

(๑๖) ๔/๒๕๖๔

หนังสือเรียกเอกสาร หลักฐาน หรือบุคคล



เรื่องพิจารณาที่ ๔/๒๕๖๔

ศาลรัฐธรรมนูญ

วันที่ ๑๔ เดือน กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๔

ระหว่าง { ประธานรัฐสภา ผู้ร้อง
..... ผู้ถูกร้อง

เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๐ วรรคหนึ่ง (๒) กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา ในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของ สมาชิกรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ (๑)

ถึง.....นายวรศักดิ์ อุวรรณโณ.....
บ้านเลขที่.....๙๙๙/๑๔๔.....หมู่ที่.....-.....ถนน สามเสน.....
ตรอก/ซอย.....เกตุนิเวศ ๑๖.....ตำบล/แขวง สามเสนนอก.....อำเภอ/เขต.....ห้วยขวาง.....
จังหวัด.....กรุงเทพมหานคร.....รหัสไปรษณีย์.....๑๐๓๑๐.....โทรศัพท์.....-.....
โทรสาร.....-.....ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail).....-

ด้วยศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องของประธานรัฐสภากรณีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๐ วรรคหนึ่ง (๒) ไว้พิจารณาวินิจฉัย

เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณา จึงให้ท่านจัดทำความเห็นเป็นหนังสือตามประเด็นที่กำหนด รายละเอียดปรากฏตามเอกสารแนบท้ายหนังสือ ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในวันพุธที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๔ ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๒๗ วรรคสาม

(นายวรวิทย์ กังศศิเทียม)

ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

โทร. ๐ ๒๑๔๑ ๗๖๔๑

โทรสาร ๐ ๒๑๔๓ ๙๕๒๓

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้
จัดทำความเห็นเป็นหนังสือ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่
หากแก้ไขได้มีกระบวนการต่อไปอย่างไร หรือหากแก้ไขไม่ได้มีกระบวนการต่อไปอย่างไร

บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ

วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2564

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญขอให้ข้าพเจ้าให้ความเห็นต่อคำถามที่ว่า “ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ หากแก้ไขได้มีกระบวนการต่อไปอย่างไร หรือหากแก้ไขไม่ได้มีกระบวนการต่อไปอย่างไร”

ข้าพเจ้าศาสตราจารย์กิตติคุณ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ขอให้ความเห็นตามหลักวิชาการ กฎหมายเปรียบเทียบ และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเด็นไปดังนี้

1. ทฤษฎีทางวิชาการว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง (pouvoir constituant)

1.1 เหตุการณ์อันเป็นจุดกำเนิดของทฤษฎี

ทฤษฎีที่จะสมบูรณ์และมีข้อพิสูจน์ย่อมต้องมีสิ่งที่เกิดขึ้นจริงเป็นรากฐานการสร้างแนวความคิดที่จะใช้วิเคราะห์สิ่งต่างๆที่เกิดขึ้นภายหลัง สำหรับทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจก่อตั้งระบอบการเมืองเกิดจากเหตุการณ์สำคัญของโลก 2 เหตุการณ์ คือ การประกาศเอกราชของ 13 อาณานิคมในทวีปอเมริกาเหนือจากอังกฤษ ซึ่งเป็นเมืองเจ้าอาณานิคม เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และการจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 โดยคำประกาศเอกราชมีความตอนหนึ่งว่า “... รัฐบาลทั้งหลายที่ตั้งขึ้นโดยมนุษย์ย่อมมีอำนาจที่เป็นธรรมมาจากความยินยอมของผู้อยู่ใต้การปกครอง ... เมื่อใดรูปแบบการปกครองใดกลับทำลายจุดมุ่งหมายทั้งหลายของมนุษย์ที่จะมีสิทธิอันมีอาจบล้างได้ เมื่อนั้นประชาชนย่อมมีสิทธิเปลี่ยนแปลง หรือทำลายรัฐบาลนั้นเสีย และก่อตั้งรัฐบาลใหม่ซึ่งอยู่บนรากฐานของหลักการและจัดรูปแบบการใช้อำนาจเสียใหม่ ตามที่ประชาชนเห็นว่าจะส่งผลให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยและความผาสุก...” และในคำปรารภรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ว่า “เราประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกา ... จึงบัญญัติและสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อสหรัฐอเมริกา” “(We the People of the United States ... do ordain and establish this Constitution for the United States of America)” ซึ่งนักวิชาการในภายหลังให้ข้อสังเกตว่า “การกระทำอันเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญ” (l’acte constituant) เกิดพร้อมกับการก่อตั้งรัฐใหม่ 13 รัฐ⁽¹⁾

ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศส เมื่อ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 สถานุานันตร (États généraux) ซึ่งพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เรียกประชุมก็ประกาศยกตนเอง เป็นสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ (Assemblée Nationale Constituante) ในฐานะเป็นตัวแทนของประชาชนฝรั่งเศส และได้ออกคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (1789) และตรารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 โดยมีคำปรารภว่า “สภาสถาปนารัฐธรรมนูญ ประณามที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ... และทำลายสถาบันที่ทำให้สิทธิ เสรีภาพ และ

ความเสมอภาคของประชาชนต้องเสียหาย” นักวิชาการวิเคราะห์ว่าเหตุการณ์นี้ไม่ได้ก่อให้เกิดรัฐใหม่ เพราะรัฐฝรั่งเศสดำรงอยู่ก่อนการปฏิวัติ แต่เหตุการณ์นี้เหมือนกับเหตุการณ์ในสหรัฐอเมริกาครั้งที่ “ประชาชนได้ไขว่คว้าจุดหมายปลายทางของตนเองมาไว้ในมือตน โดยรู้สำนึกเต็มเปี่ยมว่าตนกำลังตัดสินใจโดยอิสระในการเลือกรูปแบบทางการเมืองในการดำรงอยู่ของตน” ⁽²⁾

1.2 นักทฤษฎี Emmanuel J. Siéyès

นักทฤษฎีคนแรกที่น่าเสนอคำว่า อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญก็คือ Emmanuel J. Siéyès ผู้นำทางความคิดในการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยชี้ว่าเมื่อพูดถึง “รัฐธรรมนูญก็ต้องพูดถึงอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Une Constitution suppose, avant tout, un pouvoir constituant) และเสนอว่า “อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถทำได้ทุกอย่าง ... ชาติซึ่งใช้อำนาจที่สำคัญที่สุดและยิ่งใหญ่ที่สุด ต้องมีอิสรภาพเต็มที่ ออกจากข้อจำกัดหรือรูปแบบใดๆ นอกจากที่ชาติเลือกและใช้อย่างอิสระ” ⁽³⁾ ซึ่งหมายความว่าผู้ทรงอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ คือชาติ (Nation) ซึ่งประกอบด้วยประชาชนทุกคนไม่ใช่คนใดคนหนึ่ง และ “ถ้าเราขาดรัฐธรรมนูญ และต้องสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมา ชาติเท่านั้นที่จะสร้างรัฐธรรมนูญได้” ⁽⁴⁾ และ “ชาติมีอยู่ก่อนทุกสิ่งทุกอย่าง ชาติเป็นจุดกำเนิดของทุกอย่าง เจตนารมณ์ของชาติต้องชอบด้วยกฎหมายอยู่เสมอ ชาติเป็นกฎหมายในตัวเอง ... กฎหมายทุกชนิดมาจากเจตนารมณ์ของชาติ เราจะเห็นกฎหมายเหล่านี้ในเบื้องต้นคือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (lois constitutionnelles) ซึ่งแยกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกกำหนดกฎเกณฑ์การจัดองค์กรและภารกิจขององค์กรนิติบัญญัติ ส่วนที่สองกำหนดการจัดองค์กรและภารกิจขององค์กรต่างๆ ที่เหลือ กฎหมายเหล่านี้เราเรียกว่าเป็น “พื้นฐาน” (fondamentales) ไม่ใช่เพราะมันจะสามารถเป็นอิสระจากเจตนารมณ์ของชาติ แต่เพราะองค์กรทั้งหลายซึ่งดำรงอยู่และดำเนินการทั้งหลายอยู่ได้ก็เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้และองค์กรทั้งหมดนั้นไม่อาจไปกระทบกระทั่งกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้ได้ ในแต่ละส่วนของรัฐธรรมนูญไม่ใช่ผลงานของอำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้น (pouvoir constitué) แต่เป็นผลงานของอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง (pouvoir constituant) ไม่มีอำนาจใดที่รับมอบมา (pouvoir délégué) จะสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแห่งการมอบอำนาจมาให้ตนได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งหลายจึงเป็นกฎหมายพื้นฐานที่เป็นรากฐาน กฎหมายนี้ก่อตั้งรัฐสภา และมีรากฐานมาจากเจตนารมณ์ของชาติที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายปฐมบท กฎหมายอื่นๆ ย่อมมาจากเจตนารมณ์ของผู้แทนราษฎรพิเศษ...” ⁽⁵⁾

ทฤษฎีของ Siéyès นี้ได้รับอิทธิพลมาจากการประกาศเอกราชและจัดทำรัฐธรรมนูญอเมริกันที่ว่า “เราประชาชน ... จึงบัญญัติและสร้างรัฐธรรมนูญ ...” เพียงต่างกันตรงที่ประชาชนยังมีความหมายที่ไม่แน่นอน Siéyès จึงแทนด้วย “ชาติ (nation)” ซึ่งเป็นที่รวมของประชาชนทั้งหมดไม่ใช่กลุ่มคนหรือคนใดคนหนึ่ง ทฤษฎีนี้จึงเป็นรากฐานความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ที่ผูกพันองค์กรทุกองค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นให้กระทำการไปขัดรัฐธรรมนูญผู้สถาปนาองค์กรเหล่านั้นไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา รัฐบาล หรือองค์กรใด และเป็นทฤษฎีประชาธิปไตย (democracy) ไปในตัว เพราะผู้ก่อกำหนดรัฐธรรมนูญเข้ากับชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาชนทุกคน และอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีข้อจำกัดใดๆ เลย (illimité) แต่อำนาจของรัฐสภา รัฐบาล ฯลฯ ที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ (limité) ในทำนองเดียวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญที่รับมอบมา

(pouvoir constituant dérivé) จากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (pouvoir constituant originaire) ซึ่งไม่มีข้อจำกัดใดๆ

เพื่อที่ชาติจะแสดงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญชาติต้องเลือกผู้แทนราษฎร (représentants) เข้ามาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจนี้เรียกว่า “อำนาจแต่งตั้งและมอบภารกิจ” (pouvoir commettant) มาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเรียกสภานี้ว่า “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” (Convention เหมือนในสหรัฐอเมริกา หรือในฝรั่งเศส) โดย Siéyès เขียนไว้ว่า “เนื่องจากชาติไม่อาจมารวมตัวกันได้ทั้งหมด ... องค์กรซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนพิเศษต้องทำแทนการรวมตัวทั้งหมดของชาติ” ดังนั้น “ประชาชนจึงต้องจำกัดตนด้วยการใช้อำนาจแต่งตั้งผู้แทนและมอบภารกิจ (pouvoir commettant) เท่านั้น” ⁽⁶⁾ และเมื่อคิดว่าสถาปนารัฐธรรมนูญ 1789 แปลงตนมาจากสภานี้ที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรง แต่ต้องมาร่างรัฐธรรมนูญ จึงแถลงว่า “ผู้แทนชาติฝรั่งเศสที่มารวมกันเป็นสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ (Assemblée Nationale Constituante) รับรองว่าตนมีอำนาจพิเศษในการสร้างรัฐธรรมนูญของรัฐขึ้นใหม่ (régénérer la Constitution d’État)” และขยายต่อไปในย่อหน้าที่สองว่า แม้รัฐธรรมนูญนี้จะใช้บังคับแก่ชาติและผูกพันทุกคน แต่จะมีผลถาวรเมื่อ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อการนี้แต่เพียงประการเดียว จะมาให้ความเห็นชอบ...” ⁽⁷⁾ ความตอนนี้นำแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่าง “อำนาจยกร่างรัฐธรรมนูญ” (pouvoir de rédaction) กับ “อำนาจให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ” (pouvoir d’ approbation) ซึ่งต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

แต่เนื่องจากความคิดของ Siéyès ถูกวิพากษ์ว่าให้ความสำคัญแต่กับ “ผู้แทน” ที่ประชาชนเลือก มากกว่าตัวประชาชนเอง นักคิดในภายหลังจึงเสนอว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามคติประชาธิปไตยต้องอยู่ที่ประชาชน โดยประชาชนอาจแสดงออกด้วยการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจยกร่างรัฐธรรมนูญแทนประชาชน และนำร่างนั้นมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติ (referendum) ว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ ความเห็นใหม่นี้ได้รับการนำมาปฏิบัติในฝรั่งเศสเมื่อปี 1945 โดยมีการให้ประชาชนออกเสียงประชามติยกเลิกรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 3 ปี 1875 และให้ความเห็นชอบในการสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ โดยการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติ จนเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 ปี 1946 ⁽⁸⁾

ทฤษฎีนี้ยังเป็นที่มาของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไปด้วยในตัว เพราะโดยตรรกะแล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ “ก่อตั้ง” (constitute) ระบอบการเมือง (régime politique) ว่าอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจทางการเมืองที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย (sovereignty) อยู่ที่ใครแล้วรัฐธรรมนูญยังจัดรูปแบบ (form) ในการปกครองว่าจะเป็นเอกราช หรือสหรัฐ รวมทั้งก่อตั้งประมุขของรัฐ ระบบรัฐบาล และองค์กรทางการเมืองทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ ฯลฯ รวมทั้งกำหนดภารกิจ หน้าที่ และอำนาจ ตลอดจนกระบวนการทำงานขององค์กรเหล่านี้ จึงต้องถือว่าองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งและรับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญที่ Siéyès เรียกว่า “อำนาจที่ถูกก่อตั้ง” (หรือรับมอบมา) (pouvoirs constitués) จึงดำรงอยู่ได้ และต้องใช้อำนาจโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญผู้ก่อตั้งตนด้วยเหตุนี้ Siéyès จึงเสนอให้จัดตั้ง “ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Jurie Constitutionnaire) ขึ้น เพื่อควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ เพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเพื่อควบคุมคำพิพากษา

ของศาลให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติ⁽⁹⁾ แต่ข้อเสนอนี้ไม่ผ่านการยอมรับจึงตกไป อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี Marbury v. Madison (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)) ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาว่ากฎหมายที่สภาองเกรสออกขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเกือบทุกประเทศถือตาม

ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผสมกับทฤษฎีประชาธิปไตย ที่ให้ประชาชนเป็นหลักในการใช้อำนาจ และความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมกฎหมายและการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ก็เป็นสามเสาหลักที่ผูกพันกันจนแยกไม่ออกของทฤษฎีรัฐธรรมนูญ แม้ว่าในภายหลังจะมีข้อถกเถียงทางทฤษฎีมากมาย เช่น นักวิชาการบางคนก็ไม่นิยมนิยามว่ามีอำนาจนี้⁽¹⁰⁾ บ้างก็ว่าอำนาจนี้เป็นเรื่องข้อเท็จจริง เป็นรัฐศาสตร์ ไม่ใช่กฎหมายซึ่งเป็นเรื่องนิติศาสตร์⁽¹¹⁾ หรือถกเถียงกันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีข้อจำกัดจริงหรือ ฯลฯ แต่ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญทุกเล่มในยุโรปยังคงนำเสนอทฤษฎีนี้อย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

2. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกฎหมายเปรียบเทียบ⁽¹²⁾

พลาอนุภาพ (authority) ของทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ ศาลของหลายประเทศก็ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้ “อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม” (pouvoir constituant dérivé) หรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง

2.1 รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ถือทฤษฎีดังกล่าว

2.1.1 การกำหนดองค์กร กระบวนการ และเงื่อนไขพิเศษ

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งไว้แล้ว และรวมถึงอำนาจในการแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ อำนาจนี้ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่เป็นอำนาจที่รับมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (pouvoir constituant originaire) จึงอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติธรรมดา และสามารถเข้าไปเปลี่ยนแปลงองค์กรนิติบัญญัติ หรืออำนาจนิติบัญญัติได้ด้วยซ้ำไป จึงเรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมา” (pouvoir constituant dérivé หรือ institué)⁽¹³⁾ ด้วยเหตุนี้ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาจึงดำรงอยู่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งถูกสถาปนาขึ้นแล้ว เพื่อให้มาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ดังนั้น อำนาจนี้จึงอยู่ในรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้อยู่ซึ่งต่างจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่ดำรงอยู่นอกรัฐธรรมนูญทุกฉบับ”⁽¹⁴⁾ ซึ่งหมายความว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมไม่ถูกผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญฉบับใด ๆ ในขณะที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ อำนาจแรกจึงเป็นอำนาจปราศจากเงื่อนไขและสูงสุดล้วน ส่วนอำนาจหลังเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจึงต้องถูกจำกัด”⁽¹⁵⁾

ตรรกะของทฤษฎีนี้เองทำให้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศส่วนใหญ่ในโลกจึงบัญญัติการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างอย่างชัดเจนจากการใช้

อำนาจนิติบัญญัติที่เป็นอำนาจตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ซึ่งทำให้ทฤษฎีทางวิชาการแปรสภาพเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่จริงทันที

ถ้าเราสำรวจการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาซึ่งสะท้อนอยู่ในหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศ เราจะพบว่ามีน้อยมากที่จะให้องค์กรนิติบัญญัติธรรมดา ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมดาเหมือนแก้กฎหมายทั่วไปดังเช่นที่เป็นอยู่ในรัฐธรรมนูญอิสราเอล หรือรัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ซึ่งนักวิชาการมักเรียกรัฐธรรมนูญประเภทนี้ว่า รัฐธรรมนูญอ่อนตัวหรือยืดหยุ่น (flexible constitution) และรัฐธรรมนูญเหล่านี้จะไม่มีความเป็นกฎหมายสูงสุด ประเทศเกือบทั้งหมดที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะกำหนดองค์กร กระบวนการ หรือเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมให้แตกต่างจากการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสิ้น บ้างก็กำหนดองค์กร กระบวนการ และเนื้อหาสาระให้แก้ไขได้ยากมาก บ้างก็กำหนดข้อจำกัดลดลงจนถึงน้อยที่สุด แต่รัฐธรรมนูญเหล่านี้ต่างวางข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งก็ทำให้เห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมา มีข้อจำกัดทางกฎหมาย ที่รัฐธรรมนูญจะถูกแก้กว้างไฉนนั่นเอง

ตัวอย่างรัฐธรรมนูญทั้งหลายปรากฏในหนังสือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศของ ชมพูนุท ตั้งถาวร ที่ข้าพเจ้าเป็นที่ปรึกษา โดยผู้เขียนแยกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ใช้วิธีการใกล้เคียงกับกระบวนการนิติบัญญัติ เช่น องค์กรแก้ไขคือรัฐสภา กระบวนการก็ใกล้เคียงกัน แต่อาจแตกต่างในเรื่องจำนวนคะแนนเสียง เช่น ต้องให้สมาชิกลงมติให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดรวมทั้งมีข้อจำกัดเรื่องอื่น ๆ ด้วย ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธรัฐเยอรมนี ปี 1949⁽¹⁶⁾ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ปี 1948⁽¹⁷⁾ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ปี 1920⁽¹⁸⁾ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ปี 1978⁽¹⁹⁾

อีกกลุ่มหนึ่ง ผู้เขียนได้จัดกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนหรือองค์กรอื่นนอกจากรัฐสภา เช่น บังคับให้ต้องยุบสภาที่ริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญ และให้สภาหลังเลือกตั้งทั่วไปให้ความเห็นชอบ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเบลเยียม ปี 1831,⁽²⁰⁾ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ปี 1815,⁽²¹⁾ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเดนมาร์ก ปี 1849 แก้ไขเพิ่มเติม ปี 1953⁽²²⁾ หรือให้รัฐสภาด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษ เช่น สองในสามหรือมตรัฐสองในสามเสนอแก้ และให้มตรัฐให้สัตยาบันสามในสี่โดยรัฐสภามตรัฐหรือโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ปี 1787)⁽²³⁾ หรือให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ (รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1958⁽²⁴⁾ รัฐธรรมนูญแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย ปี 1901⁽²⁵⁾ ซึ่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของออสเตรเลียจะผ่านประชามติ 2 ชั้น (double majority) คือต้องได้เสียงข้างมากเกินครึ่งทางประชาชนที่มาลงประชามติและต้องได้รับเสียงข้างมากดังกล่าวใน 4 จาก 6 รัฐ ซึ่งทำให้แก้ยากมาก)

ที่กล่าวมานั้น คือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีอยู่ 2 กรณี คือ

1. การห้ามแก้รัฐธรรมนูญบางเรื่องที่สำคัญ

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (révision totale)

2.1.2 การห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญบางเรื่องที่สำคัญ

รัฐธรรมนูญหลายประเทศกำหนดห้ามแก้ไขบทบัญญัติบางบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมตั้งข้อห้ามในการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาหรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ข้อจำกัดในการห้ามแก้ไขเด็ดขาดนี้อาจระบุชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญเอง หรืออาจเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

ก. บทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ

มีรัฐธรรมนูญหลายประเทศที่ห้ามแก้ไขเรื่องสำคัญบางเรื่อง

- รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 3 ปี 1884 และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสาธารณรัฐที่ 5 ปี 1958 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันห้ามแก้ไขรูปแบบ “สาธารณรัฐ” (forme républicain du gouvernement)
- กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน “ห้ามเปลี่ยนแปลงการจัดสหพันธรัฐและมลรัฐ ห้ามแก้ไขหลักการที่ให้มลรัฐมีส่วนร่วมในการตรากฎหมาย และห้ามแก้ไขหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20” (มาตรา 79 (3))
- รัฐธรรมนูญกรีซ ห้ามแก้ไขรูปแบบระบอบการเมืองแห่งสาธารณรัฐแบบรัฐสภา (République parlementaire) และห้ามแก้ไขมาตราต่าง ๆ ตามระบุ
- รัฐธรรมนูญอิตาลี รัฐธรรมนูญโรมาเนีย รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ซึ่งห้ามแก้ไขหลายเรื่องมาก
- รัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ปี 2540 บัญญัติตรงกันว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐจะกระทำมิได้” (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2560) มาตรา 255)

บทบัญญัตินี้ยืนยันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมอาจวางข้อจำกัดในรัฐธรรมนูญที่ตนสถาปนาขึ้นให้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมาต้องเคารพได้

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายปฏิธานนิยมจำนวนหนึ่งก็แย้งว่าข้อจำกัดนี้มีผลสัมพัทธ์ (relative) มาก เพราะผู้มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเพียงใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยยกเลิกบทบัญญัติห้ามเสียขั้นหนึ่งก่อนแล้วค่อยมาแก้เรื่องนั้นในโอกาสต่อไป⁽²⁶⁾ ข้อห้ามนี้ก็จะเป๋นหมัน

แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ถูกตีตกไปโดยนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งและศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมใด “ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

ข. การตีตกการแก้ไขบทบัญญัติห้ามแก้ไข

นักวิชาการที่ตีตกการแก้ไขบทบัญญัติห้ามแก้ไข ได้แก่ Carl Schmitt ซึ่งยืนยันว่า “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) เป็น “การตัดสินใจทางการเมืองรากฐาน” (décision politique fondamentale) ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งตัดสินว่ารัฐและสังคมนั้นจะมีลักษณะทั่วไปแห่ง “เอกภาพทางการเมืองของรูปแบบเฉพาะในการดำรงอยู่ (ของรัฐและสังคม) ทั้งหมด” (la globalité de l'unité politique du point de vue de sa forme particulière d'existence) ⁽²⁷⁾ เพื่อการนี้จึงต้องแยก “รัฐธรรมนูญ” ในส่วนที่เป็น “แก่น” หรือ “แกน” เรียกส่วนนี้ว่า “รัฐธรรมนูญ (la Constitution)” สั้น ๆ ซึ่ง “หมายถึง การตัดสินใจทั้งหมดที่เป็นรากฐานที่วางรากฐานของอัตลักษณ์รัฐธรรมนูญนั้น” ซึ่งหมายถึงการวางระบอบการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของสังคมนั้น ⁽²⁸⁾ และ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ซึ่งหมายถึงการแก้ไขบทบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า lois constitutionnelles)” (ข้อความในวงเล็บเป็นของข้าพเจ้า) ซึ่งตั้งอยู่บนฐานรากที่ “แก่น” หรือ “แกน” แห่งรัฐธรรมนูญได้วางไว้ และซึ่งมีผลอยู่ได้เพราะตั้งอยู่บนรัฐธรรมนูญที่เป็นแก่น ดังนั้นบทบัญญัติเหล่านี้จึงมีผลไม่เด็ดขาด (relativité) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้เฉพาะการแก้ไขบทบัญญัติปลีกย่อยเหล่านี้ (lois constitutionnelles) และการแก้ไขนั้นจะ “ต้องอยู่ในเงื่อนไขว่าอัตลักษณ์และความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญ (ส่วนที่เป็นแก่นเพราะเป็นการตัดสินใจทางการเมืองรากฐานที่เลือกระบอบการเมือง เศรษฐกิจและสังคม – ข้าพเจ้าเติมส่วนนี้เพื่อความเข้าใจเอง) ทั้งหมดจะต้องรักษาไว้” ⁽²⁹⁾

จากทฤษฎีทางวิชาการนี้แสดงให้เห็นว่าในบทบัญญัติทั้งหลายทุกมาตรานั้น มีศักดิ์หรือฐานะไม่เหมือนกัน บทบัญญัติที่เป็นแก่นหรือแกนอันเป็นการวางระบอบการเมือง ระบบเศรษฐกิจ สังคมนั้นเป็นการตัดสินใจทางการเมือง ในการเลือกของผู้ทรงอำนาจสถาปนาแต่ดั้งเดิม เป็น “รัฐธรรมนูญ (Constitution)” ที่เป็นแก่นแก้ไขไม่ได้ เหมือนที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติห้ามแก้ไขขัดแย้ง กับบทบัญญัติที่เป็นรายละเอียด (lois constitutionnelles) เป็นเสมือนเปลือกหรือกระพี้ ย่อมแก้ไขให้ทันสมัยได้โดยผู้ทรงอำนาจสถาปนาที่รับมอบมา

ความเห็นทางทฤษฎีวิชาการนี้คงอยู่ในตำราถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่นำมาใช้ แต่ปรากฏว่ามีศาลรัฐธรรมนูญหลายประเทศได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ตัดสินว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังจะเห็นต่อไปในข้อ 2.2 ว่าศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศและศาลรัฐธรรมนูญไทยใช้หลักดังกล่าวในการควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1.3 การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (révision totale)

รัฐธรรมนูญหลายประเทศกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (révision partielle) และแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (révision totale) อาทิ

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1848 มาตรา 11 และรัฐธรรมนูญลงวันที่ 25 ก.พ. 1875 มาตรา 8 ให้แก้ไขเพิ่มเติมได้ “ทั้งหมดหรือบางส่วน”

รัฐธรรมนูญสหพันธ์เฮลเวติก (สวิสเซอร์แลนด์) ปี 1874 (มาตรา 118) และ 1999 (มาตรา 192) ก็ให้แก้ไขทั้งบางส่วนและทั้งหมด

รัฐธรรมนูญออสเตรีย ปี 1920 (มาตรา 44 วรรค 3), รัฐธรรมนูญสเปน ปี 1978 (มาตรา 168), รัฐธรรมนูญอาร์เจนตินา ปี 1860 (มาตรา 30), รัฐธรรมนูญโคลัมเบีย ปี 1863 (มาตรา 92), รัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ปี 1874 (มาตรา 122), รัฐธรรมนูญโบลิเวีย ปี 1877 (มาตรา 132), รัฐธรรมนูญโมนาโก ปี 1962 (มาตรา 94) แต่มีบางประเทศที่รัฐธรรมนูญห้ามการแก้ไขทั้งฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ปี 1831 (มาตรา 131) ซึ่งต่อมาในปี 1994 ก็ห้ามแก้ไขทั้งฉบับ (มาตรา 192) เช่นกัน, รัฐธรรมนูญไติปี ปี 1879 (มาตรา 201), รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ปี 1884 (มาตรา 128), รัฐธรรมนูญลักเซมเบิร์ก ปี 1868 (มาตรา 114) ก่อนการแก้ไข ปี 2003, รัฐธรรมนูญกรีซ ปี 1864 (มาตรา 107) รัฐธรรมนูญบางประเทศไม่ได้ห้ามแก้ไขทั้งฉบับไว้โดยตรง แต่ระบุให้แก้ไขเพิ่มเติม “บางส่วน” ของบทบัญญัติ ซึ่งมีการตีความว่าเท่ากับห้ามแก้ไขทั้งฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ปี 1814 (มาตรา 112) นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังบัญญัติต่อไปว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นต้องไม่ขัดหลักการที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางบทบัญญัติที่ไม่เปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ...” (Such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution)

ปัญหาจึงมีว่า เพียงใดเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอาจตีความได้ 3 ทางคือ⁽³⁰⁾

1. “ทั้งฉบับ” หมายความว่า แก้ไขบทบัญญัติทั้งหมด (révision intégrale) ของรัฐธรรมนูญ
2. “ทั้งฉบับ” หมายความว่า แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติจำนวนมาก ซึ่งดูปริมาณการแก้ไข
3. “ทั้งฉบับ” หมายความว่า การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญที่เป็นเสาเอกของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจมีเพียงไม่กี่มาตราหรือแม้แต่มาตราเดียว ในกรณีนี้ จำนวนมาตราไม่สำคัญ แต่สำคัญที่เนื้อหา เช่น เปลี่ยนรูปของรัฐหรือระบอบการปกครอง เป็นต้น

สำหรับ Carl Schmitt การแก้ไขทั้งฉบับจะต้องไม่กระทบ “แก่น” ของรัฐธรรมนูญ ถ้าการแก้เช่นนั้นกระทบแก่น ก็เท่ากับการยกเลิกรัฐธรรมนูญ และแทนที่ด้วยรัฐธรรมนูญใหม่⁽³¹⁾ เพราะเป็นการทำให้ความต่อเนื่องของรัฐธรรมนูญเดิมสิ้นสุดลงและเท่ากับการปฏิวัติทางกฎหมาย (révolution juridique)⁽³²⁾ หากจะทำได้ก็ต้องให้ผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิม (pouvoir Constituant originaire) ซึ่งสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งก็คือประชาชนเป็นผู้กลับมาใช้อำนาจนั้นเอง⁽³³⁾ ไม่ใช่รัฐสภา โดยประชาชนต้อง “เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นการเฉพาะ หรืออย่างน้อยต้องยุบสภาเดิมที่จะแก้รัฐธรรมนูญ”⁽³⁴⁾ หรือต้องให้ประชาชนลงประชามติว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้แก้ไขทั้งฉบับ หรือไม่ได้บัญญัติให้ประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมเห็นชอบ ก็เท่ากับต้องตีความว่ารัฐธรรมนูญให้แก้ไขได้เพียงบางส่วน (révision partielle)⁽³⁵⁾ เพราะ “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปในสิ่งที่โดยสภาพเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งยังคงมีอยู่พร้อมอำนาจดั้งเดิม

ในฐานะที่เป็นอำนาจก่อตั้ง ซึ่งไม่มีเงื่อนไขข้อจำกัด... จึงไม่อาจยอมรับได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมจะเพิ่มอำนาจตนเองให้เต็มที่เท่ากับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม หากยอมรับก็เท่ากับยอมรับในสิ่งที่ขัดกันเอง”⁽³⁶⁾ ความเห็นนี้น่าฟังในทฤษฎีประชาธิปไตยก็เพราะการยอมรับให้รัฐสภาซึ่งมีเสียงข้างมากทางการเมืองในเวลาใดเวลาหนึ่ง (และอาจไม่ใช่เสียงข้างมากอีกต่อไปในอนาคต) สามารถแก้รัฐธรรมนูญได้ทั้งฉบับ ซึ่งอาจมีความหมายเท่ากับการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ตั้งรัฐสภานั้นขึ้นมา ย่อมหมายความว่าเสียงข้างมากนั้นอาจยกเลิกหลักการอื่น ๆ ของประชาธิปไตยได้ เช่น ยกเลิกหลักนิติรัฐ ยกเลิกสิทธิ เสรีภาพสำคัญ ๆ ฯลฯ ซึ่งอาจมีความหมายเหมือนการทำลายประชาธิปไตยไปในตัว ดังเช่นที่ปรากฏมาแล้วในการใช้เสียงข้างมากของสภาสถาปนาระบอบนาซีในเยอรมัน ด้วยเหตุดังนี้ทางแก้ก็ต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้เกิดสภาพดังกล่าว⁽³⁷⁾

หลักคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับนี้ จึงย่อนำไปใช้กับการยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิม และสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ด้วย เพราะแม้การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับโดยไม่เลิกรัฐธรรมนูญเดิมยังต้องกลับไปขออาณัติความเห็นชอบจากประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิม ยิ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญเดิมที่ถูกยกเลิก ยังต้องขอความเห็นชอบจากผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิมอย่างชัดแจ้ง

2.1.4 การยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมและสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่

การยกเลิกรัฐธรรมนูญ (abrogation de la constitution) ไม่ค่อยปรากฏในตำรารัฐธรรมนูญ เพราะนักวิชาการส่วนใหญ่นึกถึงการปฏิวัติ (révolution) หรือการรัฐประหาร (coups d'état) ซึ่งเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญทำให้เกิด “สุญญากาศทางกฎหมาย” (vide juridique) สร้างความไม่ต่อเนื่อง จึงไม่มีใครนิยมยกเลิกรัฐธรรมนูญ เว้นแต่รัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลไปโดยปริยาย เช่น ประเทศนั้นแพ้สงคราม มีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวหลังวิกฤตทางการเมืองใหญ่ที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญเดิม การยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมจึงเป็นไปโดยปริยาย (abrogation tacite)⁽³⁸⁾

อย่างไรก็ตาม การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีประชาธิปไตยก็มีตัวอย่างให้เห็น เช่น ฝรั่งเศส ในปี 1945 ซึ่งโดยทางการอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 3 ปี 1875 ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับ แต่เนื่องจากฝรั่งเศสแพ้เยอรมันในปี 1940 และรัฐสภาลงมติมอบอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้จอมพลเปแตง (Pétain) แต่เปแตงไม่เคยใช้อำนาจร่างรัฐธรรมนูญและไปให้ประชาชนฝรั่งเศสลงประชามติ แต่เปแตงกลับใช้อำนาจตั้งรัฐบาลภายใต้ความครอบงำของเยอรมัน ที่คนฝรั่งเศสเรียก “ระบอบวิชี่” (le régime de Vichy) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเผด็จการเบ็ดเสร็จ จนสัมพันธมิตรยกพลขึ้นบกและขับเยอรมันจากฝรั่งเศส ในขณะนั้นนายพลเดอโกลตั้งรัฐบาลชั่วคราวขึ้น และประสบปัญหารัฐธรรมนูญทันที บ้างก็บอกว่ารัฐธรรมนูญ 1875 ทั้ง 3 ฉบับ ยังใช้อยู่ บ้างก็ให้ใช้ระบอบวิชี่ต่อไป แต่นายพลเดอโกลเลือกที่จะให้ประชาชนตัดสินใจผ่านการออกเสียงประชามติ ในวันที่ 21 ตุลาคม 1945 ประชาชนเข้าคูหาเลือกตั้งเพื่อลงคะแนนเสียง 2 เรื่อง คือ 1. ออกเสียงประชามติ 2. เลือกสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ

คำถามในประชามติมี 2 ข้อ คือ

1. “ท่านต้องการให้สภาที่เลือกวันนี้เป็นสภาสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่ ?”
(ถ้าตอบว่าใช่ แปลว่าไม่เอารัฐธรรมนูญปี 1975 และให้ทำรัฐธรรมนูญใหม่ – ในวงเล็บเป็นคำของข้าพเจ้า)

2. “จนกว่าจะถึงวันให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญใหม่ องค์กรต่าง ๆ (ในการบริหารประเทศ-ข้าพเจ้าเดิม) จะจัดตั้งตามที่ระบุไว้ในเอกสารที่ให้มาพร้อมนี้ใช่หรือไม่ ?” (ถ้าตอบว่าใช่ก็หมายความว่า สภาสถาปนารัฐธรรมนูญเพียงทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อเสนอให้ประชาชนลงประชามติตามที่เอกสารระบุ ไม่ได้มีอำนาจเต็มในการสถาปนา)

คำตอบข้อแรกประชาชนเห็นด้วย 96 % คำตอบข้อ 2 เห็นด้วย 66 %

เป็นอันว่าวันนั้นประชาชนลงประชามติยกเลิกรัฐธรรมนูญ ปี 1875⁽³⁹⁾ และเห็นชอบให้ตั้งสภาสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนลงประชามติ และเลือกสมาชิกสภาดังกล่าวไปพร้อมกัน พร้อมกับเห็นชอบให้จัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวด้วย

สภาสถาปนารัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จภายใน 7 เดือน เมื่อนำร่างรัฐธรรมนูญไปทำประชามติ ประชาชนฝรั่งเศสข้างมากไม่เห็นชอบ สภาจึงยุบ มีการเลือกตั้งสภาสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ คราวนี้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้รับความเห็นชอบในการลงประชามติให้ใช้เป็นรัฐธรรมนูญ 1946 ของสาธารณรัฐที่ 4

เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมีส่วนใช้อำนาจสถาปนาเต็มที่ 2 ระดับ คือ ระดับแรกเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ระดับสอง คือ ให้ความเห็นชอบให้ใช้รัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญยกร่างมาโดยประชามติ

การจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ปี 1958 หลังเกิดวิกฤตรัฐธรรมนูญ อันเกิดจากกรณีอัลจีเรีย รัฐบาลขอให้นายพลเดอโกลกลับมาเป็นรัฐบาลและแก้ปัญหา แต่เดอโกลยื่นเงื่อนไขว่าต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและมอบอำนาจเต็มในการออกกฎหมายให้ตน ซึ่งรัฐสภายอมรับด้วยการมอบอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญให้รัฐบาลนายพลเดอโกลโดยการตรากฎหมายรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 แก่มาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญมอบอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญให้รัฐบาล แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญที่มอบอำนาจ ลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 กำหนดเงื่อนไขข้อจำกัด 2 เรื่อง คือ สารสำคัญของรัฐธรรมนูญใหม่ต้องมี 5 เรื่อง คือ หลักการเลือกตั้งทั่วไปเท่านั้นที่เป็นที่มาของอำนาจการเมือง หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภา หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ และความสัมพันธ์กับอดีตอาณานิคม และรัฐบาลต้องปรึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีสมาชิกสภาอยู่ 2 ใน 3 และต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนลงมติ เดอโกลจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ และส่งร่างไปให้ประชาชนลงมติ ประชาชนเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงท่วมท้น จึงประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ สาธารณรัฐที่ 5 เมื่อ 4 ตุลาคม 1958 และใช้มาจนปัจจุบัน

2.2 ศาลกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดทั้งเรื่ององค์กร กระบวนการและเนื้อหา จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดและอำนาจสถาปนาดั้งเดิม ประเทศทั้งหลายจึงยอมรับให้ศาลควบคุมการกระทำดังกล่าวซึ่งอาจเป็นการควบคุมรูปแบบและกระบวนการ (2.2.1) หรือควบคุมเลยไปถึงเนื้อหา (2.2.2)

2.2.1 ศาลควบคุมรูปแบบและกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ศาลหลายประเทศควบคุมรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ควบคุมเนื้อหา

ก. ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา

แม้ว่ารัฐธรรมนูญอเมริกันปี 1787 ไม่ได้พูดถึงอำนาจศาลฎีกาในการควบคุมดังกล่าวไว้ แต่คดีต่อไปนี้มีการยกข้ออ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด ศาลฎีการับไว้พิจารณา แต่วินิจฉัยว่ากระบวนการดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ คดี *Hollingsworth v. Virginia* (3.U.S (3 Dallas) 378 (1789)), คดี *National Prohibition Cases (State of Rhode Island v. Palmer and Seven Other Case)* (233 U.S.350 (1920)), คดี *Dillon v. Gloss* (256 U.S.368 (1921)), คดี *United States v. Sprague* (282 U.S.176 (1931)), คดี *Coleman v. Miller* (307 U.S.433 (1939)) ในคดีหลังนี้ศาลปฏิเสธไม่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเหตุผลว่าเป็นปัญหาทางการเมืองและไม่อาจฟ้องคดีได้ “(questions deemed to be political and not justiciable)”⁽⁴⁰⁾

ข. ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย

รัฐธรรมนูญออสเตรียไม่มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมและไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ แต่มีบทบัญญัติเรื่อง “การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ” (*révision totale de la constitution*) ซึ่งกำหนดให้ต้องขอประชามติ

ในปี 1952 มีปัญหาว่า รัฐสภาได้ตรากฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของมลรัฐ ว่าถือเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งต้องมีการลงประชามติ แต่ไม่มีการดำเนินการดังกล่าว จึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งในคำวินิจฉัยที่ 2455 ลงวันที่ 12 ธันวาคม 1952 ศาลวินิจฉัยว่า ศาล มีอำนาจพิจารณากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาเนื้อหา และศาลวินิจฉัยต่อไปว่าถ้าเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ต้องขอประชามติ ศาลจึงต้องพิจารณาว่าอะไรคือการแก้ไขทั้งฉบับ ซึ่งโดยถ้อยคำน่าจะหมายถึงการเขียนรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ หรือแก้รัฐธรรมนูญทุกมาตรา แต่ศาลวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อหลักการสำคัญ (*leading principles*) ของรัฐธรรมนูญ ก็เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเช่นกัน พร้อมกันนั้นศาลก็ระบุหลักการสำคัญว่าหมายถึง หลักการประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักการเป็นสมาพันธรัฐ พร้อมกับขยายความหลักประชาธิปไตยว่ารวมถึงหลักการย่อย เช่น การปกป้องสถาบันทางการเมืองบางสถาบันซึ่งแสดงออกซึ่งความเป็นประชาธิปไตย ได้แก่ รัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนรวมถึงอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสภาซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้ง

โดยตรงของประชาชนทุกมลรัฐ การเปลี่ยนแปลงสถานะ หรืออำนาจของรัฐสภา จึงถือเป็นการ “แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ” ด้วย ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อถ่ายโอนอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐสภาบางประการให้แก่องค์กรทางการเมืองของสหภาพยุโรป เมื่อประเทศออสเตรียเข้าเป็นภาคีสมาชิก ก็ถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แต่ในคดีนี้ศาลเห็นว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่กระทบต่อหลักการสำคัญ จึงไม่ต้องขอประชามติ ซึ่งต่อมาก็มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 23 มิถุนายน 1988 วินิจฉัยว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องใบอนุญาตขับแท็กซี่เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญลักษณะสำคัญจึงต้องขอประชามติ เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยไม่ขอประชามติ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในคำวินิจฉัยลงวันที่ 29 กันยายน 1988 ศาลยืนยันเรื่องหลักการสำคัญ และในคำวินิจฉัยลงวันที่ 10 มีนาคม 2001 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขรัฐธรรมนูญให้อำนาจมลรัฐในเรื่องจัดซื้อจัดจ้างทั้งหมดว่าให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการยกเว้นการใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ให้มลรัฐ ทำให้รัฐธรรมนูญสหพันธ์สิ้นผลความเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องจัดซื้อจัดจ้าง การทำให้ความเป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สิ้นผลลงในเรื่องนี้ขัดกับหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญ จึงต้องผ่านประชามติ เมื่อกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับนี้ผ่านเพียงรัฐสภา ไม่ผ่านประชามติ จึงไม่มีผลใช้บังคับ⁽⁴¹⁾

เป็นอันว่าศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (loi constitutionnelle / constitutional law) เฉพาะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมไม่รวมเนื้อหา

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้⁽⁴¹⁾ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญไทยในคำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556

2.2.2 ศาลควบคุมเนื้อหาของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ในหลายประเทศที่มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเด็ดขาด (ที่เยอรมันเรียก eternity clause) ศาลรัฐธรรมนูญก็มักมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมว่าขัดต่อข้อห้ามดังกล่าวหรือไม่ เช่น

ก. ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ในสหพันธ์รัฐเยอรมันมีบทห้ามแก้ไขเด็ดขาดในกฎหมายพื้นฐาน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 79 (3) ซึ่งเรียกในภาษาวิชาการว่า eternity clause แต่กฎหมายพื้นฐานไม่ได้บัญญัติเรื่องอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ศาลก็ตัดสินว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบ ทั้งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม และเนื้อหาว่าขัดต่อบทบัญญัติห้ามแก้ไขหรือไม่ ดังปรากฏในคดี Klass Case (คำวินิจฉัยลงวันที่ 15 ธันวาคม 1970)⁽⁴²⁾ คดี Land Reform I Case (คำวินิจฉัยลงวันที่ 23 เมษายน 1991)⁽⁴³⁾ คือ คดี Land Reform II case (คำวินิจฉัยลงวันที่ 18 เมษายน 1996)⁽⁴⁴⁾ คดี Asylum Cases (คำวินิจฉัยลงวันที่ 14 พฤษภาคม 1996)⁽⁴⁵⁾ คดี Acoustic Surveillance of Homes (คำวินิจฉัยลงวันที่ 3 มีนาคม 2004)⁽⁴⁶⁾ แม้ว่าคดีเหล่านี้ ศาลยกคำร้องส่วนใหญ่ แต่แสดงให้เห็นว่า

ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งๆที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจไว้โดยตรง ส่วนการควบคุมกระบวนการตรานั้น ศาลยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้

ข. ศาลรัฐธรรมนูญอื่นๆ

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี⁽⁴⁷⁾ ในคำวินิจฉัยที่ 1146 ปี 1988 วินิจฉัยว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีอำนาจนั้น และนอกจากการควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมไม่ให้ละเมิดบทบัญญัติห้ามแก้แล้ว ศาลยังสามารถควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมไม่ให้ขัดหลักการสำคัญอันมีค่าสูงสุดบนหลักการทั้งหลายที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามไว้โดยชัดแจ้งด้วย ดังความตอนหนึ่งในคำวินิจฉัยว่า

"รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีมีหลักการพื้นฐานบางประการ ซึ่งไม่สามารถถูกล้มล้างหรือถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ในสาระสำคัญ ไม่ว่าจะด้วยรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็ตาม ซึ่งไม่ใช่เพียงแต่หลักการซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าเป็นข้อห้ามเด็ดขาดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเรื่องรูปของการปกครองแบบสาธารณรัฐ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 139) เท่านั้น แต่รวมถึงหลักการซึ่งไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแต่เป็นหลักการสำคัญอันมีค่าสูงสุดบนหลักการทั้งหลายที่เป็นฐานแห่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ซึ่งไม่อาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้"

... ดังนั้น เป็นที่ปฏิเสธไม่ได้เลยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญอื่นๆ หากไม่เช่นนั้นแล้ว จะเป็นการนำไปสู่การพิจารณาอย่างไรซึ่งเหตุผลอันส่งผลให้ระบบประกันอำนาจของศาลในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกลายเป็นระบบที่บกพร่อง ..." ⁽⁴⁸⁾

ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาถกเถียงกันว่า ศาลจะมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในระยะหลังรัฐธรรมนูญหลายประเทศบัญญัติให้อำนาจศาลโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ปี 1991 รัฐธรรมนูญตุรกี ปี 1982 แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ตัดสินใจว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวมาก่อนปี 1982 ซึ่งรัฐธรรมนูญตุรกี ปี 1961 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาล ศาลก็ยืนยันว่าตนมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 16 มิถุนายน 1970 เลขที่ 1970/31, คำวินิจฉัยลงวันที่ 3 เมษายน 1971 เลขที่ 1471/37 ⁽⁴⁹⁾ รัฐธรรมนูญฮังการี ปี 2013 ก็บัญญัติชัดแจ้งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2560) มาตรา 256 (9)

ค. ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้กับการควบคุมร่างรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้

หลังการเลิกระบอบเหยียดผิว กระบวนการสถาปนารัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ก็เริ่มขึ้น โดยในขั้นแรกมีการตรารัฐธรรมนูญชั่วคราว ปี 1944 รัฐธรรมนูญชั่วคราวนี้กำหนดให้สถาปนารัฐธรรมนูญถาวรใหม่โดยสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญชั่วคราวยังกำหนดให้การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ต้องเคารพหลักการ 34 หลัก ที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวกำหนดไว้และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จต้องส่งไปให้

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าชอบด้วยหลักการ 34 หลัก ก่อนประกาศใช้ ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ให้ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเมื่อเดือนพฤษภาคม ปี 1996 ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ต้องตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญเคารพหลัก 34 ประการนั้นครบถ้วนหรือไม่ ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 กันยายน 1996 (1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26) ศาลเขียนคำวินิจฉัย 300 กว่าหน้า ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญโดยละเอียดทุกมาตรา แล้ววินิจฉัยว่าร่างนี้ไม่เคารพหลักการหลายหลักจึงประกาศใช้ไม่ได้ ความตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยมีว่า

"ประการแรก ต้องย้ำว่าศาลมีอำนาจตุลาการไม่ใช่ทางการเมือง ภารกิจของศาลถูกระบุไว้ชัดเจนในมาตรา 71 (2) ของรัฐธรรมนูญชั่วคราว ว่ามีหน้าที่รับรองว่าบทบัญญัติทุกมาตราของร่างรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญชั่วคราววางไว้ซึ่งเป็นภารกิจทางกฎหมาย ... จริงอยู่รัฐธรรมนูญกำหนดการจำกัดอำนาจทางการเมือง ... แต่ศาลไม่มีทั้งอำนาจและอำนาจรวมทั้งไม่มีสิทธิให้ความเห็นใดๆต่อการเลือกเขียนรัฐธรรมนูญของสภาสถาบันรัฐธรรมนูญ เว้นแต่อำนาจที่จะตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญชอบด้วยหลักการที่วางไว้หรือไม่ นอกจากเรื่องนี้ ศาลไม่มีอำนาจที่จะชี้ว่า บทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญเหมาะสมเพียงใด หรือไม่" (ย่อหน้า 27 ของคำวินิจฉัย)⁽⁵⁰⁾

ง. ศาลฎีกาอิสราเอลกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน

ก่อนคำพิพากษาของศาลฎีกาอิสราเอล ปี 1995 ตำรากฎหมายทั้งปวงจัดอิสราเอลเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ไม่มีสถานะสูงสุด แต่เป็นเพียงกฎหมายธรรมดา และจัดรัฐธรรมนูญอิสราเอลซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญธรรมดา 11 ฉบับ เป็นรัฐธรรมนูญแบบอ่อนตัว (flexible constitution) ศาลฎีกาอิสราเอลก็ตัดสินเช่นนี้มาตลอด จนถึงปี 1995 ที่เป็นอย่างนี้ก็เพราะเมื่อประกาศเอกราชแล้วก็มีการเลือกตั้งสภาสถาบันรัฐธรรมนูญ (The Constituent Assembly) ในเดือนมกราคม 1949 เพื่อมาร่างรัฐธรรมนูญ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้ร่างรัฐธรรมนูญ กลับออก "กฎหมายเฉพาะกาลหรือเปลี่ยนผ่าน" (Transition Law) แปลสภาพตนเองเป็นรัฐสภาแรก (First Knesset) เพื่อออกกฎหมายธรรมดา ในสภานี้มีการเสนอว่า ยังไม่ถึงเวลาที่จะมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับเดียวเหมือนประเทศอื่น รัฐสภาแรกจึงไม่ได้ร่างรัฐธรรมนูญ แต่มอบอำนาจให้รัฐสภาชุดที่ 2 และชุดต่อไปที่จะตรากฎหมายธรรมดาเป็นเรื่อยๆไป (chapters) จนกว่าจะสกงอมเต็มที จึงจะตรารัฐธรรมนูญ (Constitution) ฉบับเดียว ซึ่งต่อมารัฐสภาชุดที่ 2 และชุดต่อมา ก็ตราบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการปกครองเรื่องต่างๆ เช่น เรื่องรัฐสภาในปี 1958 เรื่องประธานาธิบดี ในปี 1964 เรื่องรัฐบาล ปี 1968 เรื่องศาล ปี 1984 เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพ (1992) เรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ปี 1992 ฯลฯ รวมทั้งหมดนี้เรียกว่า Basic Law โดยในมาตรา 4 บัญญัติว่า "รัฐสภาจะได้รับเลือกตั้งแบบสัดส่วนโดยระบบเลือกตั้งทั่วไป ที่เป็นการเลือกตั้งโดยตรง เท่าเทียมกันเป็นความลับตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง บทบัญญัติมาตรานี้ไม่อาจแก้ไขได้ เว้นแต่จะใช้เสียงข้างมากเด็ดขาดของรัฐสภา" ซึ่งนักกฎหมายเรียกว่า "บทบัญญัติที่ได้รับความคุ้มครอง" (entrenchment clause) ในปี 1992 รัฐสภาที่ตรากฎหมายพื้นฐานสำคัญอีก 2 ฉบับ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพ ปี 1992 และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ปี 1992 มีบทบัญญัติที่ได้รับความคุ้มครองทั้ง 2 ฉบับ ความว่า "สิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานนี้ไม่อาจถูกละเมิดได้ เว้นแต่โดยกฎหมายที่สร้างความเหมาะสมให้แก่คุณค่าทั้งหลายของรัฐอิสราเอล ตราขึ้นโดยจุดมุ่งหมายที่เหมาะสม และมีขอบเขตไม่เกินกว่าที่กำหนด"

ต่อมาในคำพิพากษาคดี *Bank Mizrahi v. the Minister of Finance* (1995) ซึ่งธนาคารฟ้องว่า รัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาเรื่องการเกษตรที่ให้อยกเลิหนี้ทางการเกษตรว่าขัดต่อ มาตรา 3 ของกฎหมายพื้นฐานเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเสรีภาพ ปี 1992 ที่คุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน ของธนาคาร ศาลฎีกาโดยประธานศาล ชารอน บาร์ค (Aharon Barak) วินิจฉัยว่า รัฐสภาใช้อำนาจตรา กฎหมายพื้นฐาน (Basic Laws) ซึ่งมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาตราขึ้นในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ศาลวินิจฉัยต่อไปว่า อำนาจศาลในการควบคุมการตรากฎหมายธรรมดาไม่ให้ขัดกับกฎหมายพื้นฐาน ทั้งๆที่ กฎหมายพื้นฐานทั้ง 2 ฉบับ ไม่ได้ระบุให้กฎหมายธรรมดาที่ขัดเป็นโมฆะ แต่ศาลก็ยังมีอำนาจที่จะวินิจฉัย เช่นนั้น เพราะอำนาจควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกฎหมายพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายสำคัญ 3 หลัก คือ หลัก นิติธรรม (rule of law) หลักประชาธิปไตย และหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ โดยศาลอ้างถึงคำพิพากษาใน คดี *Marbury v. Madison* ของสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่าง ที่สำคัญคือ 4 ใน 9 ผู้พิพากษาคัดสินว่า เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายพื้นฐาน รัฐสภาใช้ "อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ" (constituent power)⁽⁵¹⁾ แต่ ในขณะที่รัฐสภาตรากฎหมายธรรมดา รัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ต่อมาในคดี *Herut National Movement v. Chairman of the Central Election for the 16th Knesset* ปี 2003 ([2003] IsrSC 750) ศาลขยายหลักนี้ไปใช้กับกฎหมายพื้นฐานอีก 9 ฉบับ ที่ตราขึ้นก่อนปี 1992 ทั้งๆที่หลายฉบับไม่มี บทบัญญัติ ที่ได้รับความคุ้มครองเลย

นักกฎหมายอิสราเอลเรียกบรรทัดฐานเหล่านี้ว่าเป็นการ "ปฏิวัติทางกฎหมาย" ซึ่งน่าจะเป็นจริงเพราะบรรทัดฐานนี้ทำลายความเชื่อทางกฎหมายที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะมี องค์กรกระบวนกฏการตราแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา แต่กรณีกฎหมายพื้นฐาน 11 ฉบับนี้ ตราโดยรัฐสภา (Knesset) ที่ตรากฎหมายธรรมดา และใช้กระบวนกฏการนิติบัญญัติเดียวกันกับการตรากฎหมายธรรมดา ทั้งยัง ไม่จำเป็นต้องมี "บทบัญญัติที่ได้รับความคุ้มครอง" ศาลก็ยังวินิจฉัยว่าเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ฐานะสูงกว่า กฎหมายธรรมดา ซึ่งเท่ากับว่าศาลไม่ได้พิจารณาแบบ (form) อีกต่อไป แต่ดูเนื้อหา (substance) เท่านั้น ว่าเป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายพื้นฐาน (supremacy of the Basic Laws) 11 ฉบับ จึงเกิดขึ้นเพราะบรรทัดฐานของศาลฎีกาอิสราเอล ซึ่งทำให้นักวิชาการบางคนไม่พอใจและประณาม ว่าศาลสถาปนาตัวเองเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁽⁵²⁾

2.2.3 การห้ามศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือศาลจำกัดตัวเองไม่ควบคุม

เราคงต้องยอมรับว่าความต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของเสียงข้างมากทาง การเมืองในขณะใดขณะหนึ่ง ดังนั้น ถ้าศาลจะเข้าไปควบคุมก็หนีไม่พ้นที่จะถูกโจมตีทางการเมือง รัฐธรรมนูญ บางประเทศจึงต้องห้ามศาลไว้โดยชัดแจ้งไม่ให้มีอำนาจดังกล่าว แต่ถึงแม้รัฐธรรมนูญไม่ได้ห้าม ศาลเองก็อาจ จำกัดตนเอง (judicial restraint) ไม่เข้าไปควบคุม

ก. รัฐธรรมนูญห้ามศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

- เนเธอร์แลนด์เป็นประเทศที่ไม่ยอมให้ศาลควบคุมกฎหมายและสนธิสัญญาไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ ดังที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในปี 1848 มาตรา 20 บัญญัติว่า “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสนธิสัญญาทั้งปวงไม่อยู่ภายในอำนาจตรวจสอบของศาล” ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องทำเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Lois constitutionnelles) ด้วย

- ในอินเดีย⁽⁵³⁾ มีความพยายามจำกัดอำนาจศาลฎีกาที่เคยใช้ทฤษฎี “โครงสร้างพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ” (basic structure of the constitution) ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ปี 1970 ในคดี Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr. (Writ Petition (Civil) 135 of 1970) โดยศาลใช้ทฤษฎีดังกล่าวควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้กระทบกับสิทธิ เสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญหมวด 3 รับรองไว้ และหลักการพื้นฐานอื่น เช่น ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม หลักแบ่งแยกอำนาจ หลักการเป็นสหพันธ์ หลักความเป็นรัฐทางโลก (Secularism) หลักอำนาจอธิปไตย หลักประชาธิปไตย หลักการเป็นสาธารณรัฐ ฯลฯ ดังนั้นจึงมีความพยายามบัญญัติตัดอำนาจศาลในเรื่องนี้ไว้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 (The Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976) ซึ่งออกในระหว่างที่นางอินทรา คานธี ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อไม่ให้เกิดข้อสงสัยจึงประกาศ ณ ที่นี้ว่า ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ในอำนาจสถาปนาของรัฐสภา (constituent power of parliament) ที่จะแก้ไขเพิ่มเติมโดยการเพิ่ม เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ (เดิม) ที่มาตรานี้กำหนด” และในมาตราเดียวกันก็บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ... ไม่อาจถูกฟ้องศาลได้ ไม่ว่าด้วยเหตุใด” อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาในคดี Minerva Mills v. Union of India (Writ Petition (Civil) 356 of 1977: AIR 1980 SC 1789) ศาลฎีกาตัดสินว่า อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐสภาจึงไม่อาจใช้อำนาจที่ถูกจำกัดนี้มาทำให้ตนเองมีอำนาจที่ไม่ถูกจำกัด และศาลย้ำว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมไม่ใช่อำนาจทำลาย (power to amend is not a power to destroy) และตัดสินว่าการแก้ไขดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ

เป็นอันว่าความพยายามจำกัดอำนาจศาลฎีกาในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ล้มเหลว และนางอินทรา คานธี ก็ไม่ได้คัดค้านคำพิพากษาแต่อย่างใด.

ข. ศาลจำกัดตนเองในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ⁽⁵⁴⁾

- กรณีฝรั่งเศส ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัย 3 คำวินิจฉัยว่า ตนไม่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยแรกที่ 62 - 20 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 1962 ซึ่งมีผู้ร้องส่งคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) วินิจฉัยว่าการที่ประธานาธิบดีเดอโกล ให้นำร่าง

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ประชาชนเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรง และยกเลิกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้เลือกประธานาธิบดีทางอ้อม ไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ปี 1958 นั้น มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำตามรูปแบบและกระบวนการในมาตรา 89 คณะตุลาการวินิจฉัยว่า “เมื่อพิจารณาถึงความสมดุลแห่งอำนาจที่รัฐธรรมนูญวางไว้ ... บรรดากฎหมายทั้งปวงที่ประชาชนฝรั่งเศสได้เห็นชอบโดยประชามติ ... ย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์โดยตรงของอำนาจอธิปไตยของชาติ” (l'expression directe de la souveraineté nationale) คณะตุลาการจึงปราศจากอำนาจที่จะชี้ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ 92 - 312 ลงวันที่ 2 กันยายน 1992 ซึ่งตัดสินคดีที่สมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกับยื่นให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา Maastricht ที่ถูกอ้างว่าประเทศหนึ่งไม่ได้ให้สัตยาบันและเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาในเรื่องสิทธิของพลเมืองของสหภาพในการลงคะแนนเลือกตั้งท้องถิ่นในฝรั่งเศส ไม่ทำให้ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาเกิดขึ้น เพราะสนธิสัญญายังขัดกับมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ และย่อหน้าที่ 3 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดระยะเวลาที่ห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญ (มาตรา 7 และ 16 และมาตรา 89 วรรค 4) และบทบัญญัติของมาตรา 89 วรรค 5 (ซึ่งห้ามแก้ไขรูปแบบสาธารณรัฐ), องค์การซึ่งมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจสมบูรณ์ (Souverain) กล่าวคือ มีอำนาจยกเลิก แก้ไข หรือขยายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่าที่เห็นว่าเหมาะสมได้ ...” ในคดีนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยืนยันอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าจะแก้อย่างไรก็ได้ ยกเว้น สองเรื่อง ซึ่งทำให้มีความหวังว่า ถ้าเป็น 2 เรื่องนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะควบคุม ความหวังดังกล่าวดับลงโดยสิ้นเชิง เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ในคำวินิจฉัยที่ 2003 - 469 ลงวันที่ 17 มีนาคม 2003 ซึ่งเป็นกรณีที่สมาชิกวุฒิสภาร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Loi constitutionnelle) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องเกี่ยวกับการจัดระเบียบองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคแห่งสาธารณรัฐ (Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République) ทั้งนี้ ร่างรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ผ่านการให้สัตยาบันจากที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 2003

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เฉพาะในกรณีที่เป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐบัญญัติ และรัฐบัญญัติเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วย ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยตามคำร้องของผู้ร้อง ซึ่งขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่าศาลฝรั่งเศสจำกัดตนเอง (judicial restraint) ในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสโลวีเนียก็เดินตามรอยนี้⁽⁵⁵⁾

3. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข : กฎหมายไทยที่ใช้อยู่จริง (Positive law) เกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ข้อเสนอเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทย มี 2 กลุ่ม กลุ่มแรกเป็นข้อเสนอทางการเมือง กลุ่มที่สองเป็นข้อเสนอทางกฎหมาย ซึ่งได้จากการสำรวจทางวรรณกรรมในเรื่องนี้

3.1 ข้อเสนอทางการเมือง

ข้อเสนอที่เป็นเรื่องทางการเมืองส่วนใหญ่เสนอตรงกันว่า ในประเทศไทยอำนาจสถาปนาอยู่ที่ประชาชนเท่านั้น องค์กรอื่นไม่มีอำนาจนี้ ที่เป็นเช่นนี้ก็น่าจะมาจากความประสงค์ของผู้เสนอที่จะให้ประเทศไทยมีประชาธิปไตยแบบตะวันตกที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน เช่น การตีความเชิงสัญลักษณ์ของรูปภาพที่แสดงภาพพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475 ว่าไม่ได้ “พระราชทาน” รัฐธรรมนูญลงมา แต่การใช้พานแว่นฟ้าทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายรัฐธรรมนูญ แสดงว่ารัฐธรรมนูญถูก “ส่งจากข้างล่างขึ้นไปข้างบน” ⁽⁵⁶⁾ ซึ่งหมายถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 เป็นการใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรร่างรัฐธรรมนูญ แล้วนำทูลเกล้าฯ ถวายไม่ใช่ “พระราชทาน” ลงมา

ในทำนองเดียวกัน นักกฎหมายที่ใช้ข้อเสนอทางการเมืองเพื่อให้ประเทศไทยเป็นประชาธิปไตย ที่ประชาชนเป็นใหญ่แต่ผู้เดียว เมื่อวิเคราะห์ทางกฎหมายที่ใช้อยู่จริง (Positive law) ของประเทศไทยแล้วก็เกิดความไม่พอใจว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับมีพระมหากษัตริย์อยู่ด้วยเสมอ ก็จะคัดค้าน และพยายามเสนอให้ประชาชนเท่านั้นที่มีอำนาจนี้ ⁽⁵⁷⁾

แต่ข้าพเจ้าเป็นนักนิติศาสตร์จึงต้องวิเคราะห์กฎหมายที่ใช้อยู่จริง (positive law) ซึ่งเป็นเรื่องที่ “เป็น” (is) อยู่ในปัจจุบัน ข้าพเจ้าไม่ได้ทำข้อเสนอว่า “ควร” (should) เปลี่ยนสภาพที่เป็นอยู่อย่างใดดังที่บางคนนำเสนอ

3.2 สภาพกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่จริง (positive law) เกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในระบอบรัฐธรรมนูญไทย

หากพิจารณารัฐธรรมนูญไทย 20 ฉบับแล้วเราจะพบประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ดังนี้

ถ้าพิจารณารัฐธรรมนูญไทย 20 ฉบับก็จะเห็นได้ว่าตามประเพณีการปกครอง ฯ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยมี 4 ระยะ ตามพัฒนาการระบอบรัฐธรรมนูญไทย ดังนี้

ระยะที่ 1 การเปลี่ยนแปลงการปกครอง (24 มิถุนายน – 9 ธันวาคม 2475)

เมื่อมีการยึดอำนาจในวันที่ 24 มิถุนายน 2475 คณะราษฎรไม่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญเอง (ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น คณะราษฎรก็จะเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ) แต่ได้ทูลเกล้า ฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม และพระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการ

ปกครองแผ่นดิน โดยทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานพระราชกำหนดนิรโทษกรรมลงมาทันที แต่ทรงรับร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามไว้ทรงพิจารณา และทรงเติมคำว่า “ชั่วคราว” ลงไว้ท้ายชื่อพระราชบัญญัติ และทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 กฎหมาย 2 ฉบับนี้ไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ จึงต้องถือว่าในทางกฎหมายพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจสูงสุดในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เดิมมาจำกัดพระองค์เองให้อยู่ใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง ฯ จึงเท่ากับทรงใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดังกล่าว⁽⁵⁸⁾ แต่ล้าพั้งพระองค์เดียว ข้อพิสูจน์อีกประการหนึ่งก็คือ การทรงเติมคำว่า “ชั่วคราว” ลงไว้ท้ายชื่อกฎหมายก็แสดงว่าทรงเปลี่ยนสิ่งที่คณะราษฎรต้องการให้ใช้ถาวรเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวได้ (interim constitution) ถ้าไม่ทรงมีพระราชอำนาจแท้จริง แต่เป็น “แบบพิธี” อย่างที่บางคนกล่าวอ้างก็ต้องทรงเปลี่ยนแปลงแก้ไขอะไรไม่ได้ ต้องลงพระปรมาภิไธยตามที่คณะราษฎรเสนอเท่านั้น แต่ความจริงก็คือ ทรงเปลี่ยนสถานะพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง ฯ ซึ่งผู้ทูลเกล้า ฯ คงประสงค์จะให้ใช้ถาวร เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราว ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญมาก

ระยะที่ 2 (10 ธันวาคม 2475 – 8 พฤศจิกายน 2490)

เมื่อทรงกำหนดให้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง ฯ ใช้ชั่วคราว และต่อมา มีการตั้งคณะอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะอนุกรรมการเสนอร่างรัฐธรรมนูญให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเห็นชอบ แล้วจึงทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยมีพระยามโนปกรณนิติธาดาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เรื่องนี้แสดงว่าพระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎรร่วมกันเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (10 ธันวาคม 2475) แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นี้ดูจะไม่มีปัญหากฎหมายเพราะ คณะราษฎรผู้เปลี่ยนแปลงการปกครองและสภาผู้แทนราษฎรก็ให้ความเห็นชอบ

ต่อมา ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (นายปรีดี พนมยงค์) ก็ปรารภกับนายกรัฐมนตรี (นายควง อภัยวงศ์) ว่าควรปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯ 2475 จึงได้ดำเนินการโดยเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯ 2475 ต่อสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณา คณะกรรมการไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯ 2475 แต่แท้จริงคณะกรรมการได้ยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบจึงนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้แทนรัฐธรรมนูญ ฯ 2475

มีข้อสังเกตว่า

1. ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฯ 2489 คือพระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎร และในขั้นตอนการเตรียมการร่าง ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (นายปรีดี พนมยงค์) ก็ได้ประชุมปรึกษารื้อกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรประเภทที่ 2 และคณะราษฎรเดิมเพื่อกำหนดการขึ้นมาตรฐานแก้ถึงความที่ว่านี้ปรากฏในคำปรารภรัฐธรรมนูญ ฯ 2489 เอง ซึ่งเห็นได้ว่าผู้ปฏิบัติหน้าที่แทนพระมหากษัตริย์มีบทบาทโดยตรงในการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่

2. กระบวนการที่ใช้ ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ ๒ 2475 ซึ่งถ้าว่าไปแล้วไม่ใช่กระบวนการที่ขบด้วยรัฐธรรมนูญ 2475 เพราะเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ทั้งยังเป็นการเปลี่ยนสถานะสภาที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติให้เป็นสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ซึ่งคือพระมหากษัตริย์กับสภาผู้แทนราษฎรรับรอง) จึงเป็นการให้สัตยาบันการที่ไม่ขบนั้น ทำให้มีประกาศใช้รัฐธรรมนูญต่อไป

3. การเลิกรัฐธรรมนูญ ๒ 2475 ปรากฏอยู่ในคำปรารภ

4. ความต่อเนื่องตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง ๒ มาจนถึงรัฐธรรมนูญ ๒ 2489 ไม่ได้ขาดตอนลงหรือสะดุดหยุดลงแต่ประการใด และผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2475 กับ 2489 เป็นองค์กรเดียวกัน คือ พระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎร

ระยะที่ 3 (7 พฤศจิกายน 2490 – 9 พฤศจิกายน 2490)

คืนวันที่ 7 พฤศจิกายน 2490 พลโทผิน ชุณหะวัณ นำกำลังทหารยึดอำนาจจากรัฐบาล พล.ร.ต.ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์และนำร่างรัฐธรรมนูญที่เตรียมไว้มาถวายผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (กรมขุนชัยนาทนเรนทร) ประกาศใช้โดยผู้บัญชาการทหารแห่งประเทศไทย (จอมพล ป.พิบูลสงคราม) ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ โดยมีการเลิกรัฐธรรมนูญ 2489 ในคำปรารภ จึงต้องถือว่าช่วงเวลา 1 วันนั้น ประเทศว่างรัฐธรรมนูญ และระบอบรัฐธรรมนูญเดิมขาดตอนลงอย่างเป็นทางการ อำนาจอิสระทางกฎหมายหรืออำนาจอธิปไตยก็กลับคืนไปเป็นของพระมหากษัตริย์เหมือนก่อน 24 มิถุนายน 2475⁽⁵⁴⁾ แล้วคณะรัฐประหารจึงทุเลเกล้าฯ ถวายร่างรัฐธรรมนูญขึ้นให้ทรงลงพระปรมาภิไธย ดังนั้น ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2490 ฉบับชั่วคราวนี้ คือ พระมหากษัตริย์และคณะรัฐประหาร

จุดนี้เป็นจุดสำคัญ เพราะจะเป็นธรรมเนียมรัฐประหารที่ผู้ก่อการรัฐประหารใช้เป็นต้นแบบในการเลิกรัฐธรรมนูญและขอให้ออกรัฐธรรมนูญชั่วคราวมาใช้ก่อนการสถาปนารัฐธรรมนูญถาวร ดังเช่นการรัฐประหาร ปี 2501 ที่มีการตราธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2502 ขึ้นใช้ เพื่อทำการร่างรัฐธรรมนูญถาวรขึ้นใช้ต่อไป โดยสภาที่คณะรัฐประหารแต่งตั้ง จะแตกต่างกันก็ตรงที่ปี 2490 คณะรัฐประหารไม่มีการออกประกาศคณะรัฐประหารให้ใช้เป็นกฎหมาย แต่คณะปฏิวัติในปี 2501 ออกประกาศคณะปฏิวัติให้ใช้เป็นกฎหมายถึง 57 ฉบับ และในปี 2490 คณะรัฐประหารไม่ประกาศเลิกรัฐธรรมนูญ 2489 แต่ใช้รัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) 2490 ไปยกเลิก (ทั้งที่แท้จริงระบอบรัฐธรรมนูญเดิมสิ้นสุดไปตั้งแต่ยึดอำนาจแล้ว) แต่ในปี 2501 คณะปฏิวัติประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญเอง

ตั้งแต่นั้นมาเมื่อมีการรัฐประหารในปี 2514 ปี 2519 ปี 2534 ปี 2549 ปี 2557 ก็มีการเดินตามรอยนี้คือ ออกรัฐธรรมนูญชั่วคราว จัดการร่างรัฐธรรมนูญ และตรารัฐธรรมนูญถาวรขึ้นใช้ไม่ว่ารัฐธรรมนูญชั่วคราวหรือรัฐธรรมนูญถาวรทุกฉบับพระมหากษัตริย์ต้องทรงลงพระปรมาภิไธยทุกฉบับจะเปลี่ยนไปก็เพียงผู้ร่างและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการซึ่งอาจเป็นคณะปฏิวัติหรือสภาที่ทำหน้าที่ นิติบัญญัติและจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ⁽⁶⁰⁾ เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาที่เรียกชื่ออย่างอื่น

ระยะที่ 4 การจัดทำรัฐธรรมนูญ 2540 – ปัจจุบัน

1. ประชาชนกับการตัดสินใจขัดแย้งในการตรารัฐธรรมนูญ

ประชาชนชาวไทยไม่เคยมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2540 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2539 ให้เพิ่มหมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต่อท้ายหมวด 11 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 6 กำหนดให้ตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสนอรัฐสภา หากรัฐสภาเห็นชอบก็นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้ หากรัฐสภาไม่เห็นชอบก็ให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ หากประชาชนเห็นชอบก็นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่ถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป นับเป็นครั้งแรกในประเทศไทยที่กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมตัดสินใจว่าจะเห็นชอบให้ใช้รัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงซับซ้อน คือ ผู้ทรงอำนาจสถาปนาจึงมี 4 ฝ่าย คือ พระมหากษัตริย์ รัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญ และประชาชน แต่เมื่อรัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบ ประชาชนจึงไม่ต้องออกเสียงประชามติ

อย่างไรก็ตาม จุดที่น่าสนใจที่สุดก็คือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 2539 กำหนดให้ พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเห็นชอบ หรือประชาชนเห็นชอบแล้วเป็นพระราชอำนาจยับยั้งเด็ดขาด (absolute veto) คือ หากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างรัฐธรรมนูญก็จะตกไปทั้ง ๆ ที่รัฐสภาหรือประชาชนเห็นชอบแล้ว⁽⁶¹⁾ ซึ่งต่างจากพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายธรรมดาที่สภายืนยันได้ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามก็ให้ประกาศใช้ได้ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจยับยั้งชั่วคราวไม่เด็ดขาด (suspensive veto)

อันที่จริง บทบัญญัติทำนองนี้มีมาก่อนแล้วในรัฐธรรมนูญ (ชั่วคราว) 2490 แก้ไขเพิ่มเติม 2491 ที่กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านสภาร่างรัฐธรรมนูญและรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วตกไป ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้ง⁽⁶²⁾

และแม้ในรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2549⁽⁶³⁾ หรือรัฐธรรมนูญ ชั่วคราว 2557⁽⁶⁴⁾ ที่ตราขึ้นภายหลังก็ยังถือว่าทรงยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญเป็นพระราชอำนาจเด็ดขาด

จึงต้องถือว่าตามประเพณีการปกครองฯ พระราชอำนาจทรงลงพระปรมาภิไธยหรือไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญเป็นพระราชอำนาจเด็ดขาด หากไม่มีบทบัญญัติขัดแย้งในรัฐธรรมนูญเป็นอื่น ก็ต้องถือตามประเพณีการปกครองฯ นี้ ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ 2560 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

อนึ่ง น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญ 2560 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันขยายพระราชอำนาจเด็ดขาดนี้ไปยังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 6 ด้วย⁽⁶⁵⁾

จุดสำคัญอีกจุดหนึ่งก็คือการใช้ประชามติในการตัดสินใจปัญหาเรื่องจะแก้ไขรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่นี้ มีมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2492 ซึ่งถวายเป็นพระราชอำนาจในอันที่จะทรงให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญบางประเทศหรือประชาชนไปให้ประชาชน

ออกเสียงเป็นประชามติ⁽⁶⁶⁾ ซึ่งเป็นการให้พระมหากษัตริย์ทรง “อุทธรณ์” ไปยังประชาชนโดยตรง ไม่ต้องทรงยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญและสภายืนยันได้ รัฐธรรมนูญ 2511⁽⁶⁷⁾ และรัฐธรรมนูญ 2517⁽⁶⁸⁾ ก็บัญญัติทำนองเดียวกัน แต่กลไกนี้ไม่ใช่การให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับเหมือนรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 6 2539

ที่กล่าวมาทั้งหมดประชาชนจะถูกเรียกให้มาออกเสียงประชามติ เมื่อมีข้อขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ปี 2492, 2511 และ 2517) หรือข้อขัดแย้งระหว่างสภาร่างรัฐธรรมนูญกับรัฐสภาในการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2540

2. ประชาชนกับการให้ความเห็นชอบให้สถาปนารัฐธรรมนูญ

การเปลี่ยนฐานะ “ประชาชนผู้ตัดสินใจข้อขัดแย้ง” มาเป็น “ประชาชนผู้ร่วมใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ด้วยการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับอันเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญนั้น เกิดขึ้นในปี 2550 และ 2560 เมื่อรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2549⁽⁶⁹⁾ และรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557⁽⁷⁰⁾ ให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติว่าจะเห็นชอบให้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้หากประชาชนเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างรัฐธรรมนูญ ก็ประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงต้องถือว่าพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560

3.3 สภาพกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่จริงเกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.3.1 ลักษณะพิเศษของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ 2475

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ 2475 ไม่ได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมเอาไว้ (ซึ่งแสดงให้เห็นว่าต้องการให้ใช้เป็นการถาวร แต่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเติม “ชั่วคราว” ท้ายชื่อ) ซึ่งทำให้มีความได้สองทาง คือ ไม่ประสงค์จะให้แก้ไขเพิ่มเติมหรือหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมก็ทำได้โดยกระบวนการตราพระราชบัญญัติคือถือเอาเสียงข้างมากธรรมดาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนั้นก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องการจัดทำรัฐธรรมนูญถาวรทั้งฉบับไว้เลย

อย่างไรก็ตาม สภาผู้แทนราษฎรได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญถาวรทั้งฉบับ และพิจารณาเหมือนร่างพระราชบัญญัติธรรมดา จึงกล่าวได้ว่า สภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่ทั้งสภาสถาปนารัฐธรรมนูญ และสภานิติบัญญัติ และกระบวนการพิจารณาก็ใช้กระบวนการเดียวกัน ซึ่งคล้ายคลึงกับที่รัฐสภาอิสราเอล (The Knesset) ใช้กระบวนการเดียวกันในการตรากฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) และกฎหมายธรรมดา ดังนั้นในทางวิชาการต้องถือว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ เป็นรัฐธรรมนูญแบบอ่อนตัว แก้ไขง่ายเหมือนกฎหมายธรรมดา และการจัดทำรัฐธรรมนูญถาวรก็ใช้กระบวนการเดียวกันกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติ

3.3.2 รัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475

เมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญถาวร 10 ธันวาคม 2475 แล้วประธานสภาผู้แทนราษฎรจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญของประเทศ

การยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ ชั่วคราว 2475 ทำโดยปริยายด้วยการใช้รัฐธรรมนูญถาวร

รัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475 บัญญัติความเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายอื่นขัดมิได้ ไว้ในมาตรา 61 และบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ทำยากกว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติในมาตรา 63 โดยกำหนดเงื่อนไขผู้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องมีไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิก และกำหนดระยะเวลาการลงมติครั้งที่สองไว้ให้ห่างจากการลงมติครั้งแรกหนึ่งเดือนและการลงมติให้ความเห็นชอบให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของสมาชิกทั้งหมด

รัฐธรรมนูญ นี้ไม่ได้กำหนดวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ แต่สภาผู้แทนราษฎรและรัฐบาลใช้การแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2489 ขึ้นใหม่ทั้งฉบับ ซึ่งในทางทฤษฎีมีปัญหาทางกฎหมายทันที เพราะผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (*pouvoir constituant dérivé*) ใช้อำนาจเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญใหม่เสียเอง (*pouvoir constituant originaire*) แต่ปัญหาทางทฤษฎีนี้ไม่รุนแรงเพราะผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2475 ก็คือพระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2489 เช่นกัน เมื่อรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ มีผู้ทรงอำนาจสถาปนาเดียวกัน ปัญหาว่ากระทำโดยปราศจากอำนาจ (*vice de compétence*) จึงหมดไปคงเหลือแต่ ปัญหาเรื่องกระบวนการ (*vices de forme et de procédure*) เท่านั้นว่าชอบหรือไม่ แต่เมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารับรองจึงเป็นการใช้อำนาจสูงสุดให้สัตยาบัน ทำให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ 2489 ได้

3.3.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมมี 2 ครั้ง คือ มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ 2490 เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ 7 มาตรา โดยรัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 โดยมีข้อนำสังเกตคือ รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2490 ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับที่ปรากฏในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ 2475 และการแก้ไขเพิ่มเติมก็ทำโดยวิธีการลงคะแนนเสียงธรรมดาเหมือนแก่พระราชบัญญัติ โดยวุฒิสภาซึ่งทำหน้าที่รัฐสภา

สภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 40 คน ที่รัฐสภาเลือกต้องทำรัฐธรรมนูญให้เสร็จใน 180 วัน และนำร่างรัฐธรรมนูญให้รัฐสภาพิจารณาเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบทั้งฉบับ หากรัฐสภาเห็นชอบก็ให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย หากทรงยับยั้งก็ดี หรือรัฐสภาไม่เห็นชอบก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป

และให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญไปจนกว่ารัฐสภาและพระมหากษัตริย์จะทรงเห็นชอบ

ในเวลานั้นไม่มีข้อถกเถียงเรื่องอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชั่วคราวเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ทุกฝ่ายยอมรับการกระทำดังกล่าว แม้คณะรัฐประหารเองก็เข้าร่วมโดยปริยายเพราะส่งคนลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และรัฐสภาก็ลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว และพระมหากษัตริย์โดยคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ 5 ท่าน ก็ลงนามในพระปรมาภิไธยทำให้มีการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฯ 2492

ประเพณีดังกล่าว ทำให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เพื่อร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับอีกครั้งในปี 2539 ภายหลังการประท้วงของ นายฉลาด วรฉัตร ต่อรัฐธรรมนูญฯ 2534 ซึ่งกล่าวหาว่าเป็นรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหาร รสช. เมื่อปี 2534

การตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับกระทำโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 โดยตรารัฐธรรมนูญฯ แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 เพิ่มหมวดใหม่ คือ หมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ มี 18 มาตรา ต่อมาก็มีการเลือกและแต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ 99 คน ที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสนอรัฐสภา รัฐสภาต้องลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกรัฐสภา (ประชุมร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) ซึ่งเป็นคะแนนเสียงที่เท่ากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่ 1 และวาระที่ 3 หากรัฐสภาเห็นชอบก็ให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หากรัฐสภาไม่เห็นชอบก็ให้ส่งร่างนั้นให้ประชาชนออกเสียงประชามติ หากประชาชนโดยเสียงข้างมากเห็นชอบ ก็ให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย หากประชาชนหรือพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบ ก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ ประชาชนก็ไม่ได้ลงประชามติ และมีการนำร่างฯ ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย โดยทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ 2540 ดังที่ทราบกันอยู่ทั่วไป

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ 2 ครั้งนี้ ไม่มีการถกเถียงปัญหาทางกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งที่แท้จริงแล้วมีปัญหว่าพระมหากษัตริย์และรัฐสภา ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé) ที่รับมอบอำนาจมาจากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฯ (pouvoir constitution originare) (ซึ่งก็คือพระมหากษัตริย์และคณะรัฐประหารในกรณีรัฐธรรมนูญฯ 2490 และพระมหากษัตริย์และสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามธรรมนูญการปกครอง ฯ ปี 2534) สามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงสถานะของตนเองจากผู้ได้รับมอบอำนาจมาให้กลายเป็นผู้มีอำนาจสถาปนาเสียเอง โดยการให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ เช่นเดียวกับในปี 2489 แต่ที่แตกต่างอย่างเห็นได้ชัดก็คือในปี 2489 พระมหากษัตริย์และสภาผู้แทนราษฎรต่างก็เป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนาทั้งรัฐธรรมนูญฯ 2475 และรัฐธรรมนูญฯ 2489 ซึ่งทำให้อาจตีความได้ว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่สถาปนารัฐธรรมนูญ 2475 ให้ความเห็นชอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ในปี 2491 และในปี 2539 ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรเดียวกับผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิม

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฯ 2492 และรัฐธรรมนูญฯ 2540 ก็ใช้บังคับมา 2 ปีเศษ และ 9 ปี ตามลำดับ ซึ่งถือว่ามิได้ผลใช้บังคับจริง (efficacy) ทำให้ปัญหาว่าจะใช้บังคับไม่ได้หมดไป⁽⁷¹⁾ แต่ปัญหากฎหมายเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ยังไม่มีความชัดเจน เพราะไม่มีผู้มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่

3.4 ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ปัญหาที่ค้างคามาคั้งแต่การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับในปี 2491 และในปี 2539 ว่า รัฐสภาใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้อำนาจตนเองจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ มาได้รับคำตอบจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 2 คำวินิจฉัยสำคัญ คือ คำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556 ซึ่งวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฯ 2550 ฉบับที่ผ่านการให้ความเห็นชอบโดยประชามติ และในกรณีนี้ผู้ทรงอำนาจสถาปนาคือพระมหากษัตริย์และประชาชน

ในรัฐธรรมนูญฯ 2550 ไม่ได้กำหนดเรื่องการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับไว้ มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น และไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มีความพยายามแก้ไขรัฐธรรมนูญจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมาก เพื่อบังคับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพื่อให้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับในปี 2556 จึงมีปัญหาว่กระทำไม่ได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่

ความจริง ความพยายามในการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มีมาตั้งแต่ พ.ศ. 2554 โดยสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อกัน ส่งร่างรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับที่ผ่านการเห็นชอบของที่ประชุมร่วมรัฐสภาไปให้ศาลพิจารณา โดยอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ 2550 เพราะไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา จึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตาม มาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งเป็นเรื่องการส่งร่างพระราชบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิใช่ ร่างพระราชบัญญัติ จึงใช้มาตรา 154 ที่ใช้สำหรับการส่งร่างพระราชบัญญัติมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะบทบัญญัติมาตรา 291 (7) ในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อนุโลมมาใช้ (ดูคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554)

แต่ในปี 2555 มีการเสนอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญ 2550 ให้อำนาจไว้ เพื่อบังคับ 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าว เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติช่องทางที่จะส่งเรื่องให้ศาลทำหน้าที่ควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ สมาชิกสภาที่ไม่เห็นด้วยก็ต้องเลี่ยงไปใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตาม มาตรา 68

ศาลรับคำร้องนี้ไว้โดยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 ว่าสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้ รัฐธรรมนูญได้รองรับสิทธิประชาชนที่ยื่นต่อศาลโดยตรงได้ด้วย โดย มาตรา 68 “จึงเป็นไปเพื่อรักษาหรือคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเอง ตลอดจนหลักการที่รัฐธรรมนูญได้รับรองหรือกำหนดกรอบไว้ให้เป็นเจตนารมณ์

หลักทางการเมืองของชาติคือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และป้องกันการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญในประการนี้ต่างหากที่ถือเป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญที่จะต้องยึดถือไว้เป็นสำคัญ”

ในส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นั้น ศาลวางหลักว่า

“เห็นว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดาสำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป

การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291”

คำวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นชัดว่าศาลวางหลักว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจสถาปนาที่ได้รับมอบมา ไม่อาจใช้อำนาจนั้นแปลงอำนาจที่จำกัดของตนไปเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยยินยอมให้สถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับได้ อันเป็นการยืนยันที่สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังกล่าวข้างต้น

ต่อมาในปี 2556 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2550 ให้เลือกตั้งและสรรหาคนละครึ่ง ซึ่งสมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่งเห็นว่ากระทำมิได้ เพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญ ประกอบกับการพิจารณาในรัฐสภาก็มีกระบวนการไม่ชอบหลายประการ จึงส่งเรื่องมาให้ศาลพิจารณาโดยอาศัย มาตรา 68 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งในคำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556 ศาลใช้บรรทัดฐานเดิมวินิจฉัยว่า รับไว้พิจารณาได้ แต่ศาลได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า ศาลต้องมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ตามหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจ หลักนิติธรรม และหลักการปกครองแบบประชาธิปไตย และหลักการให้อำนาจควบคุม

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นอันว่าศาลยืนยันอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง

ปัญหาต่อไปมีว่าศาลจะควบคุมได้เพียงใด ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลควบคุมทั้งกระบวนการตรา และเนื้อหา

ในเรื่องกระบวนการ ศาลพบว่ามีความไม่ชอบทั้งในเรื่องร่างรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาพิจารณาแตกต่างจากร่างที่เสนอ การกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลังทำให้สมาชิกรัฐสภามีเวลาจริงเพียง 1 วัน ในการแปรญัตติ รวมทั้งการแสดงตนและการลงมติที่มีการลงคะแนนแทนกัน ศาลจึงวินิจฉัยว่ากระบวนการไม่ชอบ

ส่วนเรื่องเนื้อหานั้น ศาลลงไปตรวจสอบแล้วเห็นว่ามีเนื้อหาแก้ไขคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภาให้กลับไปมีความสัมพันธ์อันเครือญาติกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ดังเดิม ทั้งที่รัฐธรรมนูญ 2550 ห้ามไว้ และการแก้ไขให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว ทั้งที่รัฐธรรมนูญ 2550 ให้มาทั้งจากการเลือกตั้งและการสรรหาอย่างละครึ่ง เพื่อดุลและคานกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งเท่านั้น ย่อมทำให้กระทบการถ่วงดุลตรวจสอบในระบบรัฐสภา ศาลจึงวินิจฉัยว่า "เนื้อความที่เป็นสาระสำคัญ ขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550"

จึงสรุปได้ว่าบรรทัดฐานนี้ยืนยันอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งกระบวนการและเนื้อหาสาระ และศาลใช้ทฤษฎี "แก่น" หรือ "หลักการพื้นฐาน" ของรัฐธรรมนูญในการควบคุมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ทรงอำนาจแก้ไข ไม่ให้แก้ไข "แก่น" หรือ "หลักการพื้นฐาน" ที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมวางไว้

อนึ่ง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 จึงได้นำเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไปบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) ทำให้ประเด็นนี้หมดข้อถกเถียงทางกฎหมาย

4. ความเห็นที่นำเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาทฤษฎีทางวิชาการ กฎหมายเปรียบเทียบทั้งส่วนที่เป็นรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศบางประเทศ ตลอดจนประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในการบัญญัติรัฐธรรมนูญไทยทั้ง 20 ฉบับและบรรทัดฐานคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ข้าพเจ้าเห็นว่าตามกฎหมายที่ใช้อยู่จริงของประเทศ (positive law) ถือหลักการสำคัญดังต่อไปนี้คือ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมืองดั้งเดิม (pouvoir constituant originaire) เป็นอำนาจสูงสุด ไม่มีข้อจำกัดที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญก่อตั้งองค์กร ให้อำนาจองค์กรเหล่านั้น รวมทั้งกำหนดหลักการสำคัญพื้นฐานในการปกครองประเทศ อาทิการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน การตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจ ความเป็นอิสระของศาล ฯลฯ ผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญ 2560 ก็คือประชาชนผู้ออกเสียงประชามติเห็นชอบให้ใช้รัฐธรรมนูญ และพระมหากษัตริย์ผู้ทรงลง

พระปรมาภิไธยให้ประกาศใช้ ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นของรัฐสภา เป็นอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบมา (pouvoir constituant dérivé หรือ constitué) ถูกจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา ดังจะสะท้อนในมาตรา 255 และ 256 ของรัฐธรรมนูญฯ 2560 จึงต้องถือหลักว่า ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจควบคุมทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา ดัง ได้เห็นมาแล้วข้างต้น ในทำนองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของนานาอารยประเทศ

การห้ามแก้รัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดในเรื่องการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในเรื่องรูปแบบของรัฐ หรือการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องสำคัญ อื่นๆ ทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องธรรมดา ดังเช่นที่กำหนดในมาตรา 256 (8) ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2560 ซึ่งคือพระมหากษัตริย์ และประชาชน มีความประสงค์ชัดเจนในการ จำกัดอำนาจรัฐสภาผู้ได้รับมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาว่าห้ามแก้เรื่องใดเด็ดขาด และในกรณีจะ แก้ไขเพิ่มเติมเรื่องสำคัญ ต้องขอความเห็นชอบจากประชาชนโดยผ่านการออกเสียงประชามติก่อน

ด้วยเหตุดังนี้ ข้าพเจ้าจึงขอให้ความเห็นคำถามศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

คำถามแรก ตามรัฐธรรมนูญนี้ สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ได้หรือไม่

ข้าพเจ้าเห็นว่า แม้ว่าเคยมีประเด็นการปกครองฯ ที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยรัฐสภา มาแล้วเมื่อปี 2489 ปี 2492 และปี 2540 แต่การดำเนินการดังกล่าวมีปัญหาทางทฤษฎีที่อาจถูกกล่าวหา ได้ว่า รัฐสภาที่ถูกตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และรับมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมา กลับใช้อำนาจนั้น ทำลายรัฐธรรมนูญที่ตั้งตนขึ้นมา ด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้แทน อันเป็นการ "ชิงอำนาจ" สถาปนารัฐธรรมนูญจากผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมมาเป็นของตนโดยมิชอบ

ดังนั้น หากรัฐสภาประสงค์จะจัดให้มีการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญดังเช่น กรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ ปี 2539 ก็ต้องมีการขออาณัติ (mandate) จาก พระมหากษัตริย์ และประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนาดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญฯ 2560 โดยจัดทำร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้ประชาชนลงประชามติ และนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจาก ประชามติขึ้นทูลเกล้าฯถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หากทรงเห็นชอบและลงพระปรมาภิไธยแล้ว ก็ ย่อมถือได้ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญ 2560 อันได้แก่ พระมหากษัตริย์ และประชาชนได้เห็นชอบแล้ว ดังคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18 - 22/2555 การจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉบับใหม่ จึงย่อมกระทำได้โดยชอบด้วยทฤษฎีนิติศาสตร์และกฎหมาย ที่ใช้อยู่จริงของประเทศไทย (positive law)

คำถามที่สอง หากแก้ไขได้ มีกระบวนการต่อไปอย่างไร

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อกันเสนอร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมโดยมีหลักการให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 256 หลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

และให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และมีข้อจำกัดมิให้แก้หมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 พระมหากษัตริย์ (ปรากฏในร่างมาตรา 256/9 วรรคห้า) หากรัฐสภาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการแก้ไขหมวด 1 หมวด 2 ให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป และบัดนี้ร่างรัฐธรรมนูญได้ผ่านการพิจารณาครั้งที่ 2 ของรัฐสภาแล้ว ซึ่งต้องรอไว้ 15 วัน เพื่อลงมติในวาระที่ 3 ต่อไป

ข้าพเจ้าเห็นว่า การจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญก็เป็นไปในทำนองสอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ ที่มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาแล้วเมื่อปี 2491 และ 2539 ข้อแตกต่างสำคัญก็คือในร่างนี้ให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรงทั้ง 200 คน

ดังนั้น เมื่อตามมาตรา 256 (8) ต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 256 ไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติอยู่แล้ว และเพื่อประหยัดงบประมาณแผ่นดิน ทั้งยังไม่สร้างภาระให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินควร จึงสมควรดำเนินการขออาณัติ (mandate) ให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และการขอความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปในคราวเดียวกัน โดยตั้งคำถาม 2 ข้อ ให้ประชาชนลงประชามติ คือ

ข้อ 1 ท่านเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฯ 2560 หรือไม่ หากตอบไม่เห็นชอบ ไม่ต้องตอบข้อ 2

ข้อ 2 หากท่านเห็นชอบให้ทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ ท่านให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่แนบมาพร้อมนี้หรือไม่

การดำเนินการนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับที่ฝรั่งเศสเคยทำประชามติในการจัดทำรัฐธรรมนูญปี 1946 มาแล้ว และสอดคล้องกับทฤษฎีนิติศาสตร์ ทางปฏิบัติของนานาอารยประเทศ และประเพณีการปกครองฯ ตลอดจนบรรทัดฐานของศาลรัฐธรรมนูญทุกประการ

สำหรับคำถามที่ตามมา เมื่อได้ตอบข้อหนึ่งและข้อสองแล้วไม่จำเป็นต้องตอบอีก

Footnotes

- (1) Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993 (แปลจากภาษาเยอรมันโดย Lilyane DEROCHE) หน้า 214
- (2) เรื่องเดียว, หน้าเดียวกัน
- (3) E.J.SIEYES, “*Préliminaire de la Constitution*”, in Dorigny M. (ed.) *Oeuvre de Siéyès*, Paris, EDHIS, 1989
- (4) E.J.SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers état*, in [www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers,2002,ed.du Boucher](http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers,2002,ed.du%20Boucher), หน้า 50
- (5) เรื่องเดียวกัน, หน้า 53
- (6) SIEYES, *Quelques idées de Constitution, applicables à la Ville de Paris*,
- (7) F.FURET, R.HALEVI, *le recueil Orateurs de la Révolution française*, textes établis, Paris gallimand, coll. “*La Pléiade*” 1989, หน้า 25
- (8) Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD (direction), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Suprématie de la Constitution, Paris,Dalloz, 2012, หน้า 7
- (9) Siéyès, *Opinion sur la Jurie Constitutionnaire*,1795
- (10) เรื่องเดียวกัน, หน้า8 เช่น Emmanuel Sur,Olivier Cayla
- (11) โดยเฉพาะนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (positivist) ที่ดูแต่กฎหมายที่ใช้อยู่จริง เช่น Carré de Malberg, Hans Kelsen ฯลฯ
- (12) โปรตดู ชมพูนุท ตั้งถาวร กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2556
- (13) คนที่ใช้คำนี้คนแรกคือ Roger BONNARD, *les Actes Constitutionnel de 1940*, Paris, LGDJ.,1942 หน้า 17
- (14) เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน
- (15) Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994 หน้า 314
- (16) ชมพูนุท, เรื่องเดิม, หน้า 65 – 73
- (17) เรื่องเดียวกัน, หน้า 74 – 86
- (18) เรื่องเดียวกัน, หน้า 87 – 98
- (19) เรื่องเดียวกัน, หน้า 99-110.
- (20) เรื่องเดียวกัน, หน้า 114-134

- (21) เรื่องเดียวกัน, หน้า 134-145
- (22) เรื่องเดียวกัน, หน้า 145-158
- (23) เรื่องเดียวกัน, หน้า 161-166
- (24) เรื่องเดียวกัน, หน้า 166-177
- (25) เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-189
- (26) G. VEDEL, “*Schengen et Maastricht*” (A Propos de la décision no 91-294 DC du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1991), in *RFDA* 1992, หน้า 173
- (27) Carl SCHMITT, เรื่องเดิม, หน้า 152-154
- (28) Olivier BEAUD, เรื่องเดิม, หน้า 365
- (29) Carl SCHMITT, เรื่องเดิม, หน้า 241
- (30) Bernard QUIRINY, “*Révisions partielles et révisions totales des Constitutions,*” in *Jus Politicum*, No 13 [[http:// juspoliticum.com/article/Revisions – partielles – et – révisions -totales-des-constitutions-903.html](http://juspoliticum.com/article/Revisions-partielles-et-revisions-totales-des-constitutions-903.html)]
- (31) Carl SCHMITT, เรื่องเดิม, หน้า 243
- (32) B. QUIRINY, เรื่องเดิม ซึ่งบางท่านเรียกว่าการละเมิดรัฐธรรมนูญ (*La fraude à la Constitution*) ดู : G. LIET - VEAUX, “*La fraude à la Constitution Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes,*” in *Revue de droit public*, 1943 หน้า 116 - 150
- (33) เรื่องเดียวกัน
- (34) เรื่องเดียวกัน, เป็นความเห็นของ Esmein และ Maurice Hauriou
- (35) Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, T III, Paris, LGDJ, 1950, หน้า 257
- (36) Franck MODERNE, *Réviser la constitution*, Paris, Dalloz, 2006, หน้า 102
- (37) ดู Arnaud Le PILLOUER, “*De la révision à l’abrogation de la constitution*” : les termes du débat, *Jus Publicum*, no 3 [[http:// juspublicum.com/article/De – la – revision - à – l – abrogation – de – la – constitution – les – termes – du – débat – 155.html](http://juspublicum.com/article/De-la-revision-a-l-abrogation-de-la-constitution-les-termes-du-debat-155.html)]
- (38) ดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 25 éd., 2013, หน้า 85
- (39) TROPER, CHAGNOLLAUD, เรื่องเดิม, หน้า 13
- (40) Kemal GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments A Comparative Study*, Bursa, EKIN Press, 2008 หน้า 29-34
- (41) เรื่องเดียวกัน, หน้า 40 – 49
- (42) Federal Constitutional Court Reports. 30, 1 (1970) คดีนี้ศาลตัดสินเนื้อหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมไม่ขัดบทบัญญัติห้ามแก้ไข ซึ่งเป็นการลงไปดู “เนื้อหา”

- (43) FC.CR. 84, 99 (1991) คดีนี้ศาลพิจารณาความเห็นชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งกระบวนการและเนื้อหา
- (44) F.C.C.R 94, 12 (1990)
- (45) 2 BvR 1938/93
- (46) 1 BvR 2378/98
- (47) ชมพูนุท ตั้งถาวร, เรื่องเดิม หน้า 283 - -294
- (48) เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน
- (49) ดู Kemal GÖZLER, เรื่องเดิม, หน้า 42 – 47
- (50) TROPER, CHAGNOLLAUD, เรื่องเดิม, หน้า 30 – 31
- (51) เรื่องเดียวกัน, หน้า 29 และ ดู “Constitution of Israel” ใน website www.knesset.gov.il
- (52) เรื่องเดียวกัน, หน้า 30
- (53) ดู ชมพูนุท ตั้งถาวร, เรื่องเดิม หน้า 210 – 211
- (54) ดูเรื่องเดียวกัน, หน้า 212 – 231
- (55) เรื่องเดียวกัน, หน้า 226 – 231
- (56) นิธิ เอียวศรีวงศ์, ชาตไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์ : ว่าด้วยวัฒนธรรม, รัฐ และรูปแบบการจิตสำนึก, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ, มติชน, 2547, หน้า 106 – 107
- (57) ปิยบุตร แสงกนกกุล, รัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจสถาปนา และการเปลี่ยนผ่าน นนทบุรี, ฟาเดียวกัน, 2559, หน้า 85
- (58) ดู การวิเคราะห์ของข้าพเจ้าใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน – เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, กรุงเทพฯ, นิติธรรม, 2537 หน้า 242 – 243
- (59) เรื่องเดียวกัน, หน้า 190
- (60) ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ” เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง 4 ปี รัฐธรรมนูญ : ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง โดยสถาบันพระปกเกล้า, 10 ตุลาคม 2544, หน้า 13 – 20
- (61) รัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2539 มาตรา 211 ปณรส วรคดี และมาตรา 211 สัตตรส ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้ว มิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป”
- (62) รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติม 2491 มาตรา 95 อัญญ บัญญัติว่า “...ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานให้ใช้ภายในกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายก็ดีให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่...จนกว่ารัฐสภาจะลงมติให้

นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย พระราชทานให้ใช้เป็น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยสืบไป”

- (63) ดู รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2549 มาตรา 31 และ 32 ซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้ง แต่มีได้ระบุว่า ถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยผลจะเป็นอย่างไร ก็ย่อมหมายความว่า ร่างรัฐธรรมนูญนั้นประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดมิได้ เพราะไม่มีพระปรมาภิไธย
- (64) ดู รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2557 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 2559 มาตรา 39/1 วรรค 11 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมา หรือเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันมิได้พระราชทานคืนมา ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป”
- (65) ดู รัฐธรรมนูญฯ 2560 มาตรา 256 (7) ซึ่งให้นำเฉพาะมาตรา 81 มาใช้บังคับ โดยมีได้ให้นำ มาตรา 146 ซึ่งว่าด้วยพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย และร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่สภานิติบัญญัติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามมาใช้บังคับ ก็ต้องตีความว่าร่างรัฐธรรมนูญ ที่ปราศจากพระปรมาภิไธยประกาศใช้ไม่ได้
- (66) ดู รัฐธรรมนูญฯ 2492 มาตรา 174
- (67) ดู รัฐธรรมนูญฯ 2511 มาตรา 170
- (68) ดู รัฐธรรมนูญฯ 2517 มาตรา 229
- (69) ดู รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2549 มาตรา 29 – 31
- (70) ดู รัฐธรรมนูญฯ ชั่วคราว 2557 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 2559 มาตรา 39/1
- (71) Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, หน้า 210 Kelsen อธิบายความมีผลของสิ่งที่มีชอบว่าทำได้อยู่จริงก็เป็นกฎเกณฑ์ แห่งกฎหมายที่ใช้ได้ (โดยไม่ต้องดูว่าชอบหรือไม่ด้วยกฎหมาย) ดูหน้า 19, 54, 213 และ 269 ด้วย