

แนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ (Formal Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นมองว่า ในทางเนื้อหาสาระนั้นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) รูปแบบหนึ่ง จะแตกต่างกันก็แต่เพียงในทางรูปแบบเท่านั้น กล่าวคือ เป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ที่ Roger Bonnard เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญก่อตั้ง” (Pouvoir Constituant Institué)¹¹ หรือที่ Georges Vendel เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง” (Pouvoir Constituant Dérivé)¹² ดังนั้น หากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจชนิดเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกันอยู่ 3 ประการด้วยกัน ดังต่อไปนี้

(1) ลักษณะของอำนาจ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) เป็นอำนาจในทางความเป็นจริง (de facto Power) ที่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในทางการเมืองในขณะนั้นว่าพลังทางการเมืองใดเป็นฝ่ายได้รับชัยชนะในการต่อสู้ทางการเมือง อำนาจดังกล่าวจึงเป็นอำนาจที่อยู่นอกระบบกฎหมาย (Extra - Legal) และปราศจากซึ่งเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) นั้น เป็นอำนาจในทางกฎหมาย (de jure Power) ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น รัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้อห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญเอาไว้

¹¹ Roger Bonnard, “Les actes constitutinnels de 1940,” *Revue du Droit Public*, pp.48 – 59, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.98.

¹² Georges Vendel, *Mannuel élémentaire de Droit Constitutionnel* (Sirey, 1949), pp.115 – 116, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.99.

(2) ผู้ทรงอำนาจ

สำหรับผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) จะเป็นใครนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่าในการต่อสู้กันทางข้อเท็จจริงนั้นใครเป็นผู้ได้รับชัยชนะ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงมีได้หลากหลายขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางการเมืองในแต่ละยุคสมัยตั้งแต่กษัตริย์ คณะนายทหาร ไปจนถึงประชาชน แต่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) นั้น จะต้องเป็นองค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ให้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น จะเป็นองค์อื่นที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเอาไว้ไม่ได้ แม้เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในทางการเมืององค์ดังกล่าวจะมีอำนาจสูงสุดก็ตาม

(3) สถานการณ์ในการใช้อำนาจ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) จะปรากฏตัวขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเกิด “สภาวะปราศจากระบบการเมืองและระบบกฎหมาย” (Legal Vacuum) ซึ่งอาจเป็นสภาวะการณ์ที่ดำรงอยู่แล้วในขณะนั้นหรือเป็นสภาวะการณ์ที่เกิดจากการสร้างขึ้นของบุคคลก็ได้ แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) นั้น สามารถปรากฏตัวขึ้นในสภาวะที่ระบอบการเมืองและระบบกฎหมายดำรงอยู่ก่อนแล้วได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้ก่อตั้งรัฐธรรมนูญอันเป็นวัตถุแห่งการใช้อำนาจดังกล่าวแล้วเท่านั้น หากปราศจากซึ่งรัฐธรรมนูญเสียแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจมีตัวตนอยู่ได้ ดังเช่นที่ Reymond Carré de Malberg ได้แบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นการก่อตั้งรัฐขึ้นครั้งแรกหรือที่ถูกใช้ในสถานการณ์ปฏิวัติ (Revolutionary Circumstance) ซึ่งเป็นอำนาจนอกกฎหมายและเป็นอำนาจทางข้อเท็จจริงโดยแท้ กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในรัฐที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาแล้วหรือที่ถูกใช้ในสถานการณ์ปกติตามกฎหมาย (Peaceful and Legal Circumstance) ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้¹³

¹³ Reymond Carré de Malberg, *Contribution à la théodrie générale de L'Etat* (réimpression par CNRS, 1962), pp.489 – 500, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.98.

2.1.3.2 หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา

แนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (Substantive Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น มองว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีได้เพียงอำนาจเดียวเท่านั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่เป็นอำนาจอีกชนิดหนึ่งที่แยกออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด ทั้งนี้ โดยใช้ “เนื้อหาแห่งการใช้อำนาจ” เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอำนาจทั้งสองออกจากกัน กล่าวคือ หากการใช้อำนาจเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้นได้ไปกระทบกับเนื้อหาที่เป็น “แก่น” หรือ “หลักการสำคัญ” ของรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องถือว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) แต่หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้ไปกระทบกับแก่นหรือเนื้อหาที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ก็เป็นเพียงการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เท่านั้น นักกฎหมายที่มีแนวความคิดเช่นนี้ได้แก่ Carl Schmitt และ Olivier Beaud¹⁴

Carl Schmitt ได้แบ่งแยกเนื้อหาแห่งการใช้อำนาจในการสร้างหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประการ โดยแยกเด็ดขาดออกจากกัน ได้แก่ ประการแรก เนื้อหาส่วนที่เป็น “แก่นหรือหัวใจของรัฐธรรมนูญ” ที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” (Verfassung) กับประการที่สอง เนื้อหาส่วนที่เป็น “ส่วนประกอบหรือกระทู้ของรัฐธรรมนูญ” เท่านั้น ที่เรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz)¹⁵ การตัดสินใจใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Verfassungsgebung) ก่อให้เกิดเป็นรัฐธรรมนูญ (Verfassung) ขึ้น ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้เองจะไปกำหนดรูปแบบของหน่วยทางการเมืองที่เรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) ดังนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่สมบูรณ์ได้เพราะตั้งอยู่บนฐานของ “รัฐธรรมนูญ” (Verfassung) อีกทอดหนึ่ง ดังที่ Schmitt อธิบายให้เข้าใจง่ายว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่ออยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญสมบูรณ์ได้บนพื้นฐานของเจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”¹⁶ ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Verfassungsänderung) จึงมีสถานะต่ำกว่าการใช้อำนาจสถาปนา

¹⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (17)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1811, น.32 (1 พฤษภาคม 2558).

¹⁵ Carl Schmitt, Constitutional Theory, (Durham : Duke University Press, 2008), p.76, 150 - 152.

¹⁶ ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น.32.

รัฐธรรมนูญใหม่ (Verfassungsgebung) Schmitt จึงเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ändern) สามารถทำได้เฉพาะแต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาส่วนที่เรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) เท่านั้น ไม่สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาส่วนที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” (Verfassung) ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจที่มีสถานะสูงกว่าได้ การจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาส่วนที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ (Verfassung) ซึ่งเป็นการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องใช้อำนาจกระทำในทางสถาปนารัฐธรรมนูญ (Verfassungsgebung) อันเป็นการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันเท่านั้น

สำหรับคำถามว่าอะไรบ้างคือแก่นหรือหัวใจของรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญ (Verfassung) นั้น Schmitt ได้ยกตัวอย่างกรณีของรัฐธรรมนูญเวิมาร์ ค.ศ. 1919 (Weimar Constitution 1919) ว่าเป็นการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เข้าไปกำหนดรูปแบบของหน่วยทางการเมืองของประเทศเยอรมนีไว้ 5 ประการด้วยกัน ได้แก่ หลักสาธารณรัฐ (Republic) หลักสหพันธรัฐ (Federation) หลักประชาธิปไตย (Democracy) ระบบรัฐสภา (Parliamentary System) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)¹⁷ ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกสิทธิในการเลือกตั้งก็ดี ยกเลิกการจัดรูปของรัฐแบบสหพันธรัฐก็ดี หรือเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประธานาธิบดีไปเป็นระบอบราชาธิปไตยก็ดี ย่อมต้องใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Verfassungsgebung) หากใช้แต่เพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Verfassungsänderung) ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁸ นอกจากนี้ Schmitt ยังอธิบายต่อไปอีกว่า แก่นหรือหัวใจของรัฐธรรมนูญนั้นไม่จำเป็นต้องบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญเลยก็ได้ เพราะเป็นสิ่งที่รู้ได้เองโดยธรรมชาติว่าสิ่งใดเป็นแก่นหรือหัวใจของรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเช่นนี้ของ Schmitt จึงเท่ากับเป็นการยอมรับถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ในขณะที่ Olivier Beaud ซึ่งรับเอาแนวความคิดของ Carl Schmitt มาพัฒนาต่อเห็นว่า การก่อตั้งรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจคนละชนิดกัน กล่าวคือ อำนาจที่ใช้ในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญใหม่เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant) ส่วนอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Pouvoir de Révision) โดยไม่จำเป็นต้องใส่คำคุณศัพท์ขยายความเพิ่มเติมว่า

¹⁷ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, "ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของ Carl Schmitt," รัฐศาสตร์สาร, เล่มที่ 3, ปีที่ 35, น.105 (กันยายน-ธันวาคม 2557).

¹⁸ Carl Schmitt, *supra note 15*, pp.76, 151.

เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ “ดั้งเดิม” (Pouvoir Constituant Originaire) หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ “ลำดับรอง” (Pouvoir Constituant Dérivé) เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องมีเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น ไม่อาจแบ่งแยกเป็นอำนาจดั้งเดิมกับอำนาจลำดับรองได้ เมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งและบัญญัติถึงขอบเขตของอำนาจต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ รวมไปถึงอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว จึงต้องถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) รูปแบบหนึ่งด้วย อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Révision) จึงมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant)

อย่างไรก็ตาม Beaud เห็นว่าการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Révision) ออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) นั้นต้องใช้หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาไม่ใช่หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ กล่าวคือ หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อบทบัญญัติว่าด้วย “อำนาจอธิปไตยแห่งชาติของประชาชน” (Souveraineté Nationale) แล้ว ต้องถือว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ในแดนของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) แต่หากเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กระทบต่อบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจอธิปไตยแห่งชาติของประชาชนแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมอยู่ในแดนของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Révision) เนื่องจาก Beaud เห็นว่ามีแต่เพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือทำลายอำนาจอธิปไตยของประชาชนได้ และสำหรับ Beaud แล้วมีเฉพาะแต่ประชาชนเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนต้องเป็นการใช้โดยตรง (Direct) เท่านั้น ไม่อาจใช้ผ่านผู้แทน (Representative) ได้ ดังนั้น เฉพาะแต่ประชาชนเท่านั้นที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของตนได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดก็ตามที่ไปกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประชาชนจึงต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เสมอ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดกระบวนการดังกล่าวเอาไว้เลยก็ตาม¹⁹

เราอาจกล่าวได้แนวความคิดของ Carl Schmitt และ Olivier Beaud นั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Theory of Hierarchy between Provisions of the Constitution) กล่าวคือ เนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ เนื้อหาส่วนที่เป็นแก่นหรือหัวใจ

¹⁹ Olivier Beaud, *La Puissance de l'Etat* (PUF, 1994), pp.315 – 319, 336 – 337, 439 cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.100.

ของรัฐธรรมนูญที่ Schmitt เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” (Verfassung) ส่วน Beud เห็นว่า คือ “บทบัญญัติว่าด้วยอำนาจอธิปไตยแห่งชาติของประชาชน” (Souveraineté Nationale) กับเนื้อหาอีกส่วนหนึ่งที่ถือว่าเป็นเพียงส่วนประกอบหรือกระทู้ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่ง Schmitt เรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) ส่วน Beud เห็นว่า คือ “บทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ” ซึ่งแนวความคิดเช่นนี้เองที่เป็นที่มาของแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1.3.3 หลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ

แนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ในการมอบอำนาจ (Delegation Theory)²⁰ ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น มองว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจที่ถูกมอบหมาย (Delegate) ให้แก่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) ผ่านทางตราสารมอบอำนาจ (Trust Letter) ที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ ในแง่นี้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเปรียบเสมือนตัวการ (Principal) ซึ่งมอบอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้แก่ตัวแทน (Agent) คือ ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำการบางอย่างภายในขอบเขตแห่งอำนาจที่มอบหมายให้เท่านั้นซึ่งก็คือการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อเราถือว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในปัจจุบันคือประชาชน (People) เป็นตัวการแล้ว ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นตัวแทนย่อมต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องตามอำนาจหน้าที่และภายในขอบวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจเท่านั้น และขอบวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็คือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

การนำข้อความคิดว่าด้วยการมอบอำนาจ (Delegation) มาใช้ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น มองว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยธรรมชาติของตัวมันเพราะมีลักษณะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา (Delegated Power) ดังนั้น ข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมถูกจำกัดโดยปริยายจากลักษณะตามธรรมชาติของอำนาจที่ได้รับมอบหมาย นอกจากนี้ ทฤษฎีดังกล่าวยังมีเป้าประสงค์สำคัญเพื่อที่จะเชื่อมโยงแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ (Formal Theory) และหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา (Substantive Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อใช้เป็นฐานในทางทฤษฎีว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม

²⁰ Yaniv Roznai, *supra note 1*, pp.100 - 105.

รัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้เพียงแต่ถูกจำกัดโดยรูปแบบหรือเนื้อหาอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ทฤษฎีดั้งเดิมพยายามเสนอเท่านั้น หากแต่ต้องถูกจำกัดจากทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของกาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบและหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาที่ใช้ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นจึงไม่ควรถูกพิจารณาแยกขาดจากกันอย่างสิ้นเชิง หากแต่ต้องถือว่าหลักเกณฑ์ทั้ง 2 แง่มุมนั้นได้เสริมแต่งส่วนที่ขาดหายให้แก้กันและกัน (Mutually Reinforce) บนพื้นฐานที่ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะเป็นธรรมดาอยู่เองที่ผู้รับมอบอำนาจย่อมดีกว่าผู้มอบอำนาจ สิ่งที่ถูกสร้างย่อมดีกว่าสิ่งที่สร้างมันขึ้นมา และตัวทวย่อมดีกว่าตัวการเสมอ

2.1.4 ผู้ทรงอำนาจและรูปแบบการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทำให้โดยหลักการแล้วไม่อาจจะนำองค์ตลอดจนรูปแบบและกระบวนการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดามาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากแต่จะต้องกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นพิเศษให้แตกต่างจากการตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และโดยปกติถือกันว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม อันได้แก่ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยซึ่งในระบอบประชาธิปไตยก็คือประชาชนนั่นเอง ดังนั้น โดยหลักการแล้วการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดให้ประชาชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมด้วยไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางผู้แทนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจกำหนดผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นอย่างอื่นโดยกำหนดให้เป็นคนละองค์กรกับผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมก็ได้ เช่น อาจกำหนดให้รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนของประชาชนเป็นองค์กรที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยรูปแบบและกระบวนการที่ใกล้เคียงกับกระบวนการนิติบัญญัติตามปกติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญอาจจะกำหนดเงื่อนไขพิเศษบางประการให้ดำเนินการได้ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา สำหรับวิธีการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Dérivé) หรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) มีด้วยกันอยู่ 3 วิธีใหญ่ ๆ²¹ สำหรับรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรายละเอียดนั้นจะได้อภิปรายต่อไปในบทที่ 3

²¹ อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.33 – 34.

2.1.4.1 การให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มักจะใช้รูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกันหรือใกล้เคียงกันกับรูปแบบและกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา (Ordinary Legislation) โดยถือว่าองค์กรนิติบัญญัติ (Legislature) ในฐานะเป็นองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนและเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงสุดเหนือกว่าบรรดาองค์กรอื่น ๆ จึงสมควรมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย กรณีนี้ถือว่าเป็นการขยายอำนาจให้แก่รัฐสภาซึ่งตามปกติจะมีอำนาจหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมายธรรมดาซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น โดยกำหนดให้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย จึงต้องถือว่ารัฐสภาในกรณีนี้มี 2 ฐานะด้วยกัน คือ ฐานะองค์กรผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ และฐานะองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และโดยทั่วไปในกรณีนี้รัฐธรรมนูญจะวางหลักให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ง่าย (Flexible Constitution) เว้นแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดกลไกพิเศษเพิ่มเติมซึ่งอาจทำให้รัฐธรรมนูญนั้นแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากยิ่งขึ้น เช่น การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง (Intervening Election) การให้สัตยาบันโดยมลรัฐในรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ (State Ratification) เป็นต้น

2.1.4.2 การให้สภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเต็มหรือมีอำนาจเฉพาะเจาะจงทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากมักจะกำหนดให้ต้องมีการจัดตั้งองค์กรพิเศษ (Special Body) ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งมีอยู่ 2 รูปแบบด้วยกัน คือ การกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติ (Legislature) ที่มีอยู่เดิมเปลี่ยนแปลงสภาพไปเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 3 หรือรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 5 หรือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ขึ้นมาใหม่เพื่อทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1791 และ ค.ศ. 1848 เป็นต้น

2.1.4.3 การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าในปัจจุบันการปกครองระบอบประชาธิปไตยในประเทศต่าง ๆ จะถือตามหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) ซึ่งถือว่าการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) โดยตรงเป็นข้อยกเว้นก็ตาม แต่หลักการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในประเทศเสรีประชาธิปไตย

ส่วนใหญ่ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นประเด็นสำคัญในทางการเมืองของประเทศ การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) ในการให้ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น ย่อมส่งเสริมให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นไปอีก เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ค.ศ. 1946 มาตรา 90 และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 มาตรา 89 เป็นต้น

2.2 ที่มาทางทฤษฎีของแนวคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

คำถามที่สำคัญซึ่งเป็นปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถดำเนินการเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ เลยใช่หรือไม่ หรือแท้จริงแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับเงื่อนไขหรือข้อจำกัดบางประการที่ทำให้ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการตั้งคำถามว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) นั้น แท้จริงแล้วเป็นอำนาจที่ไร้ข้อจำกัด (Unlimited Power) ซึ่งทำให้องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการอย่างไรก็ได้หรือสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ โดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้นใช่หรือไม่นั่นเอง ซึ่งจากการศึกษาทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในบทที่ 1 เราย่อมได้คำตอบในเบื้องต้นแล้วว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแท้จริงแล้วเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) ด้วยกรอบหรือขอบเขตบางประการที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตาม มิเช่นนั้นแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ (Unconstitutional Constitutional Amendment)

แนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations on Constitutional Amendment) จึงอาจกล่าวได้ว่ามีที่มาจากการพิจารณาความสัมพันธ์ในเชิงลำดับชั้น (Hierarchical Relationship) ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กล่าวคือ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีที่มาจากการยอมรับว่าอำนาจแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ที่ใช้ในการสร้างหรือก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพราะหากพิจารณาว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะที่เท่าเทียมกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมแล้ว ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น เนื่องจากการใช้อำนาจที่เท่าเทียมกันกระทำการในลักษณะอย่างเดียวกัน กรณีเช่นนี้จึงต้องถือตามหลักกฎหมายทั่วไปว่า “กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า” (lex posterior derogat legi priori) และย่อมไม่อาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ (Unconstitutional Constitutional Amendment) นั้นเอง²²

แม้ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) มีสถานะในทางกฎหมายที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ก็ตาม แต่ทฤษฎีดังกล่าวก็ยอมรับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจคนละชนิดกับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) และมีสถานะในทางกฎหมายที่เหนือกว่าอำนาจดังกล่าว ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและมอบหมายให้ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ได้นั้นเอง แต่อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กรอบหรือขอบเขตเท่าที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) อนุญาตให้ทำได้เท่านั้น กรอบหรือขอบเขตที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้เองที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Limitations on Constitutional Amendment)

ดังนั้น ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงหมายถึงกรอบหรือขอบเขตที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กำหนดเอาไว้ต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมผ่านทางข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม

²² ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.1, 8.

รัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมต้องถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment)

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ คำถามว่า “กรอบ” หรือ “ขอบเขต” ที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กำหนดเอาไว้ต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอาจทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น คืออะไร และกรอบหรือขอบเขตดังกล่าวมีปัญหาอื่นใดในทางทฤษฎีที่จะต้องพิจารณาอีกหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คำถามว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีก็ประเภทรูปแบบเอง ซึ่งจะได้อภิปรายโดยละเอียดในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment) ได้แล้ว ประเด็นปัญหาต่อเนื่องที่ตามมา คือ จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องกำหนดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องกำหนดให้มีระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendment) และนอกจากระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแล้ว ยังมีระบบการควบคุมตรวจสอบอื่นใดอีกหรือไม่ที่สามารถนำมาใช้กับการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประเด็นปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 5

อนึ่ง สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ในขั้นต้นก่อนว่าการยอมรับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) และต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ นั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติตามมาหลายประการ ซึ่งคำถามเหล่านี้จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดต่อไปในบทที่ 7 ดังนี้²³

(1) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นจะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ “ทั้งฉบับ” ได้หรือไม่ อย่างไร

²³ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 22*, น.8.

(2) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนา “รัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมได้หรือไม่ อย่างไร

(3) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นจะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ได้หรือไม่ เพียงใด

2.3 ประเภทข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของทุกประเทศมักจะมีบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) เสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มักจะได้รับการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติเช่นนั้นของรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของนานาประเทศนั้นจะมีความแตกต่างกันหลากหลายกันอย่างมากก็ตาม แต่ก็มีลักษณะร่วมกันที่สามารถจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ (1) ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเป็นการกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการที่ต้องใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างและกระทำไต่ยากกว่ารูปแบบและกระบวนการที่ต้องใช้ในการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา (2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ซึ่งเป็นการกำหนดให้เนื้อหาหรือหลักการสำคัญบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเอาไว้ นั้น ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำลายลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มักเรียกกันว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) และประการสุดท้าย (3) ข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) ซึ่งเป็นการกำหนดห้ามมิให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระหว่างระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้

เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยชัดเจนแล้ว ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ ข้อจำกัดในทางเนื้อหา หรือข้อจำกัดในทางเวลา ย่อมหมายความว่าบรรดาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใด ๆ จะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายและเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผลบังคับใช้ตลอดไปหรือห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง รวมทั้งจะต้องไม่ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่

รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้ดำเนินการเอาไว้ด้วย ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่ได้ปฏิบัติตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ก็ดี หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติหรือหลักการชั่วคราวที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ดี หรือดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามเอาไว้ก็ดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment)

2.3.1 ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Written Constitution) ของนานาประเทศแทบจะทุกประเทศมักจะกำหนดถึงรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedure) ที่ต้องใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาที่จะไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนั้นเอาไว้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายธรรมดาคือว่าเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อันถือว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดานั้นเอาไว้อยู่แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงรูปแบบและวิธีการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เอาไว้เรียบร้อยแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายธรรมดาเหล่านั้นจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้อีก ในขณะที่รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายที่ได้รับก่อตั้งขึ้นหรือเป็นผลผลิตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เพราะฉะนั้นหากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยหลักแล้วก็ต้องย้อนกลับไปใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นจากสถานะที่ไร้กฎหมาย จึงไม่อาจหากกฎหมายอื่นใดที่มีลำดับชั้นสูงกว่ารัฐธรรมนูญที่จะมากำหนดรูปแบบและวิธีการสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อีกทั้งการย้อนกลับไปใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพียงเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เท่ากับเป็นการย้อนกลับไปสู่สถานะที่ไร้กฎหมายอีกครั้งหนึ่งซึ่งเป็นสถานะที่ไม่พึงประสงค์ในการปกครองประเทศและขัดกับเหตุผลของเรื่อง ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนั้นเองจึงต้องมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้ด้วยเสมอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง บทบัญญัติที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ก็คือการปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) แต่อำนาจดังกล่าวก็เป็นเพียงแค่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่ต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือขอบเขตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) เท่านั้นนั่นเอง

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ที่นอกจากจะเรียกร้องให้กฎหมายธรรมดาต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว หลักการดังกล่าวยังเรียกร้องให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกระทำได้ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องมีรูปแบบและกระบวนการที่พิเศษและแตกต่างไปจากรูปแบบและกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา²⁴ เช่น การกำหนดให้การลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) การกำหนดให้ต้องมีการลงมติให้ความเห็นชอบมากกว่าหนึ่งครั้ง (Multiple Decisions) การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลาในการพิจารณาหรือการลงมติให้ความเห็นชอบ (Time Delay) การกำหนดให้ต้องมี การลงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายก่อนจะประกาศใช้บังคับ เป็นต้น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีกระบวนการอย่างใดอย่างหนึ่งที่กล่าวมาข้างต้นเพียงอย่างเดียวหรืออาจกำหนดให้ต้องมีกระบวนการดังกล่าวร่วมกันทั้งหมดเลยก็ได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง รูปแบบและกระบวนการที่พิเศษแตกต่างจากการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาเช่นนี้เองที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ” (Formal and Procedural Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของนานาประเทศนั้นมีความแตกต่างหลากหลายอย่างมาก ความแตกต่างเช่นนี้มีตั้งแต่ความแตกต่างในภาพรวมของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่าจะป็นองค์กรใดระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ (Legislature) ตามปกติหรือต้องร่วมกับประชาชน (People) ผ่านกลไกการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) หรืออาจจะต้องจัดตั้งองค์กรพิเศษ (Special Body) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ หรืออาจกำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถทำได้มากกว่า 1 ช่องทาง หรืออาจแบ่งแยกระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) เป็นต้น ไปจนถึงความแตกต่างในรายละเอียดต่าง ๆ เช่น การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

²⁴ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.7.

การกำหนดให้ต้องมีการพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากกว่า 1 วาระ (Multiple Readings) หรือจำนวนของเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ที่แตกต่างกันหลายไปตั้งแต่ 2 ใน 3, 3 ใน 4 หรือ 3 ใน 5 เป็นต้น ซึ่งจะได้อภิปรายในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3

2.3.2 ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations)

นอกจากการกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้อย่างกว่า รูปแบบและกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาแล้ว รัฐธรรมนูญอาจกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเนื้อหาหรือหลักการสำคัญบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเอาไว้แล้วนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้ แม้จะกระทำโดยวิธีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เองก็ตาม เช่น การห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ (Forms of State) หรือระบอบการปกครอง (Forms of Government) เป็นต้น ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประเภทนี้เรียกว่า “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง” (Explicit Substantive Limitation) หรือที่เรียกกันอีกชื่อหนึ่งว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause)²⁵

อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดว่าด้วยการกำหนดบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ที่เป็นที่รู้จักและถูกพูดถึงในแวดวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญมากที่สุด คือ บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ที่ปรากฏในมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี (German Basic Law 1949 หรือ Grundgesetz) ซึ่งมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงในปี ค.ศ.1945 และถือเป็นการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญไวมาร์ด้วยการเถลิงขึ้นสู่อำนาจของระบอบนาซี (Nationalsozialismus) นำไปสู่การใช้กลไกที่รัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดไว้ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจนนำไปสู่จุดที่เป็นการทำลายโครงสร้างของตัวรัฐธรรมนูญไวมาร์เอง ผู้ยกร่างกฎหมายพื้นฐานจึงได้บัญญัติบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ที่เรียกกันในภาษาเยอรมนีว่า “Ewigkeitsklausel” เอาไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันว่าการทำลายรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการที่ไม่ชอบธรรมแม้จะโดยอาศัยกลไกที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เองอย่างเช่นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะไม่เกิดขึ้นอีกครั้ง²⁶

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดในการกำหนดบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์นี้ไม่ได้เป็นแนวคิดที่เพิ่งปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ในกฎหมายพื้นฐานของ

²⁵ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 22*, น.15.

²⁶ Andrew Frideman, “Dead Hand Constitutionalism : The Danger of Eternity Clauses in New Democracies,” *Mexican Law Review* 4, pp.77 – 79 (2010).

ประเทศเยอรมนีในปี ค.ศ. 1949 แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวสามารถสืบสาวย้อนกลับไปถึงรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งได้กำหนดว่าบทบัญญัติหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แม้โดยอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ที่กำหนดเอาไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงจำนวนผู้แทนของมลรัฐในสหรัฐที่มีอยู่อย่างเสมอภาคในการเลือกตั้งนั้นจะกระทำไม่ได้หากปราศจากความยินยอมของมลรัฐเหล่านั้น หรือรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ที่ประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1814 และยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ก็ได้บัญญัติเอาไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Principles) และต้องไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ (Spirit of the Constitution)²⁷ เป็นต้น

ข้อจำกัดในทางเนื้อหานี้มีที่มาจากความคิดพื้นฐานว่าเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญบางประการควรจะได้รับ การปกป้องจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในการสร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวขึ้นมาอาจมีความแตกต่างกันออกไป เช่น อาจต้องการรักษาการดำรงอยู่ของระบอบการเมืองที่ตนก่อตั้งขึ้น อันรวมถึงอัตลักษณ์ต่างๆ ของระบอบการเมืองนั้นด้วย กรณีเช่นนี้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจเห็นว่ามีเนื้อหาบางประการที่เป็นสาระสำคัญของระบอบการปกครองที่ตนก่อตั้งขึ้นหรืออาจเห็นว่ามีสำคัญต่อการดำรงอยู่ของรัฐนั่นเองเลยที่เดียวและเนื้อหาเหล่านั้นจะต้องคงอยู่ผ่านกาลเวลาผ่านรุ่นต่อรุ่น จึงได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาขึ้นมาเพื่อปกป้องเนื้อหาดังกล่าวจากกระบวนการของเสียงข้างมากในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งสะท้อนถึงแนวความคิดว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์ของชาตินั้นไม่ควรจะให้อยู่ภายใต้การตัดสินใจของเสียงข้างมากตามระบอบประชาธิปไตย หรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจต้องการแสดงปฏิกิริยาต่อความล้มเหลวของกระบวนการทางการเมืองก่อนหน้านี้ที่ก่อความเสียหายให้แก่ประเทศ ดังเช่นบทบัญญัติหรือหลักการชั่วคราวที่ปรากฏในมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี ค.ศ. 1949 (German Basic Law 1949 หรือ Grundgesetz) ก็ได้ในแง่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงสะท้อนถึง “ความไม่ไว้วางใจ” (Distrust) ต่อองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจต้องการปกป้องเนื้อหาสำคัญบางประการที่ตนเห็นว่าอาจนำไปสู่ความแตกแยกของสังคมอย่างรุนแรงหากเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายกันในทางการเมืองและในทางสาธารณะ เช่น ประเด็นเรื่องความเชื่อในทางจิตวิญญาณ หรือศาสนา ท้ายที่สุด

²⁷ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany,” *NUJS Law Review* 27, pp.397 – 399 (2008).

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจกลายเป็นเพียงความต้องการและความเชื่อส่วนบุคคลของผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเองก็ได้ ในแง่นี้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงเป็นเพียงเครื่องมือในทางการเมืองเพื่อปกป้องและรักษาอำนาจตลอดจนผลประโยชน์ของผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเองเท่านั้น

แนวความคิดในการกำหนดให้มีบทบัญญัติหรือหลักการชั่วคราวในรัฐธรรมนูญนั้น อาจกล่าวได้ว่ามีหลักการเบื้องหลังมาจากแนวความคิดประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้หรือหลักประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy)²⁸ หรือที่เรียกในภาษาเยอรมนีว่า “Streibare Demokratie” ซึ่งเป็นแนวความคิดที่กลัวว่าจะระบอบเสรีประชาธิปไตยที่เปิดโอกาสและเสรีภาพให้กับแนวความคิดทางการเมืองที่แตกต่างหลากหลายนั้นจะนำไปสู่การทำลายล้างตัวระบอบเสรีประชาธิปไตยเสียเองดังที่เคยเกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีช่วงระบอบนาซีเรื่องอำนาจ ดังนั้น เพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญอันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนนั้น ต้องถูกยกเลิกหรือทำลายลงไปด้วยกลไกของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เสียเอง รัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องสร้างกลไกใหม่ในการต่อสู้กับการกระทำใด ๆ ก็ตามที่อาจเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญหรือโดยวิถีทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เองก็ตาม เช่น การยุบพรรคการเมืองที่มีนโยบายเป็นปฏิปักษ์ต่อประชาธิปไตย การให้สิทธิประชาชนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการกำหนดบทบัญญัติหรือหลักการชั่วคราวเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁹ ดังนั้น คุณลักษณะสำคัญและเป้าหมายหลักของข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงเป็นการปกป้องรักษา (Preservative) หลักการสำคัญของระบอบการเมืองที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ เพราะระบอบการเมืองทุกระบอบย่อมจัดตั้งขึ้นด้วยความคาดหวังและเป้าประสงค์อันชัดแจ้งที่จะรักษาตัวมันเองเอาไว้เสมอ³⁰

นอกจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาจะเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการป้องกันการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่ผิดขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อจำกัดในทางเนื้อหายังเป็นเครื่องมือที่แสดงถึงการตกลงใจกันล่วงหน้าของประชาชนเพื่อปกป้องตนเองจากความอ่อนแอและความต้องการในทางที่ไม่ชอบของประชาชนเองด้วย กล่าวคือ ข้อจำกัด

²⁸ สำหรับแนวความคิดว่าด้วยหลักประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy) นั้น ดู ฎิริ ฟุงค์เจริญ, “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการภวัตน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่มที่ 3, ปีที่ 43, น.631-659 (กันยายน 2557).

²⁹ ปุนเทพ ศิริบุบงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.15 - 16.

³⁰ Richard Albert, “Constitutional Handcuffs,” Arizona State Law Journal 42(3), pp.678 - 685 (2010).

ในทางเนื้อหาเป็นกลไกล่วงหน้าที่ใช้จำกัดตัวเองของประชาชนในช่วงเวลาที่ประชาชนอาจขาดสติและไม่สามารถตัดสินใจด้วยเหตุและผลอันสมควรได้ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้จะเป็นหลักประกันว่าประชาชนจะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่ประชาชนอาจเสียใจต่อการกระทำดังกล่าวในอนาคตได้ ดังเช่นที่ Jon Elster ได้เปรียบเทียบข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับตำนานเรื่อง Ulysses and the Sirens ว่า เมื่อ Ulysses ผูกมัดตัวเองไว้กับเสากระโดงเรือและให้กะลาสีของตนเอาซีผึ้งมาอุดหูไว้ ก็เพื่อทำให้พวกตนจะได้ไม่ต้องมนต์สะกดจากเสียงร้องเพลงของเหล่านางเงือกที่คอยยั่วยวนพลพรรคของ Ulysses นั้นเอง การทำให้เนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้จึงเป็นการป้องกันการตัดสินใจที่หุนหันพลันแล่นและไม่รอบคอบที่สมบูรณ์แบบ อย่างไรก็ตาม Jon Elster เองก็เห็นว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้ก็ไม่ใช่ข้อผูกพันที่เด็ดขาด เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวย่อมถูกล้มล้างได้เสมอโดยการกระทำนอกวิธิตามรัฐธรรมนูญ³¹

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้โดยปราศจากขอบเขตหรือข้อจำกัดใด ๆ เลย หากแต่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันต่อหลักการพื้นฐานสำคัญบางประการที่สามารถสืบสาวออกมาจากรัฐธรรมนูญนั้นได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานเช่นนั้นเอาไว้โดยตรงและโดยชัดแจ้งก็ตาม ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวเอาไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวจึงไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้เรียกกันทางวิชาการว่า “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย” (Implicit Substantive Limitation) หรือ “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยแท้” (Intrinsic Substantive Limitation) ยกตัวอย่างเช่น “หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน” (The Doctrine of Basic Structure) ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญอินเดีย เป็นต้น

³¹ Jon Elster, *Ulysses Unbound – Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (Cambridge : Cambridge University Press, 2000), p.94, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.35.

สำหรับประเด็นว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) และข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบไปด้วยหลักการใดบ้าง ตลอดจนมีแนวความคิดในทางทฤษฎีใดมารองรับนั้น จะได้อภิปรายในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4

2.3.3 ข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations)

นอกจากข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) และข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) แล้ว รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้อาจเรียกได้ว่า “ข้อจำกัดในทางเวลา” (Temporal Limitation)³² ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนานาประเทศแล้ว พบว่ามีการบัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเวลาอยู่ 3 รูปแบบด้วย ดังนี้

2.3.3.1 ระยะเวลาที่กำหนดเอาไว้แน่นอน

รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศได้กำหนดเป็นระยะเวลาที่แน่นอน (Specific Time Period) เอาไว้เลยว่าภายในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้น รัฐธรรมนูญจะไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมิให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้งจนเกินไปอันอาจทำให้รัฐธรรมนูญคลายความสำคัญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศลงนั่นเอง เช่น รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 (6) และรัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 284 (1) กำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งหลังสุด แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของโปรตุเกสนั้น มาตรา 284 (2) กำหนดให้รัฐสภาสามารถลงมติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งหลังสุดได้ด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) 4 ใน 5 ของสมาชิกสภาที่อยู่ในตำแหน่งทั้งหมด

2.3.3.2 สถานการณ์พิเศษ

นอกจากระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่แน่นอน (Specific Time Period) ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว ระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นช่วงระยะเวลาที่มี “สถานการณ์พิเศษ” (Special Situations) เกิดขึ้นก็ได้ เช่น ช่วงระยะเวลาที่มีการประกาศภาวะฉุกเฉิน (Situations of Emergency) ช่วงระยะเวลาที่มีการประกาศสงคราม (Time of War) ช่วงระยะเวลาที่มีการประกาศใช้กฎอัยการศึก (Application of

³² European Commission for Democracy through Law, *supra* note 24, p.13.

Martial Law) หรือช่วงเวลาที่มีการใช้มาตรการพิเศษ (State of Siege or Extraordinary Measures) เป็นต้น เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 196 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรค 4 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 289 รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 169 รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (3) รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 161 วรรค 2 รัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 147 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแอลเบเนีย ค.ศ. 1998 มาตรา 177 (2) รัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 204 หรือรัฐธรรมนูญมอนเตเนโกร ค.ศ. 2007 มาตรา 156 วรรค 7 เป็นต้น

นอกจากสถานการณ์พิเศษโดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่ตำแหน่งสำคัญในทางการเมืองว่างลง เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่ตำแหน่งประธานาธิบดีว่างลงไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม หรือในช่วงเวลาที่ประธานาธิบดีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งและกำลังจะมีการจัดให้มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ประธานวุฒิสภาหรือรัฐบาลเป็นผู้รักษาการแทนไปพลางก่อน การห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาดังกล่าว ก็เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้รักษาการแทนเหล่านั้นถือโอกาสในช่วงเวลารักษาการแทนประธานาธิบดีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อาจเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มการเมืองฝ่ายตนนั่นเอง³³ เช่นเดียวกับในรัฐที่มีกษัตริย์เป็นประมุข รัฐธรรมนูญอาจกำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานะและพระราชอำนาจ (Status and Prerogatives) หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการสืบสันตติวงศ์ (Royal Succession) ในช่วงเวลาที่ตำแหน่งกษัตริย์ว่างลงและต้องมีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ปฏิบัติภาระหน้าที่แทน (Regency) เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 197 หรือรัฐธรรมนูญลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1868 มาตรา 115 เป็นต้น

2.3.3.3 การห้ามไม่ให้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกปฏิเสธ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงยิ่งขึ้นไปกว่า ญัตติเสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกปฏิเสธหรือไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภานั้น จะไม่สามารถถูกเสนอต่อรัฐสภาชุดดังกล่าวได้อีก (The Same Legislature)³⁴ ซึ่งหมายความว่าไม่

³³ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2556), น.218.

³⁴ European Commission for Democracy through Law, *supra note 24*, p.13.

อาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวภายในวาระของรัฐสภาชุดที่ได้ปฏิเสหญติเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ หากแต่จะต้องรอจนกว่ารัฐสภาชุดดังกล่าวจะพ้นวาระไปแล้ว และมีรัฐสภาชุดใหม่เข้ามาแทนที่ ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการหน่วงเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง เช่น รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 156 กำหนดให้ญติเสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวด 1 ว่าด้วยหลักการทั่วไป (General Principles) หรือหมวด 3 ว่าด้วยการเลือกตั้งและการลงประชามติ (Elections and Referendum) หรือหมวด 13 ว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Introducing Amendments to the Constitution) ที่ไม่ได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภาแห่งยูเครน (The Verkhovna Rada of Ukraine) จะถูกเสนอในประเด็นเดียวกันต่อรัฐสภาชุดที่ไม่ให้ความเห็นชอบนั้นอีกไม่ได้ หากแต่ต้องรอจนกว่าจะมีรัฐสภาชุดใหม่จึงจะเสนอญติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในประเด็นเดิมได้ นอกจากนี้ มาตรา 158 วรรค 2 ยังกำหนดห้ามมิให้รัฐสภาชุดหนึ่งแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตราเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้งในระหว่างอยู่ในวาระด้วย

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ญติเสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกปฏิเสหหรือไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภานั้นจะถูกห้ามมิให้เสนอต่อรัฐสภาชุดดังกล่าวในประเด็นเดิมอีกภายในกำหนดระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Certain Time Period) โดยไม่ถึงขนาดที่จะต้องรอให้รัฐสภาชุดดังกล่าวพ้นวาระไปแล้วดังกรณีของประเทศยูเครน ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นอาจกำหนดระยะเวลาดังกล่าวเอาไว้แตกต่างกันไปตั้งแต่ระหว่าง 2 เดือน ถึง 5 เดือน³⁵ เช่น รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 155 (2) ไปจนถึง 1 ปี เช่น รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 168 รัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 148 วรรค 4 รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 158 วรรค 1 (กรณีแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญ) รัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 203 วรรค 4 รัฐธรรมนูญมอนเตเนโกร ค.ศ. 2007 มาตรา 155 วรรค 5 หรือรัฐธรรมนูญแอลเบเนีย ค.ศ. 1998 มาตรา 177 (8) เป็นต้น แต่ในกรณีของแอลเบเนียนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการลงประชามติของประชาชน รัฐธรรมนูญจะไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้อีกเลยภายในระยะเวลา 3 ปี นับแต่วันลงประชามติ

³⁵ *Ibid.*

2.4 ข้อถกเถียงในทางทฤษฎีเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีฐานที่มาในทางทฤษฎีที่น่าเชื่อถือจากการยอมรับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจที่สามารถถูกจำกัดลงได้โดยกรอบหรือขอบเขตที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) กำหนดเอาไว้ก็ตาม แต่การยอมรับฐานที่มาในทางทฤษฎีดังกล่าวก็ก่อให้เกิดข้อถกเถียงในทางทฤษฎีตามมาว่า “กรอบ” หรือ “ขอบเขต” เช่นว่านั้นสมควรที่จะมีอยู่ในแง่มุมใดบ้างและสมควรมีอยู่แค่ไหนเพียงใด ตลอดจนข้อถกเถียงถึงความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของกรอบหรือขอบเขตบางประการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 2.2 ว่ากรอบหรือขอบเขตที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเรียกโดยทั่วไปว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของนานาประเทศแล้วพบว่ามีอยู่ด้วยกัน 3 ประเภท ได้แก่ ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) และข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) ในบรรดาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ประเภทนี้ ข้อจำกัดที่ดูจะเป็นปัญหาและนำไปสู่การถกเถียงในทางทฤษฎีมากที่สุด คือ ข้อจำกัดในทางเนื้อหา ทั้งนี้ เนื่องจากข้อจำกัดในทางเนื้อหานี้ถือว่าเป็นกรอบหรือขอบเขตที่เข้มข้นที่สุดที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการกำหนดลึกลงไปถึงว่าเนื้อหาสาระบางประการของรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เลยอย่างเด็ดขาด แม้จะอาศัยรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม เว้นเสียแต่ว่าจะทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นลงแล้วสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้มีเนื้อหาที่แตกต่างไปจากเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมบัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมไว้ ในขณะที่ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเวลานั้นไม่ได้มีเงื่อนไขที่เด็ดขาดอย่างเช่นข้อจำกัดในทางเนื้อหา กล่าวคือ แม้องค์กรผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ถูกต้องตามข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือไม่ถูกต้องตามข้อจำกัดในทางเวลาซึ่งทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่องค์กรผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ยังสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใหม่ได้เสมอจนกว่าจะถูกต้องตามข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเวลา ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญที่สุดจนอาจกล่าวได้ว่าเป็น “ข้อจำกัดในการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แท้จริง” (Intrinsic Limitation) และยังเป็นข้อจำกัดที่ถูกต้องและเป็นที่ถกเถียงกันในทางทฤษฎีมากที่สุดอีกด้วย

2.4.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหา

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) นั้น ได้รับการโต้แย้งอย่างมากว่าสมควรกำหนดเอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการโต้แย้งว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) สมควรที่จะถูกจำกัดลงในแง่ของเนื้อหา โดยทำให้ไม่สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาสาระบางประการของรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมประชาธิปไตยที่ความสามารถในการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ปรับปรุง หรือแม้แต่ยกเลิกกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งของหลักการปกครองตนเองของประชาชน (Self – Governing) นอกจากนี้ แม้จะยอมรับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถูกจำกัดในแง่ของเนื้อหาได้ก็ตาม ก็ยังมีปัญหาต่อไปว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญเท่านั้นหรือไม่ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้โดยชัดแจ้งเลย เช่นนี้แล้ว ยังจะถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาอยู่อีกหรือไม่

สำหรับข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) นั้น จะแตกต่างออกไปจากข้อจำกัดในทางเนื้อหา เพราะแทบจะไม่ได้มีการโต้แย้งเลย ว่าสมควรดำรงอยู่หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นธรรมดาอยู่เองที่การใช้อำนาจหนึ่งอำนาจใดย่อมต้องมีการกำหนดรูปแบบและกระบวนการในการใช้อำนาจนั้นเอาไว้เสมอ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การใช้อำนาจนั้นมีความแน่นอนชัดเจนซึ่งจะทำให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจนั้นสามารถคาดการณ์และตรวจสอบผลลัพธ์ของการใช้อำนาจดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยต่างหากที่ดูจะเป็นประเด็นปัญหา มากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการหรือขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ หากทำได้จะต้องดำเนินการด้วยวิธีการเช่นไร จึงจะถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวจะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 7 ข้อ 7.1

2.4.1.1 ข้อโต้แย้งต่อความชอบธรรมของการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหา

ข้อโต้แย้งต่อความชอบธรรมของการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจขัดขวางไม่ให้คนรุ่นต่อไปได้แก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองของตน ประการหนึ่ง และข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ อีกประการหนึ่ง

(1) ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจขัดขวางไม่ให้คนรุ่นต่อไปได้แก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองของตน

รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่นอกจากจะเข้าไปจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในสังคมใดสังคมหนึ่งแล้ว ยังเป็นสิ่งที่บรรจุคุณค่าบางประการ (Values) ที่สังคมนั้นยึดถือร่วมกันอีกด้วย ในแง่ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นคุณค่าสูงสุด (Supreme Values) ที่สังคมนั้นให้การยอมรับนับถืออย่างยิ่ง คุณค่าดังกล่าวจึงต้องคงอยู่เคียงคู่กับสังคมนั้นไปชั่ววันดินแดนและต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไปได้เลย อย่างไรก็ตาม สังคมทุกสังคมย่อมต้องมีการเปลี่ยนแปลงเสมอไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป คุณค่าต่าง ๆ ที่สังคมนั้นยึดถือก็ย่อมต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยเป็นธรรมดา สังคมหนึ่งสังคมใดจะพัฒนาไปสู่สังคมที่มีคุณภาพได้ก็ต่อเมื่อสังคมนั้นเปิดโอกาสให้มีการวิพากษ์วิจารณ์และปรับปรุงเปลี่ยนแปลงคุณค่าดั้งเดิมของตนให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอเมื่อเห็นว่าคุณค่าดั้งเดิมเหล่านั้นไม่ยุติธรรมหรือถึงแก่เวลาที่จะต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขแล้ว ดังนั้น เมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงในเชิงคุณค่าของสังคมเช่นนั้นขึ้น แต่ระเบียบพื้นฐานของสังคมกลับไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขปรับปรุงหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิ่งที่บรรจุคุณค่าเหล่านั้นไว้ให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญก็ไม่ใช้สิ่งที่ปกป้องคุณค่าสูงสุดของสังคมอีกต่อไป หากแต่กลายเป็นสิ่งที่ขัดขวางการเปลี่ยนแปลงและผูกมัดคนรุ่นปัจจุบันหรือคนรุ่นต่อไปไว้กับคุณค่าบางประการของคนรุ่นก่อนหน้า กล่าวอีกนัยหนึ่ง คนรุ่นปัจจุบันหรือคนรุ่นต่อไปย่อมถูกปกครองโดยอิทธิพลหรือ “มือที่ตายไปแล้ว” (Dead Hand) ของบรรพบุรุษตน³⁶ ดังที่มาตรา 28 แห่งประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1793 บัญญัติเอาไว้ว่า “ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะปรับปรุง แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของพวกเขาได้เสมอ คนยุค

³⁶ Adam M. Samaha, “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation,” *Columbia Law Review* 108, p.606 (2008).

หนึ่งย่อมไม่อาจบังคับให้คนรุ่นต่อไปอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของตนได้”³⁷ เพราะโลกนี้ย่อมเป็นของผู้ที่มีชีวิตอยู่ไม่ใช่ของผู้ที่ตายไปแล้ว (The earth belongs always to the living generation.)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาในแง่ของหลักการประชาธิปไตยแล้ว ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจถูกมองได้ว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการประชาธิปไตย (Undemocratic) เพราะคุณค่าที่สำคัญอย่างหนึ่งของการปกครองในระบบประชาธิปไตย คือ ความสามารถที่จะปรับปรุงกฎหมาย (The Ability to Modify Law) ไม่ว่าจะเปลี่ยนกฎหมายลำดับชั้นใดก็ตาม การปฏิเสธสิทธิของประชาชนตามหลักประชาธิปไตยที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของตน ย่อมเท่ากับเป็นการปฏิเสธความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชนในการกำหนดนิยามหรือให้ความหมายแก่ตนเอง (Self - Definition)³⁸ จนถึงขนาดที่นักวิชาการบางคนกล่าวว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็น “เผด็จการในทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Dictatorship) หรือเป็น “ลัทธิอำนาจนิยมในทางกฎหมาย” (Legal Authoritarianism)³⁹

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Process) เป็นกลไกอย่างหนึ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญนำมาใช้เพื่อแบ่งปันอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญบางส่วนของตนให้กับคนรุ่นต่อไปนำใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นลง กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ทำให้องค์ประกอบ 2 อย่างที่ตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิงสามารถมาอาศัยอยู่ด้วยกันได้ (Janus-Faced)⁴⁰ กล่าวคือ ในด้านหนึ่งมันทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้ง่ายผ่านการกำหนดเงื่อนไขหรือขั้นตอนที่เป็นพิเศษแตกต่างจากการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่ในอีกด้านหนึ่งมันเป็นการผ่อนคลายความแข็งกระด้างของรัฐธรรมนูญลงโดยอนุญาตให้คนรุ่นต่อไปสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ภายใต้รูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ลักษณะ 2 ด้านของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมถูกทำลายลงโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitations) เพราะข้อจำกัดดังกล่าวมีเป้าประสงค์ที่จะป้องกันไม่ให้คนรุ่นต่อไปเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญที่คนรุ่นก่อนหน้าเห็นว่ามีสำคัญนั่นเอง

³⁷ The Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1793 Article 28

“A people has always the right to review, to reform, and to alter its constitution. One generation cannot subject to its law the future generations.”

³⁸ Richard Albert, *supra* note 30, p.667.

³⁹ Yaniv Roznai, *supra* note 1, p.226.

⁴⁰ *Ibid.*, p.213.

อย่างไรก็ตาม ข้อโต้แย้งว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจขัดขวางไม่ให้คนรุ่นต่อไปได้แก้ไขปรับปรุงกฎเกณฑ์พื้นฐานในการปกครองของตนอาจถูกโต้แย้งกลับได้เช่นกันว่าเป็นความเข้าใจผิด เนื่องจากข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้นแท้จริงแล้วไม่ได้ถูกห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างเด็ดขาดโดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด เพราะท้ายที่สุดแล้วข้อจำกัดในทางเนื้อหาเช่นว่านั้นย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่ถูกยกเลิกไปเลยก็ได้โดยการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ของคนรุ่นต่อไป ข้อจำกัดในทางเนื้อหาเพียงแต่ห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) เข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากได้เข้าไปจำกัดการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนไม่

ในทางตรงกันข้าม นักวิชาการบางคนมองว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหากลับเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เองเสียอีก เพราะระบอบการปกครองดังกล่าวถือว่าประชาชนแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่ เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ดังนั้น การกำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้เช่นนี้ย่อมเท่ากับเป็นการสงวน “พื้นที่ในการตัดสินใจเกี่ยวกับคุณค่าพื้นฐานของสังคม” เอาไว้ให้กับประชาชนแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคุณค่าดังกล่าวได้ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงไม่ได้เป็นการมอบอำนาจให้คนรุ่นก่อนปกครองคนรุ่นต่อไป หากแต่เป็นการธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่าพื้นฐานสูงสุดของสังคมต่างหาก กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่างหากที่เป็น “กลไกเสริมสร้างความแข็งแกร่ง” ให้กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชน (Sovereignty-Reinforcement Mechanism)⁴¹ และเป็นการทำให้แนวความคิดประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้หรือหลักประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy) สามารถเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมได้อย่างแท้จริง กล่าวโดยสรุป ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ถือว่าสิ่งที่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย ประชาชนสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของพวกเขาได้ทุกอย่าง ได้ทุกบททุกมาตรา แต่ใช้ว่าการเปลี่ยนแปลงทุกอย่างนั้นจะทำได้ผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴² การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำผ่านการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมโดยตรงของประชาชนเท่านั้น

⁴¹ *Ibid.*, p.214.

⁴² Jason Mazzone, "Unamendments," *Iowa Law Review* 90, p.1843 (2005).

ไม่ใช่เพียงกระทำผ่านการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มักจะถูกใช้โดยผู้แทนของประชาชนเท่านั้น

(2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ

ข้อโต้แย้งการดำรงอยู่ต่อข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดูจะร้ายแรงและคู่ควรแก่การพิจารณาอย่างยิ่ง คือ ข้อโต้แย้งที่ว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้นอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ (Extra-Constitutional Means) ได้ เพราะข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่เพียงแต่อ้างว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาไม่สมควรมีค่าบังคับในทางกฎหมายหรือเป็นการไปผูกมัดคนรุ่นต่อไปเอาไว้กับคุณค่าของคุณรุ่นก่อนเท่านั้น หากแต่ยังอ้างต่อไปอีกว่าการกำหนดข้อจำกัดเช่นนี้เอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่พึงประสงค์อย่างยิ่งในทางกฎหมาย คือ การทำลายตัวรัฐธรรมนูญเสียเอง

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Process) ที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้อยู่ในรูปแบบและวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น แต่วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็เพื่อหลีกเลี่ยงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ ด้วยการที่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาเข้าไปห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญแม้จะได้ดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้วนั้น จึงอาจนำไปสู่ภาวะอันตรายที่พลังทางการเมืองต่าง ๆ ซึ่งต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาดังกล่าวของรัฐธรรมนูญอาจมองว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาเช่นว่านั้นเป็นอุปสรรคที่ขัดขวางการเปลี่ยนแปลงในทางการเมืองที่ควรจะเป็น และอาจหันไปหาวิธีการนอกรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาดังกล่าวของรัฐธรรมนูญแทนก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการปฏิวัติโดยใช้กำลังล้มล้างรัฐธรรมนูญ (Revolutionary Means)⁴³ ซึ่งทำให้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาไม่เพียงแต่ไม่สามารถห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หากแต่ยังเป็นการไป “เชื้อเชิญ” (Invite) ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิงกับวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มุ่งรักษา (Preservative) คุณค่าพื้นฐานบางประการของรัฐธรรมนูญไว้

⁴³ Peter Suber, “Amendment,” in *Philosophy of Law : An Encyclopedia*, ed. Christopher B. Gray (Richmond : Garland Pub. Co, 1999), pp.31 – 32, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.215.

สภาวะอันตรายของข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่อาจไปเชื่อเชิญให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้น อาจมีมากยิ่งขึ้นไปอีกในประเทศกำลังพัฒนาที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยยังคงอ่อนแอและยังไม่สามารถสถาปนา “วัฒนธรรมแบบประชาธิปไตย” (Democratic Traditions) ขึ้นในประเทศของตนได้ หรือในประเทศที่ประวัติศาสตร์ในทางการเมืองเต็มไปด้วยการรัฐประหาร (Coup d'état) ล้มล้างรัฐบาลและฉีกรัฐธรรมนูญ⁴⁴ อย่างไรก็ตาม แม้การปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังอาจเกิดขึ้นได้เสมอ แม้แต่ในประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้อย่างชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือในประเทศที่องค์กรตุลาการไม่ได้ยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาอาจกลายเป็นกลไกอย่างหนึ่งที่บีบบังคับให้สังคมต้องหันไปหาวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ เนื่องจากวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญได้กลายเป็นหนทางเดียวที่เหลืออยู่ของสังคมในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคุณค่าบางประการของสังคมที่ล้าสมัยและไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนตามสภาวะการณ์ทางการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปแล้ว แต่กลับถูกห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั่นเอง⁴⁵

นอกจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจจะเป็นการเชื่อเชิญให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อจำกัดเช่นว่านั้นก็ยังไม่มียุทธศาสตร์อันใดเมื่อต้องเผชิญหน้ากับการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญด้วย เพราะเมื่อใดก็ตามที่เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่าง “กฎหมาย” กับ “อำนาจ” กฎหมายมักจะต้องเป็นฝ่ายที่พ่ายแพ้ให้กับอำนาจเสียทุกครั้งไป จึงนำไปสู่ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น แม้ว่ารัฐธรรมนูญเม็กซิโก ค.ศ. 1824 จะกำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐแบบสหพันธ์ (Federal State) แต่ข้อห้ามเช่นว่านี้ก็อาจขัดขวางการรัฐประหาร (Coup d'état) ของฝ่ายอนุรักษนิยมที่ได้ทำการยกเลิกข้อห้ามดังกล่าวเสียและปฏิเสธความเป็นสหพันธ์ของประเทศเม็กซิโกในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือไม่ต้องยกตัวอย่างอื่นไกลเลย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 291 บัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่อาจหยุดยั้งการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22

⁴⁴ Andrew Frideman, “Dead Hand Constitutionalism : The Danger of Eternity Clauses in New Democracies,” *Mexican Law Review* 4, pp.93 – 96 (2011).

⁴⁵ Richard Albert, *supra note 30*, pp.684 – 685.

พฤษภาคม พ.ศ. 2557 แล้วสถาปนารัฐธรรมนูญแบบเผด็จการได้ ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้ว่าจะมีผลบังคับในทางกฎหมายแต่ท้ายที่สุดก็อาจไร้ผลในทาง ปฏิบัติ (de jure valid, but de facto ignored) ข้อจำกัดในทางเนื้อหาจึงกลายเป็นปัญหาทั้งในเชิง บรรทัดฐานทางกฎหมายและในเชิงข้อเท็จจริง⁴⁶

ข้อโต้แย้งต่อข้อจำกัดในทางเนื้อหาในประเด็นดังกล่าวดูเหมือนจะเป็นข้อ โต้แย้งที่น่าเชื่อถือและยากจะปฏิเสธได้ เพราะบรรทัดฐานทางกฎหมายจะถือว่าเป็นกฎหมายอย่าง แท้จริงได้ก็ต่อเมื่อสามารถบังคับการให้เป็นไปตามบรรทัดฐานเช่นว่านั้นได้ เมื่อบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ อาจถูกบังคับการให้เกิดผลในทางกฎหมายได้อย่างแท้จริงแล้ว บรรทัดฐานเช่นนั้นย่อมสูญเสียไปซึ่ง ความเป็นกฎหมายและวัตถุประสงค์ของตน ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมี วัตถุประสงค์เพื่อให้เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงแน่นอน (Stability) โดยไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ แม้แต่โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญเองก็ตาม ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์อันอาจเกิดจากการ ตัดสินใจโดยหลงผิดของเสียงข้างมากตามแรงปรารถนาชั่วคราวชั่วครั้งชั่วคราวในทางการเมือง แต่กลับดู เหมือนว่าจะเป็นการย้อนแย้งกันเอง (Irony) ที่ข้อจำกัดเช่นว่านี้อาจนำไปสู่การปฏิวัติโดยใช้กำลังล้ม ล้างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลลัพธ์อันไม่พึงประสงค์และนำไปสู่ความไม่มั่นคง (Instability) ของตัว รัฐธรรมนูญเสียเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้ให้ความเห็นว่าแม้เมื่อพิจารณาในทางข้อเท็จจริง แล้ว ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดย วิธีทางนอกรัฐธรรมนูญในสภาวะที่บ้านเมืองไม่ปกติได้ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดเช่นนั้น จะไร้ประโยชน์หรือไร้ประสิทธิภาพใด ๆ ในยามที่บ้านเมืองเป็นปกติหรือในกรณีที่ตัวละครทาง การเมืองต่าง ๆ มีความเข้าใจอย่างแจ่มแจ้งว่าตนต้องเล่นตามกติกาของระบอบประชาธิปไตย อีกทั้ง การบัญญัติข้อจำกัดเช่นว่านี้อาจไว้ในรัฐธรรมนูญยังอาจเป็นเครื่องมือที่ช่วยหน่วงเหนี่ยวและให้เวลา แก่ประชาชนหรือพลังในทางการเมืองต่าง ๆ ที่จะต้องถูกคิดและอภิปรายโต้แย้งกันอีกครั้งว่าสมควร สนับสนุนให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญปกป้องเอาไว้จากการแก้ไข เปลี่ยนแปลงอันอาจขัดกับคุณค่าพื้นฐานที่สังคมยึดถืออยู่แต่เดิมหรือไม่ ซึ่งอาจนำไปสู่การ เปลี่ยนแปลงความเห็นและมีผลเป็นสลายความเคลื่อนไหวในการปฏิวัติล้มล้างรัฐธรรมนูญลงได้⁴⁷ ดังที่

⁴⁶ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.216.

⁴⁷ Bruce Ackerman, *We The People. 1. Foundations*, (Cambridge : Harvard University Press, 1991), pp.20 - 21.

นักวิชาการบางคนเห็นว่าผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนี ค.ศ. 1949 คงจะมีความเชื่อว่าหากรัฐธรรมนูญไว้มาร์ ค.ศ. 1919 มีบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ดังเช่น มาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ก็คงถูกบีบให้ต้องกระทำการละเมิดรัฐธรรมนูญอย่างเปิดเผยก่อนที่จะสถาปนาอำนาจเผด็จการของตนขึ้นมาได้ และยอมก่อให้เกิดความรู้สึกนึกคิดในทางกฎหมายและคุณค่าดั้งเดิมแก่ประชาชนชาวเยอรมนี ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลในทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างออกไป⁴⁸ ท้ายที่สุดแล้ว ข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้นก็เข้าไปจำกัดเฉพาะแต่การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) เท่านั้น ไม่ได้เข้าไปจำกัดการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น ประชาชนในระบอบประชาธิปไตยในฐานะองค์อธิปัตย์ย่อมสามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมอย่างสันติเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาเช่นนั้นโดยตรงด้วยตนเองได้เสมอ⁴⁹

2.4.1.2 ข้อโต้แย้งต่อรูปแบบของการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหา

แม้จะผ่านพ้นจากข้อโต้แย้งถึงความชอบธรรมในการดำรงอยู่มาได้และยอมรับให้มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาบางประการต่ออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวเนื่องที่ตามมาอีกว่า ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านั้นจำเป็นที่จะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง นอกจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังจะถือว่ามีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งอีกหรือไม่ เพียงใด ต่อปัญหานี้มีความเห็นอยู่ 2 แนวทางด้วยกัน

ความเห็นแรกซึ่งพิจารณาปัญหาดังกล่าวจากมุมมองในทางรูปแบบ (Formal Approach) เห็นว่า ข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะถือว่ามี ความสมบูรณ์ในทางกฎหมายนั้น จะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อความแน่นอนชัดเจนของขอบเขตและกรอบการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง และเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาบางประการเอาไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ย่อมต้องถือว่าไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาอื่นใดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁸ Gregory H. Fox and Georg Nolte, "Intolerant Democracies," Harvard International Law Journal 36, p.19 (1995).

⁴⁹ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 22, น.11.

รัฐธรรมนูญอีก นอกจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้แล้วเท่านั้น ความเห็นฝ่ายนี้จึงปฏิเสธการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ที่มีความคลุมเครือไม่ชัดเจน และยอมรับเฉพาะข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เท่านั้น ทั้งนี้ ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “การกล่าวถึงสิ่งหนึ่งย่อมหมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง” (expressio unius est exclusion alterius, the expression of one thing is the exclusion of another) ดังนั้น การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งย่อมหมายความว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกจำกัดในทางเนื้อหาเท่าที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁵⁰

ความเห็นที่สองซึ่งพิจารณาปัญหาดังกล่าวจากมุมมองในทางเนื้อหา (Substantive Approach) เห็นว่า ข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากย่อมเป็นไปได้ทุกสิ่งทุกอย่างจะได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง แต่หลายสิ่งหลายอย่างกลับดำรงอยู่อย่างชัดแจ้งแม้จะไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งก็ตาม ซึ่งส่งเหล่านั้นสามารถเข้าถึงได้ผ่านการตีความจากความจำเป็นของสถานการณ์โดยปริยาย⁵¹ ดังนั้น การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ก็ไม่ได้หมายถึงการปฏิเสธการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) เสมอไป ข้อจำกัดในทางเนื้อหาทั้ง 2 รูปแบบนี้ไม่ได้เป็นสิ่งที่ปฏิเสธซึ่งกันและกัน ในทางตรงกันข้าม กลับเป็นสิ่งที่ส่งเสริมซึ่งกันและกันในการธำรงรักษาไว้ซึ่งแก่นหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ

ข้อโต้แย้งที่สำคัญอีกอย่างซึ่งฝ่ายนี้ยกขึ้นโต้แย้งฝ่ายที่ยอมรับเฉพาะข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเท่านั้น ก็คือสุภาษิตกฎหมายที่ว่า สิ่งที่เป็นไปไม่ได้ในทางเหตุผลย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะกำหนดเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง (reductio ad absurdum, what is logically impossible does not need to be positively prescribed)⁵² โดยยกตัวอย่าง

⁵⁰ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study (Bursa : Ekin Press, 2008), p.102.

⁵¹ Otto Pfersmann, “Unconstitutional Constitutional Amendment : A Normativist Approach,” Zeitschrift für öffentliches Recht 67, p.103 (2012).

⁵² Virgílio Afonso Da Silva, “A Fossilised Constitution ?,” Ratio Juris 17, p.459 (2004).

ในเชิงตั้งคำถาม กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่ผิด (Abuse of Amendment Power) ที่ก่อให้เกิดผลแปลกประหลาด (Absurd Result) ซึ่งมีผลเป็นการทำลายความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญนั้นเสียเอง เช่น การที่รัฐธรรมนูญไม่บัญญัติห้ามโดยชัดแจ้งไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบกับหลักการประชาธิปไตย (Democracy) เช่นนี้เท่ากับยอมรับว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาเพื่อขยายวาระการดำรงตำแหน่งของตนเองออกอย่างไม่มีการกำหนดเวลาสิ้นสุดนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างนั้นหรือ ? เป็นต้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบ (Delegated Power) มาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามทฤษฎีการมอบอำนาจ (Delegation Theory) แล้ว ย่อมเป็นแสดงอย่างชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมานั้น ย่อมไม่สามารถถูกใช้เพื่อทำลายรัฐธรรมนูญซึ่งเปรียบเสมือนตราสารก่อตั้ง (Trust Letter) ตัวมันเองได้ ซึ่งรวมไปถึงไม่สามารถทำลายหลักการสำคัญต่าง ๆ ที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญด้วย การจะต้องบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับว่า ห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการทำลายตัวรัฐธรรมนูญเองตลอดจนหลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่แปลกประหลาด⁵³

อย่างไรก็ตาม แม้อาจจะมีการยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ตามความเห็นแนวที่สองก็ตาม แต่ก็ยังมีประเด็นปัญหาเกี่ยวเนื่องที่ตามมาอีกว่า ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายเหล่านั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานในทางทฤษฎีเช่นไร กล่าวอีกนัยหนึ่ง เราจะอธิบายความชอบธรรมในทางกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายดังกล่าวได้อย่างไรนั่นเอง และปัญหาที่สำคัญยิ่งกว่านั้น คือ ปัญหาว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเอาไว้ชัดแจ้งแล้ว เราจะทราบได้อย่างไรว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายเหล่านั้นประกอบไปด้วยหลักการใดบ้าง ซึ่งประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้จะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2

2.4.2 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหา

บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) หรือที่เรียกอีกอย่างว่า บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) อันถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Explicit Substantive Limitation) นั้น เป็นที่ถกเถียงในทางทฤษฎีว่า หากข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว เราสมควรจะถือว่าข้อจำกัดดังกล่าวมีผลใช้บังคับในทางกฎหมายหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เราจะถือว่า

⁵³ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.223.

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “ข้อจำกัดในทางกฎหมาย” (Legal Limitation) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือจะถือว่าเป็นแต่เพียง “คำประกาศในทางการเมือง” (Political Declarations) เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลบังคับผูกพันใด ๆ ในทางกฎหมายเลย หากเห็นว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งแล้ว ก็จะนำไปสู่ประเด็นปัญหาต่อไปว่ามีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องสร้างระบบการควบคุมตรวจสอบไม่ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendment) เพราะในกรณีเช่นนี้องค์กรตุลาการอาจอ้างความชอบธรรมในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากสามารถใช้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านั้นมาเป็น “เกณฑ์” หรือ “มาตรวัด” ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้หรือไม่นั่นเอง

สำหรับข้อถกเถียงในทางทฤษฎีเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้น มีความเห็นในทางวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายด้วยกัน กล่าวคือ ฝ่ายแรกเห็นว่า บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นแต่เพียงสิ่งที่แสดงปรารถนาของผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญให้บุคคลรุ่นหลัง ๆ ทราบเท่านั้น แต่หาได้มีค่าบังคับในทางกฎหมายเป็นการบังคับให้บุคคลรุ่นหลัง ๆ พึงปฏิบัติตามไม่⁵⁴ ทั้งนี้ ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่จะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ไม่เว้นแม้แต่บทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามเอาไว้อย่างชัดเจนว่ามีให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ตาม ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงแค่คำประกาศในทางการเมือง (Political Declarations) ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ⁵⁵ และถือว่าเป็นเพียงแนวทางในการใช้อำนาจขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยไม่ได้ก่อให้เกิดเขตอำนาจใด ๆ แก่องค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ความเห็นเช่นนี้ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของบาง

⁵⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : พาณิชย์ศุภผล, 2495), น.427.

⁵⁵ Sam Brooke, “Constitution – Making and Immutable Principles,” (Master’s Thesis, The Fletcher School of Tufts University, 2005), pp.68 – 71, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.189.

ประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 แม้จะบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานหรือจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ (The Spirit of Constitution) ก็ตาม แต่อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าหลักการพื้นฐานหรือจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไรนั้น กลับเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐสภา (The Storting) ซึ่งเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจของศาลฎีกานอร์เวย์ (The Supreme Court of Norway) แต่อย่างใด⁵⁶

ในขณะที่ฝ่ายหลังเห็นว่า บรรทัดฐานทางกฎหมาย (Legal Norms) ย่อมถูกประกาศว่าห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวมันเองได้ ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะสนับสนุนว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายจะไม่สามารถถูกกำหนดให้ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้⁵⁷ ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญถือว่ามีผลบังคับได้ในทางกฎหมายแล้ว จึงย่อมเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถูกปกป้องเอาไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น หาได้เป็นแต่เพียงคำประกาศในทางการเมือง (Political Declarations) ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้นไม่ หากแต่ต้องถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมาย (Legal Limitations) ที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่โดยธรรมชาติขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเหล่านั้นหรือไม่ หากพบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหา ดังกล่าว องค์กรตุลาการย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ให้มีผลในทางกฎหมายได้ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในกรณีนี้ ย่อมไม่มีความแตกต่างอันใดกับการที่องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา⁵⁸ ความเห็นเช่นนี้ได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติของหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศตุรกี ประเทศบราซิล ประเทศสาธารณรัฐ

⁵⁶ Eivind Smith, "Old and protected? On the "Supra - Constitutional" Clause in the Constitution of Norway," *Israel Law Review* 44, p.385 (2011).

⁵⁷ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge : Harvard University Press, 1945), p.259.

⁵⁸ Aharon Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments," *Israel Law Review* 44, p.333 (2011).

เช็ก เป็นต้น เนื่องจากองค์การตุลาการในประเทศเหล่านี้ได้เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งหรือไม่

หากเราพิจารณาจากทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เป็นบ่อเกิดแห่งบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (The Sources of Constitutional Norms) แล้ว ย่อมต้องถือว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เป็นสิ่งที่มีผลบังคับใช้ในทางกฎหมายได้ เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ย่อมสามารถก่อตั้งกรอบหรือขอบเขตในทางกฎหมายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาจากอำนาจดั้งเดิมอีกที (Pouvoir Constituant Dérivé) ได้ การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องให้ไปเป็นไปตามกระบวนการและภายในกรอบหรือขอบเขตเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาก็คือว่าเป็นกรอบหรือขอบเขตอย่างหนึ่งที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกผูกมัดโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิ่งที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้นั่นเอง อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งดังกล่าวอาจสูญเสียความมีผลในทางกฎหมายได้เมื่อต้องเผชิญหน้ากับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) เสียเอง เนื่องจากอำนาจดังกล่าวเป็นผู้ที่สร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดลักษณะดังกล่าวขึ้นมา ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งย่อมไม่สามารถเข้าไปจำกัดการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งเป็นผู้สร้างมันขึ้นมาตั้งแต่แรกได้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงสามารถถูกใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่ยกเลิกหรือทำลายข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้นได้เสมอ

ยิ่งไปกว่านั้น ข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหาจะยิ่งเข้มข้นและรุนแรงขึ้นไปอีกเมื่อเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งเลย หากแต่เกิดจากการสร้างขึ้นโดยองค์การตุลาการที่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย” (Implicit Substantive Limitation) เพราะแม้แต่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งแล้วยังได้รับการโต้แย้งถึงความชอบธรรมในการดำรงอยู่และความสมบูรณ์ในทางกฎหมาย ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้เลยย่อมต้องได้รับการโต้แย้งอย่างรุนแรงขึ้นไปอีกเป็นธรรมดา ซึ่งจะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2

อนึ่ง สมควรกล่าวไว้ในเบื้องต้นก่อนว่าประเด็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment) เพราะไม่ได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นคนละประเด็นกัน กับประเด็นว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations on Constitutional Amendment) เอาไว้ซึ่งถือว่าข้อจำกัดเหล่านั้นเป็น “เกณฑ์” หรือ “มาตรวัด” ที่องค์กรตุลาการจะสามารถนำไปใช้พิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น แต่ก็ไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติม (Judicial Review of Constitutional Amendment) ได้เสมอ หากแต่จะต้องพิจารณาถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการตามระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศด้วยว่าได้อนุญาตให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งประเด็นดังกล่าวจะได้อภิปรายในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 5

บทที่ 3

ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

รัฐธรรมนูญของนานาประเทศได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างหลากหลายแตกต่างกันไปสุดแล้วแต่ว่าประเทศใดจะออกแบบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศตนกระทำใดยากหรือง่ายแค่ไหนเพียงใด ตั้งแต่ประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำใดย่างโดยกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขั้นตอนเหมือนกับการตรากฎหมายธรรมดาทุกประการแต่อาจจะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อเรียกร้องที่พิเศษยิ่งกว่าการตรากฎหมายธรรมดา หรือประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำใดยากขึ้นไปอีกโดยกำหนดให้มีขั้นตอนที่สลับซับซ้อนยุ่งยากกว่าการตรากฎหมายธรรมดา ไปจนถึงประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางปฏิบัตินั้นแทบจะเรียกได้ว่า “เป็นไปได้ไม่ได้” เลย

โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้โดยรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพียงช่องทางเดียวเท่านั้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศก็อาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้มากกว่าหนึ่งช่องทาง เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ 2 ช่องทาง ได้แก่ ช่องทางแรก โดยการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยเสียงข้างมากธรรมดา (Simple Majority) ของสมาชิกแต่ละสภาแล้วจึงนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) หรือช่องทางที่สอง โดยการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประธานาธิบดีเสนอต่อรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) 3 ใน 5 ของสมาชิกรัฐสภาที่มาประชุมร่วมกัน โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจมีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็นหลายประเภท โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเภทนั้น ต้องใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกันออกไป เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 และรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 ที่กำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด (Total Revision) มีความแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด (Total Revision) ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งหมดนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับ

ใหม่” (New Constitution) เนื่องจากฐานที่มาแห่งอำนาจและกระบวนการที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมาจากบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมนั้นเอง¹

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่ปฏิบัติตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้ดำเนินการโดยชอบด้วยรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นว่านั้นก็กลับมีผลบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติแล้ว กรณีเช่นนี้ก็อาจถือว่าเป็นการล้มล้างหรือปฏิวัติทางรัฐธรรมนูญโดยการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือได้

รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้น มีความแตกต่างกันและมีความหลากหลายอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่าแต่ละประเทศต่างก็มีสูตร สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Formula) ของตนเองเอาไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม สูตรของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างหลากหลายเหล่านี้ ก็สามารถแยกพิจารณาถึงลักษณะร่วมกันในเบื้องต้นได้ 2 ประการ คือ รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไปประการหนึ่ง และรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษ อีกประการหนึ่ง

3.1 รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไป

รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไป หมายถึง กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีปกติทั่วไป ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกับการตรากฎหมายธรรมดาหรือกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative Procedure) แต่รัฐธรรมนูญก็มักจะกำหนดให้มีเงื่อนไขพิเศษหรือมีข้อเรียกร้องอื่น ๆ ที่เข้มข้นยิ่งกว่าที่ต้องใช้ในการตรากฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้การลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องใช้เสียง

¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.6.

ข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ในขณะที่การลงมติให้ความเห็นชอบแก่การตรากฎหมายธรรมดาใช้เพียงเสียงข้างมากธรรมดา (Simple Majority) เท่านั้น เป็นต้น

สำหรับรัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านกระบวนการที่มีความคล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติที่มีเงื่อนไขเป็นพิเศษหรือมีข้อเรียกร้องที่เข้มข้นยิ่งกว่ากระบวนการนิติบัญญัติตามปกติแล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นยังอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่งในขั้นตอนสุดท้าย (Ratification) โดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้พิจารณาและให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นในขั้นต้นมาแล้ว เช่น ต้องได้รับการให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายโดยประชาชน (Popular Ratification) ผ่านกลไกการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) หรือต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยมลรัฐต่าง ๆ (State Ratification) ในกรณีที่ประเทศนั้นมีรูปของรัฐแบบสหพันธรัฐ (Federal State) เป็นต้น

3.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (Parliament) มีบทบาททั้งในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ (Legislative Authority) และองค์กรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Authority) ไปพร้อม ๆ กัน² กล่าวคือ นอกจากรัฐสภาจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไปแล้ว รัฐสภายังเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาและการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐสภามักจะเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงกว่าบรรดาองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ เพราะเป็นองค์กรที่มีที่มาจากประชาชนโดยตรงและถือว่าเป็นผู้แทน (Representative) ของประชาชนด้วย การกำหนดให้ผู้แทนของประชาชนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จึงเป็นไปเพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีจุดยึดโยงกับประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติกับองค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวกัน แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

² ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.13.

(Amendment Power) ก็หาใช่อำนาจนิติบัญญัติ (legislative Power) ไม่ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire, Constituent Power) ในขณะที่อำนาจนิติบัญญัติเป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué, Constituted Power) เท่านั้น จึงมีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์การนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในกรณีเช่นนี้จึงมี 2 ฐานะ หรืออาจกล่าวได้ว่าสวมหมวก 2 ใบ และเราต้องไม่สับสนว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐสภาอยู่ในฐานะหรือสวมหมวกขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Authority) หาใช่องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Authority) ตามปกติทั่ว ๆ ไปไม่

ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกับรูปแบบและกระบวนการนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมายธรรมดาก็ตาม แต่ก็มักจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขพิเศษที่แตกต่างไปจากการตรากฎหมายธรรมดาด้วย เพื่อแสดงให้เห็นว่ากระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับกระบวนการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นเป็นคนละกระบวนการและมีความแตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น แม้ว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำในรูปแบบเดียวกับการตรากฎหมายธรรมดา โดยให้จัดทำขึ้นในรูปแบบ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Law on the Amendment to the Constitution) ก็ตาม แต่ในขั้นตอนการลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญก็จะกำหนดให้ต้องใช้เสียงข้างมากของสมาชิกรัฐสภามากกว่าที่ต้องใช้ในการลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐบัญญัติธรรมดา เป็นต้น ทั้งนี้ ก็เพื่อทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างยิ่งกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) นั่นเอง

เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมายธรรมดาเช่นนี้แล้ว ย่อมมีผลทำให้การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนิติบัญญัติตามปกติ

หรือกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาด้วย³ เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นอาจไม่ได้บัญญัติถึงขั้นตอนหรือเงื่อนไขบางประการเอาไว้ ทำให้ต้องกลับไปใช้ขั้นตอนหรือเงื่อนไขตามบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนิติบัญญัติตามปกติหรือกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาตนเอง เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

สำหรับรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไปนั้นสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ขั้นตอนใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ ขั้นตอนแรก คือ การริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา ขั้นตอนต่อมา คือ การพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในวาระต่าง ๆ และขั้นตอนสุดท้าย คือ การลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1.1 การริเริ่ม

การริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงในทางการเมืองแล้ว ความต้องการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้จากหลายทิศทาง กล่าวคือ อาจเกิดจากความต้องการของประชาชนซึ่งเป็นผู้อยู่ภายใต้อำนาจรัฐ หรืออาจเกิดจากองค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐเองก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเช่นรัฐสภา ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากความต้องการในทางการเมืองชั่วคราวขณะใดขณะหนึ่ง หรืออาจเป็นการวางแผนไว้แล้วในระยะยาวก็ได้

แต่หากพิจารณาในทางกฎหมายแล้ว การจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งได้นั้น ประเด็นแรกที่ต้องพิจารณาก่อนเสมอ คือ ประเด็นที่ว่าใครหรือองค์กรใดจะเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴ ซึ่งโดยปกติแล้วรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเองจะบัญญัติถึงองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ และย่อมมีความหมายต่อไปว่าเฉพาะแต่เพียงองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้มีอำนาจริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

³ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2556), น.71.

⁴ พูนศักดิ์ ใสสารจ, รูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น.42.

เอาไว้เท่านั้นที่จะสามารถริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ องค์กรอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้สิทธิเช่นนั้นไว้ย่อมไม่สามารถดำเนินการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ในรัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจไม่ได้กำหนดถึงองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กรณีเช่นนี้หากรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น มีรูปแบบและวิธีการที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกับกระบวนการตรากฎหมายธรรมดา หรือเป็นกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำในรูปแบบของกฎหมายธรรมดา อยู่แล้ว องค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือองค์กรเดียวกับองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการตรากฎหมายธรรมดานั่นเอง เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ.1949 คือ มาตรา 79 (1) นั้น ปรากฏอยู่ในหมวดว่าด้วยการใช้อำนาจนิติบัญญัติของสหพันธรัฐ (Legislative Powers of the Federation) บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดย “รัฐบัญญัติ” และรัฐบัญญัตินั้นจะต้องระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นรัฐบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานในเรื่องใดบ้าง โดยไม่ได้บัญญัติถึงองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กรณีเช่นนี้จึงต้องถือว่าองค์กรที่มีสิทธิเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือองค์กรที่มีสิทธิเสนอร่างรัฐบัญญัติธรรมดาตามปกติทั่วไปตามมาตรา 76 (1) อันได้แก่รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ, สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นั่นเอง⁵

การพิจารณาถึงองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ยังถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติให้กระทำได้มากกว่า 1 ช่องทางด้วย โดยช่องทางดังกล่าวอาจแตกต่างกันไปตามแต่องค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ.1949 กำหนดให้กระบวนการนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภามีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าองค์กรใดเป็นผู้เสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต่อรัฐสภา หากรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐเป็นผู้เสนอรัฐบาลจะต้องส่งร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้วุฒิสภา (Bundesrat) พิจารณาให้ความ

⁵ Markus Kotzur, “Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany,” in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.130.

เห็นชอบก่อน แต่หากสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) เป็นผู้เสนอ ก็ไม่จำเป็นต้องส่งร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้วุฒิสภา (Bundesrat) พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน⁶ เป็นต้น

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศกำหนดองค์กรที่เป็นผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เอาไว้แตกต่างกันไป เช่น รัฐสภา รัฐบาล ประมุขแห่งรัฐ หรือประชาชน เป็นต้น โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้องค์กรดังต่อไปนี้ผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นหรือมีมากกว่าหนึ่งองค์กรก็ได้⁷

(1) รัฐสภา

รัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) นั้น มักจะกำหนดให้รัฐสภา (Parliament) เป็นองค์กรที่มีสิทธิเสนอญัตติและริเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยผู้ที่แสดงเจตจำนงในนามของรัฐสภาในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็คือสมาชิกของรัฐสภา (Members of Parliament) ตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้นั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้ระบบสภาเดียว (Unicameral System) หรือระบบสภาคู่ (Bicameral System) ก็ตาม

รัฐธรรมนูญอาจจะกำหนดจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แตกต่างกันไป โดยรัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ “สมาชิกรัฐสภาแต่ละคน” (Individual Members) เป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 ประกอบมาตรา 71 รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 195 วรรค 1 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรค 1 รัฐธรรมนูญไอซ์แลนด์ ค.ศ. 1944 มาตรา 79 วรรค 1 รัฐธรรมนูญลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1868 มาตรา 144 รัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 มาตรา 82 (1) รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 และรัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 285 เป็นต้น

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้จำนวนสมาชิกรัฐสภาตาม “สัดส่วน” (Specific Percentage) ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งโดยปกติมักจะกำหนดให้ต้องใช้คะแนนเสียงดังต่อไปนี้

(ก) เสียงข้างน้อยพิเศษ (Qualified Minority) เช่น 1 ใน 6 ของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 หรือ 1 ใน 5 ของสมาชิกรัฐสภา ตาม

⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.71.

⁷ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, pp.7 - 8.

รัฐธรรมนูญแอลเบเนีย ค.ศ. 1998 มาตรา 177, รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ค.ศ. 1991 มาตรา 147, รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 161, รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1997 มาตรา 235, รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 มาตรา 134, หรือ **1 ใน 4** ของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 154 (1), รัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 147, รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 150 (1) หรือ **1 ใน 3** ของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญอันดอร์รา ค.ศ. 1993 มาตรา 105, รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 141 (b), รัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 203, รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 154, รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 175 เป็นต้น

(ข) เสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) ของสมาชิกรัฐสภา กล่าวคือ สมาชิกเกินกว่า **1 ใน 2** หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มาประชุมเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 111 รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 157 รัฐธรรมนูญจอร์เจีย ค.ศ. 1995 มาตรา 102 (1) (b) และรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ค.ศ. 1948 มาตรา 128 (1) เป็นต้น

(ค) เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ของสมาชิกรัฐสภาในการริเริ่มเสนอญัตติขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น **2 ใน 3** ของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 มาตรา 5 หรือรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 มาตรา 96 เป็นต้น

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดเป็น **“จำนวนที่แน่นอน” (Certain Number)** ว่าต้องใช้สมาชิกรัฐสภาจำนวนกี่คนจึงจะริเริ่มเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยไม่ได้กำหนดไว้เป็นสัดส่วน (Specific Percentage) เช่น รัฐธรรมนูญมอนเตเนโกร ค.ศ. 2007 มาตรา 155 กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาจำนวน 25 คน จากจำนวน 81 คน หรือ รัฐธรรมนูญสโลเวเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 168 กำหนดให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) จำนวน 20 คน จากจำนวน 90 คน เป็นผู้ที่มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ต้องใช้เสียงของสมาชิกรัฐสภามากกว่าการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญอีกด้วย เช่น รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 156 กำหนดให้ต้องใช้สมาชิกสภาจำนวน 2 ใน 3 ขององค์ประกอบของรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการทั่วไป (General Principles) การเลือกตั้ง (Elections) การทำประชามติ (Referendum) และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง (Introducing Amendments to the Constitution of Ukraine) ในขณะที่การริเริ่มเสนอให้มี

การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญดังกล่าวข้างต้น สมาชิกรัฐสภาจำนวน 1 ใน 3 ขององค์ประกอบของรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็สามารถริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวได้

(2) รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี (Government) ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive) นั้น เป็นผู้ที่มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ.1949 มาตรา 79 (1) ประกอบมาตรา 76 (1) รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 ประกอบมาตรา 71 รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 มาตรา 41 รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ค.ศ. 1990 มาตรา 147 และรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 166 เป็นต้น

(3) ประมุขแห่งรัฐ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ประมุขแห่งรัฐ (Head of State) เป็นผู้ที่มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89, รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ค.ศ. 1948 มาตรา 128 (1) รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ค.ศ. 1990 มาตรา 147 และรัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าประมุขแห่งรัฐในประเทศข้างต้นนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในฐานะประมุขแห่งรัฐ (Head of State) ซึ่งมักจะเป็นอำนาจหน้าที่ในทางพิธีการแล้วยังมีอำนาจหน้าที่ในทางบริหาร (Executive Power) ในฐานะที่เป็นหัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) ด้วย

ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วในประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นราชอาณาจักร (Kingdom) และมีรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) รัฐธรรมนูญมักจะไม่บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ (King) ในฐานะประมุขแห่งรัฐ (Head of State) มีพระราชอำนาจในการริเริ่มเสนอญัตติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย แต่ก็มีข้อยกเว้นอยู่บ้างในบางประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์สามารถริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 มาตรา 21 ประกอบมาตรา 12⁸ แต่ทั้งนี้ต้องให้รัฐมนตรีในคณะ

⁸ Helle Krunke, "Formal and Informal Method of Constitutional Change in Denmark," in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.80.

รัฐบาลเป็นผู้กระทำการแทนโดยลงนามรับสนองพระบรมราชโองการด้วย ดังนั้น กรณีเช่นนี้ก็ต้องถือว่ารัฐบาลเองที่เป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในกรณีนี้จึงเป็นเพียงอำนาจในทางแบบพิธีเท่านั้น

(4) มลรัฐหรือองค์การปกครองตนเอง

ในประเทศที่จัดโครงสร้างของรัฐแบบรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ (Federal State) รัฐสภาของมลรัฐต่าง ๆ (State Legislature) อาจเป็นองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระดับสหพันธรัฐ (Federal Constitution) ได้ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 บัญญัติให้รัฐสภาของมลรัฐทั้งหลายจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของมลรัฐทั้งหมดมีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระดับสหพันธรัฐได้โดยการร้องขอต่อรัฐสภาแห่งสหพันธ์ที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “สภาองเกรส” (Congress)

ส่วนประเทศที่จัดโครงสร้างของรัฐแบบรัฐเดี่ยว (Unitary State) แต่มีการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) อย่างเข้มข้นให้แก่ “องค์การปกครองตนเอง” (Autonomous Administrative Authority) รัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวอาจให้สิทธิแก่องค์การปกครองตนเองเหล่านี้ในการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศด้วย เช่น รัฐธรรมนูญลิกเตนสไตน์ ค.ศ. 1921 มาตรา 64 (4) กำหนดให้องค์การปกครองตนเอง (Communes) อย่างน้อย 4 แห่งมีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หรือรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 166 ประกอบมาตรา 87 วรรค 1 และวรรค 2 กำหนดให้สภาขององค์การปกครองตนเอง (The Assemblies of Autonomous Communities) เป็นองค์กรที่มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน⁹

(5) ประชาชน

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง (Electorate, Voter) ตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง การกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องผ่านองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน ถือว่าเป็นการส่งเสริมประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) รูปแบบหนึ่ง โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนด

⁹ Abraham Barrero Ortega and Irene Sobrino Guijarro, “Constitutional Change in Spain,” in *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.304.

จำนวนของประชาชนที่จะมีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้มากน้อยแตกต่างกันไป เช่น¹⁰ **30,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญสโลเวเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 169 หรือ **100,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 มาตรา 138 (1) และ 139 (1) หรือ **150,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 203 หรือ **200,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 141 (1) (a) รัฐธรรมนูญจอร์เจีย ค.ศ. 1995 มาตรา 102 (1) (c) หรือ **300,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 147 หรือ **500,000 คน** ตามรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 150 (1) อนึ่ง รัฐธรรมนูญของประเทศขนาดเล็ก เช่น ประเทศลิกเตนสไตน์ กำหนดให้ประชาชนเพียง 1,500 คนเท่านั้น เป็นผู้ที่มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ตามรัฐธรรมนูญลิกเตนสไตน์ ค.ศ. 1921 มาตรา 64 (4) ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน เป็นผู้ที่มีสิทธิริเริ่มเสนอญัตติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจไม่ได้กำหนดให้ประชาชนตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง หากแต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของเงื่อนไขบางประการก่อน เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 150 (1) กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 500,000 คน มีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ภายใต้เงื่อนไขของมาตรา 150 (2) ว่าประชาชนผู้ริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมาจากจังหวัดต่าง ๆ ของประเทศอย่างน้อยครึ่งหนึ่ง และในจังหวัดต่าง ๆ รวมทั้งในเมืองหลวงบูคาเรสต์นั้นต้องมีจำนวนประชาชนผู้ลงชื่อสนับสนุนการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละจังหวัดอย่างน้อย 20,000 คน

3.1.1.2 การพิจารณา

หลังจากที่มีการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรผู้สิทธิดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระแรกกับการริเริ่มเสนอญัตติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ก็เพื่อเปิดโอกาสให้กลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ตลอดจนประชาชนได้มีเวลาแสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์ข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้อย่างเต็มที่ ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจจะแตกต่างกันไปตามแต่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะกำหนดเอาไว้ โดยอาจกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลา **ไม่น้อยกว่า 1 เดือน** เช่น รัฐธรรมนูญจอร์เจีย ค.ศ. 1995 มาตรา 102 (2) รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1997 มาตรา 235 (3) เป็นต้น หรือ**ระหว่าง 3 เดือนถึง 6 เดือน** เช่น รัฐธรรมนูญ

¹⁰ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, p.8.

บัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 154 (2) กำหนดให้ญัตติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไปต้องได้รับการพิจารณาโดยรัฐสภาภายหลังจากพ้นระยะเวลา 1 เดือนนับแต่วันที่ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 3 เดือนนับแต่วันที่ยื่นญัตติดังกล่าว หรือระหว่าง 6 เดือนถึง 12 เดือน เช่น รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 143 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 313 เป็นต้น¹¹

การพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศที่ใช้ระบบสภาเดียว (Unicameral System) นั้น ย่อมกระทำโดยสภาเดียวของประเทศนั้น ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบสองสภา (Bicameral System) ที่ประกอบไปด้วยสภาสูง (Upper House) และสภาล่าง (Lower House) นั้น รัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวอาจกำหนดให้ทั้งสองสภาต้องร่วมกันพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 151 หรืออาจกำหนดให้ต้องมีการแยกกันพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 และกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 76 (2) และ (3) เป็นต้น

สำหรับการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภานั้น รัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศมักจะกำหนดให้การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีการพิจารณาในหลายวาระ (Multiple Readings) ดังนี้¹²

(ก) กำหนดให้ต้องมีการพิจารณาในรัฐสภา 2 วาระ เช่น รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 156 (2) รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 มาตรา 88 รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 175 รัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1818 มาตรา 138 เป็นต้น

(ข) กำหนดให้ต้องมีการพิจารณาในรัฐสภา 3 วาระ เช่น รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 155 (1) รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ค.ศ. 1990 มาตรา 148 และมาตรา 149 รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ ค.ศ. 1999 มาตรา 73 รัฐธรรมนูญจอร์เจีย ค.ศ. 1995 มาตรา 102 และรัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 203 เป็นต้น

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาต้องมีการพิจารณาในหลายวาระ (Multiple Readings) นั้น มักจะตามมาด้วยการ

¹¹ *Ibid.*, p.9.

¹² *Ibid.*

กำหนดให้ต้องมีการเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างการพิจารณาในแต่ละวาระด้วย โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ต้องมีการเว้นระยะเวลาดังตั้ง 3 เดือน เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 รัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 148 รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 163 ไปจนถึง 6 เดือน เช่น รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 156 (2) เป็นต้น รัฐธรรมนูญของประเทศไทยเกือบจะทุกฉบับมักจะต้องเว้นระยะเวลาระหว่างวาระที่ 2 ขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรากับวาระที่ 3 ขึ้นลงมติให้ความเห็นชอบเอาไว้ 15 วันนับแต่วันที่การพิจารณาวาระที่ 2 เสร็จสิ้น

3.1.1.3 การให้ความเห็นชอบ

การพิจารณาวาระการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในวาระต่าง ๆ นั้น จะต้องมีการลงมติของสมาชิกรัฐสภาว่าจะให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่ รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้ต้องลงคะแนนเสียงโดยเปิดเผย และมติที่ใช้สำหรับการเห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตาม “เสียงข้างมากพิเศษ” (Qualified Majority)¹³ ซึ่งสะท้อนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีความเห็นพ้องร่วมกันของเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในรัฐสภาในระดับหนึ่งจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย การที่รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศกำหนดให้ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษในการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความสำคัญและกระทำได้ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไปด้วย ซึ่งสอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

สำหรับเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ที่ต้องใช้ในการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจมีสัดส่วนที่แตกต่างกันไปตามแต่รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะกำหนดเอาไว้ ในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบสภาเดียว (Unicameral System) ซึ่งการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมกระทำโดยสภาเดียวที่ประเทศนั้นมีอยู่ คะแนนเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ที่ต้องใช้สำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีดังต่อไปนี้¹⁴

(ก) ไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 (4) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 175 วรรค 4 เป็นต้น

¹³ Kemal Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study, (Bursa : Ekin Press, 2008), p.27.

¹⁴ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, p.9.

(ข) ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 มาตรา 44 (1) รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ค.ศ. 1948 มาตรา 130 (1) รัฐธรรมนูญลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1868 มาตรา 114 วรรค 2 รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 155 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 286 (1) เป็นต้น

(ค) ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 155 (2) รัฐธรรมนูญสวีเดน ค.ศ. 1974 มาตรา 17 เป็นต้น

ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบสองสภา (Bicameral System) โดยปกติแล้วรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดให้สภาล่าง (Lower House) และสภาสูง (Upper House) ต้องมีการแยกกันพิจารณาและแยกกันลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะแนบเสียงที่ต้องใช้สำหรับให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละสภานั้นมีดังนี้¹⁵

(ก) เสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) ของสมาชิกในแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 เป็นต้น

(ข) เสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) ของสมาชิกในแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 เป็นต้น

(ค) เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) เช่น 2 ใน 3 ของสมาชิกในแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 195 วรรค 5 กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (2) รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 มาตรา 96 รัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 มาตรา 137 (4) และ (5) รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1997 มาตรา 235 (4) เป็นต้น หรือ 3 ใน 5 ของสมาชิกในแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 167 (1) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรค 3 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบสองสภา (Bicameral System) ในบางประเทศก็อาจกำหนดให้ทั้งสภาล่าง (Lower House) และสภาสูง (Upper House) ต้องร่วมกันพิจารณาและร่วมกันลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณีก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 151 (2) กำหนดให้ทั้งสภาสูงและสภาล่างต้องร่วมกันพิจารณาและลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่คณะกรรมการร่วมระหว่างสองสภาไม่อาจตกลงเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกันได้ โดยต้องใช้คะแนนเสียง 3 ใน 4 ของสมาชิกสภาสูงและสภาล่างรวมกัน

¹⁵ *Ibid.*, pp.9 – 10.

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้เพียงแค่ “เสียงข้างมากธรรมดา” (Ordinary Majority) ของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นมติที่เพียงพอแล้วสำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 มาตรา 88 รัฐธรรมนูญไอร์แลนด์ ค.ศ. 1937 มาตรา 46 รัฐธรรมนูญไอซ์แลนด์ ค.ศ. 1944 มาตรา 79 หรือ รัฐธรรมนูญสวีเดน ค.ศ. 1974 มาตรา 14 เป็นต้น แต่ถึงอย่างนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ก็มักจะกำหนดให้ต้องดำเนินการตามข้อเรียกร้องอย่างอื่นต่อไปด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น ในกรณีของประเทศเดนมาร์กและประเทศไอร์แลนด์ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องผ่านการลงประชามติ (Referendum) ของประชาชนอีกครั้งหนึ่ง หรือ ในกรณีของประเทศไอซ์แลนด์และประเทศสวีเดน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องได้รับการให้ความเห็นชอบอีกครั้งโดยรัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไป แต่ทั้งนี้การให้ความเห็นชอบของทั้งรัฐสภาเดิมที่ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและรัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปนั้นก็ใช้แค่เพียงเสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) เท่านั้น¹⁶ กรณีเช่นนี้จึงถือว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ไม่ใช่รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายเสียทีเดียว เพราะแม้ว่าจะแนบเสียงที่รัฐสภาต้องใช้เพื่อให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นเพียงเสียงข้างมากธรรมดาเช่นเดียวกับการตรากฎหมายธรรมดาก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญยังเรียกร้องให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องผ่านการลงประชามติของประชาชนหรือต้องได้รับความเห็นชอบอีกครั้งโดยรัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม เสียงข้างมากที่ใช้สำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะเป็นเสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) หรือเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ก็ตาม อาจมีความแตกต่างกันไปในแต่ละวาระของการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญโครเอเชีย ค.ศ. 1990 มาตรา 148 และมาตรา 149 กำหนดให้การพิจารณาญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระแรกและวาระสองนั้นต้องใช้เสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) ในขณะที่วาระสามซึ่งเป็นวาระสุดท้ายนั้นต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) 2 ใน 3 เพื่อให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่การพิจารณาให้ความเห็นชอบของแต่ละสภา เช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1997 มาตรา 235 (4) กำหนดให้การให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาล่าง (Lower House) นั้น ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาล่าง

¹⁶ *Ibid.*, p.9.

ในขณะที่การให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาสูง (Upper House) นั้นใช้เพียงเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) ของสมาชิกสภาสูงเท่านั้น¹⁷

นอกจากนี้ เสียงข้างมากที่ใช้สำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังอาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 กำหนดให้ต้องใช้คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกแต่ละสภา สำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ที่ส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับราชอาณาจักรสเปน บทบัญญัติที่ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสถาบันกษัตริย์¹⁸ ในขณะที่การให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีปกติใช้คะแนนเสียง 3 ใน 5 ของสมาชิกแต่ละสภาเท่านั้น

3.1.2 การให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้ายโดยองค์กรอื่น

แม้รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีรูปแบบและกระบวนการที่คล้ายคลึงกับรูปแบบและกระบวนการนิติบัญญัติตามปกติ กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำผ่านกระบวนการทางรัฐสภาโดยมีเงื่อนไขพิเศษหรือข้อเรียกร้องบางประการที่แตกต่างไปจากกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศกลับกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านกระบวนการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วนั้น ยังคงไม่มีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากองค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อีกครั้งหนึ่งในขั้นตอนสุดท้าย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันถึงเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

องค์กรที่จะมาให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้ายนั้น รัฐธรรมนูญแต่ละประเทศอาจกำหนดเอาไว้แตกต่างกันไป รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป (Popular Ratification) หรืออาจกำหนดให้ต้องมีการยุบสภาและจัดการเลือกตั้ง

¹⁷ *Ibid.*, p.10.

¹⁸ Elai Katz, “On Amending Constitution : The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment,” *Columbia Journal of Law and Social Problems* 29, pp.251, 284 (1995 – 1996).

ทั่วไปใหม่ เมื่อรัฐสภาชุดเดิมได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว หลังจากนั้นจึงให้รัฐสภาชุดใหม่ภายหลังการเลือกตั้งดำเนินการลงมติให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นในขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่ง (Intervening Election) หรือในประเทศที่เป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในระดับสหพันธ์แล้ว จะต้องได้รับการให้สัตยาบันจากมลรัฐต่าง ๆ ในขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (State Ratification) อย่างใดอย่างหนึ่ง

ยิ่งไปกว่านั้นในบางประเทศ เช่น ประเทศเดนมาร์ก นอกจากรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ต้องมีการยุบสภาและเลือกตั้งใหม่ภายหลังจากรัฐสภาชุดเดิมได้ให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว หลังจากนั้นจึงให้รัฐสภาชุดใหม่ภายหลังการเลือกตั้งดำเนินการลงมติให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอีกครั้งหนึ่งแล้ว (Intervening Election) รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาชุดใหม่นั้น ไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีกครั้งหนึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้าย (Popular Ratification) ด้วย จึงจะมีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของการมีส่วนร่วมของประชาชนแล้ว จะถือได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในทางตรงและในทางอ้อมก็ตาม แต่การกำหนดเงื่อนไขเอาไว้เช่นนี้ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญเดนมาร์กเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากอย่างยิ่งจนอาจเรียกได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแทบ “เป็นไปไม่ได้เลย” ในทางปฏิบัติ

เมื่อกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกจากจะต้องผ่านกระบวนการทางรัฐสภาแล้วยังต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่งด้วย จึงพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ในรูปแบบดังกล่าวเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก (Rigid) กว่ารัฐธรรมนูญของประเทศที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงแต่ผ่านกระบวนการทางรัฐสภาที่มีชื่อเรียกร้องหรือเงื่อนไขพิเศษบางประการที่แตกต่างจากกระบวนการนิติบัญญัติตามปกตินั่นเอง

3.1.2.1 การลงประชามติ

รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจกำหนดให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านกระบวนการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วนั้น ต้องมีการนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งถือได้ว่าเป็นการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง¹⁹ ทั้งนี้

¹⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.111.

เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ทุกคนในรัฐมีส่วนร่วมสร้างสรรค์ขึ้นมาผ่านการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นของประชาชน ดังนั้นเมื่อตั้งสมมติฐานว่าประชาชนเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ ประชาชนก็ย่อมต้องเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน ประชาชนจึงสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนเองได้โดยตรงในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องผ่านผู้แทนของตน ซึ่งถือว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy)²⁰

การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ก่อนประกาศใช้บังคับนั้น รัฐธรรมนูญอาจบังคับให้ใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทุก ๆ กรณี เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1901 มาตรา 128 และรัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 มาตรา 88 ที่กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วนั้น ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติเป็นขั้นตอนสุดท้ายเสมอในทุกกรณี ทั้งนี้ ในกรณีของประเทศเดนมาร์กนั้น การลงประชามติจะต้องมีผู้มาใช้สิทธิลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดด้วย²¹ หรือรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีหนึ่งกรณีใดโดยเฉพาะเท่านั้น เช่น อาจใช้บังคับเฉพาะกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ที่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับราชอาณาจักรสเปน บทบัญญัติที่ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน และบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์นั้น ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในขั้นตอนสุดท้ายก่อนประกาศใช้บังคับเสมอ

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจไม่ได้บังคับให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติโดยอัตโนมัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย หากแต่การออกเสียงลงประชามตินั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เสียก่อน เช่น ประมุขแห่งรัฐ สมาชิกรัฐสภา มลรัฐ องค์กรปกครองตนเองหรือประชาชน ทั้งนี้ ตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 วรรค 2 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของ

²⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2555), น.151.

²¹ Helle Krunke, *supra note 8*, p.81.

จำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 500,000 คน หรือสภาที่ปรึกษาแคว้น (Regional Council) จำนวนไม่น้อยกว่า 5 แคว้น (จากทั้งหมด 20 แคว้น) มีขอให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติก่อนประกาศใช้บังคับได้

3.1.2.2 การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง

รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจกำหนดให้การให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น จะต้องกระทำ 2 ครั้ง โดยรัฐสภาคนละชุดกัน กล่าวคือ โดยรัฐสภาชุดที่ริเริ่มดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งหนึ่ง และโดยรัฐสภาชุดใหม่ภายหลังจากการยุบรัฐสภาเดิมและเลือกตั้งใหม่แล้วอีกครั้งหนึ่ง กล่าวโดยเฉพาะ คือ ภายหลังจากรัฐสภาชุดเดิมได้ลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ต้องมีการยุบสภาและจัดการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ (Intervening Election) เมื่อได้รัฐสภาชุดใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญก็จะกำหนดให้รัฐสภาดังกล่าวดำเนินการลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาที่แตกต่างกัน 2 ชุดนั้น ก็เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ในทางอ้อม” (Indirect) กล่าวคือ เมื่อมีการยุบรัฐสภาเดิมและจัดการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว พรรคการเมืองต่าง ๆ ก็จะต้องนำประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการไปแล้วโดยรัฐสภาชุดเดิมไปใช้เป็นนโยบายในการหาเสียงสนับสนุนจากประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคการเมืองที่เป็นผู้ริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งผลการเลือกตั้งทั่วไปนี้ ก็จะสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนต่อประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง ในแง่ของการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น กรณีเช่นนี้จึงแตกต่างจากการกำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วม “ในทางตรง” (Direct) กล่าวอีกนัยหนึ่ง การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งนั้น เป็นไปตามหลักการประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) ในขณะที่การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นไปตามหลักการประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy)

การให้รัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่งเช่นนี้ อาจเป็นกระบวนการปกติทั่วไปสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทุก ๆ กรณี เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 195 รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก

ค.ศ. 1953 มาตรา 88 หรือรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 มาตรา 137 (3) เป็นต้น หรืออาจเป็นกระบวนการพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณีที่มีความสำคัญเท่านั้นก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับราชอาณาจักรสเปน บทบัญญัติที่ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน และบทบัญญัติเกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์นั้น²² ต้องมีการยุบสภาและจัดการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ และให้รัฐสภาชุดใหม่ลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวด้วยจึงจะประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นในบางประเทศ กล่าวคือ แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การที่รัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปต้องเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่งนั้นเป็นกระบวนการปกติทั่วไปสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทุกกรณีก็ตาม แต่ในบางกรณี เช่น ในกรณีฉุกเฉิน (Urgent Cases)²³ การให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจกระทำโดยรัฐสภาชุดเดิมก็ได้ หากสมาชิกรัฐสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดลงมติว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้นถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินแล้ว เช่น รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ ค.ศ. 1999 มาตรา 73 วรรค 2 กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาไม่น้อยกว่า 5 ใน 6 หรือรัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 166 กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาไม่น้อยกว่า 4 ใน 5 สามารถลงมติได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้กระทำภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉิน

3.1.2.3 การให้สัตยาบันโดยมลรัฐ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระดับสหพันธ์ (Federal Constitution) ของประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ (Federal State) นั้น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดว่าเมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านกระบวนการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาระดับสหพันธ์ (Federal Parliament) แล้ว จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปให้มลรัฐต่าง ๆ (States) ให้สัตยาบัน (Ratification) ในขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยมลรัฐ (State Ratification) นั้น โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาระดับมลรัฐ (The Legislature of the State) เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5

²² Elai Katz, *supra note 18*, pp.251, 284.

²³ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, p.10.

กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลบังคับใช้และกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐสภาของมลรัฐต่าง ๆ ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนมลรัฐทั้งหมดให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม นอกจากรัฐสภาของมลรัฐต่าง ๆ แล้ว รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ยังกำหนดให้มลรัฐแต่ละมลรัฐสามารถจัดตั้ง “สภาคอนเวนชัน” (State Conventions)²⁴ ซึ่งเป็นสภาที่แต่ละมลรัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยเฉพาะก็ได้ ทั้งนี้ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะมีผลบังคับใช้และกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อมีสภาคอนเวนชันของมลรัฐต่าง ๆ ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนมลรัฐทั้งหมดให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเช่นเดียวกันกับกรณีการให้สัตยาบันโดยรัฐสภาของมลรัฐต่าง ๆ หรืออาจใช้วิธีการอื่นใดที่สภาองเกรส (Congress) กำหนดขึ้นในการให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ได้อีก²⁵ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาประกาศใช้มาจนถึงปัจจุบัน ประเทศสหรัฐอเมริกามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด 27 ครั้ง มีเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 21 เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ที่มลรัฐแต่ละมลรัฐต้องจัดตั้งสภาคอนเวนชัน (State Conventions) เพื่อดำเนินการให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งอื่น ๆ นั้น การให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำเนินการโดยรัฐสภาของแต่ละมลรัฐ (The Legislature of the State)²⁶

3.2 รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษ

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เพียงวิธีการเดียวเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงมาตราเดียวหรือหลาย ๆ มาตราหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้มีการแยกแยะประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากกัน เช่น การแยกแยะระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน

²⁴ พูนศักดิ์ ใสสารจ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.43.

²⁵ John R. Vile, "Constitutional Revision in the United States of America," in *In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.397.

²⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.165-166.

(Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (New Constitution) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐาน หรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ กับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเภทนั้น จะต้องกระทำโดยรูปแบบ และกระบวนการที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยองค์กรพิเศษ (Special Body) ที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แทนที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา (Parliament) ก็ได้

3.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision)

รัฐธรรมนูญของบางประเทศมีการแยกแยะรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ให้มีความแตกต่างกัน²⁷ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 และรัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเช่นใดแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลักษณะเช่นนั้นก็ควรดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) แต่กลับดำเนินการไปในลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) โดยอาจจะเป็นเพราะมีวิธีการที่ง่ายกว่า กรณีย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้และถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)²⁸

รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 167 กำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ต้องกระทำผ่านทางรัฐสภา (Cortes Generales) โดยเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎร (Congress) และวุฒิสภา (Senate) ไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หลังจากนั้นอาจจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้

²⁷ Alexander Somek, “Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law: On the Constitutional Court’s Total Revision of Austrian Constitutional Law,” *Israel Law Review* 32, p.591 (1998).

²⁸ ปุนเทพ ศิริบุพงค์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.31.

ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เป็นขั้นตอนสุดท้าย ถ้าหากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของแต่ละสภาร้องขอให้มีการลงประชามติ ก็ต้องนำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปผ่านการลงประชามติภายใน 15 วัน²⁹ ต่อเมื่อร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นผ่านการลงประชามติของประชาชนแล้วจึงจะบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 กำหนดให้ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเช่นเดียวกัน แต่ต้องใช้คะแนนเสียงมากขึ้นเป็นไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด นอกจากนี้ยังกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐสภาชุดเดิม กล่าวคือ หลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแล้ว จะต้องมีการยุบรัฐสภาและเลือกตั้งรัฐสภาชุดใหม่ เมื่อได้รัฐสภาชุดใหม่แล้ว ก็ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาชุดใหม่ลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเช่นกัน ทำยที่สุดเมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาชุดใหม่ได้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ต้องนำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีกเป็นขั้นตอนสุดท้าย³⁰ ต่อเมื่อร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นผ่านการลงประชามติของประชาชนแล้ว จึงจะบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

ในขณะที่รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 มาตรา 44 ซึ่งบัญญัติรวมอยู่ในหมวดว่าด้วยกระบวนการนิติบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ ไม่ได้บัญญัติแยกต่างหากออกมาเป็นอีกหมวดหนึ่งว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหมือนรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ นั้น กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) มีกระบวนการที่ไม่แตกต่างจากกระบวนการนิติบัญญัติเท่าใดนัก จะแตกต่างกันก็เฉพาะแต่จำนวนคะแนนเสียงที่ใช้ในการลงมติให้ความเห็นชอบแก่

²⁹ Abraham Barrero Ortega and Irene Sobrino Guijarro, *supra note 9*, p.299.

³⁰ Joel Colon-Rios, “The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy and the Limits of Constitutional Reform,” *Osgoode Hall Law Journal* 48, pp.199, 207 – 209 (2010).

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น³¹ โดยร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกสภาแห่งชาติ (National Council) ซึ่งเป็นสภาล่างด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกที่มาลงคะแนน โดยจะต้องมีสมาชิกร่วมลงคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติทั้งหมด ส่วนสภาผู้แทนมลรัฐ (Federal Council) ซึ่งเป็นสภาสูงนั้น ในกรณีทั่วไปไม่มีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีแต่เพียงอำนาจยับยั้ง (Veto) ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาแห่งชาติแล้วเท่านั้น เว้นแต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนมลรัฐด้วย เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลไปจำกัดอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารของมลรัฐต่าง ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 มาตรา 44 (2) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนมลรัฐด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกที่มาลงคะแนน ท้ายที่สุดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) นั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้บังคับไว้ว่าต้องนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปผ่านการลงประชามติ (Referendum) ในทุกกรณี เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขไว้ว่า หากสมาชิกสภาแห่งชาติหรือสมาชิกสภาผู้แทนมลรัฐจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของแต่ละสภาร้องขอให้มีการลงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ต้องนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปผ่านการออกเสียงลงประชามติด้วย หลังจากนั้นจึงให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐลงนามเพื่อประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ตามรัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 นั้น มีกระบวนการพิจารณาในขั้นตอนแรกเหมือนกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ทุกประการ เพียงแต่รัฐธรรมนูญจะบังคับว่าหลังจากร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งชาติแล้วจะต้องนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปขอความเห็นชอบจากประชาชนเป็นขั้นตอนสุดท้ายโดยการจัดให้มีการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ในทุกกรณี ก่อนที่จะให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐลงนามเพื่อประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้นไม่ได้หมายถึงแต่เพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกบททุกมาตราหรือการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับอันเป็นความหมายในเชิงรูปแบบเท่านั้น หากแต่ยังมีความหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อ

³¹ Manfred Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria : A Contextual Analysis* (Oxford : Hart, 2011), pp.15 - 16.

หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอันเป็นความหมายในเชิงเนื้อหาด้วย³² ซึ่งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้แก่ หลักสาธารณรัฐ (Republic) หลักความเป็นสหพันธรัฐ (Federal State) หลักประชาธิปไตย (Democracy) หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) และหลักสิทธิมนุษยชน (Human Right)³³ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้นไม่มีบทบัญญัติหรือหลักการใดของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แม้หลักการนั้นจะเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญเองก็ตาม เพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานเช่นว่านั้นถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) จึงต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติโดยประชาชน (Referendum) ซึ่งเป็นเพียงข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) เสียก่อนเท่านั้น จึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

ส่วนรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 กำหนดให้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยการริเริ่มด้วยการเข้าชื่อของประชาชน 100,000 คน โดยมีการแยกแยะระหว่างการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) กับการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ในส่วนการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น ต้องผ่านการลงประชามติเพื่อรับหลักการก่อน เมื่อผ่านการลงประชามติในขั้นรับหลักการแล้วจะมีผลทำให้รัฐสภาต้องถูกยุบไปและสิ้นสุดการปฏิบัติหน้าที่ หลังจากนั้นจึงให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาชุดใหม่ในการพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อผ่านการพิจารณาของรัฐสภาชุดใหม่แล้วก็ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีกครั้งหนึ่งและนำไปให้บรรดาเขตปกครองต่าง ๆ ให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้าย แต่หากไม่ผ่านการลงประชามติในขั้นรับหลักการต้องถือว่าการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้นเป็นอันตกไป ในขณะที่การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่สามารถพิจารณาให้ความเห็นชอบไปได้เองโดยไม่ต้องผ่านการลงประชามติก่อนเหมือนกับการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วจึงจะนำร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออก

³² *Ibid.*, p.32.

³³ Harald Eberhard and Konrad Lachmayer, “Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives,” *Vienna Online J. in International Journal of Constitutional Law* 2, pp.112, 116 (2008).

เสียงลงประชามติอีกครั้งหนึ่งและนำไปให้บรรดาเขตปกครองต่าง ๆ ให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้าย³⁴

3.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของหลายประเทศมักจะกำหนดถึงหลักการพื้นฐานหรือหลักการที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญเอาไว้ เช่น รูปแบบของรัฐ (Forms of State) รูปแบบของรัฐบาล (Forms of Government) บูรณภาพแห่งอาณาเขต (Territorial Integrity) สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (Fundamental Right) หลักประชาธิปไตย (The Democratic Principle) หลักนิติรัฐ (The Principle of the Rule of Law) เป็นต้น ซึ่งรัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดให้หลักการต่าง ๆ เหล่านี้ ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยโดยวิธีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันทำให้หลักการต่าง ๆ เหล่านี้กลายเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitation) เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 หรือรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 รัฐธรรมนูญสวีเดน ค.ศ. 1999 รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 หรือรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 เป็นต้น แม้จะกำหนดถึงหลักการพื้นฐานรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวข้างต้นไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ก็ยินยอมให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวได้โดยวิธีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ต้องกระทำโดยรูปแบบและกระบวนการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญได้แยกแยะประเภทของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเอาไว้และกำหนดให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่งถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยากกว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่งผ่านรูปแบบและกระบวนการพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การเพิ่มจำนวนเสียงข้างมากพิเศษที่ต้องใช้ในการให้ความเห็นชอบในรัฐสภา การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชน หรือการยุบรัฐสภาแล้วให้รัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปดำเนินการให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

³⁴ J. F. Aubert and E. Grisel, "The Swiss Federal Constitution," in *Introduction to Swiss Law*, ed. F. Dessemontet and T. Ansay, 3rd edition, (Switzerland : Kluwer, 2004), pp.19 – 20.

อีกครั้งหนึ่ง เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงความเข้มงวดของรูปแบบและกระบวนการพิเศษดังกล่าวเอาไว้อย่างไร หากรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการพิเศษดังกล่าวไว้อย่างเข้มงวดมาก ก็อาจส่งผลให้หลักการดังกล่าวเปรียบเสมือนกับเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitation) ได้เช่นกัน

รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ที่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับราชอาณาจักรสเปน เช่น อำนาจอธิปไตย ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย สัญลักษณ์ประจำชาติ ภาษาราชการที่ตั้งเมืองหลวง เป็นต้น หรือมีผลกระทบต่อบทบัญญัติที่ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน เช่น การที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและการสมาคม สิทธิในการศึกษา สิทธิในการเลือกตั้งทั่วไป เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น หรือมีผลกระทบต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถาบันกษัตริย์นั้น เช่น สถานะและพระราชอำนาจของกษัตริย์ การสืบราชสันตติวงศ์ เป็นต้น³⁵ มีรูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หลังจากนั้นจะต้องมีการยุบรัฐสภาและเลือกตั้งใหม่ แล้วให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาชุดใหม่ลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเช่นกัน ท้ายที่สุดเมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาชุดใหม่ได้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว จะต้องนำร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติเป็นขั้นตอนสุดท้าย จึงจะบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

สำหรับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรีย มีประเด็นที่น่าพิจารณาสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) กล่าวคือ ความหมายของคำว่า “Total Revision” ที่นอกจากจะมีความหมายตรงตามตัวอักษรว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทุกบททุกมาตราแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Constitutional Court) ยังตีความขยายความว่าหมายรวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางบทบางมาตราที่มีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า Leading Principles หรือ Leitender

³⁵ Elai Katz, *supra* note 18, pp.251, 284.

Grundsatz ด้วย³⁶ เช่น หลักประชาธิปไตย (The Democratic Principle) หลักนิติรัฐ (The Principle of the Rule of Law) และหลักสหพันธรัฐ (The Federal Principle) ทั้งที่รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 ไม่ได้บัญญัติให้หลักการเหล่านี้เป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แต่อย่างใด ดังนั้น แม้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) แต่หากไปกระทบต่อหลักการสำคัญดังกล่าวข้างต้น ก็จะต้องนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ด้วย จึงจะถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) และข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitation) ต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีพื้นที่ซ้อนทับกันอยู่นั่นเอง³⁷

3.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ (Special Body)

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจไม่ได้กำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่บทบาทหลักในการพิจารณาและให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่อาจกำหนดให้ต้องมีการจัดตั้ง “องค์กรพิเศษ” (Special Body) ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ยกร่าง พิจารณา และให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ³⁸ โดยสมาชิกขององค์กรดังกล่าวอาจมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนหรือมาจากการแต่งตั้งหรือสรรหาโดยองค์กรอื่นก็ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะนั้น อาจใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีทั่วไป หรืออาจใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีพิเศษบางกรณีก็ได้ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Adoption of New Constitution) เป็นต้น

รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 158 กำหนดให้การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางมาตราที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับเดิม

³⁶ Otto Pfersmann, “Constitutional Amendment in Austria and Federal Germany: Theory, Practice, Limits,” Amendment of the Constitution in Economica & Presses universitaires d'Aix Marseille 7, p.40 (1993).

³⁷ ปุนเทพ ศิริบุบผะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.33.

³⁸ กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น.48.

ต้องมีการเลือกตั้งสมาชิกของ Grand National Assembly เพื่อทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งเมื่อมีการจัดตั้ง Grand National Assembly แล้วจะมีผลทำให้รัฐสภา (National Assembly) ต้องถูกยุบไป ต่อเมื่อ Grand National Assembly เสร็จสิ้นภารกิจในการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จึงจะมีการจัดการเลือกตั้งทั่วไปอีกครั้งหนึ่ง³⁹

ในขณะที่รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 มาตรา 135 (1) กำหนดให้บทบัญญัติในหมวด 1 ว่าด้วยพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญ (The Fundamentals of the Constitutional System) หมวด 2 ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและเสรีภาพของมนุษย์และพลเมือง (Rights and Freedoms of Man and Citizen) และหมวด 9 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendments and Review of the Constitution) ไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐสภา (Federal Assembly) อย่างไรก็ตาม มาตรา 135 (2) และ (3) กำหนดว่าหากสมาชิกสภาล่าง (State Duma) และสมาชิกสภาสูง (Federation Council) จำนวนไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภาลงมติเห็นชอบให้มีการริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวด 1 หมวด 2 และหมวด 9 ดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว ก็ให้มีการจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Assembly) เพื่อให้สภาร่างรัฐธรรมนูญยืนยันว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวด 1 หมวด 2 และหมวด 9 ดังกล่าวหรือไม่ ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด นอกจากนี้ สภาร่างรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการยกร่างและให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ (Adoption of New Constitution) ได้ด้วย ทั้งนี้ ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนทั้งหมดเช่นเดียวกัน⁴⁰

³⁹ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, p.8.

⁴⁰ *Ibid.*

บทที่ 4

ข้อจำกัดในทางเนื้อหา

นอกจากการกำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างกว่าการตรากฎหมายธรรมดาอันถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitation) แล้ว รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้เนื้อหาบางส่วน หลักการบางประการ หรือบทบัญญัติบางมาตราของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลย แม้จะดำเนินการตามกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitation) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลักษณะนี้เรียกว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) ซึ่งมีที่มาจากคำในภาษาเยอรมันว่า Ewigkeitsklausel นอกจากนี้ ยังพบว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลักษณะดังกล่าวยังถูกเรียกว่า Absolute Entrenchment ด้วย¹ แต่ในที่นี้ผู้เขียนขอใช้คำว่า “บทบัญญัติหรือหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง” (Unamendable Provision)

บทบัญญัติหรือหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) นั้น เป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเปรียบเสมือนกับการสร้างพื้นที่ขึ้นมาแห่งหนึ่งที่ไม่อนุญาตให้ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญล่วงล้ำเข้าไปได้² โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ หรือรัฐธรรมนูญอาจกำหนดเป็นหลักการกว้าง ๆ ว่าหลักการใดหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้นั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ หรือรัฐธรรมนูญอาจจะกำหนดควบคู่กันไปทั้งบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งและหลักการใดหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้นั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เลยก็ได้

¹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.40.

² Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers,” (Ph.D.dissertation, Department of Law of the London School of Economics, 2014), p.29.

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศซึ่งมีจำนวนไม่มากนักอาจไม่ได้ปกป้องเนื้อหาหรือหลักการใดของรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง หากแต่บัญญัติให้หลักการในทางนามธรรมกว้าง ๆ เช่น “จิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ” (Spirit of the Constitution) “จิตวิญญาณของอารัมภบท” (Spirit of the Preamble) “โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (Fundamental Structure of the Constitution) “ธรรมชาติและองค์ประกอบในทางรัฐธรรมนูญของรัฐ” (Nature and Constituent Elements of the State) ได้รับการปกป้องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 มาตรา 121 รัฐธรรมนูญเนปาล ค.ศ. 1990 มาตรา 116 (1) รัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ค.ศ. 1999 มาตรา 340 และมาตรา 342 รัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ ค.ศ. 2008 มาตรา 441 เป็นต้น ซึ่งอาจนำมาสู่ปัญหาในทางปฏิบัติให้ต้องตีความว่าหลักการในทางนามธรรมดังกล่าวหมายถึงอะไรกันแน่

แต่หากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักการหรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอาไว้โดยชัดแจ้ง ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาตามมา คือ ปัญหาว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรก็ได้ โดยถือว่าไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาเลยใช่หรือไม่ หรือหากรัฐธรรมนูญกำหนดหลักการสำคัญที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้โดยชัดแจ้งเพียงบางประการเท่านั้น ย่อมหมายความว่าหลักการอื่น ๆ นอกเหนือจากหลักการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้นั้น ย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทั้งสิ้นใช่หรือไม่ คำตอบของปัญหาดังกล่าวยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในเชิงทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน แต่ในทางปฏิบัตินั้นระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศมีการยอมรับว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญในบางลักษณะนั้นไม่อาจกระทำได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดห้ามเอาไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม กล่าวคือ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการที่เป็น “ข้อจำกัดโดยปริยาย” (Implicit Limitation)³ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) และข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติหรือ

³ ปูนเทพ ศิริनुพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.17.

หลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นก็ไม่ได้ห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอาไว้อย่างเด็ดขาด แต่หากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือหลักการสำคัญเช่นนี้จะต้องใช้รูปแบบและกระบวนการพิเศษ (Special Procedures)⁴ ที่แตกต่างจากรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁵

4.1 ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation)

รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งว่าเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะในเวลาใดหรือสถานการณ์ใดก็ตาม โดยรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นอาจกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงให้บทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งของรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ หรืออาจกำหนดอย่างกว้าง ๆ ว่าหลักการบางอย่างที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ นั้น ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้

บทบัญญัติหรือหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ว่าไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้นั้น อาจแตกต่างกันไปตามรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ตลอดจนความเป็นมาและแนวคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้รูปแบบการจัดโครงสร้างอำนาจรัฐ ระบอบการปกครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนหลักการพื้นฐานสำคัญบางประการของรัฐนั้น ไม่อาจถูกทำลายหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญอาจกำหนดไว้อย่างตรง ๆ ว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาบางประการหรืออาจกำหนดไว้ในทางตรงกันข้ามว่าเนื้อหาบางประการเช่นว่านั้นจะต้องใช้บังคับตลอดไป (Forever) ก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญจีน ค.ศ. 1941 บัญญัติให้สาธารณรัฐจีนจะต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตลอดไป ซึ่งตามนัยนี้ก็หมายความว่าหลักการดังกล่าวไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้นั่นเอง

⁴ European Commission for Democracy through Law, *supra note 1*, p.12.

⁵ ดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ

⁶ ปูนเทพ ศิริบุษงค์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.16.

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้น เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติแล้วอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁷ คือ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งกรณีทั่วไป (Universal) หมายถึง หลักการทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศทั่วโลกปกป้องไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งสะท้อนถึงหลักการที่สังคมประชาธิปไตยสมัยใหม่ให้การยอมรับนับถือร่วมกัน เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หลักสิทธิมนุษยชน (Human Dignity) เป็นต้น และข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเฉพาะ (Particular) หมายถึง หลักการทางกฎหมายที่สะท้อนถึงอุดมการณ์และคุณค่าเฉพาะเรื่องที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรมทางการเมืองของแต่ละประเทศ เช่น หลักสาธารณรัฐ (Republic) หลักราชอาณาจักร (Kingdom) หลักรัฐเดี่ยว (Unitary State) หลักสหพันธรัฐ (Federal State) ภาษาราชการ (The Official Language) หรือศาสนาประจำรัฐ (The State's Religion) เป็นต้น

4.1.1 รูปแบบของรัฐ

รัฐแต่ละรัฐจะมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระเบียบพื้นฐานแห่งรัฐ กล่าวคือ กำหนดว่ารัฐนั้นจะมีการจัดโครงสร้างและมีรูปแบบการปกครองอย่างไร⁸ รัฐต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องกำหนดรูปแบบของรัฐ (Forms of State) เอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะรูปแบบของรัฐถือเป็นสาระสำคัญของโครงสร้างของรัฐธรรมนูญซึ่งผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญจะต้องตัดสินใจเลือกว่าจะให้รัฐของตนอยู่ในรูปแบบหรือลักษณะเช่นใด⁹

รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศมักจะกำหนดให้รูปแบบของรัฐที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้นั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะจัดรูปแบบของรัฐตนให้อยู่ในแบบใดนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองภายในรัฐนั้น รูปแบบของรัฐหรือรูปของรัฐนั้นอาจพิจารณาได้จาก 2 แง่มุม กล่าวคือ พิจารณาจากประมุขของรัฐ (Head of State) เป็นสำคัญ ประการหนึ่ง และพิจารณาจากการจัดโครงสร้างอำนาจรัฐ (Power Structure) เป็นสำคัญ อีกประการหนึ่ง

⁷ Yaniv Roznai, *supra note 2*, p.33.

⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.87.

⁹ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.143.

4.1.1.1 รูปแบบของรัฐในแง่ประมุขของรัฐ

หากพิจารณาจากประมุขของรัฐ (Head of State) แล้ว รูปแบบของรัฐมีอยู่ 2 รูปแบบด้วยกัน¹⁰ ได้แก่ รัฐที่มีประมุขของรัฐเป็นกษัตริย์ (Monarchy) หรือราชอาณาจักร (Kingdom) ซึ่งประมุขของรัฐนั้น คือ พระมหากษัตริย์ที่มาจากการสืบราชสมบัติตามโบราณราชประเพณีของชาตินั้น และรัฐที่ประมุขของรัฐไม่ได้เป็นพระมหากษัตริย์หรือสาธารณรัฐ (Republic) ซึ่งประมุขของรัฐไม่ได้มีที่มาจากการสืบราชสมบัติแต่มีที่มาจากวิธีการอื่น เช่น มาจากการเลือกตั้งของประชาชนไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม

รัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกป้องรูปแบบของรัฐที่เป็นราชอาณาจักร (Kingdom) ไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญกัมพูชา ค.ศ. 1993 มาตรา 153¹¹ รัฐธรรมนูญโมร็อกโก ค.ศ. 2011 มาตรา 175 รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 313 (1) วรรค 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 291 (1) วรรค 2 ซึ่งบัญญัติด้วยถ้อยคำเช่นเดียวกันว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจะเสนอมิได้” ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับได้บัญญัติเอาไว้ว่าประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศที่มีกษัตริย์เป็นประมุขของรัฐมาอย่างยาวนาน เช่น รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 รัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 หรือรัฐธรรมนูญสวีเดน ค.ศ. 1974 เป็นต้น กลับไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการจัดรูปของรัฐแบบราชอาณาจักร (Kingdom) แต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) แล้วผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศเหล่านี้อาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนรูปของรัฐจากราชาอาณาจักรเป็นรูปของรัฐแบบอื่นได้ เว้นแต่จะถือว่ารูปของรัฐแบบราชอาณาจักรนั้นเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation)

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.89.

¹¹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญกัมพูชา ค.ศ. 1993 มาตรา 17 กำหนดให้บทบัญญัติมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า กษัตริย์ทรงปกเกล้า มิได้ทรงปกครอง (the King reigns but does not govern.) นั้น จะถูกแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้เช่นกัน

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศที่จัดรูปของรัฐแบบสาธารณรัฐ (Republic) มักจะมีบทบัญญัติที่ปกป้องรูปแบบของรัฐแบบสาธารณรัฐ (Republic) ไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เสมอ โดยจากรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกนั้น มีรัฐธรรมนูญมากกว่า 100 ฉบับที่มีบทบัญญัติลักษณะเช่นนี้¹² เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 20 (1) รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 (1) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (b) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 ววรรค 5 รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 139 รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 มาตรา 37 (5) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (c) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (c) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (b) รัฐธรรมนูญมาดากัสการ์ ค.ศ. 2010 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005 มาตรา 220 รัฐธรรมนูญกินี ค.ศ. 2010 มาตรา 154 รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (1) รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 ประกอบมาตรา 1 รัฐธรรมนูญเบนิน ค.ศ. 1990 มาตรา 156 รัฐธรรมนูญแคเมอรูน ค.ศ. 2013 มาตรา 64 รัฐธรรมนูญบูร์กินาฟาโซ ค.ศ. 1991 มาตรา 165 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกากลาง ค.ศ. 2013 มาตรา 101 เป็นต้น

4.1.1.2 รูปแบบของรัฐในแง่โครงสร้างอำนาจรัฐ

หากพิจารณาจากการจัดโครงสร้างอำนาจรัฐ (Power Structure) แล้ว โดยทั่วไปรูปแบบของรัฐแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบด้วยกัน¹³ ได้แก่ รัฐเดี่ยว (Unitary State) ซึ่งเป็นรัฐที่รวมอำนาจรัฐไว้เป็นอันหนึ่งอันเดียวในลักษณะที่เป็นเอกภาพไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันและมีรัฐบาลเพียงรัฐบาลเดียวที่มีอำนาจปกครองรัฐตลอดทั่วทั้งอาณาเขตของรัฐนั้น และรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ (Federal State) ซึ่งเป็นรัฐที่มลรัฐตั้งแต่ 2 มลรัฐขึ้นไปมารวมตัวกันเกิดเป็นรัฐใหม่ขึ้นอีกรัฐหนึ่งที่เรียกว่า “สหพันธรัฐ” โดยมีรัฐบาลหรือมีประมุขของรัฐคนเดียวกัน ทั้งนี้ มลรัฐแต่ละมลรัฐต่างยังคงดำรงอำนาจรัฐของตนอยู่เพียงแต่อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ของมลรัฐต่าง ๆ ที่มารวมตัวกันนั้น จะถูกจำกัดลงโดยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (Federal Constitution)

รัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกป้องรูปแบบของรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) ไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญ

¹² Yaniv Roznai, *supra note 2*, p.30.

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น.90.

โปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (a) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (d) รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 มาตรา 37 (5) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (a) รัฐธรรมนูญคาซัคสถาน ค.ศ. 1995 มาตรา 91 (2) รัฐธรรมนูญแคเมอรูน ค.ศ. 2013 มาตรา 64 รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (a) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 3 รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 313 (1) วรรค 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 291 (1) วรรค 2 ซึ่งบัญญัติด้วยถ้อยคำเช่นเดียวกันว่า “ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้” ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ บัญญัติว่าประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้ ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยจัดรูปของรัฐแบบรัฐเดี่ยวนั่นเอง

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญบางประเทศที่แม้จะจัดรูปของรัฐเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) แต่มีการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) ให้กับองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น (Local Autonomy) อย่างเข้มข้นนั้น ก็กำหนดให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นดังกล่าวไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (k) รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (n) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (j) เป็นต้น หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักการจัดองค์การทางปกครองไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง (Deconcentration) และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง (Decentralization) เช่น รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (h) รัฐธรรมนูญมาดากัสการ์ ค.ศ. 2010 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005 มาตรา 220 เป็นต้น

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศที่จัดรูปของรัฐแบบสหพันธรัฐ (Federal State) ก็มักจะมีบทบัญญัติที่ปกป้องรูปแบบของรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ (Federal State) ไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เสมอเช่นกัน เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) รัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60 §4 (I) เป็นต้น ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่มลรัฐต่าง ๆ ที่เข้ามารวมตัวกันเป็นสหพันธรัฐนั้นว่าจะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของอำนาจรัฐให้กลายเป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) อันจะทำให้ความเป็นอิสระและอำนาจรัฐของมลรัฐต่าง ๆ ในการปกครองเขตแดนของตนต้องถูกทำลายลงไปนั่นเอง นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อการใช้ส่วนร่วมของมลรัฐสมาชิกในสหพันธ์หรือความเท่าเทียมกันของมลรัฐสมาชิกในที่ประชุมสภาผู้แทน

มลรัฐในระดับสหพันธ์หรือในกระบวนการนิติบัญญัติของสหพันธ์ก็ต้องห้ามเช่นกัน เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) และ รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1901 มาตรา 128 วรรค 6 เป็นต้น ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าความเท่าเทียมกันของมลรัฐต่าง ๆ ที่เข้ามารวมตัวกันเป็นสหพันธ์นั้นจะไม่ถูกทำลายลง และเป็นการป้องกันไม่ให้มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งที่มีอำนาจในทางการเมืองหรือในทางเศรษฐกิจมากกว่ามลรัฐอื่น ๆ เข้ามามีอิทธิพลครอบงำการเมืองการปกครองในระดับสหพันธ์นั่นเอง

สำหรับกรณีของสหรัฏฐอเมริกา นั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 บัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่จะเป็นการลดทอนสิทธิที่เท่าเทียมกันในการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาของมลรัฐหากไม่ได้รับความยินยอมจากมลรัฐต่าง ๆ เหล่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของมลรัฐต่าง ๆ มลรัฐละ 2 คน เท่ากัน ไม่ว่ามลรัฐนั้นจะเป็นมลรัฐเล็ก ๆ ที่มีจำนวนประชากรน้อยหรือเป็นมลรัฐใหญ่ที่มีจำนวนประชากรมากก็ตาม ซึ่งในการยกร่างรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1787 สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจากมลรัฐเซาท์แคโรไลนาเสนอให้มีการบัญญัติข้อห้ามดังกล่าวเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเกรงว่ามลรัฐใหญ่ ๆ จะรวมตัวกันแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อลดทอนสิทธิของมลรัฐเล็ก ๆ ในการมีจำนวนสมาชิกวุฒิสภาในรัฐสภาที่เท่ากับมลรัฐใหญ่ ๆ นั่นเอง¹⁴

4.1.2 ระบอบการปกครอง

ในปัจจุบันนั้น เราอาจกล่าวได้ว่าประเทศส่วนใหญ่แทบจะทุกประเทศในโลกล้วนจัดรูปแบบการปกครอง (Forms of Government) ของประเทศตนเป็น “ระบอบประชาธิปไตย” (Democracy) ทั้งสิ้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยประชาชนส่วนใหญ่ที่อำนาจในการปกครองบ้านเมืองของผู้ปกครองเป็นอำนาจที่ได้มาจากหรือมีที่มาจากประชาชน และผู้ปกครองจะต้องใช้อำนาจดังกล่าวอย่างมีขอบเขต ไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจจนเป็นการกดขี่ข่มเหงประชาชนหรือโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้¹⁵

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่มักจะบัญญัติรับรองรูปแบบการปกครองรัฐที่เป็นระบอบประชาธิปไตยหรือหลักการประชาธิปไตย (The Principle of Democracy) เอาไว้ และห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 20 (1) รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (2) รัฐธรรมนูญอาร์เจนตินา ค.ศ. 1995 มาตรา 114

¹⁴ Jason Mazzone, “Unamendments,” *Iowa Law Review* 90, p.1768 (2005).

¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.151.

ประกอบมาตรา 1 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเช็ก ค.ศ. 1993 มาตรา 92 (2) รัฐธรรมนูญแคเมอรูน ค.ศ. 2013 มาตรา 64 รัฐธรรมนูญโมร็อกโก ค.ศ. 2011 มาตรา 175 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รวมไปถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 313 (1) วรรค 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 291 (1) วรรค 2 ซึ่งบัญญัติด้วยถ้อยคำเช่นเดียวกันว่า “ผู้ตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจะเสนอไม่ได้” ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ บัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

นอกจากรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจะบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อหลักการประชาธิปไตยเอาไว้อย่างกว้าง ๆ แล้ว รัฐธรรมนูญของบางประเทศยังบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ที่เป็นสาระสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงด้วย ดังนี้¹⁶

(1) **หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (The Sovereignty of the People)** เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 20 (2) รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 155 ประกอบมาตรา 1 (i) รัฐธรรมนูญกัวเตมาลา ค.ศ. 1985 มาตรา 281 ประกอบมาตรา 141 รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (j) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (d) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (g) เป็นต้น

(2) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)** เช่น รัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60§4 (III) รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (j) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (d) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (j) รัฐธรรมนูญมาดากัสการ์ ค.ศ. 2010 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญกินี ค.ศ. 2010 มาตรา 154 เป็นต้น

(3) **หลักนิติรัฐ (The Rule of Law)** เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 70 (3) ประกอบมาตรา 20 รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 ประกอบมาตรา 1 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (f) เป็นต้น

(4) **ระบบสองสภา (Bicameral System)** เช่น รัฐธรรมนูญบารห์เรน ค.ศ. 2002 มาตรา 120 (c) เป็นต้น

¹⁶ Yaniv Roznai, *supra note 2*, pp.30 - 31.

(5) หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ (Independence of Courts)

เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (m) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (i) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (e) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (i) รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005 มาตรา 220 เป็นต้น

(6) หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Statutes) เช่น รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (l) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (h) เป็นต้น

(7) หลักการพื้นฐานของการเลือกตั้งที่กำหนดให้ต้องมีการจัดการเลือกตั้งโดยทั่วไป โดยตรง โดยลับ โดยเสรี และโดยเสมอภาค (Universal Direct Secret Free or Equal Suffrage) เช่น รัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60§4° (ii) รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (h) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (h) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (g) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (e) รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005 มาตรา 220 เป็นต้น การเลือกตั้งในรัฐเสรีประชาธิปไตยเป็นเครื่องแสดงออกถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนหรือประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) การเลือกตั้งโดยเฉพาะการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงมีความหมายและความสำคัญอย่างยิ่ง และต้องตกอยู่ภายใต้หลักการต่าง ๆ ข้างต้น¹⁷

(8) หลักการมีหลายพรรคการเมือง (Multiparty and Pluralistic System) เช่น รัฐธรรมนูญกัมพูชา ค.ศ. 1993 มาตรา 153 รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (i) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (f) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (f) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (f) รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005 มาตรา 220 รัฐธรรมนูญกินี ค.ศ. 2010 มาตรา 154 รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (2) รัฐธรรมนูญบูร์กินาฟาโซ ค.ศ. 1991 มาตรา 165 รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 เป็นต้น

(9) วาระและระยะเวลาการดำรงตำแหน่งที่จำกัดของประมุขแห่งรัฐ (Head of State's Term Limits) เช่น รัฐธรรมนูญกัวเตมาลา ค.ศ. 1985 มาตรา 281 ประกอบมาตรา 187 รัฐธรรมนูญฮอนดูรัส ค.ศ. 1982 มาตรา 374 รัฐธรรมนูญมาดากัสการ์ ค.ศ. 2010 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญกินี ค.ศ. 2010 มาตรา 154 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก ค.ศ. 2005

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.190.

มาตรา 220 รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 ประกอบมาตรา 47 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกากลาง ค.ศ. 2013 มาตรา 101 เป็นต้น

4.1.3 อุดมคติหรืออัตลักษณ์พื้นฐานของรัฐ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจปกป้องสิ่งที่ถือว่าเป็น “อุดมคติหรืออัตลักษณ์พื้นฐานของประเทศ” (Fundamental Ideology or Identity of State) จากการถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้¹⁸

(1) **ศาสนาประจำรัฐ (The State's Religion)** มักจะได้รับการปกป้องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ศาสนาอิสลามหรือรัฐอิสลาม (Islamic State) ในรัฐธรรมนูญอัฟกานิสถาน ค.ศ. 2004 มาตรา 149 รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (3) รัฐธรรมนูญโมร็อกโก ค.ศ. 2011 มาตรา 175 รัฐธรรมนูญบาห์เรน ค.ศ. 2002 มาตรา 120 (c) ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญอิหร่าน ค.ศ. 1979 มาตรา 177 เป็นต้น หรือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก (Roman Catholic Apostolic State) ในรัฐธรรมนูญช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 เช่น รัฐธรรมนูญเม็กซิโก ค.ศ. 1824 มาตรา 3 รัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ ค.ศ. 1869 มาตรา 115 เป็นต้น

(2) **หลักรัฐฆราวาส (The Secular Nature of the State) หรือหลักการแบ่งแยกระหว่างอาณาจักรกับศาสนจักร (The Principle of Separation between the State and Churches)** เช่น รัฐธรรมนูญกินี ค.ศ. 2010 มาตรา 154 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (c) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (g) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (c) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รัฐธรรมนูญเบนิน ค.ศ. 1990 มาตรา 156 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกากลาง ค.ศ. 2013 มาตรา 101 เป็นต้น

(3) **หลักสังคมนิยม (Social, Socialist Character, Social Justice, Socialist Foundation)** เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 20 (1) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 ประกอบมาตรา 1 รัฐธรรมนูญคิวบา ค.ศ. 1976 มาตรา 137 วรรค 1 เป็นต้น

(4) **ภาษาอย่างเป็นทางการของรัฐ (The Official Language)** เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (4)

¹⁸ Yaniv Roznai, *supra note 2*, p.32.

รัฐธรรมนูญบาห์เรน ค.ศ. 2002 มาตรา 120 (c) ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 3 เป็นต้น

(5) **ธงประจำชาติ (The National Flag)** เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 3 รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (i) เป็นต้น

(6) **เพลงชาติ (The National Anthem)** เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 3 รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (7) เป็นต้น

(7) **เมืองหลวง (The Capital City)** เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 3 เป็นต้น

(8) **วันประกาศอิสรภาพ (The Date of the Proclamation of Independence)** เช่น รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (j) เป็นต้น

4.1.4 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

รัฐธรรมนูญหลาย ๆ ประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญของประเทศที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยมักจะบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Freedoms) ของประชาชนหรือพลเมืองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ และกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้ นั้นย่อมผูกพันการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กรที่จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง¹⁹

ยิ่งไปกว่านั้นรัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เลย เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 1 (2) (3) รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 2 รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 155 รัฐธรรมนูญอัฟกานิสถาน ค.ศ. 2004 มาตรา 149 รัฐธรรมนูญแอลจีเรีย ค.ศ. 1989 มาตรา 178 (5) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (e) รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 142 (2) รัฐธรรมนูญโมร็อกโก ค.ศ. 2011 มาตรา 175 รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (d) รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (2) รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (d) รัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60S4 (IV) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (b) รัฐธรรมนูญบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ค.ศ. 1990 มาตรา 10 (2) เป็นต้น

¹⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2538), น.9.

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดอย่างเฉพาะเจาะจงลงไปอีกว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานใดบ้างที่ถูกปกป้องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁰ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) ประกอบมาตรา 1 (1) รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (a) หรือเสรีภาพและความเสมอภาค (Freedom and Equality) ในรัฐธรรมนูญบาห์เรน ค.ศ. 2002 มาตรา 120 (c) หรือสิทธิของแรงงานและสหภาพการค้า (The Right of Workers and Trade Unions) ในรัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (e) รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (k)

4.1.5 บุรณภาพแห่งรัฐ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคยตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจตะวันตกมาก่อนมักจะปกป้องหลักบุรณภาพแห่งรัฐ (State Integrity) โดยใช้ถ้อยคำ เช่น “อธิปไตย” (Sovereignty) “อิสรภาพ” (Independence) “ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของชาติ” (Nation Unity) “บุรณภาพแห่งอาณาเขต” (Territorial Integrity) หรือ “การดำรงอยู่ของรัฐ” (The State's Existence) ไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อประกาศเน้นย้ำถึงอิสรภาพและอธิปไตยของประเทศตนจากประเทศเจ้าอาณานิคมนั่นเอง เช่น รัฐธรรมนูญแองโกลา ค.ศ. 2010 มาตรา 236 (b) รัฐธรรมนูญแคเมอรูน ค.ศ. 2013 มาตรา 64 รัฐธรรมนูญเบนิน ค.ศ. 1990 มาตรา 156 รัฐธรรมนูญบูร์กินาฟาโซ ค.ศ. 1991 มาตรา 165 รัฐธรรมนูญอาเซอร์ไบจาน ค.ศ. 1995 มาตรา 158 รัฐธรรมนูญคาซัคสถาน ค.ศ. 1995 มาตรา 91 (2) รัฐธรรมนูญมาดากัสการ์ ค.ศ. 2010 มาตรา 163 รัฐธรรมนูญกัวเตมาลา ค.ศ. 1985 มาตรา 285 ประกอบมาตรา 140 รัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 294 (a) รัฐธรรมนูญติมอร์-เลสเต ค.ศ. 2002 มาตรา 156 (a) รัฐธรรมนูญทาจิกิสถาน ค.ศ. 1994 มาตรา 100 รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 วรรค 1 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 288 (a) รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 152 (1) เป็นต้น

4.1.6 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment Provision) เสียเอง ไม่ว่าจะเป็บบทบัญญัติที่กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ หรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาหรือหลักการบางอย่างของรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น

²⁰ Yaniv Roznai, *supra note 2*, p.32.

รัฐธรรมนูญอาร์เจนตินา ค.ศ. 1995 มาตรา 114 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐแอฟริกากลาง ค.ศ. 2013 มาตรา 101 รัฐธรรมนูญบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ค.ศ. 1990 มาตรา 10 (2) รัฐธรรมนูญฟีจี ค.ศ. 2013 มาตรา 159 (2) (c) รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 วรรค 3 เป็นต้น

4.1.7 หลักการเฉพาะอื่น ๆ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจปกป้องเนื้อหาเฉพาะเรื่องบางประการของรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยหลักการดังกล่าวอาจไม่เกี่ยวข้องกับหลักการใด ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นเลย ทั้งนี้ การกำหนดให้หลักการเฉพาะบางประการของรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้ อาจเกิดจากข้อเท็จจริงหรือประสบการณ์ทางการเมืองที่มีลักษณะเฉพาะอย่างยิ่งของประเทศเหล่านั้น เช่น **หลักความคุ้มกัน (Immunities)** ในรัฐธรรมนูญฟีจี ค.ศ. 2013 มาตรา 159 (2) (a) (b) หรือ **การนิรโทษกรรม (Amnesties)** ในรัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 วรรค 2 ประกอบมาตรา 185 ที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่นิรโทษกรรมให้กับผู้ก่อการรัฐประหารเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010 หรือ **การอยู่ร่วมกันระหว่างชนเผ่าต่าง ๆ และข้อตกลงสันติภาพ (Reconciliation and Peace Agreements)** ในรัฐธรรมนูญซูดาน ค.ศ. 2005 มาตรา 224 (2) รัฐธรรมนูญบูรุนดี ค.ศ. 2005 มาตรา 299 ซึ่งเป็นประเทศที่มีความขัดแย้งระหว่างชนเผ่าต่าง ๆ มากที่สุดประเทศหนึ่งในทวีปแอฟริกา หรือ **พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Mandatory International Law Norms)** ในรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 มาตรา 193 (4) และ มาตรา 194 (2) หรือ **กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญชาติ (Rules Governing Nationality)** ในรัฐธรรมนูญโมซัมบิก ค.ศ. 2004 มาตรา 292 (l) ที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลเป็นการจำกัดหรือเพิกถอนสิทธิความเป็นพลเมือง

4.2 ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation)

หากรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่ามีเนื้อหาหรือหลักการใดบ้างของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวมักจะปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) หรือบทบัญญัติหรือหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) แต่หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้เลยว่ามีเนื้อหาหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดย

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ย่อมเกิดคำถามตามมาว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะถือว่ามีข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) อยู่หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้ โดยไม่ถูกจำกัดโดยเนื้อหาหรือหลักการบางประการที่รัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

คำตอบต่อคำถามดังกล่าวข้างต้น หากตอบจากมุมมองในทางรูปแบบหรือปฏิธานนิยม (Positivism) แล้ว ย่อมได้รับคำตอบว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้เนื้อหาหรือหลักการใดต้องห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมต้องถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระอย่างใดก็ได้ โดยต้องถือว่าไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) เลย อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศกลับยอมรับถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) กล่าวคือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่ามีเนื้อหาหรือหลักการใดของรัฐธรรมนูญบ้างที่ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นก็ถือว่ามีเนื้อหาหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

4.2.1 แนวความคิดทางทฤษฎีที่สนับสนุนการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายและข้อโต้แย้ง

นอกเหนือไปจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) แล้ว ในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อกล่าวอ้างทางวิชาการอยู่หลายทฤษฎีด้วยกันที่สนับสนุนการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ว่าแท้จริงแล้วข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายเช่นว่านั้นสามารถมีได้หรือไม่²¹ ทั้งนี้ข้อกล่าวอ้างตลอดจนทัศนะและเหตุผลต่าง ๆ ที่สนับสนุนแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายอาจจัดกลุ่มได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้²²

²¹ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.20.

²² Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*, (Bursa : Ekin Press, 2008), pp.66 - 77.

4.2.1.1 ทฤษฎีการตีความคำว่า “แก้ไขเพิ่มเติม”

ทฤษฎีนี้ให้เหตุผลบนพื้นฐานของการตีความคำว่า “แก้ไข” (The Interpretation of the Word “Amend”) ว่ามีรากศัพท์มาจากคำในภาษาละตินว่า “emendere” ซึ่งหมายความว่า ทำให้ถูกต้องหรือปรับปรุง คำว่า “Amend” จึงไม่ได้มีความหมายว่าการทำลายแล้วสร้างขึ้นมาใหม่ (Deconstitute and Reconstitute)²³ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่ได้รวมถึงอำนาจที่จะทำลาย (Destroy) รัฐธรรมนูญด้วย²⁴ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถถูกใช้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแทนที่ระบอบรัฐธรรมนูญเดิมด้วยระบอบรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่สามารถใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับย่อมมีจิตวิญญาณ (Spirit) หรืออัตลักษณ์ (Identity) ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้าไปทำลายได้ ซึ่งรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ย่อมไม่สามารถกระทำได้เช่นเดียวกัน²⁵ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้ก็ถูกโต้แย้งด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้²⁶

(1) ข้อความคิดเกี่ยวกับ “จิตวิญญาณ” (Spirit) หรือ “อัตลักษณ์” (Identity) ของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นข้อความคิดที่คลุมเครือ เลื่อนลอย และไม่สามารถถูกนิยามในทางภาวะวิสัยหรือโดยไม่มีอคติได้ รัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้ให้นิยามคำว่า “จิตวิญญาณ” (Spirit) หรือ “อัตลักษณ์” (Identity) ของรัฐธรรมนูญเอาไว้ที่ไหนเลย อีกทั้งรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่²⁷

²³ Walter F. Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity,” in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment, ed. Sanford Levinson, New Jersey : Princeton University Press, 1995), p.177.

²⁴ William L. Marbury, “The Limitations upon the Amending Power,” Harvard Law Review 33, pp.232, 225 (December 1919).

²⁵ ปูนเทพ ศิริบุบผะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.20.

²⁶ Kemal Gözler, *supra note 22*, pp.69 - 71.

²⁷ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในรัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 มาตรา 112 กำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนี้ แต่ต้องเป็นเพียงการปรับเปลี่ยนบทบัญญัติเฉพาะเรื่องซึ่งต้องไม่ไปเปลี่ยนแปลงจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ และในรัฐธรรมนูญเนปาล ค.ศ. 1990 มาตรา 116 (1) กำหนดว่ากฎหมายที่ไปแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติใด ๆ ของรัฐธรรมนูญนั้น หากไม่ไปกระทบกระเทือนกับจิตวิญญาณของอารัมภบทของรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ย่อมจะนำเสนอต่อรัฐสภาได้

ยังไม่ได้ชี้เฉพาะลงไปอย่างชัดแจ้งอีกว่า “จิตวิญญาณ” (Spirit) หรือ “อัตลักษณ์” (Identity) เหล่านี้ ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยวิธีทางตามรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น แนวความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญอินเดีย ซึ่งศาลสูงสุดอินเดียนำมาใช้ในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น การจะให้คำนิยามว่าหลักการดังกล่าวมีความหมายว่าอย่างไร นั้นยากที่จะทำได้ อีกทั้งยังไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่ามีหลักการใดบ้างที่ตกอยู่ภายใต้โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ²⁸ ดังนั้น ข้อความคิดเช่นนี้จึงไม่สมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาจากมุมมองในเชิงกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Legal Validity)

(2) ถ้าหากรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเอาไว้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้เสมอ ข้อโต้แย้งนี้ได้รับการยืนยันจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 รัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ได้กำหนดถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) เอาไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะวินิจฉัยผลลัพธ์ในทางกฎหมายจากการตีความตามหลักไวยากรณ์ (Grammatical Interpretation) ของคำว่า “Amend” ได้ เพราะถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหมดโอกาสที่จะได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอาไว้แล้ว กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจจะมีขึ้นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะหนึ่งมาตราที่ดี สองมาตราที่ดี สามมาตราที่ดี หรือทุกมาตราของรัฐธรรมนูญก็ย่อมทำได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งด้วยรัฐธรรมนูญอีกฉบับหนึ่งได้เสมอนั่นเอง トラบใดที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้นไม่ได้ส่งผลกระทบต่อข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามเอาไว้อย่างชัดแจ้งว่าไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

(3) หากพิจารณาตามหลักไวยากรณ์ (Grammatical) แล้ว ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวสามารถใช้ได้เฉพาะแต่ในภาษาอังกฤษเท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้ได้กับภาษาอื่น ๆ ได้ทั้งหมด เนื่องจากในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศก็ได้บัญญัติคำศัพท์ในภาษาถิ่นของตนซึ่งอาจไม่ได้มีความหมายในทำนองเดียวกับคำว่า “Amend” เสียทีเดียวก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ใช้คำว่า “Revision” รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 ใช้คำว่า “Revisione” รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1976 ใช้คำว่า “Revisão” รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 ใช้คำว่า “Reforma” กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 ใช้คำว่า “Änderung” และรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ใช้คำว่า

²⁸ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.21.

“Değişiklik” ความหมายของคำต่าง ๆ เหล่านี้อาจไม่ได้มีความหมายเหมือนกับคำว่า “Amend” เลย ยกตัวอย่างเช่น ภาษาตุรกี คำว่า “Değişiklik” นั้น หมายความว่า “เปลี่ยน” มากกว่าที่จะหมายความว่า “แก้ไขเพิ่มเติม” เป็นต้น

4.2.1.2 ทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ

ข้อสนับสนุนประการที่สองนั้นให้เหตุผลบนฐานของทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (Theory of Supra - Constitutional Principles) โดยนักวิชาการจำนวนหนึ่งอ้างว่ามีหลักการบางอย่างที่ “อยู่เหนือกว่า” บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถ้าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปละเมิดหลักการที่อยู่เหนือกว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเหล่านี้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนั้นย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายและต้องถูกเพิกถอนโดยองค์กรตุลาการ ดังนั้น หลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญนี้ จึงก่อให้เกิดข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศไอร์แลนด์ Roderick O’Hanlon ได้อ้างหลักความเหนือกว่ารัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมชาติ (The Superiority of Natural Law over the Constitution) โดยกล่าวเอาไว้ว่ามีกฎหมายที่อยู่สูงกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมด ซึ่งไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁹ ตามมุมมองของเขาแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งละเมิดคุณค่าของกฎหมายธรรมชาติ เช่น สิทธิที่จะมีชีวิตของทารกที่ยังไม่คลอด (The Right to Life of the Unborn) ย่อมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนั้นไม่มีลักษณะของกฎหมาย (Character of Law) ที่สมควรได้รับการยอมรับนับถือ

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น Walter Murphy อ้างว่ามีข้อห้ามที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายธรรมชาติ (Prohibitions Imposed by Natural Law) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³⁰ โดยเขากล่าวไว้ว่าตามทฤษฎีคลาสสิกของกฎหมายธรรมชาติแล้ว การตรากฎหมายไม่ว่าประเภทใดก็ตามซึ่งไปขัดกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ สิ่งนั้นย่อมไม่ใช่กฎหมายอีกต่อไป แต่เป็นเพียงการกระทำตามอำเภอใจเท่านั้น ไม่อาจก่อให้เกิดความผูกพันใด ๆ ได้ โดยเขาเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวต้องถูกนำมาปรับใช้เพื่อจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้

²⁹ Roderick O’Hanlon, “Natural Rights and the Irish Constitution,” *Irish Law Times and Solicitor’s Journal* 11, p.10 (January 1993).

³⁰ Walter F. Murphy, *supra note 23*, p.180.

Jeff Rosen ก็อธิบายเช่นเดียวกันว่ามีข้อจำกัดของสิทธิตามธรรมชาติต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Natural Rights Limitations on the Amendment Power)³¹

อย่างไรก็ตาม เมื่อต้องพิจารณาว่าหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายนั้นประกอบไปด้วยหลักการใดบ้างแล้ว ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ก็กลับอธิบายถึงองค์ประกอบของหลักการดังกล่าวแตกต่างกันไปตามแต่ความคิด ความเข้าใจของแต่ละคน ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศส Serge Arné³² อธิบายว่า หลักการต่าง ๆ เหล่านี้เป็นหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ ได้แก่ (1) การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (The Respect of Human Dignity) (2) การไม่เลือกปฏิบัติและความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน (Non-Discrimination and Solidarity) และ (3) หลักพหุนิยม (Pluralism) ในขณะที่ Stéphane Rials³³ ผู้สนับสนุนทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญอีกคนหนึ่งกลับอธิบายว่า 4 หลักการดังต่อไปนี้เท่านั้นที่ถือว่าเป็นหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ คือ (1) รัฐธรรมนูญต้องถูกเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร (The constitution must be written) (2) ชาติเท่านั้นที่ถืออำนาจสูงสุดและอำนาจให้รัฐธรรมนูญ (The nation is the unique holder of supreme power and consequently constituent) (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Principle of the Separation of Powers) และ (4) หลักสิทธิขั้นพื้นฐานมีความเหนือกว่าของเจตจำนงของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (The fundamental rights are superior to the constituent will)

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีผู้โต้แย้งทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (The Supra - Constitutional Principles) ว่าย่อมไม่อาจดำรงอยู่ได้และย่อมเป็นไปได้เลยที่จะยอมรับความสมบูรณ์ในทางกฎหมายของหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ หากปราศจากซึ่งการยอมรับนับถือในแนวความคิดทางปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เพราะหลักการเหล่านี้ล้วนไม่มีรากฐานมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Law) แม้ว่าทฤษฎีการมีอยู่ของหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับในขณะหนึ่ง แต่แทบจะเป็นไปไม่ได้ในทางภาวะ

³¹ Jeff Rosen, “Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?,” *The Yale Law Journal* 100, p.1080 (January 1991).

³² Serge Arné, Existe-t-il, “Des normes supra- constitutionnelles?,” *Revue du droit public*, pp.459-512 (1993), cited in Kemal Gözler, *supra note 26*, p.72.

³³ Stéphane Rials, “Supraconstitutionnalité et systématique du droit,” *Archives de philosophie du droit*, p.57 (1986), cited in Kemal Gözler, *supra note 26*, p.72.

วิสัยหรือโดยปราศจากอคติใด ๆ ที่จะกำหนดว่าหลักการนี้ประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลักการใดบ้าง เพราะนักวิชาการแต่ละคนย่อมให้คำนิยามและอธิบายถึงองค์ประกอบของหลักการนี้ตามทัศนะที่ตนเองยึดถือ ซึ่งถือว่าเป็นผลพวงมาจากการที่ทฤษฎีนี้ไม่มีแหล่งกำเนิดที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ผู้สนับสนุนการมีอยู่ของหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้เห็นตรงกันว่าหลักการดังกล่าวประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ ประการใดบ้าง แม้ว่าการมีอยู่ของหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับ แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่สามารถถูกใช้เป็นบรรทัดฐานในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้ เพราะไม่สามารถถูกกำหนดได้อย่างชัดเจนแน่นอนว่าประกอบไปด้วยหลักการใดบ้าง หากปล่อยให้องค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยเองว่าหลักการใดบ้างที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมเท่ากับเป็นการยินยอมให้องค์กรตุลาการแย่งชิงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แท้จริงมาเป็นของตนเอง

4.2.1.3 ทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ข้อสนับสนุนประการสุดท้ายตั้งอยู่บนฐานของทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (Theory of Hierarchy between Provisions of the Constitution) นักวิชาการบางคนอ้างว่า บรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Norm) นั้น ไม่ได้มีคุณค่าในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันเสมอไป หากแต่มีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญที่อยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบางมาตราอาจมีลำดับชั้นเหนือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราอื่น ๆ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีลำดับชั้นที่เหนือกว่าเหล่านั้นได้ ดังนั้น บทบัญญัติที่มีลำดับชั้นที่เหนือกว่าเหล่านี้ จึงถือเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง บรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญบางประการนั้นเป็นหลักการพื้นฐานและต้องได้รับความเคารพอย่างยิ่งยวด ยิ่งกว่าบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ และอยู่เหนือไปกว่าความสามารถของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอันที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้³⁴

โดยทั่วไปแล้ว ผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมักจะเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity)³⁵ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights) “หลักการพื้นฐานต่าง ๆ

³⁴ Kemal Gözler, *supra note 22*, p.74.

³⁵ Walter F. Murphy, *supra note 23*, p.176.

ของรัฐ” (The Basic Principles of the State) เช่น หลักประชาธิปไตย (Democracy) หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หลักสังคมนิยม (Socialist Character) หลักสหพันธรัฐหรือหลักความเป็นรัฐเดี่ยว (Federal State or Unitary State) หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้น (The Sovereignty of the People) เป็นบทบัญญัติที่มีลำดับชั้นเหนือกว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราอื่น ๆ และไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศส Robert Badinter อดีตประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) ในการประชุมปรึกษาหารือครั้งหนึ่งได้เคยกล่าวเอาไว้ว่า ในระบบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีเสรีภาพบางประการที่ไม่อาจแตะต้องได้ แม้แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเพิกถอนเสรีภาพเหล่านั้นออกไปได้ ในขณะที่ Dominique Turpin ได้อธิบายว่า สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เช่น เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความปลอดภัยส่วนบุคคล และการต่อต้านการกดขี่ (Resistance to Oppression) นั้น มีสถานะเหนือกว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ดังนั้น สิทธิมนุษยชนเหล่านี้จึงไม่อาจถูกยกเลิกโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้³⁶ นอกจากนี้ Maryse Baudrez ยังยืนยันว่า ทุกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนล้วนไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้³⁷ ในขณะที่ Olivier Beaud อธิบายว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Souveraineté Nationale) นั้น อยู่เหนือกว่าบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านั้นได้ จะมีก็แต่เพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เท่านั้นที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนได้³⁸

³⁶ Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, (P.U.F., 1986), pp.86 – 87, cited in Kemal Gözler, *supra note 22*, p.75.

³⁷ Maryse Baudrez and Jean-Claude Escarras, “La révision de la Constitution ita-lienne: doctrine et complexité des faits,” in *La révision de la constitution* 139, (Economica & Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993), p.141, cited in Kemal Gözler, *supra note 22*, p.75.

³⁸ Olivier Beaud, “La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht: remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle,” in *Revue française de droit administratif* 1045, pp.1054, 1059 – 1063 (1993), cited in Kemal Gözler, *supra note 22*, p.75.

อย่างไรก็ตาม มีผู้โต้แย้งทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่า แม้เมื่อมองจากมุมในทางศีลธรรมบริสุทธิ์หรือมุมมองในทางการเมือง (Purely Moral or Politic Point of View) แล้ว อาจพิจารณาได้ว่ามีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันอย่างไม่อาจปฏิเสธได้ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 7 รัฐธรรมนูญสวิสเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ซึ่งกำหนดว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องได้รับความเคารพ และได้รับการปกป้องนั้น ย่อมต้องมีความสำคัญมากกว่ามาตรา 88 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันที่กำหนดให้สหพันธ์ต้องจัดให้มีเครือข่ายฟุตบอลและเส้นทางเดินป่า แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมองจากมุมในทางกฎหมาย (Legal Point of View) แล้ว ลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนั้น ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่น ไม่ได้มีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติสองมาตราของรัฐธรรมนูญสวิสเซอร์แลนด์ดังกล่าวข้างต้นเลย ทั้งนี้ เนื่องจากในทางกฎหมายนั้น มาตรา 7 และมาตรา 88 หรือมาตราใด ๆ ก็ตามต่างก็เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญและถูกกำหนดขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกัน ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงควรมีคุณค่าและลำดับชั้นในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกัน รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่แล้วไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือมาตราหนึ่งมาตราใดของรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นทางกฎหมายที่เหนือกว่าส่วนอื่น ๆ หรือมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ดังนั้น ทฤษฎีการมีอยู่ของลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญจึงไร้เหตุผลอย่างสิ้นเชิง ทฤษฎีนี้ก็เหมือนกับทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (The Supra - Constitutional Principles) ที่ปราศจากคุณค่าในทางกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Legal Value) กล่าวคือ ทฤษฎีนี้ไม่อาจใช้ได้เลยหากปราศจากซึ่งการยอมรับนับถือในแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจจะห้ามโดยชัดแจ้งไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบางบทบางมาตราไว้ เช่น มาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 และมาตรา 1 ถึง 3 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการยกเว้นจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่การที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตราหนึ่งมาตราใดเอาไว้อย่างชัดแจ้งนั้น ย่อมต้องหมายความว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ “ทุกบททุกมาตรา” ในทำนองเดียวกัน เมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ห้ามโดยชัดแจ้งไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะ “บางบทบางมาตรา” ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ย่อมต้องหมายความว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้อนุญาตให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงทุกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ยกเว้นแต่เพียงการ

แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ได้ถูกห้ามเอาไว้โดยขัดแย้งเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า นอกจากบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับคุณค่าพื้นฐาน เช่น สิทธิมนุษยชน หลักนิติรัฐ หลักสังคมนิยม หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน เหล่านี้ด้วย ที่อยู่เหนือไปจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากรัฐธรรมนูญห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้เฉพาะบางมาตราเท่านั้น มาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอแน่นอน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองในทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว การก่อตั้งความสัมพันธ์ในเชิงลำดับชั้นทางกฎหมาย (Hierarchical Relationship) ระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนั้นน่าจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม แม้ในระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันจะไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงลำดับชั้นทางกฎหมายก็ตาม แต่บทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญเหล่านั้นอาจมีความสัมพันธ์ในเชิงลำดับก่อน/หลังเกี่ยวกับวันที่มีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญ (Relationship of Priori / Posteriori) หรืออาจมีความสัมพันธ์ในเชิงหลักการพิเศษ/หลักการทั่วไป (Relationship of Specialty / Generality) ได้ ดังนั้น หากมีความขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติมากกว่าหนึ่งมาตราในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัตินั้นจะไม่ได้ถูกพิจารณาบนฐานที่ว่าบทบัญญัติที่มีลำดับชั้นต่ำกว่า ย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้เมื่อขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่มีลำดับชั้นสูงกว่า หากแต่ความขัดแย้งดังกล่าวย่อมจะได้รับการแก้ไขโดยอาศัยทางกฎหมายที่ว่า “กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า” (lex posterior derogat legi priori) และ “กฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป” (lex specialis derogat legi generali)

กล่าวโดยสรุป ถ้าในรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติหรือหลักการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ (Unamendable Provision) แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนเลย นั่นย่อมหมายความว่าทุกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขปรับปรุงโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ดังนั้น ในประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาซึ่งถูกเขียนเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ องค์การตุลาการย่อมไม่สามารถที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้เลย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับการตราโดยสอดคล้องกับรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว ย่อมมีผลในทางกฎหมายเหมือนกับตัวรัฐธรรมนูญเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง บทบัญญัติที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญไปแล้ว และบทบัญญัตินั้นก็มีลำดับชั้นทางกฎหมายในลำดับเดียวกันกับบทบัญญัติอื่น ๆ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ในเชิงเหตุผลที่องค์กรตุลาการจะสามารถตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เพราะไม่มีหลักเกณฑ์ที่จะใช้สำหรับการตรวจสอบเช่นนั้นนั่นเอง

4.2.2 แนวทางปฏิบัติในต่างประเทศเกี่ยวกับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย

แม้ในทางทฤษฎีจะมีการถกเถียงโต้แย้งกันอย่างมากกว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะสามารถดำรงอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญและถือว่าเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้น ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศก็ได้ยอมรับถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย ทั้งนี้ เกิดมาจากการที่องค์กรตุลาการของประเทศเหล่านั้นได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Judicial Review of Constitutional Amendments) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าไปตรวจสอบว่า “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Review of Substantive Regularity) แต่กลับก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาบางประการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยิ่งกว่าเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามเอาไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติม หรือในบางกรณีรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นไม่ได้บัญญัติถึงบทบัญญัติหรือหลักการชั่วคราวเอาไว้เลย แต่องค์กรตุลาการกลับวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาหรือหลักการของรัฐธรรมนูญบางประการที่แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติรับรองเอาไว้อย่างชัดเจนว่าห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ตาม แต่ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม้อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับเนื้อหาหรือหลักการเช่นนั้นได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการที่ใช้ดุลพินิจของตนสร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมา อย่างไรก็ตาม ก็มีองค์กรตุลาการของบางประเทศที่ปฏิเสธถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายเช่นนี้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายถือว่าเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่มีการโต้แย้งกันอย่างมากทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติยิ่งกว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) เสียอีก³⁹

4.2.2.1 ประเทศที่ยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย

ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศอินเดีย ประเทศบังกลาเทศ ประเทศเคนยา ประเทศเบลเยียม ประเทศโคลัมเบีย ประเทศเปรู เป็นต้น⁴⁰ องค์กรตุลาการในประเทศเหล่านี้ได้เข้าไปวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

³⁹ Yaniv Roznai, *supra* note 2, p.48.

⁴⁰ *Ibid*, p.59 – 78.

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยืนยันว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะแต่โดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังถูกจำกัดโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญด้วย และองค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาซึ่งไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนเช่นว่านั้นหรือไม่ อนึ่ง นอกจากการยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายโดยการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์กรตุลาการแล้ว ในแวดวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศก็มีการยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายอย่างชัดเจน เช่น ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น ประเทศจีน ประเทศไต้หวัน หรือแม้แต่ในประเทศไทยเอง⁴¹

อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะวิเคราะห์เฉพาะข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญอินเดียเท่านั้น เนื่องจากมีคดีที่สมควรนำมาศึกษาเป็นกรณีตัวอย่างอยู่หลายคดีด้วยกัน ประกอบกับศาลสูงสุดอินเดีย (The Supreme Court of India) นับว่าเป็นองค์กรตุลาการชาติแรก ๆ ที่ได้เข้าไปวินิจฉัยว่ามีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายบางประการต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดไปละเมิดข้อจำกัดดังกล่าวเหล่านี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งที่รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลสูงสุดในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย อีกทั้งรัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยด้วย ดังเช่นที่ปรากฏในคดี Golaknath คดี Kesavananda คดี Indira Nehru Gandhi คดี Minerva Mills และคดี Waman Rao cases

รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 มาตรา 368 กำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยสามารถแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกบทบัญญัติใด ๆ ของรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น แม้ว่ามาตรา 368 (2) วรรค 2 จะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปกระทบหลักการสำคัญบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง เป็นต้น ให้กระทำไต่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีปกติทั่วไป แต่รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ก็ไม่ได้บัญญัติถึงเนื้อหาหรือหลักการใดอันไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการ คือ ศาลสูงสุดอินเดียได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดในทาง

⁴¹ *Ibid.*

เนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น ด้วยการสร้าง “หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน” (The Doctrine of Basic Structure) ขึ้นในคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ในปี ค.ศ. 1973 กล่าวคือ การสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถกระทำได้หากเป็นการไปเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหรือกรอบพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution)⁴²

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางเนื้อหา โดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญอินเดียได้ปรากฏขึ้นเป็น ครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1967 แล้ว ในคดี Golaknath v. State of Punjab ซึ่งความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 17 ในปี ค.ศ. 1964 ได้ถูกโต้แย้งมาแยงศาลสูงสุด อินเดีย ในคดีดังกล่าวศาลสูงสุดอินเดียโดยคะแนนเสียงข้างมาก 6 ต่อ 5 ยืนยันว่าสิทธิขั้นพื้นฐานไม่สามารถทำให้ลดน้อยถอยลงหรือขจัดออกไปได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 368 ของรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็น “กฎหมาย” อย่างหนึ่งตาม ความหมายของมาตรา 13 (2) ดังนั้น จึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของส่วนที่ 3⁴³ ของรัฐธรรมนูญด้วย คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในทางวิชาการ เพราะเป็นการแสดงให้เห็นว่าส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ มาตรา 12 ถึง มาตรา 36 นั้น มีสถานะทางกฎหมายเหนือกว่าหรือมีลำดับ ชั้นสูงกว่าส่วนอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ทั้งที่รัฐธรรมนูญเองก็ไม่มีบทบัญญัติใดเลยที่ กำหนดเอาไว้ว่าส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญอยู่เหนือกว่าส่วนอื่น ๆ หรือกำหนดว่าบทบัญญัติของส่วนที่ 3 นี้ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยวิถีทางของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การ ตีความคำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 13 (2) โดยศาลสูงสุดอินเดียถูกโต้แย้งด้วยเหตุผล 2 ประการ ด้วยกัน คือ ประการแรก คำว่า “กฎหมาย” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึงกฎหมายปกติ ธรรมดาเท่านั้น ไม่ใช่กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนอกจาก บทบัญญัติที่กำหนดถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ล้วนกล่าวถึงอำนาจตรากฎหมาย ปกติธรรมดาเท่านั้น ไม่ใช่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง ถ้าการตีความของศาล ได้รับการยอมรับแล้ว ย่อมไม่มีความแตกต่างอันใดเลยระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในรัฐธรรมนูญอินเดียนั้นอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

⁴² ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.17.

⁴³ ส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ.1950 มาตรา 12 ถึงมาตรา 36 กำหนดถึงสิทธิ ขั้นพื้นฐานต่าง ๆ เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิในเสรีภาพ สิทธิต่อต้านการแสวงหาผลประโยชน์ โดยมิชอบ สิทธิในเสรีภาพที่จะนับถือศาสนาและวัฒนธรรม และสิทธิในการศึกษา เป็นต้น

ไม่ได้เป็นสิ่งเดียวกัน อำนาจนิติบัญญัตินั้นถูกกำหนดโดยมาตรา 107 ถึงมาตรา 111 ในขณะที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกกำหนดโดยมาตรา 368 และอำนาจที่ต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงอำนาจตรากฎหมายปกติธรรมดาไม่ใช่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประกอบกับในรัฐธรรมนูญอินเดียนั้นไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาสำหรับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนเลย ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีความสามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมทุก ๆ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งรวมไปถึงส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญด้วย

หลังจากนั้นในอีก 6 ปีต่อมา ในคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ค.ศ. 1973 ศาลสูงสุดได้พิพากษากลับแนวทางเดิมจากคำวินิจฉัยครั้งก่อนในคดี Golaknath โดยวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากในคดี Golaknath ที่ว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 13 (2) หมายความว่ารวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย และมาตรา 13 (2) เป็นมาตราที่เป็นข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 368 นั้น เป็นความผิดพลาดและต้องถูกกลับเสีย ศาลสูงสุดอินเดียได้กลับคำวินิจฉัยของตนในคดี Galoknath ที่วินิจฉัยว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (ส่วนที่ ๓ ของรัฐธรรมนูญอินเดีย) ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและได้ยืนยันว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นโดยตัวมันเองเป็นอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือยกเลิกมาตราต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญได้ซึ่งรวมไปถึงมาตราที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ศาลสูงสุดอินเดียในคดี Kesavananda จะได้ปฏิเสธการมีสถานะสูงกว่าของส่วนที่ 3 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเหนือส่วนอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลสูงสุดอินเดียในคดีดังกล่าวกลับไปพัฒนาหลักการอีกอย่างหนึ่งขึ้นแทนเรียกว่า “หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน” (The Doctrine of Basic Structure) กล่าวคือ ตุลาการทั้ง 13 คนของศาลสูงสุดอินเดียในคดีนี้ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 3 ครั้ง⁴⁴ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 ซึ่งมีเนื้อหาอนุญาตให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่ 3 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ อันเป็นการตอบโต้ของรัฐสภาต่อคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดอินเดียในคดี Golaknath การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 25 ซึ่งมีเนื้อหาอนุญาตให้องค์กรรัฐบาลอาจพ้นจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เพียงแค่ว่าบัญญัติไว้ในกฎหมายของมลรัฐหรือสหพันธ์ว่าเป็นเรื่องของหลักการอันเป็นคำสั่งเกี่ยวกับนโยบายแห่งรัฐ (Directive Principles of State Policy) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 29 ซึ่งมีเนื้อหาให้กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องมีการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ศาลสูงสุดอินเดียโดยเสียงข้างมากได้ตัดสินว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 และครั้งที่ 25 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว แต่เสียง

⁴⁴ ปุนเทพ ศิริบุษงค์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.17.

ข้างมาก 7 ต่อ 6 ได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 25 นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดต่อหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้รวมไปถึงอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานหรือกรอบของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure, or Framework of the Constitution) เพื่อที่จะเปลี่ยนแปลงตัวตนของรัฐธรรมนูญ (Identity of the Constitution) ด้วย

ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ศาลสูงสุดอินเดียยังคงยืนยันหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) อีกครั้งในคดี Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่านายกรัฐมนตรี Indira Nehru Gandhi ได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินภายหลังจากศาลได้ตัดสินว่านายกรัฐมนตรีโครงการเลือกตั้ง โดยภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นได้ให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีในกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 39 ที่มีเนื้อหาห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการเลือกตั้ง⁴⁵ ในคดีนี้ศาลสูงสุดอินเดียได้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 39 เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปละเมิดโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่ศาลสูงสุดอินเดียได้ตัดสินให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถึง 2 ครั้งไม่มีผลใช้บังคับ เพื่อที่จะถอนรากถอนโคนหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ที่ศาลสูงสุดอินเดียสถาปนาขึ้น รัฐสภาอินเดียจึงได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 โดยการเพิ่มอนุมาตรา 4 และอนุมาตรา 5 เข้าไปในมาตรา 368 อันเป็นมาตราว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอนุมาตรา 4 กำหนดห้ามไม่มีศาลไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นใดก็ตามเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ๆ ส่วนอนุมาตรา 5 กำหนดให้อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกบทบัญญัติใด ๆ ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งมีผลทำให้ศาลสูงสุดอินเดียไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป เนื่องจากถูกห้ามเอาไว้อย่างชัดเจนโดยมาตรา 358 (4) ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับผลของมาตรา 358 (5) ที่ทำให้รัฐสภาสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น ย่อมทำให้ศาลสูงสุดอินเดียไม่มี “มาตร” ที่ศาลจะนำมาวัดในการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่กระนั้นก็ดี ในปี ค.ศ. 1980 ศาลสูงสุดอินเดียในคดี Minerva Mills Ltd. v. Union of India ได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญและเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเสีย ด้วยเหตุว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างมี

⁴⁵ เพิ่งอ้าง, น.18.

ข้อจำกัดนั้นเป็นลักษณะพื้นฐานที่สำคัญอย่างหนึ่งของรัฐธรรมนูญอินเดียและข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนั้นไม่สามารถถูกทำลายลงได้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 จึงละเมิดต่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1981 ในคดี Waman Rao v. Union of India ศาลสูงสุดอินเดียได้เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีก 2 ครั้ง ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ซึ่งมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 และ ค.ศ. 1955 ตามลำดับซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนที่ศาลสูงสุดอินเดียจะสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ในปี ค.ศ. 1973 เสียอีก โดยในคดีนี้ศาลสูงสุดอินเดียยังคงยืนยันหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานอีกครั้งหนึ่ง แต่ศาลสูงสุดอินเดียได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ครั้งนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องจากไม่ได้ทำความเสียหายใด ๆ ให้กับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และได้ดำเนินการไปภายในกรอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาแล้ว จึงมีผลสมบูรณ์และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Doctrine of Basic Structure of the Constitution) ถูกแนะนำเข้าสู่ประเทศอินเดียโดยนักวิชาการชาวเยอรมันซึ่งมีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายอินเดียชื่อ Dietrich Conrad⁴⁶ ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของศาลสูงสุดอินเดียอย่างมาก⁴⁷ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็เป็นที่ยกเถียงกันอย่างมากเช่นกันในแวดวงวิชาการ เหตุเพราะว่าหลักการดังกล่าวไม่ได้มีพื้นฐานมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากในรัฐธรรมนูญอินเดียไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กำหนดว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้มีโครงสร้างพื้นฐานและโครงสร้างพื้นฐานเช่นนั้นได้พ้นไปเสียจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญจึงปราศจากความสมเหตุสมผลในเชิงของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Positive Law) ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญไม่ได้ก่อกำเนิดขึ้นมาจากข้อความในรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ข้อความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถให้คำนิยามในทางภาวะวิสัยหรือโดยปราศจากคดีได้

⁴⁶ Dietrich Conrad, "Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power," *Indian Yearbook of International Affairs* 15-16, p. 375 (1970), อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.18.

⁴⁷ สำหรับอิทธิพลของ Dietrich Conrad ต่อศาลสูงสุดอินเดีย ดู A. G. Noorani, "Behind the Basic Structure Doctrine: On India's Debt to a German Jurist, Professor Dietrich Conrad," *Frontline* 18, (April 28 - May 11, 2001).

คำถามว่าหลักการใดบ้างที่จะถือว่าเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือหลักการใดบ้างที่ไม่ถูกรวมว่าเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ คำตอบที่เป็นภาวะวิสัยและเป็นเอกฉันท์ต่อคำถามดังกล่าวย่อมไม่สามารถมีได้ในภาวะเช่นนี้ ดังเช่นในคดี Kesavananda Bharati เสียงข้างมากของผู้พิพากษาที่ยอมรับการมีอยู่ของโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้เห็นตรงกันว่าหลักการทางกฎหมายใดบ้างที่สามารถถูกรวมไว้ในข้อความคิดว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้ ผู้พิพากษาแต่ละคนต่างก็กำหนดถึงหลักการที่แตกต่างกันออกไป⁴⁸

Chief Justice Sarv Mittra Sikri ยืนยันว่าข้อความคิดว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้ (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) (2) รูปของรัฐแบบสาธารณรัฐและรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Republican and Democratic Form of Government) (3) หลักรัฐฆราวาส (Secular Character of the Constitution) (4) หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ (Separation of Powers between the Legislature, the Executive and the Judiciary) และ (5) รูปของรัฐแบบรัฐรวม (Federal Character of the Constitution) ในขณะที่ Justices Shelat และ Grover ได้เพิ่มเติมหลักการเข้าไปในรายการของ Chief Justice Sarv Mittra Sikri อีก 3 หลักการ ได้แก่ (1) ภาระหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องสร้างรัฐสวัสดิการ (The Mandate to Build a Welfare State Contained in the Directive Principles of State Policy) (2) บูรณภาพและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ (Unity and Integrity of the Nation) (3) อธิปไตยของประเทศ (The Sovereignty of the Country)

ส่วน Justices Hegde และ Mukherjea อธิบายแยกต่างหากจากรายการของ Chief Justice Sarv Mittra Sikri ว่าโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ ดังนี้ (1) อธิปไตยของประเทศอินเดีย (The Sovereignty of India) (2) รูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตย (The Democratic Character of the Polity) (3) ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ (The Unity of the Country) (4) เสรีภาพส่วนบุคคล (Essential Features of Individual Freedom) และ (5) ภาระหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องสร้างรัฐสวัสดิการ (The Mandate to Build a Welfare State) ทำที่สุด Justice Jaganmohan Reddy อธิบายว่าประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ ดังนี้ (1) ความเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยและมีอธิปไตย (Sovereign Democratic Republic) (2) ระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (Parliamentary Democracy) และ

⁴⁸ Kemal Gözler, *supra note 22*, pp.94 – 95.

(3) หลักการแบ่งแยกองค์กรของรัฐเป็น 3 องค์กร คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ (Three Organ of the State)

มีข้อวิจารณ์มากมายในวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญของอินเดียว่า หากปล่อยให้ผู้พิพากษาแต่ละท่านสามารถที่จะกำหนดว่าอะไรบ้างที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญตามมุมมองของแต่ละคนเองแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ก็จะไปขึ้นอยู่กับความชอบส่วนบุคคลหรือรสนิยมของผู้พิพากษาแต่ละท่านแทน ในกรณีเช่นนี้ จึงเปรียบเสมือนว่าองค์กรตุลาการหรือผู้พิพากษาได้เข้าไปใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมาตรา 368 ของรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจนั้นไว้ให้กับรัฐสภาเสียเอง ดังข้อวิจารณ์ของ Anuranjan Sethi ที่ว่า หลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนั้นแสดงให้เห็นถึง “การกระทำที่เลวร้ายของการแย่งชิงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงสุดของอินเดีย” เช่นเดียวกับ S. P. Sathe ที่สรุปว่า “ศาลได้ก้าวข้ามขอบเขตของภารกิจในทางตุลาการอย่างชัดเจน และได้เข้าไปยึดเอาภารกิจที่ความจริงแล้วเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ”⁴⁹ และ T. R. Andhyarujina ได้กล่าวว่า “การกระทำโดยใช้อำนาจเช่นนี้ขององค์กรตุลาการ ไม่เพียงแต่เป็นปฏิปักษ์กับเสียงข้างมากเท่านั้น หากแต่ยังไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย”⁵⁰ เมื่อรัฐธรรมนูญอินเดียไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจนต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ความพยายามของศาลสูงสุดอินเดียที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย จึงเป็นอันตรายต่อระบบประชาธิปไตยที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นของประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน ไม่ได้เป็นขององค์กรตุลาการ

หลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ซึ่งเป็นแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญอินเดียได้แพร่หลายและมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศคอมมอนเวลท์ (Commonwealth Countries) ทั้งหลายซึ่งมีระบบศาล (Judicial System) เหมือนกับประเทศอินเดีย เช่น ศาลสูงสุดของบังกลาเทศประกาศยอมรับการดำรงอยู่ของหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญในคดี

⁴⁹ S. P. Sathe, “Judicial Activism: The Indian Experience,” Washington University Journal of Law & Policy 6, p.88 (March 2001).

⁵⁰ T. R. Andhyarujina, Judicial Activism and Constitutional Democracy in India 10 (1992), cited in S. P. Sathe, *supra note 47*, p.70.

Anwar Hossain Chowdhary v. Bangladesh เมื่อปี ค.ศ. 1989 โดยให้เหตุผลเช่นเดียวกับศาลสูงสุดอินเดียในคดี Kesavananda

4.2.2.2 ประเทศที่ปฏิเสธการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย

องค์กรตุลาการในบางประเทศ เช่น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดไอร์แลนด์ ศาลสูงสุดของสิงคโปร์และศาลแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลเหล่านั้นได้วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันว่า ไม่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอื่นใดอีกนอกเสียจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ถูบบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งแล้วในรัฐธรรมนูญ

กรณีของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกานั้น ในระหว่างทศวรรษที่ 1920 เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 ได้มีการถกเถียงเกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นักวิชาการจำนวนหนึ่ง เช่น William L. Marbury⁵¹ และ George D. Skinner⁵² อ้างว่ามีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายบางประการต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกเหนือไปจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาซึ่งกำหนดเอาไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 เรื่องคะแนนเสียงที่เท่าเทียมกันของมลรัฐต่างๆ ในสภาสูง แต่นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่ง เช่น Lester B. Orfield⁵³ และ D. O. McGovney⁵⁴ กลับปฏิเสธข้อกล่าวอ้างข้างต้น ท้ายที่สุดศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี National Prohibition Cases ก็ได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างว่ามีข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในคดี National Prohibition Cases ในปี ค.ศ. 1920 มีการโต้แย้งว่าไม่เฉพาะแต่เพียงกระบวนการตราของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 เท่านั้นที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่ยังรวมถึงเนื้อหาของด้วย เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวทำให้มลรัฐสูญเสียอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยซึ่งได้รับการประกันไว้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 10 ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อาจถือว่าเป็น

⁵¹ William L. Marbury, *supra note 24*, pp.232, 225.

⁵² George D. Skinner, "Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment," *Michigan Law Review* 18, p.213 (January 1920).

⁵³ Lester B. Orfield, "The Scope of the Federal Amending Power," *Michigan Law Review* 28, p.550 (March 1930).

⁵⁴ D. O. McGovney, "Is the Eighteenth Amendment Void because of Its Contents?," *Columbia Law Review* 20, p.499 (May 1920).

เพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหากแต่กลายเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญทีเดียว อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งดังกล่าวอย่างชัดเจนโดยวินิจฉัยว่า การห้ามการผลิต, ขาย, ขนส่ง, นำเข้า และส่งออก Intoxicating Liquors ด้วยวัตถุประสงค์ของการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ดังที่กำหนดไว้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 นั้น ยังคงอยู่ภายในขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว หลังจากคดีดังกล่าวจนกระทั่งถึงปัจจุบัน การโต้เถียงเกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา ยังคงดำเนินต่อไป แต่จนถึงปัจจุบันประเด็นดังกล่าวก็ไม่เคยถูกยกขึ้นโต้แย้งต่อศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาอีกเลย

ส่วนกรณีศาลสูงสุดไอร์แลนด์นั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 และครั้งที่ 14 ซึ่งผ่านการลงประชามติในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1992 ที่รับรองสิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการให้บริการทำแท้งในต่างประเทศตลอดจนเสรีภาพในการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว Roderick O'Hanlon ให้ความเห็นต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยยืนยันว่า สิทธิที่จะมีชีวิตของทารกที่ยังไม่คลอด (The Right to Life of the Unborn) นั้น เป็นคุณค่าของกฎหมายธรรมชาติซึ่งอยู่เหนือกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 และครั้งที่ 14 ซึ่งไปละเมิดสิทธิดังกล่าวจึงต้องถือว่าไม่มีผลใช้บังคับ⁵⁵ ในคดี Abortion Information ปี ค.ศ. 1995 มีการเสนอข้อโต้แย้งที่เหมือนกันกับข้อกล่าวอ้างของ Roderick O'Hanlon ต่อศาลสูงสุดไอร์แลนด์ โดยอ้างว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นรากฐานของสิ่งที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นและอยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ ทำให้ไม่มีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญที่จะสามารถขัดกับกฎหมายธรรมชาติได้ และหากมีการขัดกันเกิดขึ้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ดังนั้น เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการได้รับข้อมูลข่าวสารสำหรับการทำแท้งนั้นไปละเมิดต่อกฎหมายธรรมชาติแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวจึงไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดไอร์แลนด์ในคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าว โดยจำกัดเขตอำนาจของศาลเฉพาะแต่การเข้าไปตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลสูงสุดไอร์แลนด์ได้วินิจฉัยว่าไม่มีอำนาจใดที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากได้ดำเนินการโดยชอบด้วยกระบวนการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว

นอกจากนี้ องค์การตุลาการของประเทศคอมมอนเวลธ์บางประเทศที่มีระบบศาล (Judicial System) เหมือนกับประเทศอินเดีย แต่กลับปฏิเสธการดำรงอยู่ของหลักการ

⁵⁵ Roderick O'Hanlon, *supra* note 29, p.10.

โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) เช่น ศาลสูงสุดของสิงคโปร์ในคดี *Teo Soh Lung v. Minister for Home Affairs* ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ โดย Justice Frederick Arthur Chua ได้ให้เหตุผลที่หลักการดังกล่าวไม่ได้อยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสิงคโปร์ว่าเกิดจากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญสิงคโปร์และรัฐธรรมนูญอินเดีย กรณีจึงไม่อาจกล่าวได้ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาสิงคโปร์ได้ถูกจำกัดโดยหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอินเดียถูกจำกัด⁵⁶ เช่นเดียวกับศาลแห่งสหพันธรัฐมาเลเซียในคดี *Phang Chin Hock v. Public Prosecutor* ก็ได้ปฏิเสธการดำรงอยู่ของหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยให้เหตุผลว่ารัฐธรรมนูญอินเดียไม่ได้ถูกร่างขึ้นโดย “มนุษย์ธรรมดา” (Mere Mortals) หากแต่ถูกยกร่างและให้ความเห็นชอบโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constituent Assembly) ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนชาวอินเดียชาติพันธุ์ต่าง ๆ ในพื้นที่และท้องถิ่นต่าง ๆ ของประเทศ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของมาเลเซียและรัฐธรรมนูญของสิงคโปร์ถูกยกร่างและให้ความเห็นชอบโดยกระบวนการนิติบัญญัติธรรมดาเท่านั้น (Ordinary Legislatures) อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลโดยยกเอากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญอินเดียบักรัฐธรรมนูญมาเลเซียและรัฐธรรมนูญสิงคโปร์เพื่อปฏิเสธการดำรงอยู่ของหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญกลับได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นข้อโต้แย้งที่อ่อนและไม่เพียงพอ⁵⁷

⁵⁶ Ravneet Kaur, "The Basic Features Doctrine and the Elected President Act," *Singapore Law Review* 15, pp.253–254 (1994).

⁵⁷ Andrew J. Harding, "Death of a Doctrine? Phang Chin Hock v. Public Prosecutor," *Malaya Law Review* 21, p.371 (1979).

บทที่ 5

การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัด ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

รัฐธรรมนูญของนานาประเทศส่วนใหญ่ล้วนกำหนดถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ซึ่งการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตาม หรือข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ซึ่งไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการ ตลอดจนเนื้อหาที่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องให้ความเคารพในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือมีเนื้อหาไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมถือว่าเป็น “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Unconstitutional Constitutional Amendments)

เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แล้ว คำถามที่ตามมาจากประเด็นดังกล่าว คือ จำเป็นจะต้องมีระบบการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากจำเป็นต้องมีแล้ว องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำถามประการสำคัญที่ว่า “องค์กรตุลาการ” (Judiciary) ซึ่งระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้มีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา นั้นจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ (Judicial Review of Constitutional Amendments) และหากยอมรับว่าองค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แล้ว ขอบเขต (Scope) ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นจะมีอยู่แค่ไหนเพียงใด ในบทนี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตลอดจนแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ ตลอดจนจะได้ศึกษาถึงข้อถกเถียงในทางทฤษฎีทั้งที่สนับสนุนและที่โต้แย้งการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ

5.1 ข้อความเบื้องต้นเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

ก่อนที่จะได้อภิปรายถึงทางปฏิบัติในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ นั้น สมควรที่จะอภิปรายถึงข้อถกเถียงในทางทฤษฎีต่อกรณีดังกล่าวก่อน ซึ่งมีทั้งฝ่ายสนับสนุนการที่องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และฝ่ายที่โต้แย้งการเข้าไปตรวจสอบดังกล่าวขององค์กรตุลาการ ตลอดจนจะได้อภิปรายถึงความชอบธรรมขององค์กรตุลาการในเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กระทำโดยองค์กรตุลาการด้วย

5.1.1 ข้อเสนอสนับสนุนต่อการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

Edouard Lambert นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเคยทำนายเอาไว้ในปี ค.ศ. 1921 ว่า การเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นจะขยายขอบเขตออกไปเรื่อย ๆ ไม่เพียงแต่การตรวจสอบกฎหมายธรรมดาเท่านั้น แต่จะรวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในขณะนั้นได้สร้างความงุนงงให้แก่ผู้อ่านชาวฝรั่งเศสอย่างมาก¹ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในปัจจุบัน คำทำนายดังกล่าวนี้ว่าเป็นคำทำนายที่ถูกต้องแม่นยำเลยทีเดียว เนื่องจากประเด็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น ไม่ได้เป็นแต่เพียงข้อสมมุติฐานในทางทฤษฎีอีกต่อไป หากแต่ได้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เกิดมีสภาพบังคับในทางกฎหมาย (Legal Enforcement) ขึ้นจริงในทางปฏิบัติเพราะองค์กรตุลาการในหลาย ๆ ประเทศได้นำไปใช้เป็นมาตรวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำหรับข้อเสนอสนับสนุนต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการมีอยู่ 5 ประการ ดังนี้²

¹ Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers,” (Ph.D.dissertation, Department of Law of the London School of Economics, 2014), p.172.

² *Ibid.*, pp.173 – 180.

(1) **หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)** เมื่อพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความหมายโดยทั่วไปแล้ว อาจได้เห็นว่า การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นอาจเป็นการละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเสียเอง เนื่องจากการจะวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าอยู่ในเขตแดนของการสร้างรัฐธรรมนูญ (Constitutive) เปรียบเสมือนกับการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในเขตแดนของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) และเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Authority) ไม่ว่าจะเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) หรือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งก็คือองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Authority) หาใช่อำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ไม่

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาให้ลึกซึ้งลงไปอีกจะพบว่าการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งที่ใช้เพื่อบังคับให้ข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นได้จริง กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นกลไกที่ทำให้ข้อความคิดว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัด (Limited Power) นั้นเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ โดยถือว่าเป็นกลไกที่จำเป็นในการเติมเต็มช่องว่างของการแบ่งแยกอำนาจในแนวดิ่ง (Vertical Separation of Powers) ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะไม่ใช้อำนาจนั้นเกินขอบเขตและข้อจำกัดที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดไว้³ กลไกควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจึงควรดำเนินการโดยองค์กรภายนอกที่ไม่องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจนั้นเกินขอบเขตเสียเอง ดังนั้น การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรภายนอกและมีความเป็นกลางจึงเป็นการปกป้องหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง

³ Satya Prateek, "Today's Promise, Tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', Constitutional Transformations and the Future of Political Progress in India," *NUJS Law Review* 1, p.474 (2008).

(2) **สาระสำคัญของอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ (The Essence of Judicial Duty)** เป็นข้อสนับสนุนเกี่ยวกับการให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา กล่าวคือ การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) นั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญของอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ (Essence of Judicial Duty) ทั้งนี้ เพราะองค์กรใดที่ต้องนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีต่าง ๆ องค์กรนั้นย่อมมีอำนาจที่จะบอกว่ากฎหมายนั้นคืออะไร เมื่อรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าองค์กรใดจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรที่จะต้องนำกฎหมายนั้นไปปรับใช้บังคับกับข้อเท็จจริงโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการ ย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นได้⁴ เมื่อองค์กรตุลาการต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ องค์กรตุลาการย่อมต้องตีความกฎหมายและรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อที่จะหาว่าบรรทัดฐานใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ข้อกล่าวอ้างเช่นนี้ย่อมสามารถนำไปปรับใช้กับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่รัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provisions) เนื่องจากการตรวจสอบทั้ง 2 กรณีนี้เป็นการตรวจสอบว่าบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นปัญหานั้นขัดหรือแย้งกับบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าหรือไม่ (Normative Review) จึงไม่สำคัญว่าการควบคุมตรวจสอบนั้นจะเป็นการควบคุมตรวจสอบระหว่างกฎหมายลำดับรองกับกฎหมายธรรมดา หรือระหว่างกฎหมายธรรมดากับรัฐธรรมนูญ หรือระหว่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญ⁵ ดังนั้น องค์กรที่เหมาะสมที่สุดในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะ

⁴ Hans Kelsen, *On the Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (Berkeley : University of California Press, 1978), p.272.

⁵ Claude Klein, “Le Contrôle des lois Constitutionnelles - Introduction à une Problématique Modern,” (Janvier 2010), From <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-des-lois-constitutionnelles-introduction-a-une-problematique-moderne.51382.html>, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.175.

อย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาอยู่แล้ว⁶

(3) หลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ (The Rule of Constitution)

ข้อสนับสนุนนี้ให้เหตุผลบนพื้นฐานที่ว่า การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น รัฐสภาที่ดี รัฐบาลที่ดี ศาลที่ดี หรือองค์กรอิสระต่าง ๆ ก็ดี ย่อมต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกันย่อมต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้น การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการย่อมเป็นสิ่งจำเป็นและมีความสำคัญในการธำรงไว้ซึ่งหลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ เพราะหากไร้ซึ่งการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแล้ว การบัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเปล่าประโยชน์⁷ การปล่อยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบกันเองโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยหวังว่าองค์กรดังกล่าวจะมีความยับยั้งชั่งใจในตัวเอง (Self - Restraint) ไม่ใช่อำนาจไปล่วงละเมิดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่น่าจะถูกต้องตามเหตุผลของเรื่อง (Nature of Thing) เพราะเท่ากับให้องค์กรที่อาจถูกกล่าวหาว่าละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเสียเอง หรือการปล่อยให้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองหรือในทางสังคม ก็ไม่น่าจะเพียงพอที่จะรักษาไว้ซึ่งหลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่หากให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เป็นไปตามข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญแล้ว กลไกดังกล่าวย่อมมีประสิทธิภาพและเพียงพอต่อการรักษาไว้ซึ่งหลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ของรูปแบบและในแง่ของเนื้อหา

(4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the Constitution)

เป็นข้อสนับสนุนเดียวกับการให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงที่สุดภายในรัฐ (The Supreme Law of the Land) มีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายธรรมดาและกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ดังนั้น กฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายธรรมดาเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) ซึ่งเป็นเพียงอำนาจ

⁶ Ulrich K. Preuss, "The Implications of 'Eternity Clauses' : The German Experience," *Israel Law Review* 44, pp.441 - 442 (2011).

⁷ Walter F. Dodd, "Amending the Federal Constitution," *Yale Law Journal* 30(4), p.323 (1921).

ที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญเกิดจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ซึ่งมีสถานะสูงสุด อย่างไรก็ตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีองค์กรที่คอยตรวจสอบไม่ให้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรนั้นก็คือองค์กรตุลาการนั่นเอง ในกรณีนี้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการหาใช้องค์กรที่มีอำนาจสูงสุดไม่ หากแต่เป็นรัฐธรรมนูญต่างหากที่เป็นสิ่งสูงสุด

การให้เหตุผลเช่นนี้ย่อมนำไปใช้กับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน กล่าวคือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ ทั้งนี้ โดยมีองค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดเช่นนั้นนั่นเอง จนถึงขนาดมีผู้ให้ความเห็นว่าการดำรงอยู่ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น ถือเป็นเงื่อนไขที่สำคัญอย่างยิ่ง (sine quo non) ในการพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก (Rigid Constitution) หรือไม่ และถือ ว่าเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งในการแบ่งแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมด้วย⁸ ดังนั้น ในแง่นี้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการจึงเป็นการยืนยันสถานะในทางบรรทัดฐานของกฎหมายที่สูงกว่า (Normative Superiority) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

(5) กระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลว (Political Process Failure)

แม้ว่าการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) นั้น จะได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นสิ่งที่เป็นการประนีประนอมกับหลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก (Counter Majoritarian) เนื่องจากเป็นการเข้าไปทำลายเจตจำนงของเสียงข้างมากในการตรากฎหมายโดยผู้แทนซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนโดยผู้พิพากษาเพียงไม่กี่คนที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งและไม่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยเลย การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการจึงเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้โต้แย้งว่าการควบคุม

⁸ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.177.

ตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นเป็นการป้องกันทรราชโดยเสียงข้างมาก (The Tyranny of the Majority)⁹ ในกรณีที่กระบวนการทางการเมืองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยนั้นล้มเหลว เพราะเสียงข้างมากไม่เคารพเสรีภาพของเสียงข้างน้อยหรือใช้อำนาจไปในทางที่ผิด (Abuse of Power) ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตรากฎหมายธรรมดาหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม จนอาจเป็นการบ่อนทำลายหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยเสียเอง ในกรณีเช่นนี้ องค์กรตุลาการย่อมเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของเสียงข้างมาก เนื่องจากการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติหรือได้รับเสียงสนับสนุนจากเสียงข้างมากของสาธารณชน หากแต่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น¹⁰

การให้เหตุผลดังกล่าวข้างต้นก็สามารถนำมาใช้กับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในระบอบประชาธิปไตยนั้น องค์กรตุลาการควรมีอำนาจในการยกเลิกหรือเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการไปโดยกระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลวได้ ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการด้วยกัน คือ (1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย และ (2) กระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลวนั้นไม่อาจได้รับการแก้ไขเยียวยาได้โดยองค์กรทางการเมืองนั่นเอง แต่ต้องดำเนินการโดยองค์กรอิสระที่แยกต่างหากจากองค์กรทางการเมืองเหล่านั้น ยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติเช่น ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2006 รัฐสภาของประเทศเบนินได้ดำเนินการประชุมลับเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขยายวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกรัฐสภาออกไปอีกจาก 4 ปี เป็น 5 ปี และกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลย้อนหลังมาถึงสมาชิกรัฐสภาชุดที่ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญเบนินได้เข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวและได้วินิจฉัยว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ได้มีการเปิดเผยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต่อสาธารณะ¹¹ ดังนั้น การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการจึงเป็นกลไกที่มีประโยชน์ในการ

⁹ John Hart Ely, *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*, (Cambridge : Harvard University Press, 1980), pp.102 – 103, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.178.

¹⁰ Nicholas W. Erickson, “Break on Through: The Other Side of Varnum and the Constitutionality of Constitutional Amendments,” *Drake Law Review* 59, pp.1242 – 1244 (2011).

¹¹ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.179.

ป้องกันระบอบประชาธิปไตยจากการใช้อำนาจในทางที่ผิดของเสียงข้างมากชั่วคราวและเป็นการบรรเทาหรือรักษาความพิกลพิการของโลกในระบอบประชาธิปไตย (Democratic Disability) ในบางกรณีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะมีประโยชน์อย่างมากในประเทศที่ระบอบประชาธิปไตยยังอยู่ในช่วงของการพัฒนา

5.1.2 ข้อโต้แย้งต่อการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

แม้ว่าการกำหนดให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะมีข้อสนับสนุนในทางทฤษฎีหลายประการก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีข้อดีในแง่การป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบและตามอำเภอใจขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจโดยมิชอบและตามอำเภอใจของเสียงข้างมาก (Majority) ไม่ให้ไปละเมิดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะขององค์กรตุลาการเองแล้วกลับพบว่าบทบาทในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่องค์กรตุลาการเข้ามามตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจเช่นนั้นเอาไว้เลยอาจมีปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติหลายประการ¹² ดังนี้

(1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง กล่าวคือ แม้ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal and Democratic State) ที่ยึดถือในหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยนั้น หลักนิติรัฐได้เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายและกำหนดให้ต้องมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ เหล่านั้น ซึ่งโดยทั่วไปมักจะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม แม้แต่ในนานาอารยประเทศที่ถือหลักนิติรัฐเอง ก็เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามีการกระทำขององค์กรของรัฐบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วจะไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่โดยธรรมชาติแล้วมีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง (Political Act) ทั้งนี้ เพราะการควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการนั้น จะมีข้อจำกัดอย่าง

¹² Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, “An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision,” *International Journal of Constitutional Law* 10, pp.175, 192 (2012).

ยังในการใช้กฎหมายเป็น “เกณฑ์” หรือ “มาตรวัด” ในการควบคุมตรวจสอบ และในหลาย ๆ กรณี การควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวแทบจะแสวงหา “เกณฑ์” หรือ “มาตรวัด” ในทางกฎหมายไม่ได้เลย¹³ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตัดสินใจในทางการเมือง โดยแท้ หากยอมให้องค์กรตุลาการมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำเช่นนี้ได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าองค์กรตุลาการมีความสามารถในการตัดสินใจปัญหาหรือประเด็นในทางการเมืองได้เอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อผู้ใดเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้ผู้ที่ใช้อำนาจทางการเมืองทั้งหลายต้องมีจุดยึดโยงกับประชาชนและต้องรับผิดชอบต่อทางการเมืองต่อประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย

การกระทำที่โดยธรรมชาติของแล้วมีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองนั้น ยกตัวอย่างเช่น การกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหารที่วิชานิติศาสตร์เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Act of State, Acte de gouvernement, Regierungsakt)¹⁴ ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มหลัก คือ กลุ่มแรก การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภา การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบบุคคลดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น กลุ่มที่สอง การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่ในต่างแดน เป็นต้น และเป็นที่ยอมรับกันมาช้านานแล้วในหลายประเทศแม้แต่ในประเทศที่ยึดถือหลักนิติรัฐอย่างเคร่งครัดว่า ในทางกฎหมายสารบัญญัตินั้น การตัดสินใจในปัญหาการบริหารประเทศที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกิจการในทางระหว่างประเทศ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเป็นการกระทำที่ลักษณะในทางการเมืองสูงมาก ซึ่งส่งผลให้ในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ การกระทำในลักษณะดังกล่าวใน

¹³ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “แถลงการณ์ของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 7,” ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, บรรณาธิการโดยเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.155.

¹⁴ ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา นั้น การกระทำที่โดยธรรมชาติแล้วมีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นในทางการเมืองมักจะเรียกกันว่า “Political Question” หรือ “ข้อพิพาททางการเมือง” ซึ่งศาลจะไม่นำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายไปใช้ในการควบคุมตรวจสอบเช่นกัน สำหรับลักษณะสำคัญของหลักข้อพิพาททางการเมือง ดู จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, “หลักปัญหาทางการเมือง,” วารสารกฎหมายมหาวิทยาลัยนเรศวร, ปีที่ 19, ฉบับที่ 1, น.25 – 26.

หลาย ๆ กรณีจะปลอดจากการควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้เนื่องจากสภาพอันซับซ้อนในทางการเมืองของการกระทำดังกล่าวนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม หากระบบกฎหมายต้องการจะให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้มีการควบคุมตรวจสอบในเรื่องใดบ้างเป็นเรื่อง ๆ ไป และมีขอบเขตให้การควบคุมตรวจสอบให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งจะมีขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบที่จำกัดอย่างยิ่ง ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจควบคุมตรวจสอบการกระทำเช่นนี้ได้ ในขอบเขตที่กว้างขวาง และกรณีใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำเช่นนี้เอาไว้โดยชัดแจ้งเลย การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันในทางการเมือง (Political Control) เท่านั้น¹⁵

ประเด็นปัญหาในกรณีนี้ คือ องค์กรตุลาการจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ และหากทำได้แล้ว จะทำได้ อย่างมีขอบเขตจำกัดแค่ไหนเพียงใด เพราะกรณีเช่นนี้เราไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่เป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองอย่างมีนัยยะสำคัญเช่นกัน ซึ่งเมื่อถึงจุดหนึ่งแล้วอาจจะมีลักษณะในทางการเมืองสูงยิ่งกว่าการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารและการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในหลาย ๆ กรณีที่ ถือกันว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสียอีก เนื่องจากมีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือจัดทำขึ้นใหม่ซึ่งกฎเกณฑ์พื้นฐานแห่งการปกครองรัฐในลักษณะที่ประชาชนทั้งหมดของรัฐนั้นไม่ว่าจะโดยตนเองหรือผ่านทางผู้แทนจะต้องมาปรึกษาหารือและตกลงกันว่า จะปกครองรัฐนานาไป ในทิศทางใด และด้วยรูปแบบและระเบียบแบบแผนเช่นใด กล่าวอีกนัยหนึ่ง เหตุที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำในทางการเมืองอย่างสูงยิ่งนั้น ก็เพราะเป็นการกระทำที่เข้าไปเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันภายในรัฐหรือในบางกรณีถึงขนาดยกเลิกกฎเกณฑ์การอยู่ร่วมกันภายในรัฐดังกล่าวแล้วจัดทำกฎเกณฑ์ลักษณะเช่นนี้ขึ้นมาใหม่เลยทีเดียวนั่นเอง นักวิชาการไทยจำนวนหนึ่ง เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็น “ข้อพิพาททางการเมือง” (Political Question) เพราะข้อพิพาททางการเมือง หมายถึง กิจกรรมที่ฝ่ายการเมืองต้องปฏิบัติอยู่แล้วตามที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ (Political Affairs) การตรวจสอบถ่วงดุลก็ต้องเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายการเมือง

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551," ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, บรรณาธิการโดยเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.240.

(Political Control) ที่จะตรวจสอบถ่วงดุลกันเอง องค์การตุลาการก็ย่อมไม่สามารถที่จะเข้าไปควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ (Justiciable) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างที่กิจการดังกล่าวยังไม่สำเร็จเสร็จสิ้น¹⁶

(2) องค์การตุลาการเป็นองค์กรที่มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญและใช้เพียงอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น กล่าวคือ เมื่อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่มีฐานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) แต่ในขณะเดียวกันก็มีฐานะเหนือกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) แล้ว จะเห็นได้ว่าองค์การตุลาการนั้นไม่ว่าจะเป็นศาลทั่วไปก็ดี หรือศาลพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ก็ดี ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทั้งสิ้น เมื่อสถานะและฐานแห่งอำนาจขององค์การตุลาการล้วนแล้วแต่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว กรอบของการใช้อำนาจขององค์การตุลาการย่อมต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยไม่อาจก้าวล่วงแดนแห่งอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้แล้วได้ ในขณะที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่มีฐานะสูงกว่าอำนาจขององค์การตุลาการเอง ซึ่งสามารถเปลี่ยนแปลงได้ แม้กระทั่งเขตอำนาจขององค์การตุลาการ องค์การตุลาการจึงไม่อาจอาศัยฐานแห่งอำนาจตุลาการดั้งเดิมที่รัฐธรรมนูญมอบให้เข้าไปควบคุมตรวจสอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีสถานะเหนือกว่าอำนาจของตนได้ เว้นเสียแต่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) จะประสงค์ให้องค์การตุลาการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการบัญญัติถึงอำนาจเช่นนั้นขององค์การตุลาการเอาไว้อย่างชัดแจ้งในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็ต้องถือว่าการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์การตุลาการนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เลยทีเดียว มิใช่เป็นเพียงการใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นเพียงอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ตามปกติทั่วไปเท่านั้น¹⁷ ในทางตรงกันข้าม

¹⁶ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2557, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1339077091&grpid=01&catid&subcatid.

¹⁷ ปูนเทพ ศิริบุบผะ, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการ (Judicial Review of Constitutional

หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) ไม่ได้กำหนดให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเสียแล้ว ย่อมต้องถือว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่ประสงค์จะให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงป้องกันนั่นเอง

(3) การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการไม่มีความเป็นประชาธิปไตย (Undemocratic) กล่าวคือ ในระบอบประชาธิปไตยนั้นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องมีความยึดโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยผ่านการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน แต่องค์กรตุลาการในหลาย ๆ ประเทศนั้น ผู้พิพากษาไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือไม่ได้มีความยึดโยงกับประชาชนโดยช่องทางอื่น ๆ เลย องค์กรตุลาการจึงมักจะมีคุณสมบัติในทางประชาธิปไตยที่ต่ำกว่าองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหาร การอนุญาตให้องค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ต่ำกว่าสามารถทำลายการตัดสินใจในทางการเมืองขององค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงกว่านั้น อาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประชาธิปไตยได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ยังไม่สามารถเปลี่ยนผ่านระบอบการปกครองมาสู่ระบอบเสรีประชาธิปไตยได้เด็ดขาดและรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศเหล่านั้นก็ไม่ได้ยกระดับขึ้นภายใต้บรรยากาศของระบอบประชาธิปไตย หากองค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมการตัดสินใจเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้แทนที่ประชาชนเลือกเข้ามาแล้ว อาจทำให้บทบาทที่ควรจะเป็นขององค์กรตุลาการในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจากนักการเมืองและร่วมพัฒนาหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐกลายเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจากทุกองค์กรและกลายเป็นผู้ผูกขาดความหมายของรัฐธรรมนูญเสียเอง¹⁸ ในแง่นี้บทบาทดังกล่าวขององค์กรตุลาการจึงอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐได้¹⁹

(4) การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการเป็นการขยายอำนาจขององค์กรตุลาการมากเกินไป กล่าวคือ การให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้นั้น ย่อมทำให้องค์กรตุลาการกลายเป็นผู้วินิจฉัยลำดับสุดท้าย (The Last Word) ต่อประเด็นดังกล่าว ทำให้เวทีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนไปจากเดิมที่เป็นเวที

Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poonthesirinupong>, น.37.

¹⁸ Rory O'Connell, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms," *Journal of Civil Liberties* 4, p.51 (1999).

¹⁹ ปูนเทพ ศิริบุพงค์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.37.

ขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กลายมาเป็นเวทีขององค์กรตุลาการแทน²⁰ ซึ่งอาจทำให้องค์กรตุลาการกลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือกว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร อันอาจทำให้ความสมดุลของอำนาจรัฐต่าง ๆ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเสียไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เอาไว้เลย แต่องค์กรตุลาการกลับขยายอำนาจของตนโดยการสร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเกณฑ์หรือมาตรฐานในการตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ดังเช่นที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาโดยองค์กรตุลาการนั้น แม้องค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาได้ แต่องค์กรตุลาการก็ทำให้ผู้วินิจฉัยลำดับสุดท้าย (The Last Word) ไม่ เนื่องจากคำตัดสินขององค์กรตุลาการว่ากฎหมายใดมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นย่อมสามารถถูกกลับหรือลบล้าง (Overtun) ได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นที่ Georges Vendel ได้เปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่าเหมือนกับ “lit de justice” ซึ่งหมายถึงพระมหากษัตริย์ในระบอบเก่าที่สามารถปรากฏตัวต่อหน้าศาลและเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาของศาลเสียก็ได้²¹ ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการอย่างหนึ่ง แต่การตรวจสอบถ่วงดุลเช่นนี้ย่อมไม่อาจทำได้อีกต่อไป หากยินยอมให้องค์กรตุลาการสามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เพราะองค์กรตุลาการย่อมเข้าไปขัดขวางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลเป็นการกลับหรือลบล้างคำวินิจฉัยของตน ดังเช่นที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดียเช่นเดียวกัน

(5) การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการอาจนำไปสู่ความไม่มั่นคงของระบอบการเมืองการปกครอง กล่าวคือ หากองค์กรตุลาการก้าวล่วงเข้ามาควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเข้มข้นมากจนเกินไป จนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

²⁰ Melissa Schwartzberg, *Democracy and Legal Change*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2009), pp.3, 22, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.229.

²¹ Michel Troper, “The Logic of Justification of Judicial Review,” *International Journal of Constitutional Law* 1(1), p.113 (2003).

โดยผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปได้อย่างยิ่งหรือเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติแล้ว บทบาทดังกล่าวขององค์กรตุลาการท้ายที่สุดอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของระบอบการเมืองการปกครองของประเทศเอง กล่าวคือ องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อกลับหรือลบล้างผลของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเช่นนั้นได้ ทำให้เกิดการโต้แย้งกันในทางอำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือกรณีที่เลวร้ายยิ่งกว่านั้น เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามวิถีทางที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้อย่างสันติไม่อาจดำเนินการได้หรือถูกรบกวนหรือถูกขัดขวางโดยผู้พิพากษาเพียงไม่กี่คนซึ่งในบางประเทศอาจปราศจากความยึดโยงกับประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยและไร้ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเลยแล้ว กรณีดังกล่าวก็อาจนำไปสู่ความไม่พอใจของประชาชนฝ่ายที่ต้องการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเรียกร้องหรือดำเนินการให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ (Extra-Constitutional Means) โดยการใช้กำลังหรือความรุนแรงแทนได้²² เปรียบเสมือนกับการอุดช่องระบายความร้อนของกาต้มน้ำซึ่งกำลังเดือดพล่านอยู่เต็มที่แล้ว ท้ายที่สุดแรงดันจากความร้อนก็จะระเบิดกาต้มน้ำนั้นเสีย

(6) การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังมีในรูปแบบอื่น ๆ

กล่าวคือ การตัดบทบาทขององค์กรตุลาการในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดข้อโต้แย้งหรือคำถามสำคัญตามมาว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ย่อมไร้ความหมายและไม่อาจใช้บังคับในทางกฎหมายได้จริง เพราะเมื่อปราศจากการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแล้วข้อจำกัดเช่นนั้นย่อมถูกเพิกเฉยหรือถูกทำลายได้ตามอำเภอใจของผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำตอบต่อประเด็นดังกล่าวนี้เราอาจพิจารณาได้ว่า การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นแท้จริงแล้วหาได้ผูกขาดอยู่ที่องค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียวอย่างที่เข้าใจกันโดยทั่วไปไม่ การพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น อาจเป็นอำนาจของผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเองก็ได้ หากผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมประสงค์จะให้เป็นอย่างนั้น ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นแนวทางในการใช้อำนาจของผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น หาได้เป็นฐานแห่งเขตอำนาจให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบด้วยแต่อย่างใด²³ นอกจากนี้ การไม่ให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้หมายความว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไข

²² พูนศักดิ์ ไวสารวจ, รูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น.50.

²³ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17, น.38.

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจดังกล่าวตามอำเภอใจได้ เพราะยังมีการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบอื่น ๆ อีก เช่น การควบคุมตรวจสอบภายในกันเองขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Internal Control) หรือการควบคุมตรวจสอบโดยการใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ (Veto) หรือการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง (Political Control) เพราะไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นประเด็นที่สำคัญในทางการเมืองซึ่งจะนำมาสู่การถกเถียงและการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้²⁴ แม้ประเด็นดังกล่าวจะหลุดพ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายแล้วก็ตาม

5.1.3 ความชอบธรรมของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

แม้จะมีข้อถกเถียงในทางทฤษฎีถึงความจำเป็นของการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติของหลาย ๆ ประเทศกลับยอมรับให้องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งในแง่ของรูปแบบและในแง่ของเนื้อหา อย่างไรก็ตาม การที่องค์กรตุลาการซึ่งเป็นเพียงองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นและใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่มีลำดับชั้นสูงกว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการนั้น องค์กรตุลาการย่อมต้องอาศัยความชอบธรรมในทางกฎหมาย (Legal Legitimacy) ในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นด้วย เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติของหลาย ๆ ประเทศแล้ว เงื่อนไขแห่งความชอบธรรมในทางกฎหมายที่องค์กรตุลาการอาจกล่าวอ้างเพื่อเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีด้วยกันอยู่ 3 ประการด้วยกัน²⁵ ได้แก่ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง และการแบ่งประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(1) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ

กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรตุลาการย่อมมีความชอบธรรมในทางกฎหมายอย่างสูงสุดโดยปราศจากข้อโต้แย้งใด ๆ อีกต่อไปที่จะเข้าไปการตรวจสอบการ

²⁴ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, *supra note 12*, pp.198 – 199.

²⁵ Yaniv Roznai, *supra note 1*, pp.181 - 195.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁶ แต่หากปราศจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว หรือรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงเขตอำนาจเช่นว่านั้นขององค์กรตุลาการเอาไว้โดยชัดแจ้งเลย กรณีนี้ความชอบธรรมในทางกฎหมายขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็อาจมีข้อโต้แย้งได้ อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการไว้โดยชัดแจ้ง ก็ไม่ได้หมายความว่าองค์กรตุลาการจะไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมได้ หากแต่ต้องพิจารณาต่อไปถึงระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศว่ามีลักษณะที่จะเปิดช่องให้องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ด้วย ซึ่งจะได้อภิปรายในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 5.2 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีนี้ ก็เพื่อเป็นการยืนยันความชอบธรรมในเชิงของอำนาจว่าอำนาจที่องค์กรตุลาการใช้ในการเข้าไปตรวจสอบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีที่มาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) อันทำให้ข้อโต้แย้งว่าองค์กรตุลาการเป็นเพียงองค์กรที่ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น และย่อมไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ได้นั้น เป็นอันตกไป เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ที่ประสงค์จะให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีเช่นนี้จึงอาจเทียบเคียงได้กับแนวความคิดของ Hans Kelsen เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาว่าเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ “ในทางลบ” หรือ “ในทางปฏิเสธ” (Negative Act)²⁷ กรณีนี้จึงเปรียบเสมือนเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง “ในทางลบ” หรือ “ในทางปฏิเสธ” เช่นกัน ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงเขตอำนาจของ

²⁶ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*, (Bursa : Ekin Press, 2008), pp.4 – 7.

²⁷ Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation,” *Journal of Politics* 4, pp.184 – 186 (1942).

องค์กรตุลาการจึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดในการแสดงถึงความชอบธรรมในทางกฎหมายขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(2) การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง กล่าวคือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศจะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม องค์กรตุลาการในบางประเทศกลับอาศัยการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านั้นหรือไม่ ทั้งนี้ โดยการอ้างเหตุผลว่าเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเอาไว้แล้ว การทำให้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวสามารถใช้บังคับได้จริงในทางกฎหมายย่อมเป็นหน้าที่โดยธรรมชาติขององค์กรตุลาการ เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาแล้ว การที่องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งหรือไม่นั้น ไม่ได้มีความแตกต่างไปจากการตรวจสอบว่ากฎหมายธรรมดามีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่เลย ดังนั้น เมื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของนานาประเทศแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมสมควรที่จะได้รับการยอมรับเช่นกัน²⁸ หากข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการปกป้องและบังคับใช้ให้มีผลในทางกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแล้ว ข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่หาประโยชน์อันใดไม่ได้นั่นเอง

การอ้างถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเพื่อเป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการที่องค์กรตุลาการจะเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในทางเนื้อหา โดยที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีดังกล่าวเอาไว้เลยนั้น ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศบราซิล หรือประเทศสาธารณรัฐเช็ก เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตอย่างยิ่งว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งก็ตาม การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านั้นก็มีสถานะเป็นแต่เพียง

²⁸ Aharon Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments," *Israel Law Review* 44, p.333 (2011).

“คำประกาศในทางการเมือง” (Political Declarations) เท่านั้น²⁹ หากได้มีสภาพบังคับในทางกฎหมายด้วยไม่ ดังนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวจึงไม่ได้ก่อให้เกิดความชอบธรรมใด ๆ หรืออำนาจใด ๆ แก่องค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวเลย เช่น ประเทศนอร์เวย์ หรือประเทศฝรั่งเศส ซึ่งทั้ง 2 ประเทศนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว³⁰

กรณีดังกล่าวจะพบกับความยุ่งยากยิ่งขึ้นไปอีก หากเป็นกรณีของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ความชอบธรรมขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ย่อมต้องมีน้อยลงไปอีกมาก เพราะเนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เอาไว้เลย กรณีเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอยู่อย่างกว้างขวาง³¹ องค์กรตุลาการในบางประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเอาไว้ เช่น ประเทศศรีลังกา ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ หรือประเทศปากีสถาน ได้ปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรตุลาการในประเทศเหล่านี้ได้ปฏิเสธถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายนั่นเอง แม้ว่าองค์กรตุลาการในบางประเทศจะยอมรับถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาเช่นว่านั้นก็ตาม เช่น ประเทศอินเดีย หรือประเทศบังกลาเทศ เป็นต้น

(3) การแบ่งประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ดังที่ได้อภิปรายมาแล้วในบทที่ 3 ว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น อาจมีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็นหลายประเภท เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ กับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของ

²⁹ Sam Brooke, “Constitution – Making and Immutable Principles,” (Master’s Thesis, The Fletcher School of Tufts University, 2005), pp.68 – 71, cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.189.

³⁰ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.186.

³¹ Dietrich Conrad, “Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution : A Critical Reconsideration,” *Delhi Law Review* 6 - 7, p.1 (1977 - 1978).

รัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นก็มักจะกำหนดให้การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศนั้นมีรูปแบบและกระบวนการที่แตกต่างกันไป ตรงจุดนี้เองที่องค์กรตุลาการของประเทศเหล่านั้นใช้อ้างความชอบธรรมในการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศหรือไม่ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิการากัว หรือประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาลงไปรายละเอียดแล้วจะพบว่าแท้จริงแล้วองค์กรตุลาการในประเทศเหล่านี้อ้างความชอบธรรมในการเข้าไปตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Review) เพื่อเข้าไปตรวจสอบเนื้อหา (Substantive Review) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่างหาก ทั้งนี้ เพราะองค์กรตุลาการในประเทศเหล่านี้มักจะตีความโดยขยายความคำว่า “Total Revision” ว่านอกจากจะหมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับแล้ว ยังหมายความรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไปกระทบกับหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการในกรณีเช่นนี้ แท้จริงแล้วจึงเป็นการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Substantive – Procedural Review)³² ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในทางวิชาการของประเทศเหล่านั้น ดังจะได้อภิปรายในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 5.3 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการ

สำหรับข้าพเจ้านั้นมีความเห็นว่า ความชอบธรรมในทางกฎหมายขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบ (Jurisdiction) ตลอดจนขอบเขต (Scope) ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงเขตอำนาจและขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวขององค์กรตุลาการเอาไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ต้องเป็นความชอบธรรมตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) เท่านั้น ดังนั้น ประเด็นว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจและขอบเขตในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ แค่นั้นเพียงใต้นั้น จึงเป็นคนละประเด็นกันกับกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

³² Vicki C. Jackson, “Unconstitutional Constitutional Amendments : A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism,” *Demokratie – Perspektiven Festschrift für Brun – Otto Bryde Zum 70*, pp.58 – 62 (2013), cited in Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.195.

(Formal and Procedural Limitation) หรือข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ก็ตาม กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ย่อมไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอไป ทั้งนี้ เนื่องจากในหลาย ๆ ประเทศ แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แล้วก็ตาม แต่องค์กรตุลาการของประเทศเหล่านั้น ก็ปฏิเสธมาตลอดว่าไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้มีเขตอำนาจ เช่นว่านั้น หรือในบางประเทศนั้น รัฐธรรมนูญถึงกับบัญญัติห้ามเอาไว้โดยชัดแจ้งไม่ให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจและขอบเขตในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น แค่นั้นเพียงใดนั้น นอกจากจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจเช่นว่านั้นเป็นสำคัญแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของแต่ละประเทศด้วย

5.2 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงเขตอำนาจ (Jurisdiction) ขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ ในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำหรับการพิจารณาว่าองค์กรตุลาการของประเทศใดจะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นย่อมต้องพิจารณาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศก่อนเป็นสำคัญ หากรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในลักษณะที่ให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติในลักษณะที่ห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจไม่ได้กล่าวถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กรณีเช่นนี้ องค์กรตุลาการของหลาย ๆ ประเทศจึงได้ปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้ามก็มีองค์กรตุลาการของประเทศบางประเทศเหมือนกันที่กลับประกาศว่าตนมีเขตอำนาจที่จะการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยที่รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีเช่นนั้นเอาไว้เลย

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จึงสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีด้วย ได้แก่ กรณีที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีหนึ่ง กับกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อีกกรณีหนึ่ง

5.2.1 กรณีรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ

หากรัฐธรรมนูญของประเทศใดมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำถามที่ว่าองค์กรตุลาการจะสามารถเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่นั้น ย่อมได้รับคำตอบจากบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ ถ้ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นอนุญาตให้องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การเข้าไปตรวจสอบเช่นนั้นโดยองค์กรตุลาการก็ย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่มีข้อโต้แย้งใด ๆ อีก เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 และรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 หรือรัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ. 1980 เป็นต้น³³ ในทางตรงกันข้าม หากรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นได้บัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน การตรวจสอบเช่นนั้นโดยองค์กรตุลาการย่อมไม่อาจกระทำได้เลยไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1976 และรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815

³³ Kemal Gözler, *supra* note 26, pp.3 – 9.

5.2.1.1 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1971 มาตรา 147 วรรค 1³⁴ และรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 148 วรรค 1³⁵ บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนให้เขตอำนาจ (Jurisdiction) แก่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจำกัดขอบเขต (Scope) เฉพาะการควบคุมตรวจสอบในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Review) เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตอบโต้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่เข้าไปควบคุมตรวจสอบเนื้อหา (Substantive Review) ของการแก้ไขเพิ่มเติมภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า คือ รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 นั้นเอง

รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 146 (a)³⁶ ได้ก่อตั้งระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ในเชิงป้องกัน”

³⁴ **Article 147 Section1 of The Constitution of the Republic of Turkey 1961 as amended 1971** “The Constitutional Court shall review the constitutionality of laws, the internal regulation of the Turkish Grand National Assembly, and the conformity of the Constitutional amendments within the set conditions prescribed by the Constitution.”

³⁵ **Article 148 Section1 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982** “The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance, of laws, decrees having the force of law, and the rule of Procedure of the Turkish Grand National Assembly. Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form. However, no action shall be brought before the Constitutional Court alleging unconstitutionality as to the form or substance of decrees having the force of law issued during a state of emergency, martial law or in time of war.”

³⁶ **Article 146 of The Constitution of the Republic of Romania 1991** “The Constitutional Court shall have the following powers: a) to adjudicate on the constitutionality of laws, before promulgation, upon notification by the President of Romania, by the President of either Chamber of Parliament, by the Government, the

(Preventive) โดยบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาข้อเสนอริเริ่ม (Initiative) ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องมีองค์กรใดร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อนเลย หากแต่เป็นอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Ex Officio) ของศาลรัฐธรรมนูญเอง กล่าวคือ ก่อนที่รัฐสภาจะเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตติริเริ่มให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องถูกส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน และผู้ตติริเริ่มให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้ ก็ต่อเมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแนบประกอบไปด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในประเทศโรมาเนียนั้นเป็น “การตรวจสอบก่อน” (Priori Review) ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะประกาศใช้เป็นกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่ “การตรวจสอบหลัง” (Posteriori Review) จากที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วนั่นเอง เช่นเดียวกับในรัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ. 1980 มาตรา 82 (2)³⁷ ก็บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญชิลีมีอำนาจที่จะวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่อาจจะเกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกเสนอต่อมารัฐสภาเพื่อลงมติให้ความเห็นชอบ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 141 (2)³⁸ บัญญัติให้ข้อเสนอริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะเสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้ก็แต่โดยได้รับเสียงสนับสนุนจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 4 คนจากจำนวนทั้งหมด 6 คนด้วยกัน หรือในรัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 ที่กำหนดให้ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญที่รับรองการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นของการริเริ่มการพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมของ

Supreme Court of Justice, by a number of at least 50 Deputies or at least 25 Senators, as well as, *ex officio*, on initiatives to revise the Constitution.”

³⁷ **Article 82 (2) of The Constitution of the Republic of Chile 1980** “Power of the Constitutional Court are : To resolve on questions regarding constitutionality which might arise during the processing of bills or of constitutional amendment and of treaties submitted to the approval of Congress.”

³⁸ **Article 141 (2) of The Constitution of the Republic of Moldova 1994** “Constitutional law drafts shall be submitted to Parliament only alongside with the Constitutional Court advisory opinion adopted by a vote of at least 4 judges.”

รัฐสภา³⁹ ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 รัฐธรรมนูญชิลี ค.ศ.1980 รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 และรัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 นอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญยังได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁴⁰

5.2.1.2 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ปัจจุบันมีรัฐธรรมนูญเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่มีบทบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 มาตรา 368 วรรค 4 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 ที่บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ทำขึ้นภายใต้มาตรานี้จะไม่ถูกโต้แย้งในทศวรรษใด ๆ ภายหลังจากที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้”⁴¹ ดังนั้น ในประเทศอินเดียตั้งแต่ปี ค.ศ. 1976 เป็นต้นมา ศาลสูงสุดอินเดียจึงถูกห้ามมิให้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้นมาตรา 368 วรรค 5 ยังได้กำหนดไว้ด้วยว่า “ไม่ข้อจำกัดใด ๆ ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยการเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรานี้”⁴² ความในวรรคนี้ย่อมแสดงให้เห็น

³⁹ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.13.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ **Article 368 (4) of The Constitution of India 1950 as amended 1976**
“No amendment of this Constitution (including the provisions of Part III) made or purporting to have been made under this article whether before or after the commencement of section 55 of the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976 shall be called in question in any court on any ground.”

⁴² **Article 368 (5) of The Constitution of India 1950 as amended 1976**
“For the removal of doubts, it is hereby declared that there shall be no limitation whatever on the constituent power of Parliament to amend by way of addition, variation or repeal the provisions of this Constitution under this article.”

เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้อยู่ในตัวเอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญอินเดียนั้นไม่ได้กำหนดข้อจำกัดใด ๆ ในการใช้อำนาจของรัฐสภาอินเดียที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐสภาอินเดียมีดุลพินิจเต็มที่ในการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นเรื่องใด ๆ ก็ตาม และศาลสูงสุดอินเดียก็ไม่มีหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดใด ๆ ที่จะใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ในคดี *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* ศาลสูงสุดอินเดียได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ดังกล่าวข้างต้น และวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดกับ “โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (The Basic Structure of the Constitution) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดอินเดียในคดีดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากศาลสูงสุดอินเดียไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไปแล้วตามมาตรา 368 วรรค 4 ที่แก้ไขเพิ่มเติมเข้ามาใหม่ เท่ากับว่าศาลสูงสุดอินเดียได้แย่งชิงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปจากรัฐสภาอินเดีย เพราะอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญมอบไว้ให้กับรัฐสภาอินเดีย เท่านั้นที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวได้ตามมาตรา 368 นอกจากนี้ ข้อความคิดที่ว่าด้วย “โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” (The Basic Structure of the Constitution) ที่ศาลสูงสุดอินเดียสร้างขึ้นมาเพื่อเป็นเกณฑ์หรือมาตรวัดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็ยังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นข้อความคิดที่คลุมเครือและปราศจากรากฐานที่มาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ⁴³

เช่นเดียวกับในประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 ไม่ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น มาตรา 120 ซึ่งเกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 1848 และยังคงมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน⁴⁴ ก็ยังบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสนธิสัญญานั้น ไม่อาจถูกควบคุม

⁴³ Anuranjan Sethi, “Basic Structure Doctrine: Some Reflections,” Retrieved on March 4, 2014, From https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=835165

⁴⁴ Gerhard van der Schyff, “Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands : A Bridge Too Far ?,” *German Law Journal* 11(2), p.276 (2010).

ตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ”⁴⁵ ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนห้ามไม่ให้มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแล้ว ย่อมหมายความว่าองค์กรตุลาการย่อมถูกห้ามไม่ให้มีการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นเดียวกัน⁴⁶

5.2.2 กรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่หลาย ๆ ประเทศในปัจจุบันมักจะไม่ได้อำนาจเอาไว้โดยชัดแจ้งถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴⁷ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949 รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 (ก่อนปี ค.ศ. 1976) รัฐธรรมนูญไอร์แลนด์ ค.ศ. 1937 รัฐธรรมนูญสโลวีเนีย ค.ศ. 1991 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ.1961 (ก่อนปี ค.ศ. 1971) หรือรัฐธรรมนูญอเมริกา ค.ศ. 1789 เป็นต้น ทำให้เกิดปัญหาว่าในประเทศเหล่านี้้องค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมจะมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ทั้งนี้ โดยอาศัยเหตุผลหรือความชอบธรรมในทางกฎหมายอย่างไร

การพิจารณาถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีนี้ ในเบื้องต้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงรูปแบบหรือระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการในแต่ละประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 2 รูปแบบด้วยกัน คือ รูปแบบที่กระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลทุกศาลที่จะต้องใช้กฎหมายนั้นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีหรือที่เรียกว่ารูปแบบของสหรัฐอเมริกา (The American Model of Judicial Review) และรูปแบบที่จัดตั้งองค์กรหรือศาลพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะและรวมอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ที่องค์กรหรือศาล

⁴⁵ Article 120 of The Constitution of Kingdom of Netherlands 1815

“The constitutionality of law and treaties shall not be reviewed by the court.”

⁴⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2556), น.212.

⁴⁷ Yaniv Roznai, *supra note 1*, p.185.

ดังกล่าวเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นหรือที่เรียกว่ารูปแบบของภาคพื้นยุโรป (The European Model of Judicial Review)⁴⁸

5.2.2.1 ระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ระบบกระจายอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลทุกศาลหรือรูปแบบของสหรัฐอเมริกา (The American Model of Judicial Review) นั้น ถือว่าศาลทุกศาลมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาการกระทำและบรรทัดฐานทางกฎหมายต่าง ๆ ที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยหรือเป็นประเด็นข้อพิพาทของคดีซึ่งถูกยกขึ้นกล่าวอ้างในระหว่างกระบวนการพิจารณาโดยคู่ความในคดี ดังนั้น ไม่ว่าจะมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือแม้แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอง ย่อมอาจถูกโต้แย้งโดยคู่ความในคดีได้เสมอว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะโดยการอ้างว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดกับรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรืออ้างว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดหรือแย้งกับเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ การที่ศาลหรือศาลสูงสุดเข้าไปตรวจสอบข้ออ้างของคู่ความเช่นนั้นย่อมหมายความว่าศาลหรือศาลสูงสุดได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วนั่นเอง

Walter Dellinger ได้เคยตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” โดยองค์กรตุลาการนั้น ได้เกิดขึ้นก่อนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” เองเสียอีก คำวินิจฉัยฉบับแรกของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นปรากฏตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1798 ในคดี *Hollingsworth v. Virginia* ซึ่งเกิดขึ้น 5 ปีก่อนที่จะเกิดคดี *Marbury v. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 อันเป็นคดีแรกที่ศาลสูงสุดเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁴⁹

ดังนั้น ภายใต้ระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เสมอ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลา

⁴⁸ Mauro Cappelletti, “Judicial Review in Comparative Perspective,” *California Law Review* 58, p.1017 (1970).

⁴⁹ Walter Dellinger, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process,” *Harvard Law Review* 97, pp.386, 403 (1983).

การในกรณีดังกล่าวเอาไว้โดยเฉพาะและโดยชัดแจ้งเลยก็ตาม เพราะภายใต้ระบบดังกล่าวองค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องได้รับเขตอำนาจเป็นพิเศษเพื่อที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ภายใต้ระบบนี้ศาลทุกศาลย่อมมีอำนาจที่จะตรวจสอบความน่าเชื่อถือของข้อกล่าวอ้างที่คู่ความในคดียกขึ้นต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นได้เสมอ⁵⁰ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบนี้จึงเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบรูปธรรม (Concrete Control) นั่นเอง กล่าวคือ เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อต้องนำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมาปรับใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ เราจะเห็นได้ว่าระบบศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบศาลเดี่ยว (Single Court System) กล่าวคือ มีศาลสูงสุด (Supreme Court) เพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาราคคดีทุกประเภทจนถึงที่สุด จึงกล่าวได้ว่าองค์กรตุลาการของประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจโดยทั่วไป (General Jurisdiction) นั่นเอง เช่น ประเทศไอร์แลนด์ ประเทศอินเดีย หรือประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

ตัวอย่างการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศที่ยึดถือระบบกระจายอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปยังศาลทุกศาล เช่น ศาลสูงสุดของอเมริกาในคดี *Hollingsworth v. Virginia* คดี *National Prohibition* คดี *Dillon v. Gloss* และคดี *United States v. Sprague* ของ และศาลสูงสุดอินเดียในคดี *Golaknath v. State of Punjab* คดี *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* คดี *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*, คดี *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* และคดี *Waman Rao v. Union of India* ซึ่งรายละเอียดของบางคดีจะได้อภิปรายต่อไป

5.2.2.2 ระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ระบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพียงองค์กรเดียวหรือรูปแบบของภาคพื้นยุโรป (The European Model of Judicial Review)⁵¹ นั้น จะมีการจัดตั้งองค์กรหรือศาลพิเศษขึ้นเพียงองค์กรเดียวเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งมักจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ

⁵⁰ Kemal Gözler, *supra note 26*, pp.10 – 12.

⁵¹ Louis Favoreu, “Constitutional Review in Europe,” *Constitutionalism and Right: The Influence of the United States Constitution Abroad* 38, pp.40 – 42 (1990).

(Constitutional Court) ทำให้เฉพาะแต่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ⁵² เท่านั้น ที่จะมีเขตอำนาจในเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลยุติธรรมทั่วไป ๆ จึงไม่มีเขตอำนาจดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรพิเศษเหล่านี้ในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะและโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งนอกจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันถือว่าเป็นภารกิจหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรพิเศษดังกล่าวอาจมีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ด้วยก็ได้ ซึ่งเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ดังกล่าวนั้น ก็จะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะและโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

ดังนั้น ในประเทศที่ยึดถือระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบของภาคพื้นยุโรปนั้น เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งย่อหมายถึงความต่อไปว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดแจ้งก็ตาม กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติที่ให้อำนาจเช่นนั้นแก่ศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดแจ้งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่มีอำนาจเช่นนั้นเลย ทั้งนี้ เนื่องจากภายใต้ระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบภาคพื้นยุโรปเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นศาลพิเศษไม่ใช่ศาลทั่วไปดังเช่นศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจโดยทั่วไป (General Jurisdiction) ดังเช่นศาลยุติธรรม หากแต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ดังนั้น ภายใต้ระบบนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายในทุกกรณี เฉพาะแต่การกระทำหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไป

⁵² เช่น ในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดตั้งองค์กรกิจการเมืองที่ไม่ใช่องค์กรตุลาการโดยแท้ขึ้นเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) เพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ

ควบคุมตรวจสอบได้เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายเหล่านั้นได้

การตีความเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีนี้ ย่อมสอดคล้องกับ สุภาษิตกฎหมายที่ว่า *expressio unius est exclusio alterius* หรือ *Express mention of one thing implies the exclusion of another* ซึ่งหมายความว่า การกล่าวถึงสิ่งหนึ่ง ย่อมหมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง กล่าวคือ เมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การกระทำเฉพาะที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา เป็นวัตถุแห่งการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมหมายความว่า การกระทำอื่น ๆ ที่ไม่ได้ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่วัตถุแห่งการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง นอกจากนี้ ถ้าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (*Pouvoir Constituant*) มีความประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ใช่เพียงแต่ของกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็สมควรที่จะกำหนดเอาไว้ให้ชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกรณีดังกล่าวเอาไว้ ย่อมหมายความว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีความประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁵³ อีกทั้งกรณีเช่นนี้ก็ไม่สามารถอาศัยการตีความตามหลักการยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น (*argumentum a fortiori*) เพื่ออธิบายสนับสนุนเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวได้ กล่าวคือ ไม่อาจตีความว่าขนาดกฎหมายธรรมดาศาลรัฐธรรมนูญยังมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายธรรมดา ศาลรัฐธรรมนูญก็ยิ่งจะต้องมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นการตีความที่ขัดต่อลักษณะพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (*Limited and Specific Jurisdiction*) จึงไม่อาจตีความเพื่อขยายเขตอำนาจของตนออกไปได้⁵⁴

กล่าวโดยสรุป ภายใต้ระบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพียงองค์กรเดียวหรือรูปแบบของภาคพื้นยุโรปนั้น เพื่อที่จะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นที่จะต้องได้รับมอบอำนาจเช่นนั้นจากบทบัญญัติของ

⁵³ Kemal Gözler, *supra note 26*, pp.12 – 13.

⁵⁴ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 17*, น.27.

รัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเท่านั้น ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย ย่อมต้องหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เลยนั่นเอง ซึ่งองค์การตุลาการในบางประเทศก็ยึดแนวปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ต้องกระทำในรูปแบบของกฎหมายธรรมดาที่เรียกว่า “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” หรือ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Law on Amendment to the Constitution) จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเหล่านั้นอาศัยรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นช่องทางแห่งความชอบธรรมในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้เขตอำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาเป็นฐานอำนาจของตนเอง

(1) ประเทศที่องค์การตุลาการยืนยันว่าไม่มีเขตอำนาจ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญอังการี ศาลรัฐธรรมนูญสโลเวเนีย และศาลสูงสุดไอร์แลนด์ ได้ยืนยันว่าองค์การตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งให้องค์การตุลาการมีเขตอำนาจเช่นนั้น

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างรัฐบัญญัติ” (lois ordinaires) และ “ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” (lois organique) ก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย⁵⁵ และการตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของ “สนธิสัญญา” ก่อนมีการให้สัตยาบันเท่านั้น โดยไม่พบว่ามีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญเลยที่ให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” แต่ในขณะที่เดียวกันก็ไม่

⁵⁵ อย่างไรก็ตาม หลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ตามรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Loi constitutionnelle) ฉบับที่ 2008 - 724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ (lois ordinaires) ภายหลังจากการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ สำหรับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organique) นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังคงมีเขตอำนาจเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดิม

พบว่าไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน⁵⁶

ในคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 ที่ 62-20 DC ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ประธานาธิบดีชาร์ล เดอ โกล ได้อาศัยช่องทางตามมาตรา 11 (c) ของรัฐธรรมนูญโดยนำร่างรัฐบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติโดยไม่นำไปผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาเสียก่อน ซึ่งไม่ได้เป็นตามรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 89 ประธานวุฒิสภาจึงเสนอร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกลับวินิจฉัยว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชนแล้ว เนื่องจากเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของชาติโดยตรง⁵⁷

ต่อมาในคำวินิจฉัยวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 ที่ 2003-469 DC คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ยังคงยืนยันว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาโดยไม่ได้ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชนก็ตาม โดยวินิจฉัยว่ามาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และรัฐบัญญัติธรรมดา (lois ordinaires) เท่านั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (lois constitutionnelles) ด้วย ไม่ว่าจะโดยมาตรา 61 มาตรา 89 หรือมาตราใด ๆ ในรัฐธรรมนูญ⁵⁸

⁵⁶ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว* เชิงบรรณที่ 17, น.27.

⁵⁷ Kemal Gözler, *supra note 26*, p.14.

⁵⁸ Xavier Philippe, "France: The Amendment of the French Constitution on the Decentralized Organization of the Republic," *International Journal of Constitutional Law* 2, p.691 (2004).

เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญฮังการีในคำวินิจฉัยเลขที่ 1260/B/1997 ซึ่งมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1997 นั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีเนื้อหาที่ขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยและหลักความแน่นอนของกฎหมายซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญฮังการีในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเพียงแค่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้มีเขตอำนาจเกินเลยไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด⁵⁹ หรือศาลรัฐธรรมนูญสโลเวเนียในคำวินิจฉัยเลขที่ U-I-332/94 เมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1996 ได้ตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในมาตรา 160 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างแค่ว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ไม่ได้มีความหมายรวมถึงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Statute) ด้วย⁶⁰

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของไอร์แลนด์ซึ่งมีระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อาจกล่าวได้ว่าเป็น “ระบบผสม” (Mixed Model)⁶¹ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาในแง่ขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว กฎหมายของประเทศไอร์แลนด์จะถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลสูงสุด (Supreme Court) และศาลสูง (High Court) โดยไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) เป็นศาลพิเศษเหมือนที่ปรากฏในประเทศภาคพื้นยุโรปอื่น อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในแง่ของเขตอำนาจแล้ว ระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในไอร์แลนด์ออกจะคล้ายคลึงกับรูปแบบของประเทศภาคพื้นยุโรปมากกว่ารูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลสูงสุดและศาลสูงนั้นได้ถูกบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญไอซ์แลนด์ ค.ศ. 1944 กล่าวอีกนัยหนึ่ง เขตอำนาจของศาลเหล่านี้มีที่มาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลเหล่านี้จึงไม่ได้มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction)

⁵⁹ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2013 นั้น มาตรา 24 (4) และ (5) บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญฮังการีมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะการควบคุมตรวจสอบในเชิงรูปแบบและกระบวนการ (Review of Formal and Procedural Regularity) เท่านั้น

⁶⁰ Kemal Gözler, *supra note 26*, pp.16 – 17.

⁶¹ *Ibid.*, p.17.

หากแต่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) เท่านั้น ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการใน ไอร์แลนด์ โดยหลักการแล้วจึงไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไอร์แลนด์ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจ เช่นว่านั้นแก่ศาลสูงสุดหรือศาลสูงเอาไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้นได้รับการยืนยันโดยศาลสูงสุดไอร์แลนด์ในคดี Riordan v. An Taoiseach ซึ่งได้วินิจฉัยว่า ศาลสูงสุดไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลไว้อย่างน่าสนใจว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแตกต่างจากการตรากฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไป ด้วยเหตุที่ว่าการตรา กฎหมายธรรมดานั้นดำเนินการโดยประธานาธิบดีและรัฐสภาาร่วมกัน แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้นต้องได้รับการดำเนินการโดยประธานาธิบดี รัฐสภา และประชาชนร่วมกัน และการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นโดยปกติก็เป็นการเปลี่ยนแปลงอะไรบางอย่างในรัฐธรรมนูญซึ่งจนกว่าจะประกาศใช้ บังคับเป็นกฎหมายก็ย่อมต้องมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเดิมเป็นธรรมดาอยู่แล้ว แต่เมื่อ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับอนุมัติโดยประชาชนภายใต้มาตรา 46 และประกาศใช้บังคับเป็น กฎหมายโดยประธานาธิบดีแล้ว ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของ รัฐธรรมนูญและไม่สามารถถูกโต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป

(2) ประเทศที่องค์กรตุลาการยืนยันว่ามีเขตอำนาจ

ดังที่อธิบายข้างต้น ภายใต้รูปแบบของประเทศภาคพื้นยุโรปนั้น การ ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการย่อม ไม่อาจกระทำได้ หากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งให้อำนาจแก่ศาล รัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ ของประเทศที่ยึดถือระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ย่อมต้องมี บทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 39 รัฐธรรมนูญ ออสเตรีย ค.ศ. 1920 มาตรา 140 (1) หรือรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 มาตรา 147 เป็นต้น จึงมี คำถามที่น่าคิดว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะมีฐานที่มาจากบทบัญญัติดังกล่าวได้หรือไม่

หากถือว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เป็น “กฎหมาย” อย่างหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการ เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาเป็นฐานอำนาจได้ กล่าว

อีกนัยหนึ่ง ถ้าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถูกรวมในความหมายของคำว่า “ร่างกฎหมาย” ได้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติพิเศษที่ให้เขตอำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวโดยเฉพาะอีกแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาอยู่แล้วนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญที่ตามมา คือ เราจะถือได้หรือไม่ว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ตกอยู่ในความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ซึ่งอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย

เหตุผลที่สนับสนุนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งนั้นได้อธิบายว่า หากพิจารณาในทางรูปแบบแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องถือว่าเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง โดยยืนยันได้จากข้อเท็จจริงในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศที่กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องถูกจัดทำในรูปแบบของกฎหมายธรรมดา โดยใช้คำขึ้นต้นว่า “รัฐบัญญัติ” และต้องประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษาด้วย เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (1) บัญญัติว่า “กฎหมายพื้นฐานจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็เฉพาะโดยกฎหมายซึ่งต้องระบุอย่างชัดเจนว่ามีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน” (“This Basic Law may be amended only by a law expressly amending or supplementing its text ...”) หรือในรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถูกเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Law on the Amendment to the Constitution) “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Law Amending the Constitution) หรือ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Law)

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งนั้น มีข้อโต้แย้งอยู่หลายประการ ประการแรก แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Law on the Amendment to the Constitution) และกฎหมายปกติธรรมดา (Ordinary Law) จะมีความคล้ายคลึงกันเมื่อพิจารณาในแง่ของรูปแบบ กระนั้นก็ตามอำนาจบังคับทางกฎหมายของกฎหมายทั้งสองรูปแบบนี้ก็กลับมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายปกติธรรมดาในปริมิตลำดับชั้นของบรรทัดฐานทางกฎหมายของรัฐ ประการที่สอง ความสมเหตุสมผลของความเห็นที่อ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถือว่าเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งทำให้สามารถถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น ขึ้นอยู่กับการตีความคำว่า “กฎหมาย” ว่าจะสามารถตีความได้อย่างกว้างขวางแค่ไหนเพียงใด ซึ่งโดยหลักการแล้วคำว่า

“กฎหมาย” ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมไม่สามารถตีความอย่างขยายความได้ เนื่องจากภายใต้ระบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบภาคพื้นยุโรปนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction) หากแต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแล้วการไม่มีเขตอำนาจนั้นถือว่าเป็นหลักการทั่วไป ในขณะที่การมีเขตอำนาจนั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น จึงต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัดไม่สามารถที่จะตีความขยายความให้รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยได้ ทั้งนี้ ตามหลัก *exceptio est strictissimae interpretationis* หรือ *Exceptions must be interpreted in the strictest manner* ซึ่งหมายถึง “ข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั่นเอง⁶²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งในทางทฤษฎีดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่องค์กรตุลาการในหลาย ๆ ประเทศกลับยอมรับแนวทางการตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งและประกาศเขตอำนาจของตนในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาเป็นฐานแห่งอำนาจ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย และศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

ในกรณีของประเทศเยอรมนีนั้น เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีถูกบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 93 ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 ซึ่งในมาตราดังกล่าวไม่มีข้อความใดเลยที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่คำว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ก็ไม่ได้รับการกล่าวถึงในมาตราดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มาตรา 93 (1) วรรค 2 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมตรวจสอบความถูกต้องตรงกันทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหาของกฎหมายของสหพันธ์และกฎหมายของมลรัฐกับกฎหมายพื้นฐาน หรือความถูกต้องตรงกันระหว่างกฎหมายของมลรัฐกับกฎหมายอื่น ๆ ของสหพันธ์ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในคำวินิจฉัยวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970 (คดี *Klass Case*) คำวินิจฉัยวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991 (คดี *Land Reform I Case*) คำวินิจฉัยวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1996 (คดี *Land Reform II Case*) คำวินิจฉัยวันที่ 14

⁶² *Ibid.*, pp.20 - 22.

พฤษภาคม ค.ศ. 1996 (คดี Asylum Cases) และคำวินิจฉัยวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 (คดี Acoustic Surveillance of Homes) ก็ได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ว่าในคำวินิจฉัยต่าง ๆ เหล่านี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีจะไม่ได้วินิจฉัยยืนยันว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถมีความหมายรวมอยู่ในคำว่า “กฎหมายของสหพันธ์” (Bundesrecht) หรือไม่ก็ตาม แต่ก็น่าจะสรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ตีความคำว่า “กฎหมายของสหพันธ์” (Bundesrecht) ว่ามีความหมายรวมไปถึง “กฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขซึ่งข้อความในกฎหมายพื้นฐานอย่างชัดเจน” ด้วย ไม่ได้หมายถึงเฉพาะกฎหมายปกติธรรมดาของสหพันธ์เท่านั้น เพราะถ้าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีตีความคำว่า “กฎหมายของสหพันธ์” ในลักษณะอื่นที่ไม่ใช่ในลักษณะดังกล่าวแล้ว ก็เท่ากับเป็นการประกาศว่าตนไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียที่ใช้รูปแบบการให้เหตุผลและลักษณะการตีความเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 มาตรา 140 (1) บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐ” (eines Bundes - oder Landesgesetzes) แม้ว่ามาตราดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวถึงคำว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) หรือ “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsbestimmung) ไว้ก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียในคำวินิจฉัยวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 (คดี Länder Citizenship) คำวินิจฉัยวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1988 คำวินิจฉัยวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1988 และคำวินิจฉัยวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2001 ได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการตีความคำว่า “กฎหมายสหพันธ์” (Bundesgesetzes) ให้หมายความรวมถึง “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) หรือ “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsbestimmung) ด้วย

ในขณะที่รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 นั้น ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 มาตรา 147 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคดีเลขที่ 1970/31 ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 และคดีเลขที่ 1971/37 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 ได้อาศัยมาตรา 147 เป็นช่องทางในการประกาศว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็น “กฎหมาย” อย่างหนึ่ง ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 147⁶³

5.3 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการ

หากองค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ไม่ว่าจะโดยที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดถึงเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน หรือโดยที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงเขตอำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแต่องค์กรตุลาการได้อาศัยการตีความกฎหมายด้วยเหตุผลต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยอาศัยเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในระบบกระจายอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปยังศาลทุกศาลแบบประเทศสหรัฐอเมริกาอเมริกัน หรือระบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญแบบประเทศภาคพื้นยุโรป หรือโดยการตีความขององค์กรตุลาการว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง องค์กรตุลาการย่อมสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจอาศัยหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดเช่นเดียวกันกับการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในทุกมาตราเป็นหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดในการพิจารณาวินิจฉัย แต่สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำหรือหลักการในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงย่อมเป็นธรรมดาที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติเดิมของรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ ดังนั้น หลักเกณฑ์หรือมาตรวัดที่จะนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงจำกัดเฉพาะต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตลอดจนเนื้อหาหรือหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁶⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อจำกัดในการ

⁶³ *Ibid.*, pp.23 - 24.

⁶⁴ ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.23.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitation on Constitutional Amendment) ไม่ว่าจะ เป็นข้อจำกัด ในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) หรือข้อจำกัดในทาง เนื้อหา (Substantive Limitations) นั่นเองที่เป็นหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญใดเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendments) ดังนั้น ในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น จึงสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ (Review of Formal and Procedural Regularity) กรณีหนึ่ง และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) อีกกรณีหนึ่ง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติขอบเขต ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กร ตุลาการเอาไว้แค่ไหนเพียงใดด้วย

5.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Formal and Procedural Regularity) คือ การที่ องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงนั้นได้ ดำเนินการไปโดยสอดคล้องกับรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการเสนอญัตติเพื่อริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา การให้ความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากพิเศษ โดยสมาชิกรัฐสภา การให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายโดยการลงประชามติหรือการให้รัฐสภาใหม่ ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่ง ตลอดจนการ ให้สัตยาบันโดยมลรัฐในรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ เป็นต้น ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใด ไม่ได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ต้องปฏิบัติตาม อย่างถูกต้องครบถ้วนแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นย่อมถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendments) ซึ่งองค์กรตุลาการย่อมสามารถประกาศได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญและเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นเสียไม่ให้มีผลในระบอบกฎหมาย ดังเช่น คดีของศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย และศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ที่ได้เข้าไป

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁶⁵

5.3.1.1 กรณีศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากในการวินิจฉัยคดีนั้นคู่ความได้ยกประเด็นหรือข้อต่อสู้ให้ศาลต้องพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในคดี *Hollingsworth v. Virginia* เมื่อปี ค.ศ. 1789 อันเป็นคดีแรกที่มีการยกข้อกล่าวอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 11 ซึ่งกำหนดห้ามไม่ให้ศาลสหรัฐรับฟ้องคดีที่พลเมืองของมลรัฐฟ้องมลรัฐอื่นหรือประชาชนของประเทศอื่นฟ้องมลรัฐนั้น⁶⁶ ไม่ได้รับตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เนื่องจากไม่ได้มีการส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้ประธานาธิบดีพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ข้อ 7 วรรค 3 อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดีปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบดังกล่าวของประธานาธิบดีนั้นมีเฉพาะแต่ในกระบวนการนิติบัญญัติทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้มีอยู่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด ไม่ว่าจะป็นขั้นตอนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือขั้นตอนการประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม⁶⁷ ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดีนี้จึงวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 11 นั้นได้รับการตราโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

ในคดี *National Prohibition Cases (State of Rhode Island v. Palmer, and Seven Other Cases)* มีการยกข้อกล่าวอ้างว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 ซึ่งกำหนดให้เครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์เป็นสิ่งต้องห้าม⁶⁸ ได้รับการตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากได้รับคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบจากสมาชิกสภาองเกรส (Congress) เพียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ในที่ประชุมเท่านั้นไม่ถึง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาองเกรสทั้งหมดตามที่มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าวและวินิจฉัยว่า คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาองเกรสที่ต้องใช้

⁶⁵ Kemal Gözler, *supra note 26*, pp.27 – 49.

⁶⁶ มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2552), น. 186.

⁶⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น.276.

⁶⁸ *เพ็งอ้าง*, น.217.

สำหรับการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น คือ คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาองเกรสทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในขณะนั้น ไม่ใช่คะแนนเสียง 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดทั้งที่มาประชุมและไม่มาประชุมด้วยแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในคดี Coleman v. Miller ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1924 สภาองเกรส (Congress) ได้ให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รู้จักกันในชื่อ “The Child Labor Amendment” ซึ่งกำหนดว่าสภาองเกรสมิอำนาจที่จะจำกัดหรือห้ามการจ้างแรงงานเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เข้าทำงานได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้ดำเนินการให้มลรัฐต่าง ๆ ให้สัตยาบันแล้ว ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ. 1925 สภานิติบัญญัติของมลรัฐแคนซัส (The Legislature of Kansas) ได้ลงมติไม่ให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวและสำเนาเอกสารการไม่ให้สัตยาบันดังกล่าวได้ถูกส่งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแห่งสหรัฐอเมริกา (the Secretary of State of the United States) เป็นที่เรียบร้อยแล้ว อย่างไรก็ตาม หลังจากนั้น 12 ปี ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1937 สภานิติบัญญัติของมลรัฐแคนซัสกลับมามีมติให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ทำให้สมาชิกสภาสูงของมลรัฐแคนซัส 21 คน และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐแคนซัส 3 คน ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคนซัส (The Supreme Court of Kansas) โดยโต้แย้งว่า การให้สัตยาบันดังกล่าว ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคนซัสได้ยกคำร้องดังกล่าวและยืนยันความถูกต้องสมบูรณ์ของการให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวโดยสภานิติบัญญัติของมลรัฐแคนซัส คดีนี้จึงถูกอุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States) ผู้อุทธรณ์อ้างเหตุผลสองประการว่าการให้สัตยาบันดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการแรก สภานิติบัญญัติของมลรัฐแคนซัสไม่อาจให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้อีกต่อไป เนื่องจากได้ปฏิเสธที่จะให้สัตยาบันไปตั้งแต่แรกแล้ว และประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวซึ่งได้เสนอมานับตั้งแต่ ค.ศ. 1924 นั้น ได้สิ้นผลลงไปเนื่องจากหมดอายุแล้ว ดังนั้น จึงไม่อาจได้รับการให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติของมลรัฐแคนซัสในปี ค.ศ. 1937 ได้อีก ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างทั้งสองประการโดยวินิจฉัยว่า ปัญหาเรื่องการมีผลในทางกฎหมายของการให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นประเด็นในทางการเมืองซึ่งไม่อาจตัดสินได้โดยศาล

(questions deemed to be political and not justiciable) และการวินิจฉัยของสภาองเกรสในเรื่องที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ถือว่าเป็นที่สุดแล้ว⁶⁹

กล่าวโดยสรุป ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี *Hollingsworth v. Virginia* และคดี *National Prohibition Cases* ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาในคดี *Coleman v. Miller* กลับปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณี *The Child Labor Amendment* โดยให้เหตุผลว่ากรณีดังกล่าวมีลักษณะเป็น “ปัญหาในทางการเมือง” (Political Question)

5.3.1.2 กรณีศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย

ภายใต้รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1929 และกลับมามีผลใช้บังคับอีกครั้งใน ค.ศ. 1945 ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองนั้น ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ทุกมาตราของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 นั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 ได้กำหนดเงื่อนไขในทางรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในมาตรา 44 โดยมีการแบ่งแยกรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 รูปแบบนี้ มีเงื่อนไขและกระบวนการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ซึ่งถูกเรียกว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgesetz) หรือ “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsbestimmung) นั้น⁷⁰ สามารถตราได้โดยรัฐสภาตามมาตรา 44 (1) ในขณะที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น นอกจากจะต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วยังต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติโดยประชาชน (Referendum) ด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 44 (3) ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเช่นใด รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องดำเนินการไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม

⁶⁹ เฟ็งอ้าง, น.280.

⁷⁰ Alexander Somek, “Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law: On the Constitutional Court’s Total Revision of Austrian Constitutional Law,” *Israel Law Review* 32, p.591 (1998).

รัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) แต่ได้ดำเนินการกระบวนการไปในลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ไม่ว่าจะด้วยเหตุว่าดำเนินการได้ง่ายกว่าหรือด้วยเหตุอื่นใด ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ดำเนินการตามเงื่อนไขและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในคดี Länder Citizenship ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 ซึ่งมีผู้โต้แย้งว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเป็นพลเมืองของมลรัฐนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) แต่ไม่ได้มีการนำร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ตามมาตรา 44 (3) ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า⁷¹ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติหรือหลักการที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ในมาตรา 44 หรือไม่⁷²

ดังนั้น ในเบื้องต้นจึงมีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยก่อนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกร้องขึ้นมานั้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรูปแบบใด หากวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เป็นกรณีนี้อเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ก็จะขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 (3) เนื่องจากไม่ผ่านการลงประชามติ ซึ่งในเบื้องต้นนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือที่ในภาษาเยอรมันเรียกว่า “Gesamtänderung” หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกบททุกมาตรา แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียในคดีนี้ก็กลับตีความขยายความคำว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ออกไปอีก โดยให้หมายความถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางบทบางมาตรา (Partial Revision) ที่มีผลกระทบต่อหลักการใด หลักการหนึ่งที่เรียกว่า “Leading Principles” หรือ “Leitender Grundsatz” ของรัฐธรรมนูญ

⁷¹ Taylor Cole, “Three Constitutional Courts: A Comparison,” *The American Political Science Review* 53, pp.963, 974 (December 1959).

⁷² Sylvie Peyrou-Pistouley, “The Constitutional Court and the Control of The Constitutionality of Laws in Austria,” *Economica & Presses universitaires d’Aix Marseille*, p.176 (1993).

ด้วย⁷³ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียในคดีนี้พิจารณาว่า หลักประชาธิปไตย (The Democratic Principle) หลักนิติรัฐ (The Principle of the Rule of Law) และหลักสหพันธรัฐ (The Federal Principle) คือ Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดส่งผลกระทบต่อหลักการใดหลักการหนึ่งที่กล่าวข้างต้นและได้รับการตราโดยไม่ได้ผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชนแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นย่อมขัดต่อมาตรา 44 (3) ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision)⁷⁴

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียในคดีนี้ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าด้วยความสัมพันธ์ของมลรัฐ (The Constitutional Law on Länder Citizenship) นั้น ได้รับการตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ไปกระทบต่อหลักการใดหลักการหนึ่งของหลัก Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ของรัฐธรรมนูญ จึงไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) และไม่จำเป็นต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าแม้หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ และหลักสหพันธรัฐจะได้รับการพิจารณาว่าเป็น Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ของรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็ไม่ใช่ “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause หรือ Ewigkeitsklausel) แต่อย่างใด การตีความดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีผลแต่เพียงว่าหากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้มีผลกระทบต่อหลักการดังกล่าวแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชนทั่วประเทศเท่านั้นเอง⁷⁵

ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 2001 ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้ประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อเท็จจริงว่ากฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะ (The Federal Procurement Law หรือ Bundesvergabegesetz) มาตรา 126 (a) ได้บัญญัติให้บรรดาบทบัญญัติ

⁷³ Otto Pfersmann, “Constitutional Amendment in Austria and Federal Germany: Theory, Practice, Limits,” Amendment of the Constitution in Economica & Presses universitaires d'Aix Marseille 7, p.40 (1993).

⁷⁴ Manfred Stelzer, The Constitution of the Republic of Austria : A Contextual Analysis, (Oxford : Hart, 2011), pp.33 - 34.

⁷⁵ Kemal Gözler, *supra note 26*, p.37.

ของกฎหมายสหพันธรัฐเกี่ยวกับองค์กรและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่มีภารกิจในการให้การเยียวยาทางกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะนั้น ไม่อาจถูกถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะเป็นเพียงกฎหมายระดับรัฐบัญญัติของสหพันธรัฐ แต่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้นถือว่ามีค่าบังคับและลำดับชั้นทางกฎหมายเทียบเท่ากับกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ ทำให้การตรารัฐบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องดำเนินการโดยรูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและต้องประกาศโดยชัดแจ้งว่าบทบัญญัตินั้นมีสถานะเป็นบทบัญญัติระดับรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision)⁷⁶ ด้วย ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียวินิจฉัยว่า มาตรา 126 (a) ที่กำหนดให้บรรดาบทบัญญัติของกฎหมายสหพันธรัฐว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะไม่อาจถูกถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น เป็นการทำให้รัฐธรรมนูญถูกกัดกันออกจากความเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญในระบบกฎหมายซึ่งขัดกับหลักนิติรัฐ (The Principle of the Rule of Law) อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อหลักการดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ซึ่งจำเป็นต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชนตามมาตรา 44 (3) ของรัฐธรรมนูญ แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับการตราโดยความเห็นชอบของรัฐสภาซึ่งเป็นเพียงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) เท่านั้น โดยไม่ได้ผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องถูกเพิกถอนเสีย⁷⁷

อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาวินิจฉัยคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้น ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่า⁷⁸ แม้ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียจะประกาศว่าศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Substantive Regularity) แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียเข้าไปตีความการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ให้

⁷⁶ Harald Eberhard and Konrad Lachmayer, “Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives,” Vienna Online J. in International Journal of Constitutional Law 2, pp.112, 116 (2008).

⁷⁷ Otto Pfersmann, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach,” Zeitschrift für öffentliches Recht 67, pp.81, 83 – 84 (March 2012).

⁷⁸ Kemal Gözler, *supra note* 26, pp.39 - 40.

หมายความว่ารวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบต่อหลักการใดหลักการหนึ่งของ Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ของรัฐธรรมนูญด้วยนั้น ทำให้เมื่อพิจารณาในทางข้อเท็จจริงและในทางข้อกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้เข้าไปตรวจสอบเนื้อหา (Substantive Review) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย และการตีความการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้น ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ย่อมหมายความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกบททุกมาตราเท่านั้น ไม่น่าจะมีความหมายรวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางบทบางมาตราซึ่งมีผลกระทบต่อหลักการใดหลักการหนึ่งของ Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ของรัฐธรรมนูญด้วย อีกทั้งรัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้ให้คำนิยามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) เอาไว้ อย่างไรก็ตาม ต้องถือว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้นหลักการทั้งหลายในรัฐธรรมนูญซึ่งรวมไปถึงหลัก Leading Principles หรือ Leitender Grundsatz ที่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้วางหลักเอาไว้ นั้น ย่อมสามารถถูกล้มล้างได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติของประชาชน⁷⁹

5.3.1.3 กรณีศาลรัฐธรรมนูญตุรกี⁸⁰

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 ไม่มีบทบัญญัติพิเศษที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ประกาศว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยเลขที่ 1970/31 ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 โดยมีสาระสำคัญว่า มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 กำหนดให้บุคคลที่ได้ประกอบอาชญากรรมบางอย่างไม่สามารถถูกเลือกให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้แม้ว่าในภายหลังจะได้รับการนิรโทษกรรมแล้วก็ตาม ส่วนของข้อความที่ว่า “แม้ว่าในภายหลังจะได้รับการนิรโทษกรรมแล้วก็ตาม” นั้น ได้ถูกยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

⁷⁹ Manfred Stelzer, “Constitutional Changes in Austria,” in *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, ed. Xenophon Contiades (New York : Routledge, 2012), p.19.

⁸⁰ Kemal Gözler, *supra note 26*, pp.40 – 49.

ครั้งดังกล่าวถูกโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญตุรกี โดยอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะพิจารณาจากทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคดีนี้วินิจฉัยว่า ศาลมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ไม่ได้รับการตราให้สอดคล้องกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 155 ที่กำหนดให้การลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภานั้นจะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าในการประชุมเพื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 นั้น การลงคะแนนเสียงครั้งแรกของรัฐสภาได้ลงคะแนนเสียงเป็นรายมาตราโดยเสียงข้างมากธรรมดา ต่อมาได้ลงคะแนนให้ความเห็นชอบทั้งฉบับด้วยคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีโดยคะแนนเสียง 8 ต่อ 7 วินิจฉัยว่า ไม่เฉพาะแต่ข้อความของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับเท่านั้นที่จะต้องได้รับการลงคะแนนเสียงโดยคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา หากแต่ยังรวมไปถึงการลงคะแนนเสียงเป็นรายมาตราในครั้งแรกด้วย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจึงได้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 นี้เสีย

ส่วนภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 นั้น มาตรา 147 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่จำกัดเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการเท่านั้น ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามศาลรัฐธรรมนูญตุรกีกลับวินิจฉัยว่า ข้อห้ามแก้ไขรูปแบบของรัฐแบบสาธารณรัฐ (The prohibition of amending the republican form of state) ซึ่งเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) มากกว่าที่จะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) นั้น ถือว่าเป็นเกณฑ์หรือมาตรวัดอย่างหนึ่งที่ศาลสามารถนำไปใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ มีผลทำให้ในทางปฏิบัติแล้วศาลรัฐธรรมนูญตุรกีเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ผ่านการตีความคำว่า “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ” (Formal and Procedural Regularity) อย่างกว้างขวางว่าไม่ใช่หมายถึงแต่เพียงเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการริเริ่ม การพิจารณา และการลงมติให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐด้วย และยิ่งไปกว่านั้นศาลรัฐธรรมนูญตุรกียังได้ตีความขยายความคำว่า “รูปแบบของ

สาธารณรัฐของรัฐ” (Republican Form of State) ที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 1 นั้น ให้รวมไปถึงการห้ามเปลี่ยนแปลง “ลักษณะเฉพาะต่าง ๆ ของสาธารณรัฐ” (Characteristics of State) ที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญด้วย ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักสังคมนิยม หลักรัฐฆราวาส ซึ่งแนวทางการตีความเช่นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากประเด็นที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อรูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐอื่นไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้น แท้จริงแล้วไม่ใช่ “ประเด็นในทางรูปแบบหรือกระบวนการ” หากแต่เป็น “ประเด็นในทางเนื้อหา” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตุรกีไม่มีเขตอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบแต่อย่างใด

ปัญหาข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อแนวทางการตีความของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 นั้น ได้รับการแก้ไขโดยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1982 โดยยังคงบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบดังกล่าวมีขอบเขตเฉพาะการตรวจสอบในทางรูปแบบและกระบวนการเท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบในทางเนื้อหาด้วยเช่นเดิม (รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 148 (1)) แต่ประเด็นสำคัญ คือ การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ได้กำหนดขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Regularity) เอาไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึงเฉพาะการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกริเริ่มและผ่านความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่ และการตรวจสอบว่าข้อห้ามไม่ให้มีการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้กระบวนการรีบด่วน (Urgent Procedure) ได้รับการปฏิบัติตามหรือไม่เท่านั้น ดังนั้น ภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการตีความขยายคำว่าความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการได้อีกต่อไป ดังเช่นที่ปรากฏภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971

ภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยเลขที่ 1987/15 ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1987 ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า สมาชิกวุฒิสภาตุรกีจำนวน 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตุรกีขอให้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1987 โดยอ้างว่าการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้นขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคดีนี้วินิจฉัยว่า ศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะรับคำร้องขอเพิกถอนดังกล่าว เพราะไม่เข้าเงื่อนไขของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทาง

รูปแบบและกระบวนการตามที่กำหนดไว้มาตรา 148 (1) ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจึงยกคำร้องดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคำวินิจฉัยเลขที่ E.2008/16, K.2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 ในคดีที่รู้จักกันว่า “Headscarf Decision” ซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในทางวิชาการ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้กลับไปสู่แนวทางการตีความแบบเดิมโดยการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหา (Substantive Review) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ทั้งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Review) เท่านั้น ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกการห้ามสวมผ้าคลุมศีรษะของผู้หญิงชาวมุสลิม (Headscarf) ในมหาวิทยาลัยนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดกับหลักความเป็นกลางในทางศาสนา (Principle of Secularism) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรา 4 ประกอบกับมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982⁸¹

5.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าองค์กรตุลาการในหลาย ๆ ประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ศาลสูงสุดอินเดีย ศาลสูงสุดไอร์แลนด์ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี และศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ได้ประกาศว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Formal and Procedural Regularity) ได้ ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ องค์กรตุลาการในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จะก้าวล่วงไปไกลยิ่งกว่านั้น โดยการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Substantive Regularity) ได้หรือไม่

เพื่อที่จะตอบปัญหาดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นได้กำหนด “ข้อจำกัดในทางเนื้อหา” (Substantive Limitations) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้หรือไม่ เพราะหากปราศจากซึ่งข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปได้ในเชิงหลักการ เนื่องจากการที่องค์กรตุลาการจะเข้าไปตรวจสอบกรณีเช่นนั้นได้นั้น องค์กรตุลาการจะต้องมีการพิจารณาว่าเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสอดคล้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรตุลาการจำเป็นต้องใช้ “หลักเกณฑ์” หรือ “มาตรวัด” ในทางเนื้อหา เพื่อนำไปใช้ในการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่นั่นเอง

⁸¹ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, *supra* note 12, p.175.

ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) ย่อมหมายความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดก็ตามที่ได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในกรณีนี้ย่อมเป็นไปได้โดยสภาพ เว้นเสียแต่ว่าระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตุลาการของประเทศนั้นจะยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ซึ่งถือว่ามีเนื้อหาหรือหลักการบางประการที่เป็นข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถึงข้อห้ามดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม เช่นในกรณีของศาลสูงสุดอินเดียที่ประกาศว่าศาลมีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 จะไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) เอาไว้เลยก็ตาม แต่ศาลสูงสุดอินเดียก็ได้พัฒนา “หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน” (The Doctrine of Basic Structure) ของรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์หรือมาตรวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีเนื้อหาที่ส่งผลกระทบต่อหรือทำลายหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นนั้นหรือไม่ ดังที่ได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2

รัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน (Explicit Substantive Limitation) ที่เรียกว่า “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” (Immutable Principles) หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) เอาไว้แตกต่างกันไปดังที่ได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1 การดำรงอยู่ในระบบกฎหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดเจนเหล่านี้ ต้องถือว่าปราศจากการโต้แย้งหรือการถกเถียงในทางกฎหมายอีกต่อไป เนื่องจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้ได้ถูกบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) แล้ว ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ถูกสร้างและจัดตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกผูกพันโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ด้วยนั่นเอง

ดังนั้น โดยทั่วไปในประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการโดยองค์กรตุลาการได้แล้ว องค์กรตุลาการก็มักจะเข้าไปตรวจสอบความถูกต้องตรงกันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับข้อจำกัด

ในทางเนื้อที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์การตุลาการสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ทั้งในประเด็นว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหรือไม่ และในประเด็นที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับการตราขึ้นโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีต้องถือว่าไม่มีความแตกต่างใด ๆ ในทางกฎหมายเลยสำหรับประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองกรณี อย่างไรก็ตาม แม้ว่าองค์การตุลาการอาจเข้ามาตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ก็ต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่งและต้องเคารพแดนแห่งอำนาจตัดสินใจ (Appreciation) หรือดุลพินิจ (Discretion) ขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ด้วย⁸²

อย่างไรก็ตาม แม้จะดูเหมือนเป็นการขัดแย้งกันเอง แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญของบางประเทศในด้านหนึ่งอาจจะบัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ในอีกด้านหนึ่งรัฐธรรมนูญกลับบัญญัติห้ามไม่ให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไว้ด้วย เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 กำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มากมาย แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนั้นเองกลับบัญญัติห้ามไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทำให้เป็นที่แน่ชัดว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้ไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ การไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ จึงสมควรที่จะสรุปต่อไปว่าเฉพาะแต่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Authority) เท่านั้นที่จะมีอำนาจกำหนดความหมายของข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านี้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีดุลพินิจที่จะควบคุมตรวจสอบกันเองว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยสอดคล้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่นั่นเอง⁸³

ดังนั้น เราอาจสรุปได้ว่า เพียงแค่การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอไป หากแต่เราจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญว่าได้กำหนดให้องค์กรตุลา

⁸² European Commission for Democracy through Law, *supra* note 39, pp.45, 48.

⁸³ Kemal Gözler, *supra* note 26, pp.54 – 55.

การมีเขตอำนาจเช่นนั้นหรือไม่ด้วยเป็นสำคัญ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรตุลาการก็ย่อมไม่มีเขตอำนาจเช่นนั้น ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

อนึ่ง ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีนักวิชาการบางคนเสนอว่า⁸⁴ องค์กรตุลาการอาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยนำ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (Principle of Proportionality) ไปปรับใช้ในการพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปมีผลกระทบต่อ “แก่น” หรือ “สาระสำคัญ” ของบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ว่าไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญรับรองหลักประชาธิปไตย (Democracy) หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เอาไว้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการเหล่านี้อาจจะไม่ได้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอไป เฉพาะแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบถึง “แก่น” หรือ “สาระสำคัญ” ของหลักการดังกล่าวเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่จะเข้ามาตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปโดยเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือไม่ ดังตัวอย่างคดีดังต่อไปนี้

5.3.2.1 กรณีศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคดีที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่เคยปรากฏเลยว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause)⁸⁵ แต่ก่อนที่จะ

⁸⁴ Maxim Tomoszek, “Proportionality in Judicial Review of Constitutional Amendments,” Retrieved on April 16, 2014, From <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/175.pdf>

⁸⁵ Otto Pfersmann, *supra* note 77, p.84.

อภิปรายคดีเหล่านั้น สมควรที่จะศึกษาถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 เสียก่อน

กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) กำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อ การแบ่งแยกสหพันธ์ออกเป็นมลรัฐ (The division of the Federation into Länder) การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของมลรัฐ (Länder participation in the legislative process) หรือหลักการที่ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 1 ซึ่งประกาศหลักการห้ามล่วงละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (The Principle of the Inviolability of Human Dignity) และมาตรา 20 ซึ่งประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการเมืองและโครงสร้างทางสังคมของประเทศเยอรมนี เช่น หลักรัฐประชาธิปไตย (Democratic State) หลักสังคมรัฐ (Social State) และหลักสหพันธ์รัฐ (Federal State) หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติและความผูกพันต่อกฎหมายและความยุติธรรมของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ตลอดจนหลักสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของพลเมืองเยอรมนี (The defense of constitutional order) ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนีหลักการต่าง ๆ เหล่านี้ไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยวิถีทางของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้มาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 จึงถูกเรียกว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร” (Eternity Clause)⁸⁶

คดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้รับรองแนวความคิดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น คือ คดี **Southwest** ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951⁸⁷ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีอธิบายว่า รัฐธรรมนูญนั้นมีความเป็นเอกภาพ บทบัญญัติทุกมาตราล้วนแล้วแต่มีความเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์กัน ทำให้เมื่อพิจารณาอย่างเป็นเอกภาพแล้วรัฐธรรมนูญย่อมมี “หลักการพื้นฐานอันมีสถานะที่เหนือกว่าบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ” (Overarching Fundamental Principles) ดังนั้น หากบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานอันมีสถานะที่เหนือกว่าเหล่านี้แล้ว ย่อมถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่

⁸⁶ Nigel Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, 3rd edition (Oxford : Oxford University Press, 2003), p.198.

⁸⁷ Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, second edition (Durham : Duke University Press, 1997), p.67.

ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายดังกล่าวปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยในส่วนที่ไม่ได้เป็นประเด็นของคดี (obiter dictum) เท่านั้น⁸⁸

เช่นเดียวกับในคดี **Article 117** ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953⁸⁹ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีอธิบายว่า หากบทบัญญัติมาตราใดของรัฐธรรมนูญได้ก้าวล้ำเข้าไปใน “หลักความยุติธรรมอันอยู่เหนือกฎหมาย” (Higher-Law Principles of Justice) ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการที่จะต้องทำลายบทบัญญัตินั้นเสีย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีใน 2 คดีนี้ อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ยอมรับการดำรงอยู่ของ “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย” (Implicit Substantive Limitation) โดยอาศัยทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Theory of Hierarchy between Provisions of the Constitution) และทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (Theory of Supra-Constitutionality)

คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 73 (3) อย่างแท้จริงเป็นคดีแรกนั้น คือ คดี *Klass* ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภายใต้มาตรา 10 กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 กำหนดให้ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารจะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ และการจำกัดความเป็นส่วนตัวดังกล่าวต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 17 ว่าด้วยสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1968 ได้อนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่รับรองไว้ในมาตรา 10 ได้ ทั้งนี้ เพื่อปกป้องหลักการพื้นฐานของระบบประชาธิปไตยและความมั่นคงของสหพันธ์หรือมลรัฐ โดยสามารถออกกฎหมายอนุญาตให้มีการกำหนดมาตรการสอดส่องบุคคลได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกสอดส่องทราบ อีกทั้งยังกำหนดให้มาตรการสอดส่องดังกล่าวได้รับการตรวจสอบโดยคณะกรรมการหรืออนุกรรมการที่รัฐสภาแต่งตั้งขึ้นแทนที่จะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวอนุญาตให้มีการล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารได้หากเป็นไปได้เพื่อปกป้องหลักการพื้นฐานของระบบประชาธิปไตยและความมั่นคง

⁸⁸ Gerhard Leibholz, “The Federal Constitutional Court in Germany and the Southwest Case,” *The American Political Science Review* 46, p.723 (1952). and Gottfried Dietze, “Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany,” *Virginia Law Review* 42, pp.2-17 (1956).

⁸⁹ David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago : University of Chicago Press, 1994), p.219.

ปลอดภัยของชาติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวจึงถูกโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี เพื่อให้พิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อหลักการพื้นฐานที่เป็นบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ซึ่งกฎหมายพื้นฐานรับรองไว้ในมาตรา 79 (3) กล่าว โดยเฉพาะเจาะจงยิ่งขึ้น คือ การจำกัดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารและการแทนที่การควบคุมตรวจสอบมาตรการสอดส่องบุคคลโดยองค์กรตุลาการด้วยการตรวจสอบโดยองค์กรที่แต่งตั้งขึ้นโดยรัฐสภานั้น เป็นการไปละเมิด “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Power) และ “หลักนิติรัฐ” (Rule of Law) ซึ่งทั้งหมดล้วนแต่เป็นหลักการที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 79 (3) ทั้งสิ้น⁹⁰

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีโดยมติเสียงข้างมากได้ปฏิเสธข้ออ้างดังกล่าว และวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 17 มิได้ละเมิดต่อบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 79 (3) ด้วยเหตุผลว่าการควบคุมตรวจสอบมาตรการสอดส่องบุคคลโดยองค์กรที่รัฐสภาแต่งตั้งขึ้นแทนที่การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นเป็นการเพียงพอแล้วที่จะรับประกันถึงความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการสอดส่องดังกล่าว อีกทั้งมาตรา 79 (3) ต้องได้รับการตีความอย่างเคร่งครัด เนื่องจากเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปที่จะต้องไม่ขัดขวางฝ่ายนิติบัญญัติจากการปรับปรุงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ปรับปรุงนั้นจะเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเองก็ตาม โดยการตีความอย่างเคร่งครัดดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ตีความมาตรา 79 (3) ว่า หมายถึงเฉพาะการห้าม “ยกเลิก” หลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญและการสร้างระบบเผด็จการขึ้นผ่านวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ได้ห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ยังคง “รักษา” หลักการพื้นฐานดังกล่าวไว้ อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในคดีนี้ได้พัฒนาหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy หรือ Streitbare Demokratie) โดยอธิบายว่ารัฐธรรมนูญมีเป้าหมายเพื่อให้คุณค่าของระบอบเสรีประชาธิปไตยดำรงอยู่ได้ จึงจำเป็นต้องได้รับการป้องกันและต้องอนุญาตให้รัฐใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ซึ่งในคดีนี้ถือว่ามาตรการสอดส่องเป็นสิ่งจำเป็นในการรับมือกับองค์กรลับที่อาจมีวัตถุประสงค์ต่อต้านอำนาจรัฐ ดังนั้น วิธีการที่กำหนดไว้จึงเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในคดี Klass นั้น มีตุลาการเสียงข้างน้อย 3 คนจากตุลาการทั้งหมด 8 คน ที่ลงมติว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 17 นั้น

⁹⁰ Rory O’Connell, “Guardians of the Constitution : Unconstitutional Constitutional Norms,” *Journal of Civil Liberties* 4, pp.55 – 56 (1999)

ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁹¹ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้ไปละเมิด “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 1 และละเมิด “การปกป้องปัจเจกบุคคลทางกฎหมาย” ซึ่งสกัดมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มาตรา 20 (2) บัญญัติรับรองไว้ นอกจากนี้ ตุลาการเสียงข้างน้อยยังตีความมาตรา 79 (3) ว่าเพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไปกระทบต่อหลักการในมาตรา 1 และมาตรา 20 ก็ต้องห้ามไม่ให้กระทำแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นการยกเลิกหลักการดังกล่าวโดยสิ้นเชิงแต่อย่างใด⁹²

สมควรตั้งเป็นข้อสังเกตไว้ด้วยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 17 นี้ยังได้ถูกโต้แย้งไปยังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights) ด้วยในคดี *Klass v. Germany* อย่างไรก็ดี ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้มีคำวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี โดยศาลมองว่าจุดประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแท้จริงแล้วก็เพื่อปกป้องความมั่นคงแห่งชาติและเพื่อป้องกันการกระทำอันไม่พึงประสงค์หรืออาชญากรรมตามมาตรา 8 วรรค 2 ของอนุสัญญาสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention of Human Rights) อีกทั้งการไม่ได้รับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการก็ไม่ได้ไปละเมิดข้อจำกัดใด ๆ ที่ถือว่ามีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย เพราะการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ก็เป็นการเพียงพอแล้วสำหรับการควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพและต่อเนื่อง⁹³

คดี Acoustic Surveillance of Homes ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004⁹⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 13 (3) ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 45 เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1998 มาตรา 13 (3) ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นั้นอนุญาตให้มีการดักฟังบริเวณเคหสถานได้โดยอาศัยคำสั่งศาล ภายใต้เงื่อนไขว่ามีข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนที่สนับสนุนว่ามีผู้กระทำความผิดร้ายแรงตามที่กฎหมายบัญญัติ

⁹¹ Walter F. Murphy and Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries*, New York : St. Martin's Press, 1977), pp.663 - 665.

⁹² ปูนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.35.

⁹³ European Court of Human Rights, “Judgment of September 6, 1978, Series A, No. 28, § 46, 56, *Klass and others v. Federal Republic of Germany*,” Retrieved on May 16, 2014, From <http://cmiskp.echr.coe.int>.

⁹⁴ Jutta Stender-Vorwachs, “The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 concerning Acoustic Surveillance of Housing Space,” *German Law Journal* 5, pp.1337 – 1348 (2004).

อาจจะอาศัยอยู่ในเคหสถานดังกล่าวและการสืบสวนหาข้อเท็จจริงโดยวิธีการอื่นนั้นไม่ได้สัดส่วน หรือไม่มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จ หลังจากนั้นได้มีผู้ยื่นคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อ ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไปละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งได้รับการปกป้องโดยกฎหมายพื้นฐาน เยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 1 และเป็นหลักการที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงตามมาตรา 79 (3) ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในคดีนี้ได้พิจารณาและวินิจฉัยว่า⁹⁵ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าว ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักการที่มุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และอนุญาตแต่เพียงมาตรการใด ๆ ที่ไม่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงต้องถูกต้องความโดยเคร่งครัดว่าเพื่อมุ่ง คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่านั้น กล่าวคือ หากการใช้มาตรการดังกล่าวไปกระทบต่อ ชีวิตความเป็นส่วนตัวของประชาชนโดยแท้แล้ว มาตรการดังกล่าวย่อมอาจกระทำไม่ได้โดยไมถือว่าเป็น การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่ถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย

อย่างไรก็ตาม ในคดี *Acoustic Surveillance of Homes* นั้น ตุลาการ เสียงข้างน้อยกลับวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 45 นั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ ไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากไม่ได้มีการประกันความเป็นส่วนตัวซึ่งถือว่าเป็นหลักการที่มีอาจละเมิดได้ อีกทั้งยังเห็นว่าการอาศัยหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาเป็นเครื่องมือในการตีความบทบัญญัติของรัฐ บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ เพราะหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกลดคุณค่าลงจากสถานะเดิมที่เป็นหลักประกันอันไม่สามารถ ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เหลือเพียงเครื่องมือที่ช่วยในการตีความเท่านั้น⁹⁶

5.3.2.2 กรณีศาลรัฐธรรมนูญตุรกี⁹⁷

ภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 นั้น มาตรา 9 บัญญัติให้รูปแบบของ สาธารณรัฐของรัฐ (Republican Form of State) นั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงและการดำเนินการใด เพื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ไม่อาจกระทำได้เช่นกัน ดังนั้น จึงถือว่ารัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 กำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติม

⁹⁵ Nicolas Nohlen, “Germany: The Electronic Eavesdropping Case,” *International Journal of Constitutional Law* 3, pp.680 – 686 (2005).

⁹⁶ Kim Lane Scheppele, “Other People’s Patriot Acts: Europe’s Response to September 11,” *Loyola Law Review* 50, p.89 (2004).

⁹⁷ Kemal Gözler, *supra note* 26, pp.40 – 49, 64 – 66.

รัฐธรรมนูญไว้เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ รูปแบบสาธารณรัฐของรัฐ (Republican Form of State) ดังที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 นั้น ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถตกเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคำวินิจฉัยที่ 1970/31 ลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบและกระบวนการ (Review of Formal and Procedural Regularity) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 และได้เพิกถอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวเสีย เนื่องจากได้ดำเนินการโดยขั้นตอนและกระบวนการที่ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประเด็นสำคัญคือ ในคำวินิจฉัยฉบับนี้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกียังได้ประกาศว่าตนเองมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่ด้วย แต่เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบและกระบวนการมาตั้งแต่แรกแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวอีก

ส่วนภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ซึ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 นั้น มาตรา 147 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แต่จำกัดเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการเท่านั้น ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาได้ แต่ถึงกระนั้นก็ตามศาลรัฐธรรมนูญตุรกีกลับวินิจฉัยว่า ข้อห้ามแก้ไขรูปแบบของรัฐแบบสาธารณรัฐ (The prohibition of amending the republican form of state) ซึ่งเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหามากกว่าที่จะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการนั้น ถือเป็นเกณฑ์หรือมาตรฐานอย่างหนึ่งที่ศาลจะนำไปใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คำวินิจฉัยเลขที่ 1975/87 ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975 วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1973 ที่เพิ่มย่อหน้าสุดท้ายของมาตรา 138 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ว่า “ผู้พิพากษาศาลทหารต้องมีคุณสมบัติในการเป็นผู้พิพากษาเว้นแต่เมื่ออยู่ในภาวะสงคราม” ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีวินิจฉัยว่า ข้อความที่ว่า “เว้นแต่เมื่ออยู่ในภาวะสงคราม” ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและได้เพิกถอนข้อความดังกล่าวเสีย เนื่องจากข้อความดังกล่าวขัดต่อข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ (The prohibition of amending the

republican form of state) เพราะการกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลทหารในเวลาสงครามไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติในการเป็นผู้พิพากษาก็ได้นั้นขัดกับหลักความเป็นอิสระของตุลาการ (The principle that courts must be independent) ที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้ในมาตรา 7 และเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ (The rule of law principle) ที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้ในมาตรา 2 ซึ่งหลักนิติรัฐเองก็ถือว่าเป็นสาระสำคัญของรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ (the republican form of state) ซึ่งต้องห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 9

คำวินิจฉัยเลขที่ 1976/19 ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1971 โดยมาตรา 38 ที่แก้ไขใหม่กำหนดว่า ค่าตอบแทนสำหรับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นจะเกินกว่ามูลค่าที่เจ้าของได้ยื่นในการเสียภาษีครั้งก่อนไม่ได้ มีการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตุรกีโดยอ้างว่ามาตรา 38 ที่แก้ไขใหม่นั้นขัดกับข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ (The prohibition of amending the republican form of state) ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคดีนี้ได้ยกข้ออ้างดังกล่าวและวินิจฉัยโดยคะแนนเสียง 8 ต่อ 7 ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 38 ดังกล่าว ไม่ขัดต่อข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ อย่างไรก็ตาม ใน 6 เดือนต่อมาศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้กลับแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวในคำวินิจฉัยเลขที่ 1976/46 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตุรกีโดยคะแนนเสียง 8 ต่อ 7 ได้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 38 ดังกล่าวเสีย โดยให้เหตุผลว่าการคำนวณค่าตอบแทนสำหรับการเวนคืนซึ่งตั้งอยู่บนฐานของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ในแต่ละปีงบประมาณนั้น กระทบต่อแก่นของสิทธิในทางทรัพย์สินซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญและถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 2 และหลักนิติรัฐเองก็เป็นสาระสำคัญของรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐซึ่งไม่สามารถถูกเปลี่ยนแปลงโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 9

คำวินิจฉัยที่ 1971/37 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Substantive Regularity) โดยมีข้อเท็จจริงว่า พรรคแรงงานตุรกีได้ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญขอให้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1970 ซึ่งกำหนดให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาสูงต้องเลื่อนออกไปอีก 1 ปี 4 เดือน โดยอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา แต่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในคดีนี้ได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าว โดยเริ่มแรกศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่าศาลไม่สามารถหาความผิดปกติหรือความไม่ถูกต้องของรูปแบบและกระบวนการตรารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมครั้งดังกล่าวได้ ต่อมาศาลได้

พิจารณาในประเด็นว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ประกาศว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะ ตรวจสอบความสอดคล้องระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับรูปแบบสาธารณรัฐของรัฐ (Republican Form of State) ที่ได้รับการปกป้องไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 9 ได้ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ยังได้ตีความขยายความคำว่า “รูปแบบสาธารณรัฐของรัฐ” (Republican Form of State) ออกไปอย่างกว้างขวางอีกว่าประกอบไปด้วย “ลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐตุรกี” เช่น หลักนิติรัฐ หลักรัฐฆราวาส หลักสังคมรัฐ และหลักประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ตรวจสอบความสอดคล้องกันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับรูปแบบ สาธารณรัฐของรัฐแล้วและวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวไม่ได้กระทบกับรูปแบบ สาธารณรัฐของรัฐหรือหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ในคำวินิจฉัยต่าง ๆ ที่กล่าวข้างต้น ในเบื้องต้นนั้นศาล รัฐธรรมนูญตุรกีประกาศว่าศาลไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทาง เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Substantive Regularity) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ เองก็ยังยืนยันว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบได้เฉพาะแต่ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ และกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น อันถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้วในเชิงหลักการ เนื่องจากมาตรา 147 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1971 บัญญัติเอาไว้อย่าง ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีเขตอำนาจเฉพาะในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทาง รูปแบบและกระบวนการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ตีความคำว่า “ความชอบด้วย รัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ” (Formal and Procedural Regularity) อย่าง กว้างขวางว่าไม่ใช่หมายถึงแต่เพียงเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการริเริ่ม การพิจารณา และการลงมติให้ความ เห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง รูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ (The prohibition of amending the republican form of state) ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีตีความว่าศาลสามารถตรวจสอบความถูกต้องของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่แต่เพียงกับมาตรา 155 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบและ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เท่านั้น แต่ยังรวมถึงความถูกต้องกับมาตรา 9 ซึ่ง กำหนดว่ารูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเสนอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง ได้อีกด้วย แนวทางการตีความเช่นนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจากประเด็นที่ว่า การ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อรูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐอันไม่สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้นั้นไม่ใช่ “ประเด็นในทางรูปแบบหรือกระบวนการ” หากแต่เป็น “ประเด็นในทาง เนื้อหา” เพราะหากปราศจากการพิจารณาถึงเนื้อหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมเป็นไปได้

ไม่ได้เลยที่จะวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนั้นขัดกับหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจริงหรือไม่

ยิ่งไปกว่านั้นศาลรัฐธรรมนูญตุรกียังได้ตีความขยายความคำว่า “รูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐ” (Republican Form of State) ออกไปอย่างกว้างขวางอีกด้วย กล่าวคือ ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ใช้แต่เพียงกับการห้ามเปลี่ยนแปลงรูปแบบของของรัฐ (Form of State) จากสาธารณรัฐ (Republic) ไปเป็นรัฐในรูปแบบอื่น เช่น ราชาอาณาจักร (Kingdom) ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการห้ามเปลี่ยนแปลงลักษณะเฉพาะต่าง ๆ ของสาธารณรัฐที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญด้วย ไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักสังคมนิยม หลักรัฐฆราวาส กล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่ใช่แต่เพียง “รูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐ” (Republican Form of State) เท่านั้นที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แต่ยังรวมถึง “ลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐ” (Characteristic of the Republic) ด้วย แนวทางการตีความเช่นนี้ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเช่นกัน เนื่องจากหากพิจารณาตามมาตรา 9 แล้ว เฉพาะรูปแบบของสาธารณรัฐของรัฐเท่านั้นที่เป็นข้อห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพราะหากผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะปกป้องไม่ใช่แต่เพียงความเป็นสาธารณรัฐของรัฐตามมาตรา 1 เท่านั้นแต่ยังรวมถึงลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ด้วยแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ควรจะห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะเฉพาะดังกล่าวไปด้วยแล้ว ประกอบกับการที่ข้อห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นจากหลักการทั่วไปที่ว่าทุกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ เมื่อเป็นข้อยกเว้นแล้วจึงต้องได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดไม่อาจตีความอย่างขยายความดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีตีความได้ ทั้งนี้ ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า *exceptio est strictissimae interpretationis* หรือ *Exceptions must be interpreted in the strictest manner* นั้นเอง

บทที่ 6

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

หลังจากที่ได้อภิปรายถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้ว ต่อไปจะได้อภิปรายถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยฉบับต่าง ๆ ที่ผ่านมานในอดีตว่าได้บัญญัติถึงข้อจำกัดดังกล่าวเอาไว้อย่างไรบ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ตลอดจนความเหมือนและความแตกต่างกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ นอกจากนี้จะได้อภิปรายถึงปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยร่วมสมัยที่มีการถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน

6.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

นับตั้งแต่การปฏิวัติสยาม (Siamese Revolution) อันนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2559) เป็นเวลาเกือบ 84 ปี ประเทศไทยมีและใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมาแล้วทั้งสิ้นถึง 19 ฉบับ รัฐธรรมนูญเหล่านี้ปรากฏอยู่ใน 2 ลักษณะด้วยกัน คือ รัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการชั่วคราวซึ่งมักจะเรียกว่า “ธรรมนูญการปกครอง” ลักษณะหนึ่ง และรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการถาวรหรือรัฐธรรมนูญฉบับถาวร อีกลักษณะหนึ่ง แต่ในทางความเป็นจริงนั้น รัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการชั่วคราวบางฉบับกลับใช้บังคับอยู่เป็นเวลานาน เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ซึ่งเกิดขึ้นจากการทำรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่ใช้บังคับเป็นเวลากว่า 9 ปีเศษ ในขณะที่รัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการถาวรหลาย ๆ ฉบับกลับใช้บังคับอยู่ในระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเหล่านี้แม้จะมีหลักการที่สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอยู่บ้าง แต่กลับไม่สอดคล้องกับโครงสร้างอำนาจทางการเมืองของประเทศไทยที่อำนาจอธิปไตยหาได้อยู่ในมือของราษฎรอย่าง

แท้จริงไม่ หากแต่ตกอยู่ในมือของกลุ่มชนชั้นนำ (Elite) ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเหล่าผู้ดีเก่า นายทหารระดับสูง หรือข้าราชการประจำ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรเกือบทุกฉบับของประเทศไทยจึงมักถูกยกเลิกโดยการรัฐประหาร (Coup d'etat) ซึ่งเป็นการยึดอำนาจรัฐจากรัฐบาลในขณะนั้น เมื่อคณะผู้ก่อการรัฐประหารยึดอำนาจสำเร็จก็มักจะประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นมาใหม่ เมื่อมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับถาวรแล้วก็จะมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและจัดตั้งรัฐบาลใหม่ตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรดังกล่าว แต่เมื่อรัฐบาลดังกล่าวบริหารประเทศไปได้สักระยะเวลาหนึ่งก็จะถูกรัฐประหารยึดอำนาจและยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับถาวรนั้นและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวใหม่พร้อมทั้งจัดให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่อีกครั้งหมุนเวียนไปเช่นนี้เป็น “วงจรอุบาททางการเมือง” ของประเทศไทยมาเป็นเวลาหลายสิบปีนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475¹

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทยโดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแล้ว เราอาจแบ่งแยกประเภทรัฐธรรมนูญเหล่านี้ออกได้เป็น 2 ประเภทด้วย คือ รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

6.1.1 รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีอยู่ทั้งสิ้น 6 ฉบับด้วยกัน รัฐธรรมนูญเหล่านี้ทั้งหมดเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการชั่วคราวหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเท่านั้น เนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังจากการปฏิวัติ (Revolution) หรือการรัฐประหาร (Coup d'etat) อันได้แก่ (1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 (2) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 (3) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 (4) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 (5) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 และ (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

6.1.1.1 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ถือเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแบบสมัยใหม่ฉบับแรกของประเทศไทยภายหลังการอภิวัฒน์วัติ

¹ สมยศ เชื้อไทย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ฉบับใช้เรียน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), น.5.

สยาม (Siamese Revolution) รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวของประเทศไทยที่เกิดขึ้นจากการปฏิวัติ (Revolution) อย่างแท้จริง เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองอันเป็นกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของรัฐ กล่าวคือ เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) หาได้เป็นแต่เพียงการแย่งชิงอำนาจรัฐจากรัฐบาลมาเป็นของผู้ก่อการเพียงเท่านั้นไม่ แม้จะเป็นการปฏิวัติโดยใช้วิธีการรัฐประหาร (Coup d'etat) ก็ตาม²

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 กลับไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในมาตราใดเลย อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วย ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเกิดปัญหาตามมาว่าหากมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 แล้ว พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินดังกล่าวจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีข้อจำกัดหรือไม่ แค่นั้นเพียงใด³ ต่อปัญหานี้ ข้าพเจ้าเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญฉบับใดจะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้เลยก็ตาม ก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นย่อมสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ เนื่องจากรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยเหตุผลของเรื่องแล้วย่อมต้องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ เพื่อให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของสังคม การเมือง และเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ดังนั้น ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้หรือไม่ก็ตาม ก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ

สำหรับปัญหาว่าเมื่อสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีข้อจำกัดหรือไม่ แค่นั้นเพียงใดนั้น อาจกล่าวได้ว่าแม้เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบหรือในทางปฏิธานนิยม (Positivism) แล้ว จะถือว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ไม่มีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยก็ตาม ไม่ว่าจะป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหา แต่ถึงอย่างนั้นในทางปฏิบัติย่อม

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.78.

³ ดู บทที่ 7 หัวข้อ 7.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ต้องเกิดปัญหาตามมาว่าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ด้วยขั้นตอนและวิธีการเช่นไร ต่อปัญหานี้มีความเห็นอยู่ 2 ทางด้วยกัน ความเห็นแรกเห็นว่า ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยนั้น องค์การใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตลอดจนรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมจะเป็นเช่นไรนั้น ต้องพิเคราะห์จากการกำเนิดของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นว่า องค์การใดเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญและได้จัดให้มีรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการเช่นไร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ย่อมเป็นอำนาจขององค์การนั้นโดยวิธีการเช่นเดียวกับการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ในขณะที่อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยการนำรูปแบบและกระบวนการตรากฎหมายธรรมดามาใช้บังคับโดยอนุโลม และกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว

สำหรับกรณีของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 นั้น หากถือตามความเห็นแรกก็อาจมีปัญหาในเชิงเหตุผลของเรื่องได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เกิดขึ้นจากการอภิวัฒน์สยาม ซึ่งเป็นการปฏิวัติ (Revolution) รูปแบบหนึ่ง โดยมีคณะราษฎรเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การจะแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 แม้แต่การแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อย ๆ ก็จะต้องทำการปฏิวัติใหม่อีกครั้งหนึ่งอย่างนั้นหรือ ซึ่งไม่น่าจะชอบด้วยเหตุผลของเรื่อง ดังนั้น กรณีเช่นนี้จึงน่าจะต้องถือตามความเห็นที่สองที่ให้อนุโลมเอารูปแบบและกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาไปใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแทน อันน่าจะชอบด้วยเหตุผลของเรื่องมากกว่า แต่อย่างไรก็ตาม ในทางความเป็นจริง พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ไม่ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด เพราะมีอายุการใช้งานเพียง 5 เดือน 13 วัน⁴ เท่านั้น ก็ถูกยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475⁵

⁴ วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, วิเคราะห์เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญ, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2542), น.1.

⁵ สำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 นั้น เกิดขึ้นหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เพียง 1 วัน คือ ในวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475 หลวงประดิษฐมนูธรรมหรือนายปรีดี พนมยงค์ ได้เสนอต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรในครั้งแรกว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เป็นธรรมนูญชั่วคราวเพราะได้ยกร่างขึ้นอย่างกะทันหันอาจมีข้อบกพร่องได้ จึงควรจะให้ผู้มี

6.1.1.2 ธรรมเนียมการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวภายหลังการรัฐประหาร

ธรรมเนียมการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวภายหลังการรัฐประหารที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ทั้งสิ้น 5 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ (1) ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 (2) ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 (3) ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 (4) ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 และ (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

รัฐธรรมนูญเหล่านี้เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังจากการรัฐประหารยึดอำนาจรัฐจากรัฐบาลและล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ก่อนหน้า รัฐธรรมนูญเหล่านี้จึงเป็นกติกาพื้นฐานของรัฐที่คณะผู้ก่อการรัฐประหารมุ่งหมายที่จะให้ใช้บังคับเพียงชั่วคราวในระหว่างที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเท่านั้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเหล่านี้จึงมักมีบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่มักจะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้ ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้จัดทำรัฐธรรมนูญชั่วคราวเหล่านี้ไม่มีความประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว หากแต่ประสงค์ที่จะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นใหม่ทั้งฉบับแทน และเมื่อได้จัดทำรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่เสร็จและได้มีการประกาศใช้บังคับแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็จะถูกยกเลิกไปโดยปริยาย⁶

6.1.2 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่เหลืออีก 13 ฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการถาวรหรือรัฐธรรมนูญฉบับถาวร แต่อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะใช้บังคับเป็นการชั่วคราวหรือรับธรรมนูญฉบับชั่วคราวอยู่ 2 ฉบับด้วยกันที่พบว่ามีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 และ

ความรู้ความชำนาญได้ตรวจแก้ไขเพิ่มเติมให้สมบูรณ์ ซึ่งที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรก็เห็นชอบตามที่เสนอและได้แต่งตั้งอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่งเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อไป ดู กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น.11.

⁶ กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น.56 - 57.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับนั้น มีดังต่อไปนี้⁷

(1) **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475** บัญญัติไว้ในหมวด 6 บทสุดท้าย มาตรา 63 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ และได้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ 3 ครั้งด้วยกัน

(2) **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489** บัญญัติไว้ในหมวด 6 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 85 มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นจากการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้มีการจัดทำขึ้นใหม่โดยใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า โดยไม่ได้เกิดขึ้นจากทำลายรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ เช่น การปฏิวัติหรือการรัฐประหาร อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีระยะเวลาการใช้บังคับเพียง 1 ปีเศษเท่านั้น ก็ถูกยกเลิกโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 โดยไม่เคยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเลย

(3) **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490** บัญญัติเอาไว้ในหมวด 7 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 นับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นหลังการรัฐประหารฉบับแรกที่มีการบัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้รัฐธรรมนูญทั้งที่ตามปกติแล้วรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมักจะไม่มียกเว้นว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁸

⁷ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.17 – 53. และ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.63 – 65.

⁸ อย่างไรก็ตาม แม้ในทางรูปแบบจะถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็ตาม แต่หากพิจารณาในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการวางโครงสร้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยการจัดแยกเป็นหมวดหมู่ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่มีขนาดยาว และการที่แต่เดิมรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องการยกร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่เอาไว้เลย แต่ได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการยกร่างรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่เข้าไปภายหลัง ประกอบกับยังได้บัญญัติถึงเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแยกเอาไว้เป็นหมวด โดยเฉพาะในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญถาวรด้วยแล้ว ย่อมสะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเจตนารมณ์แต่เดิมของผู้จัดทำรัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญถาวร หากมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นเพียงรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังชื่อเรียกไม่ และแม้แต่ชื่อ

อย่างไรก็ตาม ก็บัญญัติไว้อย่างสั้น ๆ เท่านั้นว่า “รัฐธรรมนูญนี้แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยความเห็นชอบของรัฐสภา” โดยไม่ได้กำหนดรูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นพิเศษเหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าเลย ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงต้องนำเอารูปแบบและกระบวนการตราพระราชบัญญัติมาใช้บังคับโดยอนุโลม และถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย (Flexible Constitution) โดยภายหลังการประกาศใช้ไม่ถึง 1 ปี ก็ถูกแก้ไขเพิ่มเติมถึง 3 ครั้งด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งที่ 2 นั้น ได้กำหนดให้มีการจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเพื่อดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงนับเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวภายหลังการรัฐประหารฉบับแรกที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่ด้วย ซึ่งในภายหลังก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ในทางการเมืองจึงถือได้ว่าการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 นั้น เป็นจุดเริ่มต้นของ “วงจรอุบาทว์ทางการเมือง” ของประเทศไทยที่วนเวียนอยู่ระหว่างการรัฐประหารฉีกรัฐธรรมนูญ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และการยกร่างรัฐธรรมนูญถาวร

(4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 บัญญัติไว้ในหมวด 10 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มาตรา 173 – มาตรา 176 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491) และนับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้สิทธิแก่ประชาชนในการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกยกเลิกโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2495 โดยไม่เคยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเลย

(5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 บัญญัติไว้ในหมวด 8 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 111 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2495 ซึ่งได้นำรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 มาแก้ไขปรับปรุงและประกาศใช้บังคับอีกครั้งหนึ่งเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 หลักการในรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงมีลักษณะผสมผสานกันระหว่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 กับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 แต่สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น

เรียกเองก็มีข้อสังเกตว่าใช้คำว่า “รัฐธรรมนูญ” แทนที่จะเรียกว่า “ธรรมนูญการปกครอง” ดังเช่นรัฐธรรมนูญชั่วคราวภายหลังการรัฐประหารฉบับอื่น ๆ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 นั้น เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่มีเนื้อหาสาระหรือยกร่างขึ้นในลักษณะของรัฐธรรมนูญถาวร

รัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับมีรูปแบบและกระบวนการตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 จะแตกต่างกันก็เฉพาะในส่วนของการพิจารณาโดยรัฐสภาที่ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 ใช้ระบบสภาคู่ (Bicameral System) ในขณะที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ใช้ระบบสภาเดี่ยว (Unicameral System) อนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่เคยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม

(6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 บัญญัติไว้ในหมวด 10 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มาตรา 169 – มาตรา 172 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ภายหลังจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญใช้เวลากร่างอยู่ถึง 9 ปีด้วยกัน สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้กลับไปใช้รูปแบบและกระบวนการตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ เหมือนกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 โดยเฉพาะการบัญญัติให้สิทธิแก่ประชาชนในการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 บัญญัติไว้ในหมวด 11 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มาตรา 228 – มาตรา 231 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นภายหลังจากเหตุการณ์วันมหาวิปโยค 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 หลังจากที่จอมพลถนอม กิตติขจร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้ลาออกจากตำแหน่งและได้เดินทางออกนอกประเทศไปแล้ว พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงประกาศแต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีด้วยพระองค์เอง รัฐบาลของนายสัญญาได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยคณะกรรมการชุดนี้ได้นำเอารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 มาเป็นแนวทางในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีรูปแบบและกระบวนการตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ เหมือนกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 ซึ่งมีเอกลักษณ์ตรงที่บัญญัติให้สิทธิแก่ประชาชนในการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม 1 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2518 โดยแก้ไขให้นายรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาจากเดิมที่ให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการดังกล่าว

(8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 บัญญัติไว้มาตรา 24 และมาตรา 28 โดยไม่ได้บัญญัติแยกไว้เป็นหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับถาวรก่อนหน้า ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ภายหลังจากเหตุการณ์ล้อมปราบนิสิตนักศึกษาและประชาชนที่ชุมนุมประท้วงการเดินทางกลับเข้าประเทศไทยของจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งหากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้แม้จะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร แต่กลับมีหลักการสำคัญที่คล้ายคลึง

กับรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ภายใน 4 ปี นับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีรัฐสภาที่ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้งและวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงนับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติบังคับให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็หาได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่มาตรา 28 กำหนดเอาไว้ไม่ เนื่องจากถูกยกเลิกเสียก่อนโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520

(9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 บัญญัติไว้ในหมวด 11 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 194 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการจัดทำขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ภายหลังจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังคงใช้รูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 รัฐธรรมนูญฉบับนี้นับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งที่มีระยะเวลาการใช้บังคับยาวนานถึง 12 ปีเศษ จะเป็นรองก็แต่เพียงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 ที่มีระยะเวลาการใช้บังคับนานถึง 13 ปีเศษเท่านั้น ซึ่งตลอดระยะเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้งด้วยกัน

(10) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้ในหมวด 11 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการจัดทำขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ภายหลังจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังคงใช้รูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 ซึ่งตลอดระยะเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม 6 ครั้งด้วยกัน โดยการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่มีความสำคัญ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 6 ซึ่งเป็นการ “เพิ่มเติม” หมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งท้ายที่สุดก็คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 6 โดยการเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก่อให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎีตามมาว่าองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำหรือไม่ เนื่องจากเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แต่เดิมสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและ

ยังเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่นำไปสู่จุดจบของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเองด้วย ซึ่งจะได้อภิปรายโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 7 หัวข้อ 7.3.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

(11) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้ในหมวด 12 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 313 รัฐธรรมนูญฉบับนี้นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำขึ้นใหม่โดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 หมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่) ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับถาวรในอดีตที่ผ่านมาส่วนใหญ่ ซึ่งมักจะถูกจัดทำขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหรือธรรมนูญการปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากเกิดกระแสเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองอย่างจริงจัง รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเป้าหมายเพื่อการปฏิรูปการเมืองที่ล้มเหลว โดยมุ่งที่จะแก้ไขระบบการเมืองขั้นพื้นฐานมิใช่แก้ไขเพียงประเด็นใดประเด็นหนึ่งเท่านั้น สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น แม้ในแง่ของรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมจะยังคงใช้รูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่ผ่านมา แต่ในแง่ของเนื้อหา นั้น พบว่ามีพัฒนาการที่สำคัญยิ่งในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย คือ การนำเอาข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 313 (1) วรรคสอง กล่าวคือ การห้ามมิให้มีการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลาเกือบ 10 ปี ของการใช้บังคับ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเพียง 1 ครั้งเท่านั้น โดยเป็นการแก้ไขของคณะกรรมาธิการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(12) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติไว้ในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ย้อนกลับไปสู่วงจรเดิมของการเมืองไทย กล่าวคือ ภายหลังจากรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ก็มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 และยังเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญภายหลังจากรัฐประหารฉบับแรกที่มีการนำเอาร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (Referendum) ก่อนประกาศใช้บังคับด้วย⁹ สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ยังคงยึดถือ

⁹ อย่างไรก็ตาม การออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้น่าจะมีปัญหาในแง่ของความชอบธรรมอยู่หลายประการ เนื่องจากเกิดขึ้นในบรรยากาศที่ไม่เอื้อต่อการแลกเปลี่ยนข้อมูลและความคิดเห็นกันอย่างเป็นประชาธิปไตย ไม่เปิดให้แต่ละฝ่ายมีโอกาสสนทนาค์

ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ทั้งข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการและข้อจำกัดในทางเนื้อหา แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยตลอดระยะเวลาการใช้อำนาจรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้ง จนถูกยกเลิกโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557

(13) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บัญญัติไว้ในมาตรา 46 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยเกิดขึ้นจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 นับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวซึ่งเกิดขึ้นหลังการรัฐประหารฉบับที่สองต่อจากรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ที่มีการบัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้นั้นถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย (Flexible Constitution) เนื่องจากใช้มติในการให้ความเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เท่านั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้ว 2 ครั้งด้วยกัน

6.1.2.1 รูปแบบการบัญญัติและลักษณะร่วมกันในภาพรวม

รัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับนั้น มีรูปแบบการบัญญัติบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หากเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมักจะบัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแยกเอาไว้เป็นหมวดหนึ่งต่างหากโดยเฉพาะโดยส่วนใหญ่จะบัญญัติเอาไว้เพียงมาตราเดียวแต่จะมีหลายอนุมาตรา ในแต่ละอนุมาตราก็จะกำหนดขั้นตอนและเงื่อนไขต่าง ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นลำดับไป ไล่ตั้งแต่อนุมาตราที่กำหนดถึงผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รูปแบบของร่างกฎหมายที่ใช้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวนวาระการพิจารณาของรัฐสภา จำนวนคะแนนเสียงที่ต้องใช้สำหรับให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ ไปจนถึงการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและการประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกระบวนการเหล่านี้มักจะมี ความซับซ้อนและกระทำไต่ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ที่รับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเหล่านั้น ดังนั้น ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญของไทยในอดีตส่วนใหญ่เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก

ความเห็นของตนได้อย่างเต็มที่ และพื้นที่ในหลาย ๆ จังหวัดก็ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎอัยการศึกในวันที่มีการลงประชามติ อีกทั้งประชาชนยังไม่อาจทราบผลลัพธ์ที่ชัดเจนหากร่างรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการลงประชามติด้วย

(Rigid Constitution) แต่ก็ไม่ได้ยากจนถึงขนาดแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้เลยในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ามีรัฐธรรมนูญอยู่ 3 ฉบับด้วยกันที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีมากกว่าหนึ่งมาตรา ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้ นอกจากมาตราหลักที่กำหนดรูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีมาตราที่บัญญัติถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เพิ่มเข้ามาด้วย

แต่หากเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหาร ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แล้ว รัฐธรรมนูญเหล่านี้มักจะบัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นมาตราหนึ่งโดด ๆ โดยไม่ได้บัญญัติแยกไว้เป็นหมวดโดยเฉพาะเหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับถาวร เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเองก็มักเป็นรัฐธรรมนูญขนาดสั้นที่มีเนื้อหาไม่กี่มาตรา และโดยทั่วไปก็มักไม่ค่อยจัดโครงสร้างโดยแยกแยะเอาไว้เป็นหมวดหมู่อยู่แล้ว สำหรับรูปแบบและวิธีการตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มักจะบัญญัติเอาไว้กว้าง ๆ ให้กระทำได้โดยง่าย โดยไม่มีขั้นตอนหรือวิธีการที่ซับซ้อนหลายชั้นเหมือนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับถาวร จนบางครั้งก็แทบจะไม่มี ความแตกต่างจากการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาเลย รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงมักจะเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย (Flexible Constitution)

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยในภาพรวมนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับเหล่านี้แล้ว จะพบลักษณะร่วมที่เหมือนกันของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยอยู่ 3 ประการด้วยกัน ดังนี้

(1) ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé, Amendment Power) คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislature) หรือรัฐสภา (Parliament) ไม่ว่าจะรัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะใช้ระบบสภาเดี่ยว (Unicameral System) ซึ่งมีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว หรือจะใช้ระบบสภาคู่ (Bicameral System) ซึ่งจะมีพฤฒิสภาหรือวุฒิสภาเป็นสภาสูงอีกสภาหนึ่งด้วย หรือจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหารที่มักเรียกว่า “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการได้ทันทีโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่ดำรงอยู่ในขณะที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น โดยไม่จำเป็นต้องจัดตั้งองค์กรพิเศษ (Special Body) ขึ้นอีกองค์กรหนึ่ง เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) เพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะแต่อย่างใด กรณีนี้จะแตกต่างกับรัฐธรรมนูญในหลายประเทศที่มีแนวโน้มที่จะให้ประชาชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงในขั้นตอน

สุดท้ายอีกครั้งหนึ่งผ่านกลไกการออกเสียงประชามติ (Referendum) เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 หรือรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 เป็นต้น ซึ่งการกำหนดเช่นนี้จะทำให้ประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยมีโอกาสเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง อันเป็นการเสริมสร้างความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้แก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถทำได้เพียง 1 ช่องทาง (Chanel) เท่านั้น กล่าวคือ จะต้องดำเนินการโดยผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาเท่านั้น แม้รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติให้ผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอยู่หลายองค์กรก็ตาม เช่น คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา แต่ท้ายที่สุดไม่ว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะสำเร็จลุล่วงไปได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาภายใต้เงื่อนไขเดียวกันที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น กรณีนี้จึงแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของบางประเทศที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการได้หลายช่องทางและภายใต้เงื่อนไขที่แตกต่างกัน เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้ 2 ช่องทาง กล่าวคือ ช่องทางแรกโดยการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยเสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) ของสมาชิกแต่ละสภาแล้วจึงนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) หรือช่องทางที่สองโดยการอนุมัติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประธานาธิบดีเสนอต่อรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) 3 ใน 5 ของสมาชิกรัฐสภาที่มาประชุมร่วมกัน โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีก

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น ไม่มีการแบ่งแยกประเภทระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ กับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ไม่เป็นหลักการพื้นฐานหรือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการแยกประเภทเช่นนี้จะส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีรูปแบบและกระบวนการตลอดจนเงื่อนไขต่าง ๆ ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเภท ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 และรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยที่ผ่านมาในอดีตจึงมีเพียงประเภทเดียว กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ไม่เป็น

หลักการพื้นฐานหรือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น

6.1.2.2 ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับนั้นส่วนใหญ่แล้วจะมีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติตามปกติ โดยเริ่มตั้งแต่การเสนอญัตติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา การพิจารณาและการให้ความเห็นชอบในวาระต่าง ๆ ของรัฐสภา ไปจนถึงการประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดบางส่วน ซึ่งทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีความยากง่ายแตกต่างกันไป โดยแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) ผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับ ส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้ผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีได้หลายองค์กร ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 5 องค์กรด้วยกัน ดังนี้

(1.1) คณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 46 ววรรค 1 เท่านั้น ที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ต้องมีมติร่วมกันในการริเริ่มให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวที่ให้สิทธิแก่คณะรัฐมนตรีเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นในการริเริ่มให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยไม่ให้สิทธินี้แก่องค์กรอื่น ๆ เลย ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้ในช่วงที่มีสภาพปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁰ และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีหลักการสำคัญคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวภายหลังการรัฐประหาร

(1.2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามสัดส่วนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Specific Percentage) มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยไม่ได้กำหนดไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน (Certain Number) ว่าต้องใช้สมาชิกจำนวนกี่คน อีกทั้งยังไม่ได้

¹⁰ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เรื่อง 4 การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น.47.

กำหนดให้สมาชิกแต่ละคน (Individual Members) มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่กำหนดให้ต้องใช้ “เสียงข้างน้อยพิเศษ” (Qualified Minority) ใน 4 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

(ก) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร มีอยู่ 2 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534

(ข) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร มีอยู่ 3 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495

(ค) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร มีอยู่ 3 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(ง) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มีอยู่ 2 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า มีรัฐธรรมนูญอยู่ 2 ฉบับด้วยกันที่ไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 นอกจากนี้ การริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 ไปจนถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 นั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดอยู่มีมติให้เสนอได้ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขดังกล่าวถูกยกเลิกไปในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(1.3) สมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ของประเทศไทยมักจะกำหนดให้ใช้ระบบสภาคู่ (Bicameral System) กล่าวคือ กำหนดให้รัฐสภา (Parliament) มีสภา 2 ชั้น คือ วุฒิสภาเป็นสภาสูง (Upper House) และสภาผู้แทนราษฎรเป็นสภาล่าง (Lower House) อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาในอดีตที่ผ่านมาจะมีอำนาจน้อยกว่าสภาผู้แทนราษฎร โดยทำหน้าที่เป็นเพียงสภากลั่นกรองกฎหมายเท่านั้น อีกทั้งสมาชิกวุฒิสภาในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ก็ไม่ได้มีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หากแต่มาจากการเลือกตั้งทางอ้อมบ้างหรือมาจากการแต่งตั้งบ้างแล้วแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญหลายฉบับแม้จะกำหนดให้มีวุฒิสภาก็ตาม ก็หาได้ให้สิทธิแก่สมาชิกวุฒิสภาในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่เพียงลำพังไม่ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญอยู่ 2 ฉบับ ที่ให้สิทธิแก่สมาชิกวุฒิสภาตามสัดส่วนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Specific Percentage) เพียงลำพังในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 ที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งมีข้อสังเกตว่า แม้รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจะยอมให้สมาชิกวุฒิสภามีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่สัดส่วนของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะมีสิทธิเช่นนี้ได้ต้องไปนับรวมกับจำนวนสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสภาล่างด้วย

(1.4) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาร่วมกัน

แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับจะไม่ให้สิทธิแก่สมาชิกวุฒิสภาในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงลำพัง แต่ก็มีรัฐธรรมนูญอยู่ 5 ฉบับด้วยกัน ที่บัญญัติให้สิทธิแก่สมาชิกวุฒิสภาในการริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามสัดส่วนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Specific Percentage) โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องใช้ “เสียงข้างน้อยพิเศษ” (Qualified Minority) ใน 2 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

(ก) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา
ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 เพียงฉบับเดียว

(ข) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภามีอยู่ 4 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การร่วมกันริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญระหว่างสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 นั้น จะกระทำได้ที่ต่อเมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดอยู่มีมติให้เสนอได้ด้วย อย่างไรก็ตาม เจื่อนไขดังกล่าวถูกยกเลิกไปในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(1.5) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยในอดีตที่ผ่านมาไม่มีฉบับใดเลยที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้แต่ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งได้ชื่อว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” ก็ตาม จนกระทั่งมาถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ที่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ให้สิทธิแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ในการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542 นับเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยครั้งสำคัญ เพราะแม้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 170

จะกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 50,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายได้ก็ตาม แต่สิทธิดังกล่าวก็หาได้รวมไปถึงการร้องขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายที่ประชาชนจะมีสิทธิร้องขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยหรือกฎหมายว่าด้วยนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐเท่านั้น¹¹

บทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งดังกล่าวได้มีการนำไปใช้บังคับจริงในทางปฏิบัติ เมื่อนายแพทย์เหวง โตจิราการ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 71,543 คน ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... พร้อมด้วยบันทึกหลักการและเหตุผล และบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 โดยร่างดังกล่าวมุ่งหมายที่จะนำบทบัญญัติส่วนใหญ่ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 กลับมาใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม ร่างดังกล่าวก็ไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่ 1 ชั้นรับหลักการ เนื่องจากได้คะแนนเสียงไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(2) ผู้มีอำนาจตัดสินใจให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญทั้ง 13 ฉบับ กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจว่าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่ได้มีการริเริ่มเสนอขึ้นมาโดยผู้มีสิทธิริเริ่มตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติในที่นี้ตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ ได้แก่ “รัฐสภา” ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภารวมกัน ในกรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นใช้ระบบสภาคู่ (Bicameral System) หรืออาจเป็น “สภาผู้แทนราษฎร” เพียงสภาเดียว ในกรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นใช้ระบบสภาเดี่ยว (Unicameral System) ก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 หรืออาจเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่คณะรัฐประหารแต่งตั้งขึ้น ได้แก่ “สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน” ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 และ “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ตามรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

(3) รูปแบบที่ใช้ในการริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติม

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 ไปจนถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องเสนอใน

¹¹ ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2552), น.56 - 57.

รูปแบบใด แต่ในทางปฏิบัตินั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านี้จะจัดทำในรูปแบบของ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศ พ.ศ. 2482 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 รูปแบบเช่นนี้ถือเป็นการแสดงให้เห็นว่ารูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างจากรูปแบบการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาที่ต้องจัดทำในรูปแบบของ “ร่างพระราชบัญญัติ” จนกระทั่งมาถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนให้การริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะต้องจัดทำในรูปแบบของ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” และหลังจากนั้นเป็นต้นมารูปแบบที่ใช้ในการริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมเช่นนี้ก็ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุก ๆ ฉบับ แม้แต่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ก็ยังปรากฏรูปแบบที่ใช้ในการริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า รูปแบบที่ใช้ในการริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถจัดทำใน “รูปแบบของกฎหมายธรรมดา” ได้ เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ.1949 หรือรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องกระทำโดยกฎหมาย จึงทำให้สามารถกระทำในรูปแบบของ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Law on the Amendment to the Constitution) ได้

(4) จำนวนวาระการพิจารณา

หลังจากมีการริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยผู้มีสิทธิ ดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé, Amendment Power) โดยหากรัฐธรรมนูญฉบับนั้นใช้ระบบสภาคู่ (Bicameral System) ก็มักจะกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญร่วมกัน สำหรับวาระการพิจารณานั้น รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้ต้องแยกการพิจารณาออกเป็นหลายวาระ (Multiple Readings) โดยรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาเป็น 3 วาระ ได้แก่ วาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการ วาระที่ 2 ขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และวาระที่ 3 ขึ้นสุดท้าย

อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญอยู่ 3 ฉบับ ที่ไม่ได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณาเป็น 3 วาระ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 มาตรา 63 (2) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการพิจารณา 2 วาระ¹² กล่าวคือ เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติครั้งแรกแล้ว ก็ให้รอไว้ 1 เดือน เมื่อพ้นกำหนดแล้วให้นำขึ้นเสนอสภาผู้แทนราษฎรเพื่อลงมติอีกครั้งหนึ่ง และรัฐธรรมนูญฯ

¹² กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.53.

(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 46 วรรค 2 กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในขณะที่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้เลย

(5) การพิจารณาวาระที่ 1

การพิจารณาในวาระที่ 1 เป็นการพิจารณาขั้นรับหลักการว่าจะรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้เสนอขึ้นมาเอาไว้พิจารณาหรือไม่ เมื่อสมาชิกได้อภิปรายกันเสร็จสิ้นแล้วก็จะดำเนินการออกเสียงลงคะแนน รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับจะกำหนดให้วิธีการออกเสียงลงคะแนนนั้นต้องใช้ “วิธีเรียกชื่อ” และ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาจนถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นอกจากจะบัญญัติให้ใช้ “วิธีเรียกชื่อ” แล้ว ยังบัญญัติต่อไปอีกว่าต้อง “ลงคะแนนโดยเปิดเผย” ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นเรื่องสำคัญจึงต้องให้สมาชิกลงคะแนนโดยเปิดเผยเพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่าผู้แทนของตนมีความคิดเห็นอย่างไร อันเป็นการแสดงออกซึ่งความรับผิดชอบต่อประชาชนในระบอบประชาธิปไตย จะมีก็แต่เพียงรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับเท่านั้นที่ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 สำหรับจำนวนคะแนนเสียงที่ต้องใช้สำหรับให้ความเห็นชอบในการพิจารณาวาระที่ 1 ตามรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ นั้น มักจะกำหนดให้ใช้ตั้งแต่ “เสียงข้างมากธรรมดา” (Ordinary Majority) ไปจนถึง “เสียงข้างมากพิเศษ” (Qualified Majority) ใน 3 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

(ก) ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 เพียงฉบับเดียวเท่านั้น

(ข) ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภามีอยู่ 4 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 (มีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว) และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511

(ค) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา มีอยู่ 6 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 (มีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเพียงสภาเดียว) รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(6) การพิจารณาวาระที่ 2

เมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 1 แล้วก็จะเข้าสู่การพิจารณาในวาระที่ 2 ซึ่งเป็นการพิจารณาเรียงลำดับมาตรา แต่ก่อนที่รัฐสภาจะพิจารณาเรียงลำดับมาตรานั้น ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภามักจะแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง

เพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวพิจารณาเสร็จแล้วก็จะเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาเรียงตามลำดับมาตราจนจบแล้วให้รัฐสภาพิจารณาทั้งร่างนั้นเป็นการสรุปอีกครั้งหนึ่ง¹³ ในส่วนของการออกเสียงลงคะแนนนั้นจะต้องออกเสียงลงคะแนนเรียงลำดับมาตราเป็นรายมาตราไปทุกมาตรา โดยรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้ถือเอาเสียงข้างมาก (Ordinary Majority) เป็นประมาณ กล่าวคือ ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบการพิจารณาในวาระที่ 2 อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาในวาระที่ 2 ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นั้น มาตรา 291 (4) กำหนดให้ในกรณีที่ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 50,000 คน รัฐสภาจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวด้วย

(7) การเว้นระยะเวลาระหว่างวาระที่ 2 กับวาระที่ 3

เมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 2 แล้ว รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับจะกำหนดให้ต้องรอการพิจารณาวาระที่ 3 เอาไว้ก่อน เมื่อพ้นระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว จึงสามารถดำเนินการพิจารณาวาระที่ 3 ต่อไปได้ กรณีเช่นนี้ คือ การเว้นระยะเวลาการพิจารณา (Time Delay) ระหว่างวาระในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการพิจารณาหลายวาระ (Multiple Readings) ทั้งนี้ ก็เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาได้มีโอกาสรับฟังความคิดเห็นของสาธารณชนอีกครั้งหนึ่งและพิจารณาให้รอบคอบก่อนที่จะดำเนินการลงมติให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระสุดท้ายนั่นเอง

สำหรับระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องเว้นระยะเอาไว้วันนั้น รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับกำหนดให้เว้นระยะเวลาเอาไว้ 15 วันนับแต่วันที่การพิจารณาวาระที่ 2 เสร็จสิ้น จะมีก็แต่เพียงรัฐธรรมนูญ 4 ฉบับเท่านั้นที่กำหนดเรื่องนี้ไว้แตกต่างออกไป ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 มาตรา 63 (2) กำหนดเอาไว้ 1 เดือนนับแต่วันที่สมาชิกได้ลงมติครั้งแรก รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 กำหนดเอาไว้ 5 วัน นับแต่วันที่การพิจารณาวาระที่ 2 เสร็จสิ้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้

(8) การพิจารณาวาระที่ 3

เมื่อพ้นระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้แล้ว ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่ 3 ซึ่งเป็นขั้นสุดท้าย การพิจารณาในวาระที่ 3 นั้น

¹³ เพิ่งอ้าง, น.60.

จะไม่มีกรอภิปรายของสมาชิกรัฐสภาอีก แต่จะเป็นการลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นทั้งฉบับ ซึ่งรัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับกำหนดให้ต้องใช้ต้องใช้ “**วิธีเรียกชื่อ**” และนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาจนถึงรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นอกจากจะบัญญัติให้ใช้ “**วิธีเรียกชื่อ**” แล้ว ยังบัญญัติต่อไปว่าต้อง “**ลงคะแนนโดยเปิดเผย**” เช่นเดียวกับการพิจารณาในวาระที่ 1 ด้วย จะมีก็แต่เพียงรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับเท่านั้นที่ไม่ได้กำหนดเรื่องนี้เอาไว้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 สำหรับจำนวนคะแนนเสียงที่ต้องใช้สำหรับให้ความเห็นชอบในการพิจารณา วาระที่ 3 ตามรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ นั้น มักจะกำหนดให้ใช้ตั้งแต่ “เสียงข้างมากธรรมดา” (Ordinary Majority) “เสียงข้างมากเด็ดขาด” (Absolute Majority) ไปจนถึง “เสียงข้างมากพิเศษ” (Qualified Majority) ใน 4 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

(ก) ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 เพียงฉบับเดียวเท่านั้น

(ข) ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา มีอยู่ 4 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 (มีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว) และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511

(ค) ไม่น้อยกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา มีอยู่ 3 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 (มีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเพียงสภาเดียว) และรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพียงสภาเดียว)

(ง) มากกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา มีอยู่ 4 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(9) การลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับ

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 3 แล้ว รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ให้ใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ด้วย ดังนี้

(ก) ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น
จากรัฐสภา ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534

(ข) ภายใน 20 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น
จากรัฐสภา ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(ค) ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติให้ความ
เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

(10) การลงประชามติ

รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับที่ผ่านมาจะไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่ประชาชน
ในการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่ร่าง
รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภามาแล้ว อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญอยู่ 3
ฉบับด้วยกันที่มีบทบัญญัติกล่าวถึงการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติม ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517
รัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เหมือนกัน ดังนี้

(ก) การให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ให้ความ
เห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นพระราชอำนาจของ
พระมหากษัตริย์ กล่าวคือ ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้น
ทูลเกล้าฯ นั้นกระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน และทรงพระราชดำริ
เห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย ก็จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการภายใน 90 วันนับแต่
วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ให้นำร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ
อย่างไรก็ตาม หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามดังกล่าวนี้ ก็จะไม่สามารถใช้พระราช
อำนาจในการยับยั้ง (Veto) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ให้ได้

(ข) เมื่อมีประกาศพระบรมราชโองการแล้ว ให้ตราพระราชกฤษฎีกา
กำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติภายใน 90 วันนับแต่วันประกาศพระบรมราชโองการ
วันออกเสียงประชามติต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร ผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ คือ บุคคล
ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การนับคะแนนเสียงนั้นให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ
ถ้ามีประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์จะได้ทรงลงพระปรมาภิไธยภายใน 30
วันนับแต่วันประกาศผลประชามติ และเมื่อได้ประกาศรัฐธรรมนูญนั้นในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้
บังคับได้ แต่ถ้ามีประชามติไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ ก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

(11) การยับยั้งของพระมหากษัตริย์

แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในการพิจารณาครั้งที่ 3 แล้วก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับก็มักจะกำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้ง (Veto) ไม่ให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีผลใช้บังคับได้ ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ทำนองเดียวกันกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ซึ่งมีลักษณะเป็น “อำนาจยับยั้งร่างกฎหมายทั้งฉบับ” กล่าวคือพระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจที่จะเลือกในการให้ความเห็นชอบแก่ร่างกฎหมายเพียงบางบทบางมาตรา หากแต่ทำได้เพียงยืนยันหรือยับยั้งร่างกฎหมายดังกล่าวทั้งฉบับเท่านั้น นอกจากนี้ ส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็น “อำนาจยับยั้งชั่วคราว” (Suspensive Veto)¹⁴ กล่าวคือ การใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายนั้น หากได้มีผลเป็นที่สุดไม่ รัฐสภาอาจลงมติเพื่อยืนยันร่างกฎหมายดังกล่าวและนำไปสู่กระบวนการประกาศใช้กฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ได้ อำนาจยับยั้งในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นเพียงการถ่วงดุลการตัดสินใจของรัฐสภาและเรียกร้องให้รัฐสภาต้องทบทวนการ

¹⁴ มีข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ให้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแก่พระมหากษัตริย์ “โดยเด็ดขาด” (Absolute Veto) นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเช่นนี้ ซึ่งมีผลทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องสิ้นสุดลงทันที ไม่อาจดำเนินการใด ๆ ต่อไปได้อีก กล่าวคือ กรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ และได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาหรือมิได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภายภายใน 90 วันนับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำทูลเกล้าฯ ให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป ทั้งนี้ ตามมาตรา 46 วรรค 5 ซึ่งบัญญัติให้นำมาตรา 37 วรรค 8 อันเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น นอกจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เองแล้ว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งในขณะจัดทำวิธานิพนธ์ฉบับนี้ คือ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... ฉบับที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น อาจสิ้นสุดลงและเป็นอันตกไปโดยการใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งของพระมหากษัตริย์ได้เช่นกัน แม้ว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะผ่านความเห็นชอบในการออกเสียงลงประชามติของประชาชนที่จะจัดขึ้นในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 แล้วก็ตาม

ตัดสินใจอีกครั้งหนึ่งเท่านั้น สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ นั้น ปรากฏอยู่ใน 3 รูปแบบด้วยกัน ดังนี้

(ก) กรณีพระราชทานคืนมายังรัฐสภาหรือมิได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาภายใน **1 เดือน** นับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำทูลเกล้าฯ รัฐสภาจะต้องปรึกษากันใหม่และ **ออกเสียงลงคะแนนลับโดยวิธีเรียกชื่อ** ถ้ารัฐสภาลงมติตามเดิมก็ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ อีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานลงมาภายใน **15 วัน** ก็ให้ประกาศรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475

(ข) กรณีพระราชทานคืนมายังรัฐสภาหรือมิได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาภายใน **60 วัน** นับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำทูลเกล้าฯ รัฐสภาจะต้องพิจาราร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภาลงมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ อีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานลงมาภายใน **30 วัน** ก็ให้นำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495

(ค) กรณีพระราชทานคืนมายังรัฐสภาหรือมิได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาภายใน **90 วัน** นับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีนำทูลเกล้าฯ รัฐสภาจะต้องพิจาราร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภาลงมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียง **ไม่ต่ำกว่า 2 ใน 3** ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภาแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ อีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานลงมาภายใน **30 วัน** ก็ให้นายกรัฐมนตรีนำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อสังเกตว่ามีรัฐธรรมนูญอยู่ 2 ฉบับด้วยกันที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 ในส่วนของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 นั้น มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้พระราชอำนาจแก่พระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติซึ่งเป็นเพียงกฎหมายธรรมดาได้ พระมหากษัตริย์ก็น่าจะสมควรมีพระราช

อำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีความสำคัญมากกว่าได้ด้วย¹⁵ ความเห็นเช่นนี้ข้าพเจ้าไม่เห็นพ้องด้วย เนื่องจากตามมาตรา 85 (7)¹⁶ ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าให้ดำเนินการต่อไปตามความในมาตรา 20¹⁷ ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยเท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติให้ดำเนินการต่อไปตามความในมาตรา 21¹⁸ ที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติโดยอนุโลมด้วยเลย กรณีนี้จึงแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ที่จะบัญญัติให้อนุโลมเอาขึ้นตอนการลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับตลอดจนหลักเกณฑ์การใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของพระมหากษัตริย์มาใช้กับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าผู้กร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีความประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่จะให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยนั่นเอง

6.1.2.3 ข้อจำกัดในทางเนื้อหา

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกเป็นต้นมาไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เลย จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 จึงได้มีการบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญบางประการของ

¹⁵ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.50.

¹⁶ มาตรา 85 (7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 เมื่อการออกเสียงลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวข้างบนนี้แล้ว จึงให้ดำเนินการต่อไปตามความในมาตรา 20

¹⁷ มาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ร่างพระราชบัญญัติซึ่งรัฐสภาได้ทำขึ้นเสร็จแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

¹⁸ มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยร่างพระราชบัญญัตินั้น จะได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันที่นายรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายก็ดี หรือมิได้พระราชทานคืนมายังรัฐสภาภายในหนึ่งเดือนนั้นก็ดี รัฐสภาจะต้องปรึกษากันใหม่ ถ้ารัฐสภาลงมติยืนยันตามเดิม ให้นายรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย พระราชทานลงมาภายในสิบห้าวันแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

รัฐธรรมนูญ แม้ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจะได้กระทำโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม รูปแบบการบัญญัติห้ามดังกล่าวก็ไม่ได้ใช้ถ้อยคำ อย่างตรงไปตรงมาว่าเป็นการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาสาระ หากแต่เป็นการบัญญัติ ห้ามในเชิงขั้นตอนและกระบวนการมากกว่า กล่าวคือ เป็นการบัญญัติห้ามไม่ให้มี “การเสนอญัตติ” ขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งหมายถึงญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง (Forms of Government) ของประเทศไทยให้อยู่ใน รูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ซึ่งน่าจะมีความหมายรวมถึงการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลกระทบหรือเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญต่าง ๆ ของการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย (The Principle of Democracy) ด้วย เช่น หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของ ปวงชนชาวไทย (The Sovereignty of the People) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers) หลักนิติรัฐ (The Rule of Law) เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมไปถึงญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญที่ทำให้ประเทศไทยมีประมุขของรัฐ (Head of State) เป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ พระมหากษัตริย์ (King) ด้วย เช่น ญัตติขอแก้ไขให้ประธานาธิบดี (President) เป็นประมุขของรัฐ แทนพระมหากษัตริย์

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของ รัฐ ซึ่งหมายถึงญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ (Forms of State) ของ ประเทศไทยให้อยู่ในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่รัฐเดี่ยว (Unitary State) ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ ได้บัญญัติให้ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้นั่นเอง เช่น ญัตติขอแก้ไข ให้ประเทศไทยเป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ (Federal State)

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่มีการบัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนใน รัฐธรรมนูญ (Explicit Substantive Limitation) ซึ่งบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นถูกยกกว้างขึ้นโดยคณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 3 ว่าด้วยสถาบัน การเมือง ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเมือง และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย นายเกษม ศิริสัมพันธ์ เป็นประธานคณะอนุกรรมการ นายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ นายคณิน บุญสุวรรณ นายวรพจน์ วิชาสุตพิชญ์ และนายวิชณุ วัลย์ญู เป็นอนุกรรมการ¹⁹ โดยในชั้นการประชุม

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น.33.

ยกร่างรัฐธรรมนูญของคณะทำงานของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าการกำหนดห้ามเสนอยุติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐนั้น เป็นข้อความที่ไม่ชัดเจนอาจทำให้จะต้องส่งเรื่องดังกล่าวให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตีความ อย่างไรก็ตาม มีผู้ชี้แจงว่าการเขียนในลักษณะดังกล่าวเป็นการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเทคนิค เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ซึ่งการบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เป็นการใช้ข้อความตามมาตรา 211 เตรส²⁰ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534)²¹ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น เดิมทีมีที่มาจากบทบัญญัติในส่วนของกรจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 ที่ให้กำหนดเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นจะต้องไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ซึ่งการกำหนดขอบเขตในทางเนื้อหาเช่นนี้ได้ตกทอดมาสู่บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ด้วยนั่นเอง

สำหรับแนวคิดว่าด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) นั้น แม้ว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยจะไม่ปรากฏว่าได้เกิดขึ้นจริง

²⁰ มาตรา 211 เตรส รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวนตามมาตรา 211 ทวิ

การที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรไม่เป็นเหตุกระทบกระเทือนการปฏิบัติหน้าที่ของสภาร่างรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง

ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ

ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้

ในกรณีที่รัฐสภาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะตามวรรคสี่ ให้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป

²¹ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, "รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22 วันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2540," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, จาก http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/yi400427.pdf

ในทางปฏิบัติเหมือนกับในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศก็ตาม แต่ที่ปรากฏร่องรอยของแนวความคิดดังกล่าวอยู่บ้างในงานทางวิชาการ เช่น หยุต แสงอุทัย เคยให้ความเห็นกรณีการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 ที่เกิดจากการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 ว่า “การแก้ไขเพิ่มเติม” (Amend) แปลตามตัวหมายถึงแก้ไขของเดิมหรือเพิ่มเติมของเดิมขึ้นซึ่งจะต้องรักษาสาระสำคัญอันมีอยู่เดิมไว้เป็นแต่แก้ไขเปลี่ยนแปลงตกแต่งให้ดีขึ้นเท่านั้น ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 จะแก้ไขเพิ่มเติมโดยเรียงมาตราขึ้นใหม่ แต่ยังได้รักษาหมวดทรงและความคิดอันเป็นรากเง้า คือ ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอยู่อย่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 จึงถือได้ว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 เป็นแต่เพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น²² ซึ่งเป็นแสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่ามีข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ แม้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้อย่างชัดเจนเลยก็ตาม ในกรณีนี้หยุต แสงอุทัย เห็นว่าระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้นเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 เช่นเดียวกับกาญจนารัตน์ สิริโรจน์ ก็ให้ความเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาเอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันได้ว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถใช้อำนาจนี้จนเกินเลยไปถึงขนาดมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือทำลายสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น จนมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้น²³

6.1.2.4 ข้อจำกัดในทางเวลา

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยทุกฉบับที่ผ่านมาในอดีตไม่มีฉบับใดเลยที่บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Temporal Limitations) ซึ่งหมายถึง การห้ามไม่ให้มีดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ เช่น ในช่วงเวลาของการประกาศภาวะฉุกเฉิน (Situations of Emergency) การประกาศสงคราม (Time of War) หรือการประกาศใช้กฎอัยการศึก (Application of Martial Law) ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของบางประเทศ ดังนั้น จึงต้องถือว่ารัฐธรรมนูญของประเทศไทยในอดีตทุกฉบับสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ตลอดเวลาที่รัฐธรรมนูญนั้นใช้บังคับอยู่

²² หยุต แสงอุทัย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย, (พระนคร : สำนักงานประชานิติ, 2489), น.11 – 13.

²³ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.44.

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า มีรัฐธรรมนูญอยู่ฉบับหนึ่งที่มีการกล่าวถึงระยะเวลาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ แต่ไม่ได้กล่าวถึงในลักษณะของการห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่กำหนด หากแต่เป็นการกล่าวถึงในลักษณะของการบังคับให้ต้องแก้ไขเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่กำหนด คือ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2519 มาตรา 28 ที่บัญญัติให้ภายในกำหนด 4 ปีนับแต่วันใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีรัฐสภาที่ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้ง และเพื่อกำหนดกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกัน และจัดให้มีการเลือกตั้งและการแต่งตั้งภายใน 90 วันนับแต่วันครบกำหนดสี่ปีที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ

6.1.3 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

ในขณะที่กำลังจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อยู่ นั้น ได้มีการดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งปรากฏว่ามีอยู่ 2 ร่างด้วยกัน คือ ร่างที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ยกร่างเสร็จไปแล้วแต่ไม่ผ่านความเห็นชอบของสภาปฏิรูปแห่งชาติ และอีกร่างหนึ่งมีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่ระหว่างดำเนินการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบ เนื่องจากหลักเกณฑ์ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ร่างนี้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากหลักเกณฑ์เดิมในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ อย่างมีนัยสำคัญ ข้าพเจ้าจึงขอถือโอกาสนี้นำร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ร่างนี้มาวิเคราะห์หรืออภิปรายในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นหลักการใหม่ที่ไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญในอดีตมาก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นถึงพัฒนาการที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคตของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยด้วย

6.1.3.1 ฉบับที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น²⁴ บัญญัติเอาไว้ในบทสุดท้าย การ

²⁴ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ 2 ฉบับด้วยกัน คือ ฉบับส่งให้สภาปฏิรูปแห่งชาติศึกษาและเปิดอภิปราย (315 มาตรา) เผยแพร่เมื่อวันที่ 17 เมษายน พ.ศ. 2558 และฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ (285 มาตรา) เผยแพร่เมื่อวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2558 อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่ง

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีจำนวนทั้งสิ้น 5 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 268 ถึงมาตรา 272 โดยมีสาระสำคัญให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้กระทำได้ยากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาในอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังเพิ่มบทบาทขององค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนด้วย ดังนี้

(1) ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท โดยใช้ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ประเภทหนึ่ง และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ อีกประเภทหนึ่ง ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละประเภชนั้นจะใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกัน การแบ่งแยกประเภทการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้นับการเกิดขึ้นครั้งแรกและเป็นพัฒนาการที่สำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

(1.1) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 270 ซึ่งมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา กล่าวคือ ต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและใช้วิธีการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา 3 วาระ จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญเป็นส่วนที่แก้ไขได้ง่าย²⁵ อย่างไรก็ตาม ก็มีขั้นตอนและเงื่อนไขที่มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ อย่างมีนัยสำคัญสรุปได้ดังนี้

พิเคราะห์เฉพาะฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติเป็นสำคัญ ดู คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, "ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, จาก http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/more_news.php?cid=67

²⁵ คณะอนุกรรมาธิการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการยกร่างรัฐธรรมนูญ, "ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เล่ม 4)," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, จาก http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/more_news.php?cid=65, น.64.

(ก) เพิ่มสัดส่วนจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสิทธิเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ากำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 เป็นต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เนื่องจากหากมีจำนวนผู้เสนอญัตติมากขึ้น ความมีเสถียรภาพในการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะมากขึ้นตามไปด้วย²⁶

(ข) เพิ่มจำนวนคะแนนเสียงสำหรับให้ความเห็นชอบในการพิจารณาวาระที่ 1 ชั้นรับหลักการ และวาระที่ 3 ชั้นสุดท้าย จากที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ากำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่ง เป็นต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา นับเป็นการเปลี่ยนแปลงจากการใช้เสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) มาเป็นการใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ในการให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(ค) เพิ่มการควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ (Judicial Review of Constitutional Amendment) ทั้งนี้ ตามมาตรา 270 (7) ซึ่งกำหนดให้ก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยนั้น ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าได้รับการตราขึ้นโดยเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้หรือมีข้อความขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาตามมาตรา 268 หรือไม่ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 หรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างดังกล่าวตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญนี้หรือมีข้อความขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาแล้ว ก็ให้ร่างดังกล่าวเป็นอันตกไป แต่หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ก็ให้ส่งร่างดังกล่าวกลับคืนให้รัฐสภาดำเนินการให้ถูกต้องตามมาตรา 271 ต่อไป ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตรวจสอบให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จึงเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ (Priori Review) แบบนามธรรม (Abstract Control) โดยเป็นการตรวจสอบแบบบังคับเนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเสมอโดยไม่มีดุลพินิจ อีกทั้งยังเป็น การตรวจสอบทั้งในทางกระบวนการ (Review of Formal and Procedural Regularity) และในทางเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) ด้วย²⁷

²⁶ เฟิงฮ้าง, น.66.

²⁷ สำหรับลักษณะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดู สุริยา ปานแป้น, “ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

(ง) เพิ่มจำนวนคะแนนเสียงที่รัฐสภาต้องใช้สำหรับยืนยันร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้ง (Veto) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จากที่รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ากำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 เป็นต้องไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(1.2) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ

หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบททั่วไป ภาค 1 รากฐานของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 269 ที่กำหนดให้ใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 271 ซึ่งก็มีขั้นตอนและวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 271 บัญญัติให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา 270 (1) ถึง (7) เพียงแต่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าในการให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายนั้น จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบแก่ร่างดังกล่าวก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ทั้งนี้ การออกเสียงประชามตินี้ให้ใช้เสียงข้างมากของประชาชนผู้มาใช้สิทธิ หากไม่ผ่านความเห็นชอบก็ให้ร่างดังกล่าวเป็นอันตกไป จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญเป็นส่วนที่แก้ไขได้ยาก²⁸

สำหรับหลักการพื้นฐานสำคัญที่บัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะสามารถกระทำสำเร็จก็ต่อเมื่อผ่านความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติ (Referendum) ของประชาชนนั้น มีอยู่ด้วยกัน 8 ประการด้วยกัน ได้แก่ (1) บททั่วไปทั้งหมดตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 7 (2) ภาค 1 รากฐานของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งหมด ซึ่งประกอบด้วย 2 หมวด คือ หมวด 1 พระมหากษัตริย์ และหมวด 2 ประชาชน ซึ่งในหมวดนี้มีเรื่องสำคัญ คือ การรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเอาไว้ (3) หลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชนทางการเมือง (4) โครงสร้างสถาบันการเมือง ซึ่งได้แก่ การมี 2 สภา องค์ประกอบของแต่ละสภา การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ (5) กลไกเพื่อการรักษาวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ (6) สาระสำคัญของ

และการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.22 – 23.

²⁸ คณะอนุกรรมการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ยกร่างรัฐธรรมนูญ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 25, น.70.

บทบัญญัติในภาค 3 หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (7) สารสำคัญของบทบัญญัติในภาค 4 การปฏิรูปและการสร้างความปรองดอง และ (8) หลักเกณฑ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทสุดท้ายนี้

(2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงหลักการเดิมในเรื่องข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitation) เอาไว้เหมือนกับที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กล่าวคือ การขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐนั้น จะกระทำมิได้ แต่รูปแบบการบัญญัติจะแตกต่างออกไปจากเดิมที่บัญญัติรวมไปในขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (“ผู้ตัดขอแก้ไข...จะเสนอไม่ได้”) แต่ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติแยกเป็นอีกมาตราหนึ่งไว้อย่างชัดเจน คือ มาตรา 268

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แม้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีการกำหนดถึงหลักการพื้นฐานสำคัญต่าง ๆ เอาไว้ในมาตรา 269 แต่หลักการเหล่านี้ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เลยแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเหล่านี้สามารถกระทำได้ เพียงแต่ต้องกระทำตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะเท่านั้น คือ ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ (Referendum)

(3) ข้อจำกัดในทางเวลา

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Temporal Limitations) เอาไว้เลย อย่างไรก็ตาม มาตรา 272 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดให้ในทุกรอบ 5 ปีนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับนั้น ให้มีการแต่งตั้งคณะผู้ทรงคุณวุฒิอิสระประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการทำรายงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับการใช้บังคับและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากคณะผู้ทรงคุณวุฒิอิสระดังกล่าวเห็นว่าสมควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็สามารถเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญพร้อมรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี พิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไปได้

6.1.3.2 ฉบับที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น²⁹ บัญญัติเอาไว้ในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 2 มาตราด้วยกัน ได้แก่ มาตรา 255 ที่กำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) และมาตรา 256 ที่กำหนดถึงข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) โดยมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้นั้นยากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาในอดีต ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในรายละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้น้อยยิ่ง และอาจจะยากยิ่งกว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ๓ เสียอีก เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ในการลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในวาระที่ 1 และวาระที่ 3 ที่พิสดารสลับซับซ้อนซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับใด ๆ ของประเทศไทยเลย จนเชื่อได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติ

(1) ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท โดยใช้ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละประเภทนั้นจะใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกันเช่นเดียวกับที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ๓ แต่อย่างไรก็ตาม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในขั้นตอนการลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในวาระที่ 1 และวาระที่ 3 ให้กระทำได้น้อยกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา

²⁹ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนี้มีอยู่ 2 ฉบับด้วยกัน คือ ฉบับเบื้องต้นที่เผยแพร่เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2559 และฉบับลงประชามติที่เผยแพร่เมื่อวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2559 อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งวิเคราะห์เฉพาะฉบับลงประชามติเป็นสำคัญ ดู คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, "ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... (ฉบับลงประชามติ)," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, จาก http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/more_news.php?cid=61

(1.1) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงกำหนดให้ใช้รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่คล้ายคลึงกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา กล่าวคือ ต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและใช้วิธีการพิจารณาและให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา 3 วาระ อย่างไรก็ตาม มีขั้นตอนและเงื่อนไขที่มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ อย่างมีนัยสำคัญ สรุปได้ดังนี้

(ก) กลับไปใช้สัดส่วนจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสิทธิเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าที่กำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จากเดิมที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ กำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 256 (1)

(ข) กลับไปใช้จำนวนคะแนนเสียงสำหรับให้ความเห็นชอบในการพิจารณาวาระที่ 1 ขั้นรับหลักการ เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าที่กำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จากเดิมที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ กำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาซึ่งเป็นการใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ในการให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นับเป็นการเปลี่ยนกลับมาใช้เสียงข้างมากธรรมดา (Ordinary Majority) อีกครั้งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับกลับไปเพิ่มเงื่อนไขว่าในจำนวนคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภานั้น ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ทั้งนี้ ตามมาตรา 256 (3) ซึ่งทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 1 ได้ยากขึ้นกว่าที่กำหนดในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา

(ค) กลับไปใช้จำนวนคะแนนเสียงสำหรับให้ความเห็นชอบในการพิจารณาวาระที่ 3 ขั้นสุดท้าย เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าที่กำหนดไว้ว่าต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วย “มากกว่า” 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จากเดิมที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ กำหนดไว้ว่าต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาซึ่งเป็นการใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ในการให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นับเป็นการเปลี่ยนกลับมาใช้เสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute Majority) อีกครั้งหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับกลับไปเพิ่มเงื่อนไขว่าในจำนวนคะแนนเสียงมากกว่า 1 ใน 2 หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภานั้น ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี

ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน อีกทั้งยังต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 256 (6) ซึ่งทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบในวาระที่ 3 ได้ยากขึ้นกว่าที่กำหนดในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา และอาจทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน

(ง) เพิ่มการเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างการพิจารณาในวาระที่ 3 กับการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยว่าต้องรอไว้ 15 วันนับแต่วันที่รัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่ 3 ตามมาตรา 256 (7) ซึ่งไม่เคยปรากฏการเว้นระยะเวลาเช่นนี้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าเลย

(จ) เพิ่มการควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ (Judicial Review of Constitutional Amendment) เช่นเดียวกับที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ นั้นเป็นการควบคุมตรวจสอบ “แบบบังคับ” แต่ตามมาตรา 256 (9) ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นการควบคุมตรวจสอบ “แบบไม่บังคับ” กล่าวคือ กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดต่อข้อจำกัดในทางเนื้อหา หรือมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ โดยให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จึงเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับ (Priori Review) แบบนามธรรม (Abstract Control) แต่เป็นการตรวจสอบแบบไม่บังคับและน่าจะเป็นการตรวจสอบในทางเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) เท่านั้น เนื่องจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพียงว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ขัดต่อข้อจำกัดในทางเนื้อหาตามมาตรา 255 หรือมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (8) หรือไม่เท่านั้น ไม่ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนด้วยว่าให้พิจารณาว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้ตราขึ้นโดย

เป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ด้วย³⁰ ดังเช่นที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ ซึ่งบัญญัติถึงขอบเขตการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างรัดกุมกว่า³¹

(ฉ) เป็นที่น่าสังเกตอย่างยิ่งว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้นับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สองของประเทศไทยต่อจากรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 ที่ไม่ได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้ง (Veto) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ มาตรา 146³² กำหนดให้

³⁰ **มาตรา 256 (9) ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

³¹ **มาตรา 270 (7) ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติ)** เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาเห็นชอบแล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้นได้ตราขึ้นโดยเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้หรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 หรือไม่ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 หรือไม่ ซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป แต่ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ศาลรัฐธรรมนูญส่งร่างรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนให้รัฐสภาเพื่อพิจารณาดำเนินการตามมาตรา 271 ต่อไป

³² **มาตรา 146 ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** ร่างพระราชบัญญัติใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อ

พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้ง “ร่างพระราชบัญญัติ” โดยไม่ปรากฏบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราใดเลยที่กำหนดให้อนุโลมเอาพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับกับ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ด้วย ดังเช่นที่มักจะปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเกือบทุกฉบับในอดีต รวมทั้งในร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ๓ ฉบับด้วย โดยมาตรา 256 (7)³³ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติเพียงว่า เมื่อมีการลงมติให้ความเห็นชอบในวาระที่ 3 แล้ว ให้รอไว้ 15 วัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81³⁴ เพียงมาตราเดียวเท่านั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม แม้มาตรา 81 จะต้องอยู่ใต้บังคับของมาตรา 145³⁵ อีกทั้งมาตรา 145 ยังเชื่อมโยงไปถึงมาตรา 148³⁶

พระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

³³ **มาตรา 256 (7) ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

³⁴ **มาตรา 81 ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

ภายใต้บังคับมาตรา 145 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

³⁵ **มาตรา 145 ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีรอไว้ห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา ถ้าไม่มีกรณีต้องดำเนินการตามมาตรา 148 ให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว

³⁶ **มาตรา 148 ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับลงประชามติ)** ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติใดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 81

ด้วยก็ตาม³⁷ แต่ก็ไม่พบเลยว่ามาตราต่างๆ เหล่านี้ได้กำหนดให้อนุโลมเอามาตรา 146 ซึ่งเป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับกับร่างรัฐธรรมนูญ

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างการศึกษาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการต่อไปตามมาตรา 81

³⁷ สำหรับส่วนที่บัญญัติให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 145 ซึ่งเป็นเรื่องระยะเวลาที่จะต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ และยิ่งเชื่อมโยงไปยังมาตรา 148 ซึ่งเป็นเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้บังคับนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่น่าจะนำมาบังคับใช้โดยอนุโลมกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย เนื่องจากเรื่องระยะเวลาที่จะต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ และเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนประกาศใช้บังคับนั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะในมาตรา 256 (7) และ (9) ตามลำดับแล้ว ดังนั้น การนำมาตรา 81 มาใช้บังคับกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอนุโลมนั้น จึงน่าจะหมายถึงเฉพาะส่วนที่บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย

แก้ไขเพิ่มเติมด้วย อีกทั้งยังไม่พบว่า มีมาตราใดในร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวที่บัญญัติถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงต้องถือว่าตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ พระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญที่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาหรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่ต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติก็ตาม พระมหากษัตริย์ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีแค่เพียงพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติเท่านั้น

กรณียังเป็นที่น่าสังเกตขึ้นไปอีกว่า เมื่อพิจารณาจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับเบื้องต้นที่เผยแพร่ครั้งแรกผ่านเว็บไซต์ของรัฐสภาเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2559 นั้น³⁸ พบว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเบื้องต้นดังกล่าวยังคงหลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในอดีต และร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ ที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการยับยั้ง (Veto) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ โดยมักจะบัญญัติในลักษณะเดียวกัน คือ บัญญัติให้นำมาตราที่กำหนดถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยโดยอนุโลม ในกรณีของร่างรัฐธรรมนูญฉบับเบื้องต้นดังกล่าวก็เช่นเดียวกัน มาตรา 253 (7)³⁹ ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้นำมาตรา 140 มาตรา 141 และมาตรา 143 มาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วย⁴⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจน

เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เท่านั้น

³⁸ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ, "ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... (ฉบับเบื้องต้น)," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2559, From http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20160129132217.pdf

³⁹ **มาตรา 253 (7) ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับเบื้องต้น)** เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 140 มาตรา 141 และมาตรา 143 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁴⁰ **มาตรา 140 ร่างรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับเบื้องต้น)** เป็นเรื่องระยะเวลาที่จะต้องนำขึ้นทูลเกล้า ฯ และการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 145 และมาตรา 81 วรรค 2 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ ในขณะที่ **มาตรา 141** เป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ โดยบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 146 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ ท้ายที่สุด **มาตรา 143**

ว่าให้นำมาตรา 141 ซึ่งเป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญที่ต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาหรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่ต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติ กรณีจึงแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับมาตรา 256 (7) ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติที่บัญญัติให้นำมาตรา 81 ซึ่งเป็นขั้นตอนการลงพระปรมาภิไธยและการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเพียงมาตราเดียวเท่านั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา 146 ซึ่งเป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย

ดังนั้น จึงเป็นที่น่าสงสัยอย่างยิ่งว่าบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ปรากฏในร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามตินั้น เกิดขึ้นจากความตั้งใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเอง เพราะอาจเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเอาไว้วันนั้นก็กระทำได้อย่างยิ่งจนแทบจะเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติอยู่แล้ว ประกอบกับยังได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้ก่อนที่จะมีการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้กลไกการยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขของรัฐเพื่อควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดอีก หรืออาจเป็นความผิดพลาดหลงลืมของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเอง เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนดังกล่าวมีการอ้างอิงเชื่อมโยงกับบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ หลายมาตรา จึงอาจเป็นไปได้เช่นกันที่จะเกิดการตกหล่นในการอ้างอิงหรือเชื่อมโยงบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ เข้าด้วยกัน

(1.2) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ

หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 256 (8) ซึ่งกำหนดให้ใช้รูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ เพียงแต่กำหนดการให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายไว้ว่าต้องนำ

เป็นเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้บังคับ โดยบัญญัติในทำนองเดียวกับมาตรา 148 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบแก่ร่างดังกล่าวก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย สำหรับบทบัญญัติที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญนั้น ส่วนใหญ่ก็มีความใกล้เคียงกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ โดยเรื่องที่น่าสนใจ คือ การกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าบทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยต้องผ่านความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติ

(2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงหลักการเดิมในเรื่องข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Substantive Limitation) เอาไว้เหมือนกับที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐนั้น จะกระทำมิได้ โดยบัญญัติแยกเป็นอีกมาตราหนึ่ง คือ มาตรา 255 เช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับของนายบวรศักดิ์ ฯ ไม่ได้บัญญัติรวมไปในขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (“ยุติขอแก้ไข...จะเสนอไม่ได้”) ดังเช่นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า แม้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีการกำหนดถึงบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญเอาไว้ในมาตรา 256 (8) ก็ตาม แต่หลักการเหล่านี้ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เลยแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเหล่านี้สามารถกระทำได้ เพียงแต่ต้องกระทำตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะเท่านั้น คือ ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ (Referendum)

6.2 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นนับว่าเป็นประเด็นปัญหาที่ได้รับการถกเถียงอย่างมากในแวดวงกฎหมายมหาชนไทย ซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2554 ฉบับลงวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาและข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่าง ๆ มากมาย ไม่ว่าจะเป็น

ปัญหาผู้มีสิทธิเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ปัญหาว่ารัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือเพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อนำไปสู่การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ซึ่งผ่านการออกเสียงลงประชามติมานั้นจะต้องมีการนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือให้มีการยกเลิกอีกครั้งหรือไม่ เป็นต้น

ในประเด็นปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ มีอยู่ปัญหาหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2554 โดยตรง คือ ปัญหาว่าแท้จริงแล้วภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมี “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) ที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเช่นว่านั้นแล้ว “ขอบเขต” (Scope) ของการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจะมีอยู่แค่ไหนเพียงใด

6.2.1 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ไม่ปรากฏข้อความในมาตราใดเลยที่กล่าวถึงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่โดยศาลยุติธรรมหรือศาลอื่นใด ๆ ก็ตาม มาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เพียงแต่บัญญัติถึง “ขั้นตอนและกระบวนการ” ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น และแม้ว่าจะกล่าวได้ว่านับตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยได้มี “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง” (Explicit Substantive Limitation) แล้วก็ตาม แต่มาตราทั้งสองดังกล่าวหรือมาตราอื่นใดก็ไม่กล่าวเอาไว้เลยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวได้ ความไม่ชัดเจนเช่นนี้ทำให้มีประเด็นปัญหาว่าแท้จริงแล้วในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมี “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) ที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ความเห็นทางวิชาการในแวดวงกฎหมายมหาชนไทยต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวมีอยู่ 2 ความเห็นด้วยกัน ดังนี้

ฝ่ายแรกเห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่ง (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นเพียงอำนาจที่รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังเช่นการเข้าไปควบคุมตรวจสอบพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้⁴¹

ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า รัฐที่ถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (The Supremacy of Constitution) รัฐสภาโดยเสียงข้างมากย่อมต้องมีขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้และในกรณีที่มีปัญหาว่ารัฐสภาโดยเสียงข้างมากกระทำการเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาด ทั้งนี้เพื่อปกป้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะในประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ใช้ระบบรัฐสภาและถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมจะต้องมีการตรวจสอบเสียงข้างมากของรัฐสภาว่าอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการรักษาดุลยภาพระหว่างระบบเสียงข้างมากโดยพรรคการเมืองกับการเคารพหลักการของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้จะมีได้มีการบัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวเอาไว้โดยตรงก็ตาม

นอกจากนี้ การที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาซึ่งเป็น “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” (Immutable Principles) ตามมาตรา 291 (1) วรรค 2 นั้น ย่อมก่อให้เกิดผลที่ตามมา 2 ประการ คือ

ประการแรก ลำดับชั้นหรือคุณค่าของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แม้ว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่เป็นกฎหมายสูงสุดแล้วก็ตาม แต่เฉพาะในส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยเองกัน ก็ยังสามารถแยกออกเป็น 2 ระดับ กล่าวคือ ระดับที่ 1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และระดับที่ 2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในความหมายนี้บทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมมีสถานะเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 หรือมีคุณค่าเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในระดับที่ 1 ให้มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมไม่อาจกระทำได้

ประการที่สอง การควบคุมตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ โดยที่ประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการ

⁴¹ คณะนิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร, "แถลงการณ์ เรื่อง คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญกรณีรับคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไว้พิจารณาและคำสั่งให้รัฐสภาออกการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ," สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/blog/64>.

ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเสมือนองค์กรในการปกป้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การปกป้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมปกป้องได้ทั้ง “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” และ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กล่าวคือ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” นั้นเป็นการปกป้องบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ใน “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” นั้นเป็นการปกป้องมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไปกระทบกับบทบัญญัติดังกล่าว และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบอย่างเข้มข้นเพื่อมิให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อหลักดังกล่าว⁴² โดยความเห็นฝ่ายนี้ได้ยกเอาคดีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี คือ คดี Klass Case (Decision of December 15, 1970) มาสนับสนุนความเห็นของตน

นอกจากนี้ ฝ่ายที่เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้บางท่าน⁴³ ยังได้ให้เหตุผลโดยอาศัย “หลักการตีความยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori) กล่าวคือ ขนาดการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่เล็กกว่าการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ เรื่องที่ใหญ่กว่าอย่างการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญก็ยิ่งต้องมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้นั่นเอง เมื่อรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง ก็ต้องใช้ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” (Analogy) กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาระดับพระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ," สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000083594>.

⁴³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ภาคปกติ, บรรยายเมื่อวันศุกร์ที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ. 2555.

แต่สำหรับข้าพเจ้านั้นเห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายแรกว่า ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะภายใต้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 กิติ หรือภายใต้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กิติ ไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) ตามที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้ก่อตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะที่เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court) นั้น ย่อมถือได้ว่าระบบกฎหมายไทยยึดถือระบบรวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะเพียงองค์กรเดียวหรือรูปแบบภาคพื้นยุโรป (The European Model of Judicial Review) ซึ่งภายใต้รูปแบบนี้เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงและโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญก็จะมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ได้เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มี “เขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ” (Limited and Specific Jurisdiction) ไม่ใช่ศาลที่มี “เขตอำนาจโดยทั่วไป” (General Jurisdiction) เหมือนกับศาลยุติธรรม (Courts of Justice) เมื่อรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 กำหนดแต่เพียงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชบัญญัติ” “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” และ “พระราชกำหนด” ตลอดจนข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ โดยไม่ได้มีบทบัญญัติมาตราใดเลยที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ด้วย ดังนั้น ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “การกล่าวอ้างถึงสิ่งหนึ่ง ย่อมหมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง” (*expressio unius est exclusio alterius* หรือ *Express mention of one thing implies the exclusion of another*) จึงย่อมหมายความว่า การกระทำทางกฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ได้ถูกกำหนดเอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง

นอกจากนี้แล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องหนึ่งเรื่องใด รัฐธรรมนูญก็จะมีบัญญัติถึงช่องทางหรือกระบวนการเสนอข้อพิพาทนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยชัดแจ้งด้วย เช่น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับกับคดี รัฐธรรมนูญก็จะกำหนดให้คู่ความในคดีหรือศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ที่ต้องเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เป็นต้น แต่สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติอย่างชัดเจนหรือโดยอนุโลมที่กำหนดช่องทางหรือกระบวนการเสนอข้อพิพาทเพื่อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัยไว้แล้ว จึงยอมกล่าวเป็นปริยายได้ว่าที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดถึงเรื่องนี้เอาไว้ ก็เพราะรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดถึงช่องทางเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยแต่อย่างใด

ดังนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2550 จะไม่ได้บัญญัติห้ามการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนหรือแม้แต่จะไม่ได้กล่าวถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจน

(2) ประเด็นปัญหาว่าภายในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเราจะพิจารณาได้หรือไม่ว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เป็นกระบวนการตรากฎหมายอย่างหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่ง “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ถือเป็น “กฎหมาย” อย่างหนึ่ง ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับที่ยึดถือกันในประเทศเยอรมนี และประเทศออสเตรีย ต่อประเด็นปัญหานี้มีนักกฎหมายมหาชนบางท่านเห็นว่า ในทางหลักวิชานิติศาสตร์ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างกฎหมายชนิดหนึ่ง จึงก่อให้เกิดคำถามที่น่าสนใจว่า หากมีการโต้แย้งว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ไม่ว่าจะในทางรูปแบบและกระบวนการตราหรือในทางเนื้อหาก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้าเห็นว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น แม้เราอาจจะมีมองได้ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างกฎหมายชนิดหนึ่ง แต่เมื่อพิจารณาจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 แล้ว จะเห็นได้ว่าจำกัดเฉพาะการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างพระราชบัญญัติ” “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ”

⁴⁴ ชีระ สุธีวรารากร, "ประกาศนิตินิติราษฎร์ ฉบับที่ 27 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม," สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/blog/40>.

“พระราชบัญญัติ” “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” และ “พระราชกำหนด” เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเขตอำนาจรวมไปถึงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ด้วย

อีกทั้งยังไม่อาจตีความในลักษณะที่ว่าแม้รัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดแจ้ง แต่ทว่าเมื่อรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นร่างกฎหมายชนิดหนึ่งได้แล้ว เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถือว่าเป็นร่างกฎหมายอีกชนิดหนึ่งเช่นกัน ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เช่นเดียวกันด้วย จากเหตุผลเรื่อง “อำนาจเกี่ยวเนื่อง” (Implied Power) ที่ว่าเมื่อศาลมีอำนาจหลักแล้ว ศาลก็ย่อมมีอำนาจใกล้เคียงเป็นปริยายด้วย เพราะการตีความรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ไว้ได้อย่างที่มันเป็นไปได้⁴⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็น “เขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ” (Limited and Specific Jurisdiction) ไม่ใช่ “เขตอำนาจโดยทั่วไป” (General Jurisdiction) การมีเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็น “ข้อยกเว้น” ซึ่งตามหลักการใช้การตีความกฎหมายแล้ว ข้อยกเว้นต้องได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดไม่อาจตีความโดยขยายความออกได้ ทั้งนี้ ตามหลัก *exceptio est strictissimae interpretationis* หรือ *Exceptions must be interpreted in the strictest manner* กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตีความขยายเขตอำนาจของตนซึ่งมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นได้นั่นเอง

อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากขั้นตอนและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่ามีขั้นตอนและกระบวนการที่แตกต่างกับการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” กับ “ร่างพระราชบัญญัติ” หรือ “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ก็มีรูปแบบที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนจนไม่อาจถือว่าเป็นร่างกฎหมายที่มีลักษณะเหมือนกันได้ในเชิงรูปแบบ กรณีจึงแตกต่างกับระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนีและระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรเลียที่รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยกฎหมายซึ่งก็คือโดยกระบวนการตรา “รัฐบัญญัติ” นั่นเอง “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” กับ “รัฐบัญญัติธรรมดา” ในระบบกฎหมายเยอรมนีและระบบกฎหมายออสเตรเลียจึงไม่มีความแตกต่างกันในเชิง

⁴⁵ เพิ่งอ้าง.

รูปแบบของกฎหมายแต่อย่างใด แม้จะมีเนื้อหาที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงก็ตาม ซึ่งนั่นทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบ “รัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ได้ โดยไม่จำเป็นที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติถึงเขตอำนาจเช่นนั้นเอาไว้เป็นพิเศษอีก เพราะถือกันว่าเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติอย่างหนึ่งซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยอยู่แล้วนั่นเอง

ลักษณะการให้เหตุผลเช่นนี้จึงไม่อาจนำมาใช้ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยได้ เพราะ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” กับ “ร่างพระราชบัญญัติ” หรือ “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น มีความแตกต่างกันในเชิงรูปแบบของกฎหมาย ดังเช่นที่คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2554 ได้เคยวินิจฉัยเอาไว้เองว่า “รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 15 มาตรา 291 โดยบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการตาม (1) ถึง (7) ว่าให้ต้องทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ” และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551 ก็ได้วินิจฉัยเอาไว้เช่นกันว่า “คำว่า ‘บทบัญญัติของกฎหมาย’ ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 หมายความว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด รวมถึงประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติเท่านั้น” ดังนั้น หากจะให้ลักษณะการให้เหตุผล (Argument) ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนีและระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรียมาใช้ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยได้ รัฐธรรมนูญไทยจะต้องกำหนดว่าญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเสนอเป็น “ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” หรือ “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เหมือนกับที่กฎหมายพื้นฐานเยอรมนีและรัฐธรรมนูญออสเตรียกำหนดไว้ ไม่ใช่กำหนดว่าญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องเสนอเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ซึ่งในทางรูปแบบแล้วต้องถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง ไม่ใช่กฎหมายธรรมดาตั้งเช่นพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทยแม้เราอาจจะมองได้ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างกฎหมายอย่างหนึ่งก็ตาม แต่ความเป็นร่างกฎหมายอย่างหนึ่งของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็ไม้อาจทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เหมือนเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนีและระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรีย

(3) ข้อกล่าวอ้างที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่ปกป้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ารัฐสภาโดยเสียงข้างมากของพรรค

การเมืองได้กระทำการเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ ซึ่งรวมไปถึงมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้จะมีได้มีการบัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงก็ตาม ก็จะเป็นข้อกล่าวอ้างที่ขัดแย้งกันในตัวเองและน่าขัน เพราะการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้น แม้จะมองว่าเป็นการควบคุมไม่ให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญกระทำการเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เพื่อพิทักษ์หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่กรณีเช่นนี้ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญเองหรือคนที่เป็นผู้กระทำการเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญเสียเอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติในมาตราใดเลยแม้แต่มาตราเดียวที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าหากผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องการมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยแล้ว ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ควรที่จะกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดแจ้งตั้งแต่แรกแล้ว การที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกรณีดังกล่าวเอาไว้ ย่อมมีความหมายที่ชัดแจ้งอยู่แล้วว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ต้องการที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง หากจะกล่าวเป็นภาษาชาวบ้านให้เข้าใจได้ง่ายก็อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบว่าผู้อื่นกระทำผิดกฎหมาย แต่การเข้าไปตรวจสอบผู้อื่นเช่นว่านั้นของศาลรัฐธรรมนูญกลับเป็นการกระทำผิดกฎหมายเสียเอง

(4) ข้อกล่าวอ้างที่ว่ากรณีที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้มี “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” (Immutable Principles) ตามมาตรา 291 (1) วรรคสองแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผล 2 ประการ คือ ประการแรก ลำดับชั้นหรือคุณค่าของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ระดับที่ 1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และ ระดับที่ 2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ โดยบทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมมีสถานะเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 หรือมีคุณค่าเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในระดับที่ 1 ให้มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมไม่อาจกระทำได้ และ ประการที่สอง การปกป้องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมปกป้องได้ทั้ง “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” และ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กล่าวคือ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” นั้นเป็นการปกป้องบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ใน “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง

ได้” นั้น เป็นการปกป้องมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไปกระทบกับบทบัญญัติดังกล่าว

แม้ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวจะดูสมเหตุสมผลในแง่ที่อาจเทียบเคียงกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ ดังที่มีผู้พิจารณาจากลำดับชั้นในทางกฎหมายไว้ว่า “. . . เมื่อพิจารณาโดยเทียบเคียงจากกรณีของร่างพระราชบัญญัติกับพระราชบัญญัติ เพราะเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติกับพระราชบัญญัตินั้นมีลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากันใช่หรือไม่ จึงไม่มีการสร้างระบบเพื่อให้ศาลสามารถใช้อำนาจตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติได้ หากเนื้อความของพระราชบัญญัติกับร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งกัน กรณีก็ย่อมเป็นไปได้ตามหลักทั่วไปที่ว่า “กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า” หรือ “กฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายทั่วไป” แทนที่จะให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยเพิกถอนพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ในทางตรงกันข้าม สำหรับกรณีของร่างพระราชบัญญัติกับรัฐธรรมนูญนั้น เหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของตัวร่างพระราชบัญญัติได้ ก็เนื่องจากว่าร่างพระราชบัญญัติซึ่งเป็น “วัตถุที่ถูกตรวจสอบ” กับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น “วัตถุที่เป็นมาตรฐานของการตรวจสอบ” มีลำดับชั้นทางกฎหมายไม่เสมอกัน กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติจะมีลำดับชั้นทางกฎหมายต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ และเมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะทางกฎหมายสูงกว่าร่างพระราชบัญญัติ เพราะลำดับชั้นที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างวัตถุที่จะถูกตรวจสอบกับวัตถุที่จะใช้เป็นมาตรฐานของการตรวจสอบนี้เองจึงก่อให้เกิดผลธรรมดาตามสภาพของเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาวินิจฉัยไปได้ว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ. . .”⁴⁶ ก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม หากถือว่าไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด เนื้อความแต่ละเรื่องที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งหรือเนื้อความที่ปรากฏอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับเนื้อความที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมย่อมมีลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากันเสมอแล้ว “. . . แม้เนื้อความของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันหรือเนื้อความของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับเนื้อความที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมอาจอยู่ในสภาพที่ขัดแย้งกันได้ แต่ด้วยเหตุผลจากความเท่าเทียมกันของลำดับชั้นทางกฎหมาย องค์กรตุลาการจึงย่อมไม่สามารถวินิจฉัยให้อะไรคงอยู่หรือให้อะไรตกไปได้โดยสภาพของเรื่อง ด้วยเหตุดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมไม่อาจเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้. . .”⁴⁷ นั่นเอง

⁴⁶ เฟิงอ้าง.

⁴⁷ เฟิงอ้าง.

การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในเบื้องต้นศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตัวเองก่อนว่าตนมี “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) ที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงค่อยมาพิจารณาในประเด็นต่อไปว่าอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตนนั้นมี “ขอบเขต” (Scope) แค่นี้เพียงใด กล่าวคือ จะสามารถควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะในเชิง “รูปแบบและกระบวนการตรา” (Review of Formal and Procedural Regularity) หรือสามารถก้าวล่วงไปถึงการควบคุมตรวจสอบในเชิง “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Review of Substantive Regularity) ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดถึง “ข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เอาไว้ ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาเช่นนั้นเป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมี “เขตอำนาจ” (Jurisdiction) ที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่จำเป็นต้องมีเขตอำนาจพิเศษตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อีก กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกำหนดข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้นั้น ไม่ได้หมายความว่าโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เราจะเห็นได้ว่าในบางประเทศแม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นกลับยืนยันว่าไม่มีเขตอำนาจ (Jurisdiction) ที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาเหล่านั้นหรือไม่ เช่น ในประเทศฝรั่งเศสที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดว่า “รูปแบบสาธารณรัฐของรัฐบาล” (Republican Form of Government) ไม่สามารถเป็นวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) กลับยืนยันมาตลอดว่าไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา หรือในประเทศตุรกีที่รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ได้กำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้มากมาย เช่น การกำหนดว่าบทบัญญัติ 3 มาตราแรกของรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ถึงอย่างนั้นในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้ก็ได้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบ “เนื้อหา” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีเขตอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะ “รูปแบบและกระบวนการ” ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าการควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตุลพินาจขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมตรวจสอบกันเอง ดังนั้น ข้ออ้างดังกล่าวจึงฟังไม่ขึ้นเช่นกัน เนื่องจากในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรกอยู่แล้ว

(5) ข้อกล่าวอ้างที่อาศัย “หลักการตีความยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori) และ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” (Analogy) เพื่อตีความให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็ไม่ชอบด้วยหลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน เนื่องจากดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) ไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจโดยทั่วไป (General Jurisdiction) การมีเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็น “ข้อยกเว้น” (Exception) ซึ่งตามหลักการใช้การตีความความกฎหมายแล้ว ข้อยกเว้นนั้นจะต้องได้รับการตีความอย่างเคร่งครัดไม่อาจตีความอย่างขยายความโดยอาศัย “หลักการตีความยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori) หรือ “การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” (Analogy) ได้ ทั้งนี้ ตามหลัก *exceptio est strictissimae interpretationis* หรือ *Exceptions must be interpreted in the strictest manner* อีกทั้งการให้เหตุผลในลักษณะที่พูดง่าย ๆ ว่า “ขนาดเรื่องเล็กยังทำได้ ไฉนเรื่องที่ใหญ่กว่าจะทำไม่ได้” นั้น ก็ดูจะไม่สมเหตุสมผลเพราะความจริงแล้วการตีความแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น ควรจะต้องตีความในลักษณะว่า “ขนาดเรื่องใหญ่ยังทำได้ ไฉนเรื่องที่เล็กกว่าจะทำไม่ได้” มากกว่า

6.2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย

ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะนั้น ไม่ปรากฏคดีที่ศาลยุติธรรม (Courts of Justice) ได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ขึ้นตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ.2540 แล้ว ก็ไม่เคยปรากฏคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน จนเมื่อได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554⁴⁸
เป็นกรณีที่ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่ง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ

⁴⁸ สำหรับคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญฉบับเต็ม ดู http://www.constitutionalcourt.or.th/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2173&Itemid=177&lang=th

วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2 ฉบับที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วนั้น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงกระบวนการหรือไม่ ในฐานะผู้ส่งคำร้องประธานรัฐสภาได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นหนึ่งจากที่ได้เสนอไว้สองประเด็นด้วยว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นเบื้องต้นเพียงว่า คำร้องของผู้ร้องไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ จึงมีคำสั่งให้ยกคำร้อง ด้วยเหตุผลว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 15 มาตรา 291 โดยบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการตาม (1) ถึง (7) ว่าให้ต้องทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเสนอเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ทำเป็น “ร่างพระราชบัญญัติ” ทั้งมาตรา 291 (7) ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติเฉพาะมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยมาใช้บังคับด้วย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 - 22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2555⁴⁹ เป็นกรณีที่มีกลุ่มบุคคลจำนวนหนึ่งได้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ว่า การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาตามมาตรา 291 ตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ. ซึ่งที่ประชุมรัฐสภาได้มีมติเสียงข้างมากรับหลักการในวาระที่หนึ่ง และผ่านการพิจารณาลงมติเสียงข้างมากรายมาตราในวาระที่สองแล้ว โดยรัฐสภาจะพิจารณาวาระที่สามในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2555 นั้น มีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งฉบับ อันเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้เลิกกระทำการใด ๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และมีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องซึ่งเป็นผู้ยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยไว้ 4 ประเด็นและได้วินิจฉัยให้ยกคำร้องทั้งห้าคำร้อง สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

⁴⁹ สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับเต็ม ดู http://www.constitutional.court.or.th/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=6854&Itemid=210&lang=th

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำให้ตรวจสอบว่ามีการฝ่าฝืนมาตรา 68 หรือไม่ โดยสามารถทำได้ 2 แนวทาง (1) เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบและยื่นศาลรัฐธรรมนูญ และ (2) ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงให้สั่งเลิกการกระทำ เพราะมาตรา 68 หาได้ตัดสิทธิผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ ซึ่งการแปลความแบบนี้จะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 68 และเป็นไปเพื่อรับรองสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งมุ่งหมายให้คนไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาระบบการปกครองมิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นการป้องกันไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 สาระสำคัญในการอภิปรายมีเจตนาร่วมกันที่จะให้ประชาชนใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญผ่านกลไกศาลรัฐธรรมนูญซึ่งสำคัญยิ่งกว่าเรื่องตัวบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง การตีความจึงต้องเป็นไปเพื่อยอมรับสิทธิมิใช่จำกัดสิทธิ ส่วนกรณีให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วยังไม่มีการใดหากปล่อยให้มีการลงมติในวาระสามลุล่วงไป แม้ต่อมาอัยการสูงสุดจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้เลิกการกระทำนั้นก็จะไม่สามารถบังคับตามคำวินิจฉัยในทางทางใดได้อีก รวมทั้งไม่อาจย้อนคืนแก้ไขผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง

ประเด็นที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจที่ให้ไว้ตามรัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรที่ใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทยที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตามแต่การแก้ไขเพิ่มเติมโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับ

ปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนที่ “ควรจะ” ได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

ประเด็นที่ 3 การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาดังกล่าวยังไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะถือได้ว่าล้มล้างการปกครอง อีกทั้งการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ยังมีได้เป็นรูปธรรม การกล่าวอ้างของผู้ร้องจึงเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าซึ่งยังไม่เกิดผลประการใด ประกอบกับในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ยังมีมาตรา 291/11 วรรคห้า อันเป็นบทบัญญัติป้องกันการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงการปกครอง นอกจากนี้ ประธานรัฐสภาหรือรัฐสภาก็ยังมีอำนาจยับยั้งให้ร่างตกไปได้ด้วย หากเห็นว่าเป็นการล้มล้างการปกครอง

ประเด็นที่ 4 หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งจะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เมื่อได้วินิจฉัยในประเด็นที่ 3 ดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ 4 อีกต่อไป

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 - 22/2555 ฉบับนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากทั้งประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 68 ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการเสนอคำร้องตามมาตรา 68 วรรคสองนั้นอาจทำได้สองวิธี คือ (1) บุคคลมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และ (2) บุคคลมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรงโดยไม่ต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อน ทั้ง ๆ ที่มาตรา 68 วรรคสองกำหนดให้บุคคลมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้แนะนำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ “ควรจะ” ได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

อย่างไรก็ดี ประเด็นสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 - 22/2555 ที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ตั้งเป็นประเด็นที่ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยเอาไว้โดยชัดแจ้งในคำวินิจฉัย คือ ประเด็นว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ไม่ว่าจะในขณะที่อยู่ระหว่างกระบวนการพิจารณาของ

รัฐสภาหรือในขณะที่มีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วนั้น เป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบตามมาตรา 68 หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยฐานอำนาจจากมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 เข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาได้หรือไม่ เพราะวัตถุแห่งคดีหรือเหตุที่จะมีการเสนอคำร้องตามมาตรา 68 ได้นั้น จะต้องเป็น “การกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองอันเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” โดยมีความมุ่งหมาย “เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”⁵⁰ แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ร้องได้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “การใช้อำนาจของรัฐสภาในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ รัฐสภาได้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการและขั้นตอนตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 15 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้แก่บุคคลและพรรคการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 แต่อย่างใด⁵¹

ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้สับสนระหว่าง “การใช้สิทธิและเสรีภาพ” กับ “การใช้อำนาจหน้าที่” หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้มาตรา 291 ถูกต้องครบถ้วนและเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐแล้ว จะถือว่าเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชอบอยู่ในตัวของมันเองอยู่แล้ว แตกต่างกับการปฏิวัติรัฐประหารเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดอย่างยิ่งที่

⁵⁰ อีระ สุธีวรารังกูร, "ประกาศนิตินิติราษฎร์ ฉบับที่ 37 การตั้งประเด็นแห่งคดีของศาลรัฐธรรมนูญ," สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/blog/71>.

⁵¹ คณะนิตินิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 41*.

ศาลรัฐธรรมนูญอ้างมาตรา 68 มาเป็นฐานแห่งอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ยังคงอยู่ในกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาวาระสามและยังไม่ได้มีผลใช้บังคับออกมาเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกด้วย กล่าวคือ องค์การตุลาการได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติในขณะที่การใช้อำนาจนั้นยังไม่มีผลออกมาเป็นรูปธรรม "กระบวนการนิติบัญญัติ" และ "กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ" ถือเป็นกิจการทางการเมืองที่อยู่ใน "เขตแดนของฝ่ายนิติบัญญัติ" ที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะของฝ่ายตุลาการมีอาจเข้ามาดำเนินการตรวจสอบใด ๆ ได้ในระหว่างที่กิจการดังกล่าวยังไม่สำเร็จเสร็จสิ้นไป ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ได้บัญญัติไว้ให้รัฐสภาดำเนินการกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยต้องมีการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 3 วาระ ดังนั้น เมื่อรัฐสภายังคงอยู่ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ในสายตาของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญมองว่ายังคงอยู่ในอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายการเมือง หากมีความผิดพลาดใดเกิดขึ้นก็เป็นเรื่องของฝ่ายการเมืองที่จะต้องตรวจสอบ แก้ไข และรับผิดชอบต่อตนเอง องค์การตุลาการไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงหรือก้าวล่วงการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการตรวจสอบในทางกฎหมายได้⁵² กล่าวอีกนัยหนึ่ง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านวาระสองมาแล้วแต่ยังไม่มีผลลงมติในวาระสามนั้นไม่อาจเป็น "วัตถุแห่งคดี" ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้นั่นเอง

6.2.3 การควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

เมื่อพิจารณาแล้วว่าในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะและจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เอาไว้เท่านั้น คำถามที่ตามมา คือ ศาลยุติธรรม (Courts of Justice) ในฐานะขององค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยทั่วไป (General Jurisdiction) จะมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจาก

⁵² มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา," สืบค้นเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2557, จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1339077091&grpId=01&catid&subcatid.

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 218 บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่พึงปวงเว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

ในอดีตนั้นศาลฎีกา (Supreme Court) เคยอาศัยการตีความเขตอำนาจของศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) เพื่อที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 กรณีของพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 และในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 กรณีประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 26 โดยที่รัฐธรรมนูญในขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดถึงเขตอำนาจของศาลฎีกาในกรณีดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนเลย⁵³ อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ศาลฎีกาคงไม่อาจอาศัยเหตุผลเช่นเดียวกันนี้เพื่อที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากศาลฎีกาเป็นองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) จึงมีสถานะที่ต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลฎีกาในกรณีเช่นนี้เอาไว้โดยเฉพาะแล้ว ศาลฎีกาจึงไม่อาจอาศัยอำนาจตุลาการของตนซึ่งแม้จะเป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยทั่วไปก็ตาม แต่ก็ยังมีสถานะเป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้นเพื่อเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่สูงกว่าอำนาจตุลาการของศาลฎีกาได้ กรณีนี้จึงมีความแตกต่างจากการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญที่เท่าเทียมกันกับอำนาจตุลาการของศาลฎีกา

เมื่อในปัจจุบันองค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมไม่สามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยได้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดคำถามที่สำคัญตามมาว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นจึงปราศจากการควบคุมตรวจสอบโดยสิ้นเชิงใช่หรือไม่ ซึ่งอาจทำให้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้นไร้ความหมายและไม่อาจมีผล

⁵³ ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.48 - 49.

ใช้บังคับในทางกฎหมายได้อย่างแท้จริง ต่อประเด็นปัญหานี้ข้าพเจ้าเห็นว่า แม้องค์กรตุลาการจะไม่มีเขตอำนาจในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะไร้ความหมายหรือไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงแต่อย่างใด เนื่องจากในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยยังปรากฏระบบการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรูปแบบอื่น ๆ เพื่อให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยดังต่อไปนี้⁵⁴

(1) การควบคุมตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการโดยชอบด้วยข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่นั้น กรณีเช่นนี้หากปรากฏว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น องค์ประชุมที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ครบ หรือจำนวนคะแนนเสียงที่ลงมติเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นต้น องค์การที่มีอำนาจตรวจสอบกรณีนี้ นอกจากการควบคุมตรวจสอบกันเองของรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ยังรวมถึงการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น ๆ ที่มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นด้วย เช่น พระมหากษัตริย์ (King) โดยการอาศัยพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย (Veto) ตามที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 291 กำหนดให้นำมาใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม กล่าวคือ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการลงมติของรัฐสภาทั้ง 3 วาระแล้วและได้นำขึ้นทูลเกล้าถวายแก่พระมหากษัตริย์เพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธย พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้ หากทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวรัฐสภาต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นกลับมาพิจารณาใหม่และลงมติว่าจะยืนยันตามร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวหรือไม่ หากรัฐสภาลงมติยืนยันร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็จะมีผลบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้และต้องถือว่าพ้นไปจากการตรวจสอบในทางกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะโดยองค์กรใดก็ตาม ทั้งนี้ การตัดสินใจของรัฐสภาว่าจะยืนยันร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของความรับผิดชอบทางการเมืองต่อประชาชนตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอีกชั้นหนึ่งด้วย

(2) การควบคุมตรวจสอบว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ไปกระทบต่อทบบัญญัติหรือหลักการที่รัฐธรรมนูญห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่นั้น อาจกล่าวได้ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรใดในการควบคุมตรวจสอบย่อมหมายความว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้รัฐสภาในฐานะผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจที่

⁵⁴ เฟิงอ้าง, น.49 - 50.

จะวินิจฉัยได้เองว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดย่อมต้องอาศัยกระบวนการทางรัฐสภาในการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นและถกเถียงถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าได้ไปละเมิดบทบัญญัติหรือหลักการที่รัฐธรรมนูญห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้หรือไม่ หากท้ายที่สุดรัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแล้ว ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วและย่อมพ้นไปจากการตรวจสอบในทางกฎหมายแล้ว แต่อาจจะต้องถูกตรวจสอบในทางการเมืองโดยประชาชนตามกลไกของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแทน



บทที่ 7

บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

จากที่ได้อภิปรายถึงประเด็นต่าง ๆ เกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทต่าง ๆ แล้ว เราย่อมได้ข้อสรุปในเบื้องต้นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations of Constitutional Amendment) เอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) หรือแม้แต่ข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมต้องดำเนินการให้เป็นไปตามข้อจำกัดดังกล่าวเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ไม่เป็นไปตามข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญได้กำหนด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendments) ทั้งนี้ เนื่องจาก อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นเพียงอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งได้รับอำนาจมาจากอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) จึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) โดยกรอบหรือขอบเขตบางประการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้

อย่างไรก็ตาม การถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด ซึ่งทำให้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญในหลาย ๆ กรณีนั้น อาจก่อให้เกิดคำถามทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติตามมาหลาย ประการ เช่น ปัญหาว่าหากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญเอาไว้เลย รัฐธรรมนูญดังกล่าวจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ หากสามารถถูกแก้ไข เพิ่มเติมได้แล้ว จะต้องทำด้วยรูปแบบและกระบวนการอย่างไร หรือปัญหาว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญจะถูกใช้เพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับ ใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่อันมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้หรือไม่ ตลอดจนปัญหาว่าท้ายที่สุดแล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถูกใช้เพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือแม้กระทั่งยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียเองได้หรือไม่ อย่างไร และหาก อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจดำเนินการดังกล่าวได้ จะพอมิช่องทางไหนบ้างหรือไม่ที่จะ สามารถนำมาใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านั้น

7.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญโดยทั่วไปมักจะมีบทบัญญัติกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) เอาไว้เสมอ ซึ่งย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ก็เป็นไปได้เหมือนกันว่ารัฐธรรมนูญบางฉบับอาจไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย กรณีดังกล่าวจึงเกิดปัญหาในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า หากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย เช่นนี้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ และหากพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องดำเนินการโดยรูปแบบและกระบวนการอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยนั้น จะถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำรงอยู่หรือไม่ และหากพิจารณาว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำรงอยู่แล้ว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถูกจำกัดลงโดยข้อจำกัดใด ๆ หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations)

7.1.1 รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่?

ในแวดวงวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น มีผู้ให้ความเห็นต่อประเด็นปัญหานี้อยู่ 2 ความเห็นด้วยกัน กล่าวคือ ความเห็นแรกเห็นว่า ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้เลย หากมีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้นย่อมเท่ากับเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่¹ ซึ่งเท่ากับเป็นการมองว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย หากแต่มีเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ความเห็นที่สองกลับเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาเลยไว้ก็ตาม การตีความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เลยย่อมไม่ถูกต้อง เนื่องจากขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีสิทธิหรือ

¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530), น.733.

ความชอบธรรมใด ๆ ที่จะบังคับให้คนรุ่นหลังต้องผูกพันกับระบอบการปกครองที่ตายตัวท่ามกลางฐานะความเป็นอยู่ของประเทศที่มีความเปลี่ยนแปลงไป² นักวิชาการบางคนถึงขนาดให้ความเห็นว่าในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายเฉกเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา³

ส่วนความเห็นของนักวิชาการในต่างประเทศนั้น ค่อนข้างจะมีแนวโน้มไปในทิศทางเดียวของความเห็นที่สอง โดยถือกันว่าแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้เลยก็ตาม ก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นย่อมสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่บัญญัติขึ้นในยุคสมัยหนึ่งซึ่งอาจจะมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของบ้านเมืองในสมัยนั้น แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปรัฐธรรมนูญย่อมต้องได้รับการปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นด้วย⁴ สำหรับข้าพเจ้านั้นเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งโดยเหตุผลของเรื่องแล้วย่อมต้องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ แม้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้ก็ตาม โดยไม่จำเป็นต้องกลับไปจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้หรือไม่ ก็ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ ปัญหาคือจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไร และการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่ต่างหาก

7.1.2 รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะแก้ไขเพิ่มเติมด้วยวิธีการอย่างไร?

สำหรับปัญหาว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย องค์กรใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการโดยรูปแบบและกระบวนการอย่างไรนั้น ในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ ความเห็นแรกเห็นว่า รัฐธรรมนูญต้องได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมตามวิถีทางประชาธิปไตยโดยให้รัฐสภาในฐานะเป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำได้ยากกว่าการตรา

² ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย, (กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), น. 197, 207.

³ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์, การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น.48.

⁴ เพ็ญอ่าง, น.49.

กฎหมายธรรมดา อีกทั้งต้องให้ประชาชนในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ด้วย แต่อีกความเห็นหนึ่งกลับเห็นว่า รัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับการตรากฎหมายธรรมดาที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ โดยถือว่าในกรณีนี้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ซึ่งมักเป็นวิธีการที่ใช้กันในประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) หรือมีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี

อย่างไรก็ตาม ความเห็นที่ดูจะได้รับการยอมรับมากกว่า คือ ความเห็นที่ว่าในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลยองค์กรใดจะเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตลอดจนรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมจะเป็นเช่นไรนั้น ต้องพิเคราะห์จากกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับนั้น⁵ กล่าวคือ ต้องพิเคราะห์ว่าใครหรือองค์กรใดคือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นดำเนินการด้วยรูปแบบและกระบวนการเช่นไร ในกรณีนี้จึงเปรียบเสมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงต้องย้อนกลับไปใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) นั้นเอง ซึ่งกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นโดยปกติมีอยู่ 3 กรณีด้วยกัน⁶ ดังนี้

7.1.2.1 กรณีเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยกษัตริย์เป็นผู้ให้

ในกรณีที่กษัตริย์เป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นนั้น ถือว่ากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและโดยหลักการแล้วต้องถือว่ากษัตริย์ย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ ตามหลักทั่วไปที่ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มักจะเกิดจากการที่กษัตริย์ยอมจำกัดอำนาจของตนลงและยอมรับรู้ถึงการดำรงอยู่ของสิทธิและเสรีภาพบางประการของประชาชนแต่ก็ยังคงสงวนอำนาจส่วนมากของตนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีนี้กษัตริย์จะถือว่าเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม แต่หากยินยอมให้กษัตริย์เป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่มี

⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.208.

⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : พาณิชยศุภผล, 2495), น.435 - 437. และ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.160.

ข้อจำกัดใด ๆ แล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีอยู่น้อยนิดอยู่แล้วนั้นอาจถูกระทบกระเทือนจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจของกษัตริย์ได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวของประชาชนถูกระทบกระเทือน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ในทางปฏิบัติจึงมักจะต้องได้รับความยินยอมหรือความเห็นชอบจากผู้แทนของประชาชน (Representative) ด้วย เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่กษัตริย์เป็นผู้ให้และไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบับดังกล่าวจึงต้องได้รับความเห็นชอบร่วมกันจากทั้งกษัตริย์และรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เป็นต้น

7.1.2.2 กรณีเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยความตกลงระหว่างกษัตริย์กับประชาชน

รัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มักจะเกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติเพื่อล้มล้างอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของกษัตริย์ แต่อาจเป็นเพราะยังคงเห็นความสำคัญของการมีกษัตริย์อยู่หรือเป็นเพราะยังไม่รู้แพ้รู้ชนะกันอย่างเด็ดขาดระหว่างฝ่ายปฏิวัติกับฝ่ายกษัตริย์ จึงต้องมีความตกลงระหว่างกษัตริย์กับประชาชนหรือคณะบุคคลที่ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน โดยร่วมกันจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาจำกัดอำนาจของกษัตริย์ขึ้นและกษัตริย์จะยอมรับรองและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีเช่นนี้จึงอาจจะต้องเกิดจากความเห็นชอบร่วมกันระหว่างประชาชนหรือคณะผู้แทนของประชาชนกับกษัตริย์ ตัวอย่างที่อาจจะใกล้เคียงกับกรณีนี้ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ฉบับแรกของประเทศไทยนั้น อาจกล่าวได้ว่าเกิดจากความตกลงร่วมกันระหว่างคณะราษฎรกับพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) อีกทั้งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมตัวเองเอาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงใช้บังคับในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ทำให้ไม่มีโอกาสได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมและได้ถูกยกเลิกไปโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งเกิดจากการที่สภาผู้แทนราษฎรในฐานะผู้แทนของประชาชนร่วมกับพระมหากษัตริย์จัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรดังกล่าวขึ้นใช้แทน

7.1.2.3 กรณีเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประชาชนตามวิถีทางประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญรูปแบบนี้เกิดขึ้นจากประชาชนโดยกระบวนการในทางประชาธิปไตย เมื่อประชาชนในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นย่อมต้องถือว่าประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย โดยอาศัยหลักการเช่นเดียวกับกรณีที่

รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นโดยกษัตริย์เป็นผู้ให้นั่นเอง แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้คงไม่มีปัญหาในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเหมือนเช่นที่อาจเกิดขึ้นกับกรณีที่รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นโดยกษัตริย์เป็นผู้ให้ เนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเอง จึงย่อมจะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของตนเองได้ดีกว่าการให้องค์กรอื่นเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้น รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยรูปแบบนี้คงเป็นไปได้ยากที่จะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย เพราะการร่างรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางประชาธิปไตยนั้นคงจะมีเวลาเพียงพอในการไตร่ตรองอย่างรอบคอบ ประชาชนหรือผู้แทนประชาชนคงไม่หลงลืมที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์และกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นแน่

7.1.3 การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่?

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย การพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาหรือไม่ ย่อมต้องพิจารณาจากองค์กรที่เข้าไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนรูปแบบและกระบวนการที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น หากถือตามความเห็นที่ว่ารัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรูปแบบและกระบวนการเช่นเดียวกับการตรากฎหมายธรรมดาซึ่งรัฐธรรมนูญของแทบทุกประเทศมักจะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ (Legislature) หรือรัฐสภา (Parliament) นั้น ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรนิติบัญญัติเป็นเพียงองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เท่านั้น องค์กรนิติบัญญัติจึงมีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญโดยสภาพ และแม้ในกรณีนี้จะถือว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเลยก็ตาม แต่การใช้อำนาจเพื่อเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติในกรณีเช่นนี้ก็ยังคงเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญผ่านการใช้รูปแบบและกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ยังคงเป็นการใช้อำนาจภายใต้โครงสร้างของรัฐธรรมนูญอยู่นั่นเอง หาได้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงยังคงถูกจำกัดโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหานั่นเอง เมื่อไม่ปรากฏข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ก็ต้องถูกผูกพันโดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งย่อมไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นได้ เพราะเท่ากับเป็นการทำลายหรือลบล้างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการทำลายการดำรงอยู่ของอำนาจที่ใช้

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเสียเอง เนื่องจากอำนาจดังกล่าวดำรงอยู่ได้ก็เพราะมีรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญดำรงอยู่ได้ก็เพราะมีหลักการพื้นฐานเหล่านั้นคอยค้ำจุนนั่นเอง

แต่หากถือตามความเห็นว่าต้องกลับพิเคราะห์ว่าใครหรือองค์กรใดคือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นดำเนินการด้วยรูปแบบและกระบวนการเช่นไรแล้ว ย่อมถือเสมือนว่าไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลย หากแต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการย้อนกลับไปใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เพียงอย่างเดียว กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ย่อมไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายก็ตาม เพราะอำนาจที่ใช้ในการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นอำนาจเริ่มแรกที่จะกำหนดว่ามีข้อจำกัดต่ออำนาจอื่น ๆ ใดๆบ้าง ฉะนั้นย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่อำนาจดังกล่าวย่อมไร้ซึ่งข้อจำกัดในทางเนื้อหา ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีเช่นนี้ จึงอาจทำลายหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมแล้วสถาปนาหรือก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนที่ได้เสมือนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ต้องถือว่ากระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวได้ก้าวเลยออกไปจากเขตแดนในทางกฎหมายเข้าไปอยู่ในเขตแดนในทางการเมืองแล้ว ซึ่งหากพิจารณาจากบริบทของลัทธิเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) ที่มีอิทธิพลอยู่ในปัจจุบันแล้ว กระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวย่อมต้องพิจารณาถึงความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยซึ่งถือว่าประชาชนเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียวด้วย

7.2 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

ปัญหาว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ทั้งฉบับ” (Total Revision) หรือใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ นั่น “จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” (Adoption of New Constitution) ขึ้นทั้งฉบับเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่อันมีผลเป็นการยกเลิก (Abrogation) รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้หรือไม่ ในแวดวงวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น มีความเห็นต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวอยู่ 2 ความเห็นด้วยกัน ดังนี้

ความเห็นแรกเห็นว่า องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตนเข้าไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ทั้งฉบับ” ได้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอย่างสิ้นเชิงโดยไม่หลงเหลือ “ทรวดทรง” หรือ “สาระสำคัญ” หรือ “ความคิดอันเป็นรากเหง้า” อันมีอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเอาไว้เลย ทั้งนี้

เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การแก้ไขของเดิมหรือเพิ่มเติมของเดิมขึ้น ซึ่งจะต้องรักษาสาระสำคัญอันมีอยู่แต่เดิมไว้ เป็นแต่แก้ไขเปลี่ยนแปลงตกแต่งให้ดีขึ้นเท่านั้น⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงการทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปโดยยังคงรักษา “โครงสร้างของรัฐธรรมนูญเดิม” เอาไว้ด้วยเท่านั้น นอกจากนี้ การที่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมนั้น อาจถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) เพราะการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจให้ไว้⁸

ในขณะที่ความเห็นที่สองเห็นว่า องค์การผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตนเข้าไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ทั้งฉบับ” หรือสามารถใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ “จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ขึ้นทั้งฉบับและประกาศใช้แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่เดิมอันมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญนั้นไปในตัวได้เสมอ ทั้งนี้ เนื่องจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) รูปแบบหนึ่ง โดยถือว่าเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ในทางวิชาการจึงเรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมหรืออำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์การที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร” (Pouvoir Constituant Dérivé) และยังคงเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “อำนาจพิจารณาใหม่” ซึ่งไม่ใช่เป็นแต่เพียงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่บางบทบางมาตราเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงอำนาจที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับด้วย⁹ นักกฎหมายฝ่ายหลังบางคนยังมีความเห็นต่อไปอีกว่าการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งนั้นอาจทำได้เสมอ แม้ไม่มีบทบัญญัติกล่าวไว้ใน

⁷ หยุต แสงอุทัย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย, (พระนคร : สำนักงานประชานิติ, 2489), น.11 – 13.

⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.153.

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, คำบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน ปีการศึกษา 2/2539, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2539), (เอกสารถอดเทปคำบรรยาย), อ้างใน อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), น.32.

รัฐธรรมนูญก็ตาม โดยยกตัวอย่างกรณีพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ที่ไม่มีบทบัญญัติใดบอกวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือวิธียกเลิกตัวมันเองไว้ แต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไปโดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2490 ซึ่งถูกยกเลิกไปโดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492¹⁰

7.2.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

เราสามารถตอบประเด็นปัญหาดังกล่าวได้โดยการพิจารณาผ่านทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับข้อจำกัดต่าง ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จาก 2 มุมมองด้วยกัน คือ มุมมองในทางรูปแบบ (Formal Approach) และมุมมองในทางเนื้อหา (Substantive Approach) นอกจากนี้ ยังจะได้พิจารณาแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศด้วย

7.2.1.1 พิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบ

การพิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบ (Formal Approach) คือ การพิจารณาถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เอาเป็นสายลักษณะอักษรอย่างชัดแจ้งนั่นเอง กล่าวคือ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนที่ฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้น ได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือกระบวนการ และเงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ดำเนินการในช่วงระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ดังนั้น ในเบื้องต้นย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วเมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) และข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations)

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือไม่ หากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเอาไว้เลย ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยเช่นกัน ดังนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ได้ดำเนินการโดยถูกต้องตาม

¹⁰ ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.438.

ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเวลาแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมสามารถเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งฉบับทุกบททุกมาตราหรือแม้แต่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้นก็ย่อมทำได้ทั้งสิ้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ดำเนินการโดยสอดคล้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วทุกประการแล้วนั่นเอง

แต่หากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเอาไว้แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ย่อมสามารถกระทำได้ตราบเท่าที่ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เท่านั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นนั้นไปมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งแล้ว ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment) ในทางตรงกันข้าม หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นนั้น ไม่ได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว แม้จะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับทุกบททุกมาตราหรือมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ก็ตาม เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้ไปละเมิดข้อจำกัดใด ๆ ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยนั่นเอง

การพิจารณาปัญหาดังกล่าวจากมุมมองในทางรูปแบบนั้นถือว่าไม่มีความแตกต่างอะไรเลยระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงบางบทบางมาตรา ทั้งนี้ เนื่องจากไม่จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ดี หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงบางบทบางมาตราก็ดี ย่อมต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันทั้งสิ้น ประเด็นสำคัญจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ทั้งฉบับ” หรือเป็นการ “จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” หรือไม่ แต่อยู่ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้เข้าไปล่วงละเมิด “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” หรือไม่ต่างหาก ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบแล้วองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งฉบับหรือเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ได้ ตราบใดที่ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่

รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการก็ดี ข้อจำกัดในทางเวลาที่ดี หรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ดี ยังคงได้รับความเคารพและไม่ถูกล่วงละเมิดโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ยกตัวอย่างเช่น กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ก่อนหน้า คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 โดยใช้วิธีการ “เพิ่มเติม” บทบัญญัติหมวดใหม่ว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 ซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 นั้น เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 ที่ได้ดำเนินการโดยชอบด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 กำหนดเอาไว้ทุกประการ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวและรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มาตามนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั่นเอง

7.2.2.2 พิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหา

การตอบปัญหาในหัวข้อข้างต้นนั้นเป็นการพิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบและจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ แต่หากพิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหา (Substantive Approach) แล้ว คำตอบต่อปัญหาดังกล่าวอาจจะแตกต่างออกไป เนื่องจากมุมมองดังกล่าวถือว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อจำกัดที่บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ (Explicit Substantive Limitation) เสมอไปเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation)¹¹ ที่ไม่ได้บัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญด้วย เพราะแนวความคิดนี้มองว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้นไม่ได้เป็นเพียงเอกสารทางกฎหมายที่บรรจุกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมใดสังคมหนึ่งเอาไว้เท่านั้น หากแต่เป็นสิ่งที่บรรจุคุณค่าต่าง ๆ ที่สังคม

¹¹ สำหรับทฤษฎีทางกฎหมายที่สนับสนุนการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) และข้อโต้แย้งต่าง ๆ ต่อทฤษฎีดังกล่าว ตลอดจนแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ นั้น ได้อภิปรายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.2 ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย

นั้นให้การยอมรับนับถือด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับจึงมีหลักการพื้นฐานสำคัญของมันอยู่เสมอ¹² หลักการพื้นฐานสำคัญเหล่านี้เปรียบเสมือนกับโครงสร้างที่ค้ำจุนการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญฉบับนั้น เปรียบเสมือนกับสิ่งซึ่งบ่งบอกถึง “อัตลักษณ์ของรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Identity) หรือเปรียบเสมือนกับ “จิตวิญญาณ” (Spirit) หรือ “รหัสพันธุกรรม” (Genetic Code) ของรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว¹³ เพราะหากปราศจากหลักการพื้นฐานสำคัญเหล่านั้นแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนั้นก็ย่อมไม่อาจมีตัวตนอยู่ได้เลย เมื่อหลักการพื้นฐานสำคัญดังกล่าวเป็นสิ่งที่อยู่ภายในของรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติรับรองเอาไว้อย่างชัดเจน หากแต่หลักการดังกล่าวสามารถสืบสาวออกมาได้จากการตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมาตราต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นระบบและเชื่อมโยงกัน

ดังนั้น ในเบื้องต้นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้รวมไปถึงอำนาจที่จะทำลายรัฐธรรมนูญทั้งฉบับลงหรือเพื่อสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ด้วย เพราะโดยสภาพของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นไปได้ที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งเปรียบเสมือนกับตัวตนของรัฐธรรมนูญเอง การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการเหล่านี้ย่อมเท่ากับเป็น “ยุติชีวิต” ของรัฐธรรมนูญฉบับนั้น และจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเดิมก็จะเกิดเป็นระบอบการเมืองใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่¹⁴ ซึ่งถือว่าการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ของผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนที่ฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้น ไม่เข้าไปแตะต้องหรือเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญเดิมเลย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เช่นนี้ ย่อมถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

¹² Yaniv Roznai, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers,” (Ph.D.dissertation, Department of Law of the London School of Economics, 2014), p.125.

¹³ Carlo Fusaro and Dawn Oliver, “Toward a Theory of Constitutional Change,” in *How Constitutions Change – A Comparative Study*, (Oxford : Hart Publishing, 2011), p.428.

¹⁴ Eivind Smith, “Old and protected? On the “Supra - Constitutional” Clause in the Constitution of Norway,” *Israel Law Review* 44, p.369 (2011).

ยกตัวอย่างเช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ได้ใช้วิธีการ “แก้ไขเพิ่มเติม” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 “ทั้งฉบับ” ดังที่คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ใช้คำว่า “. . .สมควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย . . .” โดยรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 ยังคงรักษาระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า คือ รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2475 เอาไว้ดังเดิม กล่าวคือ ยังคงรักษาตรรกะและความคิดอันเป็นรากเหง้า คือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขอยู่อย่างรัฐธรรมนูญเดิมเอาไว้¹⁵ การจัดทำรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 จึงเป็นเพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น และถือว่าการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมด้วย¹⁶

7.2.2 แนวทางแก้ปัญหาในต่างประเทศ

เพื่อไม่ให้เกิดข้อถกเถียงกันในทางปฏิบัติว่าองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่นั้น รัฐธรรมนูญของบางประเทศจึงได้บัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจนเลย เช่น รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 และรัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 ได้บัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) โดยกำหนดให้มีรูปแบบและกระบวนการที่แตกต่างและทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วนหรือบางมาตรา (Partial Revision) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้นต้องผ่านการออกเสียงลงประชามติของประชาชน (Referendum) จึงอาจกล่าวได้ว่าภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ ไม่มีบทบัญญัติหรือหลักการใดของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้¹⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม เนื้อหาทุกอย่างของรัฐธรรมนูญ

¹⁵ หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.11 – 13.

¹⁶ หยุด แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538), น.78 - 79.

¹⁷ ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," สืบค้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2556, จาก <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, น.9.

ยอมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ทั้งสิ้น ภายใต้เงื่อนไขว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนั้นต้องดำเนินการโดยรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 มาตรา 135 บัญญัติถึงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Adoption of New Constitution) เอาไว้โดยเฉพาะ โดยกำหนดให้ต้องมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ขึ้นมาเพื่อทำการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องผ่านความเห็นชอบของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมด (Qualified Majority) หรือต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายแล้วแต่จะเลือก หรือรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 158 ที่บัญญัติให้จัดตั้ง Grand National Assembly โดยสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เพื่อทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวต้องผ่านความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดในการพิจารณา 3 วาระ และใน 3 วันที่แตกต่างกัน

ดังนั้น ภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ทุกบททุกมาตรา ไม่เว้นแม้แต่มติที่บัญญัติถึงหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วย อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เอาไว้อย่างชัดเจนเหมือนอย่างประเทศข้างต้นนั้น แม้จะเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมจะสามารถกระทำได้โดยอาศัยเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในกรอบของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ภายใต้ระบอบประชาธิปไตยที่ถือเป็นเด็ดขาดว่าประชาชนเป็นองค์อธิปัตย์ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น การให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originnaire) ด้วยตนเองโดยตรง เช่น การออกเสียงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายแก่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นการส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับหรือรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จัดทำขึ้นแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมนั้นมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น

อนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ได้อภิปรายในหัวข้อนี้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว

ได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามข้อจำกัดต่าง ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการก็ดี ข้อจำกัดในทางเวลาที่ดี ข้อจำกัดในทางเนื้อหาทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายก็ดี ย่อมต้องถือว่ารัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับหรือรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีความต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (Constitutional Continuity) เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้ไปละเมิดข้อจำกัดใด ๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยนั่นเอง กรณีเช่นนี้จึงแตกต่างกับการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อให้มีระบอบการเมืองใหม่แทนที่ระบอบการเมืองเดิมโดยวิถีทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ละเมิดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญ เช่น การปฏิวัติ (Revolution) ซึ่งต้องถือว่าระบอบการเมืองใหม่นั้นไม่มีความต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเลย¹⁸

7.3 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อตามทฤษฎีถือกันว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power, Pouvoir Constituant Dérivé, Pouvoir de Révision) เป็นอำนาจที่ถูกจำกัดได้โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ผ่านสิ่งที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Limitations of Constitutional Amendment) แล้ว ประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีที่เกิดขึ้นตามมา คือ ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นเสียเองได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) เนื่องจากเป็นเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ดังนั้นปัญหาดังกล่าวจึงได้รับคำตอบในเบื้องต้นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่อาจถูกใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิ่งที่อำนาจ

¹⁸ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), "Report on Constitutional Amendment," Retrieved on December 10, 2014, From [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), p.6.

สถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้เป็นกรอบหรือขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเองได้ ไม่ว่าจะเป็นกรอบหรือขอบเขตในทางรูปแบบและกระบวนการหรือในทางเนื้อหาก็ตาม ปัญหาการอาศัยเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติของบางประเทศ อีกทั้งในหลาย ๆ กรณียังมีความพยายามที่จะหาข้ออธิบายในทางทฤษฎีเพื่อสนับสนุนการอาศัยเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ดังนี้

7.3.1 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ

ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) นั้น ได้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติของบางประเทศ ทั้งนี้ ส่วนใหญ่ก็เพื่อให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้ง่ายขึ้น โดยการลดขั้นตอนต่าง ๆ หรือลดความเข้มข้นของเงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 2012 ในประเทศเบลเยียม ได้เพิ่มเติมบทเฉพาะกาลต่อท้ายมาตรา 195 ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อลดขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 195 ลง โดยการตัดขั้นตอนการยุบสภาเพื่อเลือกตั้งใหม่แล้วให้รัฐสภาใหม่ดำเนินการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเดิมได้ริเริ่มไว้ (Intervening Election) อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลนี้ถูกจำกัดให้ใช้เฉพาะรัฐสภาที่ได้รับเลือกตั้งเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 2010 และเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญตามที่บทเฉพาะกาลกำหนดไว้เท่านั้น โดยบทเฉพาะกาลดังกล่าวจะใช้บังคับไปจนถึงปี ค.ศ. 2014 ซึ่งเป็นปีที่รัฐสภาดังกล่าวครบวาระพอดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวได้ถูกร้องเรียนไปยังคณะกรรมการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยโดยกฎหมาย (European Commission for Democracy through Law) ซึ่งมีความเห็นว่ารัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 195 ซึ่งกำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งหมดได้¹⁹

¹⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2556), น124 – 125, 131 - 134.

7.3.1.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

ปัญหาว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ นั้น จะสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยอาศัยรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เองได้หรือไม่ เป็นปัญหาว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ตนมีอยู่เข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบและกระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวของตนผ่านทางรูปแบบและกระบวนการใช้อำนาจนั้นได้หรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้ง่ายขึ้นหรือกระทำได้ยากขึ้น โดยการลดหรือเพิ่มขึ้นขั้นตอนต่าง ๆ หรือความเข้มข้นของเงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เราอาจหาคำตอบต่อปัญหาดังกล่าวได้โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ซึ่งมีอยู่ 2 หลักเกณฑ์ด้วยกัน²⁰ คือ หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ (Formal Theory) และหลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (Substantive Theory) ดังนี้

(1) พิจารณาจากมุมมองในทางรูปแบบ

หากพิจารณาจากแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ (Formal Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการย่อมไม่อาจกระทำได้โดยอาศัยเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากแนวความคิดดังกล่าวมองว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) รูปแบบหนึ่ง แต่เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ที่เรียกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้จึงเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจและวิธีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ ด้วยเหตุนี้การอาศัยแต่เพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ย่อมไม่สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่เป็นฐานที่มาแห่งอำนาจและวิธีการใช้อำนาจของ

²⁰ สำหรับแนวความคิดในทางทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.3 การแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ตัวมันเองได้²¹ ในแง่ที่ต้องถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำรงอยู่ได้ก็เพราะบทบัญญัติดังกล่าว
อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจถูกใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงการดำรงอยู่ของตัวมันเองได้นั่นเอง

แต่หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้กระบวนการแก้ไข
เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างขึ้นนั้น ไม่ว่าจะโดยการเพิ่มขึ้นตอนต่าง ๆ หรือเพิ่มความเข้มข้นของ
เงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว แม้เมื่อพิจารณา
จากแนวความคิดในทางรูปแบบ (Formal Theory) จะถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะ
ดังกล่าวไม่อาจกระทำได้อีกก็ตาม แต่ก็อาจพิจารณาได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้
กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างขึ้นนั้น เป็นการกระทำเพื่อทำให้บทบัญญัติ
รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงมากยิ่งขึ้นไปอีกระดับหนึ่ง จึงถือเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับหลักความ
เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) และองค์กรผู้ทรงอำนาจ
แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญน่าจะสามารถกระทำได้

(2) พิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหา

หากพิจารณาจากแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (Substantive
Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว
การแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการอาจเป็นสิ่งที่กระทำได้โดยอาศัยเพียง
อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากแนวคิดดังกล่าวมองว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
(Pouvoir Constituant) มีเพียงอำนาจเดียวเท่านั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่อำนาจ
สถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่ง แต่เป็นอำนาจอีกชนิดหนึ่งที่แยกออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
ไปเลยอย่างเด็ดขาด ทั้งนี้ โดยใช้ “**เนื้อหาแห่งการใช้อำนาจ**” เป็นหลักเกณฑ์ในการ
แบ่งแยกอำนาจทั้งสองออกจากกัน กล่าวคือ หากการใช้อำนาจเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้
เข้าไปกระทบถึงเนื้อหาที่เป็น “แก่น” หรือ “หลักการสำคัญ” ของรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องถือว่าการใช้
อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) แต่หากการใช้อำนาจ
ดังกล่าวไม่ได้เข้าไปกระทบถึง “แก่น” หรือ “หลักการสำคัญ” ของรัฐธรรมนูญแล้ว ก็เป็นเพียงการใช้
อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir de Révision) เท่านั้น ดังนั้น รูปแบบและกระบวนการ
แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จึงเป็นเพียงแค่ “**วิธีการใช้อำนาจ**” เท่านั้น トラบใด
ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้เข้าไปทำลายเนื้อหาอันถือว่าเป็นแก่นหรือหลักการสำคัญของ
รัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ

²¹ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 17*, น.12.

รัฐธรรมนูญได้ทุกบททุกมาตรา รวมไปถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย²²

สำหรับข้าพเจ้านั้นเห็นว่า แม้แนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ (Formal Theory) กับแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา (Substantive Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น จะมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่เกี่ยวกับการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ทั้งสองแนวคิดนี้ต่างก็ยอมรับตรงกันว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) และมีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบหรือขอบเขตแห่งการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็กรอบหรือขอบเขตในทางรูปแบบและกระบวนการหรือในทางเนื้อหาก็ตาม ย่อมเป็นไปได้ที่อำนาจดังกล่าวจะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกรอบหรือขอบเขตแห่งอำนาจของตัวมันเองซึ่งเกิดขึ้นจากการกำหนดโดยอำนาจที่มีสถานะในทางกฎหมายที่สูงกว่าตัวมันเอง ดังนั้น ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงย่อมไม่อาจอาศัยอำนาจนั้นเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการได้ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ง่ายขึ้นหรือกระทำได้ยากขึ้นก็ตาม เนื่องจากประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องของลำดับชั้นของอำนาจที่นำมาใช้ ไม่ใช่ประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ

7.3.1.2 แนวทางแก้ปัญหในต่างประเทศ

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาข้อถกเถียงทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว รัฐธรรมนูญของบางประเทศจึงได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ต้องกระทำโดยรูปแบบและกระบวนการที่พิเศษและกระทำได้ยากยิ่งกว่ารูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกรณีปกติทั่วไป เช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 มาตรา 135 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 9 ของรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยการแก้ไขและปรับปรุงรัฐธรรมนูญ (Chapter 9, Constitutional Amendments and Revision of the Constitution) นั้น ไม่สามารถดำเนินการได้โดยรัฐสภา (Federal Assembly) แต่ต้องมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวโดยเฉพาะ หรือรัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ.

²² เพิ่งอ้าง.

1996 มาตรา 156 และรัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ.1997 มาตรา 235 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถดำเนินการได้โดยกระบวนการทางรัฐสภา แต่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) ให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายอีกครั้งหนึ่ง เป็นต้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้จึงยินยอมให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถถูกใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เพียงแต่กระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวต้องมีความยุ่งยากและมีเงื่อนไขที่เข้มเข้มนยิ่งกว่ากระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีปกติ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่ารูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้จะไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ง่ายและอาจเปิดทางให้กับการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่ผิด (Abuse of Amendment Power) ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตได้

7.3.2 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมข้อจำกัดในทางเนื้อหา

ดังที่ได้อภิปรายมาแล้วว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติมีอยู่ 2 ประเภทด้วยกัน คือ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) และข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ประเด็นปัญหาว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถอาศัยเพียงอำนาจดังกล่าวเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดในทางเนื้อหาได้หรือไม่นั้น จึงต้องแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ แม้จะยอมรับกันในเบื้องต้นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมผ่านข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สำหรับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้น เนื่องจากเป็นข้อจำกัดที่ได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ จึงได้มีผู้คิดค้น “กลวิธี” (Tactic) ที่จะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้โดยชัดแจ้งผ่านกระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง” (Double Amendment Procedure) เพื่อหลบเลี่ยงข้อห้ามและเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าว

สำหรับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากเป็นข้อจำกัดที่ไม่ได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ปัญหาการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตลอดจนปัญหาว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายประกอบไปด้วยหลักการใดบ้างนั้น จึงมักจะขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศว่าจะยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายหรือไม่ แค่นั้นเพียงใด ดังนั้น โดยสภาพของเรื่องแล้วจึงเป็นไปได้เองที่องค์กร

ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหา โดยปริยายดังกล่าวผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ

7.3.2.1 การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) หรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ นั้น ส่วนใหญ่แล้วจะไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่า “ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวมันเองด้วย” (Non-Self Entrenched Provision)²³ กล่าวคือ บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวมักจะไปกำหนดให้เนื้อหาหรือหลักการบางประการ หรือบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ แต่กลับไม่ได้กำหนดเอาไว้ด้วยว่าตัวมันเองก็ต้องห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 79(3) ของกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 ที่กำหนดให้หลักการในมาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มาตรา 79(3) กลับไม่ได้ห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวมันเองเอาไว้ด้วย เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดคำถามตามมาว่า แล้วตัวมาตรา 79(3) เองนั้นจะสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยอัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งที่มีลักษณะ Non-Self Entrenched Provision เช่นนี้จะสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ได้หรือไม่ อย่างไร

ในทางทฤษฎีนั้นอาจเป็นไปได้ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งซึ่งไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวมันเองเอาไว้ด้วย (Non-Self Entrenched Provision) โดยการอาศัย “กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง” (Double Amendment Procedure)²⁴ กล่าวคือ

(1) ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกนั้น ให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อ “ยกเลิก” บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหา

²³ Jon Elster, *Ulysses Unbound – Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (Cambridge : Cambridge University Press, 2000), p.102, cited in Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.114.

²⁴ Virgílio Afonso Da Silva, “A Fossilised Constitution?,” *Ratio Juris* 17, pp.456 – 458 (2004).

บางประการของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งแรกนี้ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่ได้เข้าไปแตะต้องเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองโดยบัญญัติห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้ ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญนั่นเองก็ไม่ได้ห้ามยกเลิกตัวมันเองเอาไว้ด้วย

(2) หลังจากนั้นจึงดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง แต่ในครั้งที่สองนี้ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่แต่เดิมถูกห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นได้แล้ว เนื่องจากเนื้อหาดังกล่าวไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาดังกล่าวอีกต่อไปแล้ว

ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกจึงเปรียบเสมือนการถอด “เกราะป้องกัน” ออกเพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สองสามารถทะลุทะลวงเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง “เนื้อหาที่เกราะเคยปกป้องเอาไว้” ได้นั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60S4 (1) กำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเป็นการยกเลิกรูปแบบรัฐรวมของประเทศ (Federalist Form of the State) แต่มาตรา 60S4 (1) ไม่กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขตัวมันเอง (Non-Self Entrenched Provision) เอาไว้ด้วย ดังนั้น หากต้องการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐรวม (Federal State) ของประเทศบราซิลโดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ขั้นแรกก็เพียงแค่นำมติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 60S4 (1) ซึ่งเป็นสิ่งกีดขวางไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐนั้นเสียก่อน เมื่อสิ่งกีดขวางเช่นว่านั้นหายไปแล้ว จึงดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สองเพื่อสถาปนาให้ประเทศบราซิลมีรูปแบบของรัฐเป็นอย่างอื่น เช่น เป็นรัฐเดี่ยว (Unitary State) เป็นต้น²⁵

นอกจากนี้ นักวิชาการบางคนยังมีความเห็นไปไกลยิ่งกว่านั้นอีกว่า ในกรณีที่เป็นการจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งที่มีลักษณะ Non-Self Entrenched Provision นั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญปกป้องเอาไว้จากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีความจำเป็นต้องใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง (Double Amendment Procedure) เลยแต่อย่างใด หากแต่สามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกเลิกบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงและแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาที่มันปกป้องไว้ “ไปในคราวเดียวกัน” ได้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากมองว่าไม่ว่าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองครั้งหรือดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในคราวเดียวกัน ย่อม

²⁵ *Ibid*, p.456.

ไม่ใช่สาระสำคัญเพราะท้ายที่สุดแล้วผลลัพธ์ที่ออกมาก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด โดยเห็นว่า มีแต่พวกรูปแบบนิยมหัวโบราณ (Hide – Bound Formalist) เท่านั้น ที่จะโต้แย้งว่ากระบวนการดังกล่าวดังกล่าวมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยยะสำคัญ²⁶ ยกตัวอย่างในกรณีเดิมของรัฐธรรมนูญบราซิล ค.ศ. 1988 มาตรา 60S4 (1) หากต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐรวม (Federal State) ของประเทศบราซิลโดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 60S4 (1) และเพื่อสถาปนารูปแบบของรัฐแบบรัฐเดี่ยว (Unitary State) ไปในคราวเดียวกันได้เลย ไม่มี ความจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองครั้งแต่อย่างใด เพราะท้ายที่สุด ผลลัพธ์ย่อมเหมือนกัน คือ การยกเลิกรูปแบบรัฐรวมแล้วสถาปนารูปแบบรัฐเดี่ยวขึ้นในประเทศบราซิล ดังนั้น แนวความคิดนี้จึงไม่ใช่การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “2 ครั้ง ต่างคราวกัน” เสียทีเดียว แต่น่าจะเป็นการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “2 ชั้น ในคราวเดียวกัน” มากกว่า อย่างไรก็ตาม ความเห็นเช่นนี้เป็นมุมมองที่ผลลัพธ์แต่เพียงอย่างเดียว และอาจถูกโต้แย้งได้เช่นกันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนาความเป็นรัฐเดี่ยวโดยที่ยังไม่ได้ยกเลิกข้อห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเป็นการยกเลิกความเป็นรัฐรวมเสียก่อนนั้น เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

7.3.2.2 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

หากพิจารณาจากแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ (Formal Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง (Double Amendment Procedure) ย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญเอาไว้แล้วนั่นเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่เข้าไปยกเลิกบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการนั้น ไม่ถือว่าเข้าไปล่วงละเมิดข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเอาไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด เพราะบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเอง (Non-Self Entrenched Provision) เอาไว้ด้วย ส่วนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สองนั้น ย่อมไม่อาจถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ล่วงละเมิดต่อ

²⁶ Douglas Linder, “What in the Constitution Cannot be Amended,” *Arizona Law Review* 23, p.729 (1981).

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งได้อีกต่อไป เพราะข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไป โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกแล้วนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากแนวความคิดที่ใช้หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา (Substantive Theory) ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง (Double Amendment Procedure) ย่อมไม่สามารถกระทำได้ แม้อาจจะมองได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกนั้น ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเจตนาที่จะกระทำการภายใต้กรอบในทางรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพการณ์ดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเป้าประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญนั่นเอง เมื่อแนวความคิดนี้ถือว่า “เนื้อหา” เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้แบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การอาศัยแต่เพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) อย่างเดียวจึงไม่สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาสำคัญบางประการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมุ่งปกป้องคุ้มครองไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือถูกยกเลิกจนถึงขนาดที่กำหนดข้อห้ามดังกล่าวลงไปอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาสำคัญดังกล่าวเป็นอำนาจที่สงวน (Prerogative) ไว้ให้กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) เท่านั้น

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง จึงเป็นการใช้เล่ห์เหลี่ยมที่สกปรกและไม่ซื่อสัตย์เพื่อหลบเลี่ยงข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าว²⁷ และเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญที่ถูกบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งว่าไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นการ “ฉ้อฉลต่อรัฐธรรมนูญ” (Fraud Upon Constitution) ด้วย เพราะสิ่งใดก็ตามที่ไม่สามารถกระทำได้ “โดยตรง” (Directly) ก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ “โดยอ้อม” (Indirectly) เช่นกัน²⁸ ดังนั้น แม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเองเอาไว้ด้วย (Non-Self Entrenched Provision) ก็ตาม แต่ในกรณีนี้ย่อมต้องถือโดยปริยาย

²⁷ Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy : Creating and Maintaining a Just Political Order* (Johns Hopkins University Press, 2007), p. 504, cited in Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.115.

²⁸ Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.116.

(Imply) ว่าบทบัญญัติเช่นนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ (Unamendable) เช่นกัน เพราะหากยอมให้บทบัญญัติเช่นนั้นถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการเช่นเดียวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญแล้ว การกำหนดข้อจำกัดในทางเนื้อหาต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญก็ย่อมแทบจะไม่มี ความหมายใด ๆ เลยในทางกฎหมาย²⁹ เนื่องจากไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของตัวมันเองที่มีขึ้นเพื่อขัดขวางไม่ให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม แม้การยอมรับให้มีการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง เพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้จะทำให้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้นไม่มีความหมายใด ๆ เลยในทางกฎหมายก็ตาม แต่การใช้กระบวนการดังกล่าวก็อาจมีความหมายอยู่บ้างในทางปฏิบัติ เนื่องจากการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดแรงกระตุ้นในทาง การเมืองและการอภิปรายถกเถียงกันในทางสาธารณะว่าสมควรจะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดดังกล่าวหรือไม่ อีกทั้งในทางปฏิบัติเองการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง ก็เชื่อว่า จะดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงได้ง่าย ๆ เหมือนเช่นการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามปกติทั่วไป ท้ายที่สุดข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้นยังอาจก่อให้เกิด “ความชะงักงัน” (Chilling Effect) ซึ่งนำไปสู่ความลังเลที่จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทาง เนื้อหาดังกล่าวได้³⁰ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงอาจถือว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งยังคงได้รับการ ปกป้องอยู่ในระดับหนึ่ง แม้จะยอมรับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้งก็ตาม

สำหรับข้าพเจ้านั้นมีความเห็นว่า จริงอยู่ที่หากพิจารณาจากมุมมอง ในทางรูปแบบแล้ว อาจมองได้ว่าการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้งนั้นเป็นความ พยายามของผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะกระทำการภายในกรอบและขอบเขตในทาง รูปแบบและกระบวนการเท่าที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้แล้วเพื่อที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของ รัฐธรรมนูญ ประกอบกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้งเองก็เชื่อว่า จะสามารถ ดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงได้โดยง่าย การใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง จึงน่าจะเป็น การเพียงพอแล้วที่จะเป็นหลักประกันว่าเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งหมายที่จะปกป้อง เอาไว้นั้นจะไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยง่าย แต่เมื่อพิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหา

²⁹ Virgilio Afonso Da Silva, *supra* note 24, p.470.

³⁰ Jason Mazzone, “Unamendments,” *Iowa Law Review* 90, p.1818 (2005).

แล้ว ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้งเช่นนั้น ท้ายที่สุดแล้วก็เป็นกรเข้าไประกฐ้าหรือลวงละเมิดกรอบหรือขอบเขตในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อกรณีนี้เป็นปัญหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมีเป้าประสงค์เพื่อเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไม่ให้เปลี่ยนแปลงเอาไว้โดยชัดแจ้งแล้ว การตอบปัญหาดังกล่าวจึงต้องตีความโดยพิจารณาจากมุมมองในทางเนื้อหาเป็นสำคัญ ไม่ใช่ตีความจากมุมมองในทางรูปแบบเพียงอย่างเดียว โดยนัยนี้จึงต้องถือว่าข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) หรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) นั้น แม้จะไม่ได้กำหนดห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเองเอาไว้โดยชัดแจ้ง (Non-Self Entrenched Provision) ก็ตาม ก็ย่อมต้องถือว่ามีกรห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเอง (Self-Entrenched Provision) ด้วยโดยปริยาย ดังนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง (Double Amendment Procedure) จึงไม่อาจยอมรับได้ไม่ว่าจากทั้งในทางทฤษฎีหรือในทางปฏิบัติ

7.3.2.3 แนวทางแก้ปัญหในต่างประเทศ

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงและตอบโต้กรใช้เทคนิคกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง (Double Amendment Procedure) ในการเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของบางประเทศจึงได้สร้าง “กลไกห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงสองชั้น” (Double Entrenchment Mechanism)³¹ ผ่านบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่าห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเอง (Self Entrenched Provision) ด้วย กล่าวคือ นอกจากบทบัญญัติดังกล่าวจะห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการ หรือบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ยังห้ามไม่ให้ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตัวมันเองด้วย ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญอาร์เมเนีย ค.ศ. 1995 มาตรา 114 นอกจากจะบัญญัติให้มาตรา 1 และมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ยังกำหนดให้ตัวมาตรา 114 เองก็ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน กลไกห้ามไม่ให้แก้ไข

³¹ Richard D. Lumb, “Fundamental Law and the Processes of Constitutional Change in Australia,” *Federal Courts Law Review* 9, p.170 (1978), cited in Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.115.

เปลี่ยนแปลงสองชั้นนี้ยังปรากฏในรัฐธรรมนูญบอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา ค.ศ. 1990 มาตรา 10(2) รัฐธรรมนูญฮอนดูรัส ค.ศ. 1982 มาตรา 374 รัฐธรรมนูญไนเจอร์ ค.ศ. 2010 มาตรา 175 วรรค 3 และรัฐธรรมนูญราวินดา ค.ศ. 2003 มาตรา 193 อีกด้วย

7.3.3 ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ชั้นใหม่

นอกจากจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ไม่อาจถูกใช้ไปในทางที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations of Constitutional Amendment) หรือไม่อาจถูกใช้เพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ได้สร้างขึ้นเอาไว้ได้แล้ว ประเด็นคำถามเกี่ยวเนื่องที่ตามมาก็คือ แล้วอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เอง จะสามารถถูกใช้เพื่อสร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่เช่นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้หรือไม่ กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงยิ่งขึ้น คือ องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ นอกจากเหนือไปจากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้วแต่เดิมซึ่งเกิดจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) หรือข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) ขึ้นมาใหม่ก็ตาม และคำถามที่ตามมาว่า หากองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำในลักษณะดังกล่าวได้แล้ว ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นนั้นจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

7.3.3.1 กรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ

ปัญหาที่กล่าวข้างซึ่งถูกเรียกว่า “Unamendable Amendment” นั้น ไม่ได้เป็นแต่เพียงสมมุติฐานลอย ๆ เท่านั้น หากแต่เคยเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติมาแล้วในประเทศฝรั่งเศส บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐแบบสาธารณรัฐ (Republican Form of Government) ซึ่งยังคงปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสด้วยนั้น แท้ที่จริงแล้วมีต้นกำเนิดมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1884 โดยการเพิ่มบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเข้าไปรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1875 ซึ่งได้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงในทางวิชาการถึงผลในทางกฎหมายของข้อจำกัดดังกล่าวอย่างมาก โดยมีทั้งฝ่ายที่เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของรัฐสภาภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น ข้อจำกัดดังกล่าวจึงสามารถเข้าไปจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอนาคตที่เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐแบบ

สาธารณรัฐได้ แต่ก็ยังมีฝ่ายที่เห็นแย้งว่า ข้อจำกัดตั้งไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมาย รัฐสภาในอนาคตย่อมสามารถตัดสินใจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อห้ามดังกล่าวได้เสมอ เพราะเป็นไปได้ที่องค์อธิปัตย์ในปัจจุบันจะจำกัดการใช้อำนาจขององค์อธิปัตย์ในอนาคต³²

หรือประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1861 ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 ที่เรียกว่า The Corwin Amendment ซึ่งร่างแรกนั้นเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกำหนดห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งจะทำให้สภาองเกรส (Congress) มีอำนาจในการเข้าไปยกเลิกหรือก้าวท้าวเรื่องการมีทาสในมลรัฐต่าง ๆ ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวผ่านความเห็นชอบจากทั้งสภาผู้แทนราษฎร (United House of Representatives) และสภาผู้แทนมลรัฐ (United States Senate) และได้รับการให้สัตยาบันโดยมลรัฐโอไฮโอ (Ohio) มลรัฐแมริแลนด์ (Maryland) และมลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois) แล้ว อย่างไรก็ตาม กระบวนการให้สัตยาบันโดยมลรัฐต่าง ๆ ต้องหยุดชะงักลงเพราะเกิดสงครามกลางเมืองอเมริกา (American Civil War) ขึ้นเสียก่อน และท้ายที่สุดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งดังกล่าวก็มีผลในทางตรงกันข้ามโดยได้เลิกล้มระบบทาสในประเทศสหรัฐอเมริกาไปในที่สุด อย่างไรก็ตาม ก็มีผู้ให้ความเห็นว่า The Corwin Amendment นั้น ไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้³³

จากกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติทั้งสองกรณีนั้น จะเห็นได้ว่า อาจก่อให้เกิดการโต้แย้งว่า เมื่อข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้เกิดจากการสร้างหรือสถาปนาขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) หากแต่เกิดจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เท่านั้นแล้ว จะถือว่าข้อจำกัดที่เกิดขึ้นโดยวิธีการดังกล่าวเป็นข้อจำกัดที่สามารถเข้าไปจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริงหรือไม่

7.3.3.2 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

ปัญหาดังกล่าวสามารถตอบได้ด้วยทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยอาศัยการพิจารณาความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตามทฤษฎีดังกล่าวต้องถือว่าเฉพาะแต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่าเท่านั้นที่จะสามารถกำหนดกรอบ

³² Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.113.

³³ Andrew Frideman, “Dead Hand Constitutionalism : The Danger of Eternity Clauses in New Democracies,” *Mexican Law Review* 4, p.80 (2011).

หรือขอบเขตหรือสร้างข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองได้ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองย่อมไม่สามารถถูกใช้เพื่อก่อตั้งกรอบหรือขอบเขตหรือข้อจำกัดใด ๆ ต่อตัวมันเองได้³⁴ หากแต่เป็นหน้าที่ของอำนาจที่มีลำดับชั้นสูงกว่าซึ่งเป็นที่มาของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) เอง³⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจในการสร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่สงวนไว้ (Prerogative) ให้แก่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเท่านั้น³⁶

อย่างไรก็ตาม หากในทางปฏิบัติอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เข้าไปสร้างหรือสถาปนาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่จนสำเร็จแล้ว ไม่ว่าจะเป็ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาก็ตาม ก็ต้องถือว่าข้อจำกัดเหล่านั้นย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เสมอโดยอาศัยเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อาจจะเกิดขึ้นตามมาในภายหลัง เพราะถือเป็นการโต้แย้งการใช้อำนาจโดยอาศัยอำนาจที่มีสถานะในทางกฎหมายที่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ เป็นการโต้แย้งกันระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สร้างข้อจำกัดเหล่านั้นขึ้นมาในอดีตกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อจำกัดเหล่านั้นในภายหลัง กรณีเช่นนี้จึงต้องถือตามหลักกฎหมายทั่วไปว่า ในบรรดากฎหมายที่สถานะที่เท่าเทียมกันนั้น กฎหมายใหม่ย่อมยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogat legi priori) และไม่มีควมจำเป็นต้องย้อนกลับไปใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดที่ถูกสร้างโดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนั้นอีกแต่อย่างใด

³⁴ Kent Greenawalt, "The Rule of Recognition and the Constitution," *Michigan Law Review* 85, p.633 (February 1987).

³⁵ Virgilio Afonso Da Silva, *supra note 24*, p.460.

³⁶ Jonatas E. M. Machado, "The Portuguese Constitution of 1976 – Haft-Life and Decay," in *In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Xenophon Contiades edition. (New York : Routledge, 2012), p.288.

7.4 ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) นั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) จึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยกรอบหรือขอบเขตที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) กำหนดเอาไว้ที่เรียกว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations of Constitutional Amendment) ดังนั้น นอกจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะไม่อาจถูกใช้ในทางที่ขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แล้ว อำนาจดังกล่าวยังไม่อาจถูกใช้เพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเสียเองได้เช่นกัน ดังที่ได้อภิปรายไปแล้วในหัวข้อข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านี้จะต้องใช้บังคับไปตลอดกาล โดยไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ถูกเพิ่มเติมหรือถูกยกเลิกโดยหนทางอื่นใดได้เลย ในทางตรงกันข้ามข้อจำกัดเหล่านี้แม้แต่สิ่งที่เรียกกันว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) หรือ “บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง” (Unamendable Provision) แท้จริงแล้วก็ไม่ใช่สิ่งที่ต้องบังคับใช้ไปชั่วนิรันดร์โดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เลยอย่างถาวร ทฤษฎีว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความหมายแต่เพียงว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดเหล่านั้น ไม่อาจกระทำได้โดยใช้เพียงแค่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ต้องย้อนกลับไปใช้อำนาจที่สร้างข้อจำกัดเหล่านั้นขึ้นมาตั้งแต่แรก คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) เนื่องจากอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจดั้งเดิมเริ่มแรก จึงย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นหรือข้อจำกัดอื่นใดก็ตาม

7.4.1 ข้อพิจารณาในทางทฤษฎี

การตั้งสมมุติฐานว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) สามารถถูกใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้นั้น ก่อให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎีที่ต้องขบคิดต่อไปว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะยังดำรงอยู่ในระบบกฎหมายหรือไม่ หลังจากเสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญแล้ว เพราะหากถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้สูญสลายไปแล้วตั้งแต่เสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้สมมุติฐานดังกล่าวเป็นไปได้ในทางทฤษฎี แต่

หากถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคงดำรงอยู่ในระบบกฎหมาย ก็ยังเกิดปัญหาตามมาอีกว่าแล้วจะใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม หรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยขั้นตอนและกระบวนการอย่างไร

7.4.1.1 การปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

คำถามในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ คือ คำถามที่ว่าเมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ได้เสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐธรรมนูญนั้นได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ซึ่งกำหนดถึงกรอบและขอบเขตของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) ไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว คำถามประการสำคัญที่ตามมา คือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นจะยังคงดำรงอยู่ในระบบกฎหมายหรือไม่ หรืออำนาจดังกล่าวได้สูญสลายไปทันทีที่เสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้เปลี่ยนรูป (Transformation) ไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว

ปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ³⁷ ซึ่งแนวความคิดที่ได้รับการยอมรับในปัจจุบันนั้นเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่ได้สูญสลายไปในทันทีเมื่อเสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ หรือเปลี่ยนรูปตัวเอง (Transformation) ทั้งหมดไปเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากแต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมยังคง “ดำรงอยู่เคียงคู่” กับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³⁸ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) จะได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้มากน้อยแค่ไหนก็ตาม อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม้อาจถือว่าเข้ามาแทนที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้³⁹

³⁷ สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ได้อภิปรายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

³⁸ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (15)," มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับที่ 1809, น.36 (17 เมษายน 2558).

³⁹ Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.133.

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงยังคงดำรงอยู่เคียงข้างและเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ⁴⁰ ดังนั้น หากถือตามแนวความคิดนี้ ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงเปรียบเสมือนกับ “ยักษ์หลับ” ที่อาจ “ตื่นขึ้นมา” เมื่อใดก็ได้ เพื่อใช้อำนาจนั้นเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไม่เพียงแต่ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการทำลายระบอบการเมืองการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมแล้วสถาปนาระบอบการเมืองการปกครองใหม่ผ่านการก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยก็ได้ เพราะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในทางการเมืองซึ่งอยู่ภายนอกกระบวนการกฎหมายและไร้ข้อจำกัดใด ๆ⁴¹

7.4.1.2 กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม

ข้อความคิดสมัยใหม่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดในทางประชาธิปไตย (Democracy) อย่างมาก และถือเป็นเด็ดขาดว่า “ประชาชน” (People) แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยถือว่าหลักการปกครองตนเอง (Self - Government) ของประชาชนเป็นสาระสำคัญอย่างหนึ่งและประชาชนจะปกครองตนเองได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อประชาชนมีอำนาจที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการปกครองตนเอง (Self - Legislation) ซึ่งก็คืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั่นเอง อย่างไรก็ตาม คำนิยามว่าใครหรือองค์กรใด คือ ประชาชนที่แท้จริงนั้นอาจแตกต่างกันไปและการให้คำนิยามแก่ประชาชนว่าหมายถึงอะไรนั้น ก็ส่งผลต่อไปถึงประเด็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วย⁴² ซึ่งในเบื้องต้นเราอาจสรุปความหมายของคำว่าประชาชนได้ 2 แนวความคิดด้วยกัน กล่าวคือ แนวความคิดแรก เห็นว่า ประชาชน หมายถึง ประชาชนทุกคนตามความเป็นจริง (The Real People) เจตจำนงของประชาชนแต่ละคนเหล่านี้ย่อมต้องแสดงออกโดยตัวของเขาเองโดยตรงเท่านั้น จึงเป็นการสนับสนุนหลักประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) ในขณะที่แนวความคิดที่สอง เห็นว่า ประชาชน หมายถึง สิ่งสมมุติที่ถูกสร้างขึ้น (The Corporate Body) เพื่อใช้เป็นที่รวมของเจตจำนงของประชาชนแต่ละคนเข้าไว้ด้วยกันให้เป็นเจตจำนงเพียงหนึ่งเดียวเท่านั้น จึงเป็นการสนับสนุนหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy)

⁴⁰ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (Durham : Duke University Press, 2008), p.140.

⁴¹ สำหรับลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3.1.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

⁴² สำหรับปัญหาว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหมายถึงใครหรือองค์กรใดบ้างนั้น ได้อธิบายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3.1.2 ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดทั้ง 2 ประการดังกล่าวล้วนแล้วแต่มีรากฐานมาจากแนวความคิดว่าด้วยประชาธิปไตยทั้งสิ้น และสะท้อนถึงลักษณะที่เป็นประชาธิปไตยของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

ในทางปฏิบัติของหลาย ๆ ประเทศนั้น กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁴³ เพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีแนวโน้มที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงผ่านกลไกการออกเสียงประชามติ (Referendum) เพื่อให้ความเห็นชอบแก่รัฐธรรมนูญนั้นในขั้นตอนสุดท้าย โดยจากการสำรวจรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีรัฐธรรมนูญมากกว่า 40% ที่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผ่านการออกเสียงประชามติหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในรูปแบบอื่น ๆ ในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ⁴⁴ เช่นเดียวกับกระบวนการใช้อำนาจต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นในหลาย ๆ กรณี ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อออกกฎหมายธรรมดา หรือกระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็ล้วนแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวด้วยผ่านกลไกการออกเสียงประชามติในทางรัฐธรรมนูญ จนอาจกล่าวได้ว่ากลไกดังกล่าวได้กลายเป็นส่วนประกอบสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่ไปแล้ว

อย่างไรก็ตาม มิผู้ได้แย้งว่าการใช้เพียงกลไกการออกเสียงประชามติ (Referendum) เท่านั้น อาจจะไม่เพียงพอ หากแต่ต้องกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมอย่างแท้จริงด้วย เนื่องจากกลไกดังกล่าวอาจมีช่องโหว่หรือข้อบกพร่องบางประการที่อาจนำไปสู่การออกเสียงประชามติในทางที่ไม่ชอบ (Abuse of Referendum) ได้ เช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิออกเสียง การยกร่างคำถาม การขาดองค์ความรู้ของผู้มีสิทธิออกเสียง หรือการอาศัยกลไกการออกเสียงประชามติเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนระบอบเผด็จการอำนาจนิยม ซึ่งเคยเกิดขึ้นเป็นบทเรียนในทางประวัติศาสตร์มาแล้ว⁴⁵ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ในเบื้องต้นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยและเพื่อให้เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนในฐานะองค์อธิปัตย์อย่างแท้จริง กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ไม่ว่าจะเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อจำกัด

⁴³ สำหรับกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ได้อภิปรายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3.1.3 กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

⁴⁴ Stephen Tierney, "Whose Political Constitution? Citizens and Referendums," *German Law Journal* 14(12), p.2194 (2013).

⁴⁵ European Commission for Democracy through Law, *supra note 18*, p.37.

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ดี หรือเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ดีนั้น จะต้องให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมทั้ง “ก่อน” (Before) “ระหว่าง” (Throughout) และ “ภายหลัง” (After) ในกระบวนการก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่ใช่เป็นแต่เพียงให้ประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่า “ใช่หรือไม่” (Yes or No) ในการออกเสียงลงประชามติในขั้นตอนสุดท้ายเท่านั้น⁴⁶

Joel Colon-Rios เสนอแนวความคิดว่าด้วย “มิติที่สองแห่งประชาธิปไตย” (The Second Dimension of Democracy) ซึ่งเขาอธิบายว่าเป็นรูปแบบของประชาธิปไตย “ในระดับชั้นของกฎหมายพื้นฐาน” (Democracy at the Level of Fundamental Law) อันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐธรรมนูญของพวกเขา โดยเห็นว่าระบบรัฐธรรมนูญควรเปิดโอกาสให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้ปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลาที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการเปลี่ยนแปลงในทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเช่นว่านี้ เขาเห็นว่าไม่อาจกระทำผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามปกติได้ หากแต่ต้องใช้กลไกพิเศษที่ทำงานแยกต่างหากจากกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามปกติ และกลไกดังกล่าวจะต้องเป็นกลไกที่พยายามจะ “ผลิตซ้ำ” (Reproduce) กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนและการเปิดกว้างในทางประชาธิปไตยในระดับเดียวกันกับที่ใช้ในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญ (Constitution - Making Process) เพราะประชาธิปไตยหมายถึงการปกครองตนเอง (Self - Government) การก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายพื้นฐานในการปกครองย่อมต้องมาจากประชาชนเอง (Self - Legislation) ซึ่งการจะทำได้เช่นนั้นได้จำเป็นจะเปิดกว้างในทางประชาธิปไตยและทำให้การมีส่วนร่วมของประชาชนอยู่ในระดับที่สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Maximization of Popular Participation)⁴⁷ ดังนั้น เพื่อให้การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในทางรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงต้องดำเนินการผ่านกระบวนการที่จะทำให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเข้ามามีส่วนร่วมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถริเริ่ม (Propose) พิจารณา (Deliberate) และตัดสินใจ (Decide) ต่อการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ หาก

⁴⁶ Allan C. Hutchinson and Joel Colon-Rios, “Democracy and Constitutional Change,” *Theoria : A Journal of Social and Political Theory*, p.53 (2011).

⁴⁷ Joel Colon-Rios, “The Second Dimension of Democracy : The People and Their Constitution,” *Baltic Journal of Law and Politics* 2(2), p.1 (2009).

ออกแบบให้กลไกต่าง ๆ สามารถตอบโจทย์การมีส่วนร่วมของประชาชนได้มากเท่าใด กลไกดังกล่าวย่อมจะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนให้การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากขึ้นเท่านั้น⁴⁸

กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนในการเข้าไปเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญหรือเข้าไปก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ Joel Colon-Rios เห็นว่ามีความเหมาะสมและมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้น ได้แก่ การริเริ่มให้มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยประชาชน (Popular Initiative) อาจจะโดยการออกเสียงประชามติต่อคำถามว่าสมควรจะให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในประเด็นสำคัญต่าง ๆ ที่กำหนดในคำถามหรือไม่ เช่น จะให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือจะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ เป็นต้น เมื่อการริเริ่มให้มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวผ่านความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว ก็ให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ที่สมาชิกของสภาดังกล่าวจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเท่านั้น เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นสำคัญต่าง ๆ หรือยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามที่ได้ริเริ่มเอาไว้ และท้ายที่สุดหลังจากสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการแล้วเสร็จแล้ว จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ (Popular Ratification) เป็นขั้นตอนสุดท้ายอีกครั้งหนึ่งก่อนขั้นตอนการประกาศใช้ให้มีผลใช้บังคับ นอกจากนี้ Joel Colon-Rios ยังมีความเห็นต่อไปว่า ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน (Positive Law) ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายธรรมดาต่าง ๆ ย่อมไม่อาจเข้าไปจำกัดกระบวนการต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นได้เลย เพราะกระบวนการดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น⁴⁹ และย่อมสามารถถูกใช้เพื่อ “สร้าง” (create) และ “สร้างใหม่” (Re - Create) ระบบรัฐธรรมนูญได้เสมอตลอดเวลา⁵⁰

⁴⁸ Joel Colon-Rios, “The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy and The Limits of Constitutional Reform,” *Osgoode Hall Law Journal* 48, p.199 (2010).

⁴⁹ อย่างไรก็ตาม ก็มีข้อถกเถียงในทางวิชาการเช่นกันว่าแท้จริงแล้วอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและไร้ข้อจำกัดจริงหรือไม่ สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้ได้อภิปรายโดยละเอียดแล้วในบทที่ 1 หัวข้อ 1.3.1.1 ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

⁵⁰ Allan C. Hutchinson and Joel Colon-Rios, *supra note 46*, pp.52 - 53.

การยินยอมให้มีกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่นั้น แม้จะมีข้อโต้แย้งได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างระบบรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายที่ดำรงอยู่และทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในตัวเองก็ตาม แต่การยอมรับกลไกดังกล่าวก็มีประโยชน์ในแง่ของการหลีกเลี่ยงการใช้วิธีการนอกรัฐธรรมนูญ (Extra - Constitutional Means) ที่เป็นการใช้กำลังบังคับ เช่น การปฏิวัติ (Revolution) เพื่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการที่รัฐธรรมนูญห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือเพื่อล้มล้างระบบรัฐธรรมนูญเดิมแล้วก่อตั้งระบบรัฐธรรมนูญใหม่ แต่แทนที่วิธีการที่ไม่พึงประสงค์ดังกล่าวด้วย “วิธีการที่สันติ” (Peaceful Means) ตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตยที่ประกอบไปด้วยการพิจารณาถกเถียงกันด้วยเหตุและผลและท้ายที่สุดผลลัพธ์ต่อประเด็นดังกล่าวจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจอย่างเสรีของสมาชิกทุกคนในสังคม วิธีการเช่นนี้ย่อมเป็นที่พึงประสงค์กว่าการล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังของคณะบุคคลเพียงไม่กี่คนเท่านั้น กระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมจึงไม่ควรถูกมองอย่างผิวเผินว่าเป็นเพียงแค่การปฏิวัติโดยประชาชน (Popular Revolution) หากแต่ต้องมองอย่างพินิจพิเคราะห์ว่าหนทางแห่งการเปลี่ยนแปลงที่เต็มไปด้วยการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนในสังคมผ่านการพิจารณาถกเถียงกันด้วยเหตุและผลอย่างมีอารยะมากกว่า

ดังนั้น องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดและขาดไม่ได้เลยของกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม คือ การรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพตามระบอบประชาธิปไตย เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of Speech) สิทธิในการเลือกตั้งโดยเสรีและเป็นธรรม (Free and Fair Election) เสรีภาพในการชุมนุมกลุ่ม (Freedom of Assembly and Association) การปราศจากซึ่งสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ ย่อมนำมาสู่ความล้มเหลวของกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม กระบวนการดังกล่าวก็กลายเป็นเพียงแค่ “เสียงเชียร์หรือเสียงโห่ของฝูงชนที่ไร้เหตุผล” (Irrational Masses Cheering or Booring) เท่านั้น ไม่ได้มีองค์ประกอบของการเปิดกว้างในทางประชาธิปไตย การพิจารณา การถกเถียง และการใคร่ครวญกันด้วยเหตุและผลเลย⁵¹ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญที่ถูกยกกว้างขึ้นโดยคณะรัฐประหารเองก็ดี หรือโดยองคมนตรีของคณะรัฐประหารก็ดี แม้จะมีการนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (Referendum) โดยตรงก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือร่าง

⁵¹ Christoph Burchard, “Carl Schmitt on Democracy and International Relation,” Leiden J. Int’l. L. 19, p.13 (2006).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ที่มีนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกยกเว้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากคณะรัฐประหารนั้น แม้จะมีการให้ประชาชนออกเสียงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ตาม ก็ย่อมไม่อาจถือว่าการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยได้เลย เนื่องจากประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกลิดรอนสิทธิที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นตั้งแต่แรกแล้ว อีกทั้งบรรยากาศของการออกเสียงลงประชามติก็ยังเต็มไปด้วยการปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นด้วยนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม กลไกหรือกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญที่ดำรงอยู่ ไม่ว่าจะเพื่อเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่เป็นเรียกว่าบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) หรือบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Unamendable Provision) หรือเพื่อเข้าไปล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมแล้วก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ยังเป็นเพียงข้อพิจารณาในทางทฤษฎีเท่านั้น และอาจจะยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอที่จะนำไปใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติ ดังนั้น ประเด็นปัญหาดังกล่าวจึงยังคงเป็นประเด็นที่เปิดกว้างอยู่ และสมควรที่จะต้องได้รับการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

7.4.2 ความพยายามทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อข้างต้นว่า แม้ภายหลังจากที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) จะได้เสร็จสิ้นภารกิจในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญไปแล้วก็ตาม อำนาจดังกล่าวก็ไม่ได้สูญสลายหายไปไหน หากแต่ถือว่ายังคงดำรงอยู่เบื้องหลังของระบบรัฐธรรมนูญที่มันก่อตั้งขึ้น และอำนาจดังกล่าวย่อมสามารถปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกระบบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้เสมอ หรือแม้แต่เข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้เคยกำหนดเอาไว้ ดังนั้น ระบบรัฐธรรมนูญที่ดำรงอยู่ย่อมไม่สามารถที่จะขัดขวางหรือกำหนดขอบเขตการปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจดังกล่าวได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ระบบรัฐธรรมนูญที่ดำรงอยู่ย่อมสามารถกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติม (Amendment) ตัวมันเองได้ แต่ไม่อาจกำหนดขอบเขตการแทนที่ (Replacement) ตัวมันเองได้⁵²

⁵² Richard S. Kay, "Constituent Authority," *American Journal of Comparative Law* 59, p.745 (2011).

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกลับพบว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศไม่เพียงแต่กำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเองเอาไว้เท่านั้น แต่ยังมีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตของการปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมด้วย โดยการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision, Total Reform, Complete) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Adopting of New Constitution) เอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 รัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 รัฐธรรมนูญรัสเซีย ค.ศ. 1993 รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 หรือรัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ค.ศ. 1999 มาตรา 347 ซึ่งบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเป็นของประชาชนชาวเวเนซุเอลา อำนาจดังกล่าวถูกใช้ได้ก็แต่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการเปลี่ยนรูปแบบของรัฐ หรือการสร้างระบบกฎหมายใหม่และจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่”⁵³

บทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ อาจแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์และความพยายามของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในการทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) กลายเป็นสถาบัน (Institutionalization) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นความพยายามที่จะทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นเข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญ (Constitutionalization of Pouvoir Constituant Originaire) โดยการนำกลไกที่ใช้ในกระบวนการก่อตั้งรัฐธรรมนูญตามวิถีทางประชาธิปไตยมาบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการให้ความเห็นชอบแก่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ดังกล่าว เช่น การลงประชามติ (Referendum) หรือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) อย่างไรก็ตาม ความพยายามดังกล่าวอาจมีปัญหาและถูกโต้แย้งในทางทฤษฎีได้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากลักษณะตามธรรมชาติของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นเป็นอำนาจสูงสุดที่อยู่ภายนอกระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ จึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถถูกจำกัดได้ไม่ว่าจะโดยกฎหมายใดก็ตาม ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงไม่อาจถูกใช้อ้างเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจหรือถูกใช้เพื่อเข้าไปกำหนดขอบเขตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้⁵⁴ เพราะมิฉะนั้นแล้วก็ไม่ควรเรียกอำนาจดังกล่าวว่า

⁵³ Article 347 of The Constitution of Venezuela of 1999 “The original constituent power rests with the people of Venezuela. This power may be exercised by calling a National Constituent Assembly for the purpose of transforming the State, creating a new juridical order and drawing up a new Constitution.”

⁵⁴ Carl Schmitt, *supra* note 40, p.132.

อำนาจ “สถาปนา” (Constituent) หากแต่ควรจะเรียกว่าอำนาจที่ “ถูกสถาปนา” (Constituted) แทน กรณีนี้จึงแตกต่างจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งเป็นเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) เท่านั้น จึงย่อมถูกจำกัดขอบเขตโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ย่อมไม่อาจถูกทำให้กลายเป็นสถาบัน (Institutionalization) หรือทำให้เข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญ (Constitutionalization) ได้ เมื่อใดก็ตามที่มีการทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกลายเป็นสถาบันหรือเข้าไปอยู่ในรัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจนั้นย่อมไม่ใช่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอีกต่อไป หากแต่ได้กลายเป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว ในกรณีที่รัฐธรรมนูญของประเทศใดมีบทบัญญัติกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เอาไว้ ย่อมต้องถือว่าอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นเป็นเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) เท่านั้น เพียงแต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับการกำหนดขอบเขตแห่งอำนาจเอาไว้เป็นพิเศษให้สามารถเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือเข้าไปจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ด้วยเท่านั้น หากใช่เป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมแต่อย่างใดไม่ นอกจากนี้ บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกีดขวางการปรากฏตัวขึ้นอีกครั้งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมผ่านการเริ่มโดยประชาชนผู้เป็นองค์อธิปัตย์ดังที่อภิปรายในหัวข้อข้างต้นด้วย กล่าวคือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติถึงรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เอาไว้โดยชัดแจ้งแล้วก็ตาม แต่ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นย่อมสามารถใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น แล้วสถาปนาระบบการเมืองใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้เสมอ

ตัวอย่างที่สนับสนุนความเห็นดังกล่าวข้างต้นปรากฏในกฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 146 ที่บัญญัติว่า “กฎหมายพื้นฐานนี้ย่อมสิ้นผลการใช้บังคับลงในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งผ่านความเห็นชอบของประชาชนชาวเยอรมันในกระบวนการตัดสินใจที่เป็นอิสระมีผลใช้บังคับ”⁵⁵ ซึ่งเป็นการยอมรับว่าในอนาคตกฎหมายพื้นฐานอาจถูกยกเลิกและถูกแทนที่โดยรัฐธรรมนูญ

⁵⁵ Article 146 of The German Basic Law of 1949 “This Basic Law will lose its validity on the effective date of a constitution that has been chosen by the German people in a free decision.”

ฉบับใหม่ที่เกิดจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนได้ แต่แม้จะเป็นการบัญญัติถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนเอาไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็แตกต่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เนื่องจากมาตรา 146 ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขหรือกระบวนการใช้อำนาจเพื่อเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายพื้นฐานเอาไว้เลย ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้น ไม่ใช่สิ่งที่รัฐธรรมนูญจะเข้าไปกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจได้นั้นเอง⁵⁶ ดังนั้น หากในอนาคตประชาชนชาวเยอรมันจะใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของตนเพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกจำกัดลงด้วยบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานได้⁵⁷ บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ดังกล่าวเป็นเพียงข้อจำกัดต่อการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาเยอรมันเท่านั้น และถึงที่สุดแล้วก็เป็นได้แค่เพียงแนวทางการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนชาวเยอรมันในรุ่นต่อไปเท่านั้น หากได้มีค่าบังคับเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมายต่อการใช้อำนาจดังกล่าวด้วยไม่ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติหรือหลักการดังกล่าวจึงไม่ใช่สิ่งที่เป็น “นิรันดร์” (Eternity) อย่างแท้จริงเหมือนอย่างที่เรียกกันผิด ๆ หากแต่เป็นเพียงสิ่งที่ “ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติม” (Unamendability) ได้เท่านั้นเอง

⁵⁶ Yaniv Roznai, *supra note 12*, p.152.

⁵⁷ Helmut Goerlich, “Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany,” *NUJS Law Review* 27, p.404 (2008).

บทที่ 8

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

8.1 บทสรุป

รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant, Constituent Power) ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในการก่อตั้งระบอบการเมืองและระบบกฎหมาย องค์กรของรัฐต่าง ๆ ที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué, Constituted Power) รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองบ้านเมือง (The Supreme Law of the Land) ที่องค์กรของรัฐต่าง ๆ จะใช้อำนาจไปในทางที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่สิ่งที่ตายตัวแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ การกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับตลอดไปชั่วคราวโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เช่นนั้น ย่อมขัดกับเหตุผลของเรื่อง (Nature of Thing) ทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปจึงเห็นตรงกันว่าควรจะมีให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยหนทางที่จะควบคุมมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างพร่ำเพรื่อจนเป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญคลายความสำคัญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดลง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยเพิ่มเติมถ้อยคำหรือข้อความใหม่เข้าไป เพื่อให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา อย่างไรก็ตาม อำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) นั้น ก็ไม่ได้เป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เฉกเช่นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่ได้เป็นอำนาจที่ถูกจำกัดอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใช้ในทางที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้เลยเฉกเช่นเดียวกับอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) หากแต่เป็นอำนาจที่มีลักษณะเฉพาะของตัวเอง (Sui Generis) ที่อยู่ใน “พื้นที่สีเทา” (Grey Area) ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยมีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ในขณะเดียวกันก็มีสถานะสูงกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

ลักษณะพิเศษของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงนำไปสู่การอธิบายถึงความแตกต่างในทางทฤษฎีระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare,

Original Constituent Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการสร้างหรือจัดให้มีรัฐธรรมนูญ กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิมหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé, Derived Constituent Power) ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเพียงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) ด้วยกรอบหรือขอบเขตบางประการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (Limitations on Constitutional Amendment)

แนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีที่มาจากการพิจารณาความสัมพันธ์ในเชิงลำดับชั้น (Hierarchical Relationship) ระหว่างอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé) กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire) ตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ นั้นมีอยู่ 3 ประเภทด้วยกัน ดังนี้

(1) ข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) หมายถึง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดถึงองค์กรผู้ทรงอำนาจ ขั้นตอน และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติ (Legislature) หรือรัฐสภา (Parliament) เป็นองค์กรที่ทรงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) ด้วย นอกเหนือจากการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) ในการตรากฎหมายธรรมดาตามปกติ ดังนั้น รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่จึงมีวิธีการที่คล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติโดยทั่วไป เช่น สามารถกระทำในรูปแบบของกฎหมายธรรมดาที่เรียกว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมักจะกระทำได้ยากกว่ารูปแบบและกระบวนการตรากฎหมายธรรมดาด้วยการกำหนดเงื่อนไขพิเศษต่าง ๆ เพิ่มเข้าไป เช่น เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) การพิจารณาหลายวาระ (Multiple Reading) การเว้นระยะเวลาระหว่างขั้นตอนต่าง ๆ (Time Delay) เป็นต้น นอกจากนี้ ยังอาจต้องมีการให้ความเห็นชอบโดยองค์กรอื่นเป็นขั้นตอนสุดท้ายด้วย เช่น การลงประชามติ (Referendum) การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง (Intervening Election) หรือการให้สัตยาบันโดยมลรัฐในรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ (State Ratification)

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของบางประเทศกลับมีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็นหลายประเภท และกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเภทนั้นจะต้องใช้รูปแบบและกระบวนการที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งประเภทออกเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Amendment of Basic Principle) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Adoption of New Constitution) กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความสำคัญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญนั้นมักจะกำหนดให้กระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความสำคัญ และจะต้องให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เช่น การลงประชามติ (Referendum) การให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง (Intervening Election) หรือการจัดตั้งองค์กรพิเศษ (Special Body) ที่สมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้ส่วนใหญ่แทบจะทุกประเทศจึงไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) หรือบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ (Unamendable Provision) หรือบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) แต่ถือหลักว่าเนื้อหาทุกอย่างของรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เสมอ เพียงแต่ต้องกระทำโดยรูปแบบและกระบวนการที่แตกต่างกันเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่มีความสำคัญจะต้องให้ประชาชนในฐานะองค์อธิปัตย์เข้าไปมีส่วนร่วมด้วยเสมอ

(2) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) หมายถึง การกำหนดให้เนื้อหาหรือหลักการที่สำคัญบางประการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเอาไว้แล้วนั้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือทำลายลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัตินั้น ข้อจำกัดดังกล่าวปรากฏอยู่ใน 2 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) หมายถึง ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ได้รับการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) หรือ “บทบัญญัติหรือหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง” (Unamendable Provision) ซึ่งจากการศึกษาพบที่มีความหลากหลายมากตั้งแต่เนื้อหาที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญการปกครองระบอบในระบอบประชาธิปไตย เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หรือหลักสิทธิมนุษยชน (Human Dignity) ไปจนถึงเนื้อหาเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องถึงอุดมการณ์และคุณค่าที่แตกต่างกันของวัฒนธรรมทางการเมืองในแต่ละประเทศ เช่น หลักสาธารณรัฐ (Republic) หลักราชอาณาจักร (Kingdom) หลักรัฐเดี่ยว (Unitary State) หลักสหพันธรัฐ (Federal

State) หรือศาสนาประจำรัฐ (The State's Religion) หรือแม้แต่เรื่องที่พิจารณาจากมุมมองทั่วไปแล้วไม่น่าจะมีความสำคัญเท่าใดนัก เช่น ภาษาราชการ (The Official Language) ธงประจำชาติ (The National Flag) เพลงชาติ (The National Anthem) เมืองหลวง (The Capital City) เป็นต้น

ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) หมายถึง ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ไม่ได้รับการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งผ่านคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการว่า ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้โดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ หากแต่ต้องผูกพันต่อเนื้อหาซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญบางประการที่สามารถสืบสาวออกมาจากรัฐธรรมนูญได้ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายนั้นก่อให้เกิดข้อถกเถียงอย่างมากทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ในทางทฤษฎีนั้นแม้จะมีความพยายามให้คำอธิบายต่อการดำรงอยู่ของข้อจำกัดเหล่านี้ เช่น ทฤษฎีการตีความคำว่า “แก้ไขเพิ่มเติม” (The Interpretation of the Word “Amend”) ทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ (Theory of Supra – Constitutionality) หรือทฤษฎีการมีลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (Theory of Hierarchy between Provisions of the Constitution) แต่ข้อจำกัดเหล่านี้ก็มักจะถูกโต้แย้งว่าคลุมเครือ ไม่มีความชัดเจนแน่นอน และไม่สามารถถูกนิยามในทางภาวะวิสัยหรือโดยปราศจากอคติของผู้ตีความได้ เนื่องจากไม่ได้มีฐานที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน ส่วนในทางปฏิบัตินั้นข้อจำกัดเหล่านี้ถูกโต้แย้งว่าเป็นสิ่งที่องค์กรตุลาการสร้างขึ้นเองเพื่อใช้อ้างเป็นฐานแห่งความชอบธรรมในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญให้เขตอำนาจเช่นนั้นเอาไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น ในกรณีของหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ที่ศาลสูงสุดอินเดียสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นมาตรวัดในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอินเดีย เป็นต้น

นอกจากนี้ ไม่เพียงแต่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายเท่านั้นที่ได้รับการโต้แย้งในทางทฤษฎี แม้แต่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งเองก็ได้รับการโต้แย้งว่าไม่สมควรกำหนดเอาไว้เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวอาจขัดขวางไม่ให้คนรุ่นต่อไปได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายพื้นฐานในการปกครองของตน อันเปรียบเสมือนกับการถูกปกครองโดย “มือที่ตายไปแล้ว” (Dead Hand) ของบรรพบุรุษตน ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการประชาธิปไตย (Undemocratic) เพราะคุณค่าที่สำคัญอย่างหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ ความสามารถที่จะปรับปรุงกฎหมาย (The Ability to Modify Law) ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับชั้นใดก็ตาม จนถึงขนาดมีผู้กล่าวว่าข้อจำกัดดังกล่าวเป็น “เผด็จการในทาง

รัฐธรรมนูญ” (Constitutional Dictatorship) อีกทั้งข้อจำกัดดังกล่าวยังอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกกฎหมาย (Revolutionary Mean) อีกด้วย เพราะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญภายใต้กลไกของระบบกฎหมายได้

(3) ข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) หมายถึง การกำหนดห้ามมิให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระหว่างระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ไม่ว่าจะเป็นในระยะเวลาที่กำหนดไว้แน่นอน (Specific Time Period) เช่น ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 5 ปี นับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งหลังสุด หรือในกรณีมีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น เช่น การประกาศภาวะฉุกเฉิน (Situations of Emergency) การประกาศสงคราม (Time of War) การประกาศใช้กฎอัยการศึก (Application of Martial Law) หรือการใช้มาตรการพิเศษ (State of Siege or Extraordinary Measures) เป็นต้น หรืออาจบัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงลงไปอีกว่าผู้ใดเสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกปฏิเสธหรือไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภานั้นจะไม่สามารถถูกเสนอต่อรัฐสภาชุดดังกล่าวได้อีก (The Same Legislature) ข้อจำกัดในเวลานั้นไม่สู้จะมีข้อโต้แย้งในทางทฤษฎีหรือในทางปฏิบัติมากนัก เนื่องจากมีผลแค่เหนี่ยวรั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ไม่ได้เป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาดลงไปในเชิงเนื้อหาเหมือนกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาแต่อย่างใด

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการไปโดยขัดหรือแย้งกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการก็ดี ข้อจำกัดในทางเนื้อหาก็ดี หรือข้อจำกัดในทางเวลาที่ดี ย่อมถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment) จึงนำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments) อย่างไรก็ตาม ความชอบธรรมในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรตุลาการไม่อาจอ้างแค่การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวเท่านั้นเพื่อเข้าไปควบคุมตรวจสอบดังกล่าวได้ หากแต่ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจ (Jurisdiction) และขอบเขต (Scope) ของการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการในกรณีดังกล่าว ตลอดจนระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศด้วยเป็นสำคัญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์กรตุลาการจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอ เพราะแม้ระบบการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีความจำเป็นก็ตาม

แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าระบบดังกล่าวจะต้องเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เนื่องจากยังมีระบบควบคุมตรวจสอบในรูปแบบอื่น ๆ อีกที่สามารถนำมาใช้กับกรณีนี้ได้ เช่น การควบคุมตรวจสอบภายในกันเองขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Internal Control) การควบคุมตรวจสอบโดยการใช้อิทธิพลยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ (Veto) หรือการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง (Political Control) เพราะไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นประเด็นที่สำคัญในทางการเมืองซึ่งจะนำมาสู่การถกเถียงและการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แม้ประเด็นดังกล่าวจะหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายโดยองค์กรตุลาการไปแล้วก็ตาม

สำหรับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นพบว่า มีทั้งข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) และข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) สำหรับข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการนั้นพบว่า แนวความคิดในการทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้อย่างยากกว่าการตรากฎหมายธรรมดาปรากฏชัดเจนตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 อย่างไรก็ตาม รูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้นมีความคล้ายคลึงกับกระบวนการนิติบัญญัติ โดยกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เพิ่มเงื่อนไขพิเศษบางประการเข้าไป เช่น เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) และการเว้นระยะเวลาระหว่างขั้นตอนต่าง ๆ (Time Delay) สำหรับข้อจำกัดในทางเนื้อหานั้น พบร่องรอยของแนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ในงานทางวิชาการอยู่บ้าง แต่ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการรับรองการดำรงอยู่ของข้อจำกัดดังกล่าวอย่างเป็นทางการ ส่วนข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 หากแต่มีลักษณะเป็นการบัญญัติห้ามในเชิงของขั้นตอนและกระบวนการ กล่าวคือ ห้ามไม่ให้มีการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ท้ายที่สุดข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) ไม่ปรากฏว่าเคยได้รับการบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดถึงเขตอำนาจ (Jurisdiction) ของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวเอาไว้เลย ก่อให้เกิดข้อถกเถียงอย่างมากในแวดวงวิชาการว่าศาล

รัฐธรรมนูญไทยมีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ และขอบเขต (Scope) ของการตรวจสอบดังกล่าวมีอยู่แค่นั้นเพียงใด ซึ่งข้าพเจ้าได้ให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเป็นระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรพิเศษอย่างศาลรัฐธรรมนูญ เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้ระบบนี้จึงเป็นเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) เท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในกรณีดังกล่าวเอาไว้บัพัญญัติใดเลย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ก็ตาม ดังนั้น ภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยในปัจจุบันการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดนั้น จึงมีเพียงการควบคุมตรวจสอบภายในกันเองขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Internal Control) การควบคุมตรวจสอบโดยการใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ (Veto) และการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง (Political Control) เท่านั้น

นอกจากนี้ การยอมรับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติตามมาหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียเอง ซึ่งปัญหาทั้งหมดนี้สามารถตอบได้ด้วยข้อพิจารณาในทางทฤษฎีที่ใช้ในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดังที่ได้วิเคราะห์โดยละเอียดแล้วในบทที่ 7 อีกทั้งยังได้นำเสนอถึงการแก้ปัญหาดังกล่าวในทางปฏิบัติของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญบางประเทศด้วย

ท้ายที่สุด แม้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นสิ่งที่เข้าไปจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแง่มุมต่าง ๆ ได้ก็ตาม แต่ข้อจำกัดเหล่านี้ก็ไม่ใช่ว่าจะต้องมีอยู่ไปตลอดกาลโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้เลย แม้แต่ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่เรียกกันทั่วไปว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Eternity Clause) แท้จริงแล้วก็ไม่ใช่สิ่งที่ต้องอยู่ชั่วนิรันดร์อย่างที่เข้าใจกันแต่อย่างใด เพราะข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแม้แต่ยกเลิกได้เสมอด้วยอำนาจที่สร้างข้อจำกัดเหล่านี้ขึ้นมาตั้งแต่แรก คืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่

มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น เพราะเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่อยู่นอกระบบกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ปัญหาประการสำคัญที่ตามมา คือ การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมในกรณีดังกล่าวจะต้องดำเนินการโดยอาศัยขั้นตอนและกระบวนการอย่างไร ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ได้อภิปรายโดยละเอียดเนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อจำกัดในการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นในทางวิชาการในต่างประเทศนั้น เห็นว่ากระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมนั้นต้องมีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย (The Principle of Democracy) ที่ถือว่าประชาชน (People) เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น กระบวนการดังกล่าวจึงต้องเปิดกว้างในทางประชาธิปไตยและทำให้การมีส่วนร่วมของประชาชนอยู่ในระดับที่สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Maximization of Popular Participation) โดยต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถริเริ่ม (Propose) พิจารณา (Deliberate) และตัดสินใจ (Decide) ต่อการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้ในทุกขั้นตอน ดังนั้น กระบวนการที่มีความเหมาะสมและมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยจึงได้แก่ การริเริ่มให้มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยประชาชน (Popular Initiative) การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และท้ายที่สุดต้องให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Popular Ratification) อีกครั้งหนึ่งเป็นขั้นตอนสุดท้ายก่อนประกาศใช้ให้มีผลใช้บังคับ ไม่ใช่เป็นแต่เพียงให้ประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่า “ใช่หรือไม่” (Yes or No) ในการออกเสียงลงประชามติในขั้นตอนสุดท้ายเท่านั้น

8.2 ข้อเสนอแนะ

ประเด็นสำคัญที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งจะสำรวจตรวจสอบ คือ ประเด็นว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations on Constitutional Amendment) นั้น สมควรที่จะให้มืออยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ แค่นั้นเพียงใด การมีอยู่ของข้อจำกัดดังกล่าวมีรากฐานในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญใดรองรับบ้าง และหากยอมรับให้ข้อจำกัดดังกล่าวมีอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสมควรจะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมไปถึงประเด็นว่าระบบการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปตามข้อจำกัดดังกล่าว นั้น สมควรจะให้องค์กรตุลาการเข้าไปควบคุมตรวจสอบหรือไม่ แค่นั้นเพียงใด หากไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการแล้ว ยังมีระบบการควบคุมตรวจสอบอื่นใดที่สามารถนำมาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ตลอดจนแนวทางปฏิบัติในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้น ข้าพเจ้ามีความเห็นดังต่อไปนี้

(1) เมื่อตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) เป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Limited Power) เนื่องจากเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé, Derived Constituent Power) ที่มีสถานะในทางกฎหมายต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originaire, Original Constituent Power) แต่ในขณะเดียวกันอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีสถานะสูงกว่าอำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué, Constituted Power) หากถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัด (Unlimited Power) แล้ว ก็ย่อมไม่มีความแตกต่างอันใดเลยระหว่างกระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constitutional - Making) กับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional - Amending) และย่อมเป็นการทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่ถือว่าของประชาชน (People) ด้วย ดังนั้น ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่สมควรให้มีอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ

(2) อย่างไรก็ตาม เราต้องเข้าใจต่อไปว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นแต่เพียงข้อจำกัดต่อการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ได้เป็นข้อจำกัดต่อการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนด้วย การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของประชาชนย่อมไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น จึงย่อมสามารถถูกใช้เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ถูกใช้เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้เสมอ แต่กระบวนการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องใช้ผ่านกระบวนการที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอย่างสูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ตลอดจนต้องเปิดโอกาสให้มีการพิจารณาและถกเถียงกันอย่างถึงแก่นโดยแท้จริงเท่านั้น เช่น การลงประชามติ (Referendum) หรือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) เป็นต้น

(3) การดำรงอยู่ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สมควรและจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) หรือข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) ก็ตาม ทั้งนี้ ก็เพื่อให้องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รูปแบบการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนขอบเขตในทางเนื้อหาของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีความ

แน่นอนชัดเจนซึ่งจะช่วยลดการโต้แย้งถกเถียงกันว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมิใช่แค่นั้นเพียงใดกันแน่ อีกทั้งยังเสริมสร้างความชอบธรรมตามบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้กับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ด้วยเหตุนี้ข้าพเจ้าจึงไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) เพราะข้อจำกัดดังกล่าวมีความคลุมเครือไม่แน่นอนชัดเจนว่าประกอบไปด้วยหลักการใดบ้าง จึงอาจเปิดโอกาสให้องค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการซึ่งมักจะเป็นองค์กรที่ไม่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือมีอยู่ในระดับต่ำมากนั้น สามารถอาศัยความคลุมเครือไม่แน่นอนชัดเจนดังกล่าวเข้าไปขัดขวางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งต้องถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ในการปรับปรุงกฎหมายของตนเอง (The Ability to Modify Law) ได้โดยไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญรองรับเอาไว้เลย

(4) จริจอยู่ว่าในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของบางประเทศนั้น ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) มักจะเป็นสิ่งซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานและเป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นโดยตรง อีกทั้งในหลาย ๆ กรณีก็ยังเป็นหลักการพื้นฐานและหลักการสำคัญที่สามารถสืบสาวออกมาจากรัฐธรรมนูญฉบับนั้นได้ผ่านการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเชื่อมโยงกันเป็นระบบ เช่น หลักประชาธิปไตย (Democracy) หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หรือหลักสิทธิและเสรีภาพ (Fundamental Rights and Freedoms) เป็นต้น แต่ด้วยความคลุมเครือและไม่แน่นอนชัดเจนของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายจึงทำให้ไม่อาจให้คำนิยามในทางภาวะวิสัยโดยปราศจากอคติของผู้ตีความเองได้เลย ดังนั้น ในการออกแบบบทบัญญัติว่าด้วยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าหลักการพื้นฐานและหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญบางประการสมควรที่จะได้รับการปกป้องไม่ให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็สมควรที่จะต้องบัญญัติหลักการพื้นฐานและหลักการสำคัญดังกล่าวเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ทั้งนี้ เพื่อให้ขอบเขตในทางเนื้อหาของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความแน่นอนและชัดเจนนั่นเอง

(5) อย่างไรก็ตาม แม้จะยอมรับให้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) เป็นขอบเขตอย่างหนึ่งของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ด้วยลักษณะตามธรรมชาติของข้อจำกัดดังกล่าวที่เป็นข้อห้ามโดยเด็ดและเป็นสิ่งขัดขวางไม่ให้ประชาชนในรุ่นต่อไปได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งนักวิชาการบางฝ่ายพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของสังคมประชาธิปไตยที่ถือว่ากฎหมายทุกชนิดไม่เว้นแม้รัฐธรรมนูญย่อมสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยประชาชน เพราะข้อจำกัดในทางเนื้อหาได้เข้าไปทำให้เนื้อหาบางประการของรัฐธรรมนูญหลุดพ้นไปจากและอยู่เหนือการตัดสินใจของประชาชนตามกลไกประชาธิปไตย (Democratic Decision - Making) ดังนั้น ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าในการกำหนดว่าหลักการใดบ้างจะเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและรอบคอบอย่างยิ่งและสมควรที่จะกำหนดให้เฉพาะแต่หลักการที่เป็นพื้นฐานและมีความสำคัญจริง ๆ เท่านั้นเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าหลักการดังกล่าวจะต้องเป็นหลักการที่มีความจำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เท่านั้น ได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (The Sovereignty of the People) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers) หลักนิติรัฐ (Rule of Law) หลักสิทธิและเสรีภาพ (Fundamental Rights and Freedoms) และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เพราะหลักการเหล่านี้ล้วนแต่เป็นหลักการที่รองรับและสนับสนุนการตัดสินใจของประชาชนตามกลไกประชาธิปไตย (Democratic Decision - Making) การกำหนดข้อห้ามไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการเหล่านี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประชาชนในปัจจุบันและประชาชนในอนาคตจากอันตรายที่เกิดจากตัวของประชาชนเอง

(6) ดังนั้น ด้วยปัญหาของข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitation) ที่อาจขัดกับหลักการประชาธิปไตยดังกล่าวข้างต้น ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าในการออกแบบบทบัญญัติว่าด้วยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) นั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ควรกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยเด็ดขาด แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญสมควรจะไปให้ความสำคัญกับข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กลไกที่ทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากแบบทางเลือก (Selective Rigidity Mechanism) กล่าวคือ แทนที่จะกำหนดเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาดไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาบางประการที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้าพเจ้ากลับเห็นว่าสมควรที่จะกำหนดให้เนื้อหาที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญดังกล่าวสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพียงแต่กระบวนการดังกล่าวจะต้องมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเป็นพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกลไกที่ปรากฏในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย ประเทศสเปน หรือประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้าพเจ้าเห็นว่าสมควรกำหนดให้เนื้อหาทุกประการของรัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้

เสมอ เพียงแต่จะต้องกระทำโดยกระบวนการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กำหนดให้มีการแบ่งแยกประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ (Amendment of Basic Principle) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียเอง (Amendment of Amendment Provision) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (Adoption of New Constitution) กับ (2) การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาโดยทั่วไปของรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละประเภทรูปแบบและกระบวนการที่แตกต่างกัน

(7) ข้าพเจ้าเห็นว่ารูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องกำหนดกลไกที่ทำให้ประชาชนสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วย ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม เช่น กลไกการออกเสียงประชามติ (Referendum) หรือกลไกการให้รัฐสภาใหม่ให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง (Intervening Election) หรือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) ที่สมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะ “จำลอง” ให้กระบวนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สำคัญดังกล่าวมีคล้ายคลึงกับกระบวนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยประชาชนองค์อธิปัตย์มากที่สุด เพื่อเสริมสร้างความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยให้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั่นเอง นอกจากนี้ ข้าพเจ้ายังเห็นว่าสมควรจะเพิ่มข้อจำกัดในทางเวลา (Temporal Limitations) เช่น การห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดตามจำนวนระยะเวลาที่กำหนด การห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่มีสถานการณ์พิเศษ หรือเพิ่มกลไกในเชิงเวลาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น การเว้นระยะเวลาระหว่างขั้นตอนต่าง ๆ (Time Delay) ทั้งนี้ ก็เพื่อให้องค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนประชาชนเองได้มีเวลาคิดทบทวนประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอขึ้นมาอย่างรอบคอบก่อนที่จะตัดสินใจไปในทิศทางใดทิศทางหนึ่ง และยังเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้เล่นในทางการเมืองฉกฉวยโอกาสจากความนิยมชั่วคราวของตัวเองที่ได้รับจากประชาชนเข้าไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบอบประชาธิปไตยได้

(8) สำหรับรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาโดยทั่วไปของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้น สมควรกำหนดให้ใช้รูปแบบและกระบวนการที่กระทำได้ไม่ยากจนเกินไป แต่ก็ไม่ใช่กำหนดให้กระทำได้ง่ายเช่นเดียวกับกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เพราะยังคงต้องคำนึงถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ด้วย โดยอาจกำหนดให้ใช้กระบวนการ

เช่นเดียวกับกระบวนการนิติบัญญัติก็ได้ แต่ต้องเพิ่มเติมเงื่อนไขพิเศษต่าง ๆ เข้าไปด้วย เช่น ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) การพิจารณาหลายวาระ (Multiple Reading) การเว้นระยะเวลาระหว่างขั้นตอนต่าง ๆ (Time Delay) เป็นต้น ทั้งนี้ ในทางหนึ่งก็เพื่อเป็นการปกป้องเนื้อหาที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ แต่ในอีกทางหนึ่งก็ไม่ถึงขนาดทำให้เนื้อหาดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยอย่างเด็ดขาด อีกทั้งในขณะเดียวกันก็ไม่ทำให้เนื้อหาทั่วไป เล็ก ๆ น้อย ๆ ของรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ยากเกินไปในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ตลอดจนยังเป็นการลดความเสี่ยงที่จะเกิดการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่ผิด (Abuse of Amendment Power) หรือการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ (Extra-Constitutional Means) เพื่อลบล้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ด้วย

(9) สำหรับระบบการควบคุมตรวจสอบให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากการควบคุมตรวจสอบภายในกันเองขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Internal Control) การควบคุมตรวจสอบโดยการใช้สิทธิยับยั้งร่างกฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ (Veto) หรือการควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง (Political Control) แล้ว ข้าพเจ้าเห็นว่าสมควรกำหนดให้องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Judicial Review of Constitutional Amendments) ได้ด้วย เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางกฎหมาย (Legal Limitation) ไม่ได้เป็นเพียงแค่คำประกาศในทางการเมือง (Political Declarations) เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีผลบังคับได้จริงในทางกฎหมาย (Legal Enforcement)

(10) อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้ามีความเห็นต่อไปว่า เขตอำนาจ (Jurisdiction) และขอบเขต (Scope) ขององค์กรตุลาการในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องมิฐานที่มาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพราะองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นให้ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué, Constituted Power) ซึ่งมีสถานะต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (Pouvoir Constituant Dérivé, Derived Constituent Power) ดังนั้น การใช้อำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการจึงต้องอาศัยฐานอำนาจในระดับเดียวกันตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นแล้วการใช้อำนาจดังกล่าวขององค์กรตุลาการอาจจะมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอาไว้ที่องค์กรพิเศษหรือ

รูปแบบของภาคพื้นยุโรป (The European Model of Judicial Review) อย่างเช่นศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะ (Limited and Specific Jurisdiction) เท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น องค์การตุลาการย่อมไม่อาจอาศัยเพียงแค่การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นเหตุผลในการตีความขยายเขตอำนาจของตนได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้มีความหมายโดยอัตโนมัติว่าองค์การตุลาการจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมได้นั่นเอง

(11) อนึ่ง ข้าพเจ้ายังมีความเห็นต่อไปว่า ในการกำหนดให้องค์การตุลาการมีเขตอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยด้านอื่น ๆ ขององค์การตุลาการด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าสู่ตำแหน่งขององค์การตุลาการที่จะต้องมีความยึดโยงกับประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยอย่างน้อยที่สุดการเข้าสู่ตำแหน่งนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของผู้แทนประชาชน เพราะเพียงแต่ความชอบธรรมจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวคงไม่เพียงพอ หากที่มาขององค์การตุลาการไม่มีความยึดโยงกับประชาชนแล้ว ก็การใช้อำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการนั้น อาจนำไปสู่ปัญหาในทางรัฐธรรมนูญที่องค์การตุลาการได้กลายเป็นองค์กรที่คอยขัดขวางไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แทนที่จะเป็นองค์กรที่คอยปกป้องข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550

(12) นอกจากนี้ ข้าพเจ้ายังเห็นว่า การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวควรจะเป็นการควบคุมตรวจสอบก่อนที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้เป็นกฎหมาย (Priori Review) เท่านั้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะในทางการเมืองอย่างสูง การควบคุมตรวจสอบหลังจากที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว (Posteriori Review) จึงไม่น่าจะมีความเหมาะสมเพราะอาจถือว่าเป็นการทำลายเจตจำนงในทางการเมืองที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมักจะเป็นผู้แทนของประชาชนได้ อีกทั้งเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว ย่อมต้องถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่แล้ว หากยอมให้องค์การตุลาการสามารถเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังประกาศใช้แล้วอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในระบบกฎหมายขึ้นได้ อนึ่ง การควบคุมตรวจสอบก่อนที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้เป็นกฎหมาย (Priori Review) นั้น ยังจะต้องเป็นการเข้าไปควบคุมตรวจสอบภายหลังจากที่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนต่าง ๆ โดยองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญได้ดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว โดยเหลือเพียงแค่ขั้นตอนการลงนามโดยประมุขของรัฐและขั้นตอนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายเท่านั้น องค์การตุลาการย่อมไม่สามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระหว่างที่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังไม่เสร็จสิ้นได้ เพราะเท่ากับเป็นการเข้าก้าวกายหรือแทรกแซงกระบวนการใช้อำนาจขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) นั้นเอง

(13) ในส่วนขอบเขต (Scope) ของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการนั้น เมื่อข้าพเจ้ามีความเห็นว่าไม่ควรกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยเด็ดขาด แต่ควรกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้โดยรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเงื่อนไขเป็นพิเศษแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ความเห็นดังกล่าวย่อมมีผลต่อเนื่องมายังประเด็นขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการด้วย กล่าวคือ ในเมื่อกรณีนี้รัฐธรรมนูญไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหา (Substantive Limitations) หากแต่มีเพียงข้อจำกัดในทางรูปแบบและกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) เท่านั้น ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขององค์กรตุลาการจึงมีขอบเขตเพียงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบและกระบวนการ (Review of Formal and Procedural Regularity) เท่านั้น องค์การตุลาการไม่ก้าวกายเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา (Review of Substantive Regularity) ด้วย อนึ่งจริงอยู่ว่าในการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวนั้น ในเบื้องต้นองค์กรตุลาการจะต้องวินิจฉัยก่อนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเท่ากับว่าองค์กรตุลาการยังต้องเข้าไปวินิจฉัยเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ดี แต่ในกรณีนี้แม้้องค์กรตุลาการจะวินิจฉัยว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่องค์กรตุลาการก็ไม่สามารถเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วยสาเหตุที่ว่า “เนื้อหา” ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีนี้้องค์กรตุลาการทำได้เพียงพิจารณาวินิจฉัยต่อไปว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ดำเนินการโดยถูกต้องตาม “รูปแบบและกระบวนการ” ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญก็ตาม

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544.

_____. สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เรื่อง 4 การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2544.

เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

_____. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554.

คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. “แถลงการณ์ของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 7.” ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย. บรรณาธิการโดยเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ชมพูทนต์ ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, 2556.

ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย. สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2552.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2539.

_____. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

_____. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538.

พูนศักดิ์ ไวสารวจ. รูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

- ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้น และหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2 พระนคร : พาณิชยศุภผล, 2495.
- _____ . สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย. กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.
- มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2552.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. "การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551." ใน การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย. บรรณาธิการโดยเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- _____ . คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.
- วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. วิเคราะห์เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับรัฐธรรมนูญฉบับสำคัญ. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2542.
- วิชณุ เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2530.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- _____ . รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ฉบับใช้เรียน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549.
- _____ . หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.
- สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันทน์. คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.
- หยุด แสงอุทัย. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย. พระนคร : สำนักงานประชา
นิติ, 2489.
- _____ . หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9 กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.

วิทยานิพนธ์

ซัช ข้าเพชร. “การแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญอังกฤษภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

นวลวรรณ สุทธิรักษ์. “ข้อจำกัดของหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สุริยา ปานแป้น. “ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อภิญา แก้วกำเนิด. “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

บทความวารสาร

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของ Carl Schmitt.” รัฐศาสตร์สาร. เล่มที่ 3. ปีที่ 35. (กันยายน-ธันวาคม 2557) : 105.

ภุรี พวงค์เจริญ. “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการวิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย.” วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 3. ปีที่ 43. (กันยายน 2557) : 631-659.

บทความหนังสือพิมพ์

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (1).” มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1794 (2 มกราคม 2558) : 55.

_____. “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (2).” มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1795 (9 มกราคม 2558) : 55.

_____. “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (4).” มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1797 (23 มกราคม 2558) : 55.

_____."อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (15)." มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1809 (17 เมษายน 2558) : 36.

_____."อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (16)." มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1810 (24 เมษายน 2558) : 54.

_____."อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (17)." มติชนสุดสัปดาห์. ฉบับที่ 1811 (1 พฤษภาคม 2558) : 32.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ. "ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... (ฉบับลงประชามติ)." http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution2/more_news.php?cid=61, 24 เมษายน 2559.

_____."ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ... (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติเพื่อลงมติให้ความเห็นชอบ)." http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/more_news.php?cid=67, 24 เมษายน 2559.

_____."รายงานการประชุมคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22 วันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2540." http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons40-50/cons2540/yi400427.pdf, 24 เมษายน 2559.

คณะนิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร. "แถลงการณ์ เรื่อง คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญกรณีรับคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไว้พิจารณาและคำสั่งให้รัฐสภาออกการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ." <http://www.enlightened-jurists.com/blog/64.>, 17 กรกฎาคม 2555.

คณะอนุกรรมการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ยกร่างรัฐธรรมนูญ. "ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เล่ม ๔)." http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution/more_news.php?cid=65, 24 เมษายน 2559.

ธีระ สุธีวรารุง. "ประกาศนิติราษฎร์ ฉบับที่ 27 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม." <http://www.enlightened-jurists.com/blog/40.>, 17 กรกฎาคม 2555.

- _____ . "ประกาศนิตินิติราษฎร์ ฉบับที่ 37 การตั้งประเด็นแห่งคดีของศาลรัฐธรรมนูญ." <http://www.enlightened-jurists.com/blog/71.>, 17 กรกฎาคม 2555.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ." [http://www.manager.co.th /Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000083594.](http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000083594.), 17 กรกฎาคม 2555.
- ปูนเทพ ศิริบุพผพงศ์. "รายงานการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)." <https://thammasat.academia.edu/poontheepsirinupong>, 9 เมษายน 2556.
- มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. "ศาลรัฐธรรมนูญกับการยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา." http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1339077091&gripid=01&catid&subcatid., 1 เมษายน 2557.

BOOKS AND BOOK ARTICLES

- Abraham Barrero Ortega and Irene Sobrino Guijarro. "Constitutional Change in Spain." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. pp.299, 304. New York : Routledge, 2012.
- Bruce Ackerman. We The People. 1. Foundations. Cambridge : Harvard University Press, 1991.
- Carl Schmitt. Constitutional Theory. Durham : Duke University Press, 2008.
- Carlo Fusaro and Dawn Oliver. "Toward a Theory of Constitutional Change." in How Constitutions Change – A Comparative Study. p.428. Oxford : Hart Publishing, 2011.
- David P. Currie. The Constitution of the Federal Republic of Germany. Chicago : University of Chicago Press, 1994.
- Donald P. Kommers. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. second edition. Durham : Duke University Press, 1997.

- Georg Jellinek. "Constitutional Amendment and Constitutional Transformation." in Weimar - A Jurisprudence of Crisis. ed. Arthur Jacobson and Bernhard Schlink. p.54. Berkeley : University of California Press, 2002.
- Gunnar Folke Schuppert. "The Constituent Power." in Main Principles of the German Basic Law. ed. Christian Starck. p.38. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.
- Hans Kelsen. General Theory of Law and State. Cambridge : Harvard University Press, 1945.
- _____. On the Pure Theory of Law. trans. Max Knight. Berkeley : University of California Press, 1978.
- Helle Krunke. "Formal and Informal Method of Constitutional Change in Denmark." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. pp.80 – 81. New York : Routledge, 2012.
- J. F. Aubert and E. Grisel. "The Swiss Federal Constitution." in Introduction to Swiss Law. ed. F. Dessemontet and T. Ansay. 3rd edition. pp.19 – 20. Switzerland : Kluwer, 2004.
- John R. Vile. "Constitutional Revision in the United States of America." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. p.397. New York: Routledge, 2012.
- Jonatas E. M. Machado. "The Portuguese Constitution of 1976 – Haft-Life and Decay." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. p.288. New York : Routledge, 2012.
- Kemal Gözler. Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study. Bursa : Ekin Press, 2008.
- Manfred Stelzer. "Constitutional Changes in Austria." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. pp.15 – 16, 19. New York: Routledge, 2012.

- _____. The Constitution of the Republic of Austria : A Contextual Analysis.
Oxford : Hart, 2011.
- Markus Kotzur. "Constitutional Amendments and Constitutional Changes in Germany." in In Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA. ed. Xenophon Contiades. p.130. New York : Routledge, 2012.
- Nigel Foster and Satish Sule. German Legal System and Laws. 3rd edition. Oxford : Oxford University Press, 2003.
- Stephen Holmes and Cass R. Susstein. "The Politic of Constitutional Revision in Eastern Europe." in Responding to Imperfection : the Theory and Practice of Constitutional Amendment. ed. Stanford Levinson. p.276. Princeton : Princeton University Press, 1995.
- Ulrich K. Preuss. "The Exercise of Constituent Power in Central and Eastern Europe." in The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form. ed. Martin Loughlin and Neil Walker. p.220 Oxford : Oxford University Press, 2007.
- Walter F. Murphy and Joseph Tanenhaus. Comparative Constitutional Law: Cases And Commentaries. New York : St. Martin's Press, 1977.
- Walter F. Murphy. "Merlin's Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity." in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. ed. Sanford Levinson. pp.177 – 179. New Jersey : Princeton University Press, 1995.
- Zachary Elkins, Tom Ginsberg and James Melton. The Endurance of National Constitutions. Cambridge : Cambridge University Press, 2009.

THESES

- Yaniv Roznai. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." Ph.D. Thesis. Department of Law of The London School of Economics, 2014.

ARTICLES

- Adam M. Samaha. "Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation." Columbia Law Review 108. (2008) : 606 - 680.
- Aharon Barak. "Unconstitutional Constitutional Amendments." Israel Law Review 44. (2011) : 321 - 341.
- Alexander Somek. "Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law: On the Constitutional Court's Total Revision of Austrian Constitutional Law." Israel Law Review 32. (1998) : 567 - 590.
- Allan C. Hutchinson and Joel Colon-Rios. "Democracy and Constitutional Change." Theoria : A Journal of Social and Political Theory. (2011) : 43 - 62.
- Andrew Frideman. "Dead Hand Constitutionalism : The Danger of Eternity Clauses in New Democracies." Mexican Law Review 4. (2010) : 77 - 96.
- Andrew J. Harding. "Death of a Doctrine? Phang Chin Hock v. Public Prosecutor." Malaya Law Review 21. (1979) : 365 - 374.
- Christoph Burchard. "Carl Schmitt on Democracy and International Relation." Leiden J. Int'l. L. 19. (2006) : 9 - 40.
- D. O. McGovney. "Is the Eighteenth Amendment Void because of Its Contents?." Columbia Law Review 20. (May 1920) : 499 - 518.
- Dietrich Conrad. "Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution : A Critical Reconsideration." Delhi Law Review 6 - 7. (1977 - 1978) : 1 - 14.
- _____. "Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power." Indian Yearbook of International Affairs 15-16. (1970) : 375 - 430.
- Donald S. Lutz. "Toward a Theory of Constitutional Amendment." American Political Science Review 88(2). (June 1994) : 355 - 370.
- Douglas Linder. "What in the Constitution Cannot be Amended." Arizona Law Review 23. (1981) : 717 - 731.
- Eivind Smith. "Old and protected? On the "Supra - Constitutional" Clause in the Constitution of Norway." Israel Law Review 44. (2011) : 369 - 388.

- Elai Katz. "On Amending Constitution : The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment." Columbia Journal of Law and Social Problems 29. (1995 – 1996) : 251 - 292.
- George D. Skinner. "Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment." Michigan Law Review 18. (January 1920) : 213 - 225.
- Gerhard Leibholz. "The Federal Constitutional Court in Germany and the Southwest Case." The American Political Science Review 46. (1952) : 723 - 731.
- Gerhard van der Schyff. "Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands : A Bridge Too Far ?." German Law Journal 11(2). (2010) : 275 - 290.
- Gottfried Dietze. "Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany." Virginia Law Review 42. (1956) : 1 - 22.
- Gregory H. Fox and Georg Nolte. "Intolerant Democracies." Harvard International Law Journal 36. (1995) : 1 - 70.
- Hanna Fenichel Pitkin. "The Idea of Constitution." J. Legal Educ. 37. (1987) : 167 - 169.
- Hans Kelsen. "Judicial Review of Legislation." Journal of Politics 4. (1942) : 183 - 200.
- Harald Eberhard and Konrad Lachmayer. "Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives." Vienna Online J. in International Journal of Constitutional Law 2. (2008) : 112 - 123.
- Helmut Goerlich. "Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany." NUJS Law Review 27. (2008) : 397 - 415.
- Jason Mazzone. "Unamendments." Iowa Law Review 90. (September 2005) : 1747 - 1855.
- Jeff Rosen. "Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?." The Yale Law Journal 100. (January 1991) : 1073 - 1092.
- Joel Colon-Rios and Allan C. Hutchinson. "Democracy and Revolution : An Enduring Relationship?." Denv. U. L. Rev. 89. (2012) : 593 - 610.

- Joel Colon-Rios. "The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy and the Limits of Constitutional Reform." Osgoode Hall Law Journal 48.(2010) : 199 - 245.
- _____. "The Second Dimension of Democracy : The People and Their Constitution." Baltic Journal of Law and Politics 2(2). (2009) : 1 - 30.
- Jutta Stender-Vorwachs. "The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 concerning Acoustic Surveillance of Housing Space." German Law Journal 5. (2004) : 1337 - 1348.
- Kent Greenawalt. "The Rule of Recognition and the Constitution." Michigan Law Review 85. (February 1987) : 621 - 671.
- Kim Lane Scheppele. "Other People's Patriot Acts: Europe's Response to September 11." Loyola Law Review 50. (2004) : 89 - 148.
- Lester B. Orfield. "The Scope of the Federal Amending Power." Michigan Law Review 28. (March 1930) : 550 - 583.
- Louis Favoreu. "Constitutional Review in Europe." Constitutionalism and Right: The Influence of the United States Constitution Abroad 38. (1990) : 38 - 62.
- Mauro Cappelletti. "Judicial Review in Comparative Perspective." California Law Review 58. (1970) : 1017 - 1053.
- Michel Troper. "The Logic of Justification of Judicial Review." International Journal of Constitutional Law 1(1). (2003) : 99 - 121.
- Nicholas W. Erickson. "Break on Through: The Other Side of Varnum and the Constitutionality of Constitutional Amendments." Drake Law Review 59. (2011) : 1225 - 1247.
- Nicolas Nohlen. "Germany: The Electronic Eavesdropping Case." International Journal of Constitutional Law 3. (2005) : 680 - 686.
- Otto Pfersmann. "Constitutional Amendment in Austria and Federal Germany: Theory, Practice, Limits." Amendment of the Constitution in Economica & Presses universitaires d'Aix Marseille 7. (1993) : 1 - 40.
- _____. "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach." Zeitschrift für öffentliches Recht 67. (March 2012) : 81 - 113.

- Ravneet Kaur. "The Basic Features Doctrine and the Elected President Act." Singapore Law Review 15. (1994) : 244 - 266.
- Richard Albert. "Constitutional Handcuffs." Arizona State Law Journal 42(3). (2010) : 663 - 715.
- Richard S. Kay. "Constituent Authority." American Journal of Comparative Law 59. (2011) : 715 - 762.
- Roderick O'Hanlon. "Natural Rights and the Irish Constitution." Irish Law Times and Solicitor's Journal 11. (January 1993) : 8 - 11.
- Rory O'Connell. "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms." Journal of Civil Liberties 4. (1999) : 48 - 75.
- S. P. Sathe. "Judicial Activism: The Indian Experience." Washington University Journal of Law & Policy 6. (March 2001) : 29 - 109.
- Satya Prateek. "Today's Promise, Tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', Constitutional Transformations and the Future of Political Progress in India." NUJS Law Review 1. (2008) : 417 - 498.
- Sharon Weintal. "The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty; Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory." Israel Law Review 44. (2011) : 449 - 497.
- Stephen Tierney. "Whose Political Constitution? Citizens and Referendums." German Law Journal 14(12). (2013) : 1 - 10.
- Sylvie Peyrou-Pistouley. "The Constitutional Court and the Control of The Constitutionality of Laws in Austria." Economica & Presses universitaires d'Aix Marseille. (1993) : 176.
- Taylor Cole. "Three Constitutional Courts: A Comparison." The American Political Science Review 53. (December 1959) : 963 - 984.
- Ulrich K. Preuss. "Constitutional Powermaking for the new polity; some deliberations on the relations between constituent power and the constitution." Cardozo L. Rev. 14. (1992-1993) : 639 - 660.

- _____. "The Implications of 'Eternity Clauses' : The German Experience." Israel Law Review 44. (2011) : 429 - 448.
- Virgílio Afonso Da Silva. "A Fossilised Constitution ?." Ratio Juris 17. (2004) : 454 - 473.
- Walter Dellinger. "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process." Harvard Law Review 97. (1983) : 386 - 432.
- Walter F. Dodd. "Amending the Federal Constitution." Yale Law Journal 30(4). (1921) : 323.
- William E. Scheuerman. "Revolutions and Constitutions : Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt." Can. J. L. & Jurisprudence 10. (1997) : 141 - 161.
- Xavier Philippe. "France: The Amendment of the French Constitution on the Decentralized Organization of the Republic." International Journal of Constitutional Law 2. (2004) : 691 - 705.
- Yaniv Roznai and Serkan Yolcu. "An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision." International Journal of Constitutional Law 10. (2012) : 175 - 207.

ELECTRONIC MEDIA

- Anuranjan Sethi. "Basic Structure Doctrine: Some Reflections." https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=835165, March 4, 2014.
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). "Report on Constitutional Amendment." [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), December 10, 2014,
- European Court of Human Rights. "Judgment of September 6, 1978, Series A, No. 28, § 46, 56, Klass and others v. Federal Republic of Germany." <http://cmiskp.echr.coe.int.>, May 16, 2014.
- Maxim Tomoszek. "Proportionality in Judicial Review of Constitutional Amendments." <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/175.pdf>, April 16, 2014.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์
วันเดือนปีเกิด	24 เมษายน 2532
ประวัติการศึกษา	เนติบัณฑิตไทย สมัย 64 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผลงานทางวิชาการ	
	ณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
ประสบการณ์ทำงาน	2556 - 2559 เจ้าหน้าที่บริหาร ฝ่ายตรวจสอบตลาดทุน สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์