

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้ง
สภาร่างรัฐธรรมนูญ

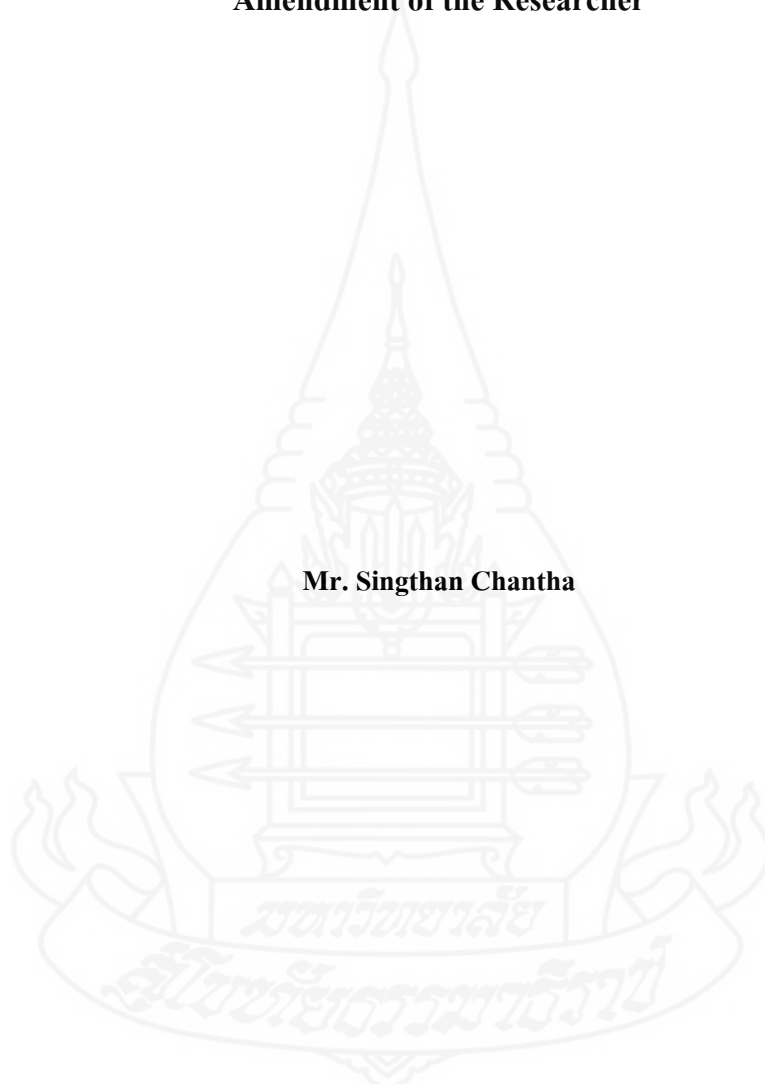
นายสิงห์ฐาน จันทรา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

พ.ศ. 2556

**The Authority to Establish of the Constitution and the Power to
Amendment of the Researcher**

Mr. Singthan Chantha



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Law in Public Law

School of Law

Sukhothai Thammathirat Open University

2013

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลงด้วยความกรุณาจากผู้มีพระคุณหลายฝ่าย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อรองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักรษ์ปวงชน ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และให้คำปรึกษา แนะนำ ซึ่งแนะแนวทางการเขียนวิทยานิพนธ์ ตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ทำให้การทำวิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์

ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อ ดร.ประพันธ์ ทรัพย์แสง และรองศาสตราจารย์ ดร.กิติพงษ์ หังสพฤกษ์ ที่สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ความรู้ คำชี้แนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ขอขอบคุณมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราชที่ให้โอกาสแก่ผู้เขียนในการศึกษาระดับปริญญาโท ขอขอบคุณอาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาให้แก่ผู้เขียนทำให้สามารถนำความรู้ที่ได้รับมาใช้ประกอบอาชีพและศึกษาต่อจนสำเร็จในระดับปริญญาโท ขอขอบคุณเป็นพิเศษต่อคุณบุญสวัสดิ์ ชวลิตกุล ที่ดูแลให้คำแนะนำเกี่ยวกับระเบียบการศึกษาของมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ท้ายที่สุดขอขอบคุณคุณพ่อ คุณแม่ และครอบครัว ที่คอยส่งเสริม สนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณคุณสรสิริ จันทรา ภรรยาซึ่งช่วยตรวจพิสูจน์อักษรและเป็นการกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดเวลาการทำวิทยานิพนธ์

สิงห์ฐาน จันทรา

กรกฎาคม 2556

ชื่อวิทยานิพนธ์ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้ง
สภาร่างรัฐธรรมนูญ

ผู้วิจัย นายสิงห์ฐานัน จันทรา **รหัสนักศึกษา** 2544001650 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา (1) รองศาสตราจารย์วิกรณ์ รักษ์ปวงชน (2) รองศาสตราจารย์ ดร. กิติพงษ์ หังสพฤกษ์
ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ เรื่อง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ วิเคราะห์การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทย พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, พ.ศ. 2549 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 กรณีอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และเสนอวิธีที่รัฐสภาจะจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ รวมถึงการออกแบบหลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร วิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยวิจัยเอกสาร ค้นคว้ารวบรวมเอกสาร หนังสือ บทความ หลักทฤษฎีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมือง ศึกษาประวัติศาสตร์การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศไทย พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, พ.ศ. 2549 สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอินเดีย วิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

ผลการวิจัยพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และ พ.ศ. 2539 ไม่ถือว่ารัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่ขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เกิดขึ้นจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่มีความเห็นว่าประชาชนเป็นผู้ลงประชามติรัฐธรรมนูญจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่สอดคล้องกับหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงกลับมาอยู่ที่ประชาชน รัฐสภาไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภาจะต้องทำประชามติเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชน ดังนั้นหากมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับต่อไปควรมีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อลดความขัดแย้งจากความต้องการร่างรัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม

คำสำคัญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ

Thesis title: The Authority to Establish of the Constitution and the Power to Amendment of the Researcher

Researcher: Mr. Singthan Chantha; **ID:** 2544001650; **Degree:** Master of Law;

Thesis advisors: (1) Wikorn Rakpuangchom, Associate Professor;

(2) Dr. Kitipong Hungspruke Associate Professor; **Academic year:** 2013

Abstract

The purpose of the thesis is to study the Authority to establish of the Constitution and the power to amend of the Constitution which aims to establish the Constituent Assembly. To answer this, it compares the formation of three constituent assemblies which established in Thailand in B.E. 2491, B.E. 2539 and B.E. 2549. It also analysis the Decision No.18-22/2555 of the Constitutional Court which had discussed these issues; the power of Parliament to amend the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 for establish Constituent Assembly; the questions of how Parliament would organise a constituent assembly; and how to design the rules and procedures for the establish of Constituent Assembly in the permanent constitution.

This thesis is a qualitative and documentary research. Data primarily acquired from legal documents such as textbooks, law journal articles and decisions of the courts were analysed for an explanation of the related theories and principles such as ; the principle of the supremacy of the constitution, the power of change political organization constitution established political organizations. It also gives a brief history the establishment of Thailand constituent assemblies, as well as compares to Constituent Assembly of the United States, France, and India. Lastly, it analyses power of establishment of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550, which has ruled by the Constitutional Court Decision No.18-22/2555.

The research found that the amendments of the Constitution that aimed to establish the Constituent Assembly in B.E. 2491 and in B.E. 2539 did not change constitutional political structures. Thus, amendments conducted under the Parliament were not constituted to the contradiction of the Constitution. However, the Constituent Assembly of B.E. 2549 was directly created by the power to establish of the Constitution. The thesis disagreed with the view of the Constitutional Court Decision No.18-22/2555 that ruled that when the people had consent on the adoption of the Constitution, by referendum, the people had power to establishment the Constitution. This view was inconsistent with the principle of the power to establish the constitution. In addition, the thesis reasoned that when the Constitution came into force, the people regained the power to establish the Constitution. Thus, the Parliament was unable to amend the Constitution aiming at the establishment of the Constituent Assembly. The Parliament must conduct a referendum for the consent of the people. The thesis suggested that, if the new Constitution was needed to be drafted, there should be a clearer provision on the drafting of the Constitution which required a referendum prior to the promulgation.

Keywords: The establishment of the Constitution, Amendment of the

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์การวิจัย	9
3. กรอบแนวคิดการวิจัย	10
4. ขอบเขตการวิจัย	10
5. ระเบียบวิธีวิจัย	11
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	11
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	13
1. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย	13
1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า.....	13
1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของพระสันตะปาปา.....	14
1.3 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์.....	14
1.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน.....	21
1.5 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ.....	25
2. บริบทของรัฐธรรมนูญ	27
2.1 รัฐธรรมนูญมีการจัดทำต่างจากกฎหมายทั่วไป.....	30
2.2 รัฐธรรมนูญมีเนื้อหาเกี่ยวกับการปกครองประเทศ.....	31
2.3 รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด.....	31
2.4 รัฐธรรมนูญมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่างจากกฎหมายทั่วไป.....	32
3. อำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ	33
3.1 ประมุขของรัฐ.....	36
3.2 ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร.....	40
3.3 ราษฎรหลังการปฏิวัติ.....	41

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.4 ประมุขของรัฐร่วมกับผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารหรือราษฎร.....	46
3.5 อำนาจอายนอกกรัฐ.....	49
4. การจัดทำรัฐธรรมนูญ	51
4.1 โดยบุคคลคนเดียว.....	51
4.2 โดยคณะบุคคล.....	52
4.3 โดยสภานิติบัญญัติ.....	52
4.4 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	53
5. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	54
5.1 หลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	56
5.2 กระบวนการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	56
5.3 ลักษณะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	61
6. การยกเลิกรัฐธรรมนูญ	61
6.1 การยกเลิกโดยวิธีทางแห่งกฎหมาย.....	61
6.2 การยกเลิกโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ.....	63
บทที่ 3 สภาร่างรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย และประเทศไทย	67
1. สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา	69
1.1 ความเป็นมาสภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	69
1.2 การดำเนินงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	71
1.3 การให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	74
2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา	76
2.1 ผู้มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	77
2.2 การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	77
2.3 การให้สัตยาบันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	77
2.4 ประวัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.....	78
3. สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส	80

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791.....	81
3.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848.....	84
3.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4.....	85
4. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส	92
4.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1946.....	92
4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958.....	95
5. สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย	98
5.1 ความเป็นมาของอินเดียก่อนได้รับเอกราช.....	98
5.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย	101
5.3 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญอินเดียและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญอินเดีย	103
6. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย	107
6.1 รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย.....	107
6.2 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามมาตรา 368	110
6.3 ข้อจำกัดอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย.....	111
7. สภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศไทย	113
7.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491.....	113
7.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539.....	117
7.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549.....	128
8. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	139
8.1 ผู้มีอำนาจเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	140
8.2 ข้อจำกัดการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	141
8.3 ผู้มีอำนาจพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	141
8.4 กระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	141
8.5 การประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	142
8.6 ประวัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2550.....	142

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย และประเทศไทย.....	145
1. วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	144
1.1 รูปแบบองค์ประกอบสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	144
1.2 กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ.....	164
1.3 การทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ.....	173
2. วิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	177
2.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย.....	177
2.2 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539, สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549.....	191
2.3 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	197
บทที่ 5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	222
1. บทสรุป.....	222
1.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491.....	227
1.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539.....	227
1.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549.....	228
2. ข้อเสนอแนะ.....	231
2.1 การทำประชามติก่อนร่างรัฐธรรมนูญ.....	231
2.2 หลักเกณฑ์การทำประชามติของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	233
2.3 การบัญญัติวิธีการร่างรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ.....	234
บรรณานุกรม.....	245
ประวัติผู้วิจัย.....	249

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2475 มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับจนถึงปัจจุบันรวม 18 ฉบับ มีวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญในรูปแบบต่างๆ เช่น โดยบุคคลคนเดียว คณะบุคคล คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ และโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับเนื่องจากเกิดปฏิวัติรัฐประหารหลายครั้ง การปฏิวัติรัฐประหารแต่ละครั้งจะเกิดรัฐธรรมนูญขึ้น 2 ฉบับ ฉบับหนึ่งจะเป็นฉบับชั่วคราว และเมื่อใช้ฉบับชั่วคราวไประยะหนึ่งก็จะเกิดรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์จะใช้เป็นฉบับถาวรขึ้น สำหรับรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เกิดจากการปฏิวัติรัฐประหารคือกรณีที่มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจะมีบทบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่นสามารถที่จะปรับเปลี่ยนได้ตามสถานการณ์ความเปลี่ยนแปลงของสังคม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 291 (1) กำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้คณะรัฐมนตรีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน มีสิทธิยื่นญัตติขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการพิจารณาดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในมาตรา 291 (2) ว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณา

ต่อมาได้มีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยแก้ไขเพิ่มเติม หมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพิ่มมาตรา 291/1 ถึง มาตรา 291/16 เพื่อจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 รัฐสภามีมติรับหลักการร่าง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ... รวม 3 ฉบับ โดยมี คณะรัฐมนตรี นายสนั่น จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ เป็นผู้เสนอ ซึ่งต่อมารัฐสภาได้มีมติเสียงข้างมากรับหลักการในวาระที่หนึ่ง และมีมติเสียงข้างมากให้ร่าง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ผ่านวาระที่สอง และ รัฐสภาจะพิจารณาวาระที่สาม ในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2555

การยื่นญัตติเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเพิ่มหมวด 16 การจัดทำ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มีการคัดค้านโดยพลเอกสมเจดน์ บุญถนอม กับคณะ นายวันธงชัย ชำนาญกิจ นายวิรัตน์ กัลยาศิริ นายวรินทร์ เทียมจรัส และนายบวร ยสินทร ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตาม คำร้องที่ 18 – 22/2555 โดยมีประธานรัฐสภาในฐานะรัฐสภา คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา นายสนั่น จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ เป็น ฝ่ายผู้ถูกร้อง ตามคำร้องฝ่ายผู้ร้องอ้างว่า การยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่หลักเกณฑ์วิธีการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ดังนั้น การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลเป็นการยกเลิก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68¹ และมาตรา 291 และไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ประกอบมาตรา 136 (16)² นอกจากนี้ ผู้มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องเป็นองค์กรผู้มี อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่องค์กรที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญดังเช่น รัฐสภา เมื่อรัฐสภาไม่มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะมอบหมายให้ผู้ใด ร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาจากการทำประชามติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เพื่อให้มีสภา ร่างรัฐธรรมนูญก็ต้องทำประชามติ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งวินิจฉัยสั่งการให้รัฐสภาระงับการ ออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2555 ให้คณะรัฐมนตรี เลิกการกระทำ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคหนึ่ง บุคคลจะใช้สิทธิและ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตาม รัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 136 ในกรณีต่อไปนี้ให้รัฐสภา ประชุมร่วมกัน... (16) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291

ใดๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2555 ให้ยุบพรรคเพื่อไทย และพรรคชาติไทยพัฒนา เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคเพื่อไทย และพรรคชาติพัฒนาเป็นเวลาห้าปี

ประธานรัฐสภาในฐานะรัฐสภา คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา นายสุชัย จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ ได้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาสรุปความได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 มิใช่การใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสามฉบับ ได้ตรวจสอบและวินิจฉัยแล้วว่าไม่มีลักษณะหรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐแต่อย่างใด การบรรจุญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ มีสมาชิกรัฐสภาอภิปรายแสดงความเห็นโดยไม่มีการครอบงำ เมื่อรัฐสภาลงมติรับหลักการร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ รัฐสภามีมติให้ตั้งคณะกรรมการ โดยใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของคณะรัฐมนตรีเป็นหลักในการพิจารณา การพิจารณาวาระที่สองมีการอภิปรายถึงสิบห้าวัน และรอลงมติในวาระที่สาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้รอการพิจารณา ประธานรัฐสภาจึงมีคำสั่งงดการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเสียก่อน การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 เพราะคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองตามรัฐธรรมนูญ เนื้อหาสาระของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้มีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ไม่ได้เป็นไปเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291/11 วรรคห้า มีหลักประกันมิให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยไม่เป็นไปตามหลักการ นอกจากนี้ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นแนวทางที่เคยดำเนินการในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2490 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยคณะรัฐมนตรีไม่

มีหลักการที่แสดงว่าคณะรัฐมนตรีร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 เพราะการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาข้อดีข้อเสียและปัญหาต่างๆ จากการใช้บังคับบทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ที่ผ่านมา เมื่อทำเสร็จแล้วต้องนำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติอันเป็นหลักการที่เป็นประชาธิปไตย การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้เคยแถลงไว้ต่อรัฐสภา เมื่อฝ่ายผู้ร้องได้ใช้สิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว ฝ่ายผู้ร้องไม่มีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีก ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย แต่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ซึ่งกำหนดขึ้นตอนและวิธีการที่แตกต่างจากกระบวนการตรากฎหมายทั่วไป เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีลำดับสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและการลงประชามติ รัฐสภามีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ 22 คนสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทั่วภูมิภาค สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีความเป็นอิสระ การเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคณะรัฐมนตรีไม่อยู่ในอาณัติหรือความมอบหมายใดจากพรรคเพื่อไทย ส่วนพรรคชาติไทยพัฒนาไม่เคยมีมติพรรคให้เพื่อดำเนินการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่สมาชิกพรรคชาติไทยพัฒนาร่วมกับสมาชิกพรรคการเมืองอื่นเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการปฏิบัติงานในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

เมื่อพิจารณาคำร้องขอฝ่ายผู้ร้องและคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาของฝ่ายผู้ถูกร้องแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นที่ต้องวินิจฉัย ดังนี้

- (1) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 หรือไม่
- (2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่
- (3) การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง

ประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่

(4) หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญนัดไต่สวนพยานฝ่ายผู้ร้องในวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 รวม 7 ปาก โดยมีพยานเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงคือ นายสุรพล นิติไกรพจน์ ส่วนการไต่สวนพยานฝ่ายผู้ถูกร้องนัดไต่สวนพยานในวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 รวม 7 ปาก และมีพยานที่เป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงคือนายโกสิน พลกุล

การไต่สวนพยานของฝ่ายผู้ร้องมีเหตุผลสนับสนุนทางวิชาการว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าอะไรเป็นกฎหมายที่จะตีความได้ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่าการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงแต่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดหลักการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 291 มีเจตนารมณ์ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายประเด็นหรือรายมาตรา มิใช่ให้แก้ไขเพื่อนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ข้ออ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่เดิมเคยกระทำมาแล้วรับฟังไม่ได้เนื่องจากบริบททางสังคมแตกต่างกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่านการลงประชามติของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย การยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงต้องกระทำโดยการรับฟังประชามติจากประชาชนทั้งประเทศตามทฤษฎีว่าด้วยการใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจะลบล้างการกระทำหรืออำนาจของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ได้

การไต่สวนพยานฝ่ายผู้ถูกร้องมีเหตุผลสนับสนุนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้เพราะอยู่ในกรอบรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นรายประเด็นหรือรายมาตรา หรือหลายมาตราพร้อมกัน เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 หรือกรณีที่จะต้องการแก้ไขมาตราใดมาตราหนึ่งเพื่อนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับก็อยู่ในความหมายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ต้องไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องรัฐธรรมนูญห้ามไว้ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ประเทศไทยเคยดำเนินการมาแล้ว 3 ครั้ง ได้แก่ สภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระ วิธีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญมีข้อห้ามไม่ให้มีการลี้ภัยหรือเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขไว้ในมาตรา 291 (1) วรรคสอง และร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 291/11 วรรคห้า ร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงร่างที่ผ่านการพิจารณาในวาระที่สองยังไม่มี การแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง ประธานรัฐสภายืนยันว่าเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วจะให้มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำขึ้น

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 วินิจฉัยประเด็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 หรือไม่ เป็นประเด็นแรกว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคสอง ส่วนประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 สามารถแก้ไขโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มาโดยการลงมติของประชาชน ก็ควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ซึ่งจะสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ส่วนประเด็นว่าการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงยังรับฟังไม่ได้ว่า การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหมดเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้แต่อย่างใด และไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองต่อไป

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ ถือว่ารัฐธรรมนูญก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจ องค์กรนั้นจึงใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญไม่ได้ ข้อเสนอสนับสนุนของกรณีที่ว่ารัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มหมวด 16 ว่าด้วยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เพราะเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ต้องการให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพียงรายมาตรา ไม่ใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับซึ่งเป็นเหตุผลที่พยานฝ่ายผู้ร้องใช้ในการสนับสนุนการไต่สวนคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนข้อคัดค้านของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีการยกตัวอย่างการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจากประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งแต่เดิมมาวิธีการที่ประเทศไทยใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเคยเกิดขึ้นมาแล้ว 3 ครั้ง ครั้งแรกคือการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 ครั้งที่สองคือสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ครั้งที่สามคือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่การจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญแต่ละครั้งก็อยู่ภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองหรือบริบททางการเมืองที่แตกต่างกัน การจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 สืบเนื่องจากการที่พลโทผิน ชุณหะวัณ ทำการยึดอำนาจการปกครองในวันที่ 9 พฤศจิกายน 2489 แล้วคณะรัฐประหารออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2491 และต่อมาจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้เพื่อจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมิได้มาจากประชาชน ส่วนสภาว่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และอยู่ภายใต้บรรยากาศของการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมือง จนนำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญและการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บรรยากาศทางการเมืองในช่วงเวลาที่มีการเรียกร้องให้ปฏิรูปการเมืองได้รับความสนใจจากประชาชน และขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดการมีส่วนร่วมของประชาชนทั่วประเทศ รวมถึงกำหนดวิธีการขั้นตอนในการลงประชามติ หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับเดิมคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มีลักษณะที่ถูกมองว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการสืบทอดอำนาจมาจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการยึดอำนาจการปกครองของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) สำหรับการจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญครั้งที่สามคือ สภาว่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญเกิดจากการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมิใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้อำนาจการปกครองขึ้นมาจากตรง แต่เป็นการกำหนดสภาว่างรัฐธรรมนูญไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เกิดขึ้นจากการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน และคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขประสงค์ที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยเร็ว

การจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญทั้งสามครั้งที่ผ่านมาในประวัติศาสตร์ ต่างมีข้อเท็จจริงรายละเอียดแตกต่างกันไปตามบริบทในทางการเมืองตามช่วงเวลา เหตุผลสำคัญสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญตามที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่าไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่านการลงประชามติของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย การยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงต้องกระทำโดยการรับฟังประชามติจากประชาชนทั่วประเทศ แต่การจัดตั้ง

สภาวางรัฐธรรมนูญ 3 ครั้งที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกไปเป็นรัฐธรรมนูญที่มีได้มาจากประชาชนโดยตรง ข้อแตกต่างนี้ถือเป็นสาระสำคัญที่มีเหตุผลให้รับฟัง กรณีจึงมีปัญหว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีหลักการอย่างไร รวมไปถึงการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญในประเทศไทยทั้ง 3 ครั้ง มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญอย่างไร และเป็นความจริงตามที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือไม่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 เป็นอำนาจของประชาชนผู้ลงประชามติ นอกจากนี้ อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาจะสามารถที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ หากรัฐสภาไม่สามารถที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญ รัฐสภาควรดำเนินการอย่างไรเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และเพื่อหาข้อเสนอแนะว่า หากต่อไปมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ควรกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญใหม่อย่างไร เพื่อให้มีทางออกหากมีความจำเป็นต้องร่างรัฐธรรมนูญใหม่

เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยวิธีการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะศึกษาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญ 3 ครั้งที่ผ่านมา และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 สอดคล้องกับหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือไม่ และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมถึงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญ และเสนอแนะวิธีการที่รัฐสภาจะดำเนินการหากรัฐสภาประสงค์ที่จะจัดให้มีสภาวางรัฐธรรมนูญ รวมถึงการออกแบบหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ต้น

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี วิวัฒนาการ อำนาจอธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.2 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบสภาวางรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, และ พ.ศ. 2549 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาวางรัฐธรรมนูญ

2.3 เพื่อศึกษาการอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย

2.4 เพื่อวิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, พ.ศ. 2549 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย

2.5 เพื่ออธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเสนอแนะการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

3. กรอบแนวคิดการวิจัย

ตามแนวความคิดของซีเอเยส์ (ค.ศ.1748-1836) นักปรัชญาการเมืองของฝรั่งเศส เสนอ ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) หรือที่เรียกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) เมื่อรัฐธรรมนูญกำเนิดขึ้นโดยก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแล้ว รัฐธรรมนูญจะกำหนดองค์กรที่ใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดเท่าที่ รัฐธรรมนูญกำหนด และไม่อาจใช้อำนาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐธรรมนูญมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบ มาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร”³ (pouvoir Constituant derivé) อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นี้จะนำไปทางที่ขัดกับอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองไม่ได้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญโดยการยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมและร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่ อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้กำหนดหลักเกณฑ์และรูปแบบ วิธีการไว้โดยไม่มี การกระทบกระเทือนอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเดิม

4. ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจที่ได้รับ มอบหมายจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเน้นศึกษาอำนาจการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, และ พ.ศ. 2549 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ศึกษาทางประวัติศาสตร์การร่างรัฐธรรมนูญแห่ง

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย หน้า 153

ราชอาณาจักรไทย การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 สภาร่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ปัญหาและอุปสรรคในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทบาททางสังคมวิทยาการเมืองของแต่ละช่วงเวลาที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ เปรียบเทียบกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอินเดีย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอินเดีย วิเคราะห์กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมสำหรับการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

5. ระเบียบวิธีวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิจัยเอกสาร (Document Research) ค้นคว้า รวบรวมเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้องทั้งหนังสือ บทความ ภาษาไทย ภาษาอังกฤษ เอกสารเผยแพร่ต่างๆ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อินเดีย เน้นการศึกษาการร่างรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อวิเคราะห์อำนาจในการในการร่างรัฐธรรมนูญ และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หาบทสรุปข้อเสนอแนะการร่างรัฐธรรมนูญโดยกำหนดวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทราบความแตกต่างแนวคิดทฤษฎี วัฒนาการ อำนาจอธิปไตย อำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

6.2 ทราบประวัติศาสตร์การร่างรัฐธรรมนูญไทย ความแตกต่างความสอดคล้องของ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, และ พ.ศ. 2549 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการ จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

6.3 ทราบหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย

6.4 นำผลวิเคราะห์มาสรุปเป็นองค์ความรู้ใหม่ในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

6.5 เสนอแนวทางที่เหมาะสมต่อการกำหนดวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

6.6 เป็นประโยชน์ต่อการค้นคว้าวิจัยเกี่ยวกับเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ⁴ ซึ่งในรูปแบบของการปกครองจะมีอำนาจแห่งการตัดสินใจสูงสุด เด็ดขาด (absolute power of final decision) โดยมีสิ่งสมมติซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในการตัดสินใจ และบังคับให้เป็นไปตามการตัดสินใจเรียกว่า อธิปไตย เดิมทีเรียกอำนาจอธิปไตยว่าเป็นอำนาจสูงสุด ต่อมามีการใช้คำว่าอำนาจอธิปไตยแทนในศตวรรษที่ 16 ซึ่งเป็นแนวความคิดที่เป็นผลของความขัดแย้งระหว่างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์กับพระสันตะปาปาในยุโรป อำนาจอธิปไตยถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของคำอธิบายการเกิดรัฐสมัยใหม่ เหตุเพราะการเกิดขึ้นของรัฐต้องมีอำนาจอธิปไตยที่ใช้สำหรับการปกครองรัฐ อำนาจอธิปไตยจึงมีลักษณะของความเป็นอำนาจสูงสุดภายในรัฐ ที่จะแสดงความเป็นอิสระไม่ขึ้นกับอำนาจใด ไม่ต้องเชื่อฟังอำนาจจากภายในหรือภายนอกรัฐ และอำนาจอธิปไตยแสดงออกโดยการออกหรือยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับกับคนภายในรัฐ การจัดการกิจการภายในรัฐ รวมถึงการประกาศสงครามหรือความสัมพันธ์ใดกับรัฐอื่นๆ แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของรัฐหรืออำนาจอธิปไตยมีประวัติศาสตร์ความเป็นมา ดังนี้

1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าเป็นเจ้า

อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าเป็นเจ้า (The Supremacy of God) แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าเป็นแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยนักบุญเซนต์ออริอัส ออกัสติน (ค.ศ. 354-430) ซึ่งเกิดในครอบครัวโรมันในแอฟริกาเหนือ และเขียนหนังสือ City of God โดยกล่าวถึงเมืองอาณาจักรโรมันเปรียบเทียบกับศาสนจักรซึ่งเป็นอาณาจักรของพระเจ้า และด้วยเหตุที่สรรพสิ่งทั้งปวงย่อมอยู่ใต้คำบัญชาของพระเจ้า ศาสนจักรเป็นผู้ควบคุมกิจการของมนุษย์ ศาสนจักรจึงมีอำนาจเหนือกว่าอาณาจักร เมื่อศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกรุ่งเรืองในช่วงต้น

⁴ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร นิติบรรณาการ 2523 หน้า 215

⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2555 หน้า 78

สมัยกลาง จึงมีการอ้างถึงความอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างกฎหมายธรรมชาติกับกฎของพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของ และธรรมชาตินี้คือพระเจ้าในคริสต์ศาสนา (God)⁶ อำนาจสูงสุดจึงเป็นพระเจ้าในศาสนาคริสต์

1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของพระสันตะปาปา

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของพระสันตะปาปา (The Supremacy of Pope) แนวคิดอำนาจสูงสุดเป็นของพระสันตะปาปาพัฒนาเคียงคู่กับแนวคิดอำนาจสูงสุดเป็นของพระเจ้า โดยศาสนจักรนำแนวคิดเรื่องอำนาจสูงสุดเป็นของพระเจ้ามาอ้างเพื่อทำให้ฝ่ายศาสนจักรมีอำนาจเหนือฝ่ายอาณาจักร โดยอ้างว่าทุกสรรพสิ่งมาจากพระเจ้า พระเจ้าเป็นผู้เลือก กษัตริย์ให้ปกครอง อำนาจในการปกครองจึงมาจากอำนาจของพระเจ้า แต่เป็นการปกครองชั่วคราว เพื่อรออาณาจักรที่สมบูรณ์แบบ พระเจ้าเลือกให้พระเยซู (Jesus Christ) มาไถ่บาปแก่มนุษย์และสร้างอาณาจักรที่สมบูรณ์แบบ เมื่อพระเยซูสร้างอาณาจักรสำหรับชาวคริสต์แล้วจึงเลือกนักบุญปีเตอร์ (Saint Peter) เพื่อปกครองคริสตศาสนาสืบต่อจากพระเยซู ต่อมานักบุญปีเตอร์จึงมอบอำนาจผ่านทางพระสันตะปาปาที่เป็นผู้นำทางศาสนจักรองค์ต่อๆ มา⁷ ในสมัยสมเด็จพระสันตะปาปาเกรกอรีที่ 8 (Pope Gregory VIII ค.ศ. 1187) เคยใช้เหตุผลอำนาจสูงสุดมาจากพระเจ้าผ่านทางพระสันตะปาปาอ้างเพื่อมีอำนาจเหนือฝ่ายอาณาจักร การปกครองของกษัตริย์จะชอบธรรมต่อเมื่อพระสันตะปาปาทำพิธีสวมมงกุฎแก่กษัตริย์ ในสมัยกลางยังมีนักปรัชญาคนต่อมาที่มีแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า คือ เซนต์โทมัส อไควนัส (Saint Thomas Aquinas ค.ศ. 1225-1274) กล่าวว่าคริสตจักรต้องมีอำนาจที่เป็นอิสระจากฝ่ายอาณาจักรเพื่อที่จะปฏิบัติภารกิจที่เหนือกว่าฝ่ายอาณาจักร

1.3 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ (The Supremacy of the King) จากความขัดแย้งระหว่างอำนาจของฝ่ายศาสนจักรและอำนาจของฝ่ายอาณาจักร ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ทำให้ฝ่ายอาณาจักรไม่พอใจที่ศาสนจักรเข้ามาข้องเกี่ยวเรื่องการเมืองมากเกินไป ทำให้มีความพยายามของฝ่ายอาณาจักรที่จะลดบทบาทของศาสนจักร ประกอบกับภายหลังจากกรุงโรมล่มสลายสังคมในยุโรปเกิดความวุ่นวาย แนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าจึงเสื่อมความนิยมลง อาณาจักรต่างๆ เริ่มที่จะมีความเข้มแข็งเพิ่มขึ้น อำนาจสูงสุดเดิมที่เคยถือว่าเป็นของพระสันตะปาปาจึงถูกโต้แย้งโดยกษัตริย์ต่างๆ ดังจะเห็นจากความขัดแย้งในการแต่งตั้ง

⁶ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า 216

⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 126

พระสันตะปาปา เช่น จักรพรรดิเฮนรี่ที่ 4 เคยถอดพระสันตะปาปา และพระสันตะปาปาประกาศ และคว่ำบาตรจักรพรรดิองค์เดียวกัน⁸ จากความขัดแย้งระหว่างพระสันตะปาปากับกษัตริย์ทำให้เกิด แนวความคิดของนักปรัชญาที่เริ่มปฏิเสธอำนาจของพระสันตะปาปา โดย ดองต์ (Dante ค.ศ. 1265-1321) เขียนตำราทางการเมืองชื่อ De Monarchia (1331) แปลว่า "เรื่องจักรวรรดิ" ซึ่งตั้งปัญหาว่า อำนาจของกษัตริย์มาจากพระเจ้าโดยตรง หรือมาจากผู้แทนพระเจ้า และดองต์ตอบในหนังสือว่า อำนาจของกษัตริย์เป็นเรื่องการเมือง เป็นเรื่องอาณาจักรย่อมมาจากพระเจ้าโดยตรง ไม่ผ่าน พระสันตะปาปาและศาสนจักร กษัตริย์จึงมีความเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อพระสันตะปาปา พระสันตะปาปาเป็นเพียงผู้นำทางจิตวิญญาณ นอกจากนี้ มาร์ซิล เดอ ปาดู (Marsile de padoue ค.ศ. 1280-1341) เขียนหนังสือ Defensor pacis (1324) ยังกล่าวไปถึงว่าศาสนจักรทั้งหลายต้องอยู่ ภายใต้สังกัดมหาวิทยาลัย (universitas civium) อาณาจักรมีอำนาจสูงสุด⁹ และนักปรัชญาที่มีชื่อเสียง คือ นิโคลาส แมคคิอาเวลลี (Nicolas Machiavelli ค.ศ. 1469-1527) ที่ปรึกษาและนักการเมืองชาว ฟลอเรนซ์ อิตาลี ผู้เขียนหนังสือ "เจ้าชาย" หรือ Le Prince (1513) ให้กำเนิดคำว่า "รัฐ" และมีแนวคิด ว่าศาสนจักรต้องแยกออกจากอำนาจของอาณาจักรซึ่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจปกครอง และแมคคิอา เวลลีเป็นผู้วางรากฐานเกี่ยวกับความเป็นสถาบันของรัฐ และแยกตัวเจ้าชายหรือกษัตริย์ออกจาก สถาบันรัฐที่ต้องปกครอง ทำให้ต่อมา ฌอง โบแดง (Jean Bodin ค.ศ. 1530-1596) นักปรัชญาชาว ฝรั่งเศสเกิดที่เมืองอ็องเจอร์ (Angers) ศึกษากฎหมายและเป็นอาจารย์สอนกฎหมายที่ตูลูส (Toulouse) โบแดงคิดทฤษฎีเพื่อลดอำนาจของพระสันตะปาปาและเชิดชูอำนาจของกษัตริย์ จากที่เรียกทฤษฎี เดิมว่า "ทฤษฎีความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์" มาเรียกเป็น "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย" โดยได้ เขียนหนังสือ "สาธารณรัฐใน 6 บรรพ" (Six livres de la République 1576) สร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตย และถือว่าโบแดงเป็นคนแรกที่ใช้คำว่า "อำนาจอธิปไตย" จากเดิมที่เคยใช้คำว่าอำนาจสูงสุด โบแดงกล่าวไว้ในหนังสือว่า "สาธารณรัฐ (res publica) คือ สิทธิในการปกครองกลุ่มบุคคล หลายๆ กลุ่ม และที่เป็นส่วนร่วมของกลุ่มเหล่านี้คือ อำนาจอธิปไตย (puissance souveraine)"¹⁰ ในหนังสือหกเล่มว่าด้วยรัฐมีปัญหาใหญ่สองประการที่ผสมผสานกัน นั่นคือ ปัญหา : สภาพที่แท้จริงของรัฐคืออะไรและระบอบการปกครองที่ดีที่สุดเป็นระบอบการปกครองเช่นใด โบแดงให้ คำอธิบายถึงสภาพปัญหาที่แท้จริงของรัฐว่า เป็นประชาคมที่ปกครองอย่างมีศีลธรรม สมาชิกของรัฐ ไม่ใช่ทาส หรือผู้รับใช้แต่เป็น "ผู้อยู่ใต้ปกครองอิสระ" (un franc sujet) แต่มนุษย์อิสระเหล่านี้สิทธิ

⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน หน้า 79

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชน ใน ยุคต่างๆ เล่มที่ 1 พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554 หน้า 28

¹⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 30

ลุกขึ้นต่อต้านอำนาจ เขาจะต้องเคารพปฏิบัติตามกฎหมาย แม้ว่าในสายตาของพวกเขาตามกฎหมายจะไม่ยุติธรรมก็ตาม รากฐานของรัฐคือครอบครัว ปราศจากรากฐานประชาคมเช่นนี้ รัฐไม่อาจมีอยู่ได้¹¹ โบแดงอธิบายคุณลักษณะรัฐว่าการมีอำนาจหนึ่งทีถาวรและเป็นอำนาจสูงสุด อำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยนี้เป็นอำนาจที่โดยธรรมชาติแล้วติดมากับรัฐ ไม่อาจถูกจำกัดไม่ว่าด้วยเรื่องเงื่อนไขหรือด้วยข้ออ้างอิงต่างๆ ของศาสนจักร หรือแม้แต่โดยกฎหมาย รัฐที่ปราศจากอำนาจสูงสุดที่สมาชิกทุกคนและทุกกลุ่มเข้าด้วยกันไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจอธิปไตยก็คือพลังที่สร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาคมการเมือง หากปราศจากพลังเช่นนี้ ประชาคมการเมืองก็จะต้องสลายลง อำนาจอธิปไตยนี้แสดงออกถึง "การปกครองบังคับบัญชาและการเชื่อฟัง" ซึ่งจำต้องมีอยู่โดยธรรมชาติในทุกกลุ่มสังคม อำนาจอธิปไตยก็คือ "พลังอำนาจที่เด็ดขาดและถาวรของรัฐ"¹² จากคำอธิบายอำนาจอธิปไตยของโบแดง จะเห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐโดยกษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นองค์อธิปัตย์หรือถือว่ากษัตริย์เป็นรัฐอธิปัตย์ (Sovereign) ผู้มีอำนาจสูงสุดนั่นเอง¹³ ธรรมชาติของอำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีของโบแดงเป็นอำนาจที่ผูกติดกับการเกิดขึ้นของรัฐเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับรัฐ หากรัฐไม่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมล่มสลายลง และอำนาจอธิปไตยผูกพันแน่นแฟ้นกับจิตสำนึกของคนในสังคม โดยโบแดงกล่าวว่า "...กษัตริย์ใช้อำนาจนี้ชั่วชีวิตโดยสืบทอดกันอย่างต่อเนื่องบนราชบัลลังก์...รัฐประชาธิปไตยก็มีอำนาจในรูปแบบสังคมของตน...แต่จะไม่มีอำนาจอธิปไตยของข้าราชการคนหนึ่งหรือของสถานนิติบัญญัติที่ได้รับเลือกตั้งสำหรับระยะเวลาหนึ่ง บุคคลเหล่านี้ไม่ใช่้องค์อธิปัตย์แต่เป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่ (magistrats)" คำอธิบายนี้แสดงถึงความเป็นถาวรนิรันดร์ (perpétuelle) ของอำนาจอธิปไตยและทำให้มีการสืบทอดอำนาจหรือสืบทอดความต่อเนื่องของการสืบราชสมบัติ ซึ่งต่อมาแนวความคิดนี้เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้เกิดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และตามมาด้วยหลักการ กษัตริย์ไม่สวรรคต บัลลังก์กษัตริย์ไม่ใช่บัลลังก์ว่างเปล่า กษัตริย์มี 2 พระวรกาย คือ พระวรกายตามธรรมชาติ (le corps natuer) และพระวรกายทางการเมือง (le corps politique)¹⁴ ซึ่งพระวรกายตามธรรมชาติสลายลงได้ แต่พระวรกายทางการเมืองไม่อาจดับสลายลงเมื่อกษัตริย์องค์เดิมเสด็จสวรรคต กษัตริย์องค์ใหม่จะสืบราชสมบัติทันทีต่อเนื่องกัน ไม่มีช่องว่างของราชบัลลังก์ โบแดงอธิบายความเด็ดขาดของอำนาจอธิปไตยว่า "ผู้เป็นองค์อธิปัตย์จะต้องไม่อยู่ใต้การบังคับบัญชาของผู้อื่นใดและจะต้องสามารถออกกฎหมายและยกเลิกกฎหมายที่ไม่เป็น

¹¹ พงษ์เพ็ญ ศกุนตาทัย *ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่* นนทบุรี พิมพ์อักษร 2536 หน้า 25

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* หน้า 80

¹³ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า 215

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* หน้า 84

ประโยชน์เพื่อการออกกฎหมายใหม่ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงบัญญัติไว้ว่า กษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาดเกี่ยวกับพลังบังคับกฎหมาย" ความเป็นเด็ดขาดยังรวมถึงการไม่ผูกพันกับอำนาจของกษัตริย์องค์ก่อนๆ รวมถึงอำนาจกฎหมายของตนเอง โดยโบแดงกล่าวว่า "กษัตริย์ไม่อาจมัดพระองค์ของพระองค์เอง แม้ว่าพระองค์จะต้องการก็ตาม" กฎหมายต่างๆ ของกษัตริย์จึงจบลงด้วยคำว่า "นี่เป็นความปรารถนาของเรา (car tel notre plaisir)¹⁵ โบแดงอธิบายถึงกระบวนการของอำนาจอธิปไตยในการออกหรือยกเลิกกฎหมายว่า "สัญลักษณ์ประการแรกของกษัตริย์องค์อธิปัตย์คืออำนาจออกกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับทุกคนหมดและกับแต่ละคนเป็นส่วนตัว... โดยปราศจากการขอความยินยอมไม่ว่าจากผู้ที่ยิ่งใหญ่กว่าพระองค์ จากผู้ที่เท่าเทียมด้วยพระองค์หรือด้อยกว่าพระองค์: ถ้ากษัตริย์จำเป็นต้องออกกฎหมายด้วยความยินยอมของผู้ที่ยิ่งใหญ่กว่าพระองค์ กษัตริย์ก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองจริงๆ นี่เอง ถ้าต้องขอความยินยอมจากผู้ที่เท่าเทียมด้วยพระองค์ กษัตริย์ก็จะมีแต่มิตรสหาย ถ้าต้องขอความยินยอมจากผู้อยู่ใต้ปกครอง ไม่ว่าจะเป็สภาซีเนตหรือประชาชน กษัตริย์ก็จะไม่ใช่องค์อธิปัตย์" อำนาจออกกฎหมายของกษัตริย์ยังรวมไปถึงอำนาจในการที่จะยกเลิกจารีตประเพณีและจารีตประเพณีไม่อาจขัดต่อกฎหมาย ส่วนอำนาจอธิปไตยภายนอกแสดงออกโดยกษัตริย์สามารถที่จะทำสงครามและสันติภาพโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากใคร

โบแดงใช้แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยจำแนกรูปแบบการปกครอง ตามข้อเท็จจริง 3 แบบ คือ¹⁶

ก. รัฐประชาชน (L'Etat populaire) รัฐที่ประชาชนส่วนใหญ่บังคับบัญชาคนส่วนน้อยโดยทั้งหมดและปกครองบังคับบัญชาทุกคนหมดเป็นรายบุคคล ประชาชนมีอยู่เมื่อพวกเขาถูกผู้มีส่วนใหญ่มิว่าจะโดยรายบุคคล โดยชนชั้น หรือโดยตำบลได้เข้าไปมีส่วนร่วมในอำนาจอธิปไตย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ที่ซึ่งผู้อยู่ใต้การปกครองอิสระ (franc sujets) เป็นผู้ตัดสินใจด้วยเสียงข้างมาก ไม่ว่าจะโดยวิธีการเลือกตั้งใดหรือไม่ก็ตาม

ข. รัฐอภิชน (L'Etat aristocratique) "รูปแบบของรัฐที่ราษฎรคนส่วนน้อยปกครองคนส่วนมากทั้งหมด โดยอาศัยความเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและปกครองราษฎรแต่ละคนเป็นรายบุคคล ซึ่งตรงข้ามกับรัฐประชาชนที่คนส่วนใหญ่ปกครองคนส่วนน้อยในนามของคนส่วนรวม"

ค. รัฐกษัตริย์ (L'Etat monarchique) รัฐที่อำนาจอธิปไตยอันเด็ดขาด (la souverainete absolue) อยู่ที่กษัตริย์แต่ผู้เดียว เป็นรัฐที่องค์อธิปัตย์จะต้องเป็นบุคคลผู้หนึ่งไม่ใช่ประชาชนหรือคณะบุคคล จะไม่มีรัฐกษัตริย์ถ้ากษัตริย์ไม่มีอำนาจตัดสินใจสุดท้าย ถ้านอกเหนือกษัตริย์ออกไปยัง

¹⁵ พงษ์เพ็ญ สกุนตาทย์ *ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่* หน้า 26

¹⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 27

มีศาลประชาชนหรืออภิชนก็จะไม่มีรัฐกษัตริย์อีกเช่นกัน ในกรณีที่กษัตริย์สององค์ปกครองร่วมกัน โบแดงเห็นว่าเป็นระบอบที่ไร้สาระ โดยกล่าวว่า "โลกมนุษย์เราไม่อาจยอมรับการมีพระเจ้าสององค์ที่ทรงพลังอำนาจเท่ากันได้ฉันใด ก็ไม่อาจยอมรับการมีกษัตริย์สองคนที่มีอำนาจเท่ากันฉันนั้น"

โบแดงให้ความชื่นชอบต่อระบอบกษัตริย์ แม้ว่าโบแดงจะเห็นว่ากษัตริย์มีอำนาจอธิปไตย แต่โบแดงก็แยกอำนาจอธิปไตยออกจากหลักกรรมสิทธิ์ และกษัตริย์ต้องเคารพต่อกรรมสิทธิ์ของบุคคล โดยถือว่าไม่ใช่ทุกสิ่งเป็นขององค์อธิปไตย หากองค์อธิปไตยไม่เคารพกรรมสิทธิ์ของบุคคลจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ

แนวความคิดของโบแดงทำให้เกิดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น โบแดงเป็นนักปรัชญาชาวฝรั่งเศส เป็นอาจารย์สอนกฎหมายที่เมืองตูลูส (Toulouse) รวมทั้งเป็นอัยการที่ลาอง (Laon) ใน ค.ศ. 1576 และ 1577 โบแดงยังเข้าร่วมงานในสภานานนครแห่งบลัวส์ (les Etat de Blois) ในฐานะผู้แทนแวร์มันด์ัวส์ (député du vermandois)¹⁷ แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของโบแดงจึงมีผลต่อการสร้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในประเทศฝรั่งเศส ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของโบแดงเป็นการปฏิเสธซึ่งอำนาจจากภายนอกของจักรพรรดิและพระสันตะปาปา ปฏิเสธอำนาจภายในจากเจ้าศักดินาหรือองค์กรอื่น ศาสตราจารย์เพลโล (Prélot) สรุปว่า "การที่ทำให้อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกมิได้ (indivisible) โบแดงต้องการระบอบกษัตริย์ การให้อำนาจอธิปไตยโอนไม่ได้ (non déléguée) ก็เพื่อไม่ให้มีเลือกตั้ง การให้อำนาจอธิปไตยถดถอยไม่ได้ (irrévocable) โบแดงสร้างหลักการให้อำนาจนี้แก่กษัตริย์คนเดียวแล้วไม่มีใครเพิกถอนได้อีก การให้อำนาจนี้ถาวร (perpétuelle) โบแดงต้องการให้มีการสืบราชสมบัติ การให้อำนาจนี้สิ้นพัน (suprême) โบแดงเห็นว่าไม่มีอำนาจใดอีกที่จะเหนือกว่าอำนาจกษัตริย์ ไม่ว่าจะเป็นสันตะปาปา จักรพรรดิ สำหรับกรณีนอกรัฐหรือชนทั้งหลาย รวมทั้งปาร์เลอมองภายในรัฐด้วย"¹⁸

นักปรัชญาคนต่อมาที่ทำให้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ขยายจนกลายเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์คือ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes ค.ศ. 1588-1679) นักปรัชญาชาวอังกฤษ ซึ่งจบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ดเมื่ออายุ 19 และเป็นอาจารย์สอนหนังสือในครอบครัวตระกูลคาเวนดิช (la noble famille des Cavendish) ฮอบส์มีนิสัยส่วนตัวในวันเด็กที่หวาดกลัวต่อการเรียนการสอนปรัชญาในสมัยกลาง การโต้เถียงเรื่องศาสนา กษัตริย์ การตีความคำภีร์ไบเบิล (la Bible) หรือสิทธิในมโนธรรมของบุคคล ใน ค.ศ.1604 สงครามกลาง

¹⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 21

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 31

เมืองใกล้จะเกิดขึ้นทำให้ฮอบส์หวาดกลัวและหนีจากอังกฤษไปอยู่ที่ปารีสและเป็นครูสอนคณิตศาสตร์ให้แก่ผู้ที่ขึ้นครองราชย์เป็นพระเจ้าชาร์ลที่ 2¹⁹ ชื่อเขียนของฮอบส์ที่สำคัญที่สุดคือ *Leviathan or The Mater, Former and Power of a Common Wealth, Ecclesiasticall* แปลเป็นภาษาไทยคือ ลิเวียทัน หรือว่าด้วยแก่นสาร รูปแบบ และพลังอำนาจของรัฐ อำนาจของพระ และอำนาจทางการเมือง²⁰ ฮอบส์อธิบายธรรมชาติของมนุษย์ว่าเห็นแก่ตัวและโหดร้าย แต่มนุษย์ต่างจากสัตว์ที่มีเหตุผล มนุษย์มีเพื่อนร่วมโลกและเป็นสภาวะธรรมชาติ มนุษย์ผู้อื่นก็คือคู่แข่ง โดยทั่วไปมนุษย์ทุกคนจะเท่าเทียมกันกับมนุษย์อีกคนหนึ่ง "คนที่อ่อนแอที่สุดก็ยังมีกำลังพอที่จะฆ่าคนที่แข็งแรงที่สุด ซึ่งอาจกระทำโดยใช้กลอุบายหรือโดยการเข้าร่วมเป็นสมัครพรรคพวกกับคนอื่น ๆ ซึ่งถูกคุกคามจากอันตรายอย่างเดียวกับเขา"²¹ ความเท่าเทียมกันนี้เองที่ทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน การชิงดีชิงเด่นกันทำให้เกิดสงครามระหว่างมนุษย์ที่จะรบราฆ่าฟันกัน มนุษย์จะต้องออกจากสภาวะเช่นนี้ถ้าไม่ยอมถูกทำลายล้าง ความรู้สึกตามเหตุผลของมนุษย์ส่วนหนึ่งที่จะทำให้มนุษย์มุ่งไปสู่สันติภาพคือความกลัวตาย เหตุผลนั้นทำให้มนุษย์เห็นบทบาทบุญดีแห่งสันติภาพ ฮอบส์สรุปกฎธรรมชาติอย่างง่าย ๆ ว่า "จงอย่าทำกับผู้อื่นในสิ่งที่ท่านไม่อยากจะให้เขาทำกับท่าน" เพราะฉะนั้น "จงทำความตกลงกันที่จะสละสิทธิอันเด็ดขาดเหนือทุกสิ่งของแต่ละท่านซึ่งมีความเท่าเทียมกันมีอยู่ในสภาวะธรรมชาติและข้อตกลงนี้จึงมีเจตจำนงที่จะเคารพปฏิบัติตาม" ข้อตกลงนี้จะมีอำนาจหนึ่งที่ไม่อาจต้านทานได้ ที่มองเห็นและสัมผัสได้ ที่มีกำลังลงโทษบังคับให้ปฏิบัติตาม คือ รัฐหรือ Commonwealth ที่มนุษย์สร้างขึ้น มนุษย์โอนสิทธิตามธรรมชาติที่เด็ดขาดมีเหนือทุกสิ่งทุกอย่างให้กับบุคคลที่สาม โดยสัญญาที่กระทำ "ระหว่างกันและกัน" และมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมือง เจตจำนงหนึ่งเดียวของบุคคลที่สาม (อาจเป็นบุรุษหรือสภานึงก็ได้) จะเข้าแทนที่เจตจำนงของทุกคน แต่บุคคลที่สามอยู่นอกพันธะผูกพันสัญญาที่ฝูงชนกระทำระหว่างกันโดยขึ้นเชิง บุคคลที่สามนี้คือ เลวีเอตัน (Léviathan) เรียกว่า ผู้ยิ่งใหญ่หรือพระเจ้าแห่งพื้นพิภพ (dieu mortel) ผู้ให้สันติภาพและความคุ้มครองแก่พวกเราด้วยความช่วยเหลือของพระผู้เป็นเจ้า (Dieu immortel) อาศัยสิทธิในการเป็นตัวแทนสมาชิกแต่ละคนของ Commonwealth (รัฐ) เขาผู้นี้ได้ครอบครองอำนาจและพลังอันมากมายมหาศาลที่ทำให้เขาสามารถนำเจตจำนงของพวกเราทั้งหมดไปสู่สันติภาพภายในรัฐและเป็นผู้นำในการช่วยเหลือซึ่งกันและกันเพื่อต่อต้านศัตรูจากภายนอก

¹⁹ พงษ์เพ็ญ ศกุนตาภัย *ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่* นนทบุรี พิมพ์อักษร 2536 หน้า 35

²⁰ ศุภชัย ศุภผล "สัญญาและ ความหมายที่ซ่อนอยู่บนหน้าปกหนังสือลิเวียทันของโทมัสฮอบบส์" *วารสารวิภาษ* 6, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2555) : 42-53 หน้า 43

²¹ พงษ์เพ็ญ ศกุนตาภัย *ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่* หน้า 35

ทั้งนี้ทั้งนั้น ก็ด้วยความเกรงกลัวที่เรามีต่อเขาตนเอง²² ทฤษฎีของฮอบส์นี้มนุษย์เป็นผู้ทำให้เกิดรัฐ โดยการทำสัญญาระหว่างกันว่าจะมอบอำนาจให้แก่รัฐเพื่อให้รัฐใช้อำนาจเพื่อความสงบสุขของสังคม และรัฐนี้คือองค์อธิปัตย์ไม่ว่าจะเป็นบุรุษผู้หนึ่ง หรือสภาฯ หนึ่ง แต่ฮอบส์ก็ยังมีทัศนะนิยมนะบบกษัตริย์เช่นเดียวกับโบแดง สิทธิตามธรรมชาติที่สละให้ห้ององค์อธิปัตย์แล้วไม่สามารถถอนคืนเป็นการสละโดยเด็ดขาด อำนาจอธิปไตยของฮอบส์ไม่อาจที่จะแบ่งแยก ไม่อาจมีระบบผสม เพราะการแบ่งแยกคือการทำลายล้างองค์อธิปัตย์

นอกจากฮอบส์แล้ว ยังมีนักคิดชาวฝรั่งเศสอีก 3 คน ที่เสนอทฤษฎีอำนาจอธิปไตย อันนำไปสู่ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ การ์แดง เลอ เบร (Cardin le Bret ค.ศ. 1558-1655) นักกฎหมายและที่ปรึกษาของกษัตริย์ฝรั่งเศส 4 พระองค์ เขียนหนังสือชื่อ อำนาจอธิปไตยของกษัตริย์ (De la souveraineté des rois ค.ศ. 1632) ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ได้มาจากพระเจ้าโดยตรง ริชเชอริเออ (Richelieu ค.ศ. 1585-1642) พระและนายกรัฐมนตรีนในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 13 เขียนหนังสือชื่อ พิณัยกรรม (La Testament) ยืนยันทฤษฎี "เหตุผลและความจำเป็นของรัฐ" (raison d'Etat) ที่แมคคีโออาเวลลีเสนอ โบซุเอต์ (Bossuet ค.ศ.1627-1704) พระและครูรัชทายาทฝรั่งเศส เขียนหนังสือชื่อ "การเมืองการปกครองที่สกัดจากพระคัมภีร์อันศักดิ์สิทธิ์" (la politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte ค.ศ. 1670) โบซุเอต์ถือว่าพระเจ้าเป็นที่มาของสังคมมนุษย์ อำนาจรัฐมาจากพระเจ้า มนุษย์ต้องเชื่อฟังอำนาจรัฐและกษัตริย์ ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่กษัตริย์ปกครองและมีอำนาจสูงสุดเป็นระบบที่ดีที่สุด²³

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในประเทศฝรั่งเศส ปราบปรามการก่อกำเนิดขึ้นของรัฐและการสืบเนื่องของราชสมบัติทำให้เริ่มมีการแยกสถาบันออกจากตัวบุคคล กษัตริย์ฝรั่งเศสพยายามขยายอำนาจ และจัดตั้งสถาบันต่างๆ ขึ้น และอ้างกฎหมายโรมันและกฎหมายศักดินาเพื่อขยายอำนาจตนเอง โดยกษัตริย์ไม่ต้องขึ้นกับใครและเป็นที่มาของความยุติธรรมทั้งปวง กษัตริย์เป็นตัวแทนผลประโยชน์ของชาติ กษัตริย์ฝรั่งเศสเปลี่ยนสภาที่ปรึกษา (Curia regis) เป็นองค์กรแบบราชการถาวรสำหรับการตัดสินใจคดีและการบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนสภาฐานันดร (Etats généraux) ซึ่งประกอบไปด้วยพระขุนนาง และสามัญชน ที่ใช้ประชุมในกรณีที่มีปัญหาระหว่างสันตะปาปากับกษัตริย์ ก็ไม่เคยเรียกประชุมอีกเลยนับแต่ปี 1614 สมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 13 เนื่องจากมีการยอมรับว่ากษัตริย์มีอำนาจเก็บ

²² เรื่องเดียวกัน หน้า 40

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 33

ภายในทุกปีเป็นการถาวรเว้นแต่การกำหนดประเภทภาษีใหม่ ในยุคที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ที่สุดคือ สมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ซึ่งเรียกตัวเองจนเป็นคำพูดอมตะว่า "รัฐรี คือตัวฉันนี่เอง" (Etat, c'est moi !)

สถาบันของ "รัฐ" ที่แยกออกจากตัวบุคคล อำนาจสูงสุดที่เรียกว่า "อำนาจอธิปไตย" และความล้นพ้นของ "สมบูรณาญาสิทธิราชย์" แสดงออก ดังนี้²⁴

ประการแรก หลัก "กษัตริย์ไม่สวรรคต" (le roi me meurt pas en France) ปี ค.ศ. 1270 เมื่อกษัตริย์องค์เดิมสวรรคตราชเลขาธิการ (Chancellor) จะประกาศว่ากษัตริย์องค์ใหม่ขึ้นครองราชย์ทันทีดังคำที่ชาวฝรั่งเศสประกาศว่า "พระเจ้าแผ่นดิน (องค์เดิม) สวรรคตแล้ว ขอพระเจ้าแผ่นดิน (องค์ใหม่) ทรงพระเจริญ" (le roi est mort, vive le roi !) หลักนี้แสดงความต่อเนื่อง ถาวร (perpétuel) ของอำนาจอธิปไตย โบแดงกล่าวว่า อำนาจไม่ตายไปพร้อมกับตัวตน แสดงถึงอำนาจที่แยกเป็นสถาบัน แยกออกจากตัวบุคคล บุคคลเป็นผู้ถือและใช้อำนาจแทนสถาบัน สถาบันก็คือรัฐ และเป็นที่มาทฤษฎีว่า กษัตริย์มี 2 พระวรกาย คือ พระวรกายหนึ่งตายได้ แต่อีกพระวรกายหนึ่งเป็นอมตะ เป็นการแยกหน้าที่ (fonction) ออกจากตัวบุคคล (personne)

ประการที่สอง "กษัตริย์ไม่จำเป็นต้องทำตามภาระที่กษัตริย์องค์ก่อนก่อไว้" (le roi n'est pas tenu des obligations de ses prédécesseurs) ทำให้การเป็นรัชทายาทไม่ใช่การรับมรดกในกฎหมายแพ่ง กษัตริย์องค์ใหม่ไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ส่วนพระองค์ที่องค์เดิมก่อไว้ ไม่ต้องรับภาระเลี้ยงดูคนใกล้ชิดกษัตริย์องค์ก่อน ไม่ต้องยึดกฎหมายที่กษัตริย์องค์ก่อนออกไว้ กษัตริย์องค์ใหม่มีอำนาจแก้ไขกฎหมายตลอดเวลา

ประการที่สาม กษัตริย์มีอำนาจสูงสุดทุกประการในประเทศ มีอำนาจนิติบัญญัติ มีอำนาจบริหาร การเงิน การคลัง การทหาร มีอำนาจตุลาการ เลอ เบร เคยเขียนไว้ว่า "กษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตยแต่พระองค์เดียวในพระราชอาณาจักร" ข้อจำกัดมีเพียงเฉพาะตามจารีตประเพณีที่เรียกว่า "กฎหมายพื้นฐานของแผ่นดิน" (lois fondamentales du royaume)

1.4 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน จากยุคที่อ้างอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ทำให้เกิดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างสมบูรณ์ในประเทศฝรั่งเศสในรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ความเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดแต่ผู้เดียวทำให้เกิดความไม่พอใจต่อการใช้อำนาจที่ไม่ชอบธรรม นักปรัชญาการเมืองยุคใหม่ที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ และปรัชญาเสรีนิยมทางการเมืองพยายามที่จะจำกัดอำนาจกษัตริย์ให้ลดลงและทำให้การปกครองเป็น

²⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 39

เรื่องของคนส่วนใหญ่ โดยให้ความสำคัญแก่ความเป็นปัจเจกชน (individualism) และประณามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และเสนอการปกครองโดยประชาชน นักปรัชญาคนสำคัญคือ จอห์น ล็อก (John Lock ค.ศ. 1632-1704) ล็อกมีบิดาเป็นนักกฎหมาย และเข้าศึกษาที่คอลลิจเวสต์มินสเตอร์ (college de Westminster) และมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ล็อกเติบโตขึ้นท่ามกลางความปั่นป่วนที่อยู่ไปในมหาวิทยาลัยในอังกฤษในความคิดเกี่ยวกับศาสนา และปรัชญาการเมืองล็อกประกอบอาชีพเป็นแพทย์และรู้จักกับนักการเมืองชื่อ ลอร์ด แอชลีย์ (Ashley) ซึ่งต่อมาเป็นเอิร์ลแห่งชาฟเบอร์รี่ (Earl of Shaftesbury) ขณะที่ล็อกมีอายุ 35 ปี พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ขัดแย้งกับรัฐสภา ชาร์ฟเบอร์รี่ต่อสู้กับกษัตริย์แต่พ่ายแพ้จนต้องหลบหนีไปอยู่ที่ฮอลแลนด์ สภาพการเมืองของอังกฤษในช่วงเวลาดังกล่าวมีแต่ความวุ่นวาย ล็อกจึงเดินทางไปอยู่ที่ฮอลแลนด์เป็นเวลาห้าปี ต่อมาเมื่อพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ลี้ภัยหนี พระอนุชาพระนามว่าพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ขึ้นครองราชย์แทนและประกาศตนเป็นคาทอลิกทำให้คนอังกฤษไม่พอใจเป็นอย่างมาก เนื่องจากคนอังกฤษส่วนใหญ่เป็นพวกโปรเตสแตนต์ ชาวอังกฤษส่วนใหญ่ ขุนนาง และศาสนสำนักของอังกฤษ จึงขอให้ วิลเลียมแห่งออเรนจ์ (William of Orange) ให้เป็นผู้นำฝ่ายโปรเตสแตนต์เพื่อต่อสู้กับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1688 วิลเลียมจึงนำทัพเรือบุกฝั่งอังกฤษ พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ทรงหวาดกลัวและเสด็จลี้ภัยไปเสียก่อน ต่อมาเรียกเหตุการณ์นี้ว่า การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (The Glorious Revolution) รัฐสภาทูลเชิญวิลเลียมและเจ้าหญิงแมรีขึ้นครองราชย์ โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องลงพระนามใน The Bill of right และลงพระนามว่าจะไม่ประพฤติดนดั่งเช่นพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 หลังจากล็อกอยู่ที่ฮอลแลนด์ก็เดินทางกลับอังกฤษพร้อมกับการเดินทางของเจ้าหญิงแมรีในเดือนกุมภาพันธ์ 1689 โดยล็อกนำหนังสือที่สร้างชื่อเสียงให้แก่ล็อกกลับมาคือ หนังสือว่าด้วยการเมืองการปกครอง²⁵ จะเห็นว่าช่วงชีวิตของล็อกพบกับความผิดหวังในอำนาจของกษัตริย์ งานเขียนของล็อกจึงแสดงถึงความไม่พอใจต่อระบบการปกครองแบบกษัตริย์ ล็อกอธิบายในงานเขียนโดยอ้างถึงสภาวะตามธรรมชาติและสัญญาดั้งเดิมที่ทำให้กำเนิดสังคมการเมือง แต่สิทธิตามธรรมชาติในงานของล็อกเป็นสิทธิที่ยังคงดำรงอยู่มิได้หมดไปเมื่อสละสิทธิเข้าเป็นส่วนร่วมในสังคม ล็อกอธิบายว่าสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสภาวะที่เสมอภาค และเป็นอิสระ มนุษย์ทุกคนย่อมมีความสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินตราบเท่าที่เขามีความสามารถในการหาได้ แต่สภาพความเสมอภาคและอิสระของมนุษย์นั้นจะยังพบกับความไม่สะดวกสบาย หากมนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคมก็จะต้องมีความเป็นอยู่ที่ดีกว่า สภาวะธรรมชาติมีหลายสิ่งที่คุกคามต่อเสรีภาพและความเสมอภาคตลอดจนทรัพย์สิน สิ่งขาดที่ไปในสภาวะธรรมชาติคือ กฎหมายที่ยินยอมร่วมกัน ผู้พิพากษาที่เป็นที่ยอมรับและเที่ยงธรรม และอำนาจ

²⁵ พงษ์เพ็ญ ศกุนตาทย์ *ทฤษฎีการเมืองยุคใหม่* หน้า 49

บังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา สิ่งเหล่านี้จะพบก็ได้แต่ในสังคม ล็อกกล่าวว่า "มนุษย์ซึ่งอิสระเสรี และเสมอภาคกันโดยธรรมชาติ ไม่อาจจะยอมให้ถูกกดขี่หรือกดขี่ออกจากสถานะนี้ และถูกบังคับให้อยู่ใต้อำนาจการเมืองของผู้อื่นโดยปราศจากความยินยอมของตนเอง และโดยความยินยอมนี้ มนุษย์สามารถทำความตกลงกับมนุษย์อื่นในการที่จะเข้ามาอยู่ร่วมกันและรวมกันเป็นสังคมเพื่อการดำรงอยู่ของพวกเขาเอง เพื่อความปลอดภัยของกันและกัน เพื่อความสงบสุขแห่งชีวิตของพวกเขา เพื่อการแสวงหาความสุขอย่างสันติจากสิ่งที่เป็นของพวกเขาเอง และเพื่อให้รอดพ้นได้ดียิ่งขึ้นจากการรุกรานของผู้ที่ต้องการก่อความวุ่นวายและทำร้ายพวกเขา"²⁶ ล็อกเห็นว่า มนุษย์ดำรงอยู่ร่วมกันเป็นสังคมการเมือง เพราะมนุษย์สละสิทธิที่จะลงโทษด้วยตัวเอง และยอมรับอำนาจบังคับที่มีเหนือตัว อำนาจในการที่จะลงโทษผู้ละเมิด การสละสิทธิในการลงโทษผู้ละเมิดถือว่าเป็นมูลฐานของสัญญาประชาคม รัฐจึงเกิดจากการสละสิทธิของมนุษย์เพื่ออยู่ร่วมกันเป็นสังคม และมนุษย์คนอื่นที่เข้าร่วมภายหลังก็ต้องยอมรับปฏิบัติตามกฎของสังคม แต่การสละสิทธิไม่ตัดสิ้นความด้วยตนเอง ไม่ใช่การสละสิทธิอย่างไม่มีขอบเขต ไม่ใช่การทำลายล้างสิทธิที่มีแต่เดิม ล็อกยังแบ่งแยกอำนาจออกเป็นการออกกฎหมาย การใช้กฎหมายซึ่งใช้โดยฝ่ายบริหารและฝ่ายยุติธรรม และอำนาจดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งอำนาจทั้งหมดนี้ไม่ควรไปรวมอยู่ที่คนๆ เดียว หรือกลุ่มบุคคลเดียวกัน อำนาจนิติบัญญัติมีความสำคัญมากกว่าอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุดและศักดิ์สิทธิ์เป็นจิตวิญญาณของสังคม แต่อำนาจนิติบัญญัติจะมีขอบเขตราบเท่าที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะประโยชน์ เพราะอำนาจนิติบัญญัติมาจากอำนาจดั้งเดิมของสมาชิกแต่ละคนที่รวมกัน เมื่อสังคมก่อตัวขึ้นอำนาจนิติบัญญัติจึงไม่อาจมีอำนาจเหนือกว่าอำนาจดั้งเดิมของสมาชิกในสังคมและเช่นเดียวกับฝ่ายบริหารที่ถือว่าประชาชนยินยอมเข้าร่วมเป็นสังคม และมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารเพื่อดำเนินการสาธารณะประโยชน์ของประชาชน หากผู้ปกครองไม่ว่าจะเป็นกษัตริย์หรือรัฐสภาใช้อำนาจที่ขัดต่อประโยชน์ของประชาชน ประชาชนจึงเอาอำนาจกลับคืนมาได้ ประชาชนเพียงแต่มอบหมายอำนาจให้ใช้เพื่อความผาสุกเท่านั้น ประชาชนมิได้ทำสัญญาว่าจะอยู่ใต้อำนาจแต่อย่างใด ในทฤษฎีของล็อกจึงเห็นว่าประชาชนสามารถที่จะล้มล้างผู้ปกครองที่ไม่ชอบถือเป็นสิทธิอันชอบธรรมของประชาชน

นักปรัชญาอีกคนหนึ่งที่อ้างถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนคือ ฌอง ฌาค รูสโซ (Jean Jacques Rousseau ค.ศ. 1712-1778) รูสโซเป็นชาวฝรั่งเศสเกิดที่เจนีวา บิดาของรูสโซคือ อีสซัค (Issac Rousseau) ซึ่งต้องเนรเทศตัวเองออกจากเจนีวาถึงสองครั้งเพราะเหตุที่ไม่ลงรอยกับผู้ปกครองรัฐเจนีวา บิดารูสโซผลาญมรดกที่ทวดของรูสโซเคยตกทอดไว้ให้จนเกือบหมด เมื่อบิดา

²⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 53

ไม่อยู่เจนิวา รุสโซจึงอยู่ภายใต้การดูแลของป้าๆ และน้าๆ รุสโซถูกส่งเข้าโรงเรียนแต่ก็ต้องออกจากโรงเรียนเนื่องจากปัญหาทางการเงิน จึงถูกส่งเข้าฝึกงานกับช่างแกะสลักที่เป็นคนหยาบช้าและคร่ำครึ รุสโซจึงตัดสินใจหนีออกจากเจนิวาเมื่ออายุ 16 ปี รุสโซเดินทางไปอยู่กับมาดาม เดอ วารังส์ ผู้ดูแลผู้หลบหนีจากนครรัฐเจนิวา และรุสโซเป็นชู้กับมาดาม เดอ วารังส์ 9 ปี จากนั้น จึงย้ายไปอยู่ที่เมืองลี้ียง (Lyon) ประกอบอาชีพสอนหนังสือ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ ต่อมาทำหน้าที่เป็นเลขานุการเอกอัครราชทูตกษัตริย์ฝรั่งเศสแห่งประจำสาธารณรัฐเวนิส แต่ทำไม่นานก็มีเรื่องขัดแย้งกับทูตจึงเดินทางกลับมาอยู่ที่ปารีสปี ค.ศ. 1745 งานเขียนของรุสโซที่ทำให้มีชื่อเสียงคือ เมื่อรุสโซส่งบทความเข้าประกวดในหัวข้อ "ความเจริญก้าวหน้าของศิลปะและศาสตร์ต่างๆ ได้ทำให้มนุษย์ดีขึ้นและมีความสุขมากขึ้นจริงหรือไม่" โดยบัณฑิตยสถานแห่งเมืองดิฌ็องจัดขึ้น (L'Academie de Dijon) รุสโซได้รับรางวัลที่หนึ่ง ต่อมาในปี ค.ศ. 1753 บัณฑิตยสถานแห่งเมืองดิฌ็อง (Dijon) จัดประกวดเรียงความเรื่อง "ต้นกำเนิดแห่งความไม่เสมอภาคของมนุษย์" (L'origine de l'inégalité parmi les hommes)²⁷ รุสโซก็ส่งบทความเข้าประกวดเช่นกันแต่ไม่ได้รับรางวัลเช่นเดียวกับครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1762 รุสโซเขียนหนังสือเรื่อง "สัญญาประชาคม" (Do Contrat Social) ซึ่งแตกต่างจากสัญญาประชาคมของฮอบส์ รุสโซเห็นว่าสถานะตามธรรมชาติเป็นสถานะที่ผาสุก มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพเป็นอิสระมีความเท่าเทียมกัน แต่เมื่อเกิดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทำให้มนุษย์ชั่วร้าย ความต้องการในการปกป้องรักษากรมสิทธิ์ทำให้มนุษย์ต้องสร้างรูปแบบการปกครองที่ป้องกันคนยากจนกลายเป็นรัฐบาลที่นำมาซึ่งความไม่เสมอภาคไม่เป็นธรรมมากขึ้น จนกระทั่งมนุษย์ต้องหารูปแบบสังคมใหม่ สังคมใหม่คือการที่มนุษย์ยินยอมเข้าร่วมกันเป็นสังคมด้วยความพร้อมใจกัน ไม่ใช่กำลังบังคับ ก่อให้เกิดสัญญาประชาคม สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่นว่า "เราจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมและเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกับทุกคนไม่ใช่กับใครคนใดคนหนึ่ง โดยนัยนี้ เขาผู้นั้น ไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเอง และยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน"²⁸ รุสโซสร้างรัฐอธิปไตยจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน (volonté générale) เจตนารมณ์ร่วมกันเป็นเจตนารมณ์ของสังคมไม่ใช่ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เป็นสูงสุดไม่มีทางที่จะขัดกับประโยชน์ของสมาชิกของสังคม มีลักษณะที่ละเมิดมิได้ ลบล้างมิได้ โอนมิได้ แบ่งแยกมิได้ ไม่สิ้นสุดอยู่เสมอคล้ายเจตนารมณ์ร่วมกันไม่ใช่เจตนารมณ์เอกฉันท์ (volonté unanime) เสียข้งมาก

²⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 90

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 53

ยอมแสดงออกถึงเจตนารมณ์ร่วมกัน รูสโซ่สมมติทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแต่ละคนว่า (la thèse de la souveraineté fractionnée) ขึ้นว่า "สมมติว่า รัฐประกอบด้วยคนหมื่นคน สมาชิกแต่ละคนของรัฐย่อมมีส่วนหนึ่งในหมื่นของอำนาจอธิปไตย... เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ ต้องนับทุกส่วนร่วมกันเข้ามาทั้งหมด" รูสโซ่สร้างทฤษฎีสัญญาประชาคมให้เป็นที่มาของ "อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน" (souveraineté populaire) รูสโซ่มองผู้แทนเป็นเพียงกรรมการที่ประชาชนตั้งขึ้น รูสโซ่ให้ความสำคัญกับประชาธิปไตยทางตรง (democratie directe) การออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วมกันมี 2 วิธี คือ ประชาชนออกเอง อีกวิธีคือ มีผู้เสนอกฎหมายแล้วให้ประชาชนลงมติ²⁹ รูสโซ่สร้างทฤษฎีความเป็นผู้แทนของปวงชน ประชาชนมีสิทธิเลือกตั้งผู้แทนเข้าไปบริหารประเทศ สิทธิการเลือกตั้งจึงเป็นของประชาชนจะจำกัดสิทธิเลือกตั้งไม่ได้ ผู้แทนที่เลือกเข้าไปจะต้องปฏิบัติตามแนวของประชาชน มิฉะนั้นอาจถูกถอดถอนโดยประชาชน สมาชิกรัฐสภาเป็นเพียงผู้แทน (les mandataires) ที่ประชาชนตั้งมาเท่านั้น ผู้บัญญัติกฎหมายที่แท้จริงคือประชาชน โดยมีรัฐสภาเป็นเครื่องมือ อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

1.5 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

แนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมาจากผลงานของ ซีเอเยส์ นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสและมีบทบาทสำคัญต่อการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 ผู้เขียนหนังสือ "ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์.." (Essai sur les privilèges ค.ศ. 1789) และ "อะไรคือสามัญชน?" (Qu'es-ce que le Tiers Etat?) ซีเอเยส์ได้รับการเลือกตั้งเป็นสภานิติบัญญัติ และเข้าสู่สภาราษฎรและสภาวงซ็อง (Conventio) หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ต่อมายังได้รับการแต่งตั้งให้เป็น 1 ใน 3 กงสุลในจักรวรรดิที่ 1 ของนโปเลียน³⁰ ซีเอเยส์กล่าวว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งแยกมิได้ (indivisible) ทำให้ประชาชนไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย แต่การรวมตัวทั้งหมดของประชาชนในนามของชาติ (la nation) เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย ประชาชนมีสิทธิเพียงเลือกตัวแทนเข้าไปในนามของชาติ ผู้แทนที่เลือกเข้าไปจึงไม่ใช่ผู้แทนของประชาชนแต่เป็นผู้แทนของชาติ และมีอำนาจเป็นอิสระจากประชาชน (la mandat impératif) ความเป็นอิสระของผู้แทนเป็นอำนาจของผู้แทน (la mandat représentatif) ก่อให้เกิดทฤษฎีการเป็นผู้แทน (la théorie représentative) เรียกว่าเป็นประชาธิปไตยแบบทางอ้อม (la démocratie)³¹ ซีเอเยส์เห็นว่า "ชาติ (la nation) มีอยู่ก่อนสิ่งอื่นใด เป็นที่มาของทุกสิ่ง เจตนารมณ์ของชาติ จึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นกฎหมายในตัวเอง" ชาติเกิด

²⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 54

³⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 57

³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

จากการรวมตัวของพลเมืองทุกคน ถ้าแยกเป็นแต่ละคนแล้วก็จะไม่มีอะไรเลย แต่ถ้ารวมทุกคนแล้ว ย่อมเป็นทุกสิ่งทุกอย่าง ซีเอเยสส์ยืนยันความเห็นนี้ในหนังสือ "อะไรคือสามัญชน" โดยเห็นว่า สามัญชน คือ คนทุกคนซึ่งรวมเป็นชาติ และเพราะระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้ความสำคัญแก่คนกลางกลุ่ม โดยเฉพาะกษัตริย์ ขุนนาง พระ คนเหล่านี้จึงกลายเป็นอภิสิทธิ์ชน สามัญชนส่วนใหญ่กลับไม่มีสิทธิใด ซีเอเยสส์เห็นว่าแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนตาม ทฤษฎีเจตนารมณ์ร่วมกัน ไม่อาจใช้ได้จริง ควรถือเป็นเจตนาของชาติ (volonté nationale) ที่จะออก กฎหมายได้โดยผ่านผู้แทนสามัญชนที่มีจำนวนสัดส่วนที่แท้จริงของสามัญชนในชาติ เจตนารมณ์ ของชาติจึงผ่านทางผู้แทนที่เลือกโดยประชาชน และเมื่อได้รับการเลือกแล้วก็จะเป็นผู้แทนของชาติ ไม่ใช่ของประชาชน ผู้แทนจึงมีอิสระไม่ผูกมัดกับสัญญาใดๆ ที่ประชาชนเลือก แต่มีอิสระที่จะทำ หน้าที่แทนชาติ³² แนวคิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแตกต่างจากแนวคิดทฤษฎีอำนาจ อธิปไตยเป็นของปวงชน ดังนี้³³

ประการแรก ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนถือว่าการเลือกตั้งเป็นสิทธิ (le suffrage) แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติถือว่าการเลือกตั้งเป็นหน้าที่ที่ประชาชนต้องกระทำ ในนามชาติ ชาติจึงกำหนดความสามารถในการเลือกตั้งของประชาชน เรียกว่า สิทธิในการ ลงคะแนนเสียงที่สงวนไว้สำหรับผู้ที่มิคุณสมบัติเฉพาะ (le suffrage restreint)

ประการที่สอง ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนถือว่าการเลือกตั้งมีลักษณะ เป็นการทั่วไป (le suffrage universel) เพราะการเลือกตั้งเป็นสิทธิ การจำกัดสิทธิในการลงคะแนน เลือกตั้งเหตุเพราะพื้นเพแหล่งกำเนิด ความยากจนหรือการศึกษาอบรมทำไม่ได้ แต่ทฤษฎีอำนาจ อธิปไตยเป็นของชาติถือว่าการเลือกตั้งเป็นหน้าที่ ชาติจึงเป็นผู้มีสิทธิกำหนดบุคคลผู้มีหน้าที่ในการ ลงคะแนนเลือกตั้ง

ประการที่สาม ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนเห็นว่าสมาชิกรัฐสภาต้องอยู่ ภายใต้อำนาจบังคับประชาชน เนื่องจากประชาชนเป็นผู้เลือกผู้แทน แต่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็น ของชาติเห็นว่าสมาชิกรัฐสภามีอำนาจอิสระจากประชาชน สมาชิกรัฐสภาเป็นผู้แทนในนามของ ชาติจึงมีอิสระและมีอำนาจในตัวเอง

แม้ว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ จะเข้ากันไม่ได้เนื่องจากมุมมองต่ออำนาจอธิปไตยที่ต่างกันในส่วนเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของอำนาจ

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชน ใน ยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 53

³³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* หน้า 88-89

อธิปไตย แต่ในปัจจุบันมีการยอมรับเอาแนวคิดทั้งสองผสมผสานเข้าด้วยกัน ดังที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 3 บัญญัติว่า "อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงลงประชามติ"

2. บริบทของรัฐธรรมนูญ

คำว่า "รัฐธรรมนูญ" มีผู้ให้คำนิยามไว้ตามลักษณะของรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันไป ในประเทศไทยรู้จักคำว่า "ธรรมนูญ" มาก่อนจากกฎหมายเก่า เช่น กฎหมายตราสามดวงสมัยรัชกาลที่ 1 คือ ลักษณะพระธรรมนูญ พลตรีพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงษ์ประพันธ์ทรงอธิบายว่า คำว่า "ธรรมนูญ" มาจากภาษาบาลีคำว่า "ธมฺมานุญโย" จึงต้องเขียนว่า "ธรรมนูญ" ซึ่งมีความหมาย คือ การประทับฟ้อง การกำหนดอำนาจการปกครอง และผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกฎหมาย ภายหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 จึงมีการใช้คำว่า "รัฐธรรมนูญ" เป็นครั้งแรกในการเรียกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475³⁴ คำว่า "รัฐธรรมนูญ" ตรงกับคำในภาษาอังกฤษ "Constitution" ในต่างประเทศมีผู้ให้คำนิยามรัฐธรรมนูญไว้ อาทิเช่น

Marcel Prelot นักรัฐศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ให้คำนิยามกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า "กฎข้อบังคับทางกฎหมายที่จัดตั้งอำนาจของผู้ปกครองของรัฐ กำหนดการสืบต่ออำนาจ และการใช้อำนาจของผู้ปกครอง"

Austin Ranney นักรัฐศาสตร์อเมริกัน ให้คำนิยามว่า " รัฐธรรมนูญ ได้แก่ กฎข้อบังคับขั้นมูลฐานทั้งที่เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งที่เป็นกฎหมายและที่เนื่องมาจากกฎหมาย ซึ่งใช้ในการบริหารประเทศ"³⁵

Charles Cadoux นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสให้คำอธิบายของกฎหมายรัฐธรรมนูญตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและรัฐศาสตร์ พอสรุปได้ดังนี้

- (1) รัฐธรรมนูญเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชนภายในรัฐ ที่เกี่ยวกับรัฐ
- (2) กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะของรัฐทั้งในส่วนของภายในประเทศและในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์หลักที่จะจัดระเบียบเกมทางการเมืองภายในรัฐ หรือดังที่ศาสตราจารย์ อ็องเดร โอริยู (André Hauriou) ได้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญคือการกำหนดกรอบทางกฎหมายสำหรับปรากฏการณ์ทางการเมือง

³⁴ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า 11

³⁵ ฌูกร วิทิตานนท์ *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น* หน้า 74

(3) กฎหมายรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายสาขาหนึ่งที่กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างรัฐและการใช้อำนาจทางการเมือง³⁶

ในประเทศไทยมีนักกฎหมายที่ให้คำนิยามของคำว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนี้
 ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในแผ่นดินทั้งหลาย และวิธีดำเนินการทั่วไปแห่งอำนาจเหล่านี้ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญการปกครองวางหลักทั่วไปแห่งอำนาจสูงสุดในประเทศ"

หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า "กฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน"

ไพโรจน์ ชัยนาม อธิบายว่า "รัฐธรรมนูญคือตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการมากบ้าง น้อยบ้าง เป็นกฎหมายกำหนดองค์กรทางการเมืองของรัฐ"

กมล ทองธรรมชาติ อธิบายว่า "รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งกำหนดรูปแบบและหลักการปกครองตลอดจนวิธีการดำเนินการปกครองไว้อย่างเป็นทางการรวมทั้งกำหนดหน้าที่ของประชาชนที่พึงกระทำต่อรัฐ กับรับรองสิทธิและเสรีภาพประชาชน ซึ่งรัฐละเมิดมิได้ไว้ด้วย"³⁷

นอกจากการทำความเข้าใจในความหมายของคำว่า "รัฐธรรมนูญ" แล้ว ยังต้องพิจารณาให้ถ่องแท้ถึงความแตกต่างระหว่างคำว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" (Droit constitutionnel) และคำว่า "รัฐธรรมนูญ" (Constitution) กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่วางกำหนดระเบียบ "สถาบันการเมือง" (Institutions politiques) ของรัฐ การศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญจึงต้องศึกษาสถาบันการเมืองด้านกฎหมายด้วย ส่วน "รัฐธรรมนูญ" คือตัวบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรทางการเมืองของรัฐ³⁸ กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีความหมายครอบคลุมถึง "รัฐธรรมนูญ" ที่เป็นเพียงตัวบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณีของรัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐธรรมนูญยังรวมถึงบทบัญญัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้รัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ หรือกฎหมายว่าด้วยการเลือก

³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์ *กฎหมายรัฐธรรมนูญแนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2554 หน้า 19

³⁷ ฌูกร วิทิตานนท์ *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น* หน้า 75

³⁸ ไพโรจน์ ชัยนาม *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป* กรุงเทพมหานคร สารศึกษาการพิมพ์ 2524 หน้า 77

ประธานาธิบดี คังนั้น ในบางประเทศ แม้ไม่มีรัฐธรรมนูญ ก็อาจมีกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น ในประเทศอังกฤษที่ใช้ถือว่าระเบียบการปกครองเป็นจารีตประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่อังกฤษก็มีกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ คือกฎหมายว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์

การให้ความหมายของรัฐธรรมนูญ ยังอาจจัดการให้ความหมายโดยวิธีการที่เรียกว่า ความหมายตามเนื้อหา (constitution au sens) กับความหมายตามแบบพิธี (constitution au sens for ou organique) ซึ่ง ความหมายตามเนื้อหา หมายถึง กฎเกณฑ์ที่จัดระเบียบการเมืองการปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะอยู่ในรูปลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับต่างๆ หรือในรูปแบบกฎหมายอื่นที่ไม่มีชื่อเรียกว่ารัฐธรรมนูญก็ได้ เช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด รวมถึงกฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่คำพิพากษาของศาลที่วางระบบเกี่ยวกับการใช้อำนาจการเมืองการปกครอง การให้ความหมายตามคำนิยามนี้จึงมุ่งพิจารณาเฉพาะว่าเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจการเมืองการปกครองหรือไม่ ไม่จำเป็นต้องพิจารณารูปแบบพิธีการตรา ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบที่เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบกฎหมายใดๆ ก็ตาม หรือแม้เป็นเพียงจารีตประเพณี ส่วนรัฐธรรมนูญความหมายตามแบบพิธี มุ่งหมายเฉพาะ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดระเบียบการเมืองการปกครองของรัฐที่รวบรวมอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า "รัฐธรรมนูญ" อันมีกระบวนการตราที่เป็นพิเศษต่างจากกฎหมายธรรมดา และมีแบบพิธีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการ อาจเรียกว่าเป็นการให้ความหมายของรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ การให้ความหมายรัฐธรรมนูญตามความหมายแบบเนื้อหา (constitution au sens) กับความหมายตามแบบพิธี (constitution au sens for ou organique) มีตัวอย่างที่ชัดเจนในประเทศอังกฤษ เหตุเพราะประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า constitution แต่ประเทศอังกฤษก็มีกฎหมายรัฐธรรมนูญในรูปแบบกฎหมายอย่างอื่น กฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษมีที่มาจากหลายส่วน เช่น กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา พระราชบัญญัติรัฐสภา พระราชบัญญัติสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมาจากกฎระเบียบที่เป็นจารีตประเพณีแต่โบราณ และคำวินิจฉัยของศาลในคดีที่เคียดคัดสินไว้ ธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ นายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาสามัญ รัฐบาลควรลาออกหรือยุบสภาเมื่อแพ้การลงคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจ กฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษยังรวมถึง ข้อเขียนที่น่าเชื่อถือได้ (work of Authority) ได้แก่ ผลงานของนักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากวงวิชาการ เรื่อง An Introduction of the Study of the Law of the Constitution (1885) ผลงานของ A.C. Dicey และนอกจากนี้ยังรวมไปถึงกฎหมายประชาคมยุโรปด้วย

ปัจจุบันมีการให้ความหมายของรัฐธรรมนุญในเชิงอุดมคติ โดยเป็นแนวความคิดของ ลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ที่ต้องการจะให้มีการเขียนรัฐธรรมนุญเพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์หรือ ให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน มิใช่เป็นรัฐธรรมนุญเฉพาะที่กำหนดเกี่ยวกับการใช้อำนาจการเมืองการปกครองเท่านั้น ลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) พยายามเรียกร้องตั้งแต่สมัยมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้มีการปกครองโดยมีรัฐธรรมนุญ เมื่อกษัตริย์เห็นชอบจึงออกรัฐธรรมนุญให้ แต่รัฐธรรมนุญดังกล่าวเป็นการปกครองแบบปริมิตาญาสิทธิราชย์ (Limited monarchy) กษัตริย์ยังคงมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการออกกฎหมาย ฝ่ายลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) เห็นว่าไม่ใช่ รัฐธรรมนุญที่แท้จริง จึงพยายามเรียกร้องให้กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนุญตามระบอบ กษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitution monarchy) การเรียกร้องให้รัฐธรรมนุญมีบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเป็นผลอันมาจากการนำแนวความคิดทางปรัชญาสัญญาประชาคมในศตวรรษที่ 18 ได้แก่ จอห์น ล็อก และ รูสโซ มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ครั้งที่ 1 ถึง 10 เรียกว่า บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Right) และยังปรากฏขึ้นในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ว่า สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิใช่รัฐธรรมนุญไม่ได้ ตามแนวความคิดของความหมายรัฐธรรมนุญในเชิงอุดมคติจึงหมายถึงรัฐธรรมนุญที่ผู้ให้คำนิยามมุ่งหมายต่อการเรียกร้องสิ่งใดสิ่งหนึ่งไม่ว่าจะเป็นการจำกัดอำนาจกษัตริย์ การรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนในรัฐธรรมนุญ หรือการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะเห็นว่าในประเทศที่เป็นใช้รูปแบบการปกครองแบบเผด็จการ เช่น ประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม คอมมิวนิสต์ แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการเขียนรัฐธรรมนุญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่รัฐธรรมนุญดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือของผู้ปกครองประเทศที่จะนำพาไปยังจุดมุ่งหมายที่ต้องการ มิใช่รัฐธรรมนุญตามความหมายของรัฐแบบเสรีประชาธิปไตย

การทำความเข้าใจความหมายของรัฐธรรมนุญ จึงขึ้นอยู่กับลักษณะของรัฐธรรมนุญที่จะอธิบาย กฎหมายรัฐธรรมนุญเกี่ยวข้องกับใช้อำนาจในทางการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ ในประเทศที่มีรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรมีบริบทของกฎหมายที่แตกต่างจากกฎหมายทั่วไป ดังนี้

2.1 รัฐธรรมนุญมีการจัดทำต่างจากกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากรัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการปกครองประเทศ การจัดทำรัฐธรรมนุญ จึงมีวิธีการที่แตกต่างจากกฎหมายทั่วไป รัฐธรรมนุญมีรูปแบบการจัดทำต้องมีวิธีการพิเศษ ซึ่งยากกว่าการออกกฎหมายทั่วไป และประชาชนจะมีส่วนร่วมในการจัดทำไม่ว่า

โดยตรงหรือโดยอ้อมการร่างกฎหมายโดยทั่วไปเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ และรัฐธรรมนูญจัดทำโดยอำนาจที่เรียกว่าอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออาจเรียกว่าอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญก็ได้ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจภายในรัฐ รูปแบบการแสดงออกของอำนาจนิติบัญญัติคือการออกหรือยกเลิกกฎหมายโดยรัฐสภา แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณาเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย การจัดทำรัฐธรรมนูญอาจมีพิธีการมากเป็นพิเศษกว่าการออกกฎหมายทั่วไป เช่น ในบางกรณีการร่างรัฐธรรมนูญจะต้องมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นแทนสภานิติบัญญัติ หรือแม้แต่ในกรณีที่ให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ คณะแนบเสียงที่ให้ความเห็นชอบก็อาจจะต้องมากกว่าการออกกฎหมายทั่วไป หรือในบางกรณีจะต้องนำรัฐธรรมนูญไปลงประชามติ เพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชน

2.2 รัฐธรรมนูญมีเนื้อหาเกี่ยวกับการปกครองประเทศ

รัฐธรรมนูญจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับการบริหารประเทศ การเข้าสู่อำนาจรัฐ โดยส่วนใหญ่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะกล่าวถึงค่านิยมในการจัดทำรัฐธรรมนูญก่อน อาจจะเป็นสั้นบ้างยาวบ้าง รัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงรูปแบบของโครงสร้างรัฐ กำหนดองค์กรทางการเมืองต่างๆ เช่น รูปแบบของรัฐว่าจะจะเป็นรัฐเดี่ยวแบบราชาธิปไตย หรือสาธารณรัฐ อาจกำหนดให้เป็นรัฐรวม เช่น สหพันธรัฐ กำหนดรูปแบบรัฐบาลว่าจะจะเป็นระบอบรัฐสภา ระบอบประธานาธิบดี หรือผสมผสาน ทั้งสองระบอบเข้าด้วยกัน กำหนดประมุขของรัฐว่าจะจะเป็นประธานาธิบดี กษัตริย์ กำหนดวิธีการเลือกประธานาธิบดี หรือการกำหนดการสืบสันตติวงศ์ กำหนดรูปแบบอำนาจตุลาการ ความเกี่ยวพันระหว่างรัฐสภากับฝ่ายบริหาร วิธีการเลือกตั้งและแต่งตั้งสมาชิกรัฐสภา ความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร การยุบสภานิติบัญญัติ ในปัจจุบันมีการระบุบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเข้าไปในตัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญบางประเทศยังมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ เพื่อเป็นแนวทางให้ฝ่ายบริหารดำเนินการบริหารประเทศไปในทิศทางที่กำหนด

2.3 รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด

รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายที่มีสถานะสูงสุด คำอธิบายที่บอกว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดสามารถอธิบายได้ทั้งคำอธิบายในเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีประชาธิปไตย ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่สมาชิกทุกคนในสังคมร่วมตกลงสร้างเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศ รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเหนือกว่าทุกส่วนของสังคม คำอธิบายนี้ปรากฏในปรัชญาของล็อก และรุสโซ่ ในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาและคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ส่วนคำอธิบายในเชิงกระบวนการตรา และการมีส่วนร่วมของประชาชน อธิบายการจัดทำรัฐธรรมนูญว่าประชาชนต้องมีส่วนร่วม โดยตรงหรือ โดยอ้อม เช่น

การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หลักการของรัฐธรรมนูญจะมีการขอความเห็นชอบจากประชาชนเสียก่อน และเมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วจึงนำรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติเพื่อความเห็นชอบ ตัวอย่างได้แก่ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1946 และปี ค.ศ. 1958 ส่วนคำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เป็นคำอธิบายโดยซีเยสส์ (ค.ศ.1748-1836) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) เป็นอำนาจสูงสุดด้วยเหตุก่อนมีรัฐธรรมนูญไม่มีกฎหมายใด ๆ เมื่ออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญก่อตั้งระบบกฎหมายทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจในทางการเมือง รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือกฎหมายและองค์กรอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ตุลาการ เนื่องจากองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยอาจถูกจำกัดขอบอำนาจ (compéence) ถูกจำกัดโดยกระบวนการใช้อำนาจ (procédure) ถูกจำกัดโดยเนื้อเรื่องของการใช้อำนาจ (contenu) องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจึงไม่อาจใช้อำนาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ มีผลทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเกิดระบบตรวจสอบควบคุมการออกกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ³⁹

2.4 รัฐธรรมนูญมีการแก้ไขเพิ่มเติมต่างจากกฎหมายทั่วไป

จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐเกิดขึ้นโดยอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และรัฐธรรมนูญให้กำหนดระบบกฎหมาย และองค์กรทั้งหลายที่ใช้อำนาจในทางการเมือง องค์กรเหล่านี้จึงได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผลที่ตามมาอีกประการหนึ่งคือ องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจของตนกลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญเหมือนการแก้ไขกฎหมายธรรมดาไม่ได้ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจเดียวกับการออกกฎหมาย อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดแต่เดิม อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรียกว่า "อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง" (pouvoir constituan dérivé) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดไว้เป็นพิเศษต่างจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เช่น กำหนดให้มี

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538 หน้า 18

กระบวนการตราที่ต่างออกไปจากการออกกฎหมายทั่วไปทั้งในกรณีของการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจกำหนดให้เฉพาะบุคคลบางประเภทมีอำนาจในการเสนอ เช่น กำหนดให้ประมุขของรัฐ หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติของรัฐจำนวนหนึ่ง หรือฝ่ายบริหาร หรือประชาชนจำนวนหนึ่ง ตามที่กำหนดเข้าชื่อมีอำนาจในการร้องขอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1787 ผู้มีอำนาจเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากสมาชิกสภาองเกรสจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 หรือสภานิติบัญญัติของมลรัฐจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 รัฐธรรมนูญอินเดียปี ค.ศ. 1950 กำหนดให้ประมุขของรัฐมีอำนาจในการเสนอ ส่วนการกำหนดองค์ครที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นพิเศษ จะมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือใช้องค์ครนิติบัญญัติร่วมกัน การกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือกำหนดกระบวนการทำให้มีผลใช้บังคับแตกต่างจากกฎหมายทั่วไปที่ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ประชาชนลงประชามติ หรือให้สัตยาบันในกรณีประเทศที่เป็นสหพันธรัฐ การแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ออกจากอำนาจออกกฎหมายทั่วไปเป็นไปโดยหลักการของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้อำนาจนิติบัญญัติภายในรัฐที่ก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญและได้รับมอบอำนาจกลับไปใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อขยายอำนาจของตนเอง และผลที่ตามมาจะเป็นการเสียสมดุลของการใช้อำนาจและเป็นการช่วงชิงอำนาจในการสร้างรัฐธรรมนูญมาไว้กับอำนาจนิติบัญญัตินั้นเอง อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้ง่ายก็มิใช่เช่นนั้น โดยใช้วิธีการแก้ไขเช่นเดียวกับการออกกฎหมายทั่วไป เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 มีบางมาตราที่ให้อำนาจรัฐสภาออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกับการออกกฎหมายทั่วไป รัฐธรรมนูญของสหภาพแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1909 รัฐธรรมนูญไอร์แลนด์ ค.ศ. 1922 ก็เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย

3. อำนาจการทำให้มีรัฐธรรมนูญ

การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ มีวิวัฒนาการตามแต่สภาพของสังคม และขึ้นอยู่กับการใช้คำอธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญ หากเป็นคำอธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง รัฐธรรมนูญคือตัวบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และรวมถึงจารีตประเพณีซึ่งเรียกกันว่าจารีตประเพณี รัฐธรรมนูญอาจรวมถึงบทบัญญัติต่างๆ ที่ไม่ได้รวมไว้ในที่เดียวกัน เช่น ในกรณีกฎหมายเกี่ยวกับการสืบสันตติวงศ์ ส่วนในกรณีรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างจำกัดคือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรรวมไว้เป็นฉบับเดียว เมื่อรัฐธรรมนูญขึ้นอยู่กับการใช้ความหมาย การพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จึงควรพิจารณาตาม

สภาพลักษณะของรัฐธรรมนุญที่เกิดขึ้น แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญในภาคนี้พนธ์นี้จะกล่าวถึง เฉพาะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญเฉพาะที่เป็นรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

แนวความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนุญเป็นแนวความคิดที่พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนุญขึ้น โดยพิจารณาวิเคราะห์อำนาจที่ทำให้รัฐธรรมนุญเกิดขึ้น ซีเอเยส์ (ค.ศ.1748-1836) เป็นคนแรกที่เสนอทฤษฎีว่าก่อนการมีรัฐธรรมนุญ จะมีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดที่ไม่ผูกมัดกับอำนาจใดในรัฐ และเป็นที่มาของรัฐธรรมนุญ เมื่ออำนาจการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนุญ อำนาจนี้จึงอยู่เหนือรัฐธรรมนุญ เมื่อมีรัฐธรรมนุญขึ้น รัฐธรรมนุญจะก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรอื่นๆ รัฐธรรมนุญจึงอยู่เหนือกฎหมายอื่นๆ⁴⁰

การวิเคราะห์อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนุญของซีเอเยส์ เป็นการพิจารณาแยกอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir Constitué)⁴¹ ออกจากกัน ซีเอเยส์ อธิบายว่าในสังคมทุกสังคมจะมีอำนาจที่เรียกว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง เป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายทางการเมือง เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรเหล่านี้เรียกว่า องค์กรที่ถูกก่อตั้ง (poubior Constitue)⁴² และอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นอำนาจของชาติมอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนุญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นอำนาจที่ไม่มีข้อผูกมัดหรือกฎเกณฑ์ใดๆ ส่วนอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจการก่อตั้ง เป็นอำนาจที่มีจำกัด และถูกกำหนดขอบเขตโดยอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง บางครั้งเรียกว่าอำนาจในการให้จัดมีรัฐธรรมนุญ ผู้ที่มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรือการจัดให้มีรัฐธรรมนุญเรียกว่าเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตยและอยู่ในฐานะเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign)

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง นอกจากเรียกว่าอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนุญ ยังมีความหมายถึง เจตนารมณ์โดยสมัครใจทางการเมืองที่มีอำนาจในการตัดสินใจรวมทั้งหมดอย่างเป็นรูปธรรมที่มีอยู่เหนือแบบและเหนือรูปแบบการดำรงอยู่ของทางการเมือง⁴³

⁴⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* หน้า 19

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 58

⁴² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* หน้า 143

⁴³ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris, P.U.F., 1993, p.211-212.

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองแม้จะถูกอธิบายโดยซีเอเยต์ แต่ก็ถือว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้มีมาก่อนแล้วตั้งแต่เริ่มที่จะมีการปรากฏตัวของรัฐ มีคำอธิบายของเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดที่มีอิทธิพลในช่วงต่างๆ เดิมอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองเป็นของพระเจ้าตามหลักที่ว่าอำนาจทุกอย่างมาจากพระเจ้า พระผู้เป็นเจ้าของเลือกให้กษัตริย์ปกครองประเทศ ต่อมาก็มีแนวความคิดต่อต้านอำนาจพระเจ้าและและเกิดคิดว่ากษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จากนั้นก็มีแนวความคิดว่าอำนาจจัดตั้งองค์กรสูงสุดเป็นของชาติตามแนวความคิดของซีเอเยต์ในหนังสือ *Qu'est-ce le Tiers Etat?* ในช่วงปี ค.ศ. 1788-1789 ซีเอเยต์กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1795 ว่า “ความคิดที่บริสุทธิ์และมีประโยชน์ได้รับการสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1788 กล่าวคือเป็นการแบ่งแยกระหว่างอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดและอำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ได้สร้างขึ้น การแบ่งแยกดังกล่าวนับได้ว่าเป็นการค้นพบที่เป็นก้าวหนึ่งทางวิทยาศาสตร์ที่ว่ามันเป็นผลเนื่องมาจากประชาชนชาวฝรั่งเศสนั่นเอง⁴⁴

ลักษณะของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

สภาพของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุด ล้นพ้น ไม่มีข้อจำกัด เมื่ออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้น องค์กรต่างๆ ที่สถาปนาขึ้นตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือองค์กรอื่นใด ถือว่าได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงถูกจำกัดอำนาจด้วยตัวขอบเขตอำนาจ (competence) กระบวนการใช้อำนาจ (procédure) เนื้อเรื่องของการใช้อำนาจ (contenu)⁴⁵ นำไปสู่หลักที่ว่าการใช้อำนาจขององค์กรที่ถูกสถาปนาขึ้นตามรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ จึงเกิดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นตามรัฐธรรมนูญและมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมาย จะตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

เมื่ออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองคืออำนาจที่สถาปนารัฐธรรมนูญการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญต้องดูเจตนารมณ์ของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ อาจไม่ใช่อำนาจเดียวกับอำนาจอธิปไตย อาจมีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและแสดงออกมาโดยผ่านรัฐธรรมนูญ

⁴⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* หน้า 118

⁴⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538 หน้า 19

รัฐใดที่เคยเป็นอาณานิคมมาก่อน ถือว่ารัฐนั้นไม่มีอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยอยู่ที่เมืองแม่หรือรัฐที่เป็นเจ้าอาณานิคม เมื่อรัฐที่เป็นเจ้าอาณานิคมมอบรัฐธรรมนูญและให้เอกราชก็ถือว่าเจ้าอาณานิคมนั้นมียอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจที่มีมาก่อนอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นอาณานิคม ส่วนรัฐใดที่มีเอกราชอยู่แล้วย่อมถือว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจเดียวกับอำนาจอธิปไตย

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง คือ อำนาจที่สถาปนารัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่า อำนาจออกรัฐธรรมนูญแต่เดิม (pouvoir constituant originaire) ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รับมอบ (pouvoir constituant derive) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ กระบวนการและองค์กรที่ใช้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างจากกระบวนการนิติบัญญัติ

การศึกษาถึงการเกิดขึ้นของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงว่า รัฐธรรมนูญแต่ละรัฐนั้นเกิดขึ้นได้อย่างไร แล้วนำมาวิเคราะห์แนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองเกิดขึ้นได้อย่างไรตามสภาพของข้อเท็จจริงนั้น ดังนี้

3.1 ประมุขของรัฐ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจสถาปนาเป็นการวิเคราะห์โดยใช้วิวัฒนาการของการเกิดขึ้นของรัฐเป็นคำอธิบายเพราะในสมัยการเกิดรัฐในช่วงแรกเป็นการเกิดรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อเนื่องมาจากแนวความคิดว่าพระเจ้าเป็นเจ้าของผู้เลือกษัตริย์ให้เป็นผู้ปกครองประเทศและอำนาจทั้งปวงของกษัตริย์มาจากพระเจ้า และถือว่าพระเจ้าเป็นเจ้าของท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้รัฐธรรมนูญเพราะเป็น โองการสวรรค์⁴⁶ แนวความคิดเช่นนี้ถูกอธิบายในฐานะที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจอธิปไตย โดยดั้งเดิมอำนาจอธิปไตยมาจากพระเจ้า ต่อมาเมื่อมีแนวคิดการต่อต้านอำนาจพระเจ้า มีนักปรัชญาชื่อ ฌอง โบแดง (Jean Bodin ค.ศ. 1530-1596) สร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตย เป็นอำนาจที่มีลักษณะสูงสุดเป็นต้นพัน ปราศจากขอบเขตถาวร แสดงออกโดยการ “ออกหรือยกเลิกกฎหมาย”⁴⁷ แต่นอกจาก ฌอง โบแดง จะพูดถึงอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดแล้ว ฌอง โบแดง ยังกล่าวถึงลักษณะของรัฐบาลในรูปแบบต่างๆ ตามที่มีอำนาจอธิปไตย เช่น ถ้าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่คนๆ เดียว ก็เรียกว่า ระบบกษัตริย์ ถ้าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่คน

⁴⁶ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า 45

⁴⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* หน้า 30

ส่วนน้อย ก็เรียกว่า ระบอบขุนนาง ถ้าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่คนส่วนใหญ่ทั้งหมดรวมกันก็เรียกว่า ระบอบประชาธิปไตย นักปรัชญารุ่นหลังจาก ฌอง โบแดง คนสำคัญที่ทำให้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย ขยายไปจนกลายเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์คือ โทมัส ฮอบ (Thomas Hobbes ค.ศ. 1588-1679)⁴⁸ โดยเฉพาะงานเขียนในค.ศ. 1651 ชื่อ Leviathan or The Matter, Former and Power of a Common Wealth, Ecclesiasticall แปลเป็นภาษาไทยคือ ลิเวียทัน หรือว่าด้วยแก่นสาร รูปแบบ และพลัง อำนาจของรัฐ อำนาจของพระ และอำนาจทางการเมือง⁴⁹ โทมัส ฮอบ สร้างองค์อธิปัตย์จาก แนวความคิดจากทฤษฎีเรื่อง “สภาพธรรมชาติ” (The State of Nature) มนุษย์มีความเสมอภาคใน ร่างกายและสติปัญญา มนุษย์สามารถที่จะประหัตประหารกัน ความสามารถของมนุษย์ทำให้สภาพ ธรรมชาติกลายเป็น “สภาพสงคราม” (The State of War)⁵⁰ เมื่อมนุษย์จึงจำต้องที่จะหาวิธีการปก ปักรักษาดตนเอง โดยยอมสละสิทธิตามธรรมชาติของตนให้แก่บุคคลหรือคณะบุคคลที่ยอมรับว่า เป็นองค์อธิปัตย์ องค์อธิปัตย์สามารถที่จะบังคับบัญชาผู้ที่เข้าร่วมทำสัญญาประชาคม กฎหมายที่ องค์อธิปัตย์บัญญัติมีความชอบธรรมที่จะบังคับแก่ราษฎร ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่องค์อธิปัตย์บัญญัติ ขึ้นย่อมเป็นการฝ่าฝืนสิทธิที่ตนเองมอบให้องค์อธิปัตย์ และสิทธิขององค์อธิปัตย์คือสิทธิที่จะใช้ใ้ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม แม้จะดูเหมือนว่าความคิดของโทมัส ฮอบ เน้นการทำ สัญญาประชาคมจากการที่มนุษย์สละสิทธิตามธรรมชาติมอบให้องค์อธิปัตย์ โทมัส ฮอบ ยังเห็น ว่า ผู้มีอำนาจในการถอดถอนองค์อธิปัตย์คือองค์อธิปัตย์ที่แท้จริง นั่นคือประชาชนในฐานะที่เป็นผู้ มอบอำนาจให้องค์อธิปัตย์ แต่โทมัส ฮอบ กลับสนับสนุนการอำนาจการปกครองที่เบ็ดเสร็จ (Absolutism) โดยองค์อธิปัตย์คือกษัตริย์ผู้สืบสันตติวงศ์ และมนุษย์ไม่สามารถที่จะล้มเลิกสัญญาที่ มอบแก่องค์อธิปัตย์ เพราะมนุษย์ไม่สามารถที่จะเอาสิ่งที่มอบให้เป็นอำนาจสูงสุดไปแล้วกลับคืน มา⁵¹ แนวความคิดของโทมัส ฮอบ ได้สร้างอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ให้แก่กษัตริย์ โดยถือว่า กษัตริย์มีอำนาจอย่างแท้จริงในรัฐ อำนาจอธิปไตยจึงเป็นของกษัตริย์

เมื่อนำแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของกษัตริย์และมีลักษณะสูงสุดเป็น ล้นพ้น ปราศจากขอบเขต ถาวร และแสดงออกโดยการ “ออกหรือยกเลิกกฎหมาย” มาพิจารณา ประกอบกับแนวความคิดอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองของซีเยสส์ ว่าเป็นอำนาจสูงสุดที่

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 32

⁴⁹ ศุภชัย ศุภผล “สัญญาและ ความหมายที่ซ่อนอยู่บนหน้าปกหนังสือลิเวียทันของโทมัสฮอบบส์” วารสารวิภาษ 6, 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2555) : 42-53 หน้า 43

⁵⁰ สันติสุข โสภณสิริ สถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาธิปไตย กรุงเทพมหานคร มูลนิธิเด็ก 2555 หน้า 33

⁵¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 35

ไม่ผูกมัดกับอำนาจใดในรัฐ ก็จะเห็นว่าแนวความคิดของซีเอเยส์เป็นแนวทางเดียวที่อธิบายได้ว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองคล้ายกับอำนาจอธิปไตยนั่นเอง และผู้ที่ใช้อำนาจอธิปไตยในช่วงสมัยที่ยอมรับการปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็คือกษัตริย์ในฐานะผู้เป็นประมุขของรัฐ

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีที่มาจากอำนาจของประมุขของรัฐนี้เป็นประมุขของรัฐในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ภายหลังจากที่อำนาจอธิปไตยตกอยู่ที่คนเพียงคนเดียวตามแนวความคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ เหตุผลที่กษัตริย์สถาปนารัฐธรรมนูญ อาจมิได้หลายสาเหตุ หากพิจารณาจากบริบททางสังคมการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ก็จะเห็นว่าเมื่อมีแนวความคิดยอมรับเสรีภาพของบุคคลและกษัตริย์ต้องไม่ใช้อำนาจที่ขัดต่อเสรีภาพของปัจเจกชน ประชาชนพยายามเรียกร้องให้กษัตริย์ยอมรับสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติและเสริมสร้างบารมีของกษัตริย์ กษัตริย์จึงทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่พสกนิกร

เมื่อกษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐทรงเห็นว่าประชาชนพร้อมที่จะบริหารประเทศ ประมุขของรัฐก็จะพระราชทานรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญนั้นก็สถาปนาองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ กษัตริย์อาจจะกำหนดรัฐธรรมนูญให้คงไว้ซึ่งอำนาจบางส่วนของพระองค์ (Royal Prerogatives) กรณีที่ประมุขของรัฐเป็นผู้ให้รัฐธรรมนูญถือว่าประมุขของรัฐมีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของประมุขของรัฐ รัฐธรรมนูญประเภทนี้ถือว่าประมุขของรัฐยังคงมีอำนาจเหนือราษฎร แม้ว่ามิรัฐธรรมนูญแล้วแต่ก็ยังไม่ถือว่ามิหลักประชาธิปไตยที่สมบูรณ์เพราะประมุขของรัฐยังคงสงวนอำนาจไว้มาก เรียกรัฐธรรมนูญประเภทนี้ว่า Charte หรือ octroi ไม่เรียกว่า Constitution

ตัวอย่างที่ประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรือสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 เมื่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 กลับขึ้นครองราชย์สมบัติหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส และสิ้นสุดจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 1 เมื่อจักรพรรดินโปเลียนแพ้สงครามที่วอเตอร์ลู (Battle of Waterol) พระเจ้าหลุยส์พยายามที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ที่จะทำให้เกิดการปฏิวัติขึ้นอีกครั้ง จึงยอมให้นำรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1814 มาใช้ปกครองประเทศ พระเจ้าหลุยส์พระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชน โดยมีข้อความที่แสดงให้เห็นทฤษฎีนี้ คือ “เรามีความปรารถนาด้วยตนเอง และโดยการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นกษัตริย์เราขอให้และเป็นการสละอำนาจและยอมให้แก่ประชากรของเราซึ่งรัฐธรรมนูญต่อไปนี้ ทั้งสำหรับ

เราเองและทั้งสำหรับผู้สืบต่อจากเราและโดยตลอดไป (a toujours)”⁵² รัฐธรรมนูญนี้มีทั้งหมด 74 มาตรา มีเจตนารมณ์เน้นหลักการของระบอบประชาธิปไตย ประกันความเสมอภาคของประชาชน ตามกฎหมายโดยไม่คำนึงชั้นวรรณะ กำหนดรูปแบบการปกครองเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้ รัฐธรรมนูญ อำนาจบริหารอยู่ที่สถาบันพระมหากษัตริย์ กษัตริย์มีอำนาจในการยุบสภา ยับยั้ง กฎหมาย และมีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย อำนาจนิติบัญญัติอยู่ที่รัฐสภา⁵³ แต่รัฐธรรมนูญประเภทนี้ ประมุขของรัฐถอนคืนรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งต่อมาพระเจ้าชาลส์ที่ 10 พระอนุชาของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ทรงประกาศพระราชกฤษฎีกา ค.ศ. 1803 รวม 4 ฉบับ ตัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนใน รัฐธรรมนูญอันเสมือนเป็นการถอนคืนรัฐธรรมนูญที่เคยประกาศไปแล้ว นอกจากนี้ยังมีใน ค.ศ. 1815 ที่ประชุมครองเกรสแห่งเวียนนา ซึ่งเป็นความตกลงที่ให้สถาปนาสมาพันธรัฐเยอรมันมี ข้อกำหนดให้พระมหากษัตริย์ ประมุขของประเทศที่มารวมกันเป็นสมาพันธรัฐสถาปนารัฐธรรมนูญ ขึ้นในรัฐของพระองค์ รัฐธรรมนูญฉบับแรกๆ ของเยอรมันจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่ประมุขของรัฐ สถาปนาขึ้น ส่วนในเอเชียก็มีรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นฉบับแรกลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1899 เป็น รัฐธรรมนูญที่สมัยราชวงศ์เมจิ พระเจ้าจักรพรรดิพระราชทานให้แก่พลกนิกร โดยมีพระราชปรารภ ตอนต้นในรัฐธรรมนูญว่า “โดยอาศัยคุณงามความดีแห่งบรรพบุรุษของเรา เราได้ขึ้นครองราชย์ สมบัติ โดยทางตรงตามสายการสืบราชสันตติวงศ์อันไม่รู้จักสิ้นสุดตลอดชั่ววันรันดร์ โดยที่เรา ประสงค์ให้รับรองให้ความผาสุกและส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าในทางศีลธรรม และทาง สติปัญญาแก่ประชาชนที่รักของเรา.... เราจึงได้ประกาศใช้.....กฎหมายอันเป็นรากฐานแห่งการ ปกครองนี้”⁵⁴

ในกรณีที่กษัตริย์พระราชทานรัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎีต้องถือว่า อำนาจอธิปไตย เป็นของรัฐ แต่ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยคือกษัตริย์ซึ่งเป็นสถาบันอย่างหนึ่งของรัฐ มิใช่กษัตริย์ในฐานะ ส่วนตัว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงย่อมหมายถึงอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการ ก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และเมื่อกษัตริย์ใช้อำนาจอธิปไตยพระราชทานรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ จึงมีขอบเขตเท่าที่กษัตริย์จะกำหนด อำนาจบางอย่างจึงอาจถูกสงวนไว้ และอาจเรียกคืออำนาจบาง ประการที่เคยให้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่เคยเกิดมาแล้วในประเทศฝรั่งเศส

⁵² ไพโรจน์ ชัยนาม *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป* กรุงเทพมหานคร สารศึกษาการพิมพ์ 2524 หน้า 138

⁵³ สัจชัย สุวัญบุตร *ราชาธิปไตยใต้รัฐธรรมนูญสู่สาธารณรัฐ : ฝรั่งเศส ค.ศ. 1815-1970* กรุงเทพมหานคร ศักดิโสภณาการพิมพ์ 2552 หน้า 22

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 139

3.2 ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยการปฏิวัติ หรือการใช้กำลังบังคับเพื่อเปลี่ยนแปลงรัฐบาลชุดเดิมที่เรียกว่ารัฐประหาร ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารย่อมอยู่ในฐานะอย่างรัฐาธิปไตยที่กุมอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตย ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดที่จะตรารัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น จึงถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองจึงอยู่ที่ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร

คำอธิบายว่าผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็เพราะใช้หลักว่า ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นรัฐาธิปไตยที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐมีอำนาจที่จะออกกฎหมายใช้บังคับภายในรัฐ เป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (positivism) ว่าการบัญญัติกฎหมายเป็นไปตามเจตจำนงของรัฐาธิปไตย (Sovereign)⁵⁵ และถือว่าสอดคล้องกับแนวความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มาจากการใช้อำนาจอธิปไตยโดย ฌอง โบแวง เพียงแต่ผู้ใช้อำนาจนี้คือผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร การอธิบายว่าการเกิดขึ้นของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจากผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงเป็นเพียงการอธิบายความหมายของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อำนาจอธิปไตยที่เป็นต้นกำเนิดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีแต่ดั้งเดิมอยู่แล้ว มาตั้งแต่สมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่ถูกเปลี่ยนมือมาอยู่ที่ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร การยอมรับอำนาจของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารมิใช่มีเพียงแต่สำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (positivism) แม้แต่ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (The Pure Theory of Law) ของ Kelsen ซึ่งพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายว่ากฎหมายใดมีศักดิ์ที่สูงกว่ากัน กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายอื่นย่อมสูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่รับมา และถือว่ารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐาน (Grund norm) ที่มีเหนือรัฐธรรมนูญและมีศักดิ์เหนือรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ ในแนวความคิดของ Kelsen จึงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจที่มาจากกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐาน (Grund norm) แต่ Kelsen ยังยอมรับรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการใช้กำลังปฏิวัติหรือรัฐประหาร โดย Kelsen มองว่าหากคำสั่งของคณะปฏิวัติมีประสิทธิภาพ ผู้คนทั่วไปยอมรับปฏิบัติตามคำสั่ง คำสั่งของรัฐาธิปไตยจะเป็นคำสั่งที่สมบูรณ์และกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานใหม่ (Grund norm)⁵⁶ เกิดขึ้นแล้ว แต่ปัญหาของการยอมรับผลในทางกฎหมายของการปฏิวัติหรือรัฐประหารยังมีข้อโต้แย้งของสำนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ โดย Hugo Grotius (1583-1645) ซึ่งถือว่าการเปลี่ยนแปลงระบอบรัฐธรรมนูญเป็น

⁵⁵ สมยศ เชื้อไทย นิติปรัชญา พิมพ์ครั้งที่ 12 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2552 หน้า 123

⁵⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน หน้า 140

ความผิดตามกฎหมาย และความผิดตามกฎหมายนี้อาจเป็นความชอบด้วยกฎหมายตามหลักที่ว่า อำนาจหรือสิทธิย่อมไม่บังเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด (jus ex injuria non oritur) และ Carré de Malberg ก็อธิบายว่าการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่เกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารจะไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย แต่ขึ้นอยู่กับการใช้กำลังบังคับ อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจึงตกอยู่ในมือผู้ที่มีกำลังมากที่สุด อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองไม่ได้เกิดจากกฎหมาย แต่เกิดขึ้นโดยข้อเท็จจริง⁵⁷

ความแตกต่างทางความคิดของสำนักคิดทางกฎหมายในกรณีของการยอมรับอำนาจของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมีความคล้ายคลึงในแง่ที่พิจารณาว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นมียุอยู่แล้ว โดยถือว่าเป็นอำนาจอธิปไตยในกรณีของ ฌอง โบแดง หรือถือว่าเป็นอำนาจจากกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานของ Kelsen เพียงแต่ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารใช้อำนาจอธิปไตยสร้างรัฐธรรมนูญเมื่อประชาชนยอมรับในรัฐธรรมนูญโดยไม่มีการต่อสู้ขัดขืนต่ออำนาจของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารก็ถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นโดยอำนาจจากกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐาน (Ground norm) แต่รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารจะมีความเป็นกฎหมายสูงสุดและมีผลบังคับมากกว่ารัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยกษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐในบางกรณี เนื่องจากเมื่อคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารออกรัฐธรรมนูญแล้ว ในทางทฤษฎีน่าจะถือว่าอำนาจของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในฐานะรัฐอธิปไตยจะคงมีอยู่เพียงพอเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่รัฐธรรมนูญที่เกิดจากการสถาปนาของประมุขของรัฐจะยังคงถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์และกษัตริย์มีอำนาจนอกเหนือรัฐธรรมนูญในบางประการ ซึ่งกษัตริย์อาจเรียกคืน ยกเลิกเพิกถอนรัฐธรรมนูญหรือสิทธิเสรีภาพข้อใดข้อหนึ่งในรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเช่นย่อมส่งผลต่ออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยการปฏิวัติรัฐประหารการอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมย่อมที่จะเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญนั้นกำหนด

3.3 ราชฎหลังการปฏิวัติ

แนวความคิดว่าราชฎเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยเดิมเคยมีมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน ซิเซโร (Cicero) เคยกล่าวไว้ว่า อำนาจสูงสุดในรัฐตกอยู่กับประชาชนของรัฐ แต่แนวความคิดของซิเซโรไม่ได้ได้รับความสนใจ⁵⁸ กระทั่งในศตวรรษที่ 17 จอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ. 1632-1704) ให้

⁵⁷ R. Carré de malberg, Contribution a la théoriérale de l' Etat, T II (Paris : CNRS, 1922), pp.495-497 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแย่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548 หน้า 240

⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* หน้า 84

กำเนิดทฤษฎีสัญญาประชาคม โดยอธิบายว่ามนุษย์เข้าร่วมกันเป็นสังคมและสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับตนเองเมื่อมีการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับนี้ให้แก่สังคมที่ตั้งขึ้นเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกร่วมกัน รัฐบาลที่เกิดขึ้นจึงเป็นรัฐบาลโดยความยินยอมของผู้ถูกปกครอง อำนาจของสังคมจึงมีจำกัดเท่าที่จะคุ้มครองเสรีภาพของความผาสุกร่วมกัน หากผู้ปกครองดำเนินการปกครองแบบทรราช ประชาชนก็มีสิทธิที่จะต่อต้านอำนาจของผู้ปกครอง

นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดของรูสโซ (Jean Jacques Rousseau ค.ศ. 1712-1778) ให้กำเนิดทฤษฎีเจตนาร่วมกันของปวงชนและอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน โดยรูสโซมองว่ามนุษย์ยินยอมเข้าร่วมกันเป็นสังคมก่อให้เกิดสัญญาประชาคม โดยสมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่นว่า “เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมและเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของสังคม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกับทุกคนไม่ใช่กับใครคนใดคนหนึ่ง โดยนัยนี้ เขาผู้นั้นไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเอง และยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน”⁵⁹ ทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซถือว่าทุกคนในสังคมมีเจตนารมณ์ร่วมกัน (volonté générale) ซึ่งเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้ ลบล้างไม่ได้ โอนไม่ได้ แบ่งแยกมิได้ และไม่สิ้นสูญเสื่อมคลาย รูสโซแยกเจตนารมณ์ร่วมออกจากเจตนารมณ์เอกฉันท์ (volonté unanime) โดยเจตนารมณ์ร่วมนั้นไม่จำเป็นต้องอาศัยความเห็นชอบด้วยกันของทุกคนในสังคมแต่เสียงข้างมากของสังคมย่อมแสดงออกถึงเจตนารมณ์ร่วมอย่างแท้จริง และรูสโซสมมติทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแต่ละคน (la these de la souveraineté fractionnée) ขึ้นว่า “สมมติว่ารัฐประกอบด้วยคนหมื่นคน สมาชิกแต่ละคนของรัฐย่อมมีส่วนหนึ่งในหมื่นของอำนาจอธิปไตย... เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ ต้องนับทุกส่วนร่วมกันเข้ามาทั้งหมด” รูสโซอธิบายว่าอำนาจอธิปไตยคือการบริหารเจตจำนงร่วม อำนาจอธิปไตยไม่อาจที่จะแบ่งแยกได้⁶⁰ แนวความคิดของรูสโซเป็นการสานต่อแนวความคิดของจอห์น ล็อก เพื่อสนับสนุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยสร้างแนวความคิดว่าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชน ประชาชนสามารถที่จะล้มล้างและถอดถอนรัฐบาล รูสโซยังสร้างทฤษฎีความเป็นผู้แทนของปวงชนซึ่งถือว่า ผู้แทนที่ประชาชนเลือกเข้าไปปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้แทนของประชาชนโดยส่วนรวมที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามเจตจำนงร่วมของปวงชน รัฐสภาเป็นเพียงเครื่องมือของปวงชน ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงจึงสามารถเรียกคืนอำนาจอธิปไตยโดยการถอดถอนผู้แทน

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* พิมพ์ครั้งที่ 4 หน้า 53

⁶⁰ Jean-jacques Rousseau *สัญญาประชาคมหรือหลักแห่งสิทธิทางการเมือง* พิมพ์ครั้งที่ 2 แปลจาก Du Contract Social โดย วิภาดา กิตติโกวิท กรุงเทพมหานคร ทับหนังสือ 2555 หน้า 41

ตามแนวความคิดสัญญาประชาคม ซึ่งถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง ประชาชนจึงสามารถที่จะล้มล้างรัฐบาลที่ตนเองตั้งขึ้น เมื่อประชาชนมีการก่อการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองได้สำเร็จ ถือได้ว่าราษฎรเป็นผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์การทางการเมืองของรัฐในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่ได้แย่งชิงมา และถือว่าอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน อำนาจนี้ได้ก่อตั้งหรือสถาปนารัฐธรรมนูญในนามของปวงชน รัฐธรรมนูญนี้เป็นผลของการแสดงออกของอำนาจอธิปไตย ส่วนวิธีการในการสร้างรัฐธรรมนูญที่ถือว่าราษฎรมีอำนาจอธิปไตยในการสถาปนารัฐธรรมนูญอาจมีหลายวิธี⁶¹ เช่น การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention หรือ Assemblée constituante) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน หรือการให้ราษฎรประชามติบัญญัติรัฐธรรมนูญ (referendum) สำหรับกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วก็จะถูกยุบไป เว้นแต่ในบางช่วงอาจจำเป็นที่จะต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญเป็นสภานิติบัญญัติชั่วคราว การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นวิธีการที่เป็นประชาธิปไตย แต่ขึ้นอยู่กับวิธีการนำไปใช้ในประเทศต่างๆ จะมีวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอย่างไร ในบางประเทศอาจให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ในบางประเทศอาจให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยอ้อม ส่วนวิธีการให้ประชาชนลงประชามติในบางประเทศอาจไม่มีการให้ลงประชามติก็ได้ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วสามารถที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญได้ทันที แต่บางกรณีอาจกำหนดว่าให้นำรัฐธรรมนูญไปให้ราษฎรลงประชามติว่าจะรับร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อให้ใช้บังคับต่อไปหรือไม่เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งการยอมรับถึงอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน

แม้ว่าแนวความคิดตามทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก และรูสโซ จะเห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่จอห์น ล็อก และรูสโซ มิได้กล่าวถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนโดยสัญญาประชาคมมีอิทธิพลอย่างมากในการปฏิวัติในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แต่แนวความคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนถูกโต้แย้งโดย ซีเอเยส์ (ค.ศ.1748-1836) แม้ว่าซีเอเยส์จะได้รับอิทธิพลทางความคิดของจอห์น ล็อก แต่ซีเอเยส์เห็นว่าอำนาจอธิปไตยไม่ใช่ของประชาชนแต่เป็นของชาติ และมอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์การทางการเมือง ซีเอเยส์เป็นบุคคลแรกที่สร้างแนวความคิดว่าประชาชนหรือราษฎรในนามของชาติมีอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด⁶² โดยมี Carl

⁶¹ ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป หน้า 144

⁶² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

Schmitt นักกฎหมายชาวเยอรมันกล่าวสนับสนุนในวิทยานิพนธ์ว่า “ซีเอเยสส์เป็นผู้สร้างทฤษฎีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุด เป็นการถูกต้องที่เขาได้อุทิศให้แก่การปฏิวัติฝรั่งเศสและได้แยกให้เห็นอย่างชัดเจนที่สุดถึงจุดเริ่มต้นระหว่างอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดและอำนาจเหนือองค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นมาแต่แม้ว่าจะมีอิทธิพลของรูปแบบอเมริกันชนอย่างมากและในปี ค.ศ. 1789 ที่บ่งชี้ถึงจุดเริ่มต้นของหลักการใหม่นี้รัฐธรรมนูญอเมริกันชี้ให้เห็นถึงทฤษฎีรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง...”⁶³

ตัวอย่างทางประวัติศาสตร์ของกรณีราษฎรเป็นผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติในฐานะผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองได้แก่ กรณีการร่างรัฐธรรมนูญอเมริกา ค.ศ. 1789 แต่ถ้าพิจารณาถึงลักษณะการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจะเห็นว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เมืองฟิลาเดลเฟียเดิมมิใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่เป็นการประชุมของตัวแทนจากรัฐต่างๆ เพื่อแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ แต่ต่อมากลางการประชุมตัวแทนจากรัฐต่างๆ กลับกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งลักษณะของการร่างรัฐธรรมนูญก็เป็นการร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำไปให้สภาแห่งทวีปรับรองและส่งให้ไปรัฐต่างๆ ให้สัตยาบัน และรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาจะมีผลต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจาก 9 รัฐใน 13 มลรัฐ ดังนั้น โดยแท้จริงแล้วแนวความคิดทฤษฎีสัญญาประชาคมเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาก็ถูกสร้างให้เป็นจริงจากหลักการนำไปสู่การปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากอารัมภบทในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกากล่าวว่า “...ประชาชนแห่งสหรัฐอเมริกาจึงให้บัญญัติและจัดตั้งรัฐธรรมนูญนี้ขึ้นไว้สำหรับสหรัฐอเมริกา...” และวิธีการร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การรับรองโดยที่ประชุมของรัฐ ซึ่งที่ประชุมของรัฐแต่ละรัฐก็ได้รับการคัดเลือกโดยประชาชนในรัฐต่าง ๆ แม้ว่าจะไม่ใช่การให้ประชาชนให้การลงประชามติโดยตรง แต่ถือได้ว่าในทางทฤษฎีนั้น อำนาจอธิปไตยนั้นยอมรับว่ามาจากประชาชน

หลังการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพียง 2 ปี มีเหตุการณ์ที่ถือได้ว่าเป็นการยอมรับแนวความคิดสัญญาประชาคมของรูสโซ คือ การปฏิวัติฝรั่งเศส ในค.ศ. 1789 โดยการเปลี่ยนแปลงจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มาเป็นการปกครองโดยระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งการปฏิวัติฝรั่งเศสเริ่มต้นจากพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เรียกประชุมสภาฐานันดรในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งไม่เคยเรียกประชุมมาเกือบสองร้อยปีแล้ว เพื่อให้อำนาจในการเรียกเก็บภาษี แต่สภาฐานันดรซึ่งประกอบไปด้วย 3 ฐานันดร ได้แก่ พระ ขุนนาง และสามัญ

⁶³ เรื่องเดียวกัน หน้า 120

ชน⁶⁴ สำหรับสมาชิกประเภทที่ 3 คือสามัญชนซึ่งได้รับการคัดเลือก 2 ระดับ คราวแรกราษฎรในตำบลจะเลือกตัวแทน และตัวแทนจากแต่ละตำบลจะทำการเลือกตัวแทนในระดับจังหวัดเพื่อเข้าประชุมสภานานันดร แต่การประชุมสภานานันดรนั้น ตัวแทนจากสามัญชน 600 คน กลับถูกแยกไม่ให้เข้าร่วมประชุมกับพระและขุนนาง จนในที่สุดตัวแทนสามัญชนจึงประกาศตัวเองเป็นสภาแห่งประชาชาติฝรั่งเศสในวันที่ 17 มิถุนายน 1789 และประกาศว่าจะไม่ยอมเลิกประชุมจนกว่าจะร่างรัฐธรรมนูญสำเร็จ⁶⁵ พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ยอมผ่อนปรนโดยมีคำสั่งให้พระและขุนนางเข้าร่วมประชุมกับสภาสามัญชนเพื่อเข้าร่วมร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงทำให้เกิดสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 9 กรกฎาคม 1789 (National Constituent Assembly) เหตุที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ยอมผ่อนปรนก็เพื่อรวบรวมกำลังให้เข้มแข็งจากทหารฝรั่งเศสและทหารรับจ้างเยอรมันและสวิต เมื่อข่าวรู้ถึงประชาชนทำให้เกิดความโกรธแค้นต่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ฟุ้งชนพร้อมทหารรักษาพระองค์ส่วนหนึ่งจึงเข้าทำการก่อจลาจลและเข้าทำลายคุกบาสติลล์ (Bastille) อันเป็นคุกที่ใช้ขังนักโทษการเมืองในวันที่ 14 กรกฎาคม 1789 และถือว่าเป็นวันแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศสในเวลาต่อมา จากนั้นสภาแห่งประชาชาติฝรั่งเศส (National Constituent Assembly) ได้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ฝรั่งเศสจึงกลายเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791

การปฏิวัติฝรั่งเศสเกิดขึ้น โดยการเรียกร้องของกลุ่มสามัญชนอันเป็นตัวแทนที่มาจาก การเลือกตั้งประชาชน แม้ว่าในการเลือกตั้งสภาสามัญชนจะมาจาก การเลือกตั้งทางอ้อมแต่ก็ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน นอกจากนี้การปฏิวัติฝรั่งเศสยังเกิดขึ้นโดยประชาชนทั่วไปได้ก่อการจลาจลทำลายคุกบาสติลล์ ทำให้พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ไม่มีอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ต่อไป สภาแห่งประชาชาติฝรั่งเศสจึงกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสคือฉบับ ค.ศ. 1791 แม้จะใช้บังคับไม่นาน แต่ก็ถือว่าการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสจะยังไม่คงเป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ แต่อำนาจอธิปไตยที่เคยเป็นอำนาจโดยเฉพาะของกษัตริย์ได้ตกมาเป็นชาติตามแนวความคิดของซีเอเยส์ เหตุเพราะซีเอเยส์เองก็เป็นผู้ที่มีบทบาทในการร่างรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก⁶⁶ และแนวความคิดของซีเอเยส์ว่าอำนาจอธิปไตยและอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดเป็นของประชาชนโดยนามของชาติยังคงตกทอดมาถึงรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันซึ่งเขียนไว้ชัดเจนในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

⁶⁴ พระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอาทิตย์ทิพอาภา *ประวัติศาสตร์สมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส* กรุงเทพมหานคร โฆมิต 2549 หน้า 88

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 98

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 106

การปฏิวัติฝรั่งเศสต้องยอมรับว่าเป็นผลอันได้รับแนวความคิดและอิทธิพลจากนักคิดที่มีความสำคัญในยุคนั้น เช่น มองเตสกีเออ (Montesquie) ผู้แต่งหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (Esprit des lois) เกตเนย์ (Quesnay) ผู้แต่งหนังสือกฤษฎกรรมาชาติหรือกรรมนุญการปกครองตามกฤษฎกรรมาชาติ (Physiocratie ou Constitution Naturelle des Gouvernements) หรืออาดัม สมิท (Adam Smith) ผู้แต่งหนังสือประมวลทรัพย์สมบัติแห่งประชาชาติ (The Wealths of Nation) รวมทั้งบทประพันธ์ของจอห์น ล็อก และฌอง ฌาคส์ รูสโซ โดยเฉพาะรูสโซในหนังสือสัญญาประชาคมมีอิทธิพลอย่างมากต่อการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยคำ 3 คำของรูสโซ ได้กลายเป็นเครื่องนำแห่งการปฏิวัติ ได้แก่ เสรีภาพ สมภาพ และภราดรภาพ⁶⁷ แม้กระทั่งแนวความคิดของซีเอเยส์ ผู้ที่ต่อต้านระบบอภิสิทธิ์ ในหนังสือ ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์ (Essai sur les privileges) และอะไรคือ สามัญชน? (Qu'est-ce que le Tiers Etat?)⁶⁸ จึงกล่าวได้ว่าในยุคนี้เป็นยุคแสงสว่างแห่งปัญญา (Age of Enlightenment) เป็นยุคที่มีแนวความคิดเปลี่ยนแปลงจากอำนาจธิปไตยจากพระเจ้ามาสู่กษัตริย์มาเป็นอำนาจธิปไตยมาจากการรวมกันเป็นสังคมของราษฎร ดังเช่นปรากฏในการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 และการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ซึ่งต่อมาแนวความคิดในการปฏิวัติและการเปลี่ยนแปลงการปกครองไปสู่ระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญหรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยยึดหลักอำนาจธิปไตยเป็นของประชาชนได้แพร่กระจายไปยังประเทศอื่นๆ ดังจะเห็นจากหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 มีประเทศที่เกิดขึ้นใหม่และมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับภายในประเทศของตน

3.4 ประมุขของรัฐร่วมกับผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารหรือราษฎร

การร่วมกันของประมุขของรัฐร่วมกับผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารเกิดจากการที่ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารทำการยึดอำนาจในการปกครองประเทศสำเร็จ แต่ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารยังยอมรับว่ามีความจำเป็นที่จะต้องให้ขอให้ประมุขของรัฐยังคงมีอยู่ต่อไป ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจะขอให้ประมุขรัฐร่วมกันจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยเป็นรัฐธรรมนูญที่ประมุขของรัฐมีอำนาจอย่างจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญที่ประมุขของรัฐร่วมกับรัฐประหาร โดยปกติจะเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากประมุขของรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่อำนาจของกษัตริย์จะมีมากน้อยขึ้นอยู่กับกรณีที่ตกลงกันและร่วมกันจัดทำรัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์ ดร.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 72

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ หน้า 57

หยุด แสงอุทัย อธิบายรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ 2 แบบ คือ รัฐธรรมนูญระบอบปริมิตาณาสีทริราชย์ (Limited Monarchy) ซึ่งกษัตริย์ยังคงมีอำนาจบริหาร มีอำนาจในการยับยั้งกฎหมายอย่างเด็ดขาด แม้ว่ามีรัฐสภา แต่รัฐสภามีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบในการบัญญัติกฎหมาย แต่การปกครองระบอบปริมิตาณาสีทริราชย์หมดไปแล้วเมื่อสิ้นสงครามโลกครั้งที่ 1 ส่วนรัฐธรรมนูญระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) พระมหากษัตริย์จะมีอำนาจเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด กษัตริย์ไม่มีอำนาจออกกฎหมาย รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจตรวจสอบว่ากฎหมายเป็นไปตามเจตจำนงของราษฎรหรือไม่ แต่รัฐสภาจะมีอำนาจยื่นยับยั้งกฎหมายที่กษัตริย์ยับยั้ง⁶⁹ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม อธิบายว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้น โดยความตกลงระหว่างประมุขของรัฐกับราษฎร นับนี้อาจเกิดขึ้นจากการที่ราชบัลลังก์ว่างลง ราษฎรจึงเชิญเจ้านายองค์หนึ่งขึ้นเสวยราชย์ แต่เจ้านายองค์นั้นจะต้องยอมรับรัฐธรรมนูญที่ราษฎรบัญญัติ

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาประวัติรัฐธรรมนูญในโลกจะพบว่า รัฐธรรมนูญที่เก่าแก่ที่สุดเกิดขึ้น โดยวิธีการที่ประมุขของรัฐตกลงร่วมกับขุนนาง คือ มหาบัตร Magna Carta ค.ศ. 1215 ในประเทศอังกฤษสมัยพระเจ้าจอห์น (King John, 1199-1216) อันเนื่องมาจากพระเจ้าจอห์น ปกครองประเทศโดยการกดขี่ข่มเหงประชาชนโดยการบังคับเรียกเก็บภาษีเพื่อนำเงินไปทำสงครามกับประเทศฝรั่งเศส ผู้ที่ขัดขวางพระเจ้าจอห์นจะถูกใช้วิธีการรุนแรงบังคับสร้างความสะดวกอื่นแก่ประชาชน ซึ่งแม้เดิมในประเทศอังกฤษจะปกครองโดยกษัตริย์แต่ก็มีสภาขุนนางเรียกว่า Magnum Concilium หรือมหาสภา ซึ่งถือเป็นการปกครองในระบบศักดินาสวามิภักดิ์ หรือระบบฟิวคัลที่กษัตริย์วิลเลียมผู้พิชิต (William the Conqueror) ผู้ปกครองแคว้น Normandy ในฝรั่งเศสหลังจากได้รับชัยชนะที่ Hastings และกษัตริย์ฮาร์โรลด์ Harold ถูกฆ่าในสงคราม⁷⁰ พระเจ้าวิลเลียมจึงปราบดาภิเษกตนเองเป็นกษัตริย์ และพัฒนาที่ประชุมขุนนาง (Witan หรือ Witenagemot)⁷¹ ซึ่งประกอบด้วยขุนนาง ข้าราชการ และพระ ซึ่งทำหน้าที่ทำให้ปริกษาแก่กษัตริย์ให้กลายเป็นมหาสภาในประเทศอังกฤษ แม้มีลักษณะที่แตกต่างจากระบบฟิวคัลในยุโรป แต่กษัตริย์วิลเลียมสามารถที่จะแก้ปัญหาของระบบฟิวคัลและรวมอำนาจไว้ที่กษัตริย์ มหาสภาประชุมเพียงปีละ 3 ครั้ง เมื่อ

⁶⁹ หยุด แสงอุทัย *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร เรือนแก้วการพิมพ์ 2526 หน้า 37

⁷⁰ กุลลดา เกษบุญชู มีดี *วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลกจากระบบฟิวคัลถึงการปฏิวัติ* กรุงเทพมหานคร ภาพพิมพ์ 2552 หน้า 23

⁷¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553 หน้า 37

พระเจ้าจอห์นมีปัญหาทางการเงินที่ต้องการเงินทำสงครามกับฝรั่งเศส พระเจ้าจอห์นจึงมีท้องตรา (writ) ไปยังเจ้าเมือง (sheriff) เพื่อให้เกณฑ์อัศวิน (Knight) ท้องที่ละ 4 คน เข้าร่วมประชุมมหาสภา เพื่อปรึกษาขอความเห็นในการเก็บภาษีทำให้สร้างความเคืองร้อนแก่ประชาชนจนในที่สุดวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์นเสด็จถึงทุ่ง Runnymede พวกขุนนางขอให้พระองค์ลงพระปรมาภิไธยในตราสารฉบับหนึ่งซึ่งร่างเตรียมไว้มีฉะนั้นจะเกิดการปฏิวัติ พระเจ้าจอห์นจึงยอมประทับตราแผ่นดินลงในเอกสาร ซึ่งต่อมาเรียกว่า มหาบัตร (Magna Carta)⁷² สาระสำคัญของ บทบัญญัติ Magna Carta คือ การจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในการเก็บภาษี ก่อนที่กษัตริย์จะเก็บภาษี จะต้องได้รับความเห็นชอบจากมหาสภาเสียก่อน กำหนดให้พระมหากษัตริย์ต้องเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร การรับประกันสิทธิและเสรีภาพ การรับรองว่าจะไม่จับกุม เนรเทศ ยึดทรัพย์ หรือลงโทษอื่นใดต่อประชาชนจนกว่าจะมีคำพิพากษาตัดสินของผู้พิพากษาว่ามีความผิดโดย บทบัญญัติตามกฎหมายของประเทศ นอกจากนี้ยังกำหนดขอบเขตอำนาจของกษัตริย์ กษัตริย์ต้อง อยู่ภายใต้กฎหมาย ข้อสังเกตประการหนึ่งของบทบัญญัติ Magna Carta คือ ประชาชนทั่วไปยังไม่ได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินี้เนื่องจากบทบัญญัตินี้มิได้ให้สิทธิแก่ประชาชนทั่วไป แต่เป็นการประกันสิทธิของขุนนาง และจำกัดการขยายอำนาจของกษัตริย์และเพิ่มอำนาจของขุนนางในการต่อรองกับกษัตริย์มากขึ้น⁷³

เมื่อนำลักษณะของ Magna Carta มาพิจารณาก็จะเห็นว่าบทบัญญัติ Magna Carta เป็น บทบัญญัติที่จำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้กฎหมาย กษัตริย์ไม่มีอำนาจเรียกเก็บภาษีได้ด้วยตนเองต้องขออนุมัติจากมหาสภา กษัตริย์ไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลโดยไม่มีคำพิพากษาของศาล ดังนั้น กษัตริย์ของอังกฤษจึงไม่มีอำนาจแบบอย่างในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เปรียบเสมือน บทบัญญัติ Magna Carta เป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้ลงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดย Magna Carta ผู้ร่างที่แท้จริงคือขุนนางที่ร่วมกันบังคับให้กษัตริย์ลงนาม แต่ในส่วนของ พระเจ้าจอห์นเองก็ต้องยอมรับว่า พระเจ้าจอห์นยอมที่จะลงนามและประทับตราแผ่นดินลงใน Magna Carta จึงเปรียบเสมือนความตกลงร่วมกันระหว่างกษัตริย์ร่วมกับขุนนาง อำนาจในการ สถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงอยู่ที่ทั้งสองฝ่ายได้ร่วมกันทำให้เกิดขึ้น มิใช่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง Magna Carta มิได้เกิดขึ้น โดยการยินยอมจากกษัตริย์เป็นผู้เริ่ม กษัตริย์มิได้ตรา Magna Carta ด้วยตนเอง และมีได้เกิดขึ้น โดยการยึดครองอำนาจจากกลุ่มขุนนางโดยตรงแต่จะเห็นว่าขุนนางร้อง

⁷² วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร นิติบรรณาการ 2523 หน้า 70

⁷³ สมบัติ ธำรงธัญญวงศ์ *การเมืองอังกฤษ* กรุงเทพมหานคร เสมาธรรม 2554 หน้า 35

ขอให้พระเจ้าจอห์นลงนามใน Magna Carta และพระเจ้าจอห์นจะยังคงเป็นกษัตริย์ต่อไป เว้นเสียแต่
ว่าหากพระเจ้าจอห์นไม่ยินยอมกลุ่มขุนนางก็จะใช้กำลังบังคับโดยทำการปฏิวัติอำนาจพระเจ้าจอห์น

ส่วนกรณีที่ประมุขของรัฐร่วมกับราษฎรในการตรารัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ
ฝรั่งเศส ค.ศ. 1830 ภายหลังจากที่พระเจ้าชาร์ลที่ 10 ถูกปฏิวัติใน ค.ศ. 1830 จึงยอมสละราชบัลลังก์
เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1830 และเสด็จลี้ภัยทางเรือไปยังประเทศอังกฤษทำให้ราชบัลลังก์ว่าง
ลง รัฐสภาฝรั่งเศสจึงเชิญเจ้าชายหลุยส์ ฟิลิป ดยุกแห่งออร์เลออง (Louis Philippe Joseph, Duke of
Orleans ค.ศ. 1747-1793) เสด็จขึ้นครองราชย์สมบัติในฐานะ “กษัตริย์ของชาวฝรั่งเศส”⁷⁴ แต่พระเจ้า
หลุยส์ฟิลิป จะเป็นพระมหากษัตริย์เมื่อยินยอมรับรองรัฐธรรมนูญ พระเจ้าหลุยส์ฟิลิปจึงทำสัตย์
ปฏิญาณต่อรัฐสภาซึ่งได้ประกาศว่าพระองค์ได้ทรงเป็นกษัตริย์แห่งชาวฝรั่งเศสแล้วมีพระนามว่า
พระเจ้าหลุยส์-ฟิลิปที่ 1⁷⁵

3.5 อำนาจภายนอกรัฐ

อำนาจภายนอกรัฐในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2
เมื่อรัฐเจ้าอาณานิคมต้องการที่จะคืนเอกราชให้แก่รัฐได้อำนาจอธิปไตย ในช่วงนี้มีประเทศเกิดใหม่ขึ้น
อย่างมากมาย ทุกประเทศล้วนปรารถนาที่จะมีรัฐธรรมนูญเป็นของตนเองเพื่อเป็นการแสดงฐานะ
ในเวทีระหว่างประเทศ แต่ด้วยความที่เป็นอาณานิคมของประเทศอื่น จึงไม่อาจที่จะสถาปนา
รัฐธรรมนูญเองได้ ประเทศเหล่านี้โดยสภาพไม่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และอำนาจในการ
ก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองก็ถูกจำกัดโดยความเป็นประเทศอาณานิคม เมื่อประเทศเจ้าอาณา
นิคมประสงค์จะมอบเอกราชให้แก่ประเทศที่เป็นอาณานิคม ประเทศที่เป็นเจ้าอาณานิคมมักจะมอบ
รัฐธรรมนูญให้ด้วย โดยถือเป็นเงื่อนไขว่าจะต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับเสียก่อน
ประเทศที่เป็นอาณานิคมจึงจะถือว่าได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์ จึงถือว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดใน
ทางการเมืองเป็นอำนาจที่มาจากองค์กรภายนอกประเทศคือประเทศเจ้าอาณานิคม แต่อย่างไรก็
ตาม โดยส่วนใหญ่แล้ว ประเทศที่เป็นอาณานิคมเมื่อได้รับเอกราชแล้วก็จะทำการร่างรัฐธรรมนูญ
ใหม่ จะไม่ใช่รัฐธรรมนูญของประเทศเจ้าอาณานิคมอันเนื่องมาจากความคิดชาตินิยม และในบาง
กรณีประเทศที่เป็นเจ้าอาณานิคมอาจมอบรัฐธรรมนูญให้ประเทศที่เป็นอาณานิคมใช้ปกครอง
ตนเองไปช่วงหนึ่งก่อนที่จะมีการให้เอกราชตามมาในภายหลัง

ตัวอย่างกรณีอำนาจการจัดทำรัฐธรรมนูญมาจากโดยองค์กรภายนอก ได้แก่
รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 เมื่อประเทศญี่ปุ่นประกาศยอมแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ในวันที่ 2

⁷⁴ ศัญชัย สุวังบุตร ราชชาติไทยได้รัฐธรรมนูญผู้สภารณรัฐ : ฝรั่งเศส ค.ศ. 1815-1970 หน้า 22

⁷⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป หน้า 141

กันยายน ค.ศ. 1945 ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรเข้ายึดครองญี่ปุ่น โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา นำโดยนายพล Douglas MacArthur เป้าประสงค์ของอเมริกาคือทำให้ญี่ปุ่นปลอดจากลัทธิทหาร สหรัฐอเมริกาจึงดำเนินมาตรการปรับปรุงโครงสร้างการบริหารของญี่ปุ่นหลายประการเพื่อส่งเสริมประชาธิปไตย⁷⁶ ซึ่งก่อนที่ญี่ปุ่นจะประกาศยอมแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นมีรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ ค.ศ. 1988 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่พระเจ้าจักรพรรดิพระราชทานให้แก่ประชาชน เมื่อญี่ปุ่นแพ้สงคราม รัฐบาลญี่ปุ่นและคณะองคมนตรีพยายามรวบรวมปัญหาและอุปสรรคของรัฐธรรมนูญฉบับเมจินำมากร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับเมจิเสนอต่อกองบัญชาการฝ่ายสัมพันธมิตร แต่ผู้แทนของฝ่ายสัมพันธมิตรไม่ยอมรับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐบาลญี่ปุ่น⁷⁷ นายพล Douglas MacArthur เสนอว่า ญี่ปุ่นจะปลอดจากการยึดครองและมีเอกราชโดยสมบูรณ์เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดคกฏเกณฑ์การปกครองประเทศจนเป็นที่พอใจแก่รัฐบาลอเมริกัน นายพล Douglas MacArthur ตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยชาวอเมริกัน 25 คน มีนายพล Whitney เป็นประธาน คณะกรรมการประกอบด้วยนักกฎหมายทั่วไปซึ่งไม่ใช่ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ 4 นาย นักบริหารรัฐกิจ 1 นาย นักประวัติศาสตร์ 1 นาย นักสังคมวิทยา 1 นาย และนายทหาร 18 นาย ใช้เวลาร่างเพียง 6 วัน และถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ที่สุดฉบับหนึ่ง⁷⁸ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เรียกชื่อตามชื่อของนายพล Douglas MacArthur แม้ว่าต่อมาร่างรัฐธรรมนูญของฝ่ายสัมพันธมิตรจะมีการปรับปรุงร่วมกับตัวแทนของฝ่ายญี่ปุ่น แต่ถือว่าอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญมาจากองค์กรภายนอก ข้อสังเกตของการร่างรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 คือ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เมื่อฝ่ายสัมพันธมิตรร่างเสร็จแล้วก็นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาญี่ปุ่น เมื่อผ่านการพิจารณาของสภาแล้วก็นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญใหม่ในวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1946 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1947

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจากภายนอกรัฐสำหรับกรณีประเทศที่เป็นอาณานิคมได้แก่การปลดปล่อยอาณานิคมของประเทศอังกฤษ เช่น กรณีของประเทศอินเดีย ในขณะที่อังกฤษปกครองอินเดีย อังกฤษออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อปกครองอินเดีย กระทั่งหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติ อังกฤษมีแผนที่จะให้เอกราชแก่อินเดีย แต่อินเดียต้องร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จเสียก่อนจึงจะได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์ แม้ว่ารัฐธรรมนูญอินเดียจะร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

⁷⁶ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ กฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 201

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 203

⁷⁸ วิษณุ เครืองาม กฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 53

อินเดีย แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมาจากการเลือกตั้งโดยสภานิติบัญญัติของรัฐต่างๆ ในปกครองของอังกฤษตามแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission จึงถือว่าอังกฤษยังปกครองอินเดียโดยสมบูรณ์ และอังกฤษเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญอินเดีย ข้อสังเกตที่น่าสนใจสำหรับรัฐธรรมนูญอินเดีย แม้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการสถาปนาโดยอังกฤษซึ่งเป็นประเทศเจ้าอาณานิคมของอินเดีย แต่การร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย อังกฤษไม่มีส่วนร่วมในการยกร่าง อังกฤษจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้แก่อินเดีย ต่างจากกรณีของประเทศญี่ปุ่นที่นายทหารอเมริกันยกร่างรัฐธรรมนูญให้แก่ประเทศญี่ปุ่น และโดยปกติประเทศที่ได้รับเอกราชพร้อมกับการสถาปนารัฐธรรมนูญจากรัฐเจ้าอาณานิคมมักจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังจากประเทศได้รับเอกราชแล้ว แต่ในกรณีของอินเดีย รัฐธรรมนูญที่ร่างและใช้บังคับมาตั้งแต่การได้รับเอกราช คือ รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ยังคงใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบันเพียงแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาโดยตลอด

ในประเทศกานาพระราชินีอังกฤษประกาศใช้รัฐธรรมนูญกานา เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 ต่อมาประเทศกานาออกกฎหมายให้ประชาชนลงมติเพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเรียกว่า Constituent Assembly and Plebiscite Act และเมื่อได้รับความเห็นชอบจากประชาชนในการลงประชามติ ประเทศกานาจึงร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อจัดตั้งประเทศกานาเป็นประเทศในแบบสาธารณรัฐ

4. การจัดทำรัฐธรรมนูญ

ผู้ที่มีอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นผู้ที่จัดทำรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง หรืออาจมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นก็ได้ ฉะนั้นเราเรียกผู้ที่มีอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองว่าเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ส่วนผู้ที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำรัฐธรรมนูญเรียกว่าเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้ศึกษามาในข้อ 2 ผู้ที่มีอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองมีหลายประเภทขึ้นอยู่กับบริบทความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ แต่การยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อใช้บังคับนั้น อาจมีที่มาที่แตกต่างกันไปอีกขึ้นอยู่กับผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจะใช้วิธีการใด โดยทั่วไปจะมีวิธีการที่สามารถจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังนี้

4.1 โดยบุคคลคนเดียว

การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยบุคคลเพียงคนเดียวต้องไม่นำความเข้าใจนี้ไปปะปนกับอำนาจการให้รัฐธรรมนูญในฐานะประมุขของรัฐ อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่วิธีการที่จะเขียนยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาอาจกระทำโดยหลายวิธี

ในกรณีการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยบุคคลคนเดียวนี้ เป็นวิธีการหนึ่งที่จะให้ผู้ใดผู้หนึ่งดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นให้แก่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การที่บุคคลคนเดียวมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญอาจจะเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร และผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารได้เตรียมรัฐธรรมนูญที่เตรียมไว้ประกาศใช้ภายหลังทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ รัฐธรรมนูญลักษณะเช่นนี้จะใช้เฉพาะชั่วคราวเท่านั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 จัดทำขึ้นโดยพลโทหลวงกาจสงคราม (กาจ เก่งระดมยิง) รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 จัดทำโดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์

4.2 โดยคณะบุคคล

การจัดตั้งคณะบุคคลเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กรณีมีการจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อยกร่าง อันประกอบด้วยบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาต่างๆ คณะกรรมการอาจมีจำนวน 10 – 20 คน และใช้ในประเทศที่ผ่านการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราช เช่น รัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ค.ศ. 1944 รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 รัฐธรรมนูญมาเลเซีย ค.ศ. 1957 สำหรับประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญที่จัดทำโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีคณะกรรมการ 7 นาย (1.พระยามโนปกรณนิติธาดา 2.พระยาเทพวิฑูร 3. พระยามานวราชเสวี 4.พระยานิติศาสตร์ไพศาล 5. พระยาปริदानฤเบศร์ 6.หลวงประดิษฐมนูธรรม 7. นายพันตรี หลวงสินาคโยธารักษ์) ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญตามที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนด

4.3 โดยสภานิติบัญญัติ

การจัดตั้งสภานิติบัญญัติเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญมีได้ทั้งกรณีที่สภานิติบัญญัติได้รับการแต่งตั้งโดยประชาชน และสภานิติบัญญัติที่จัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวภายหลังการปฏิวัติหรือรัฐประหารเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ สำหรับกรณีที่ประชาชนเป็นผู้เลือกสภานิติบัญญัติด้วยตนเองถือว่าสภาพดังกล่าวเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ อาจมีอำนาจที่สามารถลงมติประกาศใช้รัฐธรรมนูญไปในตัวโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากประชาชนอีก ส่วนกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ถูกตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยปกติสภานิติบัญญัติจะตั้งคณะกรรมการของสภาขึ้นเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบที่สภานิติบัญญัติกำหนด การตั้งกรรมการมีข้อดีในแง่ความสะดวกประหยัดเวลาไม่ต้องตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นต่างหาก แต่มีข้อเสียในแง่ที่กรรมการอาจเป็นเครื่องมือของสภานิติบัญญัติ การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติในประเทศไทยเคยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2511 โดยรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 แต่งตั้งสภานิติบัญญัติให้มีอำนาจในการเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วย และสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502

ได้แต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญตามหลักการสำคัญที่สภานิติบัญญัติกำหนดและเสนอให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณา

4.4 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

คำว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยหลักสากลหมายถึงคำภาษาอังกฤษว่า “Convention” สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นสมาชิกที่ได้รับการเลือกจากประชาชนเป็นพิเศษเพื่อร่างหรือบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นใช้⁷⁹ เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งฟิลาเดเฟีย ในสมัยปฏิวัติฝรั่งเศสใช้คำว่า Convention (อ่าน กวงวังซ็อง) หมายถึงสภาที่ราษฎรเลือกตั้งเพื่อให้มาร่างรัฐธรรมนูญ และโดยปกติสภาร่างรัฐธรรมนูญจะทยอยยกเลิกไปเมื่อรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างขึ้นประกาศใช้บังคับแล้วเพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสภานิติบัญญัติต่อไปเว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นต้องให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติต่อไปจนกว่าจะมีการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติ เช่น รัฐธรรมนูญรัฐสเปน ค.ศ. 1931 การร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีการทำงานในลักษณะการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการหรือกรรมการจำนวนไม่มากซึ่งประกอบด้วยตัวกรรมการที่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและบุคคลภายนอกที่เชี่ยวชาญในวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ ปรึชญฯลฯ ผสมกัน เพื่อร่างรัฐธรรมนูญและนำร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญมีสิทธิขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมตัดทอนข้อความใดตามใจชอบ และสภาร่างรัฐธรรมนูญจะลงมติเห็นชอบหรือไม่ในร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทยเคยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญแต่มิได้เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประชาชนเป็นผู้เลือก โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 รัฐสภาเลือกตั้งจากวุฒิสมาชิก 10 คน จากสมาชิกสภาผู้แทน 10 คน และจากผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอีก 20 คน สำหรับสภาร่างรัฐธรรมนูญตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกแต่งตั้งขึ้น มิใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เลือกตั้งโดยประชาชน ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 จำนวน 99 คน ก็มิใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เลือกตั้งโดยประชาชน แต่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีมาจากการเลือกกันเองในจังหวัดต่างๆ จังหวัดละ 10 และส่งรายชื่อให้รัฐสภาเลือกให้เหลือจังหวัดละ 1 คน รวม 76 คน และรัฐสภาเลือกตั้งจากผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีประสบการณ์จำนวน 23 คน จากการเสนอชื่อของสถาบันการศึกษาต่างๆ สำหรับสภาร่าง

⁷⁹ ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 144

รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มีจำนวน 100 คน โดยมีขั้นตอนการเลือกที่ซับซ้อน คือ ให้มีสมาชิกแห่งชาติไม่เกินสองพันคนซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลจากกลุ่มต่างๆ ในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ จากภูมิภาคต่างๆ ทั่วประเทศ และให้สมาชิกเลือกกันเองให้เหลือ 200 คน จากนั้นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกให้เหลือ 100 คน เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประวัติการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทยยังไม่เคยปรากฏว่ามีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรงจากประชาชน

5. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่ว่าโดยการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยการเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไป⁸⁰ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีประโยชน์ เมื่อรัฐธรรมนูญล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์บ้านเมือง แม้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้รัฐธรรมนูญสามารถใช้บังคับได้ตลอดไป แต่เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไป ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมที่เปลี่ยนแปลง และเป็นไปตามความต้องการของผู้คนในสังคม ทั้งหากไม่มีการให้แก้ไขรัฐธรรมนูญอาจส่งผลให้เกิดการกระทำล้มเลิกรัฐธรรมนูญในที่สุด

การพิจารณาหลักการเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากย้อนกลับไปตั้งแต่การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า หลักการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีการเปลี่ยนแปลงตามวิธีการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญ หากเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม แต่หากรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหารและมีการเปลี่ยนแปลงผู้ใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมเปลี่ยนไปที่รัฐธรรมนูญของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญกำหนด

ในประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี และมีพัฒนาการของการรวมอำนาจไว้ที่รัฐสภา โดยไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมไม่มีปัญหากรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐสภาของประเทศอังกฤษ สามารถที่จะออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายใดที่ถือว่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญได้โดยตลอด โดยถือว่า อำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐสภา แต่เมื่อมีการบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะโดยการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการสร้างรัฐ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อการประกัน

⁸⁰ วิชาญ เครื่องงาม กฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 366

สิทธิและเสรีภาพ เช่น ในกรณีประเทศฝรั่งเศส และการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการปลดปล่อยอาณานิคม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตามลักษณะของรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในหลักการที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงผูกพันอยู่กับอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นอำนาจที่มีขอบเขต และไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากที่อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองมอบหมาย หรือใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางลบล้างหรือทำลายอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ช่วงชิงอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองมาและทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญเสียเอง⁸¹ เท่ากับมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ภายหลังการปฏิวัติหรือรัฐประหาร⁸² แนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่อธิบายว่าทำไมรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด และมีนักปรัชญาผู้หนึ่งที่อธิบายหลักการดังกล่าวไว้คือ ซีเอเยส์

ซีเอเยส์ (ค.ศ.1748-1836) นักคิดในสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส เป็นผู้เสนอทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) ซีเอเยส์ อธิบายว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจของชาติ (nation) อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจะสูงสุดไม่ผูกมัดกฎเกณฑ์ใดๆ อำนาจที่สองเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด และกำหนดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญนั้น ตามทฤษฎีของซีเอเยส์ กฎหมายจึงมีลำดับศักดิ์ โดยกฎหมายที่สูงสุดคือกฎหมายธรรมชาติ รองลงมาคือ รัฐธรรมนูญซึ่งชาติ (nation) เป็นผู้สร้าง รองลงมาคือกฎหมายธรรมดาที่ผู้แทนราษฎรของชาติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué)⁸³ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด (pouvoir constituant) เรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร”⁸⁴ (pouvoir Constituant derivé) ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่สูง

⁸¹ สมยศ เชื้อไทย *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* กรุงเทพมหานคร เรือนแก้วการพิมพ์ 2535 หน้า 71

⁸² หยุด แสงอุทัย *คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* หน้า 46-47

⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ* หน้า 58

⁸⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*

กว่าอำนาจนิติบัญญัติ ผู้ที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมโดยหลักจึงเป็นผู้ที่มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เนื่องจากผู้ที่มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำรัฐธรรมนูญได้ด้วย ดังนั้น จึงย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่ผู้ที่มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองมอบอำนาจให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม องค์กรนั้นก็ย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่ได้รับมอบอำนาจ แต่จะใช้อำนาจนอกเหนือจากที่ได้รับมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองไม่ได้ เช่น ผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสถาปนารัฐธรรมนูญและมอบหมายให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สภานิติบัญญัติจึงมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าสภานิติบัญญัติจะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบมา

5.1 หลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดดังนั้นเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีฐานะมั่นคง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรทำได้ยาก แต่รัฐธรรมนูญก็สมควรที่จะได้รับการแก้ไขตามสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมืองของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญจึงต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกำหนดองค์กรและกระบวนการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้ แต่เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีฐานะมั่นคงการกำหนดองค์กรและกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลง รัฐธรรมนูญจึงมักกำหนดให้มืองค์กรและกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ยากกว่าการตรากฎหมายโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถึงองค์กรหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญนั้นจะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายโดยสภาพของกฎหมายย่อมแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ การถือว่าเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วจึงไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ย่อมไม่ถูกต้องเพราะจะเป็นการขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง⁸⁵

5.2 กระบวนการและขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติวิธีการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญและกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมีแนวคิด 2 แนว⁸⁶ แนวแรกคือ หลักการกระทำทางกฎหมายจะถูกแก้ไข

⁸⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย กรุงเทพมหานคร คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515 หน้า 197 อ้างใน เรื่องเดียวกัน หน้า 154

⁸⁶ พูนศักดิ์ ไวสำรวจ รูปแบบและวิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร สำนักกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) 2538 หน้า 16 อ้างใน เรื่องเดียวกัน หน้า 155

เปลี่ยนแปลงได้ก็แต่ในรูปแบบและวิธีการเดียวกันกับที่จัดทำขึ้นมา รัฐธรรมนูญก็จะแก้ไขจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการจัดทำและใช้รูปแบบกระบวนการที่จัดทำขึ้นมา ส่วนอีกแนวคิดคือการกำหนดให้รัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าโดยจะมีการกำหนดองค์กรและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ

5.2.1 รัฐธรรมนูญบัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบ่งได้ 3 ส่วน ดังนี้

1) การริเริ่มให้มีการแก้ไข รัฐธรรมนูญกำหนดเฉพาะบุคคลบางประเภทเท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1889 มาตรา 73 รัฐธรรมนูญโรมานีเย ค.ศ. 1938 มาตรา 97 บัญญัติให้กษัตริย์พระองค์เดียวมีสิทธิริเริ่มในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 มาตรา 8 กำหนดให้ประธานาธิบดีแต่ผู้เดียวมีสิทธิริเริ่มเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญหลายประเทศให้สิทธิแก่คณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือสมาชิกรัฐสภาเป็นผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกำหนดจำนวนสมาชิกมากกว่าการเสนอกฎหมายธรรมดา เช่น จะต้องให้ความเห็นชอบไม่น้อยกว่าสามในสี่ของสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของทั้งสองสภา รัฐธรรมนูญบางประเทศให้ประชาชนเป็นผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกำหนดจำนวนประชาชนไว้ เช่น รัฐธรรมนูญสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 มาตรา 138 ให้ประชาชนจำนวนหนึ่งแสนคนมีสิทธิริเริ่มเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2) การตกลงใจที่จะแก้ไข อำนาจในการตัดสินใจว่าจะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่ องค์กรผู้มีอำนาจตัดสินใจอาจเป็นองค์กรนิติบัญญัติ เช่น รัฐสภาเบลเยียมตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1831 มาตรา 131 รัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ประชาชนในฐานะเป็นองค์กรผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และพุทธศักราช 2517

3) วิธีปฏิบัติในการแก้ไข กระทำได้ 3 วิธี

ก. รัฐสภาเป็นผู้ดำเนินการแก้ไข เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 131 กำหนดให้สภาสูงและสภาล่างเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขโดยความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์เช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา แต่ภายหลังจากที่ตกลงที่จะดำเนินการแก้ไขแล้วจะต้องยุบสภาเพื่อให้สภาชุดใหม่ที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่ในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องมีสมาชิก 2 ใน 3 ของแต่ละสภาเข้าร่วมประชุม การลงมติจะต้องให้สมาชิกสภาอย่างน้อย 2 ใน 3 ของคะแนนเสียงที่ออกจึงจะแก้ไขรัฐธรรมนูญ กรณีรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1931 มาตรา 125 การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมจะมีการลงมติเช่นเดียวกับ

การออกกฎหมายธรรมดาแต่ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วย 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ในตำแหน่ง กรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมภายใน 4 ปีแรกของการใช้รัฐธรรมนูญต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาที่มีอยู่ในตำแหน่ง กรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมภายใน 4 ปี นับแต่ใช้รัฐธรรมนูญ ถือว่าสภาตกลงใจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สภาจะต้องถูกยุบไปทันทีและต้องมีการลงมติเลือกตั้งใหม่ภายใน 60 วัน เมื่อได้สภาใหม่แล้ว สภาใหม่จะทำหน้าที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อลงมติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่สภาชุดก่อนได้ตกลงใจไว้แล้ว และเมื่อพิจารณาเสร็จสภาร่างรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นสภานิติบัญญัติต่อไป

ข. *องค์กรพิเศษ* ซึ่งได้รับการเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดว่ากรณีที่มีรัฐสภาตกลงใจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและสมาชิกสภานิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ จำนวน 2 ใน 3 ร้องขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แล้วนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้สภานิติบัญญัติของรัฐต่างๆ ลงมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4

ค. *ประชาชนดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ* มีได้เฉพาะประเทศที่มีการปกครองผสมระหว่างประชาธิปไตยทางตรงและประชาธิปไตยแบบผู้แทน หลายประเทศมักใช้วิธีการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ เช่น ฝรั่งเศสให้สิทธิประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวิธีการลงประชามติว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือประเทศญี่ปุ่น เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วต้องนำไปให้ประชาชนลงมติ หากประชาชนส่วนใหญ่เห็นชอบก็ให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ นอกจากนี้ยังมีการให้ประชาชนเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจเป็นการเสนอโดยตรง โดยประชาชนจำนวนหนึ่งเข้าชื่อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องผ่านสภาผู้แทน หรือการเสนอโดยอ้อมโดยประชาชนจำนวนหนึ่งเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนการประชุมสภาสามัญสามัญเพื่อให้สภานิติบัญญัติพิจารณา เมื่อการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ผ่านสภานิติบัญญัติ หรือสภานิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมตามที่ประชาชนเสนอมา ก็จะต้องนำกลับไปให้ประชาชนลงมติอีกครั้งว่าจะยอมรับที่สภานิติบัญญัติแก้ไขหรือไม่ เหตุผลที่ประชาชนควรเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

ก) *สภานิติบัญญัติถูกตั้งโดยรัฐธรรมนูญ* ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่องค์กรที่มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร สภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติม

กฎหมายที่ก่อตั้งตนเองขึ้นมา หากสถานิติบัญญัติมีอำนาจในการแก้ไขกฎหมายที่ให้กำเนิดตนเองได้ก็จะมีผลเท่ากับสถานิติบัญญัติมีอำนาจเดียวกับอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองอันเป็นอำนาจที่อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญเป็นการขยายอำนาจตน และทำลายดุลยภาพขององค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งและอำนาจที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น กล่าวคือสถานิติบัญญัติมีอำนาจมากกว่ารัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งสถานิติบัญญัติ และมีอำนาจมากกว่าองค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น เว้นแต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้สถานิติบัญญัติย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ

ข) ประชาชนอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญและกำหนดตัวบุคคลผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ ประชาชนอยู่ในฐานะผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ไม่ใช่องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ประชาชนจึงมีอำนาจสูงสุด แต่ประชาชนไม่ได้ใช้อำนาจด้วยตนเอง ประชาชนเลือกตัวแทนในการใช้อำนาจอธิปไตย ประชาชนควรมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ค) สถานิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วยนักการเมือง ที่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสถานิติบัญญัติจึงอาจแก้ไขเพื่อให้ตนเองหรือพวกพ้องได้ผลประโยชน์ ผลเสียจะตกแก่ประชาชน

ง) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยบุคคลอื่น อาจไม่ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของประชาชน อันเนื่องมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกลุ่มบุคคลที่ต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อผลประโยชน์แก่กลุ่มของตนเท่านั้น โดยไม่คำนึงความต้องการที่แท้จริงของประชาชน เนื่องจากที่ผ่านมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมจึงไม่เป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของประชาชน หากประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตรงกับความต้องการที่แท้จริงของประชาชน โดยเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นการป้องกันและรักษาผลประโยชน์ของประชาชนโดยตรงและตรงกับเจตนารมณ์ของประชาชนมากกว่าและเป็นการถ่วงดุลอำนาจรัฐในอีกทางหนึ่ง

5.2.2 รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญจะแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้ เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะร่างรัฐธรรมนูญให้ผูกมัดโดยตลอดไปและเมื่อเหตุการณ์บ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญต้องเปลี่ยนแปลงตามสภาวะทางการเมือง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดยรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ต้องวิเคราะห์ถึงการกำเนิดรัฐธรรมนูญใน 3 กรณีต่อไปนี้⁸⁷

1) *รัฐธรรมนูญที่ประมุขเป็นผู้ให้* เมื่อประมุขเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ ประมุขแห่งรัฐย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามหลักที่ว่าใครเป็นผู้จัดให้มีย่อมมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญที่เกิดจากประมุขแห่งรัฐย่อมจำกัดอำนาจและตั้งรัฐสภาขึ้นและยอมรับรัฐสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังคงถือว่าประมุขแห่งรัฐมีอำนาจเหนือราษฎรและยังทรงสงวนพระราชอำนาจไว้มาก แต่หากยินยอมให้ประมุขแห่งรัฐแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตามใจชอบ อาจกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรได้รับความยินยอมจากประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเป็นรัฐธรรมนูญที่พระมหากษัตริย์เป็นผู้ประทานให้ การแก้ไขเพิ่มเติมจึงต้องได้รับความเห็นชอบร่วมกันระหว่างพระมหากษัตริย์และรัฐสภา

2) *รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยความตกลงระหว่างประมุขแห่งรัฐกับราษฎร* รัฐธรรมนูญชนิดนี้มักเกิดจากการปฏิวัติ แต่ยังคงเห็นความสำคัญของพระมหากษัตริย์ เมื่อมีการจำกัดพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญโดยพระมหากษัตริย์ทรงยอมรับรัฐธรรมนูญ แต่การปฏิวัติเกิดจากกลุ่มบุคคลที่ไม่ใช่ราษฎรทั้งหมด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงอาจให้ผู้แทนคือรัฐสภาทำหน้าที่ตกลงร่วมกับประมุขของรัฐ เช่น กรณีพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ไม่มีบทบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ถูกยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยสภาผู้แทนราษฎรมิได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมแต่ได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นใช้ทั้งฉบับ โดยความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้ ยังอาจเกิดจากกรณีที่ราชบัลลังก์ว่าลง ราษฎรจึงอันเชิญเจ้านายพระองค์หนึ่งเสวยพระราชสมบัติโดยเจ้านายพระองค์นั้นต้องยอมรับหลักเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1830 เกิดจากความยินยอมระหว่างคณะปฏิวัติกับเจ้าชายหลุยส์ฟิลิปป์ดยุกแห่งออร์เลอ็องซ์ซึ่งได้รับเชิญให้ดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ที่ว่างลง

3) *รัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นโดยราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตย* กรณีนี้ถือว่าราษฎรเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ราษฎรจึงเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

⁸⁷ Joseph-Barthé et Paul Duez: Traité de Droit constitutionnel, 1993, p.236-239 อ้างใน ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย หน้า 208 เรื่องเดียวกัน หน้า 160-161

และถือเป็นรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยบุคคลอื่น

5.3 ลักษณะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

5.3.1 รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่าย รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย หมายถึง รัฐธรรมนูญที่มีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกับการออกกฎหมายธรรมดา ส่วนใหญ่ใช้กับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี เนื่องจากเนื้อหาส่วนใหญ่ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงสามารถออกกฎหมายธรรมดาเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีของประเทศอังกฤษที่เคยออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยง่ายมีประโยชน์ในแง่ที่สามารถแก้ไขให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน หลีกเลียงวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยผิดกฎหมาย เช่น การปฏิวัติ หรือรัฐประหาร แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยง่ายทำให้รัฐธรรมนูญคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงเพราะเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่ายมีคุณค่าลดน้อยลง ไป⁸⁸

5.3.2 รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยาก รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก หมายถึง รัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยวิธีการเดียวเช่นกับการออกกฎหมายโดยทั่วไป ต้องกระทำโดยวิธีการพิเศษและยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ส่วนใหญ่จะใช้กับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้รัฐธรรมนูญมีฐานะและความมั่นคงที่แน่นอน ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่ารัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่าย หากมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็จะเห็น โดยง่าย ประเทศที่มีวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญยากได้แก่ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศไทย

6. การยกเลิกรัฐธรรมนูญ

6.1 การยกเลิกโดยวิธีทางแห่งกฎหมาย

การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางแห่งกฎหมาย ได้แก่ กรณีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้แทนฉบับเดิม และไม่ว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะมีข้อความยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมหรือไม่ก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้บังคับแล้วก็มีผลถือว่ารัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไปโดยปริยาย แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุด แต่เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญในยุคหนึ่งอาจไม่เป็นที่เหมาะสมสำหรับอีกยุคสมัยหนึ่ง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญย่อมเกิดขึ้นได้

⁸⁸ หยุด แสงอุทัย คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป หน้า 56

เสมอ หากเมื่อข้อความอันเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศหรือไม่สอดคล้องกับจิตใจของประชาชนรัฐธรรมนูญนั้นอาจถูกยกเลิกไปได้ หากข้อความอันเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือข้อความที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมีจำนวนน้อยก็อาจใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่ข้อความอันเป็นหลักสำคัญหรือกรณีที่ข้อความอันเป็นหลักสำคัญหรือไม่สอดคล้องกับจิตใจของประชาชนมีจำนวนมากก็อาจใช้วิธีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ การยกเลิกรัฐธรรมนูญจะมีขึ้นเมื่อมีความต้องการเปลี่ยนแปลงสถาบันหลักของรัฐ เช่น ประชาชนต้องการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบสาธารณรัฐ หรือต้องการเปลี่ยนจากประมุขของรัฐจากกษัตริย์มาเป็นประธานาธิบดี หรือประธานาธิบดีเป็นกษัตริย์ การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเก่าอาจทำได้โดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และมีพิธีประกาศใช้อย่างเป็นทางการแล้ว รัฐธรรมนูญเก่าก็จะถูกยกเลิกไปในตัว ในรัฐธรรมนูญใหม่จะมีข้อความให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่าหรือไม่ก็ได้ หากไม่มีข้อความให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าในทางนิติศาสตร์ถือว่าเมื่อมีกฎหมายฉบับใหม่มีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายเก่า ให้ถือข้อความตามกฎหมายฉบับใหม่ตามหลัก *lex posterior derogate legi priori*⁸⁹

ในประเทศฝรั่งเศสยุคสาธารณรัฐที่ 2 มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1848 เพื่อเปลี่ยนแปลงจากระบบจักรวรรดิจากจักรพรรดิมาเป็นระบอบสาธารณรัฐและเปลี่ยนแปลงรูปแบบการเลือกตั้งประธานาธิบดี ต่อมาในปี ค.ศ. 1852 ฝรั่งเศสก็เปลี่ยนการปกครองจากระบอบสาธารณรัฐมาเป็นระบอบที่ให้ประชาชนให้ความไว้วางใจ โดยมีการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1852 แทนฉบับเดิม ในปี ค.ศ. 1870 ยุคสาธารณรัฐที่ 3 ฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอีกครั้งโดยรัฐธรรมนูญในยุคนี้กำหนดให้ฝรั่งเศสกลายเป็นระบอบสาธารณรัฐอีกครั้ง ต่อมาในปี ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นยุคเริ่มต้นของสาธารณรัฐที่ 4 ฝรั่งเศสมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่และมีการปรับปรุงเนื้อหาให้มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีทางอ้อม อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา และเพิ่มอำนาจนิติบัญญัติให้แก่สภาผู้แทนราษฎร แต่ยุคสาธารณรัฐที่ 4 ก็ล่มสลายเพราะความแตกแยกของพรรคการเมืองและปัญหากรณีแอลจีเรีย ทำให้รัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบแก่นายพลชาร์ลส์ เดอโกลด์ (General Charles De Gaulle) เป็นผู้มีอำนาจในการจัดตั้งรัฐบาลและร่างรัฐธรรมนูญนำไปสู่การปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่ 5 จากตัวอย่างของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการยกเลิกโดยวิธีการทางรัฐธรรมนูญด้วยเหตุว่ารัฐธรรมนูญเดิมไม่สามารถที่จะแก้ปัญหานั้น

⁸⁹ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า 374

เกิดขึ้นจากการปกครองประเทศ การยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมโดยการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ตามความต้องการของสภาพสังคมและการเมืองในขณะนั้น

ประเทศไทยเคยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่และมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่า ได้แก่ การใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งไม่มีข้อความยกเลิกพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 แต่เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จึงถือว่าเป็นอันยกเลิกไปในตัว และเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ใช้มาระยะหนึ่งแล้วก็มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มีข้อความให้ใช้รัฐธรรมนูญนี้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จึงถูกยกเลิกไปโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

6.2 การยกเลิกโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ

การยกเลิกโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจกำลังบังคับ ไม่ได้ใช้กระบวนการทางกฎหมาย การใช้อำนาจกำลังบังคับหมายถึง การแย่งชิงอำนาจในการปกครองประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการแย่งชิงโดยบุคคล กลุ่มบุคคล หรือแม้แต่กระทั่งประชาชนเป็นผู้ทำการแย่งชิงอำนาจในการปกครองประเทศ แต่โดยส่วนใหญ่จะเกิดในประเทศที่กำลังพัฒนาและบ่อยครั้งผู้ที่ทำการแย่งชิงอำนาจในการปกครองประเทศคือ ทหาร หรือกองทัพของประเทศนั้น ในบางกรณีอาจกล่าวได้ว่า หากรัฐใดแพ้สงครามต่ออีกรัฐหนึ่ง รัฐที่ชนะสงครามอาจเข้าทำการยกเลิกรัฐธรรมนูญของรัฐที่แพ้สงครามก็ได้ เช่น กรณีของประเทศญี่ปุ่นที่แพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 และสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญให้แก่ญี่ปุ่นแทนฉบับเดิม

การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีการใช้กำลังบังคับหรือแย่งชิงอำนาจการปกครองนี้ มีความหมายในทำนองเดียวกับการปฏิวัติหรือรัฐประหาร แต่ในทางรัฐศาสตร์คำว่าปฏิวัติหรือรัฐประหารมีความหมายที่แตกต่างกัน การปฏิวัติ (Revolution) คือ พุทธิการณ์ในการเลิกล้มหรือล้มล้างระบอบการปกครองหรือรัฐบาลซึ่งครองอำนาจอยู่แล้ว โดยใช้กำลังบังคับแล้วสถาปนาระบอบการปกครองหรือจัดตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่ ส่วนการรัฐประหาร (Coup d'Etat) คือ การใช้กำลังหรือการกระทำอันมิชอบเพื่อเปลี่ยนแปลงรัฐบาล การปฏิวัติถือเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบหนึ่งไปสู่อีกระบอบหนึ่ง ส่วนการรัฐประหารมีความหมายเพียงแต่การเปลี่ยนแปลงอำนาจการบริหารประเทศโดยฉับพลันแต่มิได้เปลี่ยนแปลงการปกครองหรือประมุขแห่งรัฐ ตัวอย่างการปฏิวัติได้แก่ การปฏิวัติอเมริกาจากอาณานิคมอังกฤษ เมื่อ ค.ศ. 1776 การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ.

1789 การปฏิวัติในรัสเซีย ค.ศ. 1917 ส่วนตัวอย่างการรัฐประหารได้แก่ การรัฐประหารในบังกลาเทศ ค.ศ.1976 การเปลี่ยนแปลงรัฐบาลในประเทศไทย เช่น พ.ศ. 2501, 2514, 2519, 2520 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในประเทศไทยเมื่อมีการปฏิวัติหรือรัฐประหารมักมีการใช้คำว่าปฏิวัติกับรัฐประหารปะปนกันไป

การก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร โดยหลักแล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในแนวคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (positivism) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ยืนยันความเห็นว่ากฎหมายเป็นผลผลิตหรือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจปกครอง กฎหมายที่รัฐอธิปไตยตราขึ้นจะแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดจากเหตุผลทางจริยธรรม ดังนั้น ตามแนวความคิดเห็นของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (positivism) เมื่อผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารทำการยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จ ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตย (vereygn) มีอำนาจที่จะจัดตั้งรัฐบาล คำสั่งทั้งปวงของคณะปฏิวัติย่อมเป็นกฎหมายแผ่นดิน (law of the land)⁹⁰ และย่อมมีอำนาจที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญ ดังเช่นคำพิพากษาศาลสหรัฐอเมริกาคดี Wells V. Bain เคยตัดสินว่า “การใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลย่อมก่อให้เกิดผลตรงข้ามกันสองประการ คือถ้าทำได้สำเร็จก็จะเป็นการสถาปนารัฐอธิปไตยใหม่ แต่ถ้าไม่สำเร็จก็จะเป็นกบฏ”

การก่อปฏิวัติหรือรัฐประหารยึดอำนาจปกครองประเทศแล้วผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจะอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตยก่อให้เกิดผลตามมา คือ ทางรัฐศาสตร์ ถือว่ารัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นที่ถูกตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญเป็นอันเลิกเพิกถอนไปในตัว เพราะอำนาจได้เปลี่ยนมือมาอยู่ที่รัฐอธิปไตย แต่ในทางนิติศาสตร์ถือว่า หากคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารประสงค์จะให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญหรือสถาบันตามรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องตรากฎหมายเป็นคำสั่งเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญนั้นตามที่เคยปฏิบัติ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติวันที่ 20 ตุลาคม 2520 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 กำหนดให้ 1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง 2. สถาปนาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ 3. องคมนตรี คงดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่อยู่ต่อไป 4. ศาลทั้งหลายคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมายและประกาศของคณะปฏิวัติ หรือเมื่อคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนำโดยพลเอกสนธิ บุญรัตกลิน เข้าทำการยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ต่อมามีการออกประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขฉบับที่ 3 ข้อ 1 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ข้อ 2 ให้วุฒิสภา

⁹⁰ เรื่องเดิม หน้า 377

สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมรัฐธรรมนูญ ข้อ 3 องคมนตรี ดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ข้อ 4 ศาลทั้งหลายนอกจากศาลรัฐธรรมนูญคงมีอำนาจในการ พิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายและประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย

เมื่อคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารมีอำนาจเป็นรัฐาธิปัตย์แล้ว ถือว่าความผิดฐาน กบฏหรือความผิดอื่นย่อมถูกลบล้างไป เพราะคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจธิปไตยซึ่ง เป็นอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน กฎหมายภายในที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับการกระทำการก่อกบฏเป็น ความผิดย่อมไม่อาจใช้บังคับกับอำนาจธิปไตย สำหรับในประเทศไทยที่เคยมีประเพณีในการออก พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมนั้นเป็นเพียงการขอขมาโดยเปิดเผยต่อรัฐสภาซึ่งมีผลทางความชอบ ธรรม นอกจากนี้คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจธิปไตยทั้งในส่วนนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เพราะคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร มิได้ใช้อำนาจแทนประชาชน ดังนั้น คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะจัดให้มี รัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคำสั่งของคณะปฏิวัติ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 มีคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า "...ข้อเท็จจริงได้ความว่า ใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยเป็นผลสำเร็จ การบริหาร ประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออก กฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็น กฎหมายอันสมบูรณ์..."

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ไว้ที่น่าสนใจว่า "โดยที่การรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2490 มีลักษณะอย่างเดียวกับการปฏิวัติเยอรมัน ค.ศ. 1918 หลังสงครามโลกคราวแรกผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนี้แปลคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เพื่อ เป็นการเทียบเคียงดังต่อไปนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันเล่ม 99 หน้า 287 ศาลฎีกาเยอรมันกล่าวว่า "กฎหมายนี้ (คือกฎหมายที่รัฐบาลของคณะปฏิวัติได้ออก) ย่อมเป็นอันสมบูรณ์และมีผลผูกพันทาง กฎหมายเพราะแม้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้น โดยการปฏิวัติอันใช้กำลังก็ดี แต่ก็ สามารถยืนยันหลักฐานอำนาจของตนไว้ได้ ฉะนั้น ในทางรัฐธรรมนูญจึงต้องยอมรับอำนาจ ของรัฐบาลดังกล่าว" (คืออำนาจในการออกกฎหมาย) นอกจากนี้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันเล่ม 100 หน้า 27 ศาลฎีกาเยอรมันยังได้กล่าวว่าอำนาจของรัฐใหม่อันเกิดขึ้น โดยการปฏิวัตินี้ในทาง รัฐธรรมนูญจะปฏิเสธไม่ยอมรับรองหาได้ไม่ เพราะการผิดต่อกฎหมายการก่อให้เกิดการปฏิวัติขึ้น

นั่น หาเป็นการขัดแย้งกับอำนาจนั้นแต่ประการใดๆ ไม่ เพราะการชอบด้วยกฎหมายแห่งการ ก่อให้เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่คุณลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของอำนาจรัฐแต่อย่างใดเลย รัฐไม่อาจดำรง อยู่ได้โดยปราศจากอำนาจของรัฐ ทันทันที่ที่อำนาจเก่าได้ถูกขจัดให้หมดไป ทันทันนั้นอำนาจใหม่ซึ่ง สามารถทำการได้สำเร็จย่อมเข้าแทนที่อำนาจเก่า วิธีทางแห่งการปฏิวัติได้แสดงด้วยว่าอำนาจใหม่ ได้เกิดขึ้นอย่างผู้ครอบครองรัฐภายหลังที่อำนาจเก่าได้ถูกทำลายลงไปแล้ว และยังคงดำรงอยู่ในการ คลี่คลายจัดสรรอย่างมั่นคง ฉะนั้นรัฐบาลใหม่จึงมีอำนาจออกกฎหมาย ในคำพิพากษาศาลฎีกา เยอรมัน (ฝ่ายอาญา เล่ม 53 หน้า 68) ศาลฎีกาเยอรมัน ได้กล่าวว่ารัฐบาลของประชาชน (คือรัฐบาล ปฏิวัติ) ได้ดำเนินการสำเร็จทุกแห่งทุกหน และสามารถจัดกลุ่มของประชาชนที่ขัดขึ้นโดยอาศัย บังคับแห่งอำนาจที่รัฐบาลนี้มีอยู่ได้สำเร็จเด็ดขาดเท่านี้ก็เพียงพอที่อำนาจที่รัฐบาลนี้มีอยู่ อย่างแท้จริงจะได้รับการรับรองของกฎหมาย" และในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน (ฝ่ายอาญา เล่ม 59 หน้า 157) ศาลฎีกาเยอรมันกล่าวว่า "การกระทำต่างๆ ในทางปฏิวัติอันแท้จริง คือ การกระทำซึ่งเกิด จากการปฏิวัติอัน ได้ชัยชนะอย่างเด็ดขาดนั้น หาเป็นความผิดกฎหมาย ตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ไม่"⁹¹

ต่อมาศาลฎีกาไทยวินิจฉัยยืนยันในหลักการเดิมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 "... เมื่อใน พ.ศ.2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็น ผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติยอมเป็นผู้ใช้อำนาจบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่ง บังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมายแม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำ หรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร หรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม... ฉะนั้นประกาศของคณะ ปฏิวัติฉบับที่ 21 ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้น จึงเป็น กฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองในลักษณะเช่นนั้นได้..."

⁹¹ เรื่องเดิม หน้า 382

บทที่ 3

สภาร่างรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดี และประเทศไทย

สภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรก จากความต้องการที่แก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ ภายหลังจากที่ 13 อาณานิคมของประเทศอังกฤษได้ประกาศแยกตัวเป็นอิสระ และจัดตั้งสภาแห่งทวีปเพื่อต่อสู้ในสงครามประกาศอิสรภาพ การประชุมตัวแทน 13 รัฐ จำนวน 55 คน ที่เมืองฟิลาเดลเฟีย เพื่อแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เมื่อได้รับการให้สัตยาบันจาก 13 รัฐ มีผลให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีผลใช้บังคับและเป็นการสร้างประเทศใหม่ขึ้นมาโดยการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกกลายเป็นต้นแบบในการร่างรัฐธรรมนูญในประเทศอื่นๆ

ภายหลังจากประเทศสหรัฐอเมริการ่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญสำเร็จเป็นประเทศแรกของโลกในปี ค.ศ. 1787 ต่อมาอีก 2 ปี เกิดการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 เพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 และนำฝรั่งเศสเข้าสู่การปกครองรูปแบบสาธารณรัฐ โดยกษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งร่างโดยสมัชชาแห่งชาติ และมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในช่วงต่อมาระหว่างระบอบจักรวรรดิสลับกับสาธารณรัฐ และสุดท้ายในยุคสาธารณรัฐที่ 5 ประเทศฝรั่งเศสกลับมาใช้รูปแบบการปกครองในระบอบสาธารณรัฐและมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรงจากประชาชน ทั้งยังเป็นต้นแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญตามแบบสากลซึ่งถือว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากประชาชน แนวคิดทฤษฎีปรัชญาทางการเมืองถูกนำไปใช้อ้างอิงในทางปฏิบัติ มีการโต้เถียงทางความคิดและสะท้อนออกมายังตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

หลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมต่างทยอยได้รับอิสระจากประเทศเจ้าอาณานิคม และส่วนใหญ่ประเทศเจ้าอาณานิคมจะส่วนใหญ่จะเป็นผู้จัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประเทศอินเดียก็เช่นเดียวกัน ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศอินเดียเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ประเทศอังกฤษออกกฎหมายหลายฉบับที่ใช้ในการปกครองประเทศอินเดีย ต่อมาประเทศอินเดียเรียกร้องให้ประเทศอังกฤษปลดปล่อยให้ประเทศอินเดียเป็นอิสระ ประเทศอังกฤษ

จึงออกกฎหมายให้เอกราชแก่อินเดียแต่กำหนดให้ประเทศอินเดียต้องร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อใช้บังคับ การได้รับเอกราชของประเทศอินเดียจึงจะสมบูรณ์

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการปกครองในรูปแบบสหพันธรัฐ แต่การศึกษาสภา
ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีประโยชน์ในการพิจารณาอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือ
ที่จะเรียกต่อไปว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากก่อนที่จะมีการประกาศเอกราชของ
สหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 ไม่มีประเทศใดที่ได้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร สภาร่าง
รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกของโลกที่มีการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและ
ยังคงใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจึงเป็นต้นแบบให้ผู้ร่าง
รัฐธรรมนูญทั่วโลกพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การสถาปนารัฐธรรมนูญ รวมทั้งรัฐธรรมนูญ
สหรัฐอเมริกาก็ยังบังคับจนถึงปัจจุบันโดยผ่านสงครามกลางเมือง และผ่านเหตุการณ์ต่างๆ มา
มากมายเป็นเวลากว่า 200 ปีแล้ว มีการแก้ไขเพิ่มเติม 27 ครั้ง การศึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญ
สหรัฐอเมริกาก็จะทำให้ทราบถึงการยอมรับของอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจใน
การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยังคงรักษารัฐธรรมนูญไว้จนถึงปัจจุบัน สภาร่างรัฐธรรมนูญ
ฝรั่งเศสเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน โดยตรง ทั้งประเทศฝรั่งเศสได้
ผ่านเหตุการณ์ทางการเมืองมากมาย มีการเปลี่ยนรูปแบบของรัฐหลายครั้ง ทั้งกษัตริย์ จักรวรรดิ
สาธารณรัฐ และการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการนำเอาแนวคิดทางปรัชญาการเมืองมาได้ถึงและ
นำมาใช้จริงในทางปฏิบัติ การศึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจึงจะทำให้เข้าใจแนวคิดและ
หลักเกณฑ์วิธีการในการให้กำเนิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ สำหรับกรณีประเทศอินเดีย ก่อนที่
จะมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับในปี ค.ศ. 1950 ประเทศอังกฤษปกครองประเทศอินเดียใน 2 รูปแบบ คือ
รัฐที่อยู่ในปกครองของอังกฤษ (British India) และรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครรัฐ (India Princely States)
สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมาจากตัวแทนของรัฐทั้งสองประเภท และประเทศอังกฤษเองต้องการให้
ประเทศอินเดียปกครองแบบสหพันธรัฐ แต่ในที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียกลับยอมรับ
หลักการให้ประเทศอินเดียกลายเป็นสาธารณรัฐ การศึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียจึงทำให้เข้าใจ
รูปแบบการก่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอันมีที่มาจากความหลากหลาย และในขณะเดียวกันประเทศ
อินเดียมีความหลากหลายของชนเผ่าต่างๆ มีความหลากหลายของศาสนา มีความขัดแย้งทางเชื้อชาติ
และศาสนา สภาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียจึงเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ประสานความแตกต่างทาง
เชื้อชาติ ศาสนา เข้าด้วยกันการทำความเข้าใจสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียจะทำให้เข้าใจอำนาจ
สถาปนารัฐธรรมนูญจากความหลากหลายของเชื้อชาติ และศาสนา ภายหลังจากสภาร่าง
รัฐธรรมนูญอินเดียร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเสร็จแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียยังมีความ
พิเศษที่น่าสนใจเพราะเหตุที่มีการรวมวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้หลายวิธีในรัฐธรรมนูญฉบับเดียว

สำหรับประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองคล้ายกับประเทศไทย แม้ว่าจะแตกต่างกันในกรณีของประมุขของรัฐ

ในประเทศไทย มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2491 เป็นการแต่งตั้งทางอ้อมโดยรัฐสภาโดยการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ครั้งที่สองสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งเมื่อ พ.ศ. 2539 โดยการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เป็นการแต่งตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาเพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ครั้งที่สามสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งเมื่อ พ.ศ. 2549 โดยมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในบทที่ 3 ผู้เขียนกล่าวถึงสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสาม โดยสรุปความเป็นมาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ กระบวนการทำงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญจนกระทั่งร่างรัฐธรรมนูญประกาศใช้ และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1. สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

1.1 ความเป็นมาของสภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา

ภายหลังการประกาศแยกตัวเป็นอิสระจากการเป็นอาณานิคม 13 แห่งของประเทศอังกฤษที่ตั้งอยู่ในทวีปอเมริกาเหนือ ได้แก่ คอนเนตทิคัต (Connecticut), เดลาแวร์ (Delaware), จอร์เจีย (Georgia), แมริแลนด์ (Maryland), แมสซาชูเซตส์ (Massachusetts), นิวแฮมเชียร์ (New Hampshire), นิวเจอร์ซีย์ (New Jersey), นิวยอร์ก (New York), นอร์ทแคโรไลนา (North Carolina), เพนซิลวาเนีย (Pennsylvania), โรดไอแลนด์ (Rhode Island) และเซาท์แคโรไลนา (South Carolina) 13 รัฐที่เกิดขึ้นใหม่ มีการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ร่วมกันในปี ค.ศ. 1781 เรียกว่าบทบัญญัติแห่งสหพันธรัฐ (Articles of Confederation)⁹² แต่บทบัญญัติแห่งสหพันธรัฐมีลักษณะคล้ายกับสนธิสัญญา โครงสร้างของบทบัญญัติสหพันธรัฐมีลักษณะเป็นรัฐรวม แต่ละรัฐยังคงมีอำนาจ

⁹² มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา กรุงเทพมหานคร วิญญูชน 2552 หน้า 27

อธิปไตยอย่างสมบูรณ์ บทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาของ 13 รัฐได้ เนื่องจากรูปแบบของบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐกำหนดให้มีหน่วยงานกลางเรียกว่า สภากรองเกรสแห่งทวีปที่ไม่มีอำนาจเพียงพอที่จะเรียกเก็บภาษี ควบคุมการค้าระหว่างรัฐ และไม่สามารถที่จะแก้ไขข้อพิพาทจากปัญหาการเดินทางในแม่น้ำระหว่างรัฐ รวมทั้งสภากรองเกรสมีผู้แทนจากรัฐต่างๆ ได้ จำนวน 2 ถึง 7 คน แต่ตัวแทนทั้งหมดของแต่ละรัฐมีเพียง 1 เสียงในการลงมติเรื่องต่างๆ และเรื่องสำคัญต้องใช้จำนวนเสียงเห็นชอบ 9 รัฐจาก 13 รัฐและการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นทางการจาก 13 รัฐ⁹³

เดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1786 รัฐเวอร์จิเนียเชิญตัวแทนรัฐอื่นมาประชุมที่เมืองแอนโนโพลิสเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องการค้าและข้อบังคับของรัฐต่างๆ ที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ การประชุมมีตัวแทนที่เข้าร่วมเพียง 12 คน จาก 5 รัฐ⁹⁴ ที่ประชุมเมืองแอนโนโพลิสจึงไม่สามารถที่จะตกลงแก้ไขปัญหากจากบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ แต่มีการตกลงให้ทุกรัฐแต่งตั้งตัวแทนเพื่อประชุมใหม่ในเดือนพฤษภาคมปี ค.ศ. 1787 สภากรองเกรสแห่งทวีปบริติชของที่ประชุมเมืองแอนโนโพลิสโดยขอให้ตัวแทนจากรัฐเข้าร่วมประชุม โดยมีการระบุดูประสงค์ชัดเจนว่าเพื่อการแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ

การประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียซึ่งต่อมากลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยตัวแทนจากรัฐต่างๆ ซึ่งสภากรองเกรสแห่งทวีปมีมติให้ 13 รัฐส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุม⁹⁵ โดยแต่ละรัฐมีอำนาจอิสระในการเลือกตัวแทน ตัวแทนจากรัฐทั้งหมดได้รับการเลือกโดยสภานิติบัญญัติของรัฐ นอกจากนี้ สภากรองเกรสไม่มีข้อกำหนดว่าตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมต้องมีคุณสมบัติอย่างไร สาเหตุหนึ่งน่าจะมาจากการที่ มติของสภากรองเกรสมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อการแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐในการควบคุมทางการค้ามิใช่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อันเป็นสิ่งที่ตัวแทนจากแต่ละรัฐที่เข้าร่วมประชุมได้ตกลงจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในภายหลัง

⁹³ JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS *THE CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND INTERPRETATION* Washington Us Government 2004 p XIV

⁹⁴ สมบัติ จันทรวงศ์ *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 – 1800* พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2528 หน้า 111

⁹⁵ JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS *THE CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND INTERPRETATION* p,XVI

การประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียถูกกำหนดขึ้นในวันที่ 14 พฤษภาคม ถึง 17 กันยายน ค.ศ. 1787⁹⁶ แต่จากความยากลำบากในการเดินทางในศตวรรษที่ 18 ในวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1787 มีเพียงตัวแทนจากไม่กี่รัฐที่เดินทางมาถึงเมืองฟิลาเดลเฟียภายในกำหนด กระทั่งในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1787 ตัวแทนจากรัฐต่างๆ จึงเดินทางมาครบองค์ประชุมตามที่กำหนดคือ 7 รัฐ การประชุมจึงเริ่มอย่างเป็นทางการ โดยมีตัวแทนเพียง 29 คน จาก 9 รัฐเท่านั้น⁹⁷ แต่ต่อมาก็มีตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมรวมทั้งหมด จำนวน 55 คน จาก 12 รัฐ รัฐโรดไอแลนด์ไม่ได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุม ตัวแทนทั้ง 55 คน เป็นนักกฎหมาย 33 คน เป็นนักธุรกิจ 8 คน และเป็นเจ้าของทาส 11 คน มีตัวแทน 8 คน ที่เคยเข้าร่วมประชุมที่เมืองแอนโนโพลิสมาก่อน และตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมมีจำนวนถึง 39 คนที่เคยเป็นตัวแทนในสภากรองเกรสแห่งทวีปมาก่อน

ที่ประชุมเมืองฟิลาเดลเฟียได้กลายเป็นที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อมีการเสนอให้พิจารณาข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และที่ประชุมตกลงที่จะพิจารณาตามข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนีย ซึ่งระหว่างที่มีการพิจารณาข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียก็มีข้อเสนอของนิวเจอร์ซีย์เสนอต่อเข้าที่ประชุมเพื่อพิจารณาอีกแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าที่ประชุมเมืองฟิลาเดลเฟียได้กลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

1.2 การดำเนินงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติเอกฉันท์เลือก จอร์จ วอชิงตัน เป็นประธาน วิลเลียม แจ็คสัน เป็นเลขานุการ และจอร์จ ไวซ์ ตัวแทนจากเวอร์จิเนีย อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ตัวแทนจากนิวยอร์ก และชาร์ลส์ ฟิงค์นีย์ ตัวแทนจากเซาท์แคโรไลนา เป็นคณะกรรมการจัดทำระเบียบข้อบังคับการประชุม⁹⁸ ระเบียบของที่ประชุมกำหนดให้การประชุมต้องประชุมเป็นการลับ ห้ามการเผยแพร่สิ่งที่ประชุมออกสู่สาธารณะ

การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ การประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟีย มีการเสนอแผนในการบริหารประเทศใหม่ 2 แผน

⁹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า 2555 หน้า 19

⁹⁷ สมบัติ จันทรวงศ์ *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 - 1800* หน้า 117

⁹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 20

ข้อเสนอจากรัฐเวอร์จิเนีย⁹⁹ เป็นข้อเสนอที่เจมส์ เมดิสัน ร่างในขณะที่รอตัวแทนจากรัฐอื่นเดินทางมาถึงเมืองฟิลาเดลเฟีย และเมื่อตัวแทนจากรัฐอื่นมาพร้อมกัน เอ็ดมันด์ แรนคอล์ฟ ผู้ว่าการรัฐเวอร์จิเนีย จึงนำเสนอในที่ประชุมในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1787 ข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนีย คือ การสร้างรัฐบาลกลางที่เข้มแข็ง มีรัฐสภาประกอบด้วยสภาสองสภา สภาล่างมีตัวแทนตามอัตราส่วนจากจำนวนประชากรในรัฐที่เป็นอิสระ สภาบนมีตัวแทนจากการเลือกโดยสมาชิกของสภาล่างจากบัญชีรายชื่อที่เสนอโดยสภานิติบัญญัติของมลรัฐ รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมายทุกกรณี ฝ่ายบริหารได้รับการเลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มีการจัดตั้งศาลที่เป็นอิสระ ข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียมีการอภิปรายกันตั้งแต่วันที่ 13 ถึง 15 มิถุนายน ค.ศ. 1787 โดยรัฐใหญ่ส่วนมากเห็นด้วยกับข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียเนื่องจากรัฐใหญ่มีจำนวนประชากรมาก และตามข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนีย สภาล่างมีตัวแทนตามอัตราส่วนของจำนวนประชากรในรัฐนั้น ส่วนสภาบนก็มีสมาชิกโดยสภาล่างเป็นผู้เลือกจากบัญชีรายชื่อที่สภานิติบัญญัติแต่ละรัฐเสนอมา การอภิปรายในแผนของรัฐเวอร์จิเนียมีการตกลงในประเด็นสำคัญๆ ได้หลายประการ เช่น การยอมรับให้รัฐสภามีสองสภา การกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีเพียงคนเดียวให้อำนาจฝ่ายบริหารในการยับยั้งกฎหมาย

ในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1787 วิลเลียม พาเชอตัน ตัวแทนจากรัฐนิวเจอร์ซีย์ เสนอแผนนิวเจอร์ซีย์¹⁰⁰ ซึ่งเป็นข้อเสนอของรัฐเล็ก โดยต้องการให้สภากรองเกรสมีสภาเดียว มีอำนาจในการเก็บภาษี ให้สภากรองเกรสเป็นผู้เลือกฝ่ายบริหาร แต่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการยับยั้งกฎหมาย กฎหมายที่ออกโดยสภากรองเกรสและสนธิสัญญาที่ให้สัตยาบันแล้วมีผลเป็นกฎหมายสูงสุด และสภากรองเกรสสามารถที่จะเข้าจัดการกับปัจเจกชนได้ แม้ว่าข้อเสนอของรัฐนิวเจอร์ซีย์จะถูกปฏิเสธ แต่ก็มีผลทำให้รัฐเล็กคัดค้านสัดส่วนจำนวนของสมาชิกในสภานิติบัญญัติ

เมื่อไม่สามารถหาทางออกระหว่างข้อเสนอของรัฐเล็กและรัฐใหญ่ได้ ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีการตั้งคณะกรรมการขึ้นประกอบด้วยตัวแทนจากมลรัฐต่างๆ รัฐละ 1 คน¹⁰¹ และที่ประชุมของคณะกรรมการสามารถที่จะตกลงสัดส่วนของจำนวนสมาชิกในสภาล่างมีฐานจากประชากรผิวขาวทั้งหมดบวกกับสามในห้าของทาส และยอมรับหลักการสัดส่วนที่เท่ากันในสภาสูง นอกจากนี้การประชุมร่างรัฐธรรมนูญยังมีการตกลงกรณีการเก็บภาษีจากการค้าทาสซึ่งถือเป็นเรื่องสำคัญและเป็นข้อขัดแย้งระหว่างรัฐทางตอนเหนือกับรัฐทางตอนใต้ มีผลให้การ

⁹⁹ สมบัติ จันทรวงศ์ *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 – 1800* หน้า 119

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 162

¹⁰¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 181

ประนีประนอมครั้งที่สองเรื่องเกี่ยวกับการค้าทาสตกลงที่จะห้ามมิให้มีการนำทาสเข้าก่อนปี ค.ศ. 1808 การประนีประนอมดังกล่าวเรียกว่า การประนีประนอมที่ยิ่งใหญ่ (Great Compromise)¹⁰²

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการตกลงในประเด็นสำคัญๆ แล้ว ในวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1787 สภาร่างรัฐธรรมนูญเลื่อนการประชุมไปในวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1787 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญมอบหมายให้คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียด (Committee of Detail) ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นร่างแรก คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดประกอบด้วย John Rutledge, Edmund Randolph, Oliver Ellsworth, James Wilson, และ Nathaniel Gorham โดย Randolph เป็นผู้เขียนร่างแรกและ Wilson ช่วยขัดเกลาจนเป็นร่างที่สมบูรณ์ก่อนส่งต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ¹⁰³ คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดใช้ข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียเป็นหลักการและนำการลงมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญมาปรับปรุงแก้ไขกับข้อเสนอของรัฐเวอร์จิเนียและประกอบกับข้อมูลจากแหล่งอื่นเช่น บทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ รัฐธรรมนูญของรัฐอื่นๆ การร่างรัฐธรรมนูญจะระบุเฉพาะหลักการที่จำเป็น โดยใช้ภาษาที่ง่ายและแม่นยำ แต่ก็มีเรื่องบางเรื่องที่คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดเห็นตรงกันที่จะระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ไม่ได้มีการอภิปรายกันในสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการได้เปลี่ยนแปลงหลักการที่คลุมเครือของอำนาจนิติบัญญัติให้ชัดเจนขึ้น โดยใช้ถ้อยคำที่ทำให้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภามีไม่จำกัด คือ “ในกรณีที่เป็นจำเป็นและเหมาะสม” และจากความกังวลของคณะกรรมการธิการเรื่องอำนาจของรัฐสภาที่กว้างที่เป็นมติในสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดจึงใช้ถ้อยคำที่แจ่มแจ้งอำนาจเฉพาะถึง 18 ประการ ของสภาองครักษ์ เมื่อคณะกรรมการธิการว่าด้วยรายละเอียดได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำเสนอพร้อมรายงานต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงมีการถกเถียงกันต่อมาตามร่างของคณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียด

เมื่อมีการแก้ไขครั้งสุดท้ายแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการว่าด้วยรูปแบบ¹⁰⁴ (Committee of Style) เพื่อแก้ไขรูปแบบและสำนวน คณะกรรมการชุดนี้ถูกแต่งตั้งจากตัวแทนในส่วนของรัฐต่างๆ ทั่วประเทศและมีตัวแทนจากรัฐเล็กๆ เข้าร่วมด้วย คณะกรรมการชุดนี้ได้แก่ William Samuel Johnson (CT), Alexander Hamilton (NY), Gouverneur Morris (PA),

¹⁰² JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS *THE CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND INTERPRETATION* p XVII

¹⁰³ ริชาร์ด บี. มอร์ริส การสร้างและการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญอเมริกัน ใน 200 ปีรัฐธรรมนูญอเมริกัน : อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของมหาชนรัฐประชาธิปไตย แปลโดย สมบัติ จันทร์วงศ์ กรุงเทพมหานคร บรรณกิจเทรดดิ้ง 2531 หน้า 42

¹⁰⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 24

James Madison (NV), and Rufus King (MA) โดยคณะกรรมการนี้ มี Morris เป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับนับถือในการรับผิดชอบเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำภาษาและการเขียนอัครมบทเกี่ยวกับที่มาแห่งสิทธิและอำนาจแห่งสหรัฐมาจากประชาชน รายงานของคณะกรรมการว่าด้วยรูปแบบและจำนวนถูกนำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 1787 โดยการพิมพ์แจกจ่ายให้กับตัวแทนของรัฐต่างๆ และสามวันต่อมาสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ประชุมเพื่อยอมรับรายงานสุดท้ายของคณะกรรมการว่าด้วยรูปแบบและจำนวน¹⁰⁵

ในวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 1787 ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ มีข้อสังเกตว่าที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญขณะนั้นเหลือเพียง 41 คน โดยตัวแทน 13 คน กลับไปยังรัฐของตนก่อน และตัวแทนอีก 3 คน ปฏิเสธที่จะขอมลงนามในร่างรัฐธรรมนูญ คือ Edmund Randolph จากเวอร์จิเนีย จอร์จ เมสัน จากเวอร์จิเนีย และ Elbridge Gerry จากเม็ตซาชูเซตส์ ดังนั้น จึงมีตัวแทนเพียง 39 คนที่ยอมลงนามรับรองร่างรัฐธรรมนูญใหม่ โดยเป็นตัวแทนจาก 7 รัฐ ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือ Rode Inland ไม่เคยส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ จอร์จ วอชิงตัน เป็นตัวแทนคนแรกในการลงนาม และต่อมาตัวแทนจากรัฐทางตอนเหนือไล่เรียงลงไปถึงตัวแทนจากรัฐทางใต้

1.3 การให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ และนำเสนอต่อสภากรองเกรสแห่งทวีป สภากรองเกรสแห่งทวีปมีมติให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้ที่ประชุมของแต่ละรัฐ ซึ่งได้รับการคัดเลือกจากตัวแทนของประชาชน โดยฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละรัฐจะมีการจัดอภิปรายก่อนการลงมติ รัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับเมื่อได้รับการรับรองจาก 9 รัฐ ใน 13 รัฐ¹⁰⁶ การอภิปรายเพื่อลงมติ มีความเห็นแตกแยกออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายที่สนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “Federalists” หรือ “Nationalist” ซึ่งสนับสนุนอำนาจที่เข้มแข็งของรัฐบาลกลาง ส่วนฝ่ายที่คัดค้านการให้อำนาจแก่รัฐบาลกลางและต้องการที่จะให้มลรัฐมีอำนาจมากกว่ารัฐบาลกลางเรียกว่า “Anti-Federalists”¹⁰⁷ ในปี ค.ศ. 1787 ภายในเวลา 3 เดือน มี 5 มลรัฐแรกให้สัตยาบัน โดยมี 4 รัฐขนาดเล็ก เดลลาแวร์ นิวเจอร์ซีย์ จอร์เจีย และคอนเนตติคัต ต่อมาเมื่อมีอีก 4 รัฐที่ให้การรับรองร่างรัฐธรรมนูญ

¹⁰⁵ JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS *THE CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND INTERPRETATION*, p XVII

¹⁰⁶ Ibid p XVIII

¹⁰⁷ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา หน้า 29

และทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับคือ เมตซาซุเซตส์ แมริแลนด์ เซาท์แคโรไลนา นิวแฮมป์เชียร์¹⁰⁸ แต่แม้ว่ารัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วในเดือนมิถุนายนปี ค.ศ. 1787 แต่ทุกรัฐยังคงให้ความสำคัญกับการลงมติร่างรัฐธรรมนูญในรัฐเวอร์จิเนียและนิวเจอร์ซีย์ เนื่องจากทั้ง 2 รัฐ มีความสำคัญ รัฐนิวเจอร์ซีย์มีขนาดใหญ่ที่สุด ส่วนรัฐนิวเจอร์ซีย์ เป็นรัฐที่มีประชากรมากที่สุด เพราะหากขาดการรับรองของทั้งสองรัฐก็อาจทำให้รัฐบาลกลางขาดประสิทธิภาพ อาจทำให้การรวมสหรัฐมีความไม่มั่นคง

การลงมติร่างรัฐธรรมนูญในรัฐเวอร์จิเนีย ฝ่าย Federalist มีเจมส์ เมดิสัน, จอร์จ นิโคลัส, จอห์น มาเชล, เฮนรี ลี, เอดมัน เพนเดลตัน, เอดมัน แรนดอล์ฟ เป็นผู้นำ ส่วนฝ่ายต่อต้านการให้สัตยาบันหรือฝ่าย Anti-Federalist ได้แก่ จอร์จ เมสัน, แพทริก เฮนรี, แต่สุดท้ายที่ประชุมเวอร์จิเนียก็มีมติให้สัตยาบันแก่องค์ร่างรัฐธรรมนูญหลังจากมีการอภิปรายกันถึง 3 สัปดาห์

การลงมติร่างรัฐธรรมนูญในรัฐนิวเจอร์ซีย์ มีการบรรยายที่เข้มข้นเป็นพิเศษ เนื่องจากฝ่ายที่สนับสนุนให้รัฐบาลกลางมีอำนาจที่เข้มแข็งหรือที่เรียกว่า Federalist มี อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน เจมส์ เมดิสัน, จอห์น เจย์ ได้เขียนบทความเรียกว่า Federalist Papers สนับสนุนการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญรวมทั้งสิ้น 85 บทความ ตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ New York Newspaper โดยมีนามปากกาว่า Publius ส่วนฝ่ายต่อต้านหรือ Anti-Federalist นำโดย ริชาร์ด เฮนรี ลี เขียนบทความต่อต้านการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญ เรียกว่า Letter of the Federalist Farmer ซึ่งการลงมติในรัฐนิวเจอร์ซีย์ก็มีมติรับร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐที่ทำให้การรับรองร่างรัฐธรรมนูญต่อมาคือ นอร์ธ แคโรไลนา แม้ว่าที่ประชุมในครั้งแรกจะไม่ให้การรับรองก็ตาม ส่วนรัฐสุดท้ายคือ โรดไอแลนด์ แม้ว่าโรดไอแลนด์จะไม่ได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมในการร่างรัฐธรรมนูญ แต่รัฐโรดไอแลนด์ก็มีมติให้สัตยาบันต่อร่างรัฐธรรมนูญนี้เช่นกัน

เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับการให้สัตยาบันจนครบ 11 รัฐ สภากรองเกรสแห่งทวีปมีมติให้นำรัฐธรรมนูญใหม่มาใช้ดำเนินการ โดยวันพุธแรกของเดือนมกราคมปี ค.ศ. 1789 เป็นวันเลือกตั้งคณะผู้เลือกตั้งประธานาธิบดี วันพุธแรกของเดือนกุมภาพันธ์ปี ค.ศ. 1789 เป็นวันประชุมคณะผู้เลือกตั้ง วันพุธแรกของเดือนมีนาคมปี ค.ศ. 1789 เป็นวันประชุมครั้งแรกของสภากรองเกรส

¹⁰⁸ สมบัติ ช่างธัญวงศ์ การเมืองอเมริกา พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร เสมาธรรม 2553 หน้า 51

ใหม่ แต่เนื่องจากความล่าช้าต่างๆ ทำให้สภากรองเกรสเปิดประชุมครั้งแรกในวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ. 1789 และจอร์จ วอชิงตัน ได้รับการคัดเลือกเป็นประธานาธิบดีคนแรกของสหรัฐอเมริกา¹⁰⁹

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม ในมาตรา 5 โดยมีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 5 เมื่อสมาชิกจำนวนสองในสามของทั้งสองสภาเห็นจำเป็นให้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ หรือจำนวนสองในสามของสภานิติบัญญัติของรัฐทั้งหลายร้องขอ ก็ให้รัฐสภาเรียกประชุมเพื่อเสนอการแก้ไข ซึ่งในกรณีใดกรณีหนึ่งจะต้องถูกต้องตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ เช่นเดียวกันกับเป็นหนึ่งในรัฐธรรมนูญนี้ เมื่อได้รับสัตยาบันจำนวนสามในสี่จากสภานิติบัญญัติของรัฐทั้งหมด หรือจากที่ประชุมจำนวนสามในสี่ของที่ประชุมในรัฐทั้งหมด ตามวิธีใดวิธีหนึ่งแล้วแต่รัฐสภาจะเสนอให้ใช้เพื่อการให้สัตยาบัน ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามไม่ให้มีการแก้ไขใดๆ ที่อาจกระทำก่อนปีพันแปดร้อยแปด กระทบกระเทือนถึงข้อความที่บัญญัติไว้ในวรรคที่หนึ่งและสี่ของอนุมาตราเก้าแห่งมาตราหนึ่ง และจะให้รัฐใดต้องถูกตัดสิทธิออกเสียงในวุฒิสภา อันมีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐนั้นไม่ได้¹¹⁰

บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาสามารถที่จะแยกพิจารณา ได้ดังนี้

¹⁰⁹ JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS *THE CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND INTERPRETATION* p XIX

¹¹⁰ Constitution of United State of America Article 5 : The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

2.1 ผู้มีสิทธิในการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

2.1.1 สมาชิกรัฐสภาจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด คือ สมาชิกวุฒิสภา จำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (67 เสียงจาก 100 เสียง) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (290 เสียงจาก 500 เสียง) โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากประธานาธิบดี¹¹¹ นอกจากนี้ประธานาธิบดียังไม่มีอำนาจใดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาทั้ง 27 ครั้งเกิดขึ้นโดยการเสนอของสมาชิกสภาครองเกรสโดยวิธีนี้ทั้งหมด

2.1.2 สถานิติบัญญัติของมลรัฐจำนวน 2 ใน 3 ของมลรัฐทั้งหมด คือ 34 มลรัฐ จาก 50 มลรัฐ ร้องขอให้มีการประชุมเพื่อเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญ¹¹² เรียกว่า การประชุมแก้ไขรัฐธรรมนูญระดับชาติ (A Constitution Convention) แต่ในทางปฏิบัติข้อเสนอโดยมลรัฐยังไม่เคยถูกนำมาใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเลย¹¹³ แต่ก็เคยมีที่สถานิติบัญญัติของมลรัฐพยายามที่จะกดดันให้เรียกประชุมกระทั่งสภาครองเกรสยอมที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยตนเองจนกลายเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 17

2.2 การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อมีการเสนอเข้ามาในรัฐสภาเป็นอำนาจของรัฐสภา

2.3 การให้สัตยาบันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของสภาครองเกรส จะมีผลใช้บังคับต่อไปเมื่อสภาครองเกรสส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไปให้แต่ละมลรัฐให้สัตยาบัน และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับการให้สัตยาบันโดยมลรัฐจำนวน 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมดเสียก่อน คือ 38 มลรัฐจากจำนวน 50 มลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบันส่วนวิธีการที่แต่ละมลรัฐจะให้สัตยาบันกระทำได้ 2 วิธี ขึ้นอยู่กับสภาครองเกรสจะกำหนดให้ใช้วิธีใด หรือสภาครองเกรสอาจปล่อยให้เป็นที่หน้าทีของมลรัฐเป็นผู้กำหนดก็ได้ ดังนี้

2.3.1 การให้สัตยาบันโดยสถานิติบัญญัติมลรัฐ จำนวน 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมด การให้สัตยาบันโดยวิธีนี้ใช้สถานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐ โดยไม่ต้องเลือกตั้งผู้ที่จะให้สัตยาบันแก่

¹¹¹ Edward S. Corwin *The constitution and what it means today* Fourteenth Edition New Jersey Princeton University Press 1978 p 295

¹¹² Edward S. Corwin *The constitution and what it means today* p 295

¹¹³ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์ *การเมืองอเมริกา* หน้า 79

รัฐธรรมนูญขึ้นใหม่อันเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย เนื่องจากแต่ละมลรัฐย่อมมีสภานิติบัญญัติอยู่แล้ว ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาทั้ง 27 ครั้ง ใช้วิธีการให้สภานิติบัญญัติแต่ละมลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบันจำนวน 25 ครั้ง การให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐอาจจะมีเสียงที่แตกต่างกันในแต่ละมลรัฐได้ ขึ้นอยู่กับมลรัฐนั้นเป็นผู้กำหนด ในมลรัฐอิลลินอยส์ให้สัตยาบันแก่การแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญสิทธิในความเสมอภาคโดยกำหนดให้มีเสียงข้างมาก 3 ใน 5 ของสภานิติบัญญัติ¹¹⁴

2.3.2 ที่ประชุมมลรัฐ (State Conventions) จำนวน 3 ใน 4 ของที่ประชุมมลรัฐทั้งหมดให้สัตยาบัน วิธีการนี้เป็นการจัดประชุมพิเศษเพื่อให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียว ซึ่งมีความรวดเร็วกว่าการให้สภานิติบัญญัติของมลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน เพราะสภานิติบัญญัติอาจมีเรื่องต้องพิจารณาหลายเรื่อง แต่ที่ประชุมมลรัฐมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เดียวคือการให้สัตยาบันเท่านั้น แต่การเลือกที่ประชุมมลรัฐจะมีค่าใช้จ่ายที่มากกว่าการให้สภานิติบัญญัติให้ความเห็นชอบ ในอดีตที่ผ่านมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 21 การยกเลิกข้อห้ามเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ เพราะสภากรองเกรสเกรงว่าหากให้สภานิติบัญญัติที่มีหัวอนุรักษ์นิยมจะคัดค้านการให้สัตยาบันร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹¹⁵

2.4 ประวัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีการแก้ไขเพิ่มเติม 27 ครั้ง แต่ละครั้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีเหตุผลที่แตกต่างกัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ถึง 10 มีเหตุผลจากข้อโต้แย้งในระหว่างการให้อภิปรายเกี่ยวกับการต่อต้านการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญของฝ่าย Anti-Federalist กรณีร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เมืองฟิลาเดลเฟียไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ฝ่าย Federalist จึงให้สัตยาบันกับรัฐต่างๆ ว่าหากมีการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ¹¹⁶ ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญได้รับการให้สัตยาบันในเวลาต่อมา จากนั้น ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว James Madison เป็นผู้นำเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพต่อสภากรองเกรสรวมทั้ง 17 ฉบับ ซึ่งผ่านการเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรทั้ง 17 ฉบับ แต่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบเพียง 12 ฉบับ เมื่อสภากรองเกรสส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติม

¹¹⁴ Edward S. Corwin *The constitution and what it means today* p 296

¹¹⁵ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา* หน้า 224

¹¹⁶ สมบัติ จันทรวงศ์ *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 – 1800* หน้า 301

รัฐธรรมนูญทั้ง 12 ฉบับ ให้แต่ละมลรัฐให้การสัตยาบัน โดยมีการสัตยาบันเพียง 10 ฉบับ จึงกลายเป็นร่างแก้ไขเพิ่มเติม 10 ฉบับ เรียกว่า Bill of Rights

ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 10 ถึง 27 มีเหตุผลที่แตกต่างออกไปตามแต่สถานการณ์ของช่วงเวลา สามารถที่จะแบ่งเป็น 4 กรณี¹¹⁷ คือ

1) การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 12 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1801 เปลี่ยนตำแหน่งการได้มาซึ่งรองประธานาธิบดีที่ให้แต่ละพรรคสามารถส่งผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดีกับรองประธานาธิบดีได้พร้อมกันเป็นทีม รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 25 เปลี่ยนแปลงวิธีการเลือก รองประธานาธิบดีเมื่อตำแหน่งรองประธานาธิบดีว่างลง การให้สัตยาบันมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1967 อันเนื่องมาจากปัญหาที่ประธานาธิบดี John F. Kennedy ถูกลอบสังหารทำให้รองประธานาธิบดี Lyndon B. Johnson ต้องเข้าดำรงตำแหน่งแทนประธานาธิบดี และทำให้ตำแหน่งรองประธานาธิบดีว่างลง แต่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้ทำอย่างไรเมื่อตำแหน่งรองประธานาธิบดีว่างลงจึงเป็นที่มาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 25

2) การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขแนวคำตัดสินของศาลฎีกา เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 11 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Chisholm v. Georgia, 1793 กำหนดไม่ให้มีการฟ้องร้องมลรัฐโดยพลเมืองของรัฐอื่นหรือคนต่างชาติ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1868 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Dred Scott v. Sandford, 1856 กำหนดกรณีสิทธิของทาส และคนที่เกิดโดยสายโลหิตหรือเกิดในสหรัฐอเมริกาถือเป็นพลเมืองสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 16 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1913 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Pollock v. Farmers' Lone & Trust Co., 1859 กำหนดอำนาจของสภากรองเกรสให้มีอำนาจออกกฎหมายเก็บภาษีจากบุคคลธรรมดา รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 26 แก้ไขแนวคำตัดสินคดี Oregon v. Mitchell., 1790 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1967 กำหนดให้บุคคลตั้งแต่อายุ 18 ปีหรือกว่านั้นมีสิทธิเลือกตั้งในระดับมลรัฐและสหรัฐ

3) การแก้ไขเพิ่มเติมตามทัศนคติของสังคมที่เปลี่ยนแปลง เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 13 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 1865 กำหนดให้เลิกระบบทาส รัฐธรรมนูญ

¹¹⁷ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลียงบุญเลิศชัย รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา หน้า 119

แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1868 กำหนดให้มีการปกป้องสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะทาส มลรัฐจะปฏิเสธสิทธิของทาสไม่ได้

4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 17 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1913 กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 19 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 1820 กำหนดสิทธิในการเลือกตั้ง ห้ามปฏิเสธสิทธิการเลือกตั้งด้วยเหตุแห่งเพศ มีผลให้ผู้หญิงมีสิทธิเลือกตั้งทั้งในระดับสหรัฐและมลรัฐ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 22 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1951 กำหนดให้ประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 2 วาระ เนื่องจากปัญหาที่ประธานาธิบดี Franklin Roosevelt ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีถึง 4 วาระ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 23 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1961 กำหนดให้กรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (District of Columbia) เป็นเมืองหลวงของสหรัฐอเมริกาและถือเป็นมลรัฐหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์การลงคะแนนเลือกตั้งคณะผู้เลือกตั้ง (Electoral College) ไปเลือกประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 24 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1964 กำหนดสิทธิการเลือกตั้งทั้งในระดับสหรัฐและมลรัฐจะไม่ถูกปฏิเสธเพราะเหตุแห่งการไม่จ่ายภาษี

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 4 กรณีแล้ว ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมกรณีอื่นๆ เช่น รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 18 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1914 กำหนดห้ามการผลิต ขาย หรือการขนส่งเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แต่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถูกยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 21 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1993 โดยกำหนดให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 18 และให้อำนาจในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นอำนาจของมลรัฐ

3. สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

นับตั้งแต่เกิดเหตุการณ์ปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองหลายครั้ง ตั้งแต่สมัยสาธารณรัฐที่ 1 จักรวรรดิที่ 1 สมัยสาธารณรัฐที่ 2 จักรวรรดิที่ 2 สาธารณรัฐที่ 3 สาธารณรัฐที่ 4 และสาธารณรัฐที่ 5 เป็นรูปแบบการปกครองสุดท้าย ประเทศฝรั่งเศสร่างรัฐธรรมนูญหลายครั้ง แต่การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ควรนำมาศึกษาและเกี่ยวข้องกับภาคนี้พบครั้งนี้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติใหญ่ปี ค.ศ. 1789 คือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 ซึ่งเป็นช่วงเปลี่ยนจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1848 เป็นช่วงการเปลี่ยนรูปแบบการ

ปกครองจากระบอบจักรวรรดิมาเป็นระบอบสาธารณรัฐที่ 2 และสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งเป็นช่วงเปลี่ยนจากสมัยสาธารณรัฐที่ 3 จากความไม่มีเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาลนำไปสู่การปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญถึง 2 ครั้ง และสุดท้ายเป็นการร่างรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งแม้ว่าจะไม่ได้ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่มีความน่าสนใจที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ซึ่งใช้บังคับในยุคสาธารณรัฐที่ 4 เพื่อให้อำนาจแก่รัฐบาลชั่วคราวในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วนำไปให้ประชาชนลงประชามติ มีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958

3.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ประเทศในยุโรปเกิดปรากฏการณ์ของการเกิดรัฐ โดยรัฐชาติก่อตัวขึ้นในประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ ในประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนารูปแบบการปกครองรวมศูนย์อำนาจไว้ที่กษัตริย์เรียกว่าเป็นระบอบราชาธิปไตย กษัตริย์ฝรั่งเศสมีกองทัพรับจ้างประจำการ มีอำนาจเก็บภาษี และมีอำนาจในการแต่งตั้งบิชอป อำนาจของกษัตริย์ฝรั่งเศสสูงสุดและก่อให้เกิดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สุดโต่งในยุคของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ซึ่งเรียกตัวเองจนเป็นคำพูดอมตะว่า "รัฐรี คือตัวฉันนี่เอง" (Etat, c'est moi !) แต่ต่อมาสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 สถาบันกษัตริย์เริ่มอ่อนแอ ราชสำนักมีหนี้สินมากมายแต่ยังใช้จ่ายอย่างฟุ่มเฟือย แม้ทางทฤษฎีจะถือว่ากษัตริย์ฝรั่งเศสมีอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ความเป็นจริงกษัตริย์ฝรั่งเศสต้องพึ่งพานางขุนนางและพระเพื่อการปกครองประเทศ ชนชั้นขุนนางฝรั่งเศสมีการซื้อขายตำแหน่ง ริดไถและขูดรีดราษฎร ชนชั้นพระมีการแตกแยกกันเอง ประชาชนเริ่มเสื่อมศรัทธา ราชสำนักไม่สนใจการบริหารกิจการบ้านเมือง มีแต่การใช้จ่ายฟุ่มเฟือย แม้ว่าจะมีความพยายามปฏิรูปการเงินแต่ถูกคัดค้านจากขุนนางโดยตลอด แม้ฝรั่งเศสเองมีองค์กรที่เรียกว่า Parlements แต่เป็นเพียงศาลของฐานันดรเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ขุนนางและพระ กระทั่ง พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ. 1774 พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ไม่สนใจต่อการปกครองมากนัก จากปัญหาทางการเงินการคลัง พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ประสงค์ที่จะเรียกเก็บภาษีเพิ่ม เหล่าขุนนางไม่ต้องการที่จะเสียภาษีเพิ่มจึงร้องขอให้พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เรียกประชุมสภาฐานันดร ต่อมาพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ออกพระราชกฤษฎีกาลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1789 เรียกประชุมสภาสามัญ (Les Etats Généraux) ซึ่งประกอบด้วย พระ (Clergé) ขุนนาง (noblesse) และฐานันดรที่สามหรือสามัญชน (tiers état)¹¹⁸ ฐานันดรที่สามนี้มาจากการเลือกตั้ง

¹¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2543 หน้า 17

ตัวแทนจากในท้องถิ่นและถือกัน ในทางทฤษฎีว่าเป็นตัวแทนที่มาจากประชาชน โดยประชาชนในตำบลเลือกผู้แทนและผู้แทนตำบลเลือกตัวแทนขึ้นอีกลำดับหนึ่งเพื่อให้เข้าประชุมสภาฐานันดร สภาฐานันดรนี้ไม่เคยมีการประชุมมาตั้งแต่สมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 13 ปี ค.ศ. 1614 การประชุมเริ่มขึ้นที่แวร์ซายส์ แต่ก่อนการประชุมจะเริ่มขึ้น มีข่าวว่าฐานันดรพระ และฐานันดรขุนนางไม่ยอมเข้าร่วมประชุมกับฐานันดรที่สาม พระกับขุนนางต้องการที่จะประชุมแยกต่างหากจากฐานันดรที่สาม และกำหนดวิธีการลงคะแนนโดยไม่ใช้ตามจำนวนผู้แทน แต่ใช้วิธีอื่นซึ่งจะทำให้ฐานันดรพระและขุนนางมีอำนาจเหนือกว่าพวกสามัญชน ส่วนฐานันดรที่สามต้องการประชุมร่วมกันและให้มีการลงคะแนนเสียงตามจำนวนผู้แทน กระทั่งใน ซีเอเยส์ผู้สร้างทฤษฎีอำนาจธิปไตยเป็นของชาติเสนอให้ฐานันดรที่สามประชุมกันเองโดยไม่ต้องร่วมประชุมกับพระและขุนนาง ดังนั้น ในวันที่ 27-28 พฤษภาคม ค.ศ. 1789 ฐานันดรที่สามเริ่มมีการประชุมกันเองและยืนยันในอำนาจของตนเอง และช่วงวันที่ 13-17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 มีตัวแทนจากพระและขุนนางที่เป็นฝ่ายเสรีนิยมค่อยๆ เข้าร่วมการประชุมกับสภาฐานันดร วันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 ฐานันดรที่สามประชุมและลงมติด้วยคะแนนเสียง 419 ต่อ 90 เสียง ให้เปลี่ยนชื่อฐานันดรที่สามมาเป็น สมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) สมัชชาแห่งชาตินี้ลงมติว่าการจัดเก็บภาษีต้องได้รับความยินยอมจากสมัชชาแห่งชาติ แต่ต่อมาพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 สั่งปิดห้องประชุมทำให้สภาฐานันดรที่สามเกิดความไม่พอใจและไปประชุมกันที่สนามเทนนิสในพระราชวังแวร์ซายส์โดยสาบานกันว่าผู้แทนดังกล่าวจะร่วมเป็นร่วมตายกันจนกว่าจะได้รัฐธรรมนูญ วันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1789 มีประกาศของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ยินยอมจะให้ฝรั่งเศสมีการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) และยอมให้มีการปฏิรูประบบภาษี¹¹⁹ แต่ต่อมาพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 พยายามปฏิเสธสิ่งที่สภาฐานันดรจัดทำขึ้นและประกาศยกเลิกสิ่งที่สภาฐานันดรจัดทำและสั่งให้สภาฐานันดรสลายการประชุมแต่ได้รับการปฏิเสธ วันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 1789 พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มีคำสั่งให้พระและขุนนางยอมที่จะเข้าร่วมประชุมกับสมัชชาแห่งชาติผู้แทนฐานันดรที่สาม ผู้แทนพระ และผู้แทนขุนนางบางส่วนเริ่มที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) วันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1789

พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 แอบส่งคำสั่งเรียกทหารจำนวน 20,000 นาย เพื่อเข้ามารักษาความสงบในปารีส เมื่อสมัชชาแห่งชาติรู้ว่าพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มีการแอบส่งคำสั่งเรียกทหาร จึงเรียกร้องให้ประชาชนติดอาวุธและฝูงชนเริ่มก่อการจลาจลยึดสถานที่ราชการต่างๆ วันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 ประชาชนบุกทำลายคุกบาสตีลล์ (Bastille) อันเป็นสถานที่ใช้คุมขังนักโทษ

¹¹⁹ สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ *ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสสมัยใหม่* พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2549 หน้า 6

การเมือง และถือว่าวันดังกล่าวคือวันแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศสและกลายเป็นวันชาติฝรั่งเศสในเวลาต่อมา และในวันเดียวกันนั้นเองสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) แต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 12 คน ประกอบด้วยตัวแทนที่มาจากทั้งสามฐานันดร ตัวแทนจากฐานันดรที่ 1 คือ Champion de Cicé, Archbishop of Bordeaux และ Talleyrand, Bishop of Autun ตัวแทนจากฐานันดรที่สองคือ Clermont Tonnerre และ Lally Tollendal ตัวแทนจากฐานันดรที่สาม คือ Jean Joseph Mounier, Abbé Sieyès, Nicholas Bergasse, Isaac René Guy le Chapelier

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มีพระบรมราชโองการรับรองฐานะของสมัชชาแห่งชาติ (Assemblée nationale) สมัชชาแห่งชาติดำเนินการยกเลิกอภิสิทธิ์ทั้งหลายของขุนนาง และมีการออกประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ในวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งร่างโดย Marquis de Lafayette ผู้ที่เคยไปต่อสู้ในสงครามประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกา และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสต่อมา กลายเป็นอารัมภบทในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791

ในช่วงแรกของการร่างรัฐธรรมนูญ ในที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) มีข้อเสนอจำนวนมากเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในช่วงวันที่ 4-5 สิงหาคม ค.ศ. 1789 มีการยกเลิกระบอบฟิวดัล ทั้งนี้ Marquis de Lafayette เสนอให้มีการนำระบอบของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมาใช้ โดยมีระบบสภาผู้ให้อำนาจกษัตริย์ในการยับยั้งกฎหมาย อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาซึ่งคล้ายกับระบอบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ในช่วงแรกของการร่างรัฐธรรมนูญปัญหาสำคัญที่ถกเถียงกันคืออำนาจของกษัตริย์ที่จะมีในรัฐธรรมนูญ และรัฐสภาควรมีอำนาจนิติบัญญัติโดยควรเป็นแบบสภาเดี่ยวหรือสภาคู่ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้รัฐสภาเป็นระบอบสภาคู่ แต่ในวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1789 สมัชชาแห่งชาติมีมติให้รัฐสภามีสภาเดี่ยวโดยคะแนนเสียง 849 ต่อ 89 เสียง วันต่อมาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอให้กษัตริย์มีอำนาจยับยั้งกฎหมายโดยเด็ดขาด แต่สมัชชาแห่งชาติเห็นควรให้กษัตริย์มีอำนาจยับยั้งกฎหมายไว้ชั่วคราวด้วยคะแนนเสียง 673 ต่อ 325 เสียง ต่อมาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญบางส่วนที่มีความเห็นแตกต่างถูกส่งไปประหารชีวิตด้วยเครื่องกิโยติน ต่อมาจึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ คณะกรรมการชุดใหม่นี้รวมบุคคลสำคัญคือ ซีเอเยต์ และปัญหาสำคัญของคณะกรรมการชุดใหม่ต่อมาคือปัญหาเรื่องสิทธิของพลเมือง สิทธิของพลเมืองทุกคนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้มีปัญหากับสมัชชาแห่งชาติเกี่ยวกับประเด็นอำนาจของกษัตริย์ในการออกพระราชกฤษฎีกาว่าเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือเป็นเพียงรัฐกำหนด ทำให้คณะกรรมการต้องเขียนอำนาจให้ชัดเจน การร่างรัฐธรรมนูญจะมีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจของกษัตริย์เป็นอย่างยิ่ง

แต่ภายหลังจากการเจรจกันอย่างยาวนาน รัฐธรรมนูญจึงได้รับการยอมรับจากพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 โดยไม่เต็มใจมากนัก

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับแรกประกาศใช้ในวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 มีจำนวน 270 มาตรา กำหนดรูปแบบการปกครองให้ฝรั่งเศสมีการปกครองในระบบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ มีระบบการเลือกตั้งโดยอาศัยการจ่ายภาษีเป็นเกณฑ์ ทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติสะท้อนออกมาให้เห็นในรูปแบบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ที่แบ่งแยกอำนาจกันเด็ดขาดระหว่าง อำนาจอธิปไตยอยู่ที่สมาชิกแห่งชาติ อำนาจบริหารอยู่ที่กษัตริย์ และศาลมีอำนาจอิสระในการพิจารณาคดีจากอีกสองอำนาจ

3.2 สถาปนารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848

หลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสมีการปฏิวัติใหญ่ปี ค.ศ. 1789 และร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1791 ใช้บังคับ ประเทศฝรั่งเศสประสบปัญหาการเมืองการปกครองเป็นอย่างยิ่ง อันเนื่องจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในระบบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับรัฐสภาอย่างต่อเนื่องจนสิ้นสุดยุคสาธารณรัฐที่ 1 โดยนโปเลียน โบนาปาร์ต เข้ายึดครองฝรั่งเศสและนำประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่การปกครองแบบระบบจักรวรรดิ แต่ฝรั่งเศสก็ประสบปัญหาหลังจากความพ่ายแพ้ของนโปเลียนในการทำสงครามกับต่างประเทศ ประเทศฝรั่งเศสยังคงปกครองในระบบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ สมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 10 มีปัญหาขัดแย้งกับรัฐสภาก่อเกิดปฏิวัติขึ้นในปี ค.ศ. 1830 พระเจ้าชาร์ลที่ 10 ลี้ภัยออกจากปารีสและประกาศสละราชบัลลังก์ แต่เป็นเพียงการเปลี่ยนจากราชวงศ์บูร์บงส์มาเป็นราชวงศ์ออร์อังส์โดยพระเจ้าหลุยส์ ฟิลิปป์ คุกแห่งออร์อังส์ขึ้นครองราชย์แทน โดยปกครองฝรั่งเศสเป็นเวลา 18 ปี ผลจากการปกครองพระเจ้าหลุยส์ ฟิลิปป์ยังสร้างความแตกร้าวระหว่างประชาชนและกษัตริย์มากยิ่งขึ้น การปกครองประเทศที่ไม่เป็นไปตามความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ชาวฝรั่งเศส เกิดความขัดแย้งระหว่างชนชั้นกรรมกรซึ่งเป็นผู้ใช้แรงงานในโรงงาน และเจ้าของโรงงานซึ่งเป็นคนชนชั้นกลาง โดยฝ่ายที่นิยมสาธารณรัฐได้รับการสนับสนุนจากผู้ใช้แรงงานซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศหิบบาวุธลุกขึ้นต่อสู้ยึดอำนาจรัฐจากกษัตริย์และชนชั้นกลาง สงครามกลางเมืองที่เกิดขึ้นในกรุงปารีสทำให้ปารีสกลายเป็นเมืองร้าง เรียกว่าเป็นการปฏิวัติฝรั่งเศสในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1848 พระเจ้าหลุยส์ฟิลิปป์ สละราชบัลลังก์เพื่อให้พระนัดดาชื่อเคาต์แห่งปารีส (comte de paris) ขึ้นครองราชย์แทน องค์กรของรัฐต่างๆ ไม่อาจที่จะใช้อำนาจรัฐ เกิดการปะทะกันระหว่างกลุ่มที่นิยมกษัตริย์ กับกลุ่มนิยมสาธารณรัฐ ประชาชนฝ่ายนิยมสาธารณรัฐไม่ยินยอมให้เคาต์แห่งปารีสขึ้นครองราชย์ และมีการตั้ง

รัฐบาลชั่วคราวภายใต้การนำของลามาร์แตง (Lamartine) นำฝรั่งเศสเข้าสู่ระบอบสาธารณรัฐที่ 2¹²⁰ โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1848 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (Assemblée Nationale Constituante) และสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 1848 บัญญัติการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญดังนี้¹²¹

1. ให้เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1848 ใช้เขตมณฑล (Departement) เป็นเขตเลือกตั้ง จำนวนผู้แทนให้คำนวณจากสัดส่วนของจำนวนประชากรในมณฑลนั้นๆ รวมแล้วให้มีผู้แทนทั้งหมด 900 คน โดยรวมผู้แทนจากอัลจีเรีย และรัฐอาณานิคมอื่นๆ

2. ผู้แทนจะต้องเป็นผู้ชนะการเลือกตั้งในมณฑลนั้นๆ และต้องได้คะแนนไม่น้อยกว่า 2,000 เสียง

3. ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญเปิดประชุมวันแรกวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1848

สภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 จัดทำรัฐธรรมนูญเสร็จและประกาศใช้ในเดือนพฤษภาคมปี ค.ศ. 1849 โดยกำหนดให้ประเทศฝรั่งเศสใช้รูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยโดยเป็นหนึ่งเดียวจะแบ่งแยกมิได้ และเน้นในมาตรา 1 ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ อำนาจนิติบัญญัติกำหนดให้มีเพียงสภาเดียวประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน 750 คน มีวาระดำรงตำแหน่ง 3 ปี ฝ่ายบริหารมีประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน วาระดำรงตำแหน่ง 4 ปี มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดระหว่างประธานาธิบดีกับสภาผู้แทนราษฎร ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจยุบสภา ประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ประธานาธิบดีคนแรกคือ หลุยส์ นโปเลียน โบโนปาร์ต ต่อมาในปี ค.ศ. 1851 หลุยส์ นโปเลียนต้องการที่จะขยายเวลาดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี จึงขอแก้ไขรัฐธรรมนูญแต่ไม่ประสบความสำเร็จ หลุยส์ นโปเลียนจึงทำรัฐประหารและนำประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคจักรวรรดิที่ 2

3.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4

หลังจากที่หลุยส์ นโปเลียน นำฝรั่งเศสเข้าสู่การปกครองระบอบจักรวรรดิ หลุยส์ นโปเลียนสถาปนาตนเองขึ้นเป็นจักรพรรดิของฝรั่งเศสในนามพระเจ้านโปเลียนที่ 3 ในวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1873 และมีอำนาจในการบริหารเต็ม แต่ความล้มเหลวในการดำเนินนโยบายต่างประเทศทำให้จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 อยู่ในสถานะอันไม่เป็นที่พอใจของประชาชน กระทั่งจากกรณีปัญหาการสืบราชบัลลังก์สเปน จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ทรงประกาศสงครามกับปรัสเซีย

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 104

¹²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 41

กองทัพฝรั่งเศสพ่ายแพ้ต่อปรัสเซียที่เมืองเซดัน (Sedan) ประชาชนซึ่งไม่พอใจต่อจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 จึงจัดตั้งระบอบสาธารณรัฐที่ 3 โดยรัฐสภาประกาศตั้งสาธารณรัฐที่ 3 เมื่อวันที่ 4 กันยายน ค.ศ. 1870 จักรวรรดิที่ 2 จึงสิ้นสุดลง การปกครองในระบอบสาธารณรัฐที่ 3 ไม่มีรัฐธรรมนูญ แต่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญใช้บังคับหลายชุด เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสภาสูงประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 กฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยสถาบันการปกครอง ประกาศใช้เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 กฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1875 โดยมีการปกครองเป็นระบบสภาคู่ รัฐบาลบริหารประเทศโดยรับผิดชอบต่อสภาและประธานาธิบดี ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของรัฐสภา มีอำนาจในการยุบสภาตามคำแนะนำของสภาสูง และไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆ ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่อำนาจในการบริหารประเทศตกอยู่กับคณะรัฐมนตรี แต่ความไม่มีเสถียรภาพของฝ่ายบริหารทำให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลถึง 104 ชุด ในระยะเวลา 70 ปี เฉลี่ยแล้วชุดละ 8 เดือน¹²² ปี ค.ศ. 1940 ฝรั่งเศสพ่ายสงครามและตกอยู่ในอำนาจปกครองของเยอรมันช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ระบอบสาธารณรัฐที่ 3 ล่มสลายลง ระหว่างที่เยอรมันควบคุมฝรั่งเศส สภาสูงและสภาผู้แทนราษฎรมิติดินายพลเปแตง (Pétain) เป็นผู้บริหารประเทศ นายพลเปแตงนำระบบรัฐบาล Vichy (เรียกได้ว่าเป็นรัฐบาลหุ่นของเยอรมัน) มาใช้โดยรวมอำนาจไว้ที่นายพลเปแตงผู้เดียว และนายพลเปแตงให้ความร่วมมือกับเยอรมันมาโดยตลอด เมื่อเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ระบบ Vichy จึงล่มสลายลง ในช่วงที่เยอรมันปกครองฝรั่งเศส มีความพยายามของขบวนการกู้ชาติฝรั่งเศส มีการจัดตั้งสภาต่อต้านเยอรมัน (Conseil National de la Resistance, CNR) โดยการรวมตัวของขบวนการกู้ชาติและพรรคการเมือง และสหภาพแรงงานในฝรั่งเศส ระหว่างการต่อต้านเยอรมันนี้เอง มีการเตรียมที่จะร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส โดยมีข้อเสนอรูปแบบการปกครองในลักษณะต่างๆ เช่น การเลือกประธานาธิบดีโดยตรง การเพิ่มอำนาจยุบสภาของประธานาธิบดี หรือการให้สภาว่างถูกยุบโดยปริยายหากลงมติล้มรัฐบาล ข้อเสนอต่างๆ เหล่านี้เป็นข้อเสนอที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 แต่ข้อเสนอเหล่านี้เป็นเพียงข้อเสนอที่อยู่ระหว่างการต่อต้านเยอรมัน หลังการปลดปล่อยฝรั่งเศสจากเยอรมันมีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวภายใต้การควบคุมของนายพลเดอโกล (De Gaulle) ซึ่งหารือกับนายเรอเน่ กาบิตอง (René Capitant) ศาสตราจารย์วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อหาวิธีร่างรัฐธรรมนูญใหม่ นายเรอเน่เสนอว่าให้

¹²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส หน้า 41

ประชาชนเป็นผู้ลงประชามติว่าจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่¹²³ ต่อมาจึงมีประกาศรัฐกฤษฎีกาที่ 45-1836 ในวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1945 กำหนดให้มีการลงประชามติวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1945 โดยคำถาม 2 คำถาม ดังนี้

คำถามแรก "ท่านทั้งหลาย (ประชาชนชาวฝรั่งเศส) ต้องการให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับการเลือกตั้งในวันนี้ เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติหรือไม่?"

คำถามที่สอง หากผลการลงประชามติออกมาว่า "เห็นชอบ" ให้ถามข้อ 2 ต่อไปว่า "ท่านทั้งหลาย (ประชาชนชาวฝรั่งเศส) เห็นชอบที่จะจัดให้มีการปกครองโดยองค์กรทั้งหลายที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายที่แนบท้ายมาด้วยนี้ จนกว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับหรือไม่?" หากผลการลงประชามติเห็นชอบก็ให้ร่างกฎหมายที่แนบท้ายนี้มีผลบังคับใช้อย่างรัฐธรรมนูญ¹²⁴

ผลการลงประชามติ คำถามข้อแรก มีดังนี้

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง	25,744,992 คน
จำนวนผู้ไม่มาใช้สิทธิ	5,391,007 คน
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ	20,242,985 คน
จำนวนผู้งดออกเสียง	1,070,103 คน
จำนวนผู้ออกเสียง	19,283,482 คน
ผลการลงประชามติ เห็นชอบ	18,584,746 คน
ไม่เห็นชอบ	699,136 คน

ผลการลงประชามติ คำถามข้อที่สอง มีดังนี้

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง	25,744,992 คน
จำนวนผู้ไม่มาใช้สิทธิ	5,391,007 คน
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ	20,242,985 คน
จำนวนผู้งดออกเสียง	1,109,863 คน
จำนวนผู้ออกเสียง	19,244,149 คน
ผลการลงประชามติ เห็นชอบ	12,794,943 คน
ไม่เห็นชอบ	6,449,206 คน

¹²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 43

¹²⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 45

เมื่อผลการลงคะแนนประชามติปรากฏว่ามีเสียงเห็นชอบกับทั้งสองคำถาม จึงทำให้ร่างรัฐบัญญัติแนบท้ายบัตรลงประชามติกลายเป็นรัฐธรรมนูญฉบับเล็ก (petite Constitution) และใช้บังคับไปชั่วคราวจนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นใหม่ รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนี้มีหลักการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล สภาร่างรัฐธรรมนูญ และการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้¹²⁵

1. สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องเลือกตั้งหัวหน้ารัฐบาลชั่วคราว และหัวหน้ารัฐบาลชั่วคราวเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐบาล และให้คณะรัฐบาลมีความรับผิดชอบต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ
2. สภาร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ แล้วนำไปให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงประชามติภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญใหม่
3. เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ประกาศใช้แล้ว ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง หากสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญไม่แล้วเสร็จภายใน 7 เดือน ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงเช่นกัน
4. กรณีประชาชนลงมติไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำขึ้น หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 7 เดือน ให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และให้ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในวันอังคารที่สองหลังการเลือกตั้ง

สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกที่ถูกต้องตั้งขึ้นชุดที่ 1 ร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำไปให้ประชาชนลงมติ แต่ประชาชนลงมติไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ จึงมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 จึงขออธิบาย สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่ละชุด ดังนี้

3.3.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 เมื่อผลการลงประชามติในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ. 1945 เห็นชอบให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และให้สภานิติบัญญัติที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงทำให้สภานิติบัญญัติมีสถานะกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีทั้งอำนาจในการออกกฎหมายและมีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญในขณะเดียวกัน ผู้แทนในสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและเป็นไปตามเขตการเลือกตั้ง สำหรับองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนทั้งสิ้น 586 คน ส่วนใหญ่จะเป็นพวกพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย ประกอบด้วย

- พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส (Parti Communiste Fanceais หรือ PCF) จำนวน 159 คน

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 46

- พรรครีพับลิกัน (Mouvement Républicain Populaire หรือ MRP) จำนวน 150 คน

- พรรคผู้ใช้แรงงานนานาชาติ (Section Française de l'internationale ouvrière หรือ SFIO) จำนวน 146 คน

- พรรคสังคมนิยมหัวรุนแรง (Parti Radicaux-Socialistes) และ พรรคสหภาพประชาธิปไตยและสังคมนิยม (Union Démocratique et Socialiste de la Résistance หรือ UDSR) จำนวน 71 คน

- พรรคการเมืองอื่นๆ จำนวน 7 คน

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะเป็นพวกหัวนิยมฝ่ายซ้ายได้แก่ พรรคคอมมิวนิสต์ และพรรคสังคมนิยม ทำให้การร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ใช่เรื่องง่ายนัก มีความขัดแย้งกับพรรคฝ่ายขวา คือ พรรครีพับลิกัน เรื่องรูปแบบของสภา พรรคสังคมนิยมไม่เห็นด้วยกับการมีวุฒิสภา พรรคคอมมิวนิสต์ต้องการระบบสภาเดียว คือ สภาผู้แทนราษฎร พรรครีพับลิกันต้องการให้มีระบบสองสภา มีทั้งสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา แต่ส่วนใหญ่จะเห็นชอบในเรื่องการไม่เพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหาร ในที่สุดการร่างรัฐธรรมนูญก็สิ้นสุดลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1954 เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยให้ใช้รูปแบบระบบสภาเดียว คือสภาผู้แทนราษฎรอันมาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง แต่มีสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ (Le Conseil Economique) และสภาที่ปรึกษาสหภาพฝรั่งเศส (Le Conseil de l'Union française) แทนวุฒิสภา ฝ่ายมาบริหาร ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎร และประธานคณะรัฐมนตรี ได้รับเลือกมาจากสภาผู้แทนราษฎรเช่นกัน สภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1946 ด้วยคะแนนเสียง 309 ต่อ 249 เสียง¹²⁶ คะแนนเสียงส่วนใหญ่ที่รับเป็นคะแนนเสียงจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญครั้งถัดให้มีขึ้นในวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1946

ผลการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก มีดังนี้

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง	25,744,992 คน
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ	20,567,378 คน
จำนวนผู้งดออกเสียง	528,985 คน
จำนวนผู้ออกเสียง	20,038,393 คน
ผลการลงประชามติ เห็นชอบ	9,454,034 คน

¹²⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป หน้า 166

ไม่เห็นชอบ 10,584,359 คน

เมื่อผลการลงประชามติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่เห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรก จึงมีผลทำให้ต้องเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่แทนชุดเดิม

3.3.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่เกิดขึ้นวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1946 สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นตัวแทนจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย แม้ว่าพรรครีพับลิกันจะได้คะแนนเสียงสูงสุดก็ตาม องค์ประกอบของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญคงมีจำนวนเท่าเดิมคือ 586 คน ดังนี้¹²⁷

- พรรครีพับลิกัน (Mouvement Républicain Populaire หรือ MRP) จำนวน 166 คน
- พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส (Parti Communiste Française หรือ PCF) จำนวน 153 คน
- พรรคผู้ใช้แรงงานนานาชาติ (Section Française de l'internationale ouvrière หรือ SFIO) จำนวน 128 คน
- พรรคการเมืองฝ่ายขวาอื่นๆ จำนวน 78 คน
- พรรคการเมืองฝ่ายซ้ายอื่นๆ จำนวน 52 คน
- พรรคการเมืองเล็กอื่นๆ จำนวน 9 คน

นายพลเดอโกลล์ แสดงสุนทรพจน์ที่เมืองบายเอซ (Bayeux) ในวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1946 คัดค้านแนวคิดตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และสนับสนุนอำนาจอิสระของฝ่ายบริหารและความสำคัญของสถาบัน การร่างรัฐธรรมนูญใหม่ถือเป็นการประนีประนอมระหว่างพรรคการเมืองใหญ่ คือ พรรครีพับลิกัน พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส และพรรคสังคมนิยม ประเด็นที่สำคัญคือความเป็นอิสระของฝ่ายบริหาร และรูปแบบของการมีวุฒิสภา แต่การประนีประนอมก็สามารถตกลงกันได้ ในวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1946 สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ 404 คน ไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ 106 คน ที่เหลืองดเว้นไม่ออกเสียงหรือขาดประชุม รูปแบบของร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสองสภา คือ สภานิติบัญญัติ และสภาสูง (Le Conseil de la République) สภานิติบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย สภาสูงทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมาย อำนาจบริหารอยู่ที่ประธานาธิบดี และประธานคณะรัฐมนตรี เมื่อนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติในวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1946 แม้นายพลเดอโกลล์จะ

¹²⁷ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 50

คัดค้านร่างรัฐธรรมนูญใหม่นี้ด้วยเหตุผลว่าจะทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ แต่ผลการลงประชามติประชาชนส่วนใหญ่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ และร่างรัฐธรรมนูญใหม่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ประเทศฝรั่งเศสจึงเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 4

ผลการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง มีดังนี้

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียง	26,311,643 คน
จำนวนผู้มีมาใช้สิทธิ	17,792,008 คน
จำนวนผู้งดออกเสียง	329,079 คน
จำนวนผู้ออกเสียง	17,462,929 คน
ผลการลงประชามติ เห็นชอบ	9,297,470 คน
ไม่เห็นชอบ	8,165,459 คน

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 เป็นรูปแบบที่เรียกว่าระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว รัฐสภามีอำนาจเข้มแข็ง และเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้สมัยสาธารณรัฐที่ 4 ล่มสลาย เกือบจะเรียกได้ว่าให้ความสำคัญต่อรัฐสภาโดยเน้นถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาแทนที่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แม้รัฐสภาจะมีสองสภาแต่อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรมากกว่าอำนาจของสภาสูง สภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของพลเมือง สภาสูงมาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการอนุมัติกฎหมายและงบประมาณ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีก็อยู่ในอำนาจของสภาผู้แทน สภาสูงไม่มีอำนาจนี้ สภาสูงไม่มีอำนาจใดในการควบคุมรัฐบาล ทั้งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร รัฐบาลไม่มีอำนาจในการยุบสภาภายใน 18 เดือน แต่การยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นไปได้ยากเพราะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาสูง ความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลสาธารณรัฐที่ 4 ทำให้ภายใน 12 ปี มีการเปลี่ยนรัฐบาล 20 ชุด เฉลี่ยชุดละ 6 เดือน 7 วัน¹²⁸ รัฐบาลส่วนมากเป็นรัฐบาลผสมเพราะมีระบบหลายพรรคการเมือง เมื่อใดก็ตามที่พรรคการเมืองเห็นว่ารัฐบาลจะกลายเป็นเสียงข้างน้อยในสภา รัฐบาลจะลาออกโดยไม่จำเป็นต้องให้ลงมติไม่ไว้วางใจ นอกจากนี้ ในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 เกิดเหตุการณ์วิกฤตอัลจีเรีย ซึ่งเดิมอัลจีเรียเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนฝรั่งเศส แต่ขบวนการกู้ชาติในแอลจีเรียมีกำลังแข็งแรงแรงขึ้น และมีการก่อจลาจลในอัลจีเรีย รัฐบาลฝรั่งเศสไม่สามารถที่จะแก้ปัญหากรณีของอัลจีเรีย นายปีแยร์ แฟมแลง (Pierre Pflimlin) ลาออกจากการเป็นนายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี เรอเน่ โกตี (René

¹²⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส หน้า 46

Coty) จึงแต่งตั้งนายพลชาร์ล เดอ โกลด์ เป็นนายกรัฐมนตรีแทน ในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1958¹²⁹ ต่อมารัฐสภาออกรัฐบัญญัติ 3 ฉบับ ลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 หนึ่งในสามฉบับเป็นการแก้ไข มาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 ซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันที่แท้จริงแล้วเป็นการกำหนดวิธีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ โดยมีการกำหนดเกี่ยวกับวิธีการยกร่าง รัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งต่อมา นายพลเดอ โกลด์อาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่และนำไปให้ประชาชนลงมติคือรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ใช้ บังคับแทนรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1946 และถือเป็นการสิ้นสุดยุคสาธารณรัฐที่ 4

4. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

4.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1946

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีประเด็นที่น่าสนใจและควรนำมากล่าวไว้ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 คือ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้นำไปสู่การร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อนำประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุค สาธารณรัฐที่ 5 คือ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958

ในยุคสาธารณรัฐที่ 5 รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 ไม่ใช้รัฐธรรมนูญที่ร่างโดยสภาร่าง รัฐธรรมนูญ แต่ร่างโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จากนั้นจึงนำไปให้ประชาชนลง ประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 เกิดขึ้นในสมัยช่วงปลายสาธารณรัฐที่ 4 จากปัญหาความ อ่อนแอของรัฐบาล ความไม่มีเสถียรภาพทางการเมือง และกรณีปัญหาอัลจีเรีย เมื่อรัฐบาลไม่อาจ แก้ไขปัญหาเหล่านี้ นายปีแยร์ แฟมแลง (Pierre Pflimlin) ลาออกจากการเป็นนายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดี เรอเน่ โคตี (René Coty) แต่งตั้งนายพลชาร์ล เดอ โกลด์ เป็นนายกรัฐมนตรีแทน และ รัฐสภามีมติให้ออกรัฐบัญญัติให้อำนาจเต็มแก่นายพลเดอ โกลด์แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นให้เสร็จภายใน เวลาหกเดือน รัฐสภาออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 รวม 3 ฉบับ ฉบับแรกให้อำนาจ เต็มแก่รัฐบาลเป็นเวลา 6 เดือน ฉบับที่สองให้อำนาจรัฐบาลร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ฉบับที่สาม เกี่ยวกับการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในอัลจีเรีย รัฐบัญญัติฉบับที่สองที่ให้อำนาจรัฐบาลที่ตั้งขึ้น มีอำนาจยกร่างรัฐธรรมนูญ มีการกำหนดหลักการสำคัญสำหรับร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้¹³⁰

¹²⁹ สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ *ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสสมัยใหม่* พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2549 หน้า 241

¹³⁰ ไพโรจน์ ชัยนาม *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป* หน้า 171

1. ให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนทั่วไป (Suffrage univesel) เป็นที่มาแห่งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร
2. อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารให้แยกออกจากกัน เพื่อให้รัฐสภาและรัฐบาลมีอำนาจเต็มในการใช้อำนาจตามสิทธิและหน้าที่ และโดยความรับผิดชอบของตนเอง
3. รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา
4. อำนาจตุลาการต้องอิสระเพื่อรับรองเสรีภาพที่จำเป็นและสำคัญตามคำนิยามในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 และในคำปฏิญญาแสดงสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789
5. รัฐธรรมนูญต้องเปิดโอกาสให้จัดระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับปวงชนที่ผูกพันด้วย

การมอบอำนาจให้รัฐบาลมีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญนี้ เป็นคนละกรณีกับอำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (la délégation de pouvoir constituant) ซึ่งเมื่อพิจารณาจากอำนาจจัดให้มีและอำนาจต่อเนื่องในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิม (le pouvoir constituant dérivé) และรัฐบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า รัฐบาลได้รับมอบอำนาจเพียงให้แก่ใช้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 หรือเป็นอำนาจ une délégation ไม่ได้มีการมอบอำนาจให้รัฐบาลในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ แต่มีการมอบอำนาจให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือการมอบอำนาจต่อเนื่องในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิมหรืออำนาจต่อเนื่องในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹³¹

รัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 บัญญัติวิธีการร่างรัฐธรรมนูญว่า การยกร่างรัฐธรรมนูญต้องขอความเห็นชอบจาก "คณะกรรมการที่ปรึกษารัฐธรรมนูญ" (Le Comité Consultatif constitutionnel) ซึ่งมีกฤษฎีกาลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1958 กำหนดให้คณะกรรมการที่ปรึกษาประกอบด้วยสมาชิกจากตัวแทนรัฐสภาจำนวน 36 คน ได้รับการคัดเลือกจากสมาชิกสภานิติบัญญัติ จำนวน 16 คน และได้รับการคัดเลือกจากสภาที่ปรึกษาแห่งสาธารณรัฐ (Conseil de la République) จำนวน 10 คน และตัวแทนจากการแต่งตั้งของรัฐบาลอีก จำนวน 13 คน

สำหรับการเตรียมต้นร่างรัฐธรรมนูญมีคณะกรรมการ 2 ชุด ได้แก่ คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (Comité d'experts) โดยมีนายมิเชล เดอเบร (Michel Debré) เป็นผู้นำคนสำคัญ มีผู้ทรงคุณวุฒิประกอบด้วยสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ศาสตราจารย์จากคณะนิติศาสตร์ใน

¹³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส หน้า 49

มหาวิทยาลัยข้าราชการระดับสูง (Administrateur civil)¹³² คณะกรรมการชุดนี้ยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยใช้เวลาประมาณ 3 เดือน แล้วนำร่างรัฐธรรมนูญเสนอคณะกรรมการชุดที่ 2 เรียกว่า คณะกรรมการระหว่างกระทรวง (Comité Interministériel) มีนายพลเดอโกลด์เป็นประธาน มีกรรมการประกอบด้วยรัฐมนตรีอีก 4 คน คณะกรรมการระหว่างกระทรวงประชุมต้นร่างรัฐธรรมนูญ ในวันที่ 23-26 กรกฎาคม ค.ศ. 1958 ต่อมาต้นร่างรัฐธรรมนูญถูกส่งต่อไปยังคณะกรรมการที่ปรึกษา รัฐธรรมนูญ (Le Comité Consultatif constitutionnel) ประชุมพิจารณาวันที่ 29 กรกฎาคม - 14 สิงหาคม ค.ศ. 1958 คณะกรรมการที่ปรึกษารัฐธรรมนูญมีมติเห็นชอบกับต้นร่างรัฐธรรมนูญโดยไม่มีการแก้ไข จากนั้น ต้นร่างรัฐธรรมนูญถูกส่งให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) พิจารณาให้ความเห็น คณะที่ปรึกษาแห่งรัฐเสนอเฉพาะประเด็นความสัมพันธ์เกี่ยวกับอาณาเขตโพ้นทะเล จากนั้น คณะรัฐมนตรีเป็นผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเรียกว่า "ข้อเสนอของรัฐบาล" (Le projet gouvernemental) นำไปลงมติโดยประชาชนชาวฝรั่งเศสและดินแดนโพ้นทะเลวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1958 ในประเทศฝรั่งเศสถือเป็นการลงประชามติว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ส่วนดินแดนโพ้นทะเลถือเป็นการลงประชามติว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธการเข้าอยู่ในเครือจักรภพ ฝรั่งเศส (Communauté) ผลการลงประชามติประชาชนส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ มีผู้ออกเสียงรวม 22 ล้านเศษ เฉพาะในประเทศฝรั่งเศสมีกว่า 17 ล้านเสียงที่ให้การรับรอง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ประกาศใช้วันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 นำประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ ยุคสาธารณรัฐที่ 5 นายพลเดอโกลด์ได้รับเลือกเป็นประธานาธิบดีคนแรกของสมัยสาธารณรัฐที่ 5 วันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1958 และเข้ารับตำแหน่งเมื่อวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1959

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มีหลักการเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า "อำนาจอธิปไตยของชาติ เป็นของประชาชน ซึ่งใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทางสภาผู้แทนราษฎร โดยผ่านกระบวนการออกเสียง ประชามติ..." บทบัญญัตินี้สะท้อนแนวคิดทฤษฎี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la souveraineté nationale) และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (la souveraineté populaire) สาเหตุที่ทำให้ให้นำทฤษฎีทั้งสองมารวมกัน อาจสรุปดังนี้¹³³

ประการแรก มีการถกเถียงกันว่าอำนาจอธิปไตยในฝรั่งเศสเป็นของใคร ระหว่างชาติ หรือประชาชน ซึ่งเป็นแนวคิดของนักปรัชญาสองคนคือ ซีเอเยส์ และรูสโซ

¹³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 86

¹³³ เกรียงไกร เจริญญนาวัฒน์ *ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส* หน้า 54

ประการที่สอง เพื่อสร้างความเท่าเทียมของการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสอง อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติสะท้อนรูปแบบประชาธิปไตยทางอ้อม (la démocratie indirect หรือ la démocratite représentative) ส่วนอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนสะท้อนรูปแบบประชาธิปไตยทางตรง (la démocratie direct) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแสดงออกผ่านทางรูปแบบรัฐสภา อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนผ่านการแสดงออกในรูปแบบการลงประชามติ

4.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 16 มาตรา 89 ดังนี้¹³⁴

"การริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐบาลหรือที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภา จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความอย่างเดียวกัน และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับหลังจากที่ได้มีการออกเสียงประชามติเห็นชอบแล้ว

อย่างไรก็ตาม ร่างแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยรัฐบาลอาจไม่ต้องนำมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติก็ได้ หากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตัดสินใจที่จะเสนอให้ที่ประชุมร่วมกันของสภาทั้งสองเป็นผู้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ในกรณีนี้ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียงลงคะแนน สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่เป็นสำนักงานของที่ประชุมร่วมกัน

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนจะกระทำมิได้

¹³⁴ Constitution of French of October 4, 1958 Article 89 "The President of the Republic, on a proposal by the Prime Minister, and Members of Parliament alike shall have the right to initiate amendment of the Constitution. A government or a Member's bill to amend the Constitution shall be passed by the two assemblies in identical terms. The amendment shall have effect after approval by referendum. However, a government bill to amend the Constitution shall not be submitted to referendum where the President of the Republic decides to submit it to Parliament convened in Congress; the government bill to amend the Constitution shall then be approved only if it is adopted by a three-fifths majority of the votes cast. The Bureau of the Congress shall be that of the National Assembly. No amendment procedure shall be commenced or continued where the integrity of the territory is jeopardized. The republican form of government shall not be the object of an amendment.

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐบาลสาธารณรัฐไม่อาจกระทำได้

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มี 4 ขั้นตอน ดังนี้

4.2.1 การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติม การขอแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจของประธานาธิบดี ตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมเป็นเรื่องการตกลงระหว่างประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรี กรณีเป็นเพียงผู้ริเริ่มการเสนอแก้ไขเท่านั้น (le projet de revision) ในทางปฏิบัติข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีเป็นเพียงรูปแบบการขอแก้ไขเท่านั้น เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมาจากความต้องการของประธานาธิบดี

4.2.2 การดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา หากสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ก็ไม่อาจที่จะผ่านร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การเห็นชอบของทั้งสองสภาจะต้องเห็นชอบทุกถ้อยคำและถ้อยความ

4.2.3 การลงประชามติ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาจะต้องนำไปนำไปลงประชามติ (Ratification) และจะมีผลบังคับต่อเมื่อผ่านการลงประชามติจากประชาชน แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยรัฐบาล ประธานาธิบดีอาจเสนอให้มีการประชุมร่วมกันของทั้งสองสภา (สภาทั้งสองลงคะแนนเสียงพร้อมกันเรียกว่า Congrès) หากที่ประชุมมีคะแนนเสียงเห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมากกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียงลงคะแนน ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็จะมีผลใช้บังคับ

4.2.4 การประกาศใช้บังคับ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ผ่านการลงประชามติ ประธานาธิบดีต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมประกาศใช้ภายใน 15 วัน

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีตัวอย่างที่สำคัญเคยเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1962 เมื่อสงครามอัลจีเรียสิ้นสุดลง อัลจีเรียจะได้รับเอกราช ชาวยุโรปที่อาศัยอยู่ในอัลจีเรีย 1 ล้าน 2 แสนคนต้องอพยพกลับฝรั่งเศส ประธานาธิบดีเดอโกลล์เห็นว่าจำเป็นต้องออกกฎหมายเพื่อรองรับบุคคลเหล่านี้ แต่การออกกฎหมายจะทำให้ถูกพรรคการเมืองต่างๆ โจมตี ประธานาธิบดีเดอโกลล์จึงขอให้ประชาชนมอบอำนาจแก่ตน และทำการปลดสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในอัลจีเรีย 71 คน เพราะถือว่าอัลจีเรียไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของฝรั่งเศส การปลดสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการขัดต่อหลักที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ใช่ตัวแทนของประชาชนที่เลือกมาแต่เป็นตัวแทนของคนทั้งชาติ จากนั้น ประธานาธิบดีเดอโกลล์ขอให้มีการลงประชามติให้การเลือกตั้งประธานาธิบดีเป็นการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ผลการลงประชามติประชาชนเห็นด้วยจำนวนร้อยละ 62 งดออกเสียงร้อยละ 22.5 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958

มาตรา 6 และมาตรา 7 จากเดิมที่การเลือกตั้งประธานาธิบดีเป็นการเลือกตั้งทางอ้อม โดยประชาชนเลือกคณะผู้เลือกตั้ง ซึ่งมาจากเขตการปกครอง วุฒิสภา สมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีรวมประมาณ 80,000 คน ให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี และสามารถลงสมัครรับเลือกตั้งได้อีกหนึ่งวาระ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางการเมืองที่สำคัญ ทำให้ประธานาธิบดีเป็นอิสระจากพรรคการเมือง และรัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีมีการกล่าวหาว่าเป็นการละเมิดหลักการในมาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 แต่สภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญมีคำตัดสินในวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 เห็นว่าสภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะทบทวนกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากการลงประชามติโดยประชาชนซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งสภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญอันเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรที่ทำหน้าที่ใช้อำนาจสาธารณะ

ปี ค.ศ. 1974 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้อำนาจสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 60 คนมีอำนาจขอให้สภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญทบทวนการออกกฎหมายของรัฐสภาว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากเดิมที่เป็นอำนาจของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภาชนิดบัญญัติแห่งชาติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ทำให้พรรคการเมืองฝ่ายค้านในรัฐสภามีอำนาจมากขึ้น

ปี ค.ศ. 2000 มีการแก้ไขเพิ่มเติมลดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีจาก 7 ปี เหลือเพียง 5 ปี เพื่อให้การเลือกตั้งประธานาธิบดีมีขึ้นก่อนการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาชนิดบัญญัติ และการเลือกประธานาธิบดีใกล้เคียงกับการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาชนิดบัญญัติซึ่งจะทำให้ลดความแตกต่างของพรรคการเมืองในรัฐสภา ทำให้ประธานาธิบดีสามารถทำงานร่วมกับรัฐสภาและประธานาธิบดีมีอำนาจเพิ่มขึ้นจากจำนวนสมาชิกในรัฐสภาที่สังกัดพรรคการเมืองเดียวกับประธานาธิบดี

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ที่สำคัญเกี่ยวข้องกับสหภาพยุโรปคือการแก้ไขเพิ่มเติมว่าสนธิสัญญาใดที่ฝรั่งเศสที่ไว้ก่อนนานประเทศถ้าสภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ใ้ใช้สนธิสัญญานั้นบังคับโดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 2008 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสหลายประการเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ของหน่วยงานของรัฐและให้เกิดความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นและเพื่อความสะดวกในการใช้สิทธิของประชาชน

5. สภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศอินเดีย

5.1 ความเป็นมาของอินเดียก่อนได้รับเอกราช

ประเทศอินเดียตกอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษมาตั้งแต่ในยุคล่าอาณานิคม โดยเริ่มต้นจากการที่อังกฤษเข้ามาค้าขายในอินเดียปี ค.ศ. 1612¹³⁵ ซึ่งการเข้ามาค้าขายของอังกฤษเป็นการได้รับอนุญาตจากกษัตริย์อังกฤษ ต่อมาบริษัทที่เข้ามาค้าขายได้แปรสภาพเป็นป้อมค่ายทหาร และภายในป้อมค่ายอังกฤษมีการปกครองของตนเอง จัดการระบบศาล และการภาษีของตน จากนั้นภายหลังกอังกฤษได้สร้างอำนาจจักรวรรดินิยมขึ้นในอินเดียอย่างค่อยเป็นค่อยไป จนกระทั่งสามารถที่จะครอบครองอินเดียได้ทั้งหมด การปกครองของอังกฤษที่มีต่ออินเดีย อังกฤษออกกฎหมายมาใช้ปกครอง เช่น พระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1773 (Regulating Act, 1773) พระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1784 (William Pitt's Act, 1784) อังกฤษใช้การปกครองอินเดียโดยการตั้งข้าหลวงใหญ่ (Governor General) มาประจำในอินเดีย ข้าหลวงใหญ่ประจำอินเดียพยายามขยายอำนาจของอังกฤษในอินเดียต่อแคว้นหรือรัฐของเจ้าผู้ครองนครรัฐต่างๆ กระทั่งเจ้าผู้ครองนครรัฐต่างๆ ยอมรับอำนาจของอังกฤษและหากเจ้าผู้ครองนครรัฐไม่มีทายาท รัฐหรือเมืองนั้นจะตกเป็นของอังกฤษ ภายในระยะเวลา 50 ปี อังกฤษสามารถครอบครองอินเดียได้เกือบทั้งหมด¹³⁶ อังกฤษได้ปกครองอินเดียโดยกดขี่ข่มเหง กอบโกยผลประโยชน์จากอินเดีย ทำให้มีความพยายามของคนอินเดียที่จะกอบกู้เอกราชคืนจากอังกฤษ ทหารซีปอยซึ่งเป็นทหารอินเดียรับจ้างในกองทัพอังกฤษ ก่อการกบฏขับไล่อังกฤษออกจากอินเดีย แต่ถูกปราบลงเสียก่อน การก่อกบฏครั้งนี้เรียกว่า “กบฏซีปอย” และเป็น “สงครามกอบกู้เอกราชครั้งแรกของอินเดีย”

ผลของกบฏซีปอยทำให้อังกฤษจัดการปกครองอินเดียใหม่ เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 1858 รัฐบาลอังกฤษเข้าปกครองอินเดียโดยตรงแทนบริษัทอังกฤษอินเดียตะวันออก และยกเลิกตำแหน่งข้าหลวงใหญ่ (Governor General) เปลี่ยนเป็นอุปราช (Viceroy) โดยแบ่งอินเดียออกเป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก คือ ดินแดนที่อังกฤษเข้าปกครองโดยตรง เรียกว่า British India มี 11 มณฑล ส่วนที่สองคือ ดินแดนของเจ้าผู้ครองนครรัฐเรียกว่า รัฐอินเดีย (Indian States) มีจำนวน 562 รัฐ การปกครอง

¹³⁵ ทวี ทวีวาร *ประวัติศาสตร์อินเดียตั้งแต่ชาวยุโรปเข้ามาจนถึงอินเดียได้รับเอกราช (1947)* พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2553 หน้า 13

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 64

ขึ้นตรงต่อราชาหรือมหाराชาอินเดียเหมือนเดิมแต่อังกฤษจะเข้าควบคุมนโยบายการต่างประเทศ ส่วนอำนาจทางตำรวจ กฎหมาย การศาล เป็นอำนาจของราชาหรือมหाराชาเดิม¹³⁷

ปีค.ศ. 1885 อินเดียมีการเรียกร้องให้จัดตั้งสภาแห่งชาติอินเดีย (Indian National Congress)¹³⁸ ซึ่งอังกฤษเป็นประเทศที่เป็นประชาธิปไตยจึงไม่อาจปฏิเสธการจัดตั้งสภาแห่งชาติ แต่อำนาจของสภาแห่งชาติ ไม่มีอำนาจในทางนิติบัญญัติ สภาแห่งชาติอินเดียหรือเรียกว่า ครองเกรสแห่งชาติอินเดียได้กลายเป็นศูนย์กลางการต่อสู้ของคนอินเดียเพื่อประกาศเอกราชจากอังกฤษ โดยมีวัตถุประสงค์ต่อสู้เพื่อคนอินเดียโดยไม่คำนึงถึงศาสนา แต่ในประเทศอินเดียประชาชนส่วนใหญ่เป็นชาวฮินดู กลุ่มมุสลิมเป็นคนส่วนน้อยของอินเดียจึงไม่สนับสนุนครองเกรสแห่งชาตินี้ ครองเกรสแห่งชาติอินเดียได้พยายามวิพากษ์วิจารณ์นโยบายการปกครองของอังกฤษและยื่นข้อเรียกร้องต่างๆ ต่ออังกฤษ แต่อังกฤษไม่ได้ตอบสนอง กระทั่งในสมัยลอร์ดคัวร์ซอน มาเป็นอุปราชอังกฤษประจำอินเดีย อังกฤษตรากฎหมาย 2 ฉบับที่ทำให้เกิดการต่อต้านขึ้น คือ พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยอินเดีย (Indian University Act, 1904) และพระราชบัญญัติแบ่งแยกแคว้นเบงกอล ค.ศ. 1905 ถือเป็นนโยบายการแบ่งแยกและปกครองที่ได้รับการคัดค้านจากผู้นำอินเดียหลายคน ขบวนการคัดค้านเรียกว่า “สวเทชี” (Swadeshi) หมายถึง “ขบวนการซื้ออินเดียคืนจากอังกฤษ” และเริ่มเรียกร้องโดยใช้คำว่า “สวราช” หรือการปกครองตนเอง และต่อมาได้ประกาศเป็นวัตถุประสงค์ของครองเกรสแห่งชาติอินเดีย ผลของการแบ่งแยกและปกครองทำให้เกิดความแตกแยกระหว่างกลุ่มฮินดูและมุสลิมในอินเดีย ปี ค.ศ. 1906 กลุ่มสันนิบาตมุสลิมจึงถูกก่อตั้งเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคนมุสลิม และทำให้มีผลต่อมาในการแยกอินเดียออกเป็น 2 ประเทศคือ อินเดียและปากีสถาน

หลังความพยายามที่จะเรียกร้องเอกราชต่ออังกฤษ อังกฤษจึงเปลี่ยนวิธีการปกครองโดยให้คนอินเดียเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองมากขึ้น ในเดือนสิงหาคมปี ค.ศ. 1917 รัฐสภาอังกฤษประกาศนโยบายการปกครองอินเดียโดยมีใจความว่าจะส่งเสริมอินเดียให้มีส่วนร่วมในการบริหารทุกสาขา และอุปราชอังกฤษประจำอินเดียสำรวจสถานการณ์อินเดียและจัดทำรายงานการปฏิรูปอินเดียหรือเรียกว่า Montagu – Chelmsford (Montford) รายงานมอนต์ฟอร์ดนี้กลายมาเป็นรากฐานของพระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1919 ซึ่งมีทั้งอำนาจที่ให้และสงวนไว้ แต่เมื่อพิจารณาแล้วมีผลเท่ากับอังกฤษไม่ได้ให้อำนาจใดที่แท้จริงแก่อินเดีย นอกจากนี้ อังกฤษยังออกกฎหมายโรว์เลตต์ (Rowlatt Bills) หรือ “กฎหมายดำ” ให้อำนาจตำรวจจับกุมผู้ต้องหาลงโทษโดยไม่ต้องไต่สวน ทำให้เกิดการต่อต้านจากคนอินเดียทั่วประเทศ แต่อังกฤษไม่กล้าที่จะใช้ความ

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 73

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 104

รุนแรงในการปราบปรามเพราะอยู่ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งอังกฤษต้องพึ่งพาอินเดียในการทำสงคราม และอังกฤษสัญญากับอินเดียว่าจะมอบเอกราชแก่อินเดียภายหลังสงครามยุติ แต่อังกฤษก็กลับคำเมื่อสงครามโลกยุติลง ทำให้อินเดียโกรธแค้นอังกฤษเป็นอย่างมาก การเรียกร้องเอกราชจากอังกฤษจึงมีมากขึ้นโดยผู้นำอย่างมหาตมะ กานธี ทำการสัตยาเคราะห์ คือ การใช้วิธีการไม่รุนแรง และคือแพ่ง ไม่ปฏิบัติตาม ไม่เชื่อฟัง ไม่ใช้อาวุธต่อสู้กับผู้ปกครอง อังกฤษตอบโต้โดยการปราบปรามทำให้มีผู้เสียชีวิตจำนวนมาก ปี ค.ศ.1928 อังกฤษตั้งคณะกรรมการเรียกว่า คณะข้าหลวงไซมอน (Simon Commission) เพื่อทำรายงานเสนอต่อรัฐสภาอังกฤษเกี่ยวกับการปกครองตนเองของอินเดีย ขณะนั้นพรรคกรรมาธิการเปิดประชุมที่เมืองกัลกัตตาตามมติรับรองเรียกร้องให้อินเดียได้รับการปกครองแบบ Dominion Status คือ สิทธิในการปกครองตนเอง¹³⁹ แต่อยู่ภายใต้จักรวรรดิอังกฤษ ทำให้สภากรรมาธิการแตกออกเป็น 2 ฝ่าย คือ พวกที่สนับสนุนให้อินเดียได้รับการปกครองแบบปurna สวราช หรือการปกครองตนเองโดยสมบูรณ์ กับอีกฝ่ายคือ พวกที่ลงมติรับรองการปกครองแบบ Dominions Status แต่อยู่ภายใต้จักรวรรดิอังกฤษ แต่เมื่อมีการเจรจาในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1929 เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญฉบับที่จะมอบให้อินเดีย การเจรจาไม่อาจตกลงได้ วันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1929 เยาว์หาลาล เนหรูห์ ประธานพรรคกรรมาธิการ จึงชักธงไตรรงค์อินเดียขึ้นสู่ยอดเสา ณ ไจกลางเมืองละฮอร์ พร้อมกับประกาศแถลงการณ์ว่าอินเดียต้องการปurna สวราช

วันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1930¹⁴⁰ มหาตมะคานธีออกแถลงการณ์เป็นวันประกาศเอกราช ซึ่งได้รับการตอบรับทั่วประเทศ และอินเดียถือว่าวันดังกล่าวเป็นวันชาติในเวลาต่อมา และมหาตมะคานธียื่นข้อเรียกร้องต่ออังกฤษ 11 ประการ อังกฤษไม่ตอบสนองแต่อย่างใด อังกฤษจัดประชุมโต๊ะกลมขึ้นที่ลอนดอน การประชุม 2 ครั้งแรก ผลการประชุมไม่อาจตกลงเรื่องปurna สวราช แต่การประชุมโต๊ะกลมครั้งที่ 3 เป็นพื้นฐานการร่างพระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1935 โดยจะยกเลิกการแบ่งอินเดียออกเป็น 2 ส่วน ให้รวม British India และ India Status รวมเป็นสหพันธรัฐอินเดีย Federation of India กำหนดให้อินเดียมี 2 สภา คือ สหพันธ์สภา Federation of Assembly และสภาแห่งรัฐ Council of States แต่พระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1935 มิได้ให้อำนาจอินเดียโดยตรงเพราะอำนาจการบริหารสหพันธรัฐอินเดียยังเป็นของอุปราช ส่วนอำนาจบริหารรัฐก็เป็นของข้าหลวงประจำรัฐซึ่งอังกฤษเป็นผู้แต่งตั้ง¹⁴¹

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 140

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 144

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน หน้า 149

ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 เดือนมีนาคมปี ค.ศ. 1942 เซอร์สแตฟฟอร์ด คริปส์ เดินทางมาอินเดียพร้อมข้อเสนอของอังกฤษที่สัญญาว่าจะให้อินเดียมีการร่างรัฐธรรมนูญปกครองตนเองหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2¹⁴² อินเดียจึงให้ความช่วยเหลืออังกฤษในสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติ เกิดเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ในอังกฤษ พรรคกรรมกรโดยนายคลีเมนต์ แอ็ตลี ได้โอกาสจัดตั้งรัฐบาล มีการส่งคณะกรรมกร Cabinet Mission ไปอินเดียเพื่อเจรจาเกี่ยวกับการให้อเอกราชอินเดีย แต่พรรคสันนิบาตมุสลิมในอินเดียเรียกร้องให้แบ่งประเทศอินเดียเป็นอินเดียและประเทศปากีสถาน กระทั่งมีความขัดแย้งกันระหว่างอินดูกับมุสลิมจนเกิดการนองเลือดเรียกว่า Direct Action Day¹⁴³ เฉพาะเมืองกัลกัตตามีความวุ่นวายถึง 4 วัน มีคนตาย 4,700 คน บาดเจ็บอีก 15,000 คน เมื่ออังกฤษประสบปัญหาภายในอินเดียเป็นอย่างมาก อังกฤษจึงออกพระราชบัญญัติให้อเอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 (Indian Independence Act, 1947) โดยมีผลใช้บังคับวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1947 สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ ให้แบ่งแยกอินเดียออกเป็นอินเดียและปากีสถานเป็นรัฐอิสระไม่ขึ้นตรงต่อกัน ทั้งอินเดียและปากีสถานมีข้าหลวงใหญ่แต่งตั้งโดยรัฐบาลอังกฤษเป็นหัวหน้าจนกว่าเหตุการณ์ต่างๆ จะสงบเรียบร้อย บรรดารัฐอิสระเล็กน้อย 570 รัฐ ให้ทางเลือก 3 ทาง คือ เลือกเป็นรัฐอิสระ เลือกรวมกับอินเดีย หรือเลือกรวมกับปากีสถาน ให้แบ่งประเทศตามแนวเขตพื้นที่มุสลิมและฮินดู¹⁴⁴ จึงถือว่ นับแต่วันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1947 อินเดียจึงได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์

5.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย

ก่อนที่อังกฤษจะตราพระราชบัญญัติให้อเอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 (Indian Independence Act, 1947) ในสมัยนายกรัฐมนตรีคลีเมนต์ แอ็ตลี ของอังกฤษ ส่งคณะกรรมกร Cabinet Mission ไปอินเดียเพื่อวางแผนการคืนเอกราชให้ออินเดียและการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดีย¹⁴⁵ คณะกรรมกรนี้ประกอบด้วย ลอร์ดเพธิค ลอว์เรนซ์ (Lord Pethick-Lawrence), เซอร์ สแตฟฟอร์ด คริปส์ (Sir Stafford Cripps), นายเอวี อเล็กซานเดอร์ (A. V. Alexander)¹⁴⁶

¹⁴² M. RaJa Ram *Indian Constitution* Newdelhi New Age International (P) 2009 p 5

¹⁴³ Brij Kishore Sharma *Introduction to the Constitution of India* Fourth Edition 2007 New Delhi Prentic-Hall of India Private Limited p 21

¹⁴⁴ Ibid p 24

¹⁴⁵ Ibid p 19

¹⁴⁶ บวรศักดิ์ อูวรรณ โฉ และชมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 57

คณะกรรมการ Cabinet Mission เดินทางมาถึงอินเดียเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1946 การกิจที่สำคัญของคณะกรรมการ Cabinet Mission คือการจัดประชุมเกี่ยวกับการจัดตัวแทนใน สมัชชาสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย ของสภาอินเดียครองเกรสและสันนิบาตมุสลิมซึ่งเป็นสองพรรค การเมืองใหญ่ โดยต้องกำหนดส่วนแบ่งที่นึ่งระหว่างฮินดูกับกลุ่มมุสลิมเพื่อป้องกันข้อพิพาทที่จะ เกิดขึ้น ซึ่งพรรคครองเกรสต้องการที่จะให้รัฐบาลกลางมีอำนาจที่แข็งแกร่งมากกว่าอำนาจของรัฐ แต่กลุ่มสันนิบาตมุสลิมแม้ว่าต้องการให้รวมอินเดียเป็นหนึ่งเดียวกันแต่ก็ต้องการให้ได้รับการ ประกันความเท่าเทียมกันในสถานิติบัญญัติ

ข้อเสนอของคณะกรรมการ Cabinet Mission ครั้งแรกเรียกว่าแผนวันที่ 16 เมษายน โดยมีแนวความคิดบนพื้นฐานที่จะให้อินเดียเป็นรัฐอิสระที่มีการรวมทั้งกลุ่มฮินดูและมุสลิม แต่พรรคครองเกรสและกลุ่มสันนิบาตมุสลิมไม่อาจยอมรับข้อตกลงของคณะกรรมการ Cabinet Mission เนื่องจากกลุ่มสันนิบาตมุสลิมต้องการที่จะแยกตัวเป็นรัฐอิสระที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็น มุสลิม¹⁴⁷ เมื่อไม่อาจตกลงกันในแผน 16 เมษายน คณะกรรมการ Cabinet Mission จึงประกาศแผนที่ สองเรียกว่า แผน 16 มิถุนายน โดยแบ่งแยกอินเดียออกเป็นรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นคนฮินดู และรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นคนมุสลิมซึ่งต่อมาคือประเทศปากีสถาน ส่วนรัฐที่เหลือที่เรียกว่า รัฐของเจ้าครองนครให้มีสิทธิเลือกที่จะเข้าร่วมกับประเทศอินเดียหรือปากีสถานหรือจะยังคงเป็น รัฐอิสระ แผน 16 มิถุนายน ได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากพรรคครองเกรส แต่กลุ่มสันนิบาต มุสลิมให้การยอมรับแผน 16 มิถุนายน

ตามแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย ประกอบด้วย

- 1) กลุ่มรัฐที่อยู่ในปกครองของอังกฤษ (British India) ให้ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐ เป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยจำนวนผู้แทนให้คำนวณตามสัดส่วนประชากร 1 ล้านคน ต่อผู้แทน 1 คน
- 2) ให้แบ่งจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มฮินดู กลุ่มมุสลิม และกลุ่มซิกข์ แต่ละกลุ่มมีสัดส่วนจำนวนเท่าใดให้ขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรใน รัฐ ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่นับถือศาสนานั้นเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญตาม จำนวนสัดส่วนของสมาชิกร่างรัฐธรรมนูญที่จะมีได้ แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องเลือกสมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรที่นับถือศาสนาเช่นเดียวกับตน

¹⁴⁷ Brij Kishore Sharma *Introduction to the Constitution of India* p 21

3) ส่วนรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครรัฐ (India Princely States) ให้ประหุ่ร่ว่มกันแล้ว เลือ่กผู้แทนเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

การเลือ่กตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีขึ้นเดือนกรกฎาคม – สิงหาคม ค.ศ. 1946 มีผู้แทนจากรัฐที่อยู่ในปกครองของอังกฤษ 292 คน ผู้แทนจากรัฐผู้ครองนคร 93 คน ผู้แทนจากรัฐที่ เลือ่กอีก 4 รัฐ รวมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ 389 คน¹⁴⁸ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ จะเป็นสมาชิกพรรคกรรเกสรอินเดีย¹⁴⁹ มีสมาชิกที่เป็นมุสลิม 80 คน ภายหลังกการเลือ่กตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญ กลุ่มสันนิบาตมุสลิมไม่พอใจจึงถอนตัวจากแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission และใช้มาตรการโดยตรงเพื่อที่จะให้ได้รับการแบ่งแยกเป็นประเทศปากีสถาน นำมาสู่เหตุการณ์ นองเลือ่ดเรีย่กว่า Direct Action Day กระทั่งนำกลุ่มมุสลิมไปสู่การแยกตัวเป็นประเทศปากีสถาน และรัฐที่เหลือส่วนใหญ่ที่เป็นฮินดูจึงร่วมกันเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียต่อไป และมี จำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เหลือเพียง 299 คน

การก่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเกิดขึ้นในช่วงที่อินเดียยังไม่มีเอกราชที่ สมบูรณ์ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นตามหลักการของแผนคณะกรรมการ Cabinet Mission อำนาจที่ได้รับมาจึงเป็นอำนาจจากรัฐสภาอังกฤษ มีปัญหาว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจด้วย ตัวเองหรือไม่ สภาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขปัญหานี้ด้วยการที่ยอมรับมติว่า หากสภาร่างรัฐธรรมนูญ เห็นว่าตนเองไม่มีอำนาจก็จะถูกยุบด้วยมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญเองด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด ต่อมาเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1947 อินเดียได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์จากอังกฤษตามพระราชบัญญัติให้เอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 สภาร่างรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ถูกยุบไปด้วย ดังนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกตั้งขึ้นตามแผนของ คณะกรรมการ Cabinet Mission จึงกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียโดยปริยาย และทำ หน้าที่ต่อไปในการร่างรัฐธรรมนูญอินเดียรวม ทั้งทำหน้าที่เป็นรัฐสภาของอินเดียในการออก กฎหมายของอินเดียในระหว่างนั้น

5.3 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญอินเดียและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญอินเดีย

สภาร่างรัฐธรรมนูญประชุมครั้งแรกเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1946 โดยใช้โรงประชุม Central Hall of Parliament House¹⁵⁰ มีสมาชิกเข้าร่วมประชุมทั้งหมด 210 คน สมาชิกจากรรณะ ชั้นสูงของฮินดู มีจำนวน 155 คน ผู้แทนจากรรณะอื่นอีก 30 คน ตัวแทนจากกลุ่มชาติพันธ์ 5 คน

¹⁴⁸ Brij Kishore Sharma *Introduction to the Constitution of India* p 19

¹⁴⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 59

¹⁵⁰ M. RaJa Ram *Indian Constitution* p 7

กลุ่ม ซิกซ์ 5 คน กลุ่มอินเดียคริสเตียน 3 คน กลุ่มแองโกลอินเดียน ชาวปาร์ซี 3 คน และกลุ่มมุสลิม อีก 4 คน ส่วนกลุ่มมุสลิมส่วนใหญ่ไม่เข้าร่วมกับการประชุม¹⁵¹ สภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติเลือก ดร.ซาชชิดานันดา ซินฮา (Dr. Sachchidananda Sinha) เป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญชั่วคราวและ ต่อมาวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 1946 สภาร่างรัฐธรรมนูญเลือกดร.ราเชนทร์ ประศาสน์ เป็น ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ

วันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1946 นายบัณฑิต เนห์รู เสนอกรอบแนวคิดหลักการร่าง รัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการยอมรับจากสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1947 โดยมี หลักการสำคัญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

- 1) ประเทศอินเดีย เป็นสาธารณรัฐ มีเอกราช และอธิปไตยสมบูรณ์
- 2) ประชากรทุกรัฐในทุกส่วนมีความเท่าเทียมกัน ไม่แตกต่างกันในเรื่อง เสรีภาพ ไม่ว่าจะอาศัยอยู่ในรัฐใด
- 3) อำนาจของรัฐบาลกลาง และรัฐบาลมลรัฐ จะต้องมาจากประชาชน
- 4) การร่างรัฐธรรมนูญต้องปกป้องคุ้มครอง และให้สิทธิแก่ชนกลุ่มน้อย ให้ โอกาสในการแสดงออกทางการเมืองและได้รับความยุติธรรมทางการเมือง ตลอดจน ชนกลุ่มน้อย จะต้องได้รับความเท่าเทียมกันทางสังคม เศรษฐกิจ

หลังจากที่นายบัณฑิต เนห์รู เสนอกรอบแนวความคิดในการร่างรัฐธรรมนูญและ ได้รับการยอมรับจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ กลุ่มสันนิบาตมุสลิมมีการเรียกร้องและดำเนินการแยก ประเทศปากีสถานออกจากอินเดียได้สำเร็จ โดยอินเดียได้รับเอกราชจากอังกฤษตามพระราชบัญญัติ การให้เอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 ซึ่งมีผลใช้บังคับวันที่ 15 สิงหาคม ค.ศ. 1947 จากนั้น สภาร่าง รัฐธรรมนูญอินเดียซึ่งเหลือเพียง 299 คน จึงดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญต่อไป

วิธีการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีการตั้งคณะกรรมการหลายส่วน โดยคณะกรรมการต่างๆ ที่ได้รับการแต่งตั้งมีหน้าที่ในการทำรายงานในประเด็นที่ ได้รับมอบหมาย คณะกรรมการบางส่วนอาจเป็นคณะกรรมการเกี่ยวกับขั้นตอนการทำงาน บางส่วน อาจเป็นคณะกรรมการเกี่ยวกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญ รายงานต่างๆ ของคณะกรรมการจะเป็นสิ่งที่ คอยช่วยเหลือแก่คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียตั้งคณะกรรมการเพื่อร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่

- 1) คณะกรรมการทางเทคนิค (Technic Committee) ได้แก่
 - ก. คณะกรรมการระเบียบข้อบังคับการประชุม

¹⁵¹ Brij Kishore Sharma *Introduction to the Constitution of India* p 23

- ข. คณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติ
 - ค. คณะกรรมการจัดวาระการประชุม
 - ง. คณะกรรมการแปลภาษาฮินดี เป็นต้น
- 2) คณะกรรมการพิจารณาเนื้อหา ที่สำคัญได้แก่
- ก. คณะกรรมการที่ปรึกษา
 - ข. คณะกรรมการว่าด้วยอำนาจของรัฐบาลกลาง
 - ค. คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ
 - ง. คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและชนกลุ่มน้อย

คณะกรรมการที่มีความสำคัญมากคือ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ มีกรรมการจำนวน 7 คน โดยมี ดร. บี อาร์ เอ็มเบ็ดการ์ (B.R. Ambedkar) เป็นประธาน และมี กรรมการ 6 คนเป็นผู้ช่วย คือ Kanaiyalal Maneklal Munshi อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใน บอมเบย์ Alladi Krishnaswamy Iyer อดีตทนายความทั่วไป N Gopalaswami Ayengar อดีต นายกรัฐมนตรี, B L Mitter, Md. Saadullah และ D P Khaitan นอกจากนี้ยังมีที่ปรึกษาคือ Sir Benegal Narsing Rau ซึ่งต่อมาเป็นผู้พิพากษาอินเดียคนแรกในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1950 – 1954 ต่อมา B L Mitter ลาออกและมี Madhav Rao เข้าเป็นกรรมการแทน นอกจากนี้ นาย D P Khaitan เสียชีวิต นาย T T Krishnamachari จึงถูกเลือกให้กรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแทน

การออกแบบรัฐธรรมนูญอินเดียได้รับอิทธิพลจากรูปแบบการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยโดยรัฐสภาของประเทศอังกฤษ หลักการจำนวนมากถูกนำมาใช้จากรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา หลักการแบ่งแยกอำนาจ การจัดตั้งศาลสูงสุดของสหพันธรัฐ หลักบางประการได้นำมาจากรัฐธรรมนูญแคนาดา คือ หลักของรัฐเดี่ยว ความเข้มแข็งของรัฐบาลกลาง การกระจาย อำนาจระหว่างรัฐบาลกลางกับรัฐบาลท้องถิ่นและการกำหนดอำนาจที่เหลือของรัฐบาลกลาง¹⁵²

การทำงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญ แบ่งเป็น 5 ขั้นตอน

- 1) คณะกรรมการทำรายงานประเด็นทั่วไปกว้างๆ ที่จะเขียนในรัฐธรรมนูญ ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณา
- 2) คณะที่ปรึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดย Sir Benegal Narsing Rau เตรียม ร่างรัฐธรรมนูญตามรายงานพื้นฐานของคณะกรรมการต่างๆ โดยมีงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับ รัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยที่ปรึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องเสนอรายงานวิจัยให้แก่สภาร่าง รัฐธรรมนูญด้วย

¹⁵²M. Raja Ram Indian Constitution p 11

3) สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อเสนอของคณะกรรมการต่างๆ ประกอบกับงานวิจัยของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะส่งข้อเสนอไปยังคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเรียงมาตราบนพื้นฐานของต้นร่างรัฐธรรมนูญและศึกษาควบคู่กับงานวิจัยของที่ปรึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญ และขั้นตอนนี้ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนร่วมแสดงความคิดเห็น

4) หลังจากคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว จะส่งร่างรัฐธรรมนูญให้แก่สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณา ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญจะส่งร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่ออภิปราย สภาร่างรัฐธรรมนูญจะเปิดโอกาสให้ประชาชนร่วมแสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์ร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีระยะเวลาการรับฟังความคิดเห็นในการร่างรัฐธรรมนูญถึง 8 เดือน

5) เมื่อมีการอภิปรายในประเด็นปัญหาต่างๆ แล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องลงมติว่าจะรับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในวันที่ 28 เมษายน ถึง 29 สิงหาคม ค.ศ. 1947 สภาร่างรัฐธรรมนูญใช้เวลาในการพิจารณารายงานจากคณะกรรมการต่างๆ และรายงานการวิจัยของที่ปรึกษาสภาร่างรัฐธรรมนูญ จากนั้นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญยกร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกแล้วนำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 21 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 ภายหลังจากพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญและเสนอสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่ออภิปรายในวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1948 ในการอภิปรายถกเถียงร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการแก้ไขมากกว่า 2,000 ครั้ง และมีการปรับเปลี่ยนตลอดในช่วงเวลามากกว่า 2 ปี สภาร่างรัฐธรรมนูญใช้การประชุมโดยเปิดเผยต่อสาธารณะชนเป็นเวลามากกว่า 160 วัน ตลอดในช่วง 2 ปี 11 เดือน 18 วัน กระทั่งในที่สุดคือวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1949 สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเสร็จและลงมติให้การยอมรับ โดยมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 284 คน ลงนามในร่างรัฐธรรมนูญ และมีผลใช้บังคับในวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1950¹⁵³ ซึ่งถือเป็นวันที่รำลึกถึงวันปฐมนิเทศหรือวันที่อินเดียได้รับเอกราชอย่างสมบูรณ์ รัฐธรรมนูญอินเดียถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ยาวที่สุดในโลก ขณะเริ่มแรกรัฐธรรมนูญอินเดียมีจำนวน 395 มาตรา 22 ส่วน และ 8 ตาราง มีถ้อยคำเกือบ 80,000 คำ

¹⁵³ M. RaJa Ram *Indian Constitution* p 10

6. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย

สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียได้รับแนวความคิดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากหลักพื้นฐานของกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา และหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาตามที่มีอยู่ในประเทศอังกฤษ การออกแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียได้รวมลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่กำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะและกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ให้เป็นอำนาจของรัฐสภาโดยวิธีพิเศษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดียนั้นเอง¹⁵⁴

กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญของอินเดียมีเพื่อป้องกันรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของบทบัญญัติอันเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอินเดียและเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจเผด็จการของรัฐสภา การแก้ไขรัฐธรรมนูญของอินเดียมีลักษณะพิเศษที่บางส่วนของรัฐธรรมนูญอินเดียสามารถแก้ไขง่าย แต่ในขณะที่บางส่วนของรัฐธรรมนูญอินเดียแก้ไขได้ยาก

6.1 รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย

กำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติม 3 วิธี ดังนี้

6.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา โดยรัฐสภาอินเดีย ซึ่งเป็นกรณีที่ใช้วิธีการเช่นเดียวกับการออกกฎหมายทั่วไป การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยส่วนนี้จะบัญญัติไว้ในบทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญอินเดีย เช่น บทบัญญัติมาตรา 4¹⁵⁵ ของรัฐธรรมนูญอินเดียบัญญัติให้กฎหมายใดที่ออกโดยรัฐสภาภายใต้มาตรา 2 หรือมาตรา 3 ซึ่งเกี่ยวกับฝ่ายบริหารหรือการก่อตั้งรัฐใหม่หรือการกำหนดเขตแดน หรือชื่อของรัฐที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตารางที่ 1 ไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามความในมาตรา 368 หรือกรณีรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 169 ให้อำนาจรัฐสภาในการออกกฎหมายยกเลิกหรือก่อตั้งสถานิติบัญญัติของรัฐโดยผ่านทางกรออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย

¹⁵⁴ R.C.Bhardwaj and G.C. Malhotra *Constitution Amendment Sixth Edition* New dehli Northern Book Centre 1995 p 3

¹⁵⁵ Constitution of India Article 4 (1) Any law referred to in article 2 or article 3 shall contain such provisions for the amendment of the First Schedule and the Fourth Schedule as may be necessary to give effect to the provisions of the law and may also contain such supplemental, incidental and consequential provisions (including provisions as to representation in Parliament and in the Legislature or Legislatures of the State or States affected by such law) as Parliament may deem necessary. (2) No such law as aforesaid shall be deemed to be an amendment of this Constitution for the purposes of article 368.

และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามมาตรา 169 ไม่ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามความในมาตรา 368¹⁵⁶ เป็นต้น

6.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องการเสียงข้างมากพิเศษ ในรัฐสภา กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามวิธีการนี้กำหนดไว้โดยเฉพาะในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368

6.1.3 การแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องการเสียงข้างมากพิเศษบวกด้วยการให้สัตยาบัน กรณีนี้การแก้ไขเพิ่มเติมต้องการเสียงข้างมากพิเศษในรัฐสภาเช่นเดียวกับวิธีการที่ (2) แต่เพิ่มเงื่อนไขที่ต้องรับได้การให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามวิธีการที่ 4.1.2 และ 4.1.3 มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียในมาตรา 368 ดังนี้

มาตรา 368 (1) โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญนี้ รัฐสภามีอำนาจดำเนินการใดๆ เกี่ยวกับการแก้ไขอำนาจของรัฐธรรมนูญ โดยการเพิ่มเติม การเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรานี้

(2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญอาจริเริ่มโดยการเสนอร่างกฎหมายตามคำแนะนำของแต่ละสภา เมื่อร่างกฎหมายได้ผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภา โดยเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดของสภานั้นซึ่งเสียงข้างมากต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ขณะนั้น ร่างกฎหมายจะต้องส่งให้ประธานาธิบดีให้ความยินยอมโดยลงนามในร่างกฎหมายและรัฐธรรมนูญจะต้องแก้ไขตามร่างกฎหมายนั้น

เงื่อนไขการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายให้เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ ใน

(a) มาตรา 54, มาตรา 55, มาตรา 73, มาตรา 162, หรือมาตรา 241 หรือ

¹⁵⁶Constitution of India Article 169. (1) Notwithstanding anything in article 168, Parliament may by law provide for the abolition of the Legislative Council of a State having such a Council or for the creation of such a Council in a State having no such Council, if the Legislative Assembly of the State passes a resolution to that effect by a majority of the total membership of the Assembly and by a majority of not less than two-thirds of the members of the Assembly present and voting. (2) Any law referred to in clause (1) shall contain such provisions for the amendment of this Constitution as may be necessary to give effect to the provisions of the law and may also contain such supplemental, incidental and consequential provisions as Parliament may deem necessary. (3) No such law as aforesaid shall be deemed to be an amendment of this Constitution for the purposes of article 368.

(b) หมวดที่ 4 ของส่วนที่ 5, หมวดที่ 5 ของส่วนที่ 6, หมวดที่ 1 ของส่วนที่ 11 หรือ

(c) รายการใดๆในบัญชี 7 หรือ

(d) การเป็นตัวแทนของรัฐในรัฐสภา หรือ

(e) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้

การแก้ไขต้องได้รับความยินยอมจากสภานิติบัญญัติไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐ โดยการแก้ไขจะมีผลเมื่อผ่านสภานิติบัญญัติเหล่านั้นก่อนที่ร่างกฎหมายจะบัญญัติเมื่อการแก้ไขนำเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อความเห็นชอบ

(3) ไม่มีบทบัญญัติใดในมาตรา 13 ที่จะต้องถูกบังคับเพื่อการแก้ไขภายใต้มาตรานี้

(4) ไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ (รวมถึงบทบัญญัติในส่วนที่ 3) กระทำหรืออ้างว่าได้กระทำภายใต้มาตรานี้ (ไม่ว่าก่อนหรือหลังการเริ่มต้นส่วนที่ 55 ของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ค.ศ. 1976) จะถูกเรียกร้องในศาลหรือพื้นฐานใด

(5) เพื่อจำกัดข้อสงสัย จะประกาศให้ทราบโดยประการดังนี้ว่า ต้องไม่มีข้อจำกัดใดก็ตามในอำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวิธีเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง ยกเลิก บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรานี้^{157,158}

¹⁵⁷ ข้อความใน (4) และ (5) มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ค.ศ. 1976 แต่ต่อมาศาลฎีกาอินเดียตีความว่าไม่อาจใช้บังคับได้ในคดี *Minerva Mills Ltd. and Others Vs. Union of India and Others* (1980)

¹⁵⁸ Constitution of India Article 368 (1) Notwithstanding anything in this Constitution, Parliament may in exercise of its constituent power amend by way of addition, variation or repeal any provision of this Constitution in accordance with the procedure laid down in this article. (2) An amendment of this Constitution may be initiated only by the introduction of a Bill for the purpose in either House of Parliament, and when the Bill is passed in each House by a majority of the total membership of that House and by a majority of not less than two-thirds of the members of that House present and voting, it shall be presented to the President who shall give his assent to the Bill and thereupon the Constitution shall stand amended in accordance with the terms of the Bill: Provided that if such amendment seeks to make any change in (a) article 54, article 55, article 73, article 162 or article 241, or (b) Chapter IV of Part V, Chapter V of Part VI, or Chapter I of Part XI, or (c) any of the Lists in the Seventh Schedule, or (d) the representation of States in Parliament, or (e) the provisions of this article, the amendment shall also require to be ratified by the Legislatures of not less than one-half of the States by resolutions to that effect passed by those Legislatures before the Bill making provision for such amendment is presented to the President for assent. (3) Nothing in article 13 shall apply to any amendment

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ นอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาโดยวิธีการปกติ ซึ่งวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยวิธีการปกติของรัฐสภาคือวิธีที่รัฐสภาออกกฎหมายทั่วไป และกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้เสียงข้างมากธรรมดาในรัฐสภาและมีผลเป็นการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 368 แม้เป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตามแต่ก็มีวิธีการที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น นอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมโดยวิธีการปกติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดียแล้ว หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย รัฐสภาจะต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 368

6.2 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามมาตรา 368 มีดังนี้

6.2.1 ผู้มีอำนาจเสนอในการริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย เพราะรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368 ให้การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำโดยวิธีการเสนอเป็นเช่นเดียวกับการเสนอร่างกฎหมายทั่วไป

6.2.2 ผู้มีอำนาจพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ รัฐสภาอินเดีย ในมาตรา 368 (1) ของรัฐธรรมนูญอินเดีย บัญญัติไว้ชัดเจนว่ารัฐสภาอินเดียมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม การเปลี่ยนแปลง การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติในมาตรานี้ มาตรา 368 เคยถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วโดยกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 ปี ค.ศ. 1971 (The Constitution (Twenty-Fourth Amendment) Act, 1971)

6.2.3 กระบวนการเริ่มต้นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถูกเสนอเป็นร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่รัฐสภา โดยร่างกฎหมายจะต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภา และคะแนนเสียงที่ผ่านร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีคะแนนเสียงข้างมากไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ในขณะนั้นของแต่ละสภา ข้อสังเกตคือ กระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีที่สภานิติบัญญัติหรือวุฒิสภา

made under this article. (4) 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. (5) 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.

สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่มีบทบัญญัติที่จะต้องให้ทั้งสองสภากลับมาพิจารณาทบทวนร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมร่วมกัน¹⁵⁹

วิธีการพิจารณาของรัฐสภาอินเดียจะแยกพิจารณาระหว่างสภานิติบัญญัติหรือที่เรียกว่า โลกสภา (Lok Sabha) กับวุฒิสภาหรือเรียกว่า ราชยสภา (Raiya Sabha) โดยมีข้อบังคับว่าด้วยขั้นตอนและกระบวนการดำเนินงานในโลกสภา (Rule of Procedure and Conduct of Business in Lok Sabha) เป็นข้อบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม

6.2.4 เมื่อร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านการพิจารณาของแต่ละสภาแล้วจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีลงนาม จากนั้นถ้อยคำในรัฐธรรมนูญจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมตามร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา

6.2.5 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 368 วรรคสาม เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมจำนวนตัวแทนในรัฐสภาของรัฐหรือการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์วิธีการในมาตรา 368 นี้เอง จะต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมด และมติที่จะผ่านการให้สัตยาบันก็เป็นไปตามที่สภานิติบัญญัติแห่งรัฐกำหนด เมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับการให้สัตยาบันครบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 368 แห่งรัฐธรรมนูญอินเดียแล้ว จึงนำร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสนอให้ประธานาธิบดีลงนามและประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย การให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อสังเกตว่า ไม่มีกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ชัดเจนแน่นอนในการให้สัตยาบัน¹⁶⁰

6.3 ข้อจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย

แต่เดิมอำนาจของรัฐสภาอินเดียในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีข้อจำกัด รัฐสภาอินเดียสามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใดๆ ของรัฐธรรมนูญอินเดียผ่านทางกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมตามความในรัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 ต่อมาศาลฎีกาอินเดียอาศัยการตีความกฎหมายให้รัฐสภาอินเดียถูกจำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียครั้งแรกปี ค.ศ.1967 โดยคำพิพากษาคดี Golakh Nath v. The State of Punjab เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นการละเมิดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 13 ที่กำหนดว่ารัฐจะต้องไม่ออกกฎหมายที่ยกเลิกสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลฎีกาอินเดียตีความคำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 13 รวมอยู่ภายในความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามความในมาตรา 368 หากการแก้ไข

¹⁵⁹R.C.Bhardwaj and G.C. Malhotra *Constitution Amendment Sixth Edition* p 9

¹⁶⁰R.C.Bhardwaj and G.C. Malhotra *Constitution Amendment Sixth Edition* p 11

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการจำกัดหรือตัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามความในส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญอินเดียกฎหมายดังกล่าวถือเป็นโมฆะ ศาลฎีกาของอินเดียมีความเห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ในส่วนที่ 3 ของรัฐธรรมนูญอินเดียอยู่ในฐานะเหนือกว่ารัฐธรรมนูญและรัฐสภาอินเดียไม่สามารถที่จะแก้ไข จำกัด หรือทำให้เสื่อมลง¹⁶¹ ซึ่งต่อมารัฐสภาตอบโต้คำวินิจฉัยของศาลฎีกาด้วยการออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 ปี ค.ศ. 1971 แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 13 เพื่อกำหนดให้ชัดเจนว่ารัฐสภาอินเดียมีอำนาจที่จะแก้ไขบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญนี้รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 13 ของรัฐธรรมนูญอินเดียว่าการตัดสิทธิหรือจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ใช่การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามความหมายในมาตรา 368

ต่อมาศาลฎีกาจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอินเดียในคดี *Kesavananda v. State of Kerala, 1973* ซึ่งมีการพิจารณาคดีโดยองค์คณะศาลฎีกาคณะใหญ่ที่สุดจำนวน 13 คน ศาลฎีกาอินเดียพิพากษาว่าบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368 รัฐสภาไม่สามารถที่จะใช้เพื่อแก้ไขโครงสร้างพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภาอินเดียก็ยังออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 เพื่ออธิบายกำหนดว่าไม่มีข้อจำกัดในอำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ของรัฐสภาถูกศาลฎีกาคัดค้านว่าใช้บังคับไม่ได้ในคดี *Minerva Mills v. India*

นอกจากคำพิพากษาคดี *Kesavananda v. State of Kerala, 1973* แล้วองค์คณะผู้พิพากษายังมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 24 ลบล้างคำตัดสินในคดี *Golak Nath's Case* แต่ก็ยังคงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียตามความในมาตรา 368 จะต้องอยู่ภายในกรอบโครงสร้างของอารัมภบทที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดีย และการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานสามารถกระทำได้ตามสมควรต่อผลกระทบของประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามารถที่จะแก้ไขโดยยังคงกำหนดโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่เหลือ และหลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญยังคงได้รับการยืนยันและบังคับโดยศาลฎีกาอินเดียในคดี *Smt. Indira Nehru Gandhi vs. Raj Narain, 1975*

แนวคิดเกี่ยวกับหลักพื้นฐานของโครงสร้างของรัฐธรรมนูญได้รับการพัฒนาในศาลฎีกาอินเดียผ่านทางคำวินิจฉัยในคดีต่างๆ ต่อมาซึ่งมีจำนวนมากถึงกว่า 20 หลักการโดยการอธิบายถึงพื้นฐานและความจำเป็นในคดีต่างๆ จำนวนมาก¹⁶²

¹⁶¹ Ibid p 15

¹⁶² Ibid p 19

7. สภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศไทย

ประเทศไทยมีการร่างรัฐธรรมนูญหลายครั้ง การร่างรัฐธรรมนูญแต่ละครั้งไม่ได้ใช้สภาร่างรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ผู้เขียนจึงขอก้าวถึงสภาร่างรัฐธรรมนูญเฉพาะที่มีการแต่งตั้งในรูปแบบที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ใกล้เคียงกับรูปแบบสภาร่างรัฐธรรมนูญสากล คือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549

7.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491

7.1.1 ความเป็นมา ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญใช้ฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และต่อมามีรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จากนั้นในปี 2489 สภาผู้แทนราษฎรในสมัยรัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ ตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจสอบค้นคว้าการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่อมารัฐบาลหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อขึ้นใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จึงมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489¹⁶³ แต่รัฐธรรมนูญนี้มีผลใช้บังคับเพียงช่วงสั้นๆ ตั้งแต่วันที่ 10 พฤษภาคม 2489 ถึง 9 พฤศจิกายน 2490 เนื่องจากในสมัยรัฐบาลพลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ เกิดการรัฐประหารนำโดยพลโทผิน ชุณหะวัณ¹⁶⁴ นาวาอากาศเอกกาจ กาจสงคราม (กาจเก่งระดมยิง) พันเอกเผ่า ศรียานนท์ และพันเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ คณะผู้ทำการรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาใช้บังคับแทน นายควง อภัยวงศ์ ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 กำหนดให้รัฐสภามี 2 สภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทน แต่ในขณะที่ยังไม่มีการเลือกตั้งสภาผู้แทน ให้วุฒิสภำทำหน้าที่รัฐสภานกว่าจะมีการเลือกตั้งสภาผู้แทน รัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ เสนอให้รัฐสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นใช้บังคับโดยรวมเร็วและมีข้อเสนอ 3 ประการ

¹⁶³ มานิต จุมปา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551 หน้า 10

¹⁶⁴ ลิขิต ชีรวะดิน วิวัฒนาการเมืองการปกครองไทย พิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550 หน้า145

- 1) ตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ
- 2) ให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อทำการร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และให้สภาร่างรัฐธรรมนูญยุบเลิกไปหลังร่างรัฐธรรมนูญเสร็จ
- 3) ให้รัฐสภาเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อรัฐสภา

รัฐสภาตั้งคณะกรรมการพิจารณาข้อเสนอของรัฐบาล และคณะกรรมการแก้ไขข้อเสนอของรัฐบาลโดยให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการได้รับเลือกตั้งโดยรัฐสภา รัฐสภาจึงลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2491 ให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 เพิ่มความในมาตรา 95 ทวิ ถึง 95 อัฐุ กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร

7.1.2 ที่มาและองค์ประกอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 มาตรา 95 ทวิ และ มาตรา 95 ตรี บัญญัติวิธีการได้มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) สมาชิกซึ่งรัฐสภาเลือกตั้งจากสมาชิกวุฒิสภา 10 คน และจากสภาผู้แทน 10 คน

2) สมาชิกจากผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยไม่เป็นวุฒิสภาหรือสภาผู้แทน และมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในประเภทใดประเภทหนึ่ง ดังนี้

ประเภท 1 ผู้มีคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนตามบทเฉพาะกาลแห่งรัฐธรรมนูญนี้ (มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปี บริบูรณ์) จำนวน 5 คน

ประเภท 2 ผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวในประเภท 1 และเป็นผู้ดำรงหรือเคยดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงหรืออธิบดีหรือเทียบเท่า จำนวน 5 คน

ประเภท 3 ผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวในประเภท 1 และเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทน หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือดำรงหรือเคยดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีจำนวน 5 คน

ประเภท 4 ผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวในประเภท 1 และเป็นผู้สำเร็จการศึกษาได้รับปริญญาตรีหรือเทียบเท่า จำนวน 5 คน

ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจะลงสมัครรับเลือกตั้งประเภทใดประเภทหนึ่งเท่านั้น และผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามประเภทที่ 2 ถึง 4 จะลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเภทที่ 1 ไม่ได้

วิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาออกข้อบังคับว่าด้วยวิธีการสมัครรับเลือกตั้งและวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ใช้บังคับวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2491 โดยรัฐสภาประชุมเพื่อเลือกสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 7 กรกฎาคม พ.ศ. 2491 ใช้วิธีการเขียนชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงในบัตรเลือกตั้ง เมื่อรัฐสภาลงคะแนนแล้ว ให้เรียงลำดับผู้สมัครรับเลือกตั้งที่ได้คะแนนมากที่สุดลงมาจนถึงลำดับที่ 10 สำหรับสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญประเภทที่ 1 (สมาชิกว่างรัฐธรรมนูญที่มาจากวุฒิสภาและสภาผู้แทน) และเรียงลำดับผู้สมัครรับเลือกตั้งคะแนนมากที่สุดจนถึงลำดับที่ 5 สำหรับสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญประเภทที่ 2 ถึงประเภทที่ 4 (สมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญที่มาจากผู้สมัครรับเลือกตั้ง) หากมีคะแนนเท่ากันให้เรียงลำดับตามอักษรชื่อ ในกรณีมีผู้ได้คะแนนเท่ากันเกินจำนวนที่กำหนดไว้ในแต่ละประเภทให้ประธานที่ประชุมจับฉลากผู้ที่ได้คะแนนเท่ากัน ถ้าสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญประเภทใดมีผู้สมัครที่ได้รับการเลือกตั้งไม่เกินจำนวนที่กำหนดให้ถือว่าผู้สมัครประเภทนั้นได้รับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ¹⁶⁵

7.1.3 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 มาตรา 95 เบื้อง บัญญัติให้สภาว่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับการเลือกตั้ง สภาว่างรัฐธรรมนูญประชุมเป็นครั้งแรกในวันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2491 ณ พระที่นั่งอภิเษกคูสิตซึ่งเป็นสถานที่ใช้ประชุมสภาว่างรัฐธรรมนูญ มีพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมขุนชัยนาทนเรนทร ในฐานะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในพระปรมาภิไธยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเสด็จเป็นประธาน ต่อมาที่ประชุมสภาว่างรัฐธรรมนูญเลือกเจ้าพระยาศรีธรรมมาธิเบศร์เป็นประธานสภาว่างรัฐธรรมนูญ¹⁶⁶ พระยาอรรดการิย์นิพนธ์เป็นรองประธานสภาว่างรัฐธรรมนูญ และนายหยุด แสงอุทัย เป็นเลขาธิการสภาว่างรัฐธรรมนูญ

สภาว่างรัฐธรรมนูญใช้วิธีการประชุมโดยเปิดเผยและมีการเผยแพร่คำอภิปรายของสภาว่างรัฐธรรมนูญเป็นระยะทำให้ประชาชนสามารถวิพากษ์วิจารณ์การประชุมได้โดยตลอด โดยสภาว่างรัฐธรรมนูญ ตั้งคณะกรรมการ 5 คณะ ดังนี้

¹⁶⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 99

¹⁶⁶ รายงานการประชุมสภาว่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1/2491 วันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2491 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร หน้า 9

1) คณะกรรมาธิการจัดทำระเบียบวาระ มีกรรมาธิการ 5 คน มีหน้าที่พิจารณาหลักการสำคัญที่จะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากหลักการรัฐธรรมนูญที่ใช้มาแล้วในประเทศและต่างประเทศ จัดลำดับหลักการเพื่อนำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ

2) คณะกรรมาธิการพิจารณากร่างรัฐธรรมนูญ มีกรรมาธิการ 9 คน ทำหน้าที่กร่างรัฐธรรมนูญตามหลักการที่สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติ

3) คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในชั้นแปรญัตติ เป็นชุดเดียวกับกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญนำเสนอสภาร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแปรญัตติเรียบร้อยแล้ว

4) คณะกรรมาธิการรับฟังความคิดเห็นประชาชน มีกรรมาธิการ 9 คน ทำหน้าที่รับฟังความคิดเห็นของประชาชน พิจารณากลับกรองความคิดเห็นของประชาชนนำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมาธิการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนดำเนินการรวบรวมความคิดเห็นของประชาชน 2 วิธี วิธีแรกให้ประชาชนเสนอความคิดเห็นต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมาธิการจะประมวลความคิดเห็นเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมาธิการจะรวบรวมความคิดเห็นจากหนังสือพิมพ์รายวัน รายสัปดาห์ทุกฉบับที่มีการกล่าวถึงการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อรวบรวมความคิดเห็นของประชาชนที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์เหล่านั้น

5) คณะกรรมาธิการตรวจรายงานการประชุม มีกรรมาธิการ 10 คน มีหน้าที่ตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ

การร่างรัฐธรรมนูญเริ่มต้น โดยคณะกรรมาธิการจัดทำระเบียบวาระพิจารณาหลักการที่สำคัญที่จะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ จากนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญจะพิจารณาหลักการที่สำคัญแล้วลงมติรับหลักการเพื่อให้คณะกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการกร่างรัฐธรรมนูญตามที่สภาร่างได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว ในขั้นตอนของการพิจารณาหลักการที่สำคัญที่จะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คณะกรรมาธิการจัดทำระเบียบวาระได้เสนอให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาหลักการรวม 36 หัวข้อ โดยมีการกำหนดการประชุมตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม ถึง 27 กันยายน พ.ศ. 2491 แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญมีการอภิปรายกันยืดเยื้อและพิจารณาได้เพียง 34 หัวข้อ จึงหยุดการพิจารณา และสภาร่างรัฐธรรมนูญมอบหมายให้คณะกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการกร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นคณะกรรมาธิการที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อการกร่างรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก เมื่อคณะกรรมาธิการกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วก็จะส่งร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การแปรญัตติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญตั้ง

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชั้นแปรญัตติ ในชั้นแปรญัตติ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชั้นแปรญัตติมีการประชุม 35 ครั้ง ตั้งแต่วันที่ 3 พฤศจิกายน ถึงวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาลงมติรายมาตราตั้งแต่วันที่ 18 ธันวาคม ถึง 25 ธันวาคม พ.ศ. 2491

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ใช้ระยะเวลาในการยกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเวลา 5 เดือน 17 วัน รวม 166 วัน¹⁶⁷ เริ่มต้นวันที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาเสร็จในวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2491

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จ สภาร่างรัฐธรรมนูญเสนอร่างรัฐธรรมนูญให้รัฐสภาพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 มาตรา 95 เบื้อง และมาตรา 95 ฉ วรรคหนึ่ง รัฐสภาใช้เวลาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่วันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2492 ถึงวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2492 สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสิทธิไปชี้แจงประกอบร่างรัฐธรรมนูญในที่ประชุมรัฐสภา แต่รัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐสภามีหน้าที่เพียงจะลงมติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภากำหนดวันลงมติคือวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2492 ผลการลงมติปรากฏว่ารัฐสภามีมติรับร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกในรัฐสภา ประธานวุฒิสภาซึ่งทำหน้าที่ประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอภิรัฐมนตรีในฐานะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ลงนามในรัฐธรรมนูญ และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ในวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2492

7.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539

7.2.1 ความเป็นมา ในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ต.ช.) นำโดยพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ พลเอกสุจินดา คราประยูร พลเอกอิสระพงศ์ หนุนภักดี ทำรัฐประหารยึดอำนาจรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 จากนั้นในวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2534 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534¹⁶⁸ โดยรัฐสภามีสภาเดียวคือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งพระมหากษัตริย์แต่งตั้งตามคำกราบบังคมทูลของประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่า 200 คน

¹⁶⁷ แลมสุข นุ่มนนท์ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* พิมพ์ครั้งที่ 1 นนทบุรี สถาบันพระปกเกล้า 2545 หน้า 5

¹⁶⁸ ศุภัทธา อำนวนสวัสดิ์ *รายงานการวิจัยการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง (ระหว่างปี พ.ศ. 2453-2555)* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2552 หน้า 159

แต่ไม่เกิน 300 คน และมีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญ ต่อมาที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจนกระทั่งมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้บังคับวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2534 การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มีข้อสงสัยถึงการสืบทอดอำนาจของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) เหตุเพราะคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 20 คน มาจากการแต่งตั้งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) คณะกรรมการสามารถร่างรัฐธรรมนูญเสร็จภายในเวลา 6 เดือน สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติรับร่างรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาในวาระที่ 1 วันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2534 และในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 2 ประเด็นคุณสมบัติของนายกรัฐมนตรีและ รัฐมนตรีกำหนดให้ไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงมีการคัดค้านร่างรัฐธรรมนูญเพราะกลัวการสืบทอดอำนาจของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) พลเอกสุจินดา คราประยูร และพลอากาศเอกเกษร โจนินิต ประกาศว่าจะไม่รับตำแหน่งนายกรัฐมนตรี¹⁶⁹ สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติผ่านวาระที่ 2 เมื่อวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2534 ผ่านวาระที่ 3 วันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2534 และนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พร้อมกับจัดการเลือกตั้งในวันที่ 22 มีนาคม พ.ศ. 2535 แต่พรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมาก โดยนายณรงค์ วงศ์วรรณ หัวหน้าพรรคไม่อาจเป็นนายกรัฐมนตรีเพราะมีข่าวพัวพันกับการค้ายาเสพติด พรรคการเมืองทั้ง 5 พรรค คือ พรรคสามัคคีธรรม พรรคชาติไทย พรรคกิจสังคม พรรคประชากรไทย พรรคราษฎรจึงเสนอชื่อพลเอกสุจินดา คราประยูร เป็นนายกรัฐมนตรี¹⁷⁰ ทำให้ประชาชนเกิดความไม่พอใจเป็นอย่างมากและเกิดการประท้วงให้พลเอกสุจินดาลาออกพร้อมกับเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประเด็นให้นายกรัฐมนตรีต้องมาจากการเลือกตั้ง นำมาซึ่งเหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” ต่อมาพลเอกสุจินดาลาออกจากการเป็นนายกรัฐมนตรีในวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 นายอาทิตย์ อุไรรัตน์ ในฐานะประธานรัฐสภาเสนอชื่อนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรีทั้งที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแต่เป็นผู้ที่ได้รับความเชื่อถืออย่างสูง จากนั้นจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ในประเด็นต่างๆ รวม 4 ฉบับ โดยรวมถึงการที่นายกรัฐมนตรีต้องมาจากการเลือกตั้ง แต่การเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เป็นประชาธิปไตยยังคงมีการเคลื่อนไหวจากนักวิชาการ นักการเมือง ภาคประชาชน ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปครั้งที่ 2 นายชวน หลีกภัย ขึ้นดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรมี

¹⁶⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 165

¹⁷⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 109

การแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญศึกษาแนวทางการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มีนายชุมพล ศิลปอาชา เป็นประธาน คณะกรรมการวิสามัญเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นต่างๆ หลาย ประเด็น จนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2534 แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 5 ครั้ง ยังคงไม่เพียงพอต่อการเรียกร้องประชาธิปไตย มีความพยายามที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ กระทั่งเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2537 นาย มารุต นูนาค ประธานรัฐสภามีคำสั่งที่ 10/2537 แต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย¹⁷¹ หรือ คพป. มีคณะกรรมการจำนวน 85 คน นายแพทย์ประเวศ วะสี เป็นประธาน คณะกรรมการ พัฒนาประชาธิปไตยทำหน้าที่ศึกษาแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และทำ รายงานเสนอแนะการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญในเอกสารชื่อ “ข้อเสนอกรอบความคิดการปฏิรูป การเมืองไทย และการปฏิรูปการเมืองทางออกของประเทศไทย” โดยเสนอว่าจะร่าง รัฐธรรมนูญใหม่โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญไม่ควรกระทำโดยรัฐสภาเพราะมีส่วนได้เสียโดยตรง ควรมีผู้เชี่ยวชาญที่เป็นอิสระทำ หน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญและให้รัฐสภาลงมติว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอมา

ข้อเสนอของคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย เห็นควรให้มีการจัดตั้ง คณะกรรมการพิเศษเพื่อกร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ¹⁷² มีองค์ประกอบ ดังนี้

1) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพิเศษ จำนวน 3 คน ที่พระมหากษัตริย์ทรงพระ กรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากอดีตนายกรัฐมนตรี โดยมีนายกรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราช โองการ

2) กรรมการผู้เชี่ยวชาญ จำนวนไม่น้อยกว่า 10 คน แต่ไม่เกิน 15 คน ซึ่งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพิเศษตาม (1) คัดเลือกแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญทางนิติศาสตร์ และบัญชีรายชื่อผู้เชี่ยวชาญทางรัฐศาสตร์ที่ได้จัดทำขึ้น และให้ประธานคณะกรรมการพิเศษเพื่อยก ร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติเป็นผู้แต่งตั้ง โดยกรรมการผู้เชี่ยวชาญทางนิติศาสตร์จะต้องมีจำนวนไม่ น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการประเภทนี้

¹⁷¹ แคมสุข นุ่มนนท์ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* พิมพ์ครั้งที่ 1 นนทบุรี สถาบันพระปกเกล้า 2545 หน้า 1

¹⁷² คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป) *ข้อเสนอกรอบความคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2538 หน้า 83

3) *ที่ปรึกษาของผู้ทรงคุณวุฒิพิเศษ* ได้แก่ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและผู้นำฝ่ายค้านเป็นที่ปรึกษาโดยตำแหน่ง ผู้ที่รอบรู้กิจการบ้านเมือง ไม่เกิน 2 คน ที่ประธานคณะกรรมการพิเศษแต่งตั้ง โดยปรึกษาหารือกับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพิเศษ

นอกจากนี้ ยังมีข้อเสนอของศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ เรื่อง “การจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปการเมือง” เสนอให้มีการจัดตั้ง “คณะกรรมการพิเศษเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ”¹⁷³ ทำหน้าที่เป็นผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยกรรมการ 2 ประเภท ดังนี้

1) *กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญ* จำนวน 5 คน ได้แก่

ก. ผู้ทรงคุณวุฒิที่ประธานองคมนตรีถวายชื่อตามคำแนะนำของคณะกรรมการองคมนตรี จำนวน 2 คน

ข. ผู้ทรงคุณวุฒิที่ประธานวุฒิสภาถวายชื่อตามคำแนะนำของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 1 คน

ค. ผู้ทรงคุณวุฒิที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรถวายชื่อ 2 คน โดยคนหนึ่งตามคำแนะนำของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองที่เป็นพรรครัฐบาล และอีกคนหนึ่งตามคำแนะนำของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองฝ่ายค้าน

2) *กรรมการที่มีประสบการณ์ทางการเมือง* ที่ประธานองคมนตรีถวายชื่อตามคำแนะนำขององคมนตรีจากผู้ที่เคยเป็นนายกรัฐมนตรีมาแล้ว จำนวน 2 คน

ทั้งนี้ บุคคลที่จะเป็นกรรมการพิเศษฯ ต้องไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมือง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น และภายในสามปีนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่งกรรมการพิเศษฯ ห้ามบุคคลดังกล่าวสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา หรือสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น และห้ามเป็นข้าราชการการเมือง

ต่อมารัฐบาลนายชวน หลีกภัย ต้องประกาศยุบสภาเนื่องมาจากปัญหากรณีถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจ สปก. 4-01 ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2538 พรรคชาติไทยได้เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล นายบรรหาร ศิลปอาชา หัวหน้าพรรคชาติไทยได้เป็นนายกรัฐมนตรีและแถลงนโยบายต่อรัฐสภาในวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2538 ที่จะสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 เพื่อปฏิรูป

¹⁷³ สมทรัพย์ ศิริมงคล *สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2539 ฉบับที่ 6) : ศึกษาเฉพาะกรณีที่มาและอำนาจหน้าที่* วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2541 หน้า 40

การเมืองโดยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ รัฐบาลจึงแต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง (คปก.)¹⁷⁴ มีนายชุมพล ศิลปอาชา เป็นประธานทำหน้าที่ศึกษาแนวทางการปฏิรูปการเมือง โดยเสนอให้มีการตั้ง “คณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ” ประกอบด้วยบุคคล ดังนี้

1) *กรรมการโดยตำแหน่ง* ได้แก่ ประธานรัฐสภา เป็นประธานกรรมการ ให้ประธานวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรเป็นรองประธาน

2) *กรรมการจากผู้แทนองค์กรต่างๆ* ประกอบด้วย

ก. *ผู้แทนพรรคการเมือง* ให้พรรคการเมืองที่มีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎร คัดเลือกบุคคลที่เป็นผู้แทนราษฎร หรือบุคคลอื่นที่ทางพรรคเห็นสมควรเป็นตัวแทนของพรรคพรรคละ 1 คน

ข. *สมาชิกวุฒิสภา* จำนวน 5 คน โดยลงคะแนนเสียงเลือกกันเองในวุฒิสภาในที่ประชุมวุฒิสภา และให้เลือกโดยเปิดเผย

ค. *นักวิชาการ หรือผู้เชี่ยวชาญทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ สาขาละ 5 คน* (รวมเป็น 10 คน) และนักวิชาการหรือผู้เชี่ยวชาญทางสาขาอื่นนอกจากนิติศาสตร์ และรัฐศาสตร์ จำนวน 5 คน โดยให้สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจัดทำบัญชีรายชื่อให้นักวิชาการที่ได้รับการเสนอจากมหาวิทยาลัย หรือจากสถาบันอุดมศึกษาที่มีคณะนิติศาสตร์ หรือสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ หรือสาขาวิชารัฐศาสตร์ หรือสาขาวิชาอื่น แล้วแต่กรณี จากนั้น ให้ผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเลือกกันเองโดยการออกเสียงลงคะแนนลับ และผู้ที่ได้คะแนนเสียง 5 อันดับแรกของแต่ละสาขาจะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ กรรมการประเภทนี้ จะต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น

ง. *ผู้แทนจากประชาชนสาขาอาชีพต่างๆ 32 คน*

คณะรัฐมนตรีรัฐบาลนายบรรหาร ศิลปอาชา เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีมีลักษณะคล้ายกับข้อเสนอของคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง แต่คณะกรรมการวิสามัญได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอ โดยคณะรัฐมนตรีจากรูปแบบการร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการเป็นรูปแบบสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งแตกต่างกันหลายประการ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยคณะกรรมการวิสามัญมีองค์ประกอบ¹⁷⁵ ดังนี้

¹⁷⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 42

¹⁷⁵ วลัยมาส แก้วศรีชัย *สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม* วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2541 หน้า 134

1) สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนจังหวัดละ 1 คน รวม 76 คน

2) สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญสาขากฎหมายมหาชน 8 คน สาขารัฐศาสตร์หรือสาขารัฐประศาสนศาสตร์ 8 คน และผู้มีประสบการณ์ด้านการเมือง การบริหารราชการแผ่นดิน หรือการร่างรัฐธรรมนูญ 7 คน รวม 23 คน ทั้งนี้ จากการคัดเลือกโดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทแรก

รัฐสภาจึงมีมติให้คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปพิจารณาใหม่อีกครั้งและกำหนดแนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

1) องค์กรที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญให้ใช้รูปแบบสภาร่างรัฐธรรมนูญ
2) สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยนักวิชาการและประชาชนทั่วไป

3) สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญให้มาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยรัฐสภามีจำนวนตามที่คณะกรรมการกำหนด

4) เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วให้นำเสนอต่อรัฐสภาอนุมัติ ให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

5) กรณีรัฐสภาไม่รับร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ

เมื่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกรอบแนวทางที่รัฐสภากำหนดและนำเสนอสู่การพิจารณาของรัฐสภาอีกครั้ง รัฐสภามีมติเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 211 ในวันที่ 14 กันยายน พ.ศ. 2539¹⁷⁶ และในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2539 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ โดยมีสาระสำคัญคือจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (ส.ส.ร.) มีจำนวนสมาชิก 99 คน ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชนทุกจังหวัดจำนวน 76 คน และผู้เชี่ยวชาญหรือผู้มีประสบการณ์ในสาขาต่างๆ จำนวน 23 คน จากสถาบันอุดมศึกษาของรัฐและเอกชน โดยรัฐสภาจะเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 240 วัน นับแต่วันที่ที่มีสมาชิกครบจำนวน การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดพื้นฐานสำคัญอันนำไปสู่การ

¹⁷⁶ สุภัทรา อำนวยสวัสดิ์ รายงานการวิจัยการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง (ระหว่างปี พ.ศ. 2453-2550) หน้า 173

ปฏิรูปการเมือง โดยปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ เพื่อนำเสนอให้รัฐสภาลงมติ โดยรัฐสภาไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญนั้น

7.2.2 ที่มาและองค์ประกอบ สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 มาตรา 211 ทวิ (1) กำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2 ประเภท

1) สมาชิกประเภทที่ 1 ให้ผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด สมัครรับเลือกตั้งเป็นตัวแทนจังหวัดต่างๆ หากจังหวัดใดมีผู้สมัครเกินกว่า 10 คน ให้ผู้สมัครทุกคนลงคะแนนเลือกกันเอง โดยวิธีลงคะแนนลับ เลือกกันเองให้เหลือ 10 คน ผู้สมัครแต่ละคนมีสิทธิเลือกผู้สมัครด้วยตนเองจำนวน 3 คน เมื่อได้ผู้สมัครครบจำนวน 10 คน ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ส่งรายชื่อผู้สมัครทั้ง 10 คน ต่อประธานรัฐสภาเพื่อนำเสนอให้รัฐสภาทำการเลือกเพียง 1 คน เป็นตัวแทนของจังหวัด

2) สมาชิกประเภทที่ 2 ผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ ดังนี้

ก. ผู้เชี่ยวชาญสาขากฎหมายมหาชน จำนวน 8 คน

ข. ผู้เชี่ยวชาญสาขารัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ จำนวน 8 คน

ค. ผู้มีประสบการณ์ด้านการเมือง การบริหารราชการแผ่นดินหรือการร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 7 คน

ทั้งนี้ ให้สถาบันอุดมศึกษาต่างๆ ที่มีการให้ปริญญาสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ แต่ละแห่งคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทต่างๆ ประเภทละไม่เกิน 5 คน ทำเป็นบัญชีรายชื่อของแต่ละประเภท แล้วส่งให้ประธานรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาเลือกให้ได้ตามจำนวนที่กำหนด

เมื่อมีการเปิดรับสมัครสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทที่ 1 ในวันที่ 3 ถึง 13 ธันวาคม พ.ศ. 2539 มีผู้สมัครจากทุกสาขาอาชีพรวมผู้สมัครทั่วประเทศ 19,335 คน กรุงเทพมหานครมีผู้สมัครสูงสุด 1,148 คน แม่ฮ่องสอนมีผู้สมัครน้อยสุด 13 คน วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2539 ผู้สมัครดำเนินการคัดเลือกให้เหลือกันเอง 10 คน และส่งให้รัฐสภาดำเนินการคัดเลือกให้เหลือจังหวัดละ 1 คน¹⁷⁷ ส่วนสมาชิกประเภทที่ 2 สถาบันอุดมศึกษากว่า 30 แห่ง จัดส่งรายชื่อให้กับประธานรัฐสภาจำนวน 279 รายชื่อ โดยรัฐสภาได้ดำเนินการคัดเลือกสมาชิกทั้ง 2 ประเภทในวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2539 มีสมาชิกรัฐสภาใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน 630 คน จากจำนวนสมาชิก

¹⁷⁷ แลมสุข นุมนนท์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางปฏิรูปการเมืองไทย หน้า 6

รัฐสภาที่มีอยู่ 653 คน¹⁷⁸ รัฐสภาดำเนินการคัดเลือกสมาชิกประเภทที่ 1 จากบัญชีรายชื่อของจังหวัด จังหวัดละ 1 คน รวม 76 คน และสมาชิกประเภทที่ 2 จากบัญชีรายชื่อที่สถาบันอุดมศึกษาจัดส่ง 279 รายชื่อ เหลือ 23 คนตามจำนวนที่กำหนดในแต่ละประเภท รวมสมาชิกร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเภท 99 คน

ข้อสังเกตของการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีข้อวิจารณ์ว่ามีการเตรียมรายชื่อผู้สมควรได้รับเลือกให้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “โพรรายชื่อ”¹⁷⁹ เป็นบัญชีรายชื่อที่จัดทำจากฝ่ายรัฐบาลบัญชีหนึ่ง และบัญชีจากวุฒิสมาชิกสายเลือดใหม่อีกบัญชีหนึ่ง แต่ผลการเลือกตั้งปรากฏว่ามีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกผิดไปจากบัญชีรายชื่อของรัฐบาลจำนวน 18 คน

7.2.3 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ จะต้องดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 240 วัน นับแต่วันที่ที่มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวน¹⁸⁰ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนัดประชุมครั้งแรกวันที่ 7 มกราคม พ.ศ. 2540 นายเหลื่อม พันธุ์ฤกษ์ สมาชิกอาวุโสสูงสุดดำรงตำแหน่งประธานชั่วคราว และต่อมาที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเลือกนายอุทัย พิมพ์ใจชน เป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ต่อมาการประชุมครั้งที่ 2 วันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2540 ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติแต่งตั้งคณะกรรมการธิการสามัญ 5 คณะ¹⁸¹ คือ

- 1) คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ
- 2) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและประชาพิจารณ์
- 3) คณะกรรมการวิชาการและข้อมูล
- 4) คณะกรรมการประชาสัมพันธ์
- 5) คณะกรรมการจดหมายเหตุ ตรวจรายงานการประชุม

คณะกรรมการแต่ละคณะมีกรรมการ 17 คน เว้นแต่คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและประชาพิจารณ์มี 38 คน ให้แต่ละคณะกรรมการเลือกประธานคณะกรรมการสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญสามารถแสดงความจำนงว่าจะร่วมเป็นคณะกรรมการคณะใดก็ได้ แต่จำกัดไม่เกินคนละ 2 ชุด หากมีผู้สมัครเกินกว่า 17 คน ในคณะกรรมการแต่ละชุดให้

¹⁷⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 8

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 12

¹⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 มาตรา 221 เศรษฐวรรคหนึ่ง

¹⁸¹ แลมสุข นุมนนท์ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* หน้า 16

ลงคะแนนเลือกกรรมการजनเหลือ 17 คน ส่วนคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ให้ประธานคณะกรรมการอีก 4 คณะร่วมเป็นกรรมการด้วย คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจึงมีกรรมการรวม 21 คน แต่ต่อมาในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2540 ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติตั้งกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเพิ่มอีก 8 คน รวมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด 29 คน

นอกจากคณะกรรมการสามัญทั้ง 5 คณะ สภาร่างรัฐธรรมนูญยังจัดให้มีคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในแต่ละจังหวัดรวม 76 จังหวัด มีกรรมการในแต่ละจังหวัดคณะละ 15 คน มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจังหวัดเป็นประธาน ผู้สมัครสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้รับการเลือกอีก 9 คน เป็นกรรมการโดยสมัครใจ จำนวนที่เหลือให้ประธานและกรรมการคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิของจังหวัดเข้าร่วมเป็นกรรมการวิสามัญจนครบ

การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน สภาร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นปัญหาและหลักการสำคัญเพื่อกำหนดกรอบการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน 3 กรอบใหญ่¹⁸² คือ

- 1) กรอบที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ
- 2) กรอบที่ 2 ว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ
- 3) กรอบที่ 3 ว่าด้วยสถาบันการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบัน

การเมือง

ในวันที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณารายงานคณะกรรมการทั้ง 3 กรอบแล้วมีมติเห็นชอบทั้ง 3 กรอบ¹⁸³ กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเริ่มตั้งแต่เดือนมกราคมถึงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2540¹⁸⁴ ผ่านทางคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและประชาสัมพันธ์ใน 76 จังหวัด คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นออกแบบสำรวจและสอบถามความเห็นของประชาชนในทุกจังหวัดในแนวทางเดียวกัน ได้ผลสำรวจความคิดเห็นรวม 608,735 คน และจดหมายกว่า 200,000 ฉบับ

เมื่อกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผ่านไปแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดวันเริ่มต้นในการร่างรัฐธรรมนูญคือวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2540¹⁸⁵ โดยมีการ

¹⁸² วลัยมาส แก้วศรีชัย *สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม* หน้า 143

¹⁸³ แฉมสุข นุ่มนนท์ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* หน้า 37

¹⁸⁴ สมทรัพย์ ศิริมงคล *สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2539 ฉบับที่ 6) : ศึกษาเฉพาะกรณีที่มาและอำนาจหน้าที่* หน้า 61

¹⁸⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 61

แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนเป็นอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ 4 คน คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ 3 คณะเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบ 3 กรอบที่กำหนดไว้ และการร่างรัฐธรรมนูญจะแบ่งเป็น 3 ขั้นตอน

1) วันที่ 1 ถึง 15 เมษายน พ.ศ. 2540 คณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 3 คณะแยกกันยกร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละกรอบ

2) วันที่ 16 ถึง 19 เมษายน พ.ศ. 2540 คณะอนุกรรมการทั้ง 3 คณะประชุมเตรียมการเรียบเรียงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกรอบที่ 1 ถึงกรอบที่ 3 ให้สอดคล้องกัน

3) วันที่ 20 ถึง 27 เมษายน พ.ศ. 2540 นำร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาให้เสร็จภายในวันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2540

เมื่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จในวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2540¹⁸⁶ แล้วจึงส่งร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 ร่างรัฐธรรมนูญใหม่มีจำนวน 339 มาตรา แบ่งออกเป็น 12 หมวด โดยก่อนการประชุมมีการเสนอให้ใช้ข้อบังคับของการประชุมรัฐสภาโดยอนุโลม การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญจึงแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน ได้แก่ วาระที่ 1 วาระรับร่างไว้พิจารณา (หรือวาระรับหลักการ กรณีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎร) วาระที่ 2 การแปรญัตติ และวาระที่ 3 การลงมติให้ความเห็นชอบ

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่ 1 วาระรับร่างไว้พิจารณา ในวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญมีการอภิปรายที่ละหมวดตั้งแต่หมวดที่ 1 บททั่วไปจนถึงหมวดที่ 12 บทเฉพาะกาล ใช้เวลารวม 2 วัน กว่า 20 ชั่วโมง ผลการลงคะแนนเสียงโดยเปิดเผย มีผู้รับร่างไว้พิจารณา 89 เสียง งดออกเสียง 1 เสียง มีผู้ไม่มาประชุม 9 คน¹⁸⁷

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติรับร่างรัฐธรรมนูญไว้พิจารณา คณะกรรมการประชาสัมพันธ์จัดพิมพ์ร่างรัฐธรรมนูญ 8 แสนเล่ม พร้อมเอกสารของศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เรื่อง “รัฐธรรมนูญใหม่ให้อะไรกับประชาชนบ้าง” เพื่อแจกจ่ายให้กับประชาชนทั่วประเทศ และทำประชาพิจารณ์ร่างรัฐธรรมนูญในช่วงเวลา 1 เดือน ก่อนการแปรญัตติในวาระที่ 2 ซึ่งในการทำประชาพิจารณ์มีการกำหนดให้ทำประชาพิจารณ์ทั้งในระดับจังหวัดทั่วประเทศระหว่างวันที่ 15 ถึง 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 จัดทำประชาพิจารณ์ระดับภาควันที่ 16 ถึง 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 จำนวน 5 ครั้ง ภาคตะวันออกที่จังหวัดจันทบุรี ภาคตะวันออกเฉียงเหนือที่จังหวัดขอนแก่น

¹⁸⁶ แฉมสุข นุมนนท์ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ : เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* หน้า 46

¹⁸⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 51

ภาคกลางที่จังหวัดนครปฐม ภาคใต้ที่จังหวัดสงขลา ภาคกลางเหนือที่จังหวัดเชียงใหม่ จัดทำประชาพิจารณ์ระดับชาติในวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2540 ที่อาคารรัฐสภา ช่วง 1 เดือนของการทำประชาพิจารณ์มีความขัดแย้งในทางความคิดของสังคมเป็นอย่างมากมีตัวแทนกลุ่มต่างๆ แสดงความคิดเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง เช่น ประเด็นการรื้อโครงสร้างอำนาจรัฐใหม่ การคานอำนาจและตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกัน การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน การให้อำนาจอัยการสูงสุดมากเกินไป ประเด็นเรื่องทางศาสนาพุทธมีการเรียกร้องให้เป็นศาสนาประจำชาติ ความขัดแย้งของที่มาของการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา การจัดระบบเขตเลือกตั้ง การใช้สิทธิต่อต้านการทำรัฐประหาร เป็นต้น

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่ 2 สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ 33 คน¹⁸⁸ มีนายอนันต์ ปันยารชุน เป็นประธาน เริ่มประชุมนัดแรกวันที่ 13 พฤษภาคม พ.ศ. 2540 โดยแบ่งการทำงานออกเป็น 3 ช่วง

1) ช่วงแรกวันที่ 13 พฤษภาคม ถึง 6 มิถุนายน พ.ศ. 2540 คณะกรรมการจะพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ รายละเอียดเนื้อหาของแต่ละหมวด ส่วนและมาตราต่างๆ มีเนื้อหาประเด็นสมบูรณ์ชัดเจนเพียงใด ปรับปรุงถ้อยคำตัวร่างรัฐธรรมนูญให้สมบูรณ์

2) ช่วงที่ 2 ระหว่างวันที่ 9 มิถุนายน ถึง 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 เมื่อได้รับคำแปรญัตติของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการจะแปรญัตติเรียงรายมาตราเป็นการภายในของคณะกรรมการ และเชิญสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอคำแปรญัตติมาร่วมประชุม โดยมีผู้ขอยื่นคำแปรญัตติรายคณะและรายบุคคลรวม 55 ญัตติ เสนอแก้ไข 305 มาตรา จากทั้งหมด 339 มาตรา ที่ประชุมพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่มาตรา 1 จนถึงหมวดที่ 12 บทเฉพาะกาลจนเสร็จในวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ. 2540 และใช้เวลาอีก 1 วันแก้ไขบททวนถ้อยคำบางมาตรา

3) ช่วงที่ 3 การแปรญัตติเต็มคณะ 99 คน ในสภาร่างรัฐธรรมนูญวันที่ 7 ถึง 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 คณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญจะนำร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเต็มคณะเพื่อแปรญัตติ การแปรญัตติในวาระที่ 2 ดำเนินการเสร็จสิ้นในวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 โดยร่างรัฐธรรมนูญเหลือเพียง 336 มาตรา

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่ 3 สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการลงมติว่าจะผ่านหรือไม่ผ่านร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2540 โดยการลงมติให้สมาชิก

¹⁸⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 58

แต่ละคนยื่นขึ้นเมื่อได้รับการขานชื่อแล้วลงมติ มีผู้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ 92 เสียง ไม่มีเสียงไม่เห็นชอบ แต่มีผู้คัดค้านเสียง 4 เสียง มีผู้ไม่มาประชุม 3 คน¹⁸⁹

7.2.4 การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 มาตรา 211 ปีฉกรร สวรรคหนึ่ง กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วต้องนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา และรัฐสภามีอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ โดยจะแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญประการใดๆ ไม่ได้

รัฐสภาเปิดอภิปรายแสดงความคิดเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญระหว่างวันที่ 4 ถึง 11 กันยายน พ.ศ. 2540 โดยการอภิปรายจะกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาอภิปรายเป็นรายหมวดและให้ซักถาม และให้ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เข้าประชุมเป็นผู้ตอบคำซักถาม รัฐสภากำหนดวันลงมติร่างรัฐธรรมนูญ¹⁹⁰ ในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2540 มีจำนวนสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภาจำนวน 651 คน มีคะแนนเสียงเห็นชอบ 578 เสียง คะแนนเสียงไม่เห็นชอบ 16 เสียง และงดออกเสียง 17 เสียง ต่อมาประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อลงพระปรมาภิไธย และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตั้งแต่วันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540

7.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549

7.3.1 ความเป็นมา ในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับมา 9 ปีเศษ มีการเลือกตั้งทั่วไป 2 ครั้ง พรรคไทยรักไทยได้รับความนิยมอย่างสูงสามารถชนะการเลือกตั้งและเป็นแกนนำจัดตั้งรัฐบาลได้ 2 ครั้ง ครั้งแรกการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 6 มกราคม พ.ศ. 2544 พรรคไทยรักไทยชนะการเลือกตั้งมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 244 ที่นั่ง ครั้งที่ 2 ในวันที่ 6 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548 พรรคไทยรักไทยชนะการเลือกตั้งมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 377¹⁹¹ ที่นั่ง ทำให้พรรคไทยรักไทยสามารถจัดตั้งรัฐบาลพรรคเดียวเป็นพรรคแรกในประวัติศาสตร์การเมืองไทย¹⁹² หัวหน้าพรรคคือพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นสมัยที่ 2 แต่การที่พรรคไทยรักไทยมีเสียงข้างมากในสภาจึงเกิดข้อครหาว่าเป็นเผด็จการทางรัฐสภา เพราะพรรคฝ่ายค้านในขณะนั้นมีจำนวนสมาชิกในสภาผู้แทนราษฎรไม่เพียง

¹⁸⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 76

¹⁹⁰ วลัยมาส แก้วศรชัย สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม หน้า 146

¹⁹¹ มานิต จุฑา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หน้า 64

¹⁹² ลิขิต ธีรเวคิน วิวัฒนาการการเมืองการปกครองไทย หน้า 233

พอที่จะเปิดการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล เนื่องจากต้องใช้เสียงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 แต่พรรคฝ่ายค้านมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพียง 125 คน องค์กรอิสระต่างๆ ที่ออกแบบไว้เพื่อตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลและการใช้อำนาจรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถูกกล่าวหาว่ารัฐบาลครอบงำการทำงาน ไม่สามารถที่จะเป็นกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของรัฐบาล ระหว่างการดำรงตำแหน่งของพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เกิดกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยรวมตัวเปิดอภิปรายโจมตีการของพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร และเรียกร้องให้ลาออกจากการเป็นนายกรัฐมนตรี กระทั่งพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ตัดสินใจยุบสภาเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 แต่พรรคฝ่ายค้านที่มีอยู่ในขณะยุบสภาปฏิเสธที่จะส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทำให้พรรคไทยรักไทยซึ่งเป็นพรรคใหญ่เพียงพรรคเดียวที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งและได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 359 ที่นั่ง การจัดการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 คณะกรรมการการเลือกตั้งถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจโดยไม่ชอบ เนื่องจากกำหนดวันเลือกตั้งหลังจากยุบสภาเพียง 35 วัน เป็นการเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายรัฐบาล การจัดหาเลือกตั้งให้ผู้เลือกตั้งหันหน้าเข้าคูหาลงคะแนน หันหลังให้กรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งและประชาชนเป็นการขัดกับหลักการเลือกตั้งโดยตรงและลับ พลเอกสายหยุด เกิดผล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะจึงทำหนังสือร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาขอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 9/2549 ให้เพิกถอนการเลือกตั้งทั่วไปและให้มีการจัดการเลือกตั้งใหม่ภายใน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งใหม่มีผลใช้บังคับ รัฐบาลจึงตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้งใหม่ในเดือนตุลาคม การเพิกถอนการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 โดยคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ มีเสียงเรียกร้องให้คณะกรรมการการเลือกตั้งลาออก และฟ้องร้องคดีอาญาต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง ส่งผลให้ 1 ใน 4 คณะกรรมการการเลือกตั้งที่เหลืออยู่ลาออก และคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เหลือศาลอาญามีคำพิพากษาให้จำคุกโดยไม่รอลงอาญา และไม่อนุญาตให้ประกันตัว คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงยอมลาออกทั้ง 3 คน จึงต้องมีการสรรหาคณะกรรมการเลือกตั้งใหม่ แต่เมื่อไม่มีสภาผู้แทนราษฎรที่จะทำหน้าที่ อำนาจการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา แต่วิกฤตทางการเมืองยังคงรุนแรงในเดือนกันยายนพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร เดินทางไปต่างประเทศ กลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยมีการนัดชุมนุมเพื่อต่อต้านนายกรัฐมนตรีในวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 ฝ่ายทหารมีข้อมูลว่าฝ่ายรัฐบาลเตรียมนำผู้สนับสนุนจากต่างจังหวัดเข้ามาในกรุงเทพฯ ในคืนวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

(คปค.)¹⁹³ นำโดยพลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบก เข้าทำการยึดอำนาจรัฐบาล ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549¹⁹⁴ มีจำนวน 39 มาตรา ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) เป็นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ให้มีสถานิติบัญญัติแห่งชาติเพียงสภาเดียวทำหน้าที่ทั้งสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา จำนวนไม่เกิน 250 คน มีคณะรัฐมนตรีจำนวนไม่เกิน 35 คน ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสถานิติบัญญัติแห่งชาติและคณะรัฐมนตรี และที่สำคัญคือ กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร โดยบัญญัติถึงที่มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ การเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญที่ได้พิจารณาแล้วไปยังองค์กรต่างๆ การแปรญัตติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ การลงมติ การทำประชามติ รวมถึงผลการของบังคับใช้รัฐธรรมนูญดังที่จะกล่าวต่อไป

7.3.2 ที่มาและองค์ประกอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 19 ถึง มาตรา 23 บัญญัติถึงที่มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ¹⁹⁵ ดังนี้

1) ให้มีสมาชิกแห่งชาติมีสมาชิกจำนวนไม่เกิน 2,000 คน แต่งตั้งจากผู้มีสัญชาติไทยโดยการเกิด มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ มาจากผู้แทนสาขาอาชีพ ผู้ทรงคุณวุฒิภาครัฐภาคเอกชน และภาควิชาการจากภูมิภาคต่างๆ ลักษณะต้องห้ามของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกพรรคการเมือง หรือดำรงตำแหน่งใดในพรรคการเมืองหรือดำรงตำแหน่งใดในพรรคการเมืองภายในเวลา 2 ปี ก่อนวันได้รับการคัดเลือกให้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และต้องไม่เป็นสมาชิกสถานิติบัญญัติแห่งชาติในเวลาเดียวกับที่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) มีคำสั่งที่ 8/2549 เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2549 แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ (กตส.) โดยคำสั่งดังกล่าวกำหนดให้คัดเลือกผู้แทนจากสาขาต่างๆ รวม 9 ประเภท¹⁹⁶ ได้แก่

¹⁹³ มานิต จุมปา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, น.64

¹⁹⁴ นรนิติ เศรษฐบุตร รัฐธรรมนูญกับการเมืองไทย พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550 หน้า 339

¹⁹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย หน้า 126

- ก. ผู้แทนภาคเศรษฐกิจและสังคม จำนวน 767 คน
- ข. ผู้แทนภาครัฐ จำนวน 312 คน
- ค. ผู้แทนภาคการเมืองการปกครองท้องถิ่น จำนวน 227 คน
- ง. ผู้แทนองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ จำนวน 16 คน
- จ. ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 302 คน
- ฉ. นิสิตนักศึกษา จำนวน 140 คน
- ช. ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่คณะรัฐมนตรีสรรหา จำนวน 115 คน
- ซ. ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่ คมช. สรรหา จำนวน 115 คน
- ฌ. ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการให้คณะรัฐมนตรีและคมช. เป็นผู้สรรหาเพิ่มซึ่งไม่ระบุจำนวนแต่สรรหาที่เหลือให้ครบ 2,000 คน

เมื่อมีการดำเนินการคัดเลือกผู้แทนสาขาต่างๆ แล้วมีการแต่งตั้งสมาชิกโดยมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้งสมาชิกแห่งชาติตามมาตรา 20 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2549 จำนวน 1,982 คน แบ่งออกเป็น 4 ภาค¹⁹⁷ ดังนี้

- ก. ภาครัฐ จำนวน 574 คน
- ข. ภาคเอกชน จำนวน 545 คน
- ค. ภาคสังคม จำนวน 538 คน
- ง. ภาควิชาการ จำนวน 325 คน

2) เมื่อได้รายชื่อสมาชิกแห่งชาติแล้วให้สมาชิกแห่งชาติเลือกสมาชิกด้วยตนเองให้เหลือ 200 คน การคัดเลือกสมาชิกให้เหลือเพียง 200 คน ให้สมาชิกสมาชิกแห่งชาติ 1 คน มีสิทธิเลือกสมาชิกด้วยตนเองไม่เกิน 3 รายชื่อ และให้เรียงลำดับผู้ที่ได้รับคัดเลือกมากที่สุดไปจนน้อยที่สุด หากมีคนที่ได้รับการคัดเลือกเท่ากัน ทำให้จำนวนผู้ได้รับการคัดเลือกเกินกว่า 200 คน ให้ใช้วิธีการจับสลาก จัดทำเป็นบัญชีรายชื่อให้เสร็จภายใน 7 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสมาชิกแห่งชาติ

¹⁹⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจตนารมรัฐธรรมนูญ กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า 2552 หน้า 23

¹⁹⁷ มนตรี รูปสุวรรณ บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรุงเทพมหานคร เดือนตุลา หน้า 6

ในกรณีที่สมาชิกแห่งชาติไม่อาจจัดทำบัญชีรายชื่อได้ภายใน 7 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสมาชิกแห่งชาติ ให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติจำนวน 100 คน เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกแห่งชาติเรียกประชุมครั้งแรกเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2549 สมาชิกแห่งชาติคัดเลือกสมาชิกด้วยตนเองและจัดทำบัญชีรายชื่อจำนวน 200 คน ในวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2549¹⁹⁸

3) เมื่อสมาชิกแห่งชาติส่งบัญชีรายชื่อจำนวน 200 คน ให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจะคัดเลือกบุคคลตามบัญชีรายชื่อที่เหลือเพียง 100 คน นำความกราบบังคมทูลทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมเมื่อวันที่ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2549 เพื่อคัดเลือกบุคคลจำนวน 100 คนจากบัญชีรายชื่อของสมาชิกแห่งชาติ และนำความกราบบังคมทูลทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 100 คน ประกาศ ณ วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2550 โดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสัดส่วน¹⁹⁹ ดังนี้

- ก. ภาครัฐ 28 คน
- ข. ภาคเอกชน 27 คน
- ค. ภาคสังคม 23 คน
- ง. ภาควิชาการ 22 คน

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแบ่งตามภูมิภาค ดังนี้

- ก. ภาคเหนือ 10 คน
- ข. ภาคกลาง 68 คน
- ค. ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ 12 คน
- ง. ภาคใต้ 10 คน

7.3.3 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาครั้งแรก²⁰⁰ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเริ่มประชุมครั้งแรกในวันที่ 8 มกราคม พ.ศ. 2550 ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติเลือกกรอง

¹⁹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 127

¹⁹⁹ มนตรี รูปสุวรรณ *บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* หน้า 7

²⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

ศาสตราจารย์รณนิติ เศรษฐบุตร เป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีรองประธาน 2 คน คือ นายเสรี สุวรรณภานนท์ เป็นรองประธานคนที่ 1 และนายเดโช สวานานนท์ เป็นรองประธานคนที่ 2²⁰¹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 25 ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดในการยกร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวน 35 คน โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ดังนี้

- 1) ส่วนแรกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้แต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 25 คน
- 2) ส่วนที่สองสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ จำนวน 10 คน

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา โดยมีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 และในวันที่ 16 มกราคม พ.ศ. 2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการประชุมแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา (4) วรรคสอง (1) (2) ดังนี้

- 1) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 25 คน แต่งตั้งจากบุคคลที่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด แบ่งออกเป็น 4 ด้าน ดังนี้
 - ก. ด้านนิติศาสตร์ จำนวน 15 คน
 - ข. ด้านรัฐศาสตร์ จำนวน 2 คน
 - ค. ด้านวิชาการ จำนวน 4 คน
 - ง. ด้านสังคม จำนวน 4 คน
- 2) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่เสนอจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ จำนวน 10 คน

ต่อมาในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญวันที่ 22 มกราคม พ.ศ. 2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติให้มีคณะกรรมการสามัญและคณะกรรมการวิสามัญอีก 12 คณะ²⁰² ได้แก่

²⁰¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจตนารมรัฐธรรมนูญ หน้า 34

- 1) คณะกรรมการวิสามัญประสานการมีส่วนร่วมและการประชามติ
- 2) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชน
ภาคกลาง
- 3) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชน
ภาคเหนือ
- 4) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชน
ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ
- 5) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชน
ภาคใต้
- 6) คณะกรรมการวิสามัญประจำจังหวัด 76 จังหวัด
- 7) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ
- 8) คณะกรรมการประชาสัมพันธ์และเผยแพร่
- 9) คณะกรรมการวิสามัญวิชาการตรวจร่างรัฐธรรมนูญ
- 10) คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเหตุการณ์ จดหมายเหตุ และตรวจ
รายงานการประชุม
- 11) คณะกรรมการกิจการสภาร่างรัฐธรรมนูญ
- 12) คณะกรรมการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออกเสียงประชามติ และการ
ออกเสียงประชามติ

การยกร่างรัฐธรรมนูญเริ่มจากคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทำการยกร่างรัฐธรรมนูญ แล้วนำร่างรัฐธรรมนูญส่งให้แก่สภาร่างรัฐธรรมนูญ ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดกรอบการร่างรัฐธรรมนูญให้แก่คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญ 3 กรอบ²⁰³ ดังนี้

- 1) กรอบสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชน การกระจายอำนาจการกำหนดหลักประกันในสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนโดยตรากฎหมายรองรับอย่างเป็นทางการเมืองของประชาชน

²⁰² เรื่องเดียวกัน หน้า 34

²⁰³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 130

2) กรอบสถาบันการเมือง พิจารณาเรื่องหลักเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร เช่น จำนวนที่มา คุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา การดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

3) กรอบองค์กรตรวจสอบอิสระ และศาล กำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญประชุมครั้งแรกวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2550 และแต่งตั้งให้ น.ต.ประสงค์ สุ่นศิริ เป็นประธานกรรมการยกร่าง นายอัครวิทย์ สุมาวงศ์ รองประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นรองประธานคนที่ 1 นายเจริญ ภัคดีชนากุล เป็นรองประธานคนที่ 2 นายวิชา มหาคุณ เป็นรองประธานคนที่ 3 และ น.พ. ชูชัย ศุภวงศ์ เป็นรองประธานคนที่ 4²⁰⁴ การยกร่างรัฐธรรมนูญเริ่มดำเนินการโดยพิจารณาแนวทางการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวทางที่สภา ร่างรัฐธรรมนูญวางกรอบและนำรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ มาพิจารณาโดยมีหลัก 10 ประการเพื่อเป็นแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบ รัฐสภา ประเทศไทยปกครองด้วยระบบนิติรัฐ สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ หน้าที่ เสรีภาพ ความเสมอภาค การมีส่วนร่วมของประชาชนและอำนาจของชุมชนย่อมได้รับการคุ้มครอง เป็นต้น²⁰⁵ มีการประชุมทั้งหมด 62 ครั้ง มีการรับฟังความคิดเห็นจากภาคส่วนต่างๆ อย่างกว้างขวาง²⁰⁶ ดังนี้

1) คณะกรรมการรับฟังข้อมูลความคิดเห็นจากคณะกรรมการของ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการวิสามัญประสานงานการมีส่วนร่วมและการประชาคมติ คณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนประจำจังหวัด คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ ภาคกลาง ภาคตะวันออกเฉียงเหนือและภาคใต้

2) คณะกรรมการได้เดินทางไปปรับชี้แจงและฟังความคิดเห็นร่วมกับ คณะกรรมการวิสามัญประสานการมีส่วนร่วมและการลงประชาคมติ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ ภาคกลาง ภาคตะวันออกเฉียงเหนือและภาคใต้ และคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนประจำจังหวัด

²⁰⁴ สุภัทรา อำนวยสวัสดิ์ รายงานการวิจัยการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง (ระหว่าง พ.ศ. 2543-2550) หน้า 198

²⁰⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 131

²⁰⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจตนารม รัฐธรรมนูญ หน้า 36

3) คณะกรรมาธิการร่วมประชุมกับองค์กรต่างๆ 13 องค์กร เพื่อรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ ได้แก่ ขบวนการผู้หญิงกับการปฏิรูปการเมืองเครือข่ายคนพิการ เครือข่ายครอบครัว เครือข่ายคุ้มครองผู้บริโภค สมาคมกำนันผู้ใหญ่บ้าน สมาคมอบต.แห่งประเทศไทย สมาคมผู้บริหารโรงเรียนมัธยมศึกษาแห่งประเทศไทย สหพันธ์วิทยุทธสมาคมแห่งชาติ คณะกรรมการสมานฉันท์แรงงานไทย สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย และเครือข่ายขบวนการสหกรณ์ไทย กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน เครือข่ายศิลปินแห่งประเทศไทย เครือข่ายปฏิรูปสื่อภาคประชาชน

4) การรวบรวมข้อมูลความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ

5) รวบรวมความคิดเห็นจากหน่วยงานองค์กรและประชาชนที่ส่งข้อมูลมายังคณะกรรมาธิการ

คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญยกร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกฉบับรับฟังความคิดเห็นพร้อมคำชี้แจงว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นมาใหม่มีความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องใด พร้อมเหตุผลในการแก้ไขและสาระสำคัญ โดยดำเนินการเสร็จในวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2550 จากนั้นจึงมีการเผยแพร่ไปยังองค์กรและบุคคลตามมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ดังนี้

- 1) คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ
- 2) สถาบันนิติบัญญัติแห่งชาติ
- 3) คณะรัฐมนตรี
- 4) ศาลฎีกา
- 5) ศาลปกครองสูงสุด
- 6) คณะกรรมการการเลือกตั้ง
- 7) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
- 8) ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน
- 9) ผู้ตรวจการรัฐสภา
- 10) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
- 11) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ
- 12) สถาบันอุดมศึกษา

หลังจากมีการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับรับฟังความคิดเห็นไปยังองค์กรต่างๆ และประชาชน ระหว่างวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2550 ถึงวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2550

คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญรวบรวมข้อวิพากษ์วิจารณ์ความเห็นจากองค์กรต่างๆ และประชาชนมาปรับปรุงแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญ²⁰⁷ และจัดทำรายงานการแก้ไขหรือไม่แก้ไขเพิ่มเติมพร้อมรวบรวมคำแปรญัตติที่เสนอขอแปรญัตติในชั้นพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาในการประชุมครั้งที่ 22/2550 วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550 โดยหากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญใดต้องการเสนอคำแปรญัตติจะต้องเสนอคำแปรญัตติต้องมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญลงชื่อรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่และต้องยื่นคำแปรญัตติพร้อมเหตุผลก่อนวันนัดประชุมพิจารณาไม่น้อยกว่า 30 วัน²⁰⁸ และวันสุดท้ายของการเสนอคำแปรญัตติคือวันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ซึ่งในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญชั้นแปรญัตติของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับจากคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบทั้งฉบับและเฉพาะมาตราที่สมาชิกยื่นคำขอแปรญัตติ สภาร่างรัฐธรรมนูญจะพิจารณาแปรญัตติเพิ่มเติมไม่ได้ เว้นแต่คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจะเห็นชอบด้วย หรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีความเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าสามในห้าเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม²⁰⁹ สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในชั้นแปรญัตติตั้งแต่การประชุมครั้งที่ 22/2550 วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550 ถึงวันที่ จนถึงการประชุมครั้งที่ 39/2550 วันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาถ้อยคำและเนื้อหาในมาตราต่างจนเสร็จสิ้น และการประชุมครั้งที่ 40/2550 วันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบ 98 เสียง มีสมาชิกขาดการประชุม 2 คน

7.3.4 การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติให้นำร่างรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่แก่ประชาชนและจัดให้มีการออกเสียงลงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญโดยจะต้องจัดทำไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติจะต้องเป็นวันเดียวกันทั่วประเทศ การให้ประชาชนลงมติในการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้ถือเป็นครั้งแรกที่มีการกำหนดให้ประชาชนลงมติในการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ

²⁰⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย* หน้า 133

²⁰⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 27 และมาตรา 28

²⁰⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคสอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 30 บัญญัติต่อไปว่า การออกเสียงประชามติ ถ้าประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาใช้บังคับแล้ว ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และเมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับได้

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 40/2550 ในวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 นอกจากสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดวันนำร่างรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่ให้ประชาชนทราบโดยการจัดพิมพ์เผยแพร่จำนวน 20 ล้านเล่ม นำออกเผยแพร่ในวันที่ 31 กรกฎาคม 2550 และกำหนดวันออกเสียงประชามติในวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550

การดำเนินการประชามติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 29 วรรคสอง เป็นอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงออกประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2550 โดยข้อ 8 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการจัดและควบคุมการออกเสียงประชามติให้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม โดยมีอำนาจออกประกาศและระเบียบอันจำเป็นแก่การลงประชามติ²¹⁰

การออกเสียงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ มีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนให้รับร่างรัฐธรรมนูญและฝ่ายที่ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ กลุ่มที่สนับสนุนให้มีการรับร่างรัฐธรรมนูญคือ กลุ่มสภาร่างรัฐธรรมนูญและภาครัฐโดยเครือข่ายของกระทรวงมหาดไทย กลุ่มที่ต่อต้านไม่ให้นำร่างรัฐธรรมนูญมีหลายกลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มแนวร่วมประชาธิปไตยขับไล่เผด็จการ หรือ นปค. กลุ่มคนวันเสาร์ไม่เอาเผด็จการ กลุ่มไทยรักไทยที่แปลงสภาพมาจากพรรคไทยรักไทยที่ถูกยุบโดยคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มเครือข่าย 19 กันยาต้านรัฐประหาร และยังมีกลุ่มนักวิชาการต่างๆ เช่น คณะนักวิชาการจากมหาวิทยาลัยเที่ยงคืนร่วมกับนักวิชาการทั่วประเทศ 76 คน²¹¹

ผลการลงประชามติ มี ดังนี้

- 1) ผู้มีสิทธิออกเสียงลงประชามติ จำนวน 45,092,955 คน
- 2) ผู้มาใช้สิทธิออกเสียงลงประชามติ จำนวน 25,978,954 คน

²¹⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์ สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจตนารมรัฐธรรมนูญ หน้า 39

²¹¹ สุภัทรา อำวนยสวัสดิ์ รายงานการวิจัยการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง (ระหว่าง พ.ศ. 2543-2550) หน้า 201

- 3) มีบัตรเสีย จำนวน 504,120 คน
- 4) ผู้เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 14,727,306 คน
- 5) ผู้ไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 10,747,441 คน

เมื่อปรากฏว่าการออกเสียงลงประชามติมีเสียงข้างมากของผู้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญมากกว่าผู้ไม่ให้ความเห็นชอบ นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกาศราชกิจจานุเบกษาวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก และมีผลใช้บังคับวันเดียวกัน²¹²

7.3.5 กรณีจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่เสร็จทันกำหนดหรือร่างรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการลงประชามติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 32 กำหนดว่ากรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่เสร็จภายในกำหนดเวลา 180 วันนับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก หรือกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญนำเสนอ หรือร่างรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการออกเสียงประชามติ ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง และให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันออกเสียงประชามติ และนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป

8. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 บัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

มาตรา 291 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

²¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย หน้า 133

(1) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

(2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนน โดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อการพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนน โดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 สามารถพิจารณาได้ดังนี้

8.1 ผู้มีอำนาจเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

8.1.1 คณะรัฐมนตรี

8.1.2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

8.1.3 ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542

การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ต้องได้รับความยินยอมจากพรรคการเมืองที่สมาชิกรับสังกัดซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ต้องได้รับมติจากพรรคการเมืองที่สมาชิกรับสังกัดอยู่ ส่วนการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ถือว่าเป็นครั้งแรกที่มีการให้ประชาชนมีสิทธิเสนอชื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ให้สิทธิประชาชนเสนอกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หรือกฎหมายว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ไม่รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

8.2 ข้อจำกัดการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจะเสนอไม่ได้

8.3 ผู้มีอำนาจพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

คือรัฐสภาอันประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

8.4 กระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

8.4.1 ลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติม ต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

8.4.2 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเป็น 3 วาระ ดังนี้

1) **วาระที่ 1 ขั้นรับหลักการ** เป็นการพิจารณาเพียงว่าจะรับหลักการร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ การออกเสียงในวาระที่ 1 ให้ใช้วิธีเรียกชื่อลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

2) **วาระที่ 2 ขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา** กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมโดยประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย สำหรับการลงคะแนนในวาระที่ 2 ให้ใช้เสียงข้างมากเป็นประมาณ

เมื่อมีการพิจารณาในวาระที่ 2 เสร็จสิ้นแล้ว รัฐสภาต้องรอ 15 วัน แล้วจึงจะพิจารณาในวาระที่ 3 ต่อไป

3) **วาระที่ 3 ขั้นสุดท้าย** เป็นการลงคะแนนเสียงว่ารัฐสภาจะเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญและนำออกประกาศใช้หรือไม่ การลงคะแนนเสียงให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

8.5 การประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยการพิจารณาทั้ง 3 วาระแล้ว รัฐสภาจะส่งร่างรัฐธรรมนูญให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายภายใน 20 วัน เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงใช้บังคับเป็นกฎหมายในกรณีพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้น 90 วัน ไปแล้ว มิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาต้องปรึกษาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใหม่หากรัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาให้นายกรัฐมนตรีนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง หากพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายใน 30 วันให้นายกรัฐมนตรีนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญเสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

8.6 ประวัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในช่วงของการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้ว 2 ครั้ง

8.6.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นต่อไปนี้

1) **แก้ไขจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร** เดิมจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 93 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีจำนวน 480 คน ประกอบด้วย สมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวน 400 คน และสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบสัดส่วน จำนวน 80 คน ต่อมาแก้ไขโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 มาตรา 3 ยกเลิกความในมาตรา 93 เดิมและใช้มาตรา 93 ใหม่ให้มีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 500 คน ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวน 375 คน และสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อจำนวน 125 คน

2) **แก้ไขระบบการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง** เดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 94 ให้ใช้ระบบการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตรวมเบอร์ในแต่ละเขตเลือกตั้งจะมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนได้หลายคนโดยจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนในแต่ละเขตเลือกตั้งจะมีเท่าใด ให้คำนวณจากจำนวนราษฎรทั้งประเทศตามหลักฐานทางทะเบียนราษฎรที่ประกาศปีสุดท้ายก่อนปีที่มีการเลือกตั้งและหารด้วยจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง 400 คน จากนั้นให้นำจำนวนที่ได้คำนวณเป็นเกณฑ์ราษฎรต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 1 คน จังหวัดใดมีราษฎรไม่ถึงเกณฑ์จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง 1 คน ให้มีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง 1 คน จังหวัดที่มีจำนวนราษฎรเกินเกณฑ์จำนวนราษฎรต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง 1 คน ให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งเพิ่มเติมอีก 1 คน ทุกจำนวนราษฎรที่ถึงเกณฑ์ในกรณีเมื่อคำนวณครบทุกจังหวัดแล้วยังมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งไม่ครบ 400 คน ให้จังหวัดที่มีจำนวนราษฎรที่เหลือนมากที่สุดมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งเพิ่มอีก 1 คน และให้เพิ่มมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามวิธีนี้แก่จังหวัดที่มีจำนวนราษฎรที่มีเศษเหลือจากการคำนวณตามลำดับจนครบ 400 คน ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 มาตรา 3 ยกเลิกข้อความในมาตรา 94 เดิมและบัญญัติระบบการเลือกตั้งใหม่โดยใช้วิธีการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งเขตละ 1 คน การคำนวณเกณฑ์จำนวนราษฎรต่อสมาชิกหนึ่งคน ให้คำนวณจากจำนวนราษฎรทั้งประเทศตามหลักฐานการทะเบียนราษฎรที่ประกาศในปีสุดท้ายก่อนปีที่มีการเลือกตั้งเฉลี่ยด้วยจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามร้อยเจ็ดสิบห้าคนจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่แต่ละจังหวัดจะพึงมี ให้นำจำนวนราษฎรต่อสมาชิกหนึ่งคนที่คำนวณได้ตามวรรคสองมาเฉลี่ยจำนวนราษฎรในจังหวัดนั้น จังหวัดใดมีราษฎรไม่ถึงเกณฑ์จำนวนราษฎรต่อสมาชิกหนึ่งคนตามวรรคสอง ให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในจังหวัดนั้นได้หนึ่งคน จังหวัดใดมีราษฎรเกินเกณฑ์จำนวนราษฎรต่อสมาชิกหนึ่งคน ให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในจังหวัดนั้นเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคนทุกจำนวนราษฎรที่ถึงเกณฑ์จำนวนราษฎรต่อสมาชิกหนึ่งคนเมื่อได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของแต่ละจังหวัดตามวรรคสามแล้ว ถ้าจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรยังไม่ครบสามร้อยเจ็ดสิบห้าคน จังหวัดใดมีเศษที่เหลือจากการคำนวณตามวรรคสามมากที่สุด ให้จังหวัดนั้นมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งคน และให้เพิ่มสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามวิธีการดังกล่าวแก่จังหวัดที่มีเศษที่เหลือจากการคำนวณตามวรรคสามในลำดับรองลงมาตามลำดับจนครบจำนวนสามร้อยเจ็ดสิบห้าคน

3) **แก้ไขการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อ** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 95 ถึงมาตรา 98 ให้มีการเลือกตั้งแบบสัดส่วนโดยให้มีบัญชีรายชื่อที่

พรรคการเมืองจัดทำบัญชีรายชื่อตามเขตเลือกตั้งแต่ละเขต และให้แบ่งประเทศออกเป็นเขตเลือกตั้งทั้งหมด 8 เขตเลือกตั้ง และให้แต่ละเขตเลือกตั้งมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้จำนวน 80 คน พรรคการเมืองจะต้องส่งรายชื่อเขตเลือกตั้งที่สมัครรับเลือกตั้งให้ครบ 80 คน แต่จะส่งผู้สมัครครบทุกเขตเลือกตั้งหรือส่งผู้สมัครเพียงบางเขตเลือกตั้งก็ได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 ยกเลิกมาตรา 95 ถึงมาตรา 98 เดิม และบัญญัติมาตรา 95 ถึงมาตรา 98 ให้ใช้ข้อความใหม่แทน โดยให้มีการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อ โดยแต่ละพรรคการเมืองให้จัดทำบัญชีรายชื่อเดียวไม่เกินบัญชีละ 125 คน ให้ใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง

8.6.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554

แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 โดยเพิ่มข้อความให้มีกฎหมายกำหนดประเภท กรอบการเจรจาของหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ



บทที่ 4

วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย และประเทศไทย

1. วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญ

1.1 รูปแบบองค์ประกอบสภาร่างรัฐธรรมนูญ

1.1.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญอเมริกา สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เมืองฟิลาเดลเฟียของสหรัฐอเมริกาเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญต้นแบบที่ร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่เดิม 13 รัฐที่เคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ก่อนที่จะมีการประกาศแยกตัวเป็นเอกราชและรวมตัวเป็นสมาพันธรัฐ รัฐทั้ง 13 รัฐ เคยมีกฎบัตรใช้บังคับซึ่งเป็นรูปแบบที่ด้อยอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ เมื่อต่อมา 13 รัฐประกาศอิสรภาพเป็นเอกราชไม่ขึ้นต่อประเทศอังกฤษและรวมตัวกันเป็นสมาพันธรัฐ พร้อมจัดตั้งสภากรองเกรสแห่งทวีป แต่ละรัฐร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับภายในรัฐของตน เว้นแต่โรดไอส์แลนด์ และคอนเนคตัตต์ยังใช้กฎบัตรเดิม รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ 11 รัฐร่างโดยสภานิติบัญญัติ²¹³ ในขณะเวลานั้น ต้องถือว่าแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตน แม้ว่าการรวมตัวกันเป็นสมาพันธรัฐ แต่อำนาจของสมาพันธรัฐไม่มีอยู่เหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐ เห็นได้จาก สภากรองเกรสแห่งทวีปไม่สามารถบังคับรัฐทั้ง 13 หากรัฐทั้ง 13 ไม่ยินยอม การที่ 12 รัฐส่งตัวแทนเข้าประชุมที่ฟิลาเดลเฟียเพื่อแก้ไขปัญหเกี่ยวกับบทบัญญัติของสมาพันธรัฐเป็นความร่วมมือด้วยอำนาจของรัฐนั้น เมื่อที่ประชุมฟิลาเดลเฟียกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญฟิลาเดลเฟียเป็นเสมือนต้นกำเนิดของการร่างรัฐธรรมนูญโดยความยินยอมพร้อมใจกันของตัวแทนจากรัฐต่างๆ แม้ว่า มีปัญหาโต้แย้งกรณีอำนาจของตัวแทนจากรัฐต่างๆ ซึ่งมีได้รับมอบอำนาจโดยตรงให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จากเดิมที่สภากรองเกรสแห่งทวีปมีมติให้ส่งตัวแทนเพื่อเข้าร่วมเจรจาแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างรัฐ ปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ระหว่างรัฐ และการแก้ไขปัญหของการดำเนินงานของสภากรองเกรสแห่งทวีป แต่ด้วย

²¹³ สมบัติ จันทรวงศ์, *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 - 1800* หน้า 90

เทคนิคในการประชุมของเจมส์ เมดิสัน โดยการเสนอแผนเวอร์จิเนียต่อที่ประชุมฟิลาเดลเฟีย และโดยสภาพของแผนเวอร์จิเนีย เป็นการสร้างรัฐบาลใหม่ขึ้นแทนสภากรองเกรสแห่งทวีปและกำหนดรูปแบบของการใช้อำนาจแห่งรัฐใหม่

สิ่งที่น่าสนใจของสภาร่างรัฐธรรมนูญเมืองฟิลาเดลเฟีย นอกเหนือจากเรื่องอำนาจของรัฐแต่ละรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตน และข้อโต้แย้งของอำนาจสภาร่างรัฐธรรมนูญฟิลาเดลเฟีย ยังมีประเด็นว่า สภากรองเกรสแห่งทวีปมิได้กำหนดคุณสมบัติของตัวแทนของรัฐต่างๆ ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมได้รับเลือกโดยสภานิติบัญญัติของรัฐ ซึ่งมีความหลากหลายในหลายสาขาอาชีพ ถือเป็นบุคคลชั้นสูงของสังคม การรวมตัวกันเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญมิได้เกิดจากการเรียกร้องโดยชนชั้นล่างของสังคม แต่เป็นการเรียกร้องโดยชนชั้นสูงของสังคมที่มีปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับการดำเนินการทางด้านการค้า การแสวงหาผลประโยชน์ และมีได้เป็นสิ่งที่เกี่ยวกับการเรียกร้องเพื่อประกาศอิสรภาพเนื่องจากการประกาศอิสรภาพจากอังกฤษไปตั้งแต่วันที่ 4 กรกฎาคม 1776 แล้ว คุณสมบัติของบุคคลที่เข้าร่วมในการประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียจึงเป็นบุคคลที่รัฐต่างๆ ส่งมาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของรัฐ หากพิจารณาตามแนวความคิดในยุคศตวรรษที่ 18 ซึ่งกฎหมายธรรมชาติถูกนำมาใช้อ้างเพื่อจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยสามารถแสดงได้จากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 กล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติ และความเท่าเทียมกันของมนุษย์ซึ่งไม่อาจลบล้างได้ การปฏิเสธอำนาจการปกครองทรราช²¹⁴ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญฟิลาเดลเฟียล้วนแต่เป็นการเรียกร้องเพื่อปกป้องและรักษาผลประโยชน์ของชนชั้นสูง หาได้เกิดขึ้นโดยการปฏิวัติจากชนชั้นล่าง เช่น ในการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 นอกจากนี้ ยังพิจารณาจาก บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแต่แรกดั้งเดิมไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ กระทั่งเมื่อมีการเรียกร้องให้รับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญโดยฝ่าย Federalist และ Anti-Federalist จนต้องมีการประนีประนอมเพื่อให้ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญเสียก่อนแล้วจึงจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ²¹⁵ เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 ถึง 10 เรียกว่า Bill of Right

สำหรับประเด็นสัดส่วนของจำนวนบุคคลที่แต่ละรัฐได้ส่งเข้าร่วม สภากรองเกรสแห่งทวีปมิได้กำหนดจำนวนที่แน่นอน แต่ให้ทุกรัฐที่เข้าร่วมประชุมมีจำนวนเสียงเพียงหนึ่งเสียง ดังนั้นแม้ว่าจะมีตัวเข้าร่วมประชุมรวม 55 คน แต่จำนวนเสียงที่ประชุมทั้งหมดก็ถือว่าจำนวน 12

²¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2554 หน้า 64

²¹⁵ สมบัติ จันทรวงศ์ *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776 - 1800* หน้า 301

เสียง เนื่องจากรัฐ โรดไออร์แลนด์ไม่ได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมถือว่าเป็นความเท่าเทียมกันในฐานะที่รัฐต่างๆ มีอิสระและมีอำนาจอธิปไตยของตน

ประเด็นต่อมารัฐ โรดไออร์แลนด์แม้ไม่ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟีย แต่ก็ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่างโดยการให้สัตยาบัน ในแง่นี้อาจมองได้ว่ารัฐ โรดไออร์แลนด์เป็นหนึ่งใน 13 รัฐที่ประกาศแยกตัวออกเป็นอิสระจากประเทศอังกฤษพร้อมกับรัฐอื่นและเข้าร่วมก่อตั้งบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ การให้สัตยาบันของรัฐ โรดไออร์แลนด์ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจึงมีความเชื่อมโยงในฐานะที่เป็นรัฐหนึ่งในสิบสามมลรัฐที่เป็นสมาชิกของบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ

ในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งถือเป็นยุคแห่งปัญญา ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียล้วนเป็นบุคคลชั้นสูงผู้มีปัญญาและเป็นยุคแห่งการให้เหตุผล ในช่วงนั้นถือว่ามีบทความ หนังสือต่างๆ ที่เขียนโดยนักปรัชญาต่างๆ ออกมาเป็นจำนวนมาก เช่น อำนาจอธิปไตยไม่ใช่มาจากกษัตริย์ แต่มาจากประชาชนของการรวมตัวกันเป็นสังคม หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออร์ หลักสัญญาประชาคมของรูสโซ ฯลฯ ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียต่างก็มีความรู้เกี่ยวกับหลักปรัชญาต่างๆ ดังที่จะเห็นได้จากการวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญทั้งในช่วงระหว่างที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐบาลกลางกับอำนาจหน้าที่ของมลรัฐ และตัวแทนของรัฐที่ประชุมเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นหัวเรี่ยวแรงสำคัญในการเขียนบทความเพื่อสนับสนุนการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ และการต่อต้านการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งแสดงถึงสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่มีบทบาทสำคัญในการเรียกร้องต่อการให้สัตยาบันของร่างรัฐธรรมนูญและนำแนวความคิดปรัชญาของบุคคลสำคัญต่างๆ ในยุครุ่งเรืองแห่งปัญญามาใช้ประโยชน์จริงในการสร้างรูปแบบการปกครองแบบมหาชนรัฐและเป็นต้นแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญในปัจจุบันอันเป็นที่ยอมรับทั่วไป

ในทางปรัชญา การรวมตัวของตัวแทนจาก 13 รัฐ จะเปรียบเสมือนกับการทำสัญญาประชาคมร่วมกัน แม้ว่าทางข้อเท็จจริงจะเป็นกรณีการรวมตัวกันของตัวแทนเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องการค้าและผลประโยชน์ แต่การรวมตัวกันของรัฐ 13 รัฐ ก็เป็นการรวมตัวกันโดยความสมัครใจ และไม่มียกยัดบังคับว่ารัฐที่ไม่เข้าร่วมการประชุมจะต้องโดนบทลงโทษอย่างไร เช่นกรณีของโรดไออร์แลนด์ ที่ไม่เคยส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟีย แนวความคิดของ จอห์น ล็อก เรื่องการรวมกันของมนุษย์เป็นสัญญาประชาคมอาจอธิบายการรวมตัวกันของ 13 รัฐ ว่าเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัย เพราะเหตุที่ 13 รัฐต่างมองว่าการแยกกันอยู่อย่างป็นอิสระทั้ง 13 รัฐ อาจมีปัญหาข้อขัดแย้งกันเอง และด้วยความเท่าเทียมกันระหว่างรัฐ 13 รัฐ อาจก่อให้เกิดสงครามระหว่างรัฐขึ้น ส่วนจุดเริ่มต้นของอำนาจร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหากนำมาวิเคราะห์ถึงอำนาจ

ในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ในคำอธิบายของซีเอเยส ซึ่งแบ่งอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจที่ได้รับมาจากการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองออกจากกัน และถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุด แต่ลักษณะการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นการเริ่มต้นโดยการประชุมที่ไม่มีเหตุผลในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยตรง ตัวแทนที่เข้าประชุมมาจากรัฐต่างๆ เข้าประชุมเพื่อแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ ในขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญนี้อาจยังไม่สามารถที่จะนำแนวความคิดของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองมาอธิบาย จนกระทั่งมีการนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้สัตยาบัน จึงจะถือว่ารัฐต่างๆ ต่างหากที่เป็นผู้ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ คำอธิบายของ ศาตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ยังกล่าวถึงว่าซีเอเยส สังเกตรัฐธรรมนูญอเมริกันและนำมาอธิบายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²¹⁶

สภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงเสมือนเป็นต้นกำเนิดแห่งการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่ละรัฐส่งบุคคลที่เป็นคนชั้นสูงของสังคม ณ ขณะนั้นเพื่อเข้ารักษาผลประโยชน์ของรัฐ โดยไม่ได้เกิดจากการเรียกร้องของชนชั้นล่าง แต่ชนชั้นสูงของสังคม ณ ขณะนั้น ลักษณะของสภาร่างรัฐธรรมนูญมีรูปแบบของความเป็นสัญญาประชาคม ผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญในกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานั้นในคำอธิบายของนักกฎหมายกล่าวกันว่าราษฎรภายหลังการประกาศเอกราชเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่าการประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นใน ค.ศ. 1776 หลังจากนั้น ในหลายรัฐมีการเขียนรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับเองโดยสภานิติบัญญัติ จนกระทั่งใน ค.ศ. 1787 จึงมีการประชุมที่ฟิลาเดลเฟียเพื่อแก้ไขบทบัญญัติของสมาพันธรัฐแต่ ที่ประชุมกลับร่างรัฐธรรมนูญใหม่แล้วจึงนำไปให้สภาครองเกรสมิมิตส่งไปให้แต่ละรัฐให้สัตยาบัน ความน่าสงสัยจึงอยู่ที่ใครเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ เพราะการร่างรัฐธรรมนูญอเมริกาเกิดขึ้นโดยไม่ได้มีการตกลงกันล่วงหน้า ทั้งการประชุมที่ฟิลาเดลเฟียเป็นการประชุมลับ และการพิจารณาแผนของเจมส์ เมดินสันไม่มีใครทราบกันมาก่อนว่าจะเป็นการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การอธิบายว่าราษฎรในฐานะเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาอาจจะฟังขัดกับความเป็นจริง แต่คงต้องยอมรับว่าเมื่อร่างรัฐธรรมนูญถูกส่งไปให้สัตยาบัน การให้สัตยาบันนี้เองที่ประชาชนมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยมากที่สุดเพราะประชาชนเลือกที่ประชุมของรัฐเพื่อการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ หากจะอธิบายว่าการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเกิดจากความตกลงร่วมกันของรัฐต่างๆ ที่ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมที่ฟิลาเดลเฟีย และประชาชนเป็นผู้

²¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กฎหมายมหาชน วิชาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1 หน้า 66

สถาปนารัฐธรรมนูญให้เกิดขึ้นน่าจะเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและแนวคิดการจัดให้มีกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

1.1.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ปรากฏในภาคนิพนธ์นี้มีสมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) ที่เกิดขึ้นปีค.ศ. 1789 สภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 และสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4

การเกิดขึ้นของสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรกในฝรั่งเศสเกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 เมื่อฐานันดรที่สามถูกปฏิเสธการเข้าร่วมประชุมโดยฐานันดรพระและขุนนาง ฐานันดรที่สามจึงเริ่มประชุมด้วยตนเองและยืนยันถึงอำนาจของตนอันเป็นอำนาจที่ได้รับการเลือกมาจากประชาชน หากพิจารณาลักษณะของฐานันดรที่สาม จะเห็นว่า ฐานันดรที่สามเกิดขึ้น โดยประกอบไปด้วยตัวแทนจากชนชั้นกลางและล่างซึ่งรวมจากหลากหลายสาขาอาชีพ บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่ถูกเลือกจากประชาชนในแต่ละตำบล และผู้แทนแต่ละตำบลเลือกตัวแทนอีกชั้นหนึ่งเพื่อให้เข้าประชุมสภาฐานันดร ตัวแทนเหล่านี้เรียกได้ว่าเป็นตัวแทนที่เกิดขึ้นโดยประชาชนอย่างแท้จริง ความรู้สึกของตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมเป็นฐานันดรที่สามจึงมีความรู้สึกถึงอำนาจที่ได้รับเลือกมาจากประชาชน เมื่อฐานันดรพระและขุนนางไม่ยอมให้ประชุมร่วมกัน ความไม่พอใจของฐานันดรที่สามจึงเกิดขึ้น ในช่วงแรกจะเห็นว่า ฐานันดรที่สามมิได้ประสงค์ที่จะตั้งตนเองเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือมิได้คิดที่จะเปลี่ยนแปลงการปกครองแต่อย่างใด สิ่งที่ฐานันดรที่สามต้องการคือการเข้าร่วมประชุมเพื่อที่จะดำเนินการเรื่องเกี่ยวกับปัญหาทางภาษีตามที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เรียกให้ประชุม แต่จากความไม่พอใจในฐานันดรพระและขุนนางที่ต้องการให้ประชุมร่วมกันและให้คิดวิธีการลงคะแนนแบ่งตามประเภทแทนที่จะคิดแบบรายหัว ความไม่พอใจเหล่านี้ส่งผลให้ฐานันดรที่สามจึงมีการเรียกร้องให้ประชุมกันเอง ข้อสังเกตประการหนึ่ง จะเห็นว่าอำนาจของขุนนางและพระที่มีอำนาจพอที่จะต่อต้านอำนาจของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ฐานันดรพระและขุนนางปฏิเสธการเข้าร่วมประชุมกับฐานันดรที่สาม และโดยแท้ที่จริงแล้วพระและขุนเหล่านี้ก็เป็นผู้ที่ได้รับอภิสิทธิ์ในการไม่ต้องเสียภาษี ผู้ที่เสียภาษีที่แท้จริงคือพวกฐานันดรที่สาม คือ พวกชาวนา และพ่อค้า เมื่อเกิดการประชุมของฐานันดรที่สามซึ่ง โดยมีพระและขุนนางฝ่ายเสรีนิยมบางส่วนเข้าร่วมประชุมด้วยจึงพยายามที่จะแก้ไขปัญหาของความไม่เท่าเทียมกัน สิ่งที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงฐานันดรที่สามไปสู่ความเป็นสมัชชาแห่งชาติประการหนึ่งคือ ในยุคดังกล่าวเป็นยุคที่มีนักคิดนักปรัชญาทางการเมืองได้เขียนหนังสือที่มีอิทธิพลต่อความคิดทางการเมืองในแนวเสรีนิยมที่รับรองสิทธิของปัจเจกชน และหลักปรัชญาเหล่านี้ถูกถ่ายทอดให้รับรู้โดยทั่วกัน นอกจากนี้ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1787 เพิ่งร่างเสร็จ อิทธิพลแนวความคิดของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่รองรับเสรีภาพส่วนบุคคลจึงมีผลต่อการปฏิวัติฝรั่งเศสส่วนหนึ่ง

ด้วย ฐานันดรที่สามซึ่งได้รับแนวความคิดปรัชญาทางการเมืองจึงมีการยื่นยันถึงอำนาจของตนอันได้รับมาจากประชาชน แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นว่า ผู้ที่มีอิทธิพลและสำคัญมากคนหนึ่งคือ ซีเอเยส์ นักปรัชญาผู้สร้างทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แม้ซีเอเยส์จะได้รับแนวความคิดมาจากนักคิดรุ่นก่อนๆ เช่น จอห์น ล็อก แต่ซีเอเยส์ก็มีความเห็นในเรื่องอำนาจอธิปไตยที่แตกต่างออกไป ซีเอเยส์เขียนหนังสือที่สำคัญและมีผลต่อการปฏิวัติฝรั่งเศสคือหนังสือเรื่อง หนังสือ "ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์.." (Essai sur les privilèges ค.ศ. 1789) และ "อะไรคือสามัญชน?" (Qu'es-ce que le Tiers Etat? ค.ศ. 1789) หนังสือทั้งสองเล่มเป็นการยื่นยันอำนาจของสามัญชนและสามัญชนคือทุกสิ่งทุกอย่าง หนังสือเรื่องอะไรคือสามัญชนถูกเขียนขึ้นในเดือนมกราคมปี ค.ศ. 1789 ก่อนที่จะมีการปฏิวัติฝรั่งเศสในช่วงกลางปี ค.ศ. 1789 ซีเอเยส์เองก็เป็นสมาชิกในสภาฐานันดร แนวความคิดของซีเอเยส์จึงมีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวความคิดของผู้แทนในฐานันดรที่สาม และในที่สุด ฐานันดรที่สามจึงเปลี่ยนตัวเองจากฐานันดรที่สามเป็นสมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) ในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 และจะเห็นได้ว่าสิ่งแรกที่สมัชชาแห่งชาติกระทำคือการลงมติเกี่ยวกับภาษี โดยสมัชชาแห่งชาติลงมติว่าการเก็บภาษีจะต้องได้รับความยินยอมจากสมัชชาแห่งชาติเสียก่อน ซึ่งจะเห็นว่าความคิดของสมัชชาแห่งชาติประการแรกคือการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในการเก็บภาษี และสิ่งที่สมัชชาแห่งชาติคิดกระทำต่อไปคือการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้บังคับนั่นเอง

สำหรับสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 เกิดจากความไม่พอใจในการปกครองในระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญและนำพาฝรั่งเศสไปสู่ความหายนะ จุดเปลี่ยนที่สำคัญคือการที่เกิดการปฏิวัติในฝรั่งเศสขึ้นอีกในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1848 โดยพระเจ้าหลุยส์ฟิลิปส์สละราชบัลลังก์เพื่อให้พระนัดดาชื่อเคอต์แห่งปารีส (comte de paris) ขึ้นครองราชย์แทนแต่ประชาชนฝ่ายนิยมสาธารณรัฐไม่ยินยอม และมีการตั้งรัฐบาลชั่วคราวภายใต้การนำของลามาร์แตง (Lamartine) และมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 โดยมาจากการเลือกตั้งของประชาชน สาเหตุที่ต้องมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 เนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเป็นระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ เมื่อประชาชนเกิดความไม่พอใจต่อระบอบกษัตริย์และมีความพยายามที่จะยกเลิกระบอบกษัตริย์จึงต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และแนวคิดแบบดั้งเดิมตั้งแต่มีการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 คือ การยอมรับอำนาจของประชาชน เพียงแต่ถ้อยกันในทางทฤษฎีว่าอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นของชาติตามแนวความคิดของซีเอเยส์ ฉะนั้น สิ่งที่จะตอบสนองการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ได้ดีที่สุดคือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอันมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้แตกต่างจากสภาร่างรัฐธรรมนูญอันเกิดจากสมัชชาแห่งชาติ เพราะเป็นการเลือกตั้งเพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่สมัชชาแห่งชาติเป็นการเปลี่ยนสถานะตนเองจากฐานันดรที่สามกลายเป็นสมัชชาแห่งชาติและมีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญต่อมาใน

ภายหลัง ทั้งการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 เป็นการเลือกตั้งทางตรงโดยประชาชน แต่สมัชชาแห่งชาติเป็นการเลือกโดยมีการเลือกสองระดับตามที่กล่าวมาแล้ว ทั้งขณะที่มีการเลือกตั้งตัวแทนเพื่อเข้าร่วมประชุมสภานันดร ประชาชนยังไม่ได้คิดว่าจะเป็นการเลือกเพื่อไปร่างรัฐธรรมนูญ แต่การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ประชาชนทราบตั้งแต่ต้นแล้วว่าเป็นการเลือกเพื่อเข้าไปร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญเริ่มมาจากตัวแทนที่แบ่งเป็นเขตเลือกตั้งมีส่วนสำคัญตามจำนวนประชากร ข้อสังเกตคือ การมีผู้แทนจากอัลจีเรีย และรัฐอาณานิคมอื่นๆ ทำให้มีจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนมากถึง 900 คน สภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ร่างรัฐธรรมนูญและนำฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 2 แต่เป็นการปกครองในรูปแบบที่แตกต่างสาธารณรัฐที่ 1 เพราะเป็นการปกครองโดยมีประธานาธิบดีแทนกษัตริย์ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และมีสภาเดียว มีการแยกอำนาจกันเด็ดขาดระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารดังเช่นหลักการในรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 1

สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศฝรั่งเศสถูกยึดครองโดยเยอรมัน เมื่อเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ฝรั่งเศสถูกปลดปล่อยแล้ว รัฐบาลภายใต้การนำของพลเดอโกล (De Gaulle) เสนอให้ประชาชนลงประชามติ เพื่อขอความยินยอมให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการให้มีรัฐบาลชั่วคราว ในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้จึงเกิดขึ้นโดยความต้องการของประชาชน แตกต่างจากสภาร่างรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1789 ที่เกิดจากการปฏิวัติใหญ่และเปลี่ยนสถานะของการปฏิวัติโดยประชาชนเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ และแตกต่างจากสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ซึ่งไม่มีการขอให้ลงประชามติ แต่รัฐบาลชั่วคราวจัดให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ สาเหตุที่ไม่มีการลงประชามติอาจเป็นเพราะในช่วงสมัยสาธารณรัฐที่ 2 เป็นเพราะมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1848 เพื่อล้มล้างระบอบกษัตริย์เดิมและเปลี่ยนประมุขฝ่ายบริหารมาเป็นประธานาธิบดี เมื่อความต้องการส่วนใหญ่ของประชาชนเป็นเช่นนี้จึงไม่อาจที่จะใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญเดิมต่อไป แต่ในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ต่อเนื่องมาจากในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ฝรั่งเศสเองมีการปกครองโดยมีรูปแบบการปกครองระบอบประธานาธิบดีแล้ว เพียงแต่สมัยสาธารณรัฐที่ 3 มีปัญหาอันเนื่องมาจากความอ่อนแอของรัฐบาลชุดต่างๆ ความพ่ายแพ้ของฝรั่งเศสในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ถูกยึดครองโดยเยอรมัน หลังการปลดปล่อยแล้วจึงเกิดคำถามว่าจะทำอย่างไรต่อไป พลเดอโกล (De Gaulle) จึงตัดสินใจที่จะทำประชามติขอความเห็นชอบจากประชาชนเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ โดยอาศัยการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติเพื่อให้ความเห็นชอบว่าจะให้สภานิติบัญญัติเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ และยังมีการประชามติเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญชั่วคราวในการลงประชามติในคราวเดียวกัน การลงประชามติจึงมีผลสองประการ ประการแรกเป็นการยินยอมให้

มีการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกเลือกตั้ง และประการที่สองเป็นการยินยอมให้มีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญชั่วคราว ข้อสังเกตที่น่าสนใจคือ การลงประชามติเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการลงประชามติในคราวเดียวกับที่เลือกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงมีผลว่าผู้ที่ถูกเลือกไปเป็นตัวแทนในสภานิติบัญญัติแห่งชาติคือสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีได้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญต่างหากจากสภานิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในการลงประชามติใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวมีผลบังคับว่าหากสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญไม่เสร็จภายในเวลาที่กำหนด หรือหากร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วนำไปให้ประชาชนลงประชามติแล้ว ประชาชนไม่เห็นชอบกับรัฐธรรมนูญใหม่ ให้มีการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่แทนชุดเดิม และปรากฏต่อมาว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกที่ถูกเลือกเมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วนำไปให้ประชาชนลงประชามติ ผลการลงประชามติปรากฏว่าประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งส่วนใหญ่ไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ จึงมีผลทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกสิ้นสุดลงและต้องมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2 ร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 จึงได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง แต่หากพิจารณาองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งก็จะเห็นว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรก และสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่สองมิได้มีความแตกต่างกันมากนัก สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกเลือกเข้าไปเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญก็คือสมาชิกพรรคการเมืองเดิมที่เคยถูกเลือกตั้งเข้าไปตั้งแต่ครั้งแรก โดยส่วนใหญ่ยังคงเป็นพรรคการเมืองใหญ่ในฝรั่งเศส ได้แก่ พรรครีพับลิกัน พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส และพรรคสังคมนิยม เพียงแต่มีความแตกต่างกันในรูปแบบของร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น

1.1.3 วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในขณะที่อินเดียยังคงอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ ถือว่าเป็นความพยายามเรียกร้องของอินเดียที่จะให้อังกฤษปลดปล่อยอินเดียให้เป็นอิสระจากอังกฤษ องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเกิดขึ้นจากความเห็นของคณะกรรมการ Cabinet Mission ที่อังกฤษส่งมายังอินเดียเพื่อวางแผนการปลดปล่อยอินเดียให้เป็นอิสระ คณะกรรมการ Cabinet Mission เห็นว่าอินเดียมีรูปแบบการปกครองที่ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ 2 ลักษณะคือ การปกครองในรัฐที่อังกฤษส่งอุปราชเข้าไปปกครองโดยตรง (British India) กับรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครรัฐเป็นผู้ปกครองแต่ยังอยู่ภายใต้การดูแลของอังกฤษ (India Princely States) นอกจากนี้ ในรัฐที่อังกฤษส่งอุปราชเข้าไปปกครองโดยตรงยังมีการแบ่งเป็นรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นชาวมุสลิม กับรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นชาวฮินดู การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียจึงคำนึงถึงสัดส่วนของรัฐต่างๆ เป็นสำคัญ ในแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission จะเห็นชัดเจนว่า องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดสัดส่วนของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยคำนึงถึงความ

แตกต่างทางศาสนาระหว่างรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นชาวมุสลิมกับรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นชาวฮินดู และยังคงคำนึงถึงสัดส่วนของรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครส่วนหนึ่ง

ความแตกต่างและความหลากหลายในความเชื่อทางศาสนาของอินเดียมีส่วนสำคัญต่อการจัดองค์ประกอบของสภาาร่างรัฐธรรมนูญ และในขณะที่มีการจัดสัดส่วนขององค์ประกอบของสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญ ในอินเดียมีการแบ่งกลุ่มทางการเมืองออกเป็นสองกลุ่มอย่างชัดเจนที่มีแนวความคิดแตกต่างกัน เดิมทีพรรคกรรมาเกรสที่เป็นพรรคการเมืองที่จัดตั้งตามคำเรียกร้องของอินเดียและเป็นพรรคการเมืองที่พยายามเรียกร้องเอกราชให้แก่อินเดียมาโดยตลอด แต่พรรคกรรมาเกรสส่วนใหญ่มีสมาชิกเป็นชาวฮินดู ซึ่งต่อมาเมื่อกลุ่มมุสลิมเห็นว่าพรรคกรรมาเกรสไม่รักษาผลประโยชน์ของกลุ่มมุสลิม กลุ่มมุสลิมจึงรวมตัวตั้งกลุ่มมุสลิมสันนิบาตขึ้นเพื่อพยายามเรียกร้องที่จะให้แยกรัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นมุสลิมเป็นประเทศขึ้นใหม่

แผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission จัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าให้ประชาชนอินเดียเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม ผู้ที่เลือกตั้งสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญคือสภานิติบัญญัติของรัฐ มีสัดส่วนตามจำนวนประชากรที่มีในรัฐและเพื่อให้ได้รับการยอมรับจากทุกรัฐที่อยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษจึงต้องให้ทุกรัฐมีส่วนร่วม ในขณะที่การเมืองภายในของอินเดียเองก็ยังมีความขัดแย้งระหว่างพรรคกรรมาเกรสกับกลุ่มสันนิบาตมุสลิม การต่อสู้ระหว่างพรรคกรรมาเกรสกับกลุ่มสันนิบาตมุสลิมเพื่อให้ได้ที่นั่งในสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งต่อมาพรรคกรรมาเกรสได้จำนวนที่นั่งมากกว่าในสภาาร่างรัฐธรรมนูญ และในขณะที่ยังไม่ทันลงมือร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นกลุ่มมุสลิมก็ปฏิเสธการประชุมสภาาร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่ครั้งแรก และเมื่อการเรียกร้องให้รัฐที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นมุสลิมแยกตัวเป็นประเทศใหม่สำเร็จตามพระราชบัญญัติการให้เอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 สมาชิกกลุ่มมุสลิมจึงแยกไปตั้งเป็นสภาาร่างรัฐธรรมนูญของปากีสถาน ส่วนสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญที่เหลืออีกจำนวน 299 คน ก็ยังคงดำเนินการเป็นสภาาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียต่อไป

การที่อังกฤษเป็นผู้จัดให้อินเดียมีสภาาร่างรัฐธรรมนูญ แสดงว่าอำนาจเริ่มต้นในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญอินเดียเป็นอำนาจที่มาจากภายนอกรัฐ ในขณะที่อินเดียถูกปกครองโดยอังกฤษ อินเดียไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยด้วยตนเอง การเรียกร้องของชาวอินเดียเป็นเพียงเหตุผลหนึ่งที่อังกฤษจะปลดปล่อยอินเดียจากการปกครองของอังกฤษ ดังจะเห็นจาก พระราชบัญญัติการให้เอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 ซึ่งกำหนดให้อินเดียจะต้องมีรัฐธรรมนูญเสียก่อนที่จะได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์ และระหว่างนั้น อังกฤษจะส่งข้าหลวงใหญ่เข้าไปดูแลความเรียบร้อยในอินเดีย ข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ อังกฤษพยายามที่จะให้อินเดียเป็นสหพันธรัฐ ดังจะเห็นจาก

พระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1935 ยกเลิกการแบ่งอินเดียออกเป็น 2 ส่วน และให้รวม British India และ India Status รวมเป็นสหพันธรัฐอินเดีย Federation of India เมื่ออังกฤษให้เอกราชแก่อินเดีย อินเดียกลับมีแนวความคิดต้องการที่จะให้อินเดียเป็นหนึ่งเดียวและมีสภาพการปกครองเป็นสาธารณรัฐ การใช้อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญของอังกฤษต่ออินเดีย อังกฤษไม่ได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมร่างรัฐธรรมนูญ อังกฤษเพียงตรากฎหมายกำหนดว่าอินเดียจะได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว โดยทางข้อเท็จจริง ในช่วงเวลาดังกล่าว อังกฤษประสบปัญหาภายในอินเดียอย่างมาก รวมถึงเหตุการณ์นองเลือดระหว่างกลุ่มมุสลิมและชาวฮินดูจากความต้องการที่จะแบ่งแยกประเทศของชาวมุสลิมเป็นประเทศปากีสถานในกรณีวัน Direct Action Day และเป็นส่วนหนึ่งของสาเหตุที่อังกฤษไม่สามารถปกครองอินเดียได้อีกต่อไป อังกฤษจึงปลดปล่อยอินเดียให้เป็นเอกราช ซึ่งการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้แก่อินเดีย ประกอบด้วยตัวแทนจากรัฐต่างๆ ที่เคยอยู่ในการปกครองของอังกฤษ ดังนั้น หากจะกล่าวกันตามจริง อังกฤษเกือบจะไม่มีบทบาทใดเลยในการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย อังกฤษเพียงตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้อินเดียเท่านั้น การร่างรัฐธรรมนูญและการประกาศใช้บังคับเป็นเรื่องของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย อำนาจภายนอกที่รัฐให้รัฐธรรมนูญแก่อินเดียจึงแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับประเทศที่แพ้สงคราม เช่น กรณีของประเทศญี่ปุ่นเมื่อแพ้สงคราม ฝ่ายสัมพันธมิตร โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา มีบทบาทต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ซึ่งนายพล Douglas MacArthur แต่งตั้งคณะกรรมการชาวอเมริกัน 25 คน ร่างรัฐธรรมนูญให้แก่ประเทศญี่ปุ่น²¹⁷ และถูกเรียกต่อมาว่ารัฐธรรมนูญฉบับ MacArthur

สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย แม้เกิดขึ้นโดยแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission ในช่วงที่อินเดียเป็นอาณานิคมของอังกฤษ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญยังอยู่ต่อมาแม้จนกระทั่งในเวลาที่ยุโรปได้รับเอกราชจากอังกฤษและดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญจนประกาศใช้บังคับในท้ายที่สุด แสดงว่าอินเดียเองยอมรับสภาร่างรัฐธรรมนูญที่อังกฤษจัดตั้งให้ นอกจากนี้ การที่อินเดียถูกปกครองโดยอังกฤษเป็นเวลานานอิทธิพลของอังกฤษที่มีต่ออินเดียจึงผ่านมายังคนอินเดียจำนวนหนึ่ง และคนอินเดียบางส่วนไปศึกษาในอังกฤษ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียส่วนหนึ่งจึงได้รับการศึกษามาจากอังกฤษและมีความรู้ความเชี่ยวชาญในการร่างรัฐธรรมนูญตามแบบสากลนิยม ทั้งในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้รับแนวความคิดมาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแบบสากลแม้ว่าจะยังไม่มีทางเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เพราะประชาชนในประเทศอินเดียมีจำนวนมาก สาเหตุหนึ่งที่ทำให้สภานิติบัญญัติของรัฐเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญน่าจะเป็นเพราะว่ามีความรวดเร็วในการเลือกตั้ง หากให้ประชาชนชาวอินเดีย

²¹⁷ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร นิติบรรณาการ 2523 หน้า 53

เป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ อินเดียอาจไม่มีความพร้อม เพราะจะใช้ระยะเวลาในการจัดการเลือกตั้ง อินเดียต้องการที่จะได้รับเอกราชจากอังกฤษให้เร็วที่สุด และยังมีเรื่องค่าใช้จ่ายอีกเป็นจำนวนมาก เพราะอินเดียเองมีจำนวนประชากรมาก การจัดการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไปจึงต้องมีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก การให้สถานิติบัญญัติแห่งรัฐเป็นผู้เลือกตัวแทนเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีความเหมาะสมกว่าการให้ประชาชนเลือกโดยตรง

แผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission ที่กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมาจากการเลือกตั้งของสถานิติบัญญัติของรัฐ มีลักษณะคล้ายสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในค.ศ. 1787 ซึ่งมีตัวแทนจากรัฐต่างๆ 13 รัฐ นอกจากนี้ ปฏิกิริยาไม่ได้ว่าประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบของประเทศประชาธิปไตยประเทศหนึ่งในโลก แนวความคิดในการปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงตกทอดมายังอินเดีย หลักสัญญาประชาคมของโทมัส ฮอป และรูสโซ ย่อมมีอิทธิพลต่อแนวคิดการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จะต้องให้การร่างรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด แต่หากมองในทฤษฎีของซีเอเยส์กรณิทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองว่ามีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง นำมาอธิบายกับการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียก็จะเห็นว่า อังกฤษเองไม่ได้ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองให้แก่อินเดีย อังกฤษเป็นเพียงผู้จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้แก่อินเดีย องค์กรทางการเมืองของอินเดียเกิดขึ้นในการร่างรัฐธรรมนูญของอินเดีย แต่ด้วยผลจากการปกครองของอังกฤษที่มีต่ออินเดียเป็นเวลานาน และการจัดแบ่งส่วนการปกครองที่อังกฤษดำเนินการต่ออินเดียก็ย่อมมีผลต่อการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย²¹⁸ แต่จะกล่าวโดยสรุปว่า อังกฤษเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองให้แก่อินเดียก็อาจจะไม่สามารถกล่าวได้อย่างชัดเจนด้วยเหตุที่อังกฤษไม่ใช่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญให้แก่อินเดีย อังกฤษไม่ได้กำหนดเสียด้วยว่ารัฐธรรมนูญอินเดียจะมีหลักการที่สำคัญ หรือมีการปกครองในรูปแบบใด ดังนั้น อาจอธิบายตามแนวความคิดของซีเอเยส์กรณิทฤษฎีของอินเดียว่าอำนาจสูงสุดในทางการเมืองที่เกิดขึ้นในสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการรวมกันของแต่ละรัฐเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย หรืออาจจะกล่าวได้อย่างมากที่สุดว่าอังกฤษเป็นเพียงผู้จัดให้อินเดียมีรัฐธรรมนูญ แต่การร่างรัฐธรรมนูญ การก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอย่างไร และการทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับอย่างไร เป็นกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย

²¹⁸ ดูพระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1935

1.1.4 วิเคราะห์สภาร่างรัฐธรรมนูญไทย ประเทศไทยมีการร่างรัฐธรรมนูญโดย สภาร่างรัฐธรรมนูญ 3 ครั้ง สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นใน พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นใน พ.ศ. 2539 และสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นใน พ.ศ. 2549

1) **สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491** มาจากการเลือกตั้งของรัฐสภา ภายหลังจากการทำรัฐประหารและมีการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 โดยรัฐสภาเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภา ประชาชนทั่วไปมิได้เลือกตัวแทนเพื่อเข้าไปเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่าทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการร่างรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของรัฐสภาล้วนๆ แม้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 2 จะบัญญัติไว้ชัดเจนว่าอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งหมดจะเห็นว่า ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่แท้จริงคือรัฐสภา แม้ว่าในชั้นของคณะกรรมการการก่อนการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2491 จะมีข้อเสนอของรัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ เพื่อให้รัฐสภาพิจารณา โดยรวมถึงข้อเสนอเกี่ยวกับการให้อำนาจประชาชนในการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภาก็เลือกที่จะใช้วิธีการให้รัฐสภาเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 มาตรา 95ทวิ และ มาตรา 95ตรี บัญญัติวิธีการได้มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีสัดส่วนจากนักการเมืองซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทน 10 คน สมาชิกวุฒิสภา 10 คน และผู้สมัครที่ไม่ใช่สมาชิกสภาผู้แทนและวุฒิสภา ซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดอีก 20 คน แม้ว่าสัดส่วนของบุคคลภายนอกจะมีมากกว่าสมาชิกที่มาจากสัดส่วนของสภาผู้แทนและวุฒิสภา แต่ก็ยังเป็นอำนาจของรัฐสภาในการเลือกตั้ง ในแง่มุมนี้ ถือว่ารัฐสภามีส่วนได้เสียโดยตรง องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญยังเกี่ยวข้องกับนักการเมืองโดยตรง เพราะมีการบัญญัติให้รัฐสภาเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา นอกจากนี้ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ไม่มีสัดส่วนที่ระบุว่าเป็นสัดส่วนจากผู้เชี่ยวชาญเช่นสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภา และอำนาจในการวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภา สภาทางการเมืองในขณะนั้น ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่ยังไม่มีความรู้เกี่ยวกับทางด้านประชาธิปไตยที่เพียงพอต่อการเรียกร้องสิทธิต่างๆ การดำเนินการทางการเมืองของประชาชนยังไม่ปรากฏชัดเจน การเมืองยังคงเป็นเรื่องของการช่วงชิงอำนาจกันระหว่างทหารกับข้าราชการประจำกลุ่มหนึ่งเท่านั้น การที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่ปรากฏ

ว่ามีการคัดค้านในอำนาจของรัฐสภาจากภาคประชาชน นอกจากนี้ในขณะนั้นยังไม่มีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของรัฐสภา จึงทำให้ไม่มีช่องทางที่จะตรวจสอบการทำงานหรืออำนาจของรัฐสภา ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการทำรัฐประหารและเป็นรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างประสงค์ที่จะให้ใช้เป็นฉบับชั่วคราวเพื่อรอการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นความต้องการที่จะให้มีรัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่มาจากรัฐประหาร

ดังนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 จึงขาดความเป็นสัญญาประชาคมของประชาชนเพราะสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเลือกตั้งโดยรัฐสภา มิได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน หากจะกล่าวว่ารัฐสภามาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนเพียง 40 คน และยังคงบังคับให้เลือกจากนักการเมืองส่วนหนึ่ง การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา ในขณะที่ประชาชนเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2490 ในวันที่ 29 มกราคม 2491 ประชาชนยังไม่รู้ว่าจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่อย่างไร เพราะไม่มีการเขียนเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2490 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 จึงไม่อาจถือว่าเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคมจากตัวแทนของประชาชน โดยแท้จริง อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญในกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 เมื่อสืบค้นไปถึงต้นเหตุแห่งการมีรัฐธรรมนูญก็กล่าวได้ว่าเป็นเพราะมีการรัฐประหาร และคณะรัฐประหารเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 แม้เขียนรัฐธรรมนูญว่าให้อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่อำนาจที่แท้จริงในรัฐธรรมนูญกลับอยู่ที่รัฐสภา และด้วยรัฐธรรมนูญที่ออกโดยคณะรัฐประหารเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว รัฐสภาจึงออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 พิจารณาข้อหานี้แล้วจะเห็นว่า ผู้จัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สืบเนื่องมาจากอำนาจของคณะรัฐประหาร คณะรัฐประหารจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้จัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับต่อมา

2) สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ผลของความพยายามในการปฏิรูปการเมืองที่เรียกชื่อมาโดยตลอดตั้งแต่หลังการรัฐประหารในสมัยรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ โดยพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ การปฏิรูปการเมืองมีการเรียกร้องให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ในช่วงเวลาดังกล่าวมีข้อเสนอของนักวิชาการต่างๆ เช่น คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย ข้อเสนอของ

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เรื่องการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปการเมือง ข้อเสนอของคณะกรรมการเพื่อการปฏิรูปการเมือง ปัญหาของการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงมีหลายข้อเสนอนี้จะพิจารณา ข้อเสนอของคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตยมีการเสนอให้ตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ ข้อเสนอของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการพิเศษเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ ข้อเสนอของคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง เสนอให้มีการตั้งคณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ข้อเสนอส่วนใหญ่จะเป็นรูปของคณะกรรมการทั้งหมด มิได้มีการเสนอในรูปของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เลือกตั้งโดยประชาชน แต่ต่อมาเมื่อมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในยุคของรัฐบาลนายบรรหาร ศิลปอาชา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีลักษณะเสนอให้ตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในการพิจารณาวาระที่สองของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรรมการกลับมีการแก้ไขให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจากประชาชนทั่วประเทศจังหวัดละ 1 คน และมีสัดส่วนของผู้เชี่ยวชาญ 23 คน แต่ในชั้นพิจารณาของรัฐสภากลับปรากฏว่ารัฐสภาให้คณะกรรมการแก้ไขให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทางอ้อมโดยให้รัฐสภามีอำนาจในการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ นับว่าเป็นสิ่งที่น่าเสียดายเป็นอย่างมากที่รัฐสภายังหวงอำนาจในการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ รูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2539 ที่เป็นผลจากการรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 จึงปรากฏออกมาในลักษณะที่ให้ประชาชนสมัครเข้าเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและให้อำนาจรัฐสภาในการคัดเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยมีสัดส่วนของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประเภทผู้เชี่ยวชาญ แต่อย่างไรก็ตาม สภาร่างรัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2539 ยังมีความก้าวหน้ากว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2491 เพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ไม่มีสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนและวุฒิสภาซึ่งถือเป็นตัวแทนโดยตรงของนักการเมือง แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 มีเพียงตัวแทนประเภทผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการคัดเลือกโดยสถาบันอุดมศึกษาในลักษณะการทำบัญชีรายชื่อมาขึ้นหนึ่งก่อนแล้วต่อมานำบัญชีรายชื่อดังกล่าวมาให้รัฐสภาเป็นผู้เลือก แม้ว่าจะมีกระแสข่าวว่ามีโศรรายชื่อที่รัฐบาลต้องการที่จะให้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่เมื่อรัฐสภาเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งที่ไม่เป็นไปตามโศรรายชื่อของรัฐบาลซึ่งหากพิจารณาจากจำนวนผู้ที่มาสมัครเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั่วประเทศมีถึงจำนวน 19,355 คน และสัดส่วนจำนวนสถาบันอุดมศึกษาที่ส่งรายชื่อให้กับรัฐสภามีสถาบันอุดมศึกษา 30 แห่ง และมีรายชื่อถึง 279 รายชื่อ แสดงว่ามีประชาชนจำนวนมากที่ให้ความสนใจต่อการร่างรัฐธรรมนูญและสถาบันอุดมศึกษาได้ให้ความร่วมมือต่อการร่างรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง สะท้อนถึงความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ที่ต้องการจะปฏิรูปการเมือง สภาพของการเมืองในขณะที่มีการ

แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นช่วงที่เพิ่งผ่านพ้นเหตุการณ์ พฤษภาทมิฬ การเมืองในภาคประชาชนเริ่มที่จะแสดงออกผ่านทางกรรมาชนุมุมประท้วงเรียกร้องให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เหตุเพราะรัฐธรรมนูญที่ใช้ในขณะนั้นคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการสืบทอดอำนาจของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) การบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีไม่ต้องมาจากการเลือกตั้ง ทำให้พลเอกสุจินดา คราประยูร ถูกเสนอชื่อให้เป็นนายกรัฐมนตรีสร้างความไม่พอใจอย่างมากแก่ประชาชนทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพลเอกสุจินดา คราประยูร ลาออกจากราชการ นายกรัฐมนตรีคนต่อไปคือนายอานันท์ ปันยารชุน ซึ่งเป็นคนภายนอกที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งเหมือนกัน ในประเด็นนี้อาจมองได้ว่าเป็นเรื่องความพอใจในตัวบุคคลมากกว่าที่จะไม่พอใจในรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นที่ทราบกันว่า นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อเป็นตัวแทนของบุคคลที่เป็นกลางและมีความน่าเชื่อถือในทางสังคมเป็นอย่างสูง กระแสของการเรียกร้องให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อการปฏิรูปการเมืองยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องจากภาคนักวิชาการ และประชาชนทั่วไป ในขณะนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภา ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ข้อเสนอในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ของนักวิชาการหรือคณะกรรมการที่ตั้งโดยรัฐสภาส่วนใหญ่คือการตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญใหม่แห่งชาติ ยังไม่มีการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็มาจากการร่างของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในสมัยที่ใช้รัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน แต่เป็นอำนาจของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติในการแต่งตั้งเสนอชื่อบุคคลให้เป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงไม่ใช่รัฐธรรมนูญที่มาจากอำนาจประชาชนอย่างแท้จริง ประชาชนไม่มีอำนาจในการให้สัตยาบันรับรองรัฐธรรมนูญดังกล่าว การที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อาจมองได้ว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2539 ที่มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แม้ว่าต้นกำเนิดมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนแต่ก็ดูเสมือนคล้ายกับว่าจะคืนอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญให้กับประชาชน

การวิเคราะห์ถึงอำนาจการจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่กล่าวมาแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เป็นผลของความพยายามเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมือง กระทั่งนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2534 เพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก้าวแรกของการวิเคราะห์จึงเริ่มที่อำนาจของรัฐสภา เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่รัฐสภามีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 กำหนด ดังนั้น ต้องพิจารณาต่อไปถึงอำนาจที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ทั้งยังมีประเด็นอีกว่า การที่รัฐสภาใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่นั้น เป็นความชอบธรรมของรัฐสภาหรือไม่ ผู้เขียนขอออกไปวิเคราะห์ในหัวข้ออำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในหัวข้อนี้ขอกว่าถึงเฉพาะอำนาจที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อจะวิเคราะห์อำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็ต้องย้อนกลับไปถึงต้นกำเนิดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จะเห็นว่ามาจากการร่างของสภานิติบัญญัติในสมัยที่ใช้ธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อันเป็นกฎหมายที่มาจากคำสั่งของคณะรัฐประหาร การจึงย้อนกลับไป ณ จุดเริ่มต้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของคณะรัฐประหาร

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เกิดขึ้นและใช้บังคับจึงก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบการเมืองทั้งหมด แต่เป็นการเกิดขึ้นเพราะอำนาจของคณะรัฐประหาร ดังนั้น การเกิดขึ้นโดยอำนาจของคณะรัฐประหารไม่อาจเรียกได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมของคนในชาติ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีผลเป็นกฎหมายสูงสุดและกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทยอย่างไรก็ตาม ก็เป็นเพียงแคในวาทกรรมที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะจุดเริ่มต้นของรัฐธรรมนูญมิได้ส่วนเกี่ยวข้องกับประชาชน ประชาชนมิได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการกำหนดกติกา หรือการให้การรับรองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 การจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 จึงเป็นผลสืบเนื่องมาจากการมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้บังคับและรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 กำหนด

นอกจากนี้ ตัวสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ยังขาดความเชื่อมโยงกับประชาชน แม้จะให้ประชาชนสมัครเข้าไปเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 แต่อำนาจบทบาทของรัฐสภายังสามารถที่จะเป็นผู้เลือกที่แท้จริงว่าจะเลือกผู้ใดเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 หากจะมองว่าการให้ประชาชนแต่ละจังหวัดสมัครเข้าเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้เสมือนเป็นตัวแทนจากแต่ละจังหวัดทำนองว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคมก็ดูจะห่างไกลจากความหมายของสัญญาประชาคมตามหลักการของโทมัส ฮอป หรือรูสโซ เป็นอย่างยิ่ง สัญญาประชาคมตามหลักการดังกล่าวนี้หมายถึงการยินยอมร่วมกันเป็นสังคมโดยความสมัคร

และสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติเพื่อเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของสังคม แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ต้องถูกคัดเลือกโดยรัฐสภาในอีกชั้นหนึ่งต่างหาก

หากจะมองในแง่เปรียบเทียบกับกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟียของสหรัฐอเมริกา หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย ซึ่งเหมือนกันในกรณีว่าให้สภานิติบัญญัติของรัฐเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ จะเห็นความแตกต่างว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟีย และสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมาจากตัวแทนแต่ละรัฐ สภานิติบัญญัติแต่ละรัฐส่งตัวแทนเข้าร่วมเป็นที่ประชุมเพียงส่วนเดียวของที่ประชุมทั้งหมด กล่าวคือแต่ละรัฐหรืออำนาจนิติบัญญัติมีเพียงส่วนหนึ่งของที่ประชุมทั้งหมด แต่กรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 สภานิติบัญญัติของรัฐหรือที่เรียกว่ารัฐสภาไทยนั้น มีอำนาจคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด ไม่ใช่เพียงแค่ส่วนเดียวของสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด ความแตกต่างนี้จึงเป็นข้อสำคัญที่จะอธิบายว่า ทำไมสภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟีย และสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียแม้ว่าจะมีการเลือกโดยสภานิติบัญญัติของรัฐแต่มีความเป็นสัญญาประชาคมมากกว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ของไทย

3) สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหาร มีความแตกต่างจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ในแง่กระบวนการแต่งตั้งและกระบวนการอำนาจหน้าที่ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เกิดขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เดิมที่มีใช้บังคับแล้ว ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีกระบวนการแต่งตั้งซึ่งเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นภายหลังการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

การวิเคราะห์ถึงที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ไม่ซับซ้อนอันเนื่องมาจาก เมื่อคณะรัฐประหารทำการยึดอำนาจได้สำเร็จ คณะรัฐประหารจึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และคณะรัฐประหารใน พ.ศ. 2549 ใช้อำนาจในฐานะรัฐาธิปัตย์จัดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งบัญญัติกระบวนการและที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญและรวมไปถึงอำนาจหน้าที่ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีกระบวนการแต่งตั้งจากสมาชิกแห่งชาติจำนวน 2,000 คน โดยผู้เลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติก็คือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) ที่แปรสภาพมาจากผู้ที่ทำรัฐประหาร การที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติกำหนดให้มีการเลือกสมาชิกแห่งชาติ แม้ว่าจะมีความรวดเร็วกว่าการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยประชาชนโดยตรง และ

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติพยายามที่จะให้สมาชิกแห่งชาติมีจำนวนที่หลากหลายจากหลายสาขาอาชีพและมีจำนวนมากถึง 2,000 คน แต่อำนาจในการกำหนดตัวบุคคลที่เป็นสมาชิกแห่งชาติ ตั้งแต่เริ่มแรกก็เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ นอกจากนี้ แม้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจะพยายามทำให้ดูเหมือนว่าสมาชิกแห่งชาติมีอิสระในการดำเนินงาน โดยการเลือกกันเองให้เหลือเพียง 200 คน แต่ก็ยังถูกควบคุมโดยวิธีการที่กำหนดว่าหากสมาชิกแห่งชาติไม่อาจเลือกกันเองให้เหลือเพียง 200 คน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีอำนาจในการเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ 100 คน เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทันที และแม้ว่าสมาชิกสมาชิกแห่งชาติสามารถที่จะเลือกกันเองให้เหลือเพียง 200 คน ก็ยังต้องทำเป็นบัญชีรายชื่อเพื่อส่งให้แก่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเลือกให้เหลือเพียง 100 คน ด้วยกระบวนการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่กล่าวมา จึงเห็นได้ว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีอำนาจที่จะกำหนดตัวบุคคลที่จะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ตัวสภาร่างรัฐธรรมนูญที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้เลือกจึงขาดความเชื่อมโยงกับประชาชนอย่างแท้จริง ไม่อาจกล่าวได้โดยที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นตัวแทนของประชาชนเป็นแต่เพียงผู้ที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้กำหนดขึ้น ปัญหาข้อนี้จึงเป็นประเด็นหนึ่งที่มีการอ้างต่อมาว่ารัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย และยังคงมีการเรียกร้องให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทน

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ในแง่ของหลักการทางปรัชญาแล้วไม่อาจถือว่าเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญตามหลักสากล เพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญตามหลักสากลเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน อาจจะเป็นการเลือกตั้งทางอ้อมโดยสภานิติบัญญัติเป็นผู้เลือก หรือการเลือกตั้งโดยตรง เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เมืองฟิลาเดลเฟีย มาจากตัวแทนที่สภานิติบัญญัติแห่งรัฐเป็นผู้เลือก สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีสภานิติบัญญัติแห่งรัฐเป็นผู้เลือก สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่มาจากสภานันดรและกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ (National Constituent Assembly) มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทางอ้อม

กล่าวโดยสรุปว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539, และ พ.ศ. 2549 ไม่ใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ แม้ว่าในประเทศไทยจะปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยมาเป็นเวลาหลายสิบปี ซึ่งถือว่าอำนาจธิปไตยเป็นของประชาชนแต่อำนาจในการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดก็ยังคงไม่เคยอยู่ในมือของประชาชนอย่างแท้จริง

สภาorangรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีตัวแทนที่เป็นบุคคลชนชั้นสูงทางสังคมในยุคนั้น และเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีการศึกษาที่ดีพอสมควร ส่วนสภาorangรัฐธรรมนูญอินเดียตัวแทนที่ประชุมเป็นสภาorangรัฐธรรมนูญเป็นบุคคลที่ถูกเลือกโดยสภานิติบัญญัติของรัฐ ดังนั้น จึงเป็นตัวแทนที่มีความรู้มีการศึกษาที่ดีในระดับหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นข้อดีประการหนึ่งของการเลือกตั้งสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติ เพราะสภานิติบัญญัติจะกลั่นกรองบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในระดับหนึ่งเพื่อเข้าเป็นสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญ การเลือกตั้งสภาorangรัฐธรรมนูญในประเทศไทยจึงคงได้รับแนวความคิดประการดังกล่าวมาว่า หากให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญโดยตรง ประชาชนอาจเลือกตั้งสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญที่ขาดความรู้ความสามารถในการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญในประเทศไทยจะถูกกลั่นกรองโดยรัฐสภาหรือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) ส่งผลให้สภาorangรัฐธรรมนูญไทยขาดความเป็นประชาธิปไตย และไม่ใช่อำนาจรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคมร่วมกัน ไม่มีความชอบธรรมในการใช้อำนาจเพื่อร่างรัฐธรรมนูญ

สภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 มีสัดส่วนตัวแทนที่มาจากนักการเมืองทั้งสมาชิกสภาผู้แทนและวุฒิสภา แต่ในสภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 และสภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามสำหรับสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญคือต้องไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาหรือไม่เป็นข้าราชการการเมืองอื่น นอกจากนี้สภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ได้เพิ่มสมาชิกสภาorangรัฐธรรมนูญประเภทผู้เชี่ยวชาญเข้าไปโดยเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ เช่น ด้านกฎหมายมหาชน ด้านรัฐศาสตร์ ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน

สภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เกิดขึ้นโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เดิม ส่วนสภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เกิดจากการรัฐประหารและเขียนรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวใช้บังคับ และในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมีการบัญญัติวิธีการจัดตั้งสภาorangรัฐธรรมนูญและการร่างรัฐธรรมนูญ

หากนำวิธีการตั้งสภาorangรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, พ.ศ. 2539 และ พ.ศ. 2549 เปรียบเทียบกับกรณีการจัดตั้งสภาorangรัฐธรรมนูญ โดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 291 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ประเด็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 สามารถแก้ไขโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่

ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าเป็นอำนาจของประชาชน โดยมิได้พิจารณาถึงการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าประชาชนเป็นผู้ให้สัตยาบันแก้ร่างรัฐธรรมนูญให้มีผลใช้บังคับ ซึ่งเป็นขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญควรจะพิจารณาไปถึงอำนาจในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเสียแต่ต้น เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจร่างรัฐธรรมนูญ

1.2 กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ

1.2.1 วิเคราะห์กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ฟิลาเดลเฟีย มีกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่เริ่มโดยการพิจารณาข้อเสนอของรัฐนิวเจอร์ซีย์ ซึ่งภายใต้สถานการณ์ที่ยังไม่มีต้นแบบของรัฐธรรมนูญ มีเพียงรูปแบบการปกครองที่ได้ถูกนำมาใช้ในรัฐต่างๆ และแนวคิดปรัชญาการปกครองของนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงต่างๆ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงเริ่ม โดยการออกแบบรูปแบบการปกครองที่คิดขึ้นใหม่ภายใต้บรรยากาศที่ต้องการทำให้รัฐต่างๆ รวมกันเป็นหนึ่งเดียว เพื่อความมั่นคง ไม่มีระบบกษัตริย์ มีแต่การปกครองโดยประชาชนด้วยกันเอง แผนของเวอร์จิเนียจึงคาดหมายได้ถึงภาพความสะอาดของแนวคิดปรัชญาหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การถกเถียงถึงแผนของรัฐเวอร์จิเนียนำไปสู่ข้อสรุปต่างๆ การประชุมที่ดำเนินการอย่างเป็นทางการสามารถที่จะทำให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญสามารถอภิปรายข้อถกเถียงต่างๆ ได้อย่างอิสระ และเมื่อมีการนำแผนของรัฐนิวเจอร์ซีย์ซึ่งเป็นข้อเสนอของรัฐเล็กมาอภิปราย ก็ปรากฏชัดถึงความขัดแย้งระหว่างรัฐเล็กและรัฐใหญ่ที่ต้องการรักษาผลประโยชน์ของตนในสภาร่างรัฐธรรมนูญ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญจึงเปรียบเสมือนการต่อรองผลประโยชน์ระหว่างรัฐใหญ่กับรัฐเล็ก และนำมาสู่ข้อตกลงที่เรียกว่า การประนีประนอมอันยิ่งใหญ่ ซึ่งเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนและสมาชิกวุฒิสภา เมื่อมีการอภิปรายในหลักการให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญรับหลักการใหญ่แล้ว ในส่วนรายละเอียดจึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียด กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญอเมริกามีข้อพิจารณาอย่างหนึ่งว่า หลักการสำคัญได้มีการถกเถียงกันในสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่ก็ไม่ใช่ทั้งหมด เพราะหลักการบางอย่างที่สำคัญระหว่างการอำนาจของรัฐบาลกลางและอำนาจของมลรัฐไม่มีการถกเถียงกันในสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดเป็นผู้กำหนดลงไป และคณะกรรมการร่างก็ไม่มีสัดส่วนที่มาจากทุกรัฐ มีเพียงกรรมการเพียง 6 คน เท่านั้น แสดงว่าหลักการในรัฐธรรมนูญบางประการ

ถูกเขียนขึ้นโดยไม่ได้มีการอภิปรายในสภาร่างรัฐธรรมนูญ เช่น หลักการออกกฎหมายที่ใช้คำว่า “ในกรณีจำเป็นและเหมาะสม”

สิ่งที่น่าสนใจในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของอเมริกายังมีการเขียนอารัมภบทของรัฐธรรมนูญที่แสดงถึงที่ไปที่มาของอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญอันมาจากประชาชน แสดงถึงแนวคิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและทำให้รัฐธรรมนูญอเมริกาเป็นต้นแบบที่กล่าวกันว่าเป็นการนำเอาหลักการอันเป็นปรัชญามาใช้ได้จริง แต่ผู้ที่เขียนอารัมภบทไม่ใช่คณะกรรมการว่าด้วยรายละเอียดในการยกร่าง ผู้ที่เขียนอารัมภบทคือคณะกรรมการในส่วนเกี่ยวกับรูปแบบของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำและภาษา และก็เป็นที่น่าสนใจว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาใช้ถ้อยคำที่เรียบง่ายและชัดเจนและเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเพียง 7 มาตราเท่านั้น

ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีผู้ลงนามเพียง 39 คน จากผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมด 55 คน นอกจากนี้ยังมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญบางส่วนที่ปฏิเสธการลงนามด้วยเหตุผลที่ไม่เห็นด้วยกับรัฐธรรมนูญ แต่ตัวแทนเพียง 39 คนก็เพียงพอที่จะถือว่าเป็นเสียงข้างมากของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญใหม่เสนอต่อสภากรองเกรส

1.2.2 วิเคราะห์กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เนื่องจากภาคินพนธ์นี้มีการกล่าวถึงสภาร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 สภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 และสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งมีสภาร่างรัฐธรรมนูญถึง 2 ชุด การวิเคราะห์กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญจึงกล่าวเพียงการสรุปความเท่านั้น

ในสมัยสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1789 หรือที่เรียกว่าสมัชชาแห่งชาติซึ่งเกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสและเป็นครั้งแรกที่ประเทศฝรั่งเศสมีการร่างรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่งานที่ง่ายนัก วิธีการร่างรัฐธรรมนูญถูกถกเถียงกันในที่ประชุมของสมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) เกี่ยวกับรูปแบบการปกครองใหม่ที่กษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ สถานการณ์ในขณะนั้นเป็นช่วงที่มีความตื่นตัวทางการเมืองเป็นอย่างสูง สมัชชาแห่งชาติไม่อาจที่จะตั้งคณะกรรมการเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำมาให้สมัชชาแห่งชาติลงมติ แม้จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแต่เป็นเพียงผู้ที่ต้องทำตามความเห็นของสมัชชาแห่งชาติ การร่างรัฐธรรมนูญมีการถกเถียงกันในที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติ แล้วจึงมอบหมายให้คณะกรรมการไปดำเนินการยกร่างตามที่สมัชชามีความเห็น ซึ่งจะเห็นว่ากว่าจะมีการลงมติในประเด็นต่างๆ ด้วยความที่สมัชชาแห่งชาติประกอบด้วยตัวแทนบุคคลที่เป็นสมาชิกจำนวนมาก การอภิปราย การถกเถียงย่อมเป็นไปได้โดยลำช้า ข้อถกเถียงที่สำคัญคือ การลงมติว่าจะให้

ใช้ระบอบรัฐสภาแบบสภาเดี่ยว หรือสภาคู่ อำนาจในการยับยั้งกฎหมายของกษัตริย์ การเจรจาในเรื่องอำนาจของกษัตริย์ที่จะมีในรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาดังกล่าวซึ่งเป็นช่วงที่ความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองมีอิทธิพลอย่างสูง จึงมีการนำแนวคิดของนักปรัชญาต่างๆ มาเป็นหลักในการร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งหลักสัญญาประชาคม หลักอำนาจธิปไตยเป็นของชาติ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการเลือกตั้งผู้แทนโดยระบบการจ่ายภาษี การร่างรัฐธรรมนูญโดยสมัชชาแห่งชาติยังได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาและรูปแบบรัฐสภาจากประเทศอังกฤษ มีการถกเถียงกันในที่ประชุมถึงรูปแบบการปกครองทั้งของสหรัฐอเมริกา และของประเทศอังกฤษ แต่ส่วนใหญ่เห็นด้วยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบประเทศสหรัฐอเมริกา สาเหตุน่าจะมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบประธานาธิบดี และเพิ่งประกาศแยกตัวออกจากระบอบกษัตริย์จากประเทศอังกฤษ สมาชิกสมัชชาแห่งชาติคนสำคัญคนหนึ่งคือ Marquis de Lafayette เป็นผู้ที่เคยไปสงครามประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในสมัยนั้นประเทศฝรั่งเศสเองเป็นผู้สนับสนุนประเทศสหรัฐอเมริกาในการทำสงครามต่อสู้กับอังกฤษ Marquis de Lafayette เห็นว่าควรใช้การปกครองในรูปแบบทั้งจากประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ การอภิปรายถกเถียงกันในสมัชชาแห่งชาติจึงเป็นการนำเอาแนวคิดของนักปรัชญาต่างๆ มาอภิปรายเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าสมัชชาแห่งชาติเกิดขึ้นตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1789 แต่การร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จในวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 สองปีภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส

การร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 มีการยอมรับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในรูปแบบการปกครองระบอบสาธารณรัฐซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากการปฏิวัติในเดือนกุมภาพันธ์ปี ค.ศ. 1848 โดยร่างรัฐธรรมนูญยังคงยืนยันในหลักการ "ความเสมอภาค เสรีภาพ และภราดรภาพ" คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแม้ว่าจะเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการปฏิวัติเพื่อล้มระบอบกษัตริย์ แต่ก็มีภารกิจในการร่างรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายที่นิยมระบอบการปกครองแบบสาธารณรัฐ และบางส่วนปรากฏว่าเป็นฝ่ายที่นิยมกษัตริย์ก็ยังคงปรากฏอยู่ในคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเช่นกัน คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นบุคคลที่มีชื่อคือ Alexis de Tocqueville, Victor Consid, Anthyme Corbon คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 1848 โดยร่างรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่รับรองสิทธิและเสรีภาพ การพูด การนับถือศาสนา และรวมไปถึงสิทธิในการทำงาน แต่ภายหลังจากที่มีการก่อจลาจลของคณากร สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงเพิ่มถ้อยคำอื่นอีก คือ ครอบคร้ว การทำงาน ทรัพย์สิน แทนคำว่า "สิทธิในการทำงาน" และจำกัดหน้าที่ของรัฐในการที่จะให้การช่วยเหลือผู้ไร้แรงงาน ส่วนหลักการสำคัญในระบอบประชาธิปไตยยังคงมีไว้เหมือนเดิม มีการยกเลิกชนชั้นและความเป็นทาส ระบุให้

ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่จะแบ่งแยกมิได้ กำหนดไว้ชัดเจนโดยให้รัฐบาลถูกจัดตั้งโดยอำนาจอธิปไตยที่มาจากประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร รวมถึงประธานาธิบดี จะได้รับการเลือกตั้งโดยเป็นการเลือกตั้งทั่วไป ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งคือผู้ชายทุกคนอายุเกิน 21 ปีขึ้นไป อำนาจบริหารมีการถกเถียงกันในเดือนตุลาคมปี ค.ศ. 1848 รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 เป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับแนวคิดมาจากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ Alexis de Tocqueville ผู้ที่นิยมการปกครองแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยแบบประเทศสหรัฐอเมริกา การร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ไม่มีการนำรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ แต่ให้อำนาจสภาร่างรัฐธรรมนูญในการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ เพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนตัวแทนจากประชาชนที่ได้รับมอบอำนาจมาโดยตรง

สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 การร่างรัฐธรรมนูญในยุคสาธารณรัฐที่ 4 มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญถึง 2 ครั้ง เนื่องจาก การกำหนดวิธีการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งให้อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 7 เดือน แล้วต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีเฉพาะการเตรียมร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนลงประชามติ สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงถึงความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ และสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จและนำไปให้ประชาชนลงประชามติ แต่ผลปรากฏว่าประชาชนไม่เห็นชอบด้วยจึงต้องให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในครั้งที่ 2 การร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 สภาร่างรัฐธรรมนูญพยายามที่จะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ที่ทำให้รัฐสภามีอำนาจมากเกินไปจนควบคุมฝ่ายบริหาร และทำให้รัฐบาลไม่สามารถตัดสินใจเรื่องที่สำคัญได้ส่งผลให้ฝรั่งเศสไม่อาจที่จะต้านทานพวกนาซีเยอรมันทันการณ์ ทั้งสมาชิกในสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นตัวแทนที่มาจากพรรคการเมืองใหญ่ 3 พรรค คือ พรรครีพับลิกัน พรรคคอมมิวนิสต์ และพรรคสังคมนิยม ข้อถกเถียงที่สำคัญคือ รูปแบบของรัฐสภา อำนาจของฝ่ายบริหารคือประธานาธิบดี ความแตกต่างระหว่างร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 และสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 คือ ร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 รัฐสภามีสภาเดียวคือ สภานิติบัญญัติ ไม่มีวุฒิสภาหรือสภาสูง แต่มีสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ (Le Conseil Economique) และสภาที่ปรึกษาสหภาพฝรั่งเศส (Le Conseil de l'Union française) แทนวุฒิสภาฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 ประกอบด้วยสองสภา คือ สภานิติบัญญัติ และสภาสูง (Le Conseil de la République) สภานิติบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย สภาสูงทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมาย อำนาจบริหารอยู่ที่ประธานาธิบดี และประธานคณะรัฐมนตรี แม้ว่าจะแตกต่างกันบ้างในเรื่องรูปแบบรัฐสภา แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ก็เป็นชุดเดิมทั้งสองชุด การร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็น

เสมือนเพียงการประนีประนอมในสภาร่างรัฐธรรมนูญระหว่างพรรคการเมือง แต่ข้อสังเกตประการหนึ่งจะเห็นได้ว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ไม่มีอำนาจที่จะประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญเสียทีเดียว จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ ดังนั้น อำนาจสุดท้ายจึงอยู่ที่ประชาชน

1.2.3 วิเคราะห์กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีความยุ่งยากในการร่างรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่เริ่มแรกเพราะในช่วงเวลาที่มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อินเดียเองยังไม่ได้รับเอกราชอย่างสมบูรณ์จากอังกฤษ ปัญหาภายในของอินเดียยังมีการพยายามแบ่งแยกภาคีสถานออกเป็นอีกประเทศหนึ่ง เมื่อมีการประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญสมาชิกที่เป็นมุสลิมส่วนใหญ่จึงไม่เข้าร่วมประชุม แต่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญก็มีคงดำเนินการต่อไป

สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเริ่ม โดยการพิจารณากรอบหลักการสำคัญ เนื่องจากอินเดียไม่เคยมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับมาก่อน การร่างรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาจากรูปแบบของแนวคิดตามหลักสากล นำเอาหลักการจากหลายประเทศมาผสมผสานเป็นรัฐธรรมนูญอินเดีย วิธีการดำเนินงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีการตั้งคณะกรรมการหลายส่วน โดยคณะกรรมการต่างๆ ต้องทำรายงานเสนอหลักการที่สำคัญแก่สภาร่างรัฐธรรมนูญ ข้อดีคือสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียซึ่งแม้ว่ามีจำนวนมากถึง 299 คน แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการจำนวนมากในหลักการของรัฐธรรมนูญต่างประเทศและนำมาถกเถียงอภิปรายเพื่อกำหนดกรอบการร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการที่มีความสำคัญคือคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้จะเห็นว่า คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญอินเดียมีคณะกรรมการเพียง 7 คนเท่านั้น การยกร่างรัฐธรรมนูญจะมีที่ปรึกษาในการยกร่างรัฐธรรมนูญและนำร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างตามกรอบที่สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดมาพิจารณา จากนั้นก็นำกลับไปให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาอีกครั้ง ในช่วงของการอภิปรายโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญประชาชนยังสามารถที่จะแสดงความคิดเห็นได้ตลอด การอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญใช้ระยะเวลายาวนานถึง 2 ปี ทำให้รัฐธรรมนูญอินเดียมีความละเอียดรอบคอบมาก แต่ก็ทำให้รัฐธรรมนูญอินเดียมีความยืดหยุ่นมากที่สุดในโลก

1.2.4 วิเคราะห์กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญไทย สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 มีจำนวนเพียง 40 คน มีที่มาจากรัฐสภาเป็นผู้เลือก มีการกำหนดระยะเวลาในการร่างรัฐธรรมนูญคือ 180 วันนับแต่วันได้รับการเลือกตั้ง การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงดำเนินไปค่อนข้างรวดเร็ว กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญใช้เวลา 5 เดือนเศษ รูปแบบขั้นตอนการทำงานมีลักษณะของการนำหลักการรัฐธรรมนูญต่างประเทศมาพิจารณาและกำหนดหลักการสำคัญ แล้วตั้งคณะกรรมการยก

ร่างรัฐธรรมนูญ การที่สภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนน้อยอาจมีผลต่อการทำให้สามารถร่างรัฐธรรมนูญได้อย่างรวดเร็ว และการประชุมเพื่อกำหนดหลักการสำคัญ คณะกรรมาธิการนำเสนอหลักการที่สำคัญทั้งหมด 36 หัวข้อ แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาได้เพียง 34 หัวข้อ และสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มอบหมายให้คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญนำไปดำเนินการ การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการเปิดเผยการประชุมและให้ประชาชนเสนอความคิดเห็นต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่เป็นที่น่าสนใจว่า การแสดงความคิดเห็นของประชาชนมีค่อนข้างน้อย ส่วนมากคณะกรรมาธิการรับฟังความคิดเห็นจะรวบรวมความคิดเห็นจากหน้าหนังสือพิมพ์ แสดงถึงความสนใจของประชาชนที่มีต่อการร่างรัฐธรรมนูญมีค่อนข้างน้อย เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วต้องนำไปให้รัฐสภาพิจารณา รัฐสภามีอำนาจในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม แสดงว่าอำนาจในขั้นตอนสุดท้ายยังอยู่ที่รัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 จึงเปรียบเสมือนเป็นเพียงเครื่องมือการทำงานของรัฐสภาในการร่างรัฐธรรมนูญ ถ้าพิจารณาก็จะเห็นว่า รัฐสภาแต่งตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประชาชนไม่มีอำนาจในการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสัดส่วนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญยังมีที่มาจากสมาชิกสภาผู้แทนและวุฒิสภาเป็นจำนวนครึ่งหนึ่งของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 "ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงอย่างเต็มที่"

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 กระบวนการทำงานที่มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างกว้างขวาง เนื่องจากสภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากความต้องการของประชาชนที่ต้องการให้มีการปฏิรูปการเมืองและประชาชนต้องการรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย กระบวนการทำงานจึงมีคณะกรรมาธิการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในทุกจังหวัด สภาร่างรัฐธรรมนูญมีระยะเวลาถึง 240 วันในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญในช่วงนี้ค่อนข้างได้รับความสนใจจากประชาชนเป็นอย่างมาก ช่วงการปฏิรูปการเมืองนี้มีข้อเสนอของประชาชนเป็นจำนวนมากในการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนทั่วประเทศ และถือว่าการร่างรัฐธรรมนูญที่เปลี่ยนโฉมการเมืองไทย มีการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นในรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกแล้ว มีการนำร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกไปทำประชาพิจารณ์ก่อนที่จะนำกลับมาพิจารณาในวาระที่ 2 การแปรญัตติ เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ แต่การทำประชาพิจารณ์เป็นเพียงการให้ความเห็นหรือการแสดงความคิดเห็นเท่านั้น เพราะเมื่อทำประชา

พิจารณาแล้วขั้นต่อไปก็ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาในชั้นแปรญัตติในวาระที่ 2 ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ การแปรญัตตินี้มีผู้เสนอขอแปรญัตติเป็นจำนวนมาก มีการเสนอขอแก้ไข รวมทั้งสิ้นถึง 305 มาตรา และเมื่อแปรญัตติแล้วร่างรัฐธรรมนูญเหลือเพียง 336 มาตรา จากร่างเดิมทั้งหมด 339 มาตรา เมื่อพิจารณาในวาระที่ 3 สภาร่างรัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบถึง 92 เสียงถือว่าเป็นจำนวนที่เกินเสียงข้างมากจนเกือบเป็นเอกฉันท์และไม่มีเสียงที่ไม่ให้ความเห็นชอบเลย มีแต่ผู้ที่ยังคัดค้าน 4 เสียง และไม่มาร่วมประชุม 3 คน เมื่อร่างรัฐธรรมนูญมีการพิจารณาเสร็จสิ้นจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะนำเข้าสู่การทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับซึ่งจะกล่าวต่อไป อาจกล่าวได้ว่าขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 อยู่ในการจับจ้องมองของสังคมอย่างกว้างขวาง

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีระยะเวลาในการร่างรัฐธรรมนูญ 180 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาครั้งแรก ประเด็นที่น่าสนใจในการร่างรัฐธรรมนูญคือการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แตกต่างจากการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ซึ่งมีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 25 บัญญัติให้มีคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 35 คน และกำหนดสัดส่วนของกรรมการออกเป็นสองประเภทคือ เป็นกรรมการที่มาจากการแต่งตั้งของสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 25 คน และกรรมการที่มาจากกรรมการแต่งตั้งตามคำแนะนำของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอีกจำนวน 10 คน ซึ่งหมายความว่า คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติสามารถเสนอชื่อบุคคลจำนวน 10 คนเป็นกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ประเด็นนี้ถือว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติยังคงต้องการสงวนอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญไว้กับบุคคลที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติพึงประสงค์เป็นการแทรกแซงอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนการแต่งตั้งคณะกรรมการอื่นยังคงเป็นอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ การดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีการตั้งคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจำนวนมาก โดยแบ่งออกเป็นคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในภาคต่างๆ วิธีการร่างรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นที่มาของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามกรอบหลักการที่สภาร่างรัฐธรรมนูญกำหนดทั้งยังมีการนำรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ที่เคยใช้บังคับแล้วมาพิจารณา อีกหลักการ 10 ประการ เช่น ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบรัฐสภา ประเทศไทยปกครองด้วยระบบนิติรัฐ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ

หน้าที่ เสรีภาพ ความเสมอภาค การมีส่วนร่วมของประชาชนและอำนาจของชุมชนย่อมได้รับการคุ้มครอง เป็นต้น จะเห็นได้ว่าวิธีการร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการยกร่างไม่ว่าจะเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 จะมีลักษณะที่คล้ายกันคือ ใช้วิธีการที่มีการกำหนดหลักการกรอบการร่างรัฐธรรมนูญโดยหลักการใหญ่ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาจากนั้นจึงเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการยกร่าง ในขั้นนี้ของคณะกรรมการยกร่างนี้เองที่ เป็นผู้เขียนถ้อยคำรายละเอียดเป็นร่างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเดินทางไปรับฟังความคิดเห็นจากองค์กรต่างๆ และจากประชาชนทั่วประเทศ การรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนเป็นเสมือนการสำรวจความต้องการที่แท้จริงของประชาชนโดยตรง นอกจากนี้ยังมีการรับฟังความคิดเห็นผ่านทางเว็บไซต์ของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญอีก อาจถือได้ว่าการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนมากที่สุดที่เคยมีการร่างรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาคือแม้จะมีการรับฟังความคิดเห็นเป็นจำนวนมาก แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ก็มาจากการแต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติซึ่งเป็นผู้ที่ทำการรัฐประหาร อันมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบธรรมของที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญยังมีสัดส่วนจากบุคคลที่ถูกเสนอชื่อจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจำนวนถึง 10 คน จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 จะมีความเป็นอิสระที่จะสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีแทรกแซง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 กำหนดขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญว่าเมื่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วให้ทำคำชี้แจงว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พร้อมเหตุผลในการแก้ไขไปยังสภาร่างรัฐธรรมนูญ องค์กร และบุคคลที่กำหนดเพื่อพิจารณาเสนอความเห็น การที่กำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อให้การร่างรัฐธรรมนูญมีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับรัฐธรรมนูญและมีความสำคัญต่อการใช้บังคับรัฐธรรมนูญต่อไปในอนาคตมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นแม้ว่าจะไม่ได้เข้าร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่งคือ เหตุใดจึงต้องให้นำร่างรัฐธรรมนูญใหม่เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อาจพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีการปฏิรูปการเมืองอย่างมาก องค์กรอิสระต่างๆ มีการจัดตั้งขึ้นโดยไม่เคยมีมาก่อน มีการแยกระบบศาล และมีระบบการตรวจสอบการใช้

อำนาจรัฐที่นำหลักการจากต่างประเทศมาใช้โดยปรับปรุงให้เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กลับเดินทางมาถึงทางตันจนมีการทำรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน 2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีความทันสมัยและเป็นประชาธิปไตยที่พอสมควร แต่ในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยก็ยังมีรัฐธรรมนูญฉบับอื่นที่มีความเป็นประชาธิปไตยเช่นกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แต่การที่กำหนดให้มีการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาเปรียบเทียบกับร่างรัฐธรรมนูญใหม่นั้นน่าจะเป็นเพราะความนิยมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากสภาร่างรัฐธรรมนูญอันมีที่มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐสภาไม่ใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญอันเกิดขึ้นจากการทำรัฐประหารสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจึงให้นำร่างรัฐธรรมนูญใหม่มารับเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพื่อให้เห็นข้อดีข้อเสียว่าทำไมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมีปัญหาในการบังคับใช้ซึ่งที่เห็นชัดเจนก็คืออำนาจของฝ่ายบริหารที่มีมากเกินไปจนฝ่ายค้านไม่อาจตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล และทำให้เกิดสิ่งที่เรียกว่าเผด็จการทางรัฐสภา

การให้เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการแปรญัตติในวาระที่ 2 ของสภาร่างรัฐธรรมนูญจะทำให้การแปรญัตติเป็นไปตามความเห็นของประชาชนส่วนใหญ่ที่มีต่อร่างรัฐธรรมนูญ มีข้อสังเกตประการหนึ่งในชั้นแปรญัตติ กล่าวคือสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เว้นแต่มาตราที่มีการขอแปรญัตติที่ภายในเวลาที่กำหนด และหากสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ หรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าเห็นชอบด้วย แสดงว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะถ่วงดุลอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถ้าพิจารณาขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้นก็เห็นว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งมีที่มาจากบุคคลที่เสนอชื่อ โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และเมื่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการร่างเสร็จแล้ว ก็ให้ทำคำชี้แจงไปยังสภาร่างรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นๆ ที่กำหนด ซึ่งไม่ปรากฏว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญจะสามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมสิ่งใดก่อนที่จะส่งร่างรัฐธรรมนูญให้องค์กรต่างๆ ที่กำหนดและเผยแพร่แก่ประชาชนทั่วไป ทั้งเมื่อครบกำหนดการยื่นขอแปรญัตติ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจที่จะทำรายงานการแก้ไขหรือไม่แก้ไขเพิ่มเติมตามที่ขอแปรญัตตินำเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันในการพิจารณาเฉพาะที่ขอแปรญัตติตามที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเสนอ คณะกรรมการ

ยกร่างรัฐธรรมนูญจึงมีส่วนสำคัญมากในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ว่าจะมีการกำหนดว่าหากสภาร่างรัฐธรรมนูญจะแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราอื่นใดโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแต่ก็ต้องมีเสียงของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสามในห้าเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติม ถือว่าเป็นจำนวนเสียงข้างมากถึง 60 เสียงในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยไม่ต้องให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบ แต่อย่างที่ทราบกันว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 100 คน ก็มาจากการแต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ วิธีการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 จึงเห็นชัดว่าอยู่ในความควบคุมของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมาตลอดตั้งแต่การแต่งตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ การแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ วิธีการในการขอแปรญัตติในการร่างรัฐธรรมนูญ จำนวนเสียงของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จะแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญต้องเป็นเสียงข้างมากถึงสามในห้าของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

1.3 การให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ

1.3.1 วิเคราะห์การมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีผลบังคับใช้โดยร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 7 บัญญัติให้ที่ประชุมของรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน และสภากรองเกรสแห่งทวีปเองก็มีมติให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้ที่ประชุมของแต่ละรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน ซึ่งที่ประชุมของรัฐมีการจัดให้อภิปรายร่างรัฐธรรมนูญเสียก่อน การให้ที่ประชุมของรัฐให้สัตยาบันเป็นเสมือนการลงประชามติแต่เป็นการลงประชามติโดยทางอ้อม ประชาชนชาวอเมริกัน ไม่ได้มีส่วนในการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบโดยตรง แต่จะผ่านทางที่ประชุมของรัฐที่ประชุมของรัฐอาจเป็นผู้ที่เลือกขึ้นมาใหม่หรือเป็นสภานิติบัญญัติของรัฐนั้น การอภิปรายถกเถียงกันก่อนที่จะให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญทำให้เห็นถึงข้อดีข้อเสียต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม้อาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมสิ่งใดเพราะถือว่าร่างรัฐธรรมนูญได้รับรองโดยสภากรองเกรสแห่งทวีปแล้ว ข้อถกเถียงที่สำคัญของร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคือการไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ และเป็นเหตุผลที่ทำให้ฝ่ายที่คัดค้านให้การสัตยาบันหยาบยกขึ้นมาเป็นประเด็นที่ต่อสู้ จนฝ่ายสนับสนุนในการให้สัตยาบันออกคำสัญญาว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพภายหลังการให้สัตยาบัน ประเด็นต่อมาคือการให้สัตยาบันในแต่ละรัฐไม่ได้กำหนดไว้ในวันเดียวกันแต่เป็นอำนาจของแต่ละรัฐที่จะกำหนด จะเห็นว่า การให้สัตยาบันในช่วงแรกๆ จะเป็นรัฐเล็กๆ ให้สัตยาบันก่อน ส่วนรัฐใหญ่อย่างนิวยอร์กหรือนิวเจอร์ซีย์ เป็นผู้ให้สัตยาบันในภายหลัง วิธีการให้สัตยาบันในร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนกับการลงประชามติแต่การลงประชามติโดยส่วนใหญ่จะกำหนดเป็นวันเดียวกัน แต่การให้สัตยาบัน

กลับกลายเป็นการให้สัตยาบันตามอิสระของแต่ละรัฐ แต่ผลในทางหลักการมีผลเหมือนกันก็คือถือว่าเป็นการทำสัญญาประชาคมร่วมกัน

1.3.2 วิเคราะห์การมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791 เป็นการร่างโดยสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) ในสมัยที่เพิ่งเกิดการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แต่เป็นการเปลี่ยนแปลงจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อิทธิพลของกษัตริย์ยังคงหลงเหลืออยู่ จะเห็นได้จากการร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1791 ในการประชุมสมัชชาแห่งชาติในฐานะที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีการเจรจาต่อรองเรื่องอำนาจของกษัตริย์ที่จะมีอยู่ในรัฐธรรมนูญ แม้สมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) จะลงมติในเรื่องหลักการตัวบทบัญญัติแล้ว แต่รัฐธรรมนูญก็ยังคงเป็นเสมือนข้อตกลงระหว่างกษัตริย์กับสมัชชาแห่งชาติ ความมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791 แม้จะเกิดจากการที่ประชาชนปฏิวัติ และถือกันทางทฤษฎีว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แต่การมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญยังมีการเจรจาต่อรองกันระหว่างสมัชชาแห่งชาติกับอำนาจของกษัตริย์ แต่ก็จะเป็นที่เห็นได้ค่อนข้างชัดเจนว่า อำนาจของสมัชชาแห่งชาติมีอยู่มากเหนือกษัตริย์

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน และเป็นต้นแบบในการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในยุคต่อๆ มา อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 นอกจากมีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญแล้วยังสามารถที่จะประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญที่ร่างเสร็จแล้วโดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติอีก อำนาจเบ็ดเสร็จจึงอยู่ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 รูปแบบของการมีผลบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไป สภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ไม่มีอำนาจที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่ตนเองร่างขึ้น แต่จะต้องนำเอารัฐธรรมนูญดังกล่าว ไปให้ประชาชนลงประชามติ ความมีผลใช้บังคับจึงขึ้นอยู่กับผลการลงประชามติของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ความสำคัญของประชาชนจึงมีมากขึ้น แม้จะให้ประชาชนเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม แต่ประชาชนก็ยังมีอำนาจที่ยังคงสงวนไว้ในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ

1.3.3 วิเคราะห์การมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญอินเดีย

ประเทศอินเดียเดิมก่อนที่จะรวมประเทศเป็นสาธารณรัฐ ในขณะที่ตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ มีลักษณะเป็นสหภาพรัฐ มีทั้งรัฐที่อยู่ในความปกครองของอังกฤษโดยตรงที่เรียกว่า British India ซึ่งอังกฤษส่งอุปราชเป็นผู้ปกครอง และมีรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครโดยตรงเรียกว่า India Princely States แต่อยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษอีกชั้นหนึ่ง สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียตามแผนของ Cabinet

Mission จึงมีตัวแทนจากรัฐทั้งสองประเทศรวมเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนกับสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาแต่การทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาให้เป็นอำนาจของที่ประชุมของแต่ละรัฐ แต่กรณีร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญอินเดียโดยตรง ไม่ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปให้รัฐต่างๆ ให้ความยินยอมอีกครั้ง อาจเป็นเพราะว่าในกรณีของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเดิมอยู่แล้วภายหลังจากที่ได้ประกาศแยกตัวเป็นเอกราชจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษเมื่อ ค.ศ. 1776 แต่กรณีของอินเดียในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย อินเดียยังถือว่าเป็นอาณานิคมของอังกฤษและอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการปกครองอินเดีย ค.ศ. 1935 ซึ่งกฎหมายนี้ อังกฤษจัดแบ่งการปกครองอินเดียออกเป็น 2 ประเภทตามที่กล่าวมาแล้ว และสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มาจากความเห็นชอบตามแผนการปลดปล่อยอินเดียของอังกฤษ สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียที่ตั้งขึ้นตามแผนของ Cabinet Mission จึงมีอำนาจให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องให้นำกลับไปให้แต่ละรัฐให้สัตยาบันอีก

1.3.4 วิเคราะห์การมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญไทย สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มีความแตกต่างกันในประเด็นของการทำให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยรัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมประการใดไม่ได้ โดยคะแนนเสียงที่จะให้ความเห็นชอบจะต้องเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา หากรัฐสภาให้ความเห็นชอบก็จะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบ หรือรัฐสภาเห็นชอบแล้ว แต่พระมหากษัตริย์ไม่พระราชทานคืนภายใน 180 วัน ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญต่อไปจนกว่ารัฐสภาจะลงมติเห็นชอบและพระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยต่อไป ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ก็มีลักษณะคล้ายกับสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 คือ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสิทธิชี้แจงร่างรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา รัฐสภาจะพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ การลงมติให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับจะต้องมีคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หากรัฐสภาเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ ก็ให้นำร่างรัฐธรรมนูญทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ได้พระราชทานคืนมาภายในเก้าวันสิบวัน ให้รัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป แต่กรณีของการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 กำหนดต่อไปว่าหากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบ

ร่างรัฐธรรมนูญให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติ หากประชาชนผู้ออกเสียงลงประชามติโดยเสียงข้างมากเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ประธานรัฐสภาจะนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย หากประชาชนลงประชามติโดยเสียงข้างมากไม่เห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป ในการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ไม่มีบทบัญญัติว่าหากรัฐสภาไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 รัฐสภาก็มีมติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ส่วนรัฐธรรมนูญที่ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วต้องนำรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติ โดยไม่ต้องนำรัฐธรรมนูญไปให้รัฐสภาพิจารณา เหตุเพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากประชามติ และในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญก็เป็นช่วงของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 รัฐสภาในขณะนั้นคือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งมีที่มาจากแต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเองไม่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนแต่อย่างใด เพราะไม่ได้ถูกเลือกมาโดยประชาชน การนำรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติจึงเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด在那个时候 หากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับก็ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่หากการลงประชามติประชาชนไม่เห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ ร่างรัฐธรรมนูญก็จะตกไปและสภาร่างรัฐธรรมนูญก็จะหมดสภาพไปด้วย จากนั้น

การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ถือเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ประเทศไทยที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการออกเสียงโดยตรง เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ

ในการพิจารณาความมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นเฉพาะผู้ที่ทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่เท่านั้น เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วจะส่งต่อไปยังผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ในกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 คือรัฐสภา ส่วนกรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 คือประชาชนโดยการลงประชามติ

2. วิเคราะห์อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1 อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญและการอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และอินเดีย

2.1.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นเรื่องที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เพราะเดิมที การประชุมที่ฟิลาเดลเฟีย ซึ่งสภากรองเกรสมิมมติให้ 13 มลรัฐส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมเป็นการประชุมในฐานะที่ 13 รัฐเป็นสมาชิกของสมาพันธรัฐ การประชุมก็เพื่อแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐที่มีข้อขัดข้องทำให้สภาแห่งทวีปไม่สามารถที่จะดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ที่ประชุมฟิลาเดลเฟียกลับเปลี่ยนแปลงสถานะตัวเองเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากถือว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจในการให้รัฐธรรมนูญก็ไม่อาจกล่าวได้ว่า สภาแห่งทวีปเป็นผู้ที่สถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เพราะสภากรองเกรสแห่งทวีป ณ ขณะนั้นมีมติเพียงให้ตัวแทนจาก 13 มลรัฐประชุมเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ มิได้ให้อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ คำถามคือ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคิดขึ้นได้อย่างไร ในประเด็นนี้ ต้องพิจารณากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีขึ้นจากการที่ประชุมฟิลาเดลเฟีย พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาโดยการประชุมเป็นการลับภายในเวลา 4 เดือนเสร็จแล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้สภากรองเกรสพิจารณา ซึ่งสภากรองเกรสพิจารณาแล้วก็มีมติให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ 13 มลรัฐให้สัตยาบัน โดยตัวร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคำหนดว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีผลใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีการให้สัตยาบันโดยมลรัฐ 9 มลรัฐจาก 13 มลรัฐ อำนาจที่จะทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับหรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริงก็คืออำนาจที่มีมาจากการให้ความยินยอมจากมลรัฐต่างๆ ที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญฟิลาเดลเฟียเป็นเพียงขั้นตอนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่ผู้ที่สถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เหตุที่ถือว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคือที่มลรัฐ 13 มลรัฐ เพราะรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีการรวมรัฐต่างๆ ไว้ด้วยกันเพื่อสร้างประเทศใหม่ขึ้นมาโดยใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ ซึ่งเดิมรัฐต่าง 13 รัฐต่างก็มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับกันมาแล้ว แต่เมื่อมลรัฐต่างๆ ยอมรับที่จะเข้าร่วมตามร่างรัฐธรรมนูญที่ประชุมเมืองฟิลาเดลเฟียเสนอ รัฐธรรมนูญของที่ประชุมเมืองฟิลาเดลเฟียจึงมีผลใช้บังคับหรือถูกสถาปนาโดยสัตยาบันของ 13 มลรัฐ แต่ที่จริงอาจกล่าวได้ไกลลงไปอีกว่า เมื่อ 9 รัฐให้สัตยาบันในร่างรัฐธรรมนูญแล้วก็มีผลทำให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีผลใช้บังคับตามที่เขียนไว้ในมาตรา 7 ซึ่งเป็นเพียง 9 รัฐเท่านั้นที่ให้สัตยาบันในคราวแรกที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็น 9

รัฐที่ถือว่าเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐที่เหลืออีก 4 รัฐเป็นเพียงการเข้าร่วมในรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

ข้อสังเกตประการหนึ่ง ในกรณีของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาก็คืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจไม่ได้รวมอยู่ที่เดียวกัน หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจมีที่มาจากหลายส่วนเช่นการให้สัตยาบันของ 13 มลรัฐที่มีผลทำให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีผลใช้บังคับ และการสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้เริ่มในช่วงเวลาเดียวกันหรือมีจุดกำเนิดพร้อมกัน เพราะการให้สัตยาบันของ 13 มลรัฐไม่ได้กระทำพร้อมกันหากแต่ได้มีการให้สัตยาบันทีละรัฐต่อเนื่องกันไป

2.1.2 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา กำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยกำหนดให้มีผู้มีอำนาจการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมให้แก่สมาชิกสภาครองเกรส หรือสภานิติบัญญัติของรัฐ กำหนดกระบวนการขอแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจของสภาครองเกรสหรือรัฐสภา และการทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมมีผลใช้บังคับจะต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติของรัฐจำนวนสามในสี่ของรัฐทั้งหมด หรือจากที่ประชุมของรัฐจำนวนสามในสี่ของรัฐทั้งหมด การแก้ไขเพิ่มเติมจึงมีผลใช้บังคับ

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคำหนดผู้มีอำนาจขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือสมาชิกสภาครองเกรสจำนวนสองในสามของทั้งสองสภา ประเภทที่สองคือ สภานิติบัญญัติของรัฐจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของมลรัฐทั้งหมด

สำหรับจำนวนสมาชิกสองในสามของสภาครองเกรสต้องมีทั้งสมาชิกสภาผู้แทนและวุฒิสภารวมกันกล่าวคือสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (67 เสียงจาก 100 เสียง) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด (290 เสียงจาก 500 เสียง) การกำหนดจำนวนเสียงข้างมากเช่นทำให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากเพราะต้องเกิดจากการเห็นพร้อมกันทั้งในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา หากพิจารณาก็จะเห็นว่าสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นตัวแทนจากมลรัฐต่างๆ ตามสัดส่วนของจำนวนประชากรในแต่ละมลรัฐ รัฐใหญ่ ๆ ก็จะมีสัดส่วนของจำนวนผู้แทนราษฎรมากกว่ารัฐเล็ก แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ต้องได้รับเสียงจากข้างมากจำนวนสองในสามของวุฒิสภา ซึ่งวุฒิสภาแต่ละรัฐจะมีตัวแทนเท่ากันทุกรัฐคือรัฐละ 2 คน การกำหนดเช่นนี้ทำให้เกิดการคานกันระหว่างตัวแทนในสภาครองเกรสที่มาจากรัฐใหญ่และรัฐเล็กให้สมดุลกัน ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ฝ่ายบริหารซึ่งก็คือประธานาธิบดีไม่มีอำนาจใดเกี่ยวข้องกับการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอาจเป็นเพราะรูปแบบของสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่เป็นสหพันธรัฐ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็น

กฎหมายสูงสุดที่ใช้บังคับกับทุกรัฐ การที่จะให้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมจึงควรเป็นอำนาจ โดยเฉพาะของมลรัฐหรือตัวแทนจากมลรัฐต่างๆ ซึ่งก็คือสภาครองเกรส

ส่วนอำนาจการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยมลรัฐ จะต้องมิสภานิติบัญญัติมลรัฐไม่น้อยกว่าสองในสามของมลรัฐทั้งหมดคือ 34 มลรัฐจาก 50 มลรัฐ การเสนอแก้ไขโดยสภานิติบัญญัติของรัฐเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ค่อนข้างยาก ในอดีตที่ผ่านมาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาทั้ง 27 ครั้ง เป็นการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยการเสนอของสมาชิกสภาครองเกรส จะเห็นว่าจำนวนของสมาชิกสภาครองเกรสมีจำนวนไม่มากนัก การลงมติในสภาครองเกรสก็เป็น การลงมติเพียงครั้งเดียว แต่ในกรณีที่หากมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยสภานิติบัญญัติของมลรัฐ แต่ละมลรัฐจะต้องให้สภานิติบัญญัติของรัฐลงมติเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งจะต้องมีจำนวนถึง 34 มลรัฐ จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากมากกว่าการให้สภาครองเกรสลงมติ

อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถือว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎีถือว่าอำนาจดังกล่าวนี้ผูกพันและต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาก็เช่นเดียวกัน ถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งได้วิเคราะห์ไปแล้วว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอเมริกามาจาก 13 มลรัฐ ก็จะได้เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในท้ายที่สุดก็จะต้องนำกลับไปให้สัตยาบันโดยมลรัฐ เพียงแต่วิธีการให้สัตยาบันอาจขึ้นอยู่กับสภานิติบัญญัติของรัฐหรือที่ประชุมของมลรัฐก็ได้ แล้วแต่ ว่าสภาครองเกรสจะเลือกใช้วิธีการใด โดยจำนวนมลรัฐที่ให้สัตยาบันจะต้องมีจำนวนสามในสี่ของมลรัฐทั้งหมด ในประเด็นนี้ ความแตกต่างของการให้สัตยาบันเพื่อการสถาปนารัฐธรรมนูญ และการให้สัตยาบันเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นอันเนื่องมาจาก เดิมทีรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกามีเพียง 13 มลรัฐ การกำหนดจำนวนมลรัฐเพื่อให้สัตยาบันให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้ บังคับจึงสามารถที่จะกำหนดจำนวนรัฐตายตัวไปได้ โดยมาตรา 7 บัญญัติให้การให้สัตยาบัน จำนวน 9 รัฐมีผลเพียงพอต่อการทำให้รัฐธรรมนูญถูกสถาปนาขึ้น ส่วนการกำหนดจำนวนรัฐที่จะ ให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีวิสัยทัศน์ที่ยาวไกล จึงไม่ได้กำหนดจำนวนรัฐลงไปแน่นอนตายตัวว่าการแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับการให้สัตยาบัน เป็นจำนวนรัฐเท่าใด แต่ได้บัญญัติจำนวนรัฐที่จะต้องให้สัตยาบันเป็นสัดส่วนโดยเป็นสัดส่วนเสี่ยง ข้างมากจำนวนสามในสี่ของมลรัฐทั้งหมด ซึ่งต่อมาสหรัฐอเมริกามีมลรัฐอื่นเข้าร่วมให้สัตยาบัน และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันรวมถึงปัจจุบันคือ 50 มลรัฐ

หากพิจารณาเปรียบเทียบในขณะที่ให้สัตยาบันให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ร่าง รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาคำหนดให้ 9 รัฐ จาก 13 มลรัฐ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดการให้

สัตยาบันจำนวนสามในสี่ จะเห็นว่าการให้สัตยาบันเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญให้มีผลใช้บังคับจะมีจำนวนที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกับสัดส่วนจำนวนรัฐที่ต้องให้สัตยาบันกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ในปัจจุบันมีจำนวนรัฐทั้งหมดที่เข้าร่วมถึง 50 รัฐ

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาถูกร่างขึ้นใน ค.ศ. 1787 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน ไม่เคยมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ มีเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 27 ครั้ง ปัญหาเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เช่นในประเทศไทยจึงไม่เคยมีปัญหากเกิดขึ้น แต่ถ้าหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ดีหรือไม่ สมมติฐานวิเคราะห์เบื้องต้นของผู้เขียน เมื่อพิจารณาจากอำนาจการสถาปนาร่างรัฐธรรมนูญโดยมลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ จะเห็นว่าทั้ง 13 มลรัฐให้สัตยาบันในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาโดยถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ในทุกมลรัฐ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีที่มาเพียงแห่งเดียว ลักษณะการรวมรัฐเข้าเป็นสหพันธรัฐ เป็นกรณีทีละอำนาจอธิปไตยบางส่วนของตนออกไปให้แก่รัฐบาลกลางโดยยังคงสงวนอำนาจบางส่วนไว้ในมลรัฐ คล้ายกับเป็นการทำสัญญาประชาคมตามหลักการของโทมัส ฮอป และรูสโซ ลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่า อำนาจที่เคยให้การสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจที่เคยให้การเข้าร่วมในรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่ในรัฐเดิม เพียงแต่อำนาจเข้าร่วมนั้น ไม่อาจที่จะใช้อำนาจดังกล่าวแยกออกไปได้ในภายหลัง ดังนั้น หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ก็จะไม่ขัดต่อหลักการที่ว่าอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือใช้อำนาจขัดหรือแย้งหรือทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั่นเอง เพราะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีของสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจดั้งเดิมของมลรัฐ และกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่กำหนดจำนวนรัฐในการให้สัตยาบันมีจำนวนสามในสี่ของมลรัฐทั้งหมดซึ่งถือว่าเป็นเสียงข้างมาก โดยมีสัดส่วนใกล้เคียงกับจำนวนเสียงที่กำหนดไว้ในกรณีการสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ลักษณะเช่นนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ที่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1.3 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส สมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 การปฏิวัติเกิดขึ้นเพื่อต้องการล้มล้างการปกครองโดยไม่ชอบจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และมีแนวความคิดจากหลักปรัชญาทางการเมืองที่ยอมรับอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติอันเกิดจากการรวมตัวกันของประชาชน แนวความคิดนี้ ซีเอเยส์ได้เขียนไว้ในหนังสือเรื่อง "อะไรคือสามัญชน?"

และอธิบายว่าทุกสิ่งอย่างมาจากประชาชน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมาจากประชาชน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ก่อน และมีอยู่ได้ด้วยตนเอง เป็นอำนาจดั้งเดิมที่มีอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ ในทางข้อเท็จจริง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับแรกคือ รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติฉบับปี ค.ศ. 1791 ร่างโดยสมัชชาแห่งชาติซึ่งก็คือสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมัชชาแห่งชาติเกิดขึ้นจากการที่สภานักนครที่สามประชุมแยกจากสภานักนครพระและขุนนาง สภานักนครที่สามเป็นตัวแทนจากชนชั้นสามัญชน ซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยอ้อมจากประชาชนในท้องถิ่นต่างๆ เดิมที สภานักนครที่สามถูกเรียกประชุมโดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เพื่อที่จะขอความเห็นชอบในการเก็บภาษี แต่เนื่องจากพวกสภานักนครพระและขุนนางไม่ยอมเข้าร่วมประชุมกับสภานักนครที่สาม จึงทำให้สภานักนครที่สามจัดประชุมกันขึ้นเองและเปลี่ยนสถานะเป็นสมัชชาแห่งชาติ ความต้องการของสภานักนครที่สามจึงเริ่มที่จะมองเห็นได้ว่ากำลังที่จะเริ่มคิดการเปลี่ยนแปลงการปกครอง แต่ในระบอบดั้งเดิม พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ปกครองฝรั่งเศสในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การที่จะเปลี่ยนแปลงไปเป็นการปกครองในระบอบอื่นก็ยังมีให้เห็นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งถืออำนาจการปกครองจากประชาชนดังสะท้อนออกมาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในอารัมภบทที่ได้กล่าวถึงอำนาจของประชาชน ดังนั้น หากสมัชชาแห่งชาติต้องการความชอบธรรมในการเปลี่ยนแปลงการปกครอง จึงยอมเป็นธรรมดาที่จะต้องอ้างความชอบธรรมที่มาจากประชาชน ซีโอเยต์เป็นผู้มีบทบาทมากในสมัยการปฏิวัติฝรั่งเศส แนวความคิดของซีโอเยต์มีผลทำให้เกิดการลุกขึ้นต่อสู้จากชนชั้นล่าง เพื่อต่อต้านอำนาจของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 หลักสำคัญในหนังสืออะไรคือสามัญชนของซีโอเยต์คือการตอบคำถามว่า ทุกสิ่งทุกอย่างที่มีมาจากสิ่งใด คำตอบนั้นก็คือ มาจากประชาชน คำอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชนจึงเป็นคำตอบเช่นเดียวกับที่ซีโอเยต์พยายามอธิบายในหนังสือเรื่องอะไรคือสามัญชน แม้ว่ารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 จะยังคงการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ หรือการร่างรัฐธรรมนูญโดยสมัชชาแห่งชาติจะมีการเจรจกันในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญเรื่องอำนาจของกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ รวมทั้ง รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 จะไม่ได้มีการลงประชามติโดยประชาชนก็ตาม ในทางทฤษฎียอมรับกันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาจากประชาชน

ในสมัยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1848 มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ (Assemblée Nationale Constituante) แต่หลักแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงยอมรับต่อมาว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชน โดยจะเห็นได้จากรูปแบบการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1848 ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ข้อสังเกตอย่างหนึ่งคือ ในตัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดของซีโอเยต์ตั้งแต่สมัยการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ความคิด

เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติสะท้อนให้เห็นว่าอำนาจอธิปไตยกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจเดียวกัน ในทฤษฎีของซีเอเยส์มองว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเพราะเป็นอำนาจที่มาจากประชาชนซึ่งเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 แต่อำนาจอธิปไตยเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของคนรวมกันเป็นชาติ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะมีอยู่เหนือชาติ มีอยู่โดยอาจแม้ไม่มีรัฐ เป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนรัฐ ส่วนอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นภายหลังการมีชาติรัฐขึ้น การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 เป็นผลมาจากการปฏิวัติหลังเดือนกุมภาพันธ์ปี ค.ศ. 1848 เหตุเพราะความขัดแย้งของสถาบันกษัตริย์ โดยการปกครองที่ไม่ชอบนับ และไม่เป็นที่พอใจตามความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ ข้อสังเกตอย่างหนึ่งคือ หลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 มีการปฏิวัติฝรั่งเศสในครั้งต่อๆ มาอีก คือ การปฏิวัติปี ค.ศ. 1830 และต่อเนื่องมาถึงการปฏิวัติปี ค.ศ. 1848 และการปฏิวัติย่อยๆ นี้เป็นความพยายามล้มล้างการปกครองระบอบเดิมและสถาปนาระบอบการปกครองใหม่ขึ้น การปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 เป็นการล้มล้างระบอบกษัตริย์ที่มีพระเจ้าหลุยส์ ฟิลิปป์ ดยุกแห่งออร์อ็องส์ ครองราชย์ กระทั่งพระเจ้าหลุยส์ฟิลิปต้องสละราชบัลลังก์ จึงมีการร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 สถานการณ์ก่อนมีการร่างรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่พระเจ้าหลุยส์ฟิลิปประกาศสละราชบัลลังก์ภายในกรุงปารีสมีเหตุจลาจล มีการปะทะกันระหว่างฝ่ายที่นิยมกษัตริย์กับฝ่ายที่นิยมสาธารณรัฐ แต่ฝ่ายสาธารณรัฐมีชัยเหนือกว่าและมีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว นำไปสู่การร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 จึงเห็นได้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากอำนาจของประชาชนที่ทำการล้มล้างระบอบการปกครองเดิมจากกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญมาเป็นการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ สภาร่างรัฐธรรมนูญเองก็มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน มีการกำหนดให้เขตมณฑลเป็นเขตเลือกตั้ง ความต่อเนื่องจากเหตุการณ์ที่ประชาชนล้มล้างราชบัลลังก์ และจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว และเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงถือว่ามาจากประชาชนโดยตรง

รัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 เกิดขึ้นภายหลังสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศฝรั่งเศสถูกยึดครองโดยเยอรมัน สภาพของฝรั่งเศสไม่อาจถือว่าเป็นรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยด้วยตนเอง รัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเป็นรัฐบาลหุ่นเชิดที่อยู่ภายใต้อำนาจของเยอรมัน เมื่อเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ฝรั่งเศสได้รับการปลดปล่อยจากเยอรมัน รัฐบาลชั่วคราวถูกจัดตั้งขึ้น การร่างรัฐธรรมนูญถูกเสนอโดยรัฐบาลชั่วคราวในระหว่างการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติใหม่ โดยให้ประชาชนตอบคำถามในการเลือกตั้งสภานิติบัญญัติว่าจะให้สภาบัญญัติเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นก็คือสอบถามประชาชนว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ก็มีประชามติให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และให้สภานิติบัญญัติเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป จะเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศส การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีการให้

ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดให้มีรัฐธรรมนูญใหม่มาโดยตลอด ในสมัยการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ประชาชนล้มล้างการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และจัดตั้งสมัชชาแห่งชาติเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญและสถาปนารัฐธรรมนูญระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ในสมัยการร่างรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1848 ประชาชนก่อการปฏิวัติล้มราชบัลลังก์พระเจ้าหลุยส์ฟีลิปส์และจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว ต่อมารัฐบาลชั่วคราวจัดให้ประชาชนเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมัยสาธารณรัฐที่ 4 ฝรั่งเศสถูกยึดครองโดยเยอรมัน เมื่อได้รับการปลดปล่อยจากเยอรมันแล้ว รัฐบาลชั่วคราวจัดให้มีการลงประชามติสอบถามประชาชนว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสจึงเป็นแนวคิดมาตั้งแต่เดิมว่าเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน และประชาชนเป็นที่มาของอำนาจทุกอย่างในประเทศ ในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ยังกำหนดการร่างรัฐธรรมนูญจะต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ กล่าวคือนอกจากจะสอบถามประชาชนเสียก่อนว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประชาชนยังมีอำนาจในการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และยังให้ร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นชอบแล้วนำไปให้ประชาชนลงประชามติสอบถามว่าร่างรัฐธรรมนูญเป็นที่พอใจแก่ประชาชนหรือไม่ หากประชาชนไม่เห็นชอบด้วย จึงให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และนำไปให้ประชาชนลงประชามติจนกว่าประชาชนจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่าง ดังนั้น จะเห็นว่า อำนาจตั้งแต่แรกที่ตัดสินใจว่าจะให้รัฐธรรมนูญใหม่เป็นอำนาจที่มาจากประชาชน อำนาจในการให้ความเห็นชอบให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน หากประชาชนไม่เห็นชอบในรัฐธรรมนูญให้สภาร่างรัฐธรรมนูญถูกยุบไป เพราะถือว่าไม่ตอบสนองต่ออำนาจของประชาชน ทั้งยังให้ประชาชนเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จนกว่าประชาชนจะให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงอยู่ที่ประชาชนอย่างแท้จริง

2.1.4 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 บัญญัติไว้ในมาตรา 89 ให้การริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจของประธานาธิบดี แม้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 จะบัญญัติว่าการริเริ่มการแก้ไขให้เป็นไปตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา แต่อำนาจเสนอแก้ไขเพิ่มเติมจะเป็นอำนาจของประธานาธิบดี ในกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา กล่าวคือสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะต้องเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบแล้วจากทั้งสองสภาจะต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ แต่ถ้าประธานาธิบดีร้องขอให้ที่ประชุมร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและ

วุฒิสภาลงมติแทน คณะเนนเสียงจากทั้งสองสภาที่ประชุมร่วมกันเห็นชอบจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของที่ประชุมร่วมกัน

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเป็นการกำหนดอำนาจตามแนวคิดของซีเอเยส์ซึ่งแบ่งแยกอำนาจระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจของชาติ (nation) ชาติเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ ชาติในที่นี้หมายถึง ชาติที่เกิดจากการรวมตัวของประชาชนมาเป็นชาติ ซึ่งถือว่าเมื่อประชาชนสถาปนาอาณาจักรแล้ว อำนาจนั้นไม่อาจถอนคืน เมื่อประชาชนสถาปนารัฐธรรมนูญโดยผ่านทางชาติแล้ว ชาติมาสร้างรัฐธรรมนูญและก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ก่อตั้งประธานาธิบดี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐบาล และองค์กรอื่นๆ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด (pouvoir constituant) เรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร” (pouvoir Constituant dérivé) อำนาจของประธานาธิบดีในการริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐธรรมนูญ และอำนาจที่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาที่มีอำนาจในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่ในกรณีนี้เมื่อสภาทั้งสองเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 บัญญัติให้นำร่างแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนลงประชามติ ในกรณีนี้เห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนลงประชามติเสมือนต้องการที่จะให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายของการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างไรก็ตาม ยังมีบทบัญญัติกำหนดต่อไปว่า ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยรัฐบาล หากประธานาธิบดีเห็นว่าให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาประชุมร่วมกันเพื่อลงมติก็ได้ แต่จะต้องได้คะแนนเสียงจากที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียงลงคะแนน การให้อำนาจองค์กรสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาประชุมร่วมกันจึงเป็นอำนาจที่เรียกได้ว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ แตกต่างจากกรณีที่น่าร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ เพราะการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญในกรณีของประเทศฝรั่งเศสถือว่าเป็นการให้เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบโดยตรง ดังนั้น ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส หากจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสและแนวความคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับในประเทศฝรั่งเศส การร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือประชาชน โดยวิธีการลงประชามติ

เพราะฝรั่งเศสถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชน และมีหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติที่ทำให้เกิดแนวคิดว่า ผู้แทนราษฎรเป็นเพียงผู้ที่ได้รับมอบหมายให้มาใช้อำนาจในการออกกฎหมาย ผู้แทนราษฎรจะไปใช้อำนาจในการออกกฎหมายเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากในประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศส การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งของประชาชน ตั้งแต่สมัยการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 สมัชชาแห่งชาติซึ่งถือเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่นต่างๆ สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 และสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 มาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มาตรา 89 ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแล้ว เมื่อมีการนำไปให้ประชาชนลงประชามติเป็นการสะท้อนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริง ดังนั้นหากมีกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ย่อมไม่ขัดต่อหลักการที่กล่าวว่าอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและไม่ถือว่าเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญในระบอบเดิม เพราะผลสุดท้ายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอยู่ที่อำนาจในการตัดสินใจของประชาชนหรือเรียกว่าอยู่ที่อำนาจในการตัดสินใจจากเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นเสมือนการขอให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตัดสินใจว่าจะมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่นั่นเอง แต่สำหรับกรณีที่ประธานาธิบดีขอให้ทั้งสองสภามีการประชุมร่วมกันและให้ทั้งสองสภามีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียง จะเห็นได้ว่า ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 บัญญัติไว้ และถือเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในหลักการแล้ว สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่อาจที่จะใช้อำนาจเกินขอบเขตที่ได้รับมอบหมายมา อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองก็เป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนชาวฝรั่งเศส การใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาของฝรั่งเศสจึงไม่อาจที่จะใช้อำนาจที่ขัดต่ออำนาจของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 โดยวิธีการที่จะให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาลงมติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่ประธานาธิบดีร้องขอตามความในมาตรา 89 ไม่อาจจะใช้ในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่าง

รัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมที่จะมีผลทำให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หากให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจในการจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ย่อมมีผลเท่ากับว่าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญแทนอำนาจของประชาชน และย่อมที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ในมาตรา 3 ที่บัญญัติให้อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชน

2.1.5 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดีย ประเทศอินเดียมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่สมัยอินเดียอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษ แต่รัฐธรรมนูญอินเดียมีการร่างและประกาศใช้บังคับในช่วงที่มีการถ่ายโอนการปกครองจากอังกฤษมาสู่อินเดียที่เป็นรัฐเอกราช ประเทศอังกฤษออกพระราชบัญญัติให้อกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 และกำหนดว่าอินเดียจะได้รับเอกราชโดยสมบูรณ์เมื่ออินเดียได้มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับแล้ว และในระหว่างที่อินเดียยังไม่มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับจะมีอุปราชของอังกฤษเป็นผู้ดูแล การวิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียจึงต้องพิจารณาช่วงเวลาการโอนอำนาจการปกครองจากอังกฤษมาสู่ความเป็นเอกราชของอินเดีย หากพิจารณาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง สำหรับกรณีของประเทศอินเดีย สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียแต่งตั้งตามแผนของคณะกรรมการ Cabinet Mission ซึ่งเป็นตัวแทนของประเทศอังกฤษที่มาประเทศอินเดียเพื่อวางแผนการจะให้เอกราชแก่อินเดีย ต่อมามีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยแม้ว่าสภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐจะเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังคงถือว่าอังกฤษเป็นผู้ให้อำนาจแก่อินเดียในการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญของอินเดียจึงพิจารณาได้จากอำนาจของอังกฤษที่มีอยู่เหนืออินเดีย และถ้าพิจารณาเพียงเท่านั้น อาจถือว่าอังกฤษเป็นผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดีย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วว่า การที่จะพิจารณาว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองอยู่ที่ใด ไม่ควรพิจารณาเฉพาะอำนาจที่จัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น การวิเคราะห์จะต้องแยกกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นจากตัวอย่าง กรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญคือที่ประชุมฟิลาเดลเฟีย 55 คน จาก 12 รัฐ แต่ในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญ ที่ประชุมฟิลาเดลเฟียเองยังไม่ได้รับมอบอำนาจให้ร่างรัฐธรรมนูญ และการประชุมร่างรัฐธรรมนูญก็ประชุมลับ มลรัฐต่างๆ ไม่ได้มอบอำนาจให้ร่างรัฐธรรมนูญ เพียงแต่มาให้สัตยาบันในการร่างรัฐธรรมนูญในภายหลัง จึงจะกล่าวว่ามีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชนภายหลังการประกาศเอกราช ก็ไม่มีคำอธิบายที่มีเหตุผลให้รับฟังเพราะการประกาศเอกราชเกิดขึ้นนานแล้ว และต่อมา 13 รัฐ ก็มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับแล้ว จึงจะเห็นได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงน่าจะอยู่ที่อำนาจของมลรัฐ และ

กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ อาจแยกออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในกรณีของประเทศอินเดีย ผู้เขียนเห็นว่า แม้อังกฤษจะเป็นเจ้าอาณานิคมอินเดีย และให้อำนาจแก่อินเดียในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่การปลดปล่อยและการให้อำนาจในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น อาจกล่าวได้เพียงว่าเป็นอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ แต่อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญตามแนวคิดของซีเอเยสส์ เป็นคนละกรณีกับอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญตามแนวคิดของซีเอเยสส์เป็นอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ซีเอเยสส์อธิบายอำนาจว่ามีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เพื่อให้ให้อำนาจนี้สูงสุดกว่าอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้เป็นอำนาจสูงสุด ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด หากเข้าใจคำอธิบายของซีเอเยสส์นี้ก็จะเข้าใจว่าทำไมผู้เขียนถึงอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่มลรัฐต่างๆ เพราะอำนาจของมลรัฐต่างๆ นี้เองที่ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในกรณีของประเทศอินเดียก็เช่นเดียวกัน อังกฤษเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ คือ จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และเป็นอำนาจที่ทำให้รัฐธรรมนูญอินเดียสูงสุดคือ อำนาจที่มาจากความร่วมมือกันของรัฐต่างๆ ที่เกิดขึ้นในขณะร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

2.1.6 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย รัฐธรรมนูญอินเดียเป็นรัฐธรรมนูญที่ผสมผสานการแก้ไขรัฐธรรมนูญรูปแบบที่ง่ายและยากไว้ด้วยกัน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอินเดียบางส่วนให้อำนาจรัฐสภาอินเดียสามารถออกกฎหมายเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นได้ทันที ส่วนนอกเหนือจากการแก้ไขที่รัฐธรรมนูญอินเดียไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในมาตรานั้นๆ เป็นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นเรื่องทั่วไปตามบทบัญญัติมาตรา 368 ของรัฐธรรมนูญอินเดีย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในมาตรา 368 ยังแบ่งการแก้ไขเพิ่มเติมออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมที่ใช้เพียงเสียงข้างมากไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกที่มีขณะนั้น และการแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องได้รับการให้สัตยาบันจากสภานิติบัญญัติไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมด

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียจึงมีความหลากหลายตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมที่ง่ายโดยวิธีการออกกฎหมายทั่วไปเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การแก้ไขที่ใช้เสียงข้างมากไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกแต่ละสภาที่มีอยู่ในขณะนั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภา แต่ไม่ได้บัญญัติให้ทั้งสองสภาต้องประชุมร่วมกัน ซึ่งถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีความยากขึ้นมากอีกระดับ

หนึ่ง และยังมีกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยรัฐอีกไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมด ซึ่งถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยากในอีกระดับหนึ่ง

อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียมีลักษณะพิเศษที่ต้องวิเคราะห์จากกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญและตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่สะท้อนออกมานั้นเอง เมื่อพิจารณาจากการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย แนวความคิดของรัฐธรรมนูญอินเดียมีพื้นฐานมาจากหลักการรัฐธรรมนูญจากหลายประเทศ แต่ที่ชัดเจนอย่างที่สุด อันเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าอังกฤษเป็นประเทศที่ปกครองอินเดียมาเป็นเวลานาน ลักษณะการปกครองแนวความคิดในการปกครองจากอังกฤษจึงถูกถ่ายทอดมายังอินเดียอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หลักของอังกฤษที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งถูกพัฒนามาอย่างยาวนานในประเทศอังกฤษ แนวความคิดบางส่วนนี้ได้ถูกนำมาใช้ในรัฐธรรมนูญอินเดีย และปรากฏออกมาทางรัฐสภาอินเดียใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภาอินเดียถือว่าตนเองมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทุกเรื่อง จนกระทั่งศาลฎีกาของอินเดียเองต้องอาศัยการตีความกฎหมายว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอินเดียบางส่วนไม่สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากขัดกับหลักการพื้นฐาน แม้กระนั้นเอง รัฐสภาอินเดียก็ยังพยายามที่จะตรากฎหมายต่างๆ เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ตนเองมีอำนาจเต็มที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยระบุดังกล่าวในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 ว่ารัฐสภามีอำนาจเต็มในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ แต่ศาลฎีกาของอินเดียก็ยังคงยึดถือหลักการที่ว่ารัฐสภาอินเดียมีอำนาจจำกัด รัฐสภาอินเดียไม่สามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หลักโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินเดีย เป็นหลักการที่ศาลฎีกาอินเดียตีความและสร้างเป็นหลักกฎหมายที่รัฐสภาอินเดียไม่อาจปฏิเสธหลักการนี้

เมื่อศาลฎีกาอินเดียตีความกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางฉบับที่แม้ว่ารัฐสภาใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 ให้อำนาจไว้แต่การแก้ไขเพิ่มเติมหากเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญก็จะทำให้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และศาลฎีกาก็จะตีความต่อมาว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่มีผลใช้บังคับ ปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ตามประเด็นที่ตั้งไว้คือ รัฐสภาอินเดียจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 กำหนดเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ได้หรือไม่ ซึ่งตามหลักของซีเอเอสที่ว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ก่อนการจัดตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อตั้งรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้น องค์กรทางการเมืองที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ จึงมีอำนาจตามขอบเขต รูปแบบ และกระบวนการ

ที่กำหนด จึงทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและ องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้อำนาจขัดกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นัยนี้ จึงต้องวิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียไปพร้อมกัน โดยอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้เขียนวิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.1.5 ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียเกิดขึ้นในการร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยการที่หลายรัฐที่รวมกันเข้าเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย มีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่เกิดขึ้นจากการที่หลายรัฐเข้าร่วมให้สัตยาบันแก้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียจึงต้องไม่ขัดต่อหลักที่ว่าอำนาจที่ได้รับมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้ ในรัฐธรรมนูญอินเดียมีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ 3 ระดับ ดังนี้

1) ระดับแรก การแก้ไขเพิ่มเติมโดยวิธีการเดียวกับออกกฎหมายทั่วไป ตามที่บทบัญญัติมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญอินเดียให้อำนาจ การแก้ไขลักษณะนี้ ชัดเจนว่าจะต้องมีบทบัญญัติที่เขียนไว้ชัดเจนว่าให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมส่วนใดบ้าง มิฉะนั้นรัฐสภาจะไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขในระดับนี้จึงไม่อาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

2) ระดับที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องใช้เสียงข้างมากเป็นพิเศษ คือต้องมีเสียงข้างมากในสภา 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ในสภา การแก้ไขเพิ่มเติมกรณีนี้ ใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมทั่วไป โดยรัฐธรรมนูญอินเดียไม่ได้กำหนดเป็นพิเศษว่ากรณีใดบ้างที่ต้องใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ การแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะนี้ หากวิเคราะห์จำนวนของสมาชิกในการแก้ไขเพิ่มเติม แม้จะเป็นจำนวนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ แต่ต้องถือว่า รัฐธรรมนูญอินเดียมีเจตนารมณ์ที่จะให้ใช้สำหรับวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมทั่วไป เพราะแม้อินเดียมีลักษณะเป็นสาธารณรัฐ ไม่ใช่สหพันธรัฐเช่นเดียวกับอเมริกา ลักษณะของรัฐสภาอินเดียเกิดขึ้นโดยการรวมตัวกันของสมาชิกจากรัฐต่างๆ ที่รวมเข้าเป็นรัฐสภาอินเดีย ซึ่งจะเห็นได้จากตั้งแต่การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียได้มีตัวแทนจากสถานินิติบัญญัติที่เคยอยู่ในปกครองของอังกฤษทั้งกลุ่มรัฐที่อยู่ในปกครองของอังกฤษ (British India) และรัฐที่มีเจ้าผู้ครองนครรัฐ (India Princely States) ดังนั้น จำนวนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ในสภา ไม่อาจที่จะถือว่าเป็นจำนวนเสียงที่สะท้อนถึงอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมที่จะมีเพียงพอต่อการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะตามที่วิเคราะห์มาแล้วว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียมาจากการรวมกันของรัฐต่างๆ จำนวนเสียงในรัฐสภาที่มีเพียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่จึงเป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นกรณีทั่วไปเท่านั้น

3) ระดับที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ เฉพาะกรณีที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 368 ได้แก่ กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดตัวแทนในรัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมวิธีการในมาตรา 368 เป็นต้น การแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้จะต้องได้รับการให้สัตยาบันจากรัฐโดยสภานิติบัญญัติของแต่ละรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมด การแก้ไขระดับนี้ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ยากที่สุด เพราะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่ง เนื่องมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นกรณีที่มีความสำคัญต่อหลักการของรัฐธรรมนูญอินเดีย เช่น จำนวนที่นั่งในรัฐสภา วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย แต่หากจะวิเคราะห์ว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเลยหรือไม่ นั่นก็จะเห็นว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจที่เป็นการก่อตั้งตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในกรณีของอินเดียเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นจากการรวมกันเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 แม้จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในระดับที่ยากที่สุดแต่ก็เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องอาศัยจำนวนเสียงเพียงกึ่งหนึ่งของรัฐทั้งหมดก็สามารถที่จะแก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าจะมีอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลฎีกาของอินเดียเองก็มองเห็นด้วยตามแนวความคิดนี้ ศาลฎีกาอินเดียจึงตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียบางฉบับไม่อาจใช้บังคับได้เพราะขัดต่อหลักการโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนยังมีความเห็นต่อไปว่า ในกรณีเมื่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากการรวมตัวกันเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียของรัฐต่างๆ หากจะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ควรที่จะดำเนินการให้มีลักษณะเช่นเดียวกับการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่เริ่มแรก กล่าวคือ หากรัฐสภาอินเดียออกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะที่จัดให้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในขั้นแรกเสียก่อนว่า หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการให้สัตยาบันจากรัฐทั้งหมดเสียก่อน แล้วจึงค่อยดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นนี้ก็จะเปรียบเสมือนว่าเป็นการขอสัตยาบันจากทุกรัฐซึ่งเป็นอำนาจที่คล้ายกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในครั้งแรกที่มีการร่างรัฐธรรมนูญอินเดียตั้งแต่ ค.ศ. 1947 การขอสัตยาบันเช่นนี้ย่อมเป็นความชอบธรรม โดยเหตุผลของเรื่องและยังสอดคล้องกับแนวความคิดว่าอำนาจขององค์กรทางการเมืองที่ได้รับมาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองไม่อาจใช้อำนาจที่ได้รับมาขัดกับอำนาจสูงสุดของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เนื่องจากในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อขอสัตยาบันในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมเป็นความชอบธรรมที่จะต้องขออำนาจจากผู้ที่มิอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ หากทุกรัฐ

ให้สัตยาบัน รัฐสภาอินเดียย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาว่าง รัฐธรรมนูญ

2.2 อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยจัดตั้งสภาว่าง รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, สภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539, สภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549

ภาคนี้พจนานุกรมจะมุ่งวิเคราะห์เฉพาะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไทยโดยวิธีการจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเทศไทยมีการจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ 3 ครั้ง คือ สภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491, สภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539, และสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 การจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ 2 ครั้งแรกมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 เพื่อจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพื่อจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 ส่วนสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ไม่ได้เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่เป็นการเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

2.2.1 การตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491

การจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 หากพิจารณาจากฐานที่มาของอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 เดิมอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้มาจากการทำรัฐประหาร รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้เกิดขึ้นโดยความยินยอมพร้อมใจกันของประชาชนไม่ได้เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาประชาคมร่วมกันให้ยอมรับรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อคณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 คณะรัฐประหารจึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้มอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม คณะรัฐประหารกลับไม่ดำเนินการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับถาวรเสียทีเดียว คณะรัฐประหารใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญโดยการออกรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 บัญญัติให้อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของรัฐสภาแสดงว่า ประสงค์ที่จะให้รัฐสภาใช้อำนาจสิทธิขาด และโดยที่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว อาจมองเจตนารมณ์ของคณะรัฐประหารได้ว่าจะให้อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ดังนั้น แนวความคิดหลักการที่ว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ เมื่อได้สถาปนารัฐธรรมนูญมาแล้ว องค์กรที่

ได้รับอำนาจจากการสถาปนารัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะใช้อำนาจล้มล้างรัฐธรรมนูญได้นั้น ไม่ใช่กรณีเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ถูกสถาปนาเป็นการชั่วคราวเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ก็จะต้องเกิดได้ในตัวรัฐธรรมนูญเองว่าไม่ได้กำหนดการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไว้เลย มีเพียงการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของรัฐสภา จึงเสมือนประสงฆ์ที่จะให้รัฐสภาทำการร่างรัฐธรรมนูญใหม่นั้นเอง กล่าวได้ว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญอันเดิมที่มีที่มาจากการทำรัฐประหารได้โอนถ่ายอำนาจนั้นไปยังตัวรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และผู้รับมอบอำนาจในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวยังมีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับต่อมา ซึ่งก็คือ รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาประกอบกับการร่างรัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ซึ่งมีองค์ประกอบที่มาจากตัวแทนของสมาชิกสภาผู้แทน 10 คน และวุฒิสภา 10 คน โดยรัฐสภาเป็นผู้เลือก และยังมีตัวแทนที่มาจากการสมัครรับคัดเลือกเข้าเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญสัดส่วนจากบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดอีก 20 คน โดยรัฐสภาเป็นผู้เลือกเช่นกัน แสดงให้เห็นถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ชัดเจนยิ่งขึ้นของรัฐสภา ซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มาจากคณะรัฐประหารเดิม จึงสรุปได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 เดิมเป็นอำนาจของคณะรัฐประหารที่มีขึ้นภายหลังการยึดอำนาจ และถ่ายโอนมายังรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2491

2.2.2 การตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจากการจัดทำโดยสภานิติบัญญัติในสมัยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองชั่วคราว พุทธศักราช 2534 หากใช้หลักการแนวความคิดว่าด้วยอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมาพิจารณากับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็จะเห็นว่ามีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 เพราะตัวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่ถูกสถาปนาขึ้นเพื่อใช้บังคับ โดยมีเจตนาก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเพื่อให้องค์กรทางการเมืองดังกล่าวดำเนินการต่อไปอย่างถาวร และไม่ได้ประสงฆ์ที่จะให้อำนาจองค์กรทางการเมืองที่ถูกตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่อย่างไรก็ตาม คำถามสำคัญคือทำไมไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 แก้ไขเพิ่มเติมโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญ

ใหม่คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งนอกเหนือจากเหตุผลทางสังคมที่มีการอ้างถึงไม่ความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อันมีที่มาจากการรัฐประหารและการสืบทอดอำนาจของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ และความพยายามปฏิรูปการเมือง ในทางวิชาการ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการพิจารณา 3 แนวทาง

ก. *แนวทางที่ 1* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาให้เป็นรัฐธรรมนูญถาวร องค์การที่ถูกตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจขัดกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น กรณีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงมีผลเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ อาจมองได้ว่าเป็นการตั้งอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมาอยู่ที่รัฐสภา แม้ว่าจะกำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 มาตรา 221 จตุทศห้ามมิให้ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ แต่อำนาจในการวินิจฉัยว่าการร่างรัฐธรรมนูญเข้าลักษณะต้องห้ามหรือไม่เป็นอำนาจของรัฐสภาในการวินิจฉัย จึงแสดงได้ว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญถูกดึงมาไว้ที่รัฐสภา การร่างรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 จึงขัดต่อหลักที่ว่า องค์การที่ได้รับมอบอำนาจจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้ เพราะรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นองค์การที่ได้รับมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับไปใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อย่างไรก็ตาม สถานการณ์ทางการเมือง และการเรียกร้องเพื่อให้มีการปฏิรูปการเมืองของภาคสังคม รวมถึงข้ออ้างของความไม่ชอบธรรมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกมองว่าเป็นการสืบทอดอำนาจของคณะรัฐประหาร จึงทำให้การที่รัฐสภาตั้งอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมาไว้ที่ตนเองและทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นที่ยอมรับได้ของประชาชน

ข. *แนวทางที่ 2* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ถูกร่างโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติอันมีที่มาจากการรัฐประหาร เมื่อคณะรัฐประหารอยู่ในฐานะรัฐาธิปไตยจึงมีอำนาจที่จะออกหลักเกณฑ์วิธีการที่จะให้รัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมากณะรัฐประหารก็ออกธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ

ร่างรัฐธรรมนูญโดยให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจในการสถาปนา รัฐธรรมนูญจึงถูกถ่ายโอนมายังสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยต่อมาเมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติร่าง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และใช้บังคับแล้ว ในทางทฤษฎีถือว่าอำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญถูกดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว ตัวรัฐธรรมนูญอันเป็นผลผลิตของอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญบังเกิดขึ้นและใช้บังคับครบถ้วนสมบูรณ์ ประเด็นที่น่าสนใจคืออำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญนั้นได้หมดสิ้นไปเมื่อมีรัฐธรรมนูญใหม่แล้วหรือไม่ หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ถูกถ่ายโอนมายังตัวรัฐธรรมนูญและอยู่เบื้องหลังภายใต้บทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้น อาจจะกล่าวได้อีกทำนองหนึ่งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สร้างรูปแบบการปกครอง ก่อตั้ง องค์การทางการเมือง ที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานสำคัญไว้ ก่อตั้งระบบกฎหมายทั้งระบบ และอาจ กล่าวต่อไปว่า อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังได้มอบอำนาจในกรณี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์การทางการเมืองต่างๆ ไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ตัวอย่างเช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา การแก้ไข เปลี่ยนแปลงการเลือกตั้งหรือวิธีการเลือกตั้ง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่าย บริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบองค์กรอิสระในรัฐธรรมนูญ การแก้ไข เปลี่ยนแปลงเช่นนี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมที่จะมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งตาม รัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง และองค์กรที่ได้รับมอบหมายย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไข เปลี่ยนแปลงตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากองค์กรที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายในเจตนารมณ์ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การใช้ อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบหมายย่อมที่จะเป็นการชอบธรรมด้วยเหตุผล แต่หากองค์กรที่ได้รับ มอบหมายให้ใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินจากที่อำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญมอบหมาย การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่ถูกต้องด้วยเหตุผล ดังนั้น ประเด็นที่ต้อง พิจารณา คือ การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้มาก น้อยเพียงใด อาจกล่าวได้หรือไม่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้าง พื้นฐานสำคัญของรัฐ ไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่องค์กรที่ใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาขัด กับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ถ้าพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 มีข้อห้ามการร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือรูปแบบของรัฐ แสดงว่าการร่าง รัฐธรรมนูญยังคงต้องคำนึงว่ารูปแบบของรัฐธรรมนูญต้องมีโครงสร้างพื้นฐาน การปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และรูปแบบของรัฐ ประเทศไทยเป็น ราชอาณาจักรจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่การเปลี่ยนแปลงอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงองค์กรอื่นๆ เช่น

เปลี่ยนแปลงองค์การรัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา เปลี่ยนแปลงอำนาจของฝ่ายบริหาร ความสัมพันธ์ของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในระบอบรัฐสภา การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้สามารถกระทำได้ เปรียบเสมือนกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำนาจที่มีอยู่เดิมในรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาได้ดังนี้ ก็จะเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 มิได้เป็นการใช้อำนาจในทางที่ขัดต่ออำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เหตุเพราะโครงสร้างทางพื้นฐานการเมืองตามรัฐธรรมนูญเดิมยังมีอยู่ครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข รูปแบบของรัฐที่เป็นราชอาณาจักร ระบอบการปกครองโดยรัฐสภา การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในตัวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ถูกร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 คือ การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น การจัดตั้งองค์กรอิสระต่างๆ รูปแบบของอำนาจตุลาการที่มีการแยกระบบศาลออกเป็นศาลคู่ มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่แทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเดิม มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 โดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 จึงเป็นการชอบด้วยเหตุผลที่กล่าวมา

ค. *แนวทางที่ 3* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แม้ว่า มีที่มาจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติในสมัยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อันเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐประหารแต่ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้บังคับแล้วและในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ยอมรับหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ซึ่งถือว่าอำนาจสูงสุดใน การก่อตั้งองค์การทางการเมืองได้กลับกลายเป็นของประชาชนตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้บังคับ และองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเพียงเท่าที่ รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ดังนั้น รัฐสภาในฐานะองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จะมีอำนาจเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด และจะใช้อำนาจขัดต่อ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้ หากรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือที่เรียกว่า อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์การทางการเมือง แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญจะมีผลเท่ากับรัฐสภาแย่งชิงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญจากประชาชนอยู่ที่ รัฐสภา แต่ในทางข้อเท็จจริง เมื่อปรากฏว่ามีกระแสการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองจาก ประชาชนโดยทั่วไป และในการเลือกตั้งทั่วไปปรากฏว่าพรรคชาติไทยซึ่งได้เสนอนโยบายการ

ปฏิรูปการเมืองโดยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน กระทั่งพรรคชาติไทย ได้รับคะแนนเสียงจนมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากสามารถที่จะเป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล นัยนี้ แสดงความต้องการของประชาชนที่ประสงค์จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เปรียบเสมือนกับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนได้มอบให้แก่รัฐสภาเพื่อดำเนินการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 จึงถือว่ามี ความชอบธรรมเพราะเป็นการได้รับมอบอำนาจมาจากประชาชน โดยผ่านการเลือกตั้ง

จากที่กล่าวมาทั้ง 3 กรณี เป็นมุมมองที่ต่างกัน โดยมีเหตุผลที่สนับสนุนเพื่อเชื่อมโยงกับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ สำหรับผู้เขียน มีความเห็นสนับสนุนไปในข้อที่สองและข้อที่สามเนื่องจากมีความเห็นว่าแม้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญสำหรับกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มิได้มุ่งประสงค์ที่จะให้รัฐสภาทำการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ในหลักการของระบอบประชาธิปไตยที่ยอมรับอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน ก็ต้องยอมรับว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นจากการรัฐประหาร แต่หากตัวรัฐธรรมนูญนั้นคืนอำนาจให้แก่ประชาชนแล้ว ก็ต้องถือว่าประชาชนมีอำนาจสูงสุด เมื่อประชาชนแสดงออกโดยการเลือกตั้งเพื่อประสงค์ที่จะจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จึงมีผลเสมือนกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยินยอมที่จะให้รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญนั่นเอง

2.2.3 การตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 สำหรับกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกเขียนขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่คณะรัฐประหารเขียนขึ้นใช้บังคับเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อำนาจที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อนำมาวิเคราะห์กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเห็นว่า ตามทฤษฎีเมื่อมีการรัฐประหารแล้ว อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมอยู่ที่คณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการให้รัฐธรรมนูญ และคณะรัฐประหารก็ถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวมาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 โดยการเขียนรัฐธรรมนูญให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงถูกใช้โดยการมอบหมายให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ การวิเคราะห์เช่นนี้จึงไม่ยุ่งยากเช่นการพิจารณาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งคณะรัฐประหารเป็นผู้

มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ได้ทำการสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และสร้างสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยตรงเพื่อให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญ มีผลเท่ากับ คณะรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่โดยตรงแต่ให้ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญโดยวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 จึงไม่ได้ขัดต่อหลักการที่ว่าองค์กรที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

2.3 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

หัวข้อนี้จะวิเคราะห์อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาจากประชาชนหรือไม่ จากนั้นจึงจะวิเคราะห์อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ประเด็นรัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.3.1 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกิดขึ้นโดยการร่างของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 การวิเคราะห์ถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ต้องพิจารณาย้อนกลับตั้งแต่เริ่มแรกว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคืออะไร ตามแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองของฝรั่งเศส คือ ซีเอเยส์ มีแนวคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง (pouvoir Constituant) เป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งหลาย เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแสดงออกโดยการก่อกำเนิดให้เกิดรัฐธรรมนูญขึ้น แนวความคิดของซีเอเยส์อธิบายอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเพื่อแสดงถึงเหตุผลว่าทำไมรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด โดยซีเอเยส์ได้แบ่งอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเรียกว่า องค์กรที่ถูกก่อตั้ง (pouvoir Constitue) โดยถือว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุด มีอยู่เหนือรัฐ และอาจมีได้แม้ว่าจะไม่มีรัฐ และไม่ใช่อำนาจเดียวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐ เมื่อนำหลักการแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์การกำเนิดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต้องวิเคราะห์ย้อนไปตั้งแต่การเกิดขึ้นของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกิดขึ้นจากการร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549

และจะเห็นว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาจากผลการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในช่วงไหน ต้องยอมรับประการหนึ่งว่า เมื่อมีการรัฐประหารเกิดขึ้นรัฐธรรมนูญฉบับเดิมถูกยกเลิก แม้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิถีทางนอกกฎหมาย ระบบกฎหมายเดิมทั้งหมดถูกยกเลิก ตามแนวคิดของสำนักปฏิญานนิยมหรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Laws) ถือว่าผู้ที่ทำการรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐ เป็นรัฐจารีตนิยม ดังที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วหลายครั้งในประเทศไทย คำสั่งของรัฐจารีตนิยมย่อมมีฐานะเป็นกฎหมาย ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 อธิบายว่าคณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยเป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์ ผู้ก่อการรัฐประหารย่อมอยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีได้เกิดขึ้น โดยหลักสัญญาประชาคมเช่นรัฐธรรมนูญในประเทศไทยเสรีประชาธิปไตยก็ตาม เมื่อคณะรัฐประหารออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ตั้งแต่ขั้นตอนการแต่งตั้งสมาชิกแห่งชาติ จำนวน 2,000 คน วิธีการเลือกสมาชิกแห่งชาติจาก 2,000 คน ให้เหลือเพียง 200 คน และให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเลือกให้เหลือเพียง 100 คน เพื่อจัดตั้งเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 การแต่งตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่กำหนดโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2549 ย่อมถือได้ว่านอกจากคณะรัฐประหารจะเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว คณะรัฐประหารยังจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ยังกำหนดถึงขั้นตอนวิธีการร่างรัฐธรรมนูญ โดยให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 35 คน เมื่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกแล้ว ให้นำออกเผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็น แล้วจึงนำกลับมาแปรญัตติในสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเสร็จจึงให้นำร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนลงประชามติ ทั้งยังกำหนดต่อไปว่า หากสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือประชาชนโดยเสียงข้างมากของผู้มออกเสียงลงประชามติไม่ให้ความเห็นชอบ ให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้ว

ฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันออกเสียงประชามติ และนำขึ้น
 ทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป

การที่หลักเกณฑ์จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และวิธีการขั้นตอนในการร่าง
 รัฐธรรมนูญทั้งหมดถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช
 2549 แสดงให้เห็นว่าวิธีการเขียนรัฐธรรมนูญถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วโดยคณะรัฐประหารเป็นผู้
 กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือที่เรียกว่าเป็นอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด
 ในทางการเมืองจึงน่าจะมาจากอำนาจของคณะรัฐประหารที่ออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และถ่ายโอนมายังตัวบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง ความคิดนี้
 อาจถูกโต้แย้งได้ว่า เป็นการมองอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองในแง่ของผู้มีอำนาจใน
 การจัดทำมีการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงอำนาจในการทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้
 บังคับ ดังเช่นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่ว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุด
 ทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการ
 ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขอโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ว่าการที่
 ประชาชนลงประชามติให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นเพียงขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น จะ
 กล่าวเลยไปถึงว่าประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียเองไม่น่าจะถูกต้อง หากยึด
 หลักการตามที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยคงต้องพิจารณาต่อไปว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
 ไทย พุทธศักราช 2550 มีขั้นตอนการร่างตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 โดยกรณีหากประชาชนผู้ลงประชามติไม่เห็นชอบด้วยกับร่าง
 รัฐธรรมนูญฉบับสภาร่างรัฐธรรมนูญ ให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับ
 คณะรัฐมนตรีแล้วให้นำรัฐธรรมนูญฉบับที่เคยใช้มาแล้วมาปรับปรุงให้เสร็จภายใน 30 วัน ดังนั้น
 ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่นำเอาขั้นตอนการลงประชามติให้รัฐธรรมนูญมี
 ผลใช้บังคับมาเป็นสิ่งกำหนดว่าเมื่อประชาชนลงมติให้ใช้บังคับแล้วประชาชนจึงเป็นผู้ให้กำเนิด
 รัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาในทางกลับกัน หากประชาชนไม่ลงประชามติให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้
 บังคับ ก็แสดงว่าประชาชนไม่ใช่ผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในขั้นตอนต่อไป คณะมนตรีความ
 มั่นคงแห่งชาติต้องประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อนำรัฐธรรมนูญฉบับที่เคยประกาศใช้บังคับแล้ว
 นำมาปรับปรุงและนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญต่อไป
 หากเป็นดังนี้ ถ้าถือตามแนวความเห็นของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ย่อมถือว่า
 อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ร่วมกับ
 คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญยังมีความเห็นต่อไปว่า หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะต้องถามความเห็นชอบของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เสียก่อน ซึ่งก็คือประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากในกรณีที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ หากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญร่วมกับคณะรัฐมนตรี การจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะให้กลับไปขอความเห็นชอบกับคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติร่วมกับคณะรัฐมนตรีอีกก็จะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดหาเหตุผลทางกฎหมายรองรับไม่ได้ ทั้งตามหลักการของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่พิจารณาถึงการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง ไม่ใช่พิจารณาเฉพาะขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญ วิธีการขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญอาจมีหลายวิธีการขึ้นอยู่กับผู้ที่มีอำนาจกำหนดว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการอย่างไร เช่น กำหนดให้บุคคลคนเดียวเป็นผู้ร่าง กำหนดให้ตั้งคณะกรรมการร่าง หรือให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงส่วนหนึ่งของอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง ต้องเข้าใจว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด คืออำนาจที่จัดให้มีการก่อตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจในทางการเมือง ไม่ใช่เพียงวิเคราะห์เฉพาะการทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามแนวคิดของซีเอเยส์เป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือรัฐ มีอยู่ได้แม้ไม่มีรัฐ แสดงออกโดยการออกรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเป็นผลของการใช้อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง ทฤษฎีของซีเอเยส์มีขึ้นเพื่ออธิบายว่าทำไมกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงสูงสุด และอำนาจขององค์กรที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจจำกัดตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด และจะใช้อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ ในทางที่ขัดกับอำนาจจัดให้มีการก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองไม่ได้ คำอธิบายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่เป็นไปตามหลักเหตุผลของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะมีขึ้นอย่างไร หรือใครเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ แม้ว่าซีเอเยส์จะเป็นนักปรัชญาที่ไม่พึงปรารถนาต่อระบอบการปกครองแบบอภิสิทธิ์ชน และเป็นผู้ที่นิยมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังจะเห็นจากหนังสือ “ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์” (Essai sur les privileges) และอะไรคือ สามัญชน? (Qu'est-ce que le Tiers Etat?)²¹⁹ แต่คงต้องยอมรับประการหนึ่งว่าในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา มีรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประมุขของรัฐหรือกษัตริย์ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในฐานะรัฐอธิปัตย์ เช่น จักรพรรดิของญี่ปุ่นพระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับเมจิ ซึ่งก็ต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถที่จะมาจากบุคคลคนเดียวก็ได้ แต่หากจะเปรียบเทียบกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใน

²¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ* หน้า 57

ประเทศที่ไม่มีระบอบกษัตริย์ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ก็จะเห็นว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟีย ได้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะที่ไม่ได้รับมอบอำนาจมาจากสภากรองเกรสแห่งทวีป และมีการประชุมเป็นการลับ 4 เดือน เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว จึงดำเนินการให้สภากรองเกรสแห่งทวีปมีมติส่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้แก่รัฐต่างๆ ให้สัตยาบัน ซึ่งสามารถตั้งข้อสังเกตได้อย่างชัดเจนว่ากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญเป็นขั้นตอนขึ้นต่อกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในกรณีของการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในขณะที่สภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟียร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ยังไม่มีแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญเสียด้วย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพียงมีการเสนอโดยซีเอเยสส์จากการตั้งก่อดั้งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาว่าเป็นกฎหมายสูงสุดและซีเอเยสส์นำมาสร้างเป็นทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ²²⁰ แต่ผู้เขียนเห็นว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาหรือที่เรียกว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดในกรณีของสหรัฐอเมริกาคืออำนาจที่มาจากทำให้สัตยาบันของมลรัฐต่างๆ ที่ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ซึ่งต่างจากกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดการลงประชามติเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการร่างรัฐธรรมนูญเพราะหากประชาชนลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีสิทธิประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อนำรัฐธรรมนูญที่เคยใช้บังคับมาแล้วมาปรับปรุง แล้วทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญได้ทันที อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงย่อมหมายถึงอำนาจที่จะให้มีการจัดให้มีองค์กรสูงสุดในทางการเมือง อำนาจนี้ถูกกำหนดไว้โดยวิธีการ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญไว้แล้วล่วงหน้า จึงย่อมเป็นอำนาจของผู้ที่กำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้ นั่นคือคณะรัฐประหารที่มีอำนาจออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีแนวความคิดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชน เนื่องจากเกิดการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 เพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ประเทศฝรั่งเศสใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจกษัตริย์ ช่วงเปลี่ยนแปลงการปกครองมีการเปลี่ยนสถานะจากสภาฐานันดรที่สาม หรือที่เรียกว่าฐานันดรสามัญชนมาเป็นสมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) และสมัชชาแห่งชาติเปลี่ยนตนเองเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมัชชาแห่งชาติมีสมาชิกที่มาจาก การเลือกตั้งตัวแทนจากท้องถิ่นต่างๆ อำนาจที่เกิดขึ้นจากสมัชชาแห่งชาติจึงเป็นอำนาจที่มีที่มาจากประชาชน ในหนังสือชื่อ "อะไรคือสามัญชน?" ของซีเอเยสส์จึงอธิบายว่าทุกสิ่งอย่างมาจาก

²²⁰ เรื่องเดียวกัน, น.66

ประชาชน เมื่อประชาชนเลือกตัวแทนมารวมกันตัวแทนดังกล่าวเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจมาจากประชาชน การร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นการร่างในนามของตัวแทนจากประชาชน อำนาจสถาปนาจึงมาจากประชาชนนั่นเอง ในการร่างรัฐธรรมนูญของสมีชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) ไม่มีการนำรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ แต่ผู้ที่มีอำนาจในการให้ใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791 คือสมีชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) แต่ในประเทศฝรั่งเศสก็ยังคงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชน ในประเด็นนี้จึงแสดงได้ประการหนึ่งว่า การลงประชามติในรัฐธรรมนูญของประชาชนหาใช่สิ่งที่จะบ่งบอกโดยแท้จริงว่าประชามตินั้นเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนอาจแสดงออกโดยวิธีการอื่นใด เช่น การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1848 แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีการลงประชามติ แต่ในทางทฤษฎียังคงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ยังคงเป็นอำนาจของประชาชนเพราะประชาชน การลงประชามติที่จะแสดงว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะต้องเป็นการลงประชามติที่จะมีผลทำให้รัฐธรรมนูญนั้นมีผลใช้บังคับหรือรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลไปทันที เช่น ในกรณีการลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ของฝรั่งเศส ที่กำหนดว่าเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ หากประชาชนผู้ออกเสียงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญก็ให้ใช้ร่างรัฐธรรมนูญนั้น บังคับเป็นการถาวรต่อไป แต่หากประชาชนผู้ออกเสียงลงประชามติแล้วไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นตกไป และให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่และให้สภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำไปให้ประชาชนลงประชามติต่อไป และให้ทำเช่นนี้ต่อไป จนกว่าประชาชนจะยอมรับการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ถึง 2 ครั้ง เพราะครั้งแรกประชาชนไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 ถูกยุบไปโดยปริยาย จึงมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 แล้วจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ นำไปให้ประชาชนลงประชามติ ประชาชนจึงยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าการลงประชามติในประเทศฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 4 มีผลถึงขนาดว่าทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญถูกยุบไปเมื่อประชาชนไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญที่ประชาชนไม่เห็นชอบด้วยก็จะถูกยกเลิกไป โดยไม่มีองค์กรอื่นใดที่จะทำหน้าที่แทนประชาชนในการรับร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีการลงประชามติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีวิธีการร่างที่กำหนดว่าหากประชาชนลงประชามติไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญแม้จะให้ร่างรัฐธรรมนูญตกไป แต่ให้อำนาจคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการหยิบรัฐธรรมนูญฉบับที่เคยใช้มาแล้วนำมาปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้บังคับ ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการเปลี่ยนผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเท่านั้น การลงประชามติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จึงแตกต่างอย่างชัดเจนกับการลงประชามติในประเทศฝรั่งเศสที่ถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชน ในประเทศอินเดียอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็มีความแตกต่างไปจากประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส ผู้ที่จัดให้ประเทศอินเดียมีสภาร่างรัฐธรรมนูญคืออังกฤษ แต่อังกฤษไม่ใช่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียเพราะอังกฤษไม่ใช่ผู้ที่ก่อตั้งองค์การทางการเมืองให้แก่อินเดีย ผู้ก่อตั้งองค์การทางการเมืองของอินเดียคือรัฐต่างๆ ที่เคยอยู่ในความปกครองของอังกฤษที่ส่งตัวแทนที่ประชาชนเลือกเข้ามาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ การสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียจึงเกิดขึ้นในสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียดังที่กล่าวมาแล้ว ความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส อินเดีย แสดงให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่เบื้องหลังการร่างรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่จัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนการกำหนดวิธีการขึ้นตอนกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญเป็นคนละส่วนกับอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เห็นได้ชัดว่าคณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจที่จะจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ เพราะคณะรัฐประหารได้กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งถูกประกาศของคณะรัฐประหารยกเลิกไปแล้ว โดยไม่มีผู้ใดคัดค้าน เมื่อคณะรัฐประหารตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 องค์การของรัฐต่างๆ ก็ยอมรับในรัฐธรรมนูญฉบับนี้และมีการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 กำหนด ความไม่แสดงออกถึงการต่อต้านนี้ทำให้เห็นว่าการยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารอย่างชัดเจน ดังนั้นว่ากันโดยทั้งทางทฤษฎีว่าผู้ที่ทำการรัฐประหารยึดอำนาจสำเร็จย่อมเป็นรัฐอธิปไตยมีอำนาจที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือเรียกว่ามีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนทางข้อเท็จจริงต้องยอมรับว่าไม่มีการต่อต้านอำนาจของคณะรัฐประหารในการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 นั้นแสดงถึงการยอมรับอำนาจของคณะรัฐประหารนั่นเอง จึงถือว่าคณะรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อกล่าวมาถึงตอนนี้ อาจมีข้อโต้แย้งว่า ผู้เขียนเป็นผู้สนับสนุนให้มีการทำรัฐประหาร เพราะให้เหตุผลว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถมาได้จากคณะรัฐประหาร ในประเด็นนี้ต้องยอมรับหลักการตามความเป็นจริงประการหนึ่งว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นอาจจะชอบธรรมหรือไม่ เป็นคนละประเด็นกับกรณีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นหรือมิได้ ขึ้นมาอย่างไร ในประวัติศาสตร์ไทยตั้งแต่เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบ

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ รัฐธรรมนูญไทยหลายฉบับมีที่มาจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นไปตามหลักเสรีประชาธิปไตย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาจากผลของการรัฐประหารของจอมพลผิน ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2489 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 และต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งต่อมามีการรัฐประหารอีกโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ซึ่งคณะรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และประกาศใช้นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาใช้บังคับแทน การทำรัฐประหารในประเทศไทยมีมาต่ออีกหลายครั้ง แต่แต่ละครั้งจะยกเลิกรัฐธรรมนูญและให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเปลี่ยนแปลงไปตามลักษณะของการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ

ปัญหาที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง เมื่อคณะรัฐประหารออกรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่มีการใช้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว จะยังคงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่ต่อไปหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แม้ว่าตามแนวความคิดของซีเอเยส์ จะเห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง แต่คงต้องยอมรับประการหนึ่งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้อาจเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพลักษณะของรัฐธรรมนูญ เช่น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญที่เกิดจากประมุขของรัฐเป็นผู้ให้ เมื่อประมุขของรัฐมอบรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชน หากเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นระบอบปรีมิตาญาสิทธิราชย์ (Limited Monarchy) โดยหลักยังคงถือว่าประมุขของรัฐยังมีอำนาจบางประการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า Prerogative ดังนั้น กษัตริย์อาจจะยังคงถอนสิทธิตามรัฐธรรมนูญบางประการ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เมื่อพระเจ้าชาลส์ที่ 10 พระอนุชาของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ทรงประกาศพระราชกฤษฎีกา ค.ศ. 1803 รวม 4 ฉบับ ตัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญอันเสมือนเป็นการถอนคืนรัฐธรรมนูญที่เคยประกาศไปแล้ว แต่ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นระบอบที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ประมุขของรัฐจะมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในกรณีเช่นนี้เอง ต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของกษัตริย์หมดสภาพไปแล้ว หรือในกรณีที่ป็นรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ก็ย่อมทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประมุขของรัฐหมดสภาพไป ในแนวคิดเหล่านี้ สอดคล้องกับแนวคิดของซีเอเยส์ในประการหนึ่งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่เหนือรัฐ และอาจมีอยู่ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีรัฐ รวมทั้งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจอธิปไตย ในทำนองเดียวกัน ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะมีขึ้นเพราะเหตุใด เช่น ประมุขของรัฐเป็นผู้ให้ ราษฎรภายหลังการปฏิวัติหรือรัฐประหาร หรือ

คณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร หรือกรณีของการร่วมกันของประมุขของรัฐและคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารหรือราษฎรร่วมกันจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ถูกใช้แล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะอธิบายว่ายังมีอยู่หรือไม่ก็ตาม ก็ต้องเข้าใจประการหนึ่งว่า เมื่อมีรัฐธรรมนูญใช้บังคับแล้ว ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับว่าเป็นอย่างไร เช่น เป็นรัฐธรรมนูญที่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย รัฐธรรมนูญที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยยาก รัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจประมุขของรัฐยังมีอำนาจแก้ไขสิทธิต่างๆ ของประชาชน หรือเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ประชาชนอย่างแท้จริง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามสภาพลักษณะของรัฐธรรมนูญนั้น

ประเด็นต่อไป เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว ในกรณีที่หากมีความต้องการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิม และร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เราจะพิจารณาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างไร ว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ก่อนการพิจารณาถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขออธิบายอำนาจในการยกเลิกรัฐธรรมนูญเสียก่อน อำนาจในการยกเลิกรัฐธรรมนูญ มี 2 วิธีการ คือ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีการทางแห่งกฎหมาย กับการยกเลิกโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมมีขึ้นต่อเมื่อมีการปฏิวัติหรือรัฐประหารอันเป็นผลสำเร็จ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้พอสมควรแล้วสำหรับกรณีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ส่วนกรณีการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางแห่งกฎหมาย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีอยู่อย่างไร คงต้องพิจารณาลักษณะของรัฐและรัฐธรรมนูญโดยรวมทั้งหมด หากเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นแบบสหพันธรัฐ อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมต้องขึ้นอยู่กับ การให้รัฐทั้งหมดต่างให้ความยินยอมในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เพื่อให้เกิดความชอบธรรมของการใช้อำนาจและเป็นเสมือนสัญญาประชาคมร่วมกันของรัฐต่างๆ ส่วนวิธีการร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญอย่างไร นับนี้รัฐทั้งหมดอาจตกลงกันให้มีการคัดเลือกตัวแทนแต่ละรัฐเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญ อาจให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ เหตุที่ถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในกรณีของสหพันธรัฐอยู่ที่แต่ละรัฐต่างๆ เนื่องจากลักษณะของสหพันธรัฐคือการรวมรัฐต่างๆ ไว้ด้วยกันภายในอำนาจอธิปไตยเดียวกัน ในคำอธิบายนี้จะเห็นได้ชัดเจนว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้จำเป็นต้องเกิดจากจุดเดียวกัน อาจเกิดจากอำนาจหลายรัฐรวมกัน และชัดเจนว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจเดียวกับอำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตยในกรณีของสหพันธรัฐถือว่ารัฐรวมมีอำนาจอธิปไตยเหนืออำนาจของมลรัฐ ส่วนกรณีของรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยว ก็ยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมีอยู่อย่างไร แต่ละรัฐอาจมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ไม่เหมือนกัน เช่น ในรัฐที่เป็น การปกครองในระบบราชาธิปไตย ยังคงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อมอยู่ที่ประมุขของชาติ หากเป็นการปกครองในระบบอบเผด็จการ โดยกลุ่มบุคคล หรือพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองหนึ่ง เท่านั้น ซึ่งใช้รัฐธรรมนูญเป็นเพียงเครื่องมือในการบริหารประเทศอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญย่อม อยู่ที่กลุ่มบุคคล หรือพรรคการเมืองนั้น ส่วนในกรณีประเทศที่เป็นการปกครองในระบบ ประชาธิปไตยซึ่งยอมรับแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใน ที่นี้ย่อมอยู่ที่ประชาชนตามแนวความคิดดังกล่าว ดังนั้น ในกรณีเมื่อรัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาขึ้น แล้ว ไม่ว่าจะที่มาจาก การสถาปนาจะมีอำนาจที่ชอบธรรมหรือไม่อย่างไร แต่หากเป็นการปกครองใน ระบบประชาธิปไตยแล้ว จะต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหากจะต้องมีการร่าง รัฐธรรมนูญใหม่ย่อมเป็นอำนาจของประชาชนตามแนวความคิดการปกครองเสรีประชาธิปไตย การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่าหากจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ควรจะ สอบถามประชาชนเสียก่อนจึงถูกต้องชอบธรรมในแง่ที่ว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจในการ สถาปนารัฐธรรมนูญตามแนวความคิดในการปกครองในระบบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 เพียงแต่จะกล่าวเลยไปถึงว่าประชาชนเป็นผู้สถาปนา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้

ในประเทศไทยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลักษณะพิเศษอันเนื่องมาจาก ประวัติศาสตร์ของชาติไทย และแนวคิดการปกครองของประเทศไทยที่ถูกพัฒนามาตั้งแต่การ เปลี่ยนแปลงการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบบ ประชาธิปไตย ในช่วงเปลี่ยนถ่ายการปกครองนี้ มีประเด็นความต่อเนื่องในทางกฎหมายระหว่าง ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กับการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณ โธ อธิบายไว้อย่างน่าสนใจว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจจัด ให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ก็คือพระมหากษัตริย์ผู้ลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญ เพราะในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ไม่มีผู้ลงนาม สนองพระบรมราชโองการ ผลจึงมีว่าพระมหากษัตริย์ในฐานะองค์อธิปัตย์ (sovereign) ทรงจำกัด พระราชอำนาจพระองค์เอง อำนาจสูงสุดได้พระราชทานตกอยู่แก่ราษฎรและองค์กรอื่น องค์กร เหล่านี้เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจแทนราษฎรในฐานะองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากการก่อตั้งของ รัฐธรรมนูญที่เกิดจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ผู้พระราชทานรัฐธรรมนูญ (pouvoir

constitué)²²¹ แต่เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 โดยจอมพลผิน ชุณหะวัณ ต่อมาคณะรัฐประหารขอพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 โดยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ล้นพระปรมาภิไธยแทนองค์พระมหากษัตริย์ และจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในฐานะผู้บัญชาการทหารแห่งประเทศไทยลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ดังนั้น ถือว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) อยู่ที่ประมุขของรัฐ และคณะรัฐประหาร²²² แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ต้องถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้พระราชทานรัฐธรรมนูญ และพระมหากษัตริย์อยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ต่อมาเมื่อมีการยึดอำนาจโดยคณะรัฐประหาร ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญเดิมถูกทำลายและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้กลับไปตกอยู่กับกษัตริย์เช่นเดิม ดังคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ที่อธิบายว่าอำนาจในการให้รัฐธรรมนูญมิได้อยู่เสมอ เมื่อได้เปลี่ยนการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นประชาธิปไตยอำนาจในการให้รัฐธรรมนูญก็ตกมาเป็นของประชาชน อำนาจนี้ย่อมจะตกเป็นของประชาชนเสมอไป และประชาชนจะโอนอำนาจนี้ต่อไปหรือจะจำหน่ายอำนาจนี้ต่อไปไม่ได้²²³ การนำรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้ป็นรัฐธรรมนูญเป็นเพียงรูปแบบวิธีการตรารัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าอำนาจในการให้รัฐธรรมนูญจะถูกแย่งชิงมิได้ หากเราถือว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้อยู่เสมอแม้ว่าจะมีรัฐหรือไม่ก็ตามตามแนวความคิดของซีเอชเอส ก็จะเห็นข้อเท็จจริงจากทางประวัติศาสตร์ว่าในฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจในการให้รัฐธรรมนูญจึงควรอยู่ที่ประมุขของรัฐ แต่ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตกมาอยู่ที่ประชาชนโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention หรือ Assemblée constituante) แต่รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1791 ของฝรั่งเศสใช้บังคับไม่นานก็ถูกยกเลิกไปและร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1793 โดยล้มเลิกระบอบกษัตริย์และฝรั่งเศสปกครองโดยระบอบสาธารณรัฐ แต่ฝรั่งเศสประสบปัญหาในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ กระทั่งนโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoleon Bonaparte) เข้ายึดอำนาจและปกครองฝรั่งเศส

²²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548 หน้า 235

²²² เรื่องเดียวกัน หน้า 236

²²³ หยุต แสงอุทัย *คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร เรือนแก้วการพิมพ์ 2526 หน้า 45

ซึ่งจะเห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิได้กลับไปอยู่ที่กษัตริย์อีกเลยกระทั่ง นโปเลียน โบนาปาร์ตสิ้นอำนาจในฝรั่งเศสจึงมีการฟื้นฟูกษัตริย์ขึ้นใหม่ โดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 กลับขึ้นครองราชย์และพระราชทานรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1814 จึงถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกลับมาที่กษัตริย์อีกครั้ง ดังนั้น จะเห็นได้ว่า อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง โดยแสดงออกผ่านทางกรอกรัฐธรรมนูญ และมีการเปลี่ยนแปลงผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และสามารถเปลี่ยนแปลงการเกิดขึ้นของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ตลอด ส่วนวิธีการตรารัฐธรรมนูญเป็นคนละกรณีกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ไม่จำเป็นว่าเมื่อคณะรัฐประหารขอพระราชทานรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ที่ประมุขของรัฐร่วมกับคณะรัฐประหาร เหตุที่คณะรัฐประหารเมื่อยึดอำนาจแล้วขอพระราชทานรัฐธรรมนูญจากพระมหากษัตริย์ สาเหตุน่าจะมาจากประเทศไทยเดิมมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยก็ยังมีสถาบันพระมหากษัตริย์อยู่คู่กับรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันอันเป็นที่เคารพสักการะของประชาชนชาวไทยและเป็นศูนย์รวมในทางจิตวิญญาณของคนไทย การที่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศแล้ว เมื่อจะใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงขอพระราชทานรัฐธรรมนูญอันเป็นเพียงวิธีการตรารัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกรณีที่ เมื่อคณะรัฐประหารยึดอำนาจแล้วใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว โดยให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติก็เพื่อให้เกิดความชอบธรรมของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มิใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะเปลี่ยนแปลงไปเป็นอำนาจของประชาชน

2.3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 บัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งแยกกระหว่างผู้มีอำนาจในการเสนอการแก้ไขเพิ่มเติม และผู้มีอำนาจดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจในการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม คือ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542

ประเด็นปัญหาในหัวข้อนี้ คือ รัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นอำนาจของการ

สถาปนารัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง ในสมัยรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร มีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยแก้ไขเพิ่มเติม หมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพิ่มมาตรา 291/1 ถึง มาตรา 291/16 เพื่อจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 รัฐสภามีมติรับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ... รวม 3 ฉบับ โดยมีคณะรัฐมนตรี นายสุรนัย จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ เป็นผู้เสนอ ซึ่งต่อมารัฐสภามีมติรับหลักการในวาระที่หนึ่ง และมีมติเสียงข้างมากให้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ผ่านวาระที่สอง และรัฐสภากำลังจะพิจารณา วาระที่สาม ก่อนที่รัฐสภาจะพิจารณา วาระที่สามมีการคัดค้านโดยพลเอกสมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ นายวันธงชัย ชำนาญกิจ นายวิรัตน์ กัลยาศิริ นายวรินทร์ เทียมจรัส และนายบวร ยสินธร ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามคำร้องที่ 18 – 22/2555 โดยมีประธานรัฐสภาในฐานะรัฐสภา คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา นายสุรนัย จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ เป็นฝ่ายผู้ถูกร้อง ทั้งฝ่ายผู้ร้องและผู้คัดค้านต่างมีเหตุผลสนับสนุนกัน

เหตุผลของฝ่ายผู้ร้อง คือ การยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่หลักเกณฑ์วิธีการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ดังนั้น การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68²²⁴ และมาตรา 291 และไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ประกอบมาตรา 136 (16)²²⁵ นอกจากนี้ ผู้มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่องค์กรที่รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐสภา เมื่อรัฐสภาไม่มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะมอบหมายให้ผู้ใด

²²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคหนึ่ง บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

²²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 136 ในกรณีต่อไปนี้ให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน... (16) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291

ร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาจากการทำประชามติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เพื่อให้มีสภา ร่างรัฐธรรมนูญก็ต้องทำประชามติ

เหตุผลของฝ่ายผู้คัดค้าน คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 มิใช่การใช้สิทธิและเสรีภาพ เพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสามฉบับ ได้ตรวจสอบและวินิจฉัยแล้วว่าไม่มีลักษณะหรือมีผล เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐแต่อย่างใด การบรรจุคดีร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ มีสมาชิกรัฐสภาอภิปรายแสดงความเห็นโดยไม่มีการครอบงำ เมื่อรัฐสภาลงมติรับหลักการร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ รัฐสภามีมติให้ตั้งคณะกรรมการ โดยใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของคณะรัฐมนตรีเป็นหลักในการพิจารณา การพิจารณาวาระที่สองมีการอภิปรายถึงสิบห้าวัน และรอลงมติในวาระที่สาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้รอการพิจารณา ประธานรัฐสภาจึงมีคำสั่งงดการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเสียก่อน การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 เพราะคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองตามรัฐธรรมนูญ เนื้อหาสาระของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้มีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ไม่ได้เป็นไปเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291/11 วรรคห้า มีหลักประกันมิให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยไม่เป็นไปตามหลักการ นอกจากนี้ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นแนวทางที่เคยดำเนินการในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2490 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยคณะรัฐมนตรีไม่มีหลักการที่แสดงว่าคณะรัฐมนตรียกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

2550 มาตรา 68 เพราะการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาข้อดีข้อเสียและปัญหาต่างๆ จากการใช้บังคับบทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ที่ผ่านมา เมื่อทำเสร็จแล้วต้องนำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติอันเป็นหลักการที่เป็นประชาธิปไตย การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้เคยแถลงไว้ต่อรัฐสภา เมื่อฝ่ายผู้ร้องได้ใช้สิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วฝ่ายผู้ร้องไม่มีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีก ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย แต่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ซึ่งกำหนดขั้นตอนและวิธีการที่แตกต่างจากกระบวนการตรากฎหมายทั่วไป เป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีลำดับสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและการลงประชามติ รัฐสภามีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ 22 คนสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทั่วภูมิภาค สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงมีความเป็นอิสระ การเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการดำเนินการโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคณะรัฐมนตรีไม่อยู่ในอาณัติหรือความมอบหมายใดจากพรรคเพื่อไทย ส่วนพรรคชาติไทยพัฒนาไม่เคยมีมติพรรคให้เพื่อดำเนินการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่สมาชิกพรรคชาติไทยพัฒนาร่วมกับสมาชิกพรรคการเมืองอื่นเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการปฏิบัติงานในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 วินิจฉัยประเด็นว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา ประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มาโดยการลงมติของประชาชน ก็ควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นแรกว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชน ผู้เขียนอธิบายข้อโต้แย้งไว้แล้วในหัวข้อ 2.3.1 ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นอำนาจที่เกิดจากการรัฐประหาร โดยคณะรัฐประหารตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ส่วนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันเกิดขึ้นโดยระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นเป็นของประชาชน และผู้เขียนอธิบายเหตุผลโดยละเอียดแล้วในหัวข้อดังกล่าว จึงไม่ขอนำมากล่าวอีก แต่จะอธิบายเฉพาะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ว่ารัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจว่า อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 291 มีลักษณะอย่างไร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่ว่าโดยการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือโดยการเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไป²²⁶ ในทฤษฎีทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซีเอเยสส์อธิบายว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) เป็นอำนาจของชาติ (nation) อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจะสูงสุด ไม่ผูกมัดกฎเกณฑ์ใดๆ อำนาจที่สองเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด และกำหนดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญนั้น ตามทฤษฎีของซีเอเยสส์ กฎหมายจึงมีลำดับศักดิ์ โดยกฎหมายที่สูงที่สุดคือกฎหมายธรรมชาติ รองลงมา คือ รัฐธรรมนูญซึ่งชาติ (nation) รองลงมาคือกฎหมายธรรมดาที่ผู้แทนราษฎรของชาติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué)²²⁷ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด (pouvoir constituant) เรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจ

²²⁶ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* หน้า .366

²²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ* หน้า 58

เปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร”²²⁸ (pouvoir Constituant derive) ดังนั้นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ ผู้ที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมโดยหลักจึงเป็นผู้ที่มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กร เนื่องจากผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจมอบหมายให้ผู้อื่นจัดทำรัฐธรรมนูญได้ด้วย อำนาจขององค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดโดยสภาพของรัฐธรรมนูญ การถูกจำกัดนี้รวมทั้งการถูกจำกัดโดยการกำหนดขอบอำนาจ (competence) การกำหนดกระบวนการ (procedure) และการถูกกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจ (contenu) โดยรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดข้อจำกัดเหล่านี้ อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (competence limitée)²²⁹ จะใช้อำนาจนั้นขัดรัฐธรรมนูญมิได้ การตีความรัฐธรรมนูญต้องตีความตามเจตนาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

เมื่อนำแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาอธิบายปัญหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 291 มีขึ้นไว้เพื่อเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมือง แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความยากกว่าการออกกฎหมายธรรมดา เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ผู้มีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมแม้ว่าจะมีจาก 3 ทาง คือ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542 แต่การแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 291 ถูกจำกัดการใช้อำนาจในลักษณะแรกคือการจำกัดขอบอำนาจ (competence) คือ การแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอไม่ได้ นอกจากนี้ยังมีการจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกระบวนการใช้อำนาจ (procedure) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (2) การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องพิจารณาเป็น 3 วาระ โดยการออกเสียงใน

²²⁸ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* หน้า 153

²²⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538 หน้า 19

วาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา การออกเสียงในวาระที่ 2 ขึ้นพิจารณาเรียงมาตรา ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยถือเสียงข้างมาก จากนั้นจึงให้รอ 15 วัน การออกเสียงในวาระที่ 3 ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยการลงคะแนนในวาระที่ 1 และวาระที่ 3 ต้องเป็นการลงคะแนนโดยวิธีเรียกชื่อลงคะแนนโดยเปิดเผย การที่รัฐธรรมนูญกำหนดขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ยากกว่าการออกกฎหมายทั่วไป ก็เพื่อให้รัฐสภาใช้ความรอบคอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด และประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่ยาก อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมจึงควรเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น คือรัฐสภาควรมีอำนาจเฉพาะเท่าที่จะแก้ไขเพิ่มเติมองค์การทางการเมืองเท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจรัฐสภา เพราะจะเห็นชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญเขียนข้อจำกัดอำนาจประการแรกคือขอบอำนาจ รัฐสภาไม่อาจที่จะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐ ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้จำกัดอำนาจของรัฐสภาไว้ มิให้รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจเปลี่ยนแปลงองค์การทางการเมืองเพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ เพราะระบอบการปกครอง หรือรูปแบบของรัฐเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของรัฐ ในทัศนะของซีเอส ซึ่งพิจารณารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมของสหรัฐอเมริกาว่า ไม่ได้อยู่ที่สภากรองเกรส แต่อยู่ที่มลรัฐที่มีอำนาจในการเรียกประชุมเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจากสมาชิกสภาคอนเวนชันรัฐธรรมนูญจึงจะถือว่าการแก้ไข แล้วซีเอสสรุปเป็นทฤษฎีว่า “เราห้ามไม่ให้รัฐสภาธรรมดาที่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ ก็เพื่อหลีกเลี่ยงการถกขยเอาอำนาจประชาชนมาเป็นของตัวเองและความวุ่นวายที่จะตามมา และเมื่อจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายสูงสุด ประชาชนที่ได้รับการบอกกล่าวเต็มที่แล้วเท่านั้นที่จะมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมให้กับสภาที่จัดตั้งขึ้นพิเศษที่เรียกว่า คอนเวนชัน (convention) และได้รับมอบหมายโดยตรงเพื่อการนี้ให้แก่รัฐธรรมนูญ” ซึ่งแสดงว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดไว้เฉพาะ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้เขียนไว้โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับกรณีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อำนาจของรัฐสภาจึงต้องถูกตีความโดยจำกัดอำนาจไม่ให้มีอำนาจที่จะร่างรัฐธรรมนูญใหม่

เหตุผลของฝ่ายผู้ร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐสภาไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ คือ การยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่หลักเกณฑ์วิธีการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ผู้มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่องค์กรที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐสภา เมื่อรัฐสภาไม่มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะมอบหมายให้ผู้ใดร่างรัฐธรรมนูญเป็นการอ้างทฤษฎีที่ซีเอสเสนาว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir Constitué) องค์กรทั้งหลายทางการเมือง เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรเหล่านี้เรียกว่า องค์กรที่ถูกก่อตั้ง (pouvoir Constitue) องค์กรที่ถูกก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญไม่อาจที่จะใช้อำนาจในทางที่ขัดกับอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง รัฐสภาเองก็เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ รัฐสภาไม่อาจที่จะใช้อำนาจในทางที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่

ส่วนเหตุผลของฝ่ายที่สนับสนุนการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ คือ การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองตามรัฐธรรมนูญ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีหลักประกันมิให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยไม่เป็นไปตามหลักการ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นแนวทางที่เคยดำเนินการในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2490 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เหตุผลของฝ่ายสนับสนุนส่วนใหญ่จะอ้างว่ารัฐสภามีอำนาจที่กระทำได้โดยในทางปฏิบัติเคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งร่างรัฐธรรมนูญมาแล้ว แต่จะเห็นว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาร่างรัฐธรรมนูญในอดีตคือสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 มีข้อแตกต่างจากรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ส่วนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะเหตุผลที่มีการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมือง ในช่วงเวลาของการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองบริบททางรัฐธรรมนูญไม่เหมือนกัน ระหว่างการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 อำนาจอธิปไตยแม้จะเขียนไว้ว่าเป็นของปวงชนชาวไทย แต่รัฐสภามีอำนาจเป็นอย่างมากจะเห็นได้จากรัฐสภามีอำนาจในการตีความข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญ

แม้ว่า ทั้งเหตุผลของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และฝ่ายที่สนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีผู้สนับสนุนทั้งสองฝ่าย แต่ต้องยอมรับว่าบริบทของรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงไม่เหมือนกัน รัฐธรรมนูญในสมัยหนึ่งอาจไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมอีกยุคหนึ่ง รัฐธรรมนูญจึงต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมที่จะต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักการ มิฉะนั้นย่อมที่เกิดความไม่ชอบธรรมในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 อธิบายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ว่าสามารถแก้ไขโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมือง การปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้ไข รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตั้งอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ตามแนวทางของทฤษฎีซีเอเยส์ที่ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุด (pouvoir constituant) เรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญว่า “อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร”²³⁰ (pouvoir Constituant derive) และศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่าอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากอำนาจก่อตั้ง องค์กรทางการเมืองไม่อาจที่จะใช้อำนาจขัดต่ออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองได้ ดังนั้น รัฐสภา จึงไม่มีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีของซีเอเยส์เป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส เมื่อพิจารณา รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มาตรา 89 บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องให้ ประธานาธิบดีเป็นผู้ริเริ่มเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเพิ่มเติมต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาคือสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เมื่อทั้งสองสภาให้ความเห็นชอบโดยทุกถ้อยคำและถ้อย ความเป็นอย่างเดียวกันแล้วจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนลงประชามติ เพื่อขอความเห็นชอบ แสดงให้เห็นว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเองก็ต้องการให้ กลับไปให้ประชาชนลงประชามติเสียก่อน เพราะถือกันทางทฤษฎีว่าอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญ

²³⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*

เป็นอำนาจของประชาชน ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มาจาก การเสนอของรัฐบาล ประธานาธิบดีอาจจะขอให้ที่ประชุมร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาลงมติไม่น้อยกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียงเพื่อให้ผ่านร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ แม้ว่า เป็นอำนาจของการประชุมร่วมกันของทั้งสองสภา แต่ต้องเข้าใจด้วยว่า อำนาจของที่ประชุมร่วมกัน ของทั้งสองสภาไม่อาจที่จะมีการใช้อำนาจที่จะทำให้ขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในกรณี รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มาตรา 89 ที่ประชุมร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไม่ อาจมีมติในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจในการจัดตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ส่วนในประเทศที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากที่สุดในโลกคือ รัฐธรรมนูญ อินเดียปี ค.ศ. 1947 มีระดับการแก้ไขเพิ่มเติม 3 ระดับ ตั้งแต่การแก้ไขเพิ่มเติมที่ง่ายโดยวิธีการ เช่นเดียวกับการออกกฎหมายทั่วไป ระดับที่สองการแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องได้รับเสียงข้างมากไม่น้อย กว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ระดับที่สาม คือยากที่สุด จะต้องได้รับเสียง ข้างมากไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และต้องได้รับการให้สัตยาบัน จากสภานิติบัญญัติไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของรัฐ และรัฐสภาอินเดียถือว่ามีอำนาจที่จะแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญได้ทุกประการ แต่รัฐสภาอินเดียไม่เคยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญ รัฐสภาอินเดียมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียเฉลี่ยปีละ 2 ครั้ง รัฐสภาอินเดีย พยายามที่จะช่วงชิงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าตนเองมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญทุกประการ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอินเดียบางฉบับถูกศาลฎีกา อินเดียตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมไม่มีผลใช้บังคับอันเนื่องมาจากขัดต่อหลักการพื้นฐาน ครั้งแรก ในปี 1967 โดยคำพิพากษาคดี Golakh Nath v. The State of Punjab นอกจากนี้ ศาลฎีกาอินเดียจำกัด อำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอินเดียในคดี Kesavananda v. State of Kerala, 1973 ซึ่งมีการพิจารณาคดีโดยองค์คณะศาลฎีกาคณะใหญ่ที่สุดจำนวน 13 คน ศาลฎีกาอินเดียพิพากษาว่า บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอินเดียมาตรา 368 รัฐสภาไม่สามารถที่จะใช้เพื่อแก้ไขโครงสร้างพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภาอินเดียก็ยังออก กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 เพื่ออธิบายกำหนดว่าไม่มีข้อจำกัดในอำนาจของ รัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่การออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 42 ของรัฐสภาถูกศาลฎีกาตีความว่าใช้บังคับไม่ได้ในคดี Minerva Mills v. India

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ในประเทศต้นกำเนิดสภาร่างรัฐธรรมนูญเช่น สหรัฐอเมริกา ประเทศที่เป็นต้นกำเนิดแนวคิดทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นประเทศฝรั่งเศส หรือ ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญยาวที่สุดในโลกและมีการแก้ไขเพิ่มเติมมากที่สุดคือประเทศอินเดีย ยัง

ยอมรับหลักการประการหนึ่งว่า รัฐสภามีอำนาจจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ต้องยอมรับหลักการประการหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดซึ่งก่อตั้งองค์การทางการเมืองขึ้น องค์การที่ถูกก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญจะถูกจำกัดอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น รัฐสภา มีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่จะออกกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายด้วยตนเองมีเพียงอำนาจที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจตรากฎหมายหรือบังคับใช้กฎหมาย มีเพียงอำนาจการตีความวินิจฉัยชี้ขาดบทกฎหมาย และองค์การอื่นๆ ที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญก็จะมีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด แม้ว่าในประเทศไทยเคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมา 2 ครั้ง คือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 และสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 ต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหาร ไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับถาวร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มีลักษณะที่ให้อำนาจรัฐสภาเป็นสิทธิขาดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏอำนาจของรัฐสภาในการตีความรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งเจตนาของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่อยู่แล้ว ประกอบกับสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ก็มีใช้สภาร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดในสากลที่สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเช่นเดียวกับสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากการเลือกโดยรัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 จึงไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกับแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 แม้ว่าโดยหลักการรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถใช้อำนาจที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ต้องยอมรับประการหนึ่งว่าการสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สืบสายย้อนกลับไปที่เกิดขึ้นจากการทำรัฐประหารใน พ.ศ. 2534 และมีการออกธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จัดตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้มีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญและสภานิติบัญญัติแห่งชาติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 โดยในรัฐธรรมนูญเองยอมรับหลักการอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย แต่สถานการณ์ทางการเมืองที่มีการไม่ยอมรับในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นได้จากการเรียกร้องให้มีการปฏิรูป

การเมือง แม้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาถึง 5 ครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แต่กระแสสังคมยังคงมีเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองมาโดยตลอด มีข้อเสนอจากนักวิชาการให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และสุดท้ายในการเลือกตั้งทั่วไปวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2538 พรรคชาติไทยเสนอโครงการแก้ไขรัฐธรรมนูญจนกระทั่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดจนสามารถเป็นแกนนำจัดตั้งรัฐบาล นายบรรหาร ศิลปอาชา ขึ้นดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี จึงมีการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ในประเด็นนี้ เปรียบเสมือนกับประชาชนมอบอำนาจให้พรรคชาติไทยตามที่แถลงนโยบายเพื่อการปฏิรูปการเมืองโดยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หากจะพิจารณาตามหลักการที่ว่ารัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องเป็นไปตามหลักการของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ยอมรับหลักการอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย การที่พรรคชาติไทยได้เสียงข้างมากจนสามารถจัดตั้งรัฐบาลด้วยเหตุเพราะนโยบายการหาเสียงว่าจะปฏิรูปการเมืองและร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อาจมองได้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนนั้น ได้มอบหมายให้แก่รัฐสภาแล้ว โดยการเลือกพรรคชาติไทยเพื่อให้ดำเนินการปฏิรูปการเมืองและร่างรัฐธรรมนูญใหม่ตามที่มีการหาเสียง นอกจากนี้ ยังมีการเรียกร้องจากกระแสสังคมเพื่อให้มีการปฏิรูปการเมืองและร่างรัฐธรรมนูญใหม่อีกด้วย ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามหลักการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจมาแล้ว การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 จึงมีความชอบธรรมด้วยเหตุผลตามที่อธิบาย เมื่อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ การเรียกร้องเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงแนวคิดของกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มหนึ่งเท่านั้น จะถือว่าถึงขนาดที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนมอบหมายหรือเรียกร้องให้รัฐสภามีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ได้ การใช้อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงขาดความเชื่อมโยงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญเพื่อให้ใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์การตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น รัฐสภาจะดำเนินการเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เสียทีเดียวไม่ได้ แม้รัฐสภาจะอ้างถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญว่า ยังคงมีหลักการหรือโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเดิมทั้งหมด แต่ต้องถือว่าอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจของรัฐสภา หากจะเปรียบเทียบกับกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญฟีลาเดลเฟียของสหรัฐอเมริกา หรือการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศอินเดีย จะเห็นว่าการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงขั้นตอน

ในการร่างรัฐธรรมนูญ ก็คงต้องย้อนกลับไปที่จุดเริ่มต้นว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในปัจจุบันมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่การจัดให้มีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ใช่กรณีการร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำไปให้ผู้มีอำนาจสถาปนาลงประชามติดังเช่นรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ข้อสรุปของอำนาจรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คงมีว่า รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กร”²³¹ (pouvoir Constituant derive) รัฐสภาไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ เพราะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กลับไปเป็นของประชาชน แม้จะไม่มีบทบัญญัติที่เขียนไว้ชัดเจน แต่ตามหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนย่อมเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง ส่วนวิธีการใช้อำนาจของประชาชนสามารถกระทำได้โดยวิธีการที่แตกต่างกัน เช่น การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ หรือการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและให้สิทธิขาดแก่สภาร่างรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาฝ่าฝืนและยังคงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมมีผลเป็นการช่วงชิงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญจากประชาชน และจะกล่าวอ้างว่าการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแล้วจึงนำไปให้ประชาชนลงประชามติ ก็เป็นการขัดกับหลักการอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในปัจจุบันย่อมมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่การยอมให้มีการจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากจะให้รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องมีการบัญญัติไว้ชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญ เมื่อยังไม่มีบทบัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาจะเป็นผู้ริเริ่มในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ โดยหลักการแล้ว รัฐสภาจะต้องขออนุมัติจากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อดำเนินการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจะมีความชอบธรรมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 จึง

²³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย

เป็นการถูกต้องแล้ว รัฐสภาจึงควรที่จะทำประชามติเพื่อให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ หากมีการร่างรัฐธรรมนูญครั้งต่อไป เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ควรจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต้องมีการทำประชามติเพื่อแสดงถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชนอย่างแท้จริง



บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ศตวรรษที่ 18 เป็นยุคที่มีความรุ่งเรืองทางปัญญา มีนักปรัชญาที่มีชื่อเสียงเกิดขึ้นในยุคนี้มากมาย มนุษย์รู้จักการใช้เหตุผลมากกว่าความเชื่อตามแนวความคิดดั้งเดิม ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไม่สามารถที่จะตอบสนองต่อความต้องการของมนุษย์ แนวความคิดทางปรัชญาเกี่ยวกับการเคารพสิทธิมนุษยชน บัณฑิตชนนิยมทางการเมือง เสรีนิยม ขยายไปทั่วยุโรปในปลายศตวรรษที่ 18 กระทั่งเกิดเหตุการณ์ที่ถือว่าเป็นการปฏิวัติโลก 2 เหตุการณ์ เหตุการณ์แรกคือการประกาศเอกราชของ 13 อาณานิคมอังกฤษในทวีปอเมริกาเหนือปี ค.ศ. 1776 และร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1787 เหตุการณ์ที่สองคือ การปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 เหตุการณ์ทั้งสองมีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ในการศึกษากฎหมายมหาชน เพราะผลของการประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา และการร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รวมถึงการปฏิวัติฝรั่งเศส มีการนำเอาหลักแนวความคิดปรัชญาทางการเมืองมาบัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น การนำทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและแนวความคิดเสรีนิยมของจอห์น ล็อก มาร่างคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา โดยอธิบายว่าเหนือกษัตริย์ยังมีกฎหมายธรรมชาติ และมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติ การนำเอาทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตยของมองเตสกีเออ เป็นหลักการในการออกแบบรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เป็นต้น วิธีการเขียนรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญฟิลาเดลเฟียเป็นต้นแบบของการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีผลต่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นทั่วโลก การร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาส่งผลให้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานี้เป็นกฎหมายสูงสุดเมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ซีเอเยส์ ผู้เขียนหนังสือ "ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์.." (Essai sur les privilèges ค.ศ. 1789) และ "อะไรคือสามัญชน?" (Qu'es-ce que le Tiers Etat?) สังกัดรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแล้วนำมาอธิบายสรุปเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชน คือ การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) ซีเอเยส์อธิบายว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนมีรัฐธรรมนูญ อยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด

ไม่ผูกมัดกับอำนาจใด เป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ เป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ หรือเรียกว่าเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจนี้จึงอยู่เหนือรัฐธรรมนูญและองค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นตามรัฐธรรมนูญ อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจะกำหนดการใช้อำนาจขององค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญให้มีขอบอำนาจ มีกระบวนการใช้อำนาจ และกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจ อำนาจขององค์กรที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด ด้วยเหตุนี้ องค์กรที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญ กลับไปแก้รัฐธรรมนูญ เหมือนกับการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายทั่วไปไม่ได้ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่ อำนาจเดียวกับอำนาจในการออกกฎหมายทั่วไป แต่เป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจในการก่อตั้ง องค์กรก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เรียกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “อำนาจเปลี่ยนแปลง องค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร” (pouvoir constituant derivé) อำนาจนี้ถือเป็น อำนาจที่อยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ การแยกระหว่างอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และอำนาจ ขององค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง มีผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย สูงสุด และกำหนดขอบอำนาจที่จะใช้ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าอำนาจแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ และไม่ใช่อำนาจเดียวกับอำนาจนิติ บัญญัติ แนวคิดนี้ ทำให้รัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ไม่อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติทั่วไปมา แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องมีกระบวนการพิเศษต่างจากการใช้ อำนาจนิติบัญญัติ หากให้อำนาจนิติบัญญัติมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับ อำนาจในการออกกฎหมายทั่วไป ก็จะมีผลให้รัฐสภายุทธอำนาจของตนเองจนไม่สิ้นสุดและ รัฐสภาอาจออกกฎหมายยกเลิกหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญที่สร้างตนเองขึ้นมา

หลักการแนวคิดของซีเอเยต์ซึ่งพิจารณารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ว่ามีอำนาจ ก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในทางข้อเท็จจริงจะเห็นว่าสภา ร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเริ่มจากการประชุมที่ฟิลาเดลเฟียแต่ไม่ได้รับมอบอำนาจให้ร่าง รัฐธรรมนูญ แต่ที่ประชุมฟิลาเดลเฟียกลับร่างรัฐธรรมนูญใหม่แล้วนำไปให้สภากรองเกรสแห่ง ทวีปมีมติส่งไปให้แต่ละรัฐให้สัตยาบันจนกระทั่งรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ดังนั้น หากจะกล่าวว่ ประชาชนหลังการประกาศเอกราชของอเมริกาเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญก็คงกล่าวได้อย่างไม่แน่ ชัดเพราะขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญประชาชนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเนื่องจากการประชุมกันโดย ไม่มีอำนาจและเป็นความลับกระทั่งนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้รัฐแต่ละรัฐให้สัตยาบัน จึงทำให้ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีผลใช้บังคับ ดังนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเกิดจากอำนาจของรัฐ ที่ให้สัตยาบันมากกว่าที่จะเป็นอำนาจของประชาชนหลังการประกาศเอกราช หากจะกล่าวว่าเป็น อำนาจของประชาชนก็ต้องเป็นอำนาจโดยอ้อมของประชาชนที่เลือกที่ประชุมแห่งรัฐในการลงมติ

ว่าจะให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ และนอกจากนี้ ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาสะท้อนถึงแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเอง ในมาตรา 5 กำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกจะต้องเริ่มต้น โดยการร้องขอจากจำนวนสองในสามของสมาชิกสภาองเกรสหรือจำนวนสองในสามของสภานิติบัญญัติของรัฐเป็นผู้มีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากจำนวนสามในสี่ของสภานิติบัญญัติของรัฐ ซึ่งหากพิจารณาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้นเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 7 กำหนดว่ารัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับเมื่อได้รับการให้สัตยาบันจาก 9 มลรัฐ ใน 13 มลรัฐ หากเทียบเป็นสัดส่วนกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะมีจำนวนที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งสะท้อนแนวความคิดหลักที่ว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุด และอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงองค์กรสูงสุดในทางการเมืองจึงจะต้องได้รับการให้สัตยาบันในจำนวนที่ใกล้เคียงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญก็อาจจะใช้วิธีการโดยการขอสัตยาบันจากมลรัฐต่างๆ เพื่อให้ความเห็นชอบได้ โดยไม่ถือว่าเป็นอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้อำนาจขัดต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศส แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในสมัยการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 โดยนักปรัชญาทางการเมืองซีเอเยส์ แนวความคิดของซีเอเยส์ได้แพร่กระจายในหมู่ชนฝรั่งเศสและเห็นได้ชัดว่ามีอิทธิพลต่อการปฏิวัติฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1789 ซึ่งต่อมาในการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสครั้งแรกคือรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1791 ซึ่งร่างโดยสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) ถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชนในช่วงเวลาดังกล่าวอิทธิพลทางความคิดของซีเอเยส์มีอยู่ในสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) พื้นฐานของสมัชชาแห่งชาตินี้มาจากการเลือกตั้งจากผู้แทนในท้องถิ่น แม้เดิมการเลือกตั้งผู้แทนเพื่อเข้าร่วมในสภานั้นนครจะมีได้มีจุดประสงค์ที่จะร่างรัฐธรรมนูญ แต่ภายหลังจากที่ฐานันดรที่สามกลายเป็นมาเป็นสมัชชาแห่งชาติ มีเหตุการณ์ที่ทำให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชนคือ การที่ประชาชนก่อการปฏิวัติในวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1789 ด้วยการบุกทำลายคุกบาสติลส์อันเป็นสัญลักษณ์แห่งการกดขี่ข่มเหง เมื่อประชาชนก่อการจลาจล และพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ไม่อาจที่จะต้านทานพลังของประชาชน จึงทรงยอมรับสถานะของสมัชชาแห่งชาติ (L'Assemblée nationale constituante) และการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญจึงเริ่มขึ้นด้วยจากความต้องการของประชาชนที่จะลดบทบาทของกษัตริย์ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาปกครองโดยมีกษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมาจากประชาชน

แนวความคิดนี้ถ่ายทอดต่อมายังการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในยุคต่อมาอีก ในสมัยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1848 เป็นผลจากการปฏิวัติในเดือนกุมภาพันธ์ปี ค.ศ. 1848 เพื่อล้มล้างการปกครองของกษัตริย์ฟิลิปป์ เมื่อพระเจ้าฟิลิปป์ลาออก จึงมีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวและออกรัฐบัญญัติเพื่อให้ประชาชนเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถือว่ามาจากประชาชนเช่นกันเพราะเดิมทีประชาชนก่อจลาจลขับไล่พระเจ้าฟิลิปป์ กระทั่งมีการตั้งรัฐบาลชั่วคราวเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยวิธีการให้ประชาชนเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 4 เกิดขึ้นจากอำนาจของประชาชนเช่นกัน โดยประชาชนเป็นผู้ลงประชามติให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่และประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง ทั้งร่างรัฐธรรมนูญที่ให้ความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติเพื่อขอความเห็นชอบเสียก่อน รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสคือรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 แม้จะไม่ได้ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการร่างโดยคณะกรรมการพิเศษที่จัดตั้งขึ้น แต่ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติเพื่อขอความเห็นชอบเสียก่อน อำนาจของนายพลเดอโกลล์นี้ได้รับมาจากรัฐสภาที่ให้นายพลเดอโกลล์มีอำนาจเต็มในการแก้ไขปัญหาของฝรั่งเศสภายใน 6 เดือน และรวมถึงให้อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญไว้ แต่สุดท้ายอำนาจในการให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญก็มาจากประชาชน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสถือหลักกันมาตลอดว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชน ในกรณีที่ หากจะมีการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสขึ้นใหม่โดยวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในทางหลักการ เมื่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับการสถาปนาจากอำนาจของประชาชน การร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยวิธีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงต้องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจประชาชน รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่มีบทบัญญัติในมาตรา 89 บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยกำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมให้ริเริ่มโดยประธานาธิบดีตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา และเมื่อสภาผู้แทนและวุฒิสภาเป็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมในทุกถ้อยคำและถ้อยความแล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนลงประชามติ แต่หากเป็นร่างที่เสนอโดยรัฐบาล ประธานาธิบดีแห่งรัฐร้องขอให้ที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภามีมติ จะต้องมิฉะนั้นเห็นชอบมากกว่าสามในห้าของผู้ออกเสียง เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็จะเห็นว่า เฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติเท่านั้นที่จะเรียกว่าเป็นการได้รับความเห็นชอบจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ให้ที่ประชุมร่วมกันทั้งสองสภาลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่าสามในห้าไม่อาจถือว่าเป็นการได้รับความเห็นชอบจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศสหากจะมีการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐสภาไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุด อังกฤษปลดปล่อยให้รัฐได้อาณานิคมเป็นอิสระ ประเทศอังกฤษปกครองอินเดียมานานกว่า 50 ปี จนกระทั่ง ค.ศ. 1946 อังกฤษจึงออกพระราชบัญญัติให้เอกราชแก่อินเดีย ค.ศ. 1947 และกำหนดว่าอินเดียจะมีเอกราชโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ซึ่งวิธีการร่างรัฐธรรมนูญของอินเดียมีลักษณะเช่นเดียวกับสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียประกอบไปด้วยตัวแทนจากรัฐต่างๆ ที่อยู่ในปกครองของอังกฤษ โดยสถานิติบัญญัติของแต่ละรัฐจะเลือกตัวแทนเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญคล้ายกับสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในกรณีของอินเดียจะเห็นว่าอังกฤษเป็นผู้จัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่วิธีการร่างรัฐธรรมนูญและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียโดยเฉพาะ อังกฤษมิใช่เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญให้แก่อินเดีย และไม่มีตัวแทนของอังกฤษนั่งอยู่ในสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียเลย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียจึงเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นในสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดียอันประกอบไปด้วยตัวแทนจากรัฐต่างๆ ที่เคยอยู่ในปกครองของอังกฤษ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญอินเดียมีลักษณะพิเศษที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียมีระดับความยากง่ายในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 กำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น 3 ระดับ ระดับแรกมีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกับการออกกฎหมายทั่วไป ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะนี้จะเขียนไว้ในมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ โดยให้อำนาจรัฐสภาในการออกกฎหมายทั่วไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทันที ระดับที่สอง ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษในรัฐธรรมนูญอินเดียปี ค.ศ. 1950 มาตรา 368 โดยมีกระบวนการเสนอและการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างจากการออกกฎหมายทั่วไป โดยจะต้องได้คะแนนเสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา การแก้ไขเพิ่มเติมระดับที่สองนี้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั่วไปนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในมาตรานั้นให้สามารถแก้ไขได้โดยการออกกฎหมายทั่วไป ดังนั้น หากรัฐสภาอินเดียจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องทั่วไป ก็สามารถใช้วิธีการนี้ ระดับที่สามคือการแก้ไขเพิ่มเติมที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญอินเดียปี ค.ศ. 1950 มาตรา 368 ว่าหากรัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมสิ่งเหล่านั้นนอกจากจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 แล้วยังจะต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยสถานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับจำนวนตัวแทนในรัฐสภาของรัฐ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์วิธีการในมาตรา 368 ซึ่งก็คือการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในกรณีของอินเดียจะเห็นว่า แม้ว่ารัฐสภาอินเดียจะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย แต่รัฐธรรมนูญอินเดียกำหนดว่าสิ่งใดบ้างที่จะ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการใช่วิธีการทางรัฐสภา ซึ่งแบ่งแยกระดับความยากง่ายและความสำคัญของการแก้ไข การแก้ไขที่ยากที่สุดคือการแก้ไขที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง เมื่อเทียบกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนของรัฐต่างๆ ก็จะเห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่อาจใช้อำนาจได้เท่ากับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น โดยหลักการแล้ว รัฐสภาอินเดียไม่อาจที่จะออกกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาอินเดียประสงค์จะร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ย่อมที่จะต้องขอความเห็นชอบจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดีย นั่นคือต้องขอความเห็นชอบจากรัฐทั้งหมดในอินเดีย รัฐสภาอินเดียจึงจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

สำหรับการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทย มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาแล้ว 3 ครั้ง มีที่มาแตกต่างกัน ดังนี้ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อนำหลักอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญพิจารณาประกอบการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสามกรณี จึงสามารถสรุป ได้ดังนี้

1.1 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 แม้จะมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 แต่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยคณะรัฐประหารประสงค์ที่จะให้อำนาจแก่รัฐสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2491 ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดต่ออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

1.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 โดยการออกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้ใช้เป็นฉบับถาวร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงน่าจะขัดต่อหลักการองค์การที่ได้รับมอบอำนาจในการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ช่วงชิงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมนอกขอบเขต หรือนอกเหนือจากอำนาจที่ได้รับมาจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งยอมรับหลักการอำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งแม้จะเกิดขึ้นจากการรัฐประหารแต่เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 อย่างเป็นทางการแล้วต้องถือว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกลับมาอยู่ที่ประชาชน จากนั้น เมื่อประชาชนเรียกร้องให้ปฏิรูปการเมือง กระทั่งมีการเลือกตั้งทั่วไป พรรคชาติไทยที่นำเสนอนโยบายการปฏิรูปการเมืองด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ได้รับการเลือกตั้งให้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสูงสุดจนเป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล รัฐสภาจึงตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ อาจพิจารณาได้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองซึ่งมาจากประชาชนได้มอบอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญให้แก่รัฐสภาผ่านการเลือกตั้งที่เสนอนโยบายร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การที่รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2539 จึงมีฐานการที่มีความชอบธรรมและสามารถเชื่อมโยงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

1.3 สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 มาจากการทำรัฐประหารและคณะรัฐประหารตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 โดยผู้สถาปนารัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเสียคราวเดียวกับการออกรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่มีปัญหาเกี่ยวแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

เมื่อสรุปถึงอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ในอดีตของประเทศไทย นำมาพิจารณากับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา สามารถวิเคราะห์ได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ซึ่งมีที่มาจากการทำรัฐประหาร และเป็นรัฐธรรมนูญที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือคณะรัฐประหาร เพราะเมื่อคณะรัฐประหารยึดอำนาจแล้วจึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ โดยการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหารคือการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมอบอำนาจแก่สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้สภาร่างรัฐธรรมนูญก่อตั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ

รัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อันได้แก่ คณะรัฐมนตรี รัฐสภา องค์กรอิสระต่างๆ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น องค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีขอบเขต และวิธีการ และเนื้อเรื่องของอำนาจตามที่อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองกำหนดซึ่งแสดงออกโดยวิธีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ผลของหลักการนี้คือ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านี้จึงไม่อาจใช้อำนาจในทางขัดหรือทำลายอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรือขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลทำให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต่อไปในอนาคตเท่ากับยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม การแก้ไขรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมเป็นการช่วงชิงอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมาไว้ที่รัฐสภา

หากเปรียบเทียบกับกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในปัจจุบันมีลักษณะคล้ายกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้อำนาจสิทธิขาดแก่รัฐสภาในการดำเนินการเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับต่างมีปัญหาเรื่องความชอบธรรมในการใช้บังคับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นผลมาจากรัฐประหารเดือนกุมภาพันธ์ 2534 และมีปัญหาการสืบทอดอำนาจของคณะรัฐประหาร จนมีการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองและร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ต่อมาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สืบเนื่องจากประชาชนเลือกพรรคชาติไทยที่เสนอนโยบายการปฏิรูปการเมืองโดยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จนเมื่อพรรคชาติไทยได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากในสภา จึงดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประเด็นนี้เป็นความสืบเนื่องของความชอบธรรมที่รัฐสภาถือว่าได้รับมอบอำนาจจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นผลมาจากรัฐประหารเดือนกันยายน 2549 แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ประกาศใช้บังคับแล้ว ถือว่ามีการคืนอำนาจให้แก่ประชาชน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงกลับไปเป็นของประชาชน แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังไม่ปรากฏเหตุความชอบธรรมว่าประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ยินยอมหรือมอบอำนาจให้แก่รัฐสภาดำเนินการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ประเด็น การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะเหตุว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญคืออำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ มิใช่อำนาจเกี่ยวแก่กระบวนการตรารัฐธรรมนูญ การลงประชามติของประชาชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นเพียงกระบวนการตรารัฐธรรมนูญอันทำให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับซึ่งต่างจากการลงประชามติในประเทศฝรั่งเศส อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริงอยู่ที่อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีที่แท้จริงคือผู้มีอำนาจในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 ซึ่งแท้จริงก็คือคณะรัฐประหารมีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2549 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หากพิจารณาตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่านการลงมติของประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญนี้ ในตรรกะที่กลับกัน หากประชาชนไม่ได้ลงมติให้รับรองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่กลับกลายเป็นว่า คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เคยใช้บังคับมาแล้วมาปรับปรุงแล้วประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญต่อไป ก็ไม่น่าจะถือว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติร่วมกับคณะรัฐมนตรีเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญเพราะเป็นแต่เพียงขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น ประเด็นต่อมา การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าควรให้มีการประชามติจากประชาชนเสียก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญก็เพื่อความชอบธรรมของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพราะต้องยอมรับว่า เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้กลายเป็นอำนาจของประชาชน เพราะตัวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่ยอมรับอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เมื่อถือว่าอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนจึงถือว่าอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองได้กลายมาเป็นของประชาชนเช่นกัน ดังนั้น หากจะมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงต้องคำนึงถึงเจ้าของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจ

สถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริงคือประชาชน การที่ศาลรัฐธรรมนูญออกคำวินิจฉัยแนะนำควรวินิจฉัยให้มีการลงประชามติสอบถามประชาชนเสียก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงชอบธรรมแล้ว

2. ข้อเสนอแนะ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ว่ารัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมจะขัดต่อหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่เหนือกว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจที่ขัดหรือทำลายอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจของรัฐสภา รัฐสภาควรดำเนินการดังนี้

2.1 การทำประชามติก่อนร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐสภาควรวินิจฉัยให้มีการทำประชามติของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการทำรัฐประหารแล้วตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เดิมทีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับนั้นมาจากคณะรัฐประหาร แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้วย่อมเป็นการคืนอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนโดยถ่ายทอความยังบทบัญญัติต่างๆ เปรียบเสมือนเป็นการคืนอำนาจให้แก่ประชาชน และต้องถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เคยถูกใช้โดยคณะรัฐประหารกลับมาเป็นของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้เป็นที่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญในยุคนั้นไม่อาจที่จะผูกมัดบุคคลในอีกยุคหนึ่ง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญต้องสามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป แต่การที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะต้องให้ผู้ที่เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นผู้ตัดสินใจ เมื่อยอมรับในปัจจุบันว่าประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยถืออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน การตัดสินใจว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ จึงต้องสอบถามประชาชนเสียก่อน การที่รัฐสภาออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญไปโดยไม่สอบถามประชาชนจึงเป็นการกระทำที่

เปรียบเสมือนกับการแข่งขันอำนาจในการตัดสินใจในการร่างรัฐธรรมนูญใหม่มาอยู่ที่รัฐสภา แม้รัฐสภาจะกล่าวอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นเพียงการแก้ไขวิธีการในการจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน แต่การกระทำของรัฐสภามีผลเป็นการตัดสินใจแทนประชาชนเป็นขั้นตอนแรกกว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ โดยแท้จริงแล้ว รัฐสภาควรทำความเข้าใจว่าอำนาจในการตัดสินใจให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่กับกระบวนการขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญเป็นคนละขั้นตอนกัน การตัดสินใจให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่มีผลเท่ากับเป็นการริเริ่มกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสก็จะเห็นชัดเจนในยุคที่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อฝรั่งเศสได้รับการปลดปล่อยจากประเทศเยอรมัน นายพลเดอโกลล์ทำประชามติเสียก่อนที่จะมีการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อสอบถามประชาชนว่าจะใช้รัฐธรรมนูญเก่าบังคับต่อไปหรือจะให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งก็จะเห็นต่อไปว่าการทำประชามติก่อนการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ นายพลเดอโกลล์สอบถามประชาชนสองคำถามคือคำถามแรก จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ คำถามที่สองคือ จะให้สภานิติบัญญัติที่เลือกตั้งเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น จะเห็นว่า การตัดสินใจในการให้มีรัฐธรรมนูญใหม่ เป็นคนละขั้นตอนกับวิธีการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น โดยแท้จริงแล้ว การตัดสินใจที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นคนละส่วนและแยกออกจากกันได้กับกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อย้อนกลับพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน การตัดสินใจว่าจะมีรัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงต้องมาจากการตัดสินใจของประชาชน โดยการประชามติจะต้องมีผลเป็นเด็ดขาด ไม่มีผู้ใดหรืออำนาจใดที่จะมาขึ้นอยู่กับเห็นชอบการทำประชามติ ผลการประชามติจะต้องมีผลเป็นสองทาง คือ เห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ หรือไม่เห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ หากผลการลงประชามติไม่เห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ จะต้องไม่มีองค์กรใดที่สามารถทบทวนหรือโต้แย้งผลของประชามตินี้ และรัฐสภาต้องปฏิบัติตามผลประชามตินี้ เพียงแต่หากต่อไปในอนาคตอาจมีการให้ทำประชามติใหม่อีกภายในระยะเวลาอันสมควรเมื่อมีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป หากผลประชามติมีผลว่าเห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐสภาจึงจะดำเนินการเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ส่วนวิธีการร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นอย่างไร จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือการตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาคนละส่วนกัน

2.2 หลักเกณฑ์การทำประชามติของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

การที่รัฐสภาจะให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อาจให้มีการประชามติเกี่ยวกับวิธีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เสียคราวเดียวกันเพื่อให้ประชาชนแสดงความต้องการที่แท้จริงในการร่างรัฐธรรมนูญ การประชามติว่าเมื่อเห็นชอบให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่แล้ว ประชาชนประสงค์ที่จะให้ใช้วิธีการอย่างไรในการร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีทางเลือกให้แก่ประชาชนผู้ออกเสียงประชามติ เช่น ให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยประชาชน หรือให้รัฐสภาเป็นผู้เลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญ การให้ประชาชนเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรงย่อมมีผลดีในแง่ที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถใช้สิทธิแสดงความต้องการได้โดยตรง แต่จะมีค่าใช้จ่ายที่ต้องดำเนินการ หากให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจในการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีข้อดีในแง่การประหยัดค่าใช้จ่าย แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีความเกี่ยวข้องกับนักการเมืองผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง รัฐสภาอาจเลือกคนที่เข้าไปเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาผลประโยชน์ของนักการเมือง

การทำประชามติจะต้องไม่ใช่เป็นเพียงแค่การสอบถามความเห็นของประชาชน การทำประชามติจะต้องมีผลเป็นการตัดสินใจของประชาชน ในการทำประชามติอาจไม่ต้องลงรายละเอียดมากมายที่จะต้องให้ประชาชนตัดสินใจ แต่ต้องมีรายละเอียดที่สำคัญๆ เป็นจำนวนพอสมควร ประการแรกที่จะเป็นคำถามสำคัญคือ การตัดสินใจที่จะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนนี้ ส่วนคำถามสำคัญอื่นๆ ได้แก่ วิธีการร่างรัฐธรรมนูญ วิธีการร่างรัฐธรรมนูญมีหลายวิธีขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของการร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในระบอบประชาธิปไตยต้องยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชน การแสดงออกถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการร่างรัฐธรรมนูญแสดงออกได้ตั้งแต่การเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการจัดให้มีการลงประชามติยอมรับในร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำขึ้นแล้ว แต่ต้องยอมรับประการหนึ่งว่า การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมมีค่าใช้จ่ายที่พอสมควรเพราะเป็นการจัดการเลือกตั้งทั่วไป แต่การให้รัฐสภาเป็นผู้เลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นวิธีที่ประหยัดค่าใช้จ่าย ซึ่งขั้นตอนนี้อาจให้มีการทำประชามติเสียในคราวเดียวกับการทำประชามติว่าจะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ การทำประชามติควรจะต้องรวมไปถึงการมอบอำนาจในการตัดสินใจขั้นตอนสุดท้ายว่าจะให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับอย่างไร ในกรณีที่มิทำประชามติว่าจะให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญก็จะต้องสอบถามต่อไปว่า จะให้อำนาจสภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญไปเสียทีเดียวโดยไม่ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญมาลงประชามติอีกครั้ง หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญมีเพียงอำนาจในการยกร่างรัฐธรรมนูญและต้องทำร่างรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนลงประชามติอีกครั้งเพื่อความเห็นชอบให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ สำหรับใน

กรณีที่ทำประชามติมีผลให้เป็นการเลือกตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ การที่จะให้อำนาจสภาว่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการที่จะให้ความเห็นชอบให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับถือว่าเป็นการมอบอำนาจโดยเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรงซึ่งในต่างประเทศ เช่น ประเทศอินเดียเมื่อมีการจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญ สภาว่างรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจที่จะลงมติให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญให้มีผลใช้บังคับโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากมลรัฐอีก หรือรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1791 และปี ค.ศ. 1848 การให้สภาว่างรัฐธรรมนูญมีข้อดีที่ทำให้ประหยัดเวลาและไม่เสียค่าใช้จ่ายในการที่จะต้องทำประชามติอีกครั้ง แต่สำหรับในกรณีที่หากมีการทำประชามติแล้วผลการลงประชามติบอกให้รัฐสภาเป็นผู้เลือกสภาว่างรัฐธรรมนูญ หรือให้รัฐสภาเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญเสียเอง ควรที่จะกำหนดให้มีการลงประชามติของประชาชนเพื่อให้เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลงมติให้ความเห็นชอบเสียอีกคราวหนึ่งเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและถือว่าเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมมากขึ้นในการยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ

2.3 การบัญญัติวิธีการร่างรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ

การร่างรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ แม้ว่าจะประสงค์ที่จะให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นการถาวรตลอดไป แต่ต้องยอมรับว่าเมื่อสภาพของสังคมเปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญที่ร่างกันมาในสมัยอดีตอาจไม่สามารถตอบสนองกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญในยุคหนึ่งอาจเป็นที่พอใจแก่ประชาชนในสมัยนั้น แต่เมื่อเหตุปัจจัยทั้งหลายเปลี่ยนแปลงไป เช่น แนวความคิดของผู้คนในสังคมเปลี่ยนแปลงไป สภาพเศรษฐกิจ การเมือง วัฒนธรรม วิถีชีวิต หากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ต้องการเปลี่ยนแปลงมีเพียงจำนวนเล็กน้อย อาจใช้วิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่หากความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติมีเป็นจำนวนมาก หรือต้องการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในระบบการปกครองหรือรัฐธรรมนูญ ก็อาจต้องใช้วิธีการยกเลิกรัฐธรรมนูญเก่าแล้วร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นใช้บังคับแทน ในทางทฤษฎีการยกเลิกรัฐธรรมนูญมี 2 วิธีการคือ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ คือ การปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งจะเกิดได้หลายกรณี เช่น ในสภาพที่รัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะตอบสนองความต้องการของสังคมหรือตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีปัญหาเรื่องการบังคับใช้ จนทำให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองหรืออาจเกิดจากความไม่พอใจในระบอบการปกครองหนึ่ง จึงมีการล้มล้างการปกครองในระบอบเดิมเพื่อก่อตั้งระบอบการปกครองขึ้นใหม่ การเกิดปฏิวัติหรือรัฐประหาร ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จย่อมอยู่ในฐานะรัฐาธิปัตย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและคำสั่งของรัฐาธิปัตย์มีฐานะเป็นกฎหมาย รัฐาธิปัตย์มีอำนาจในการยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมและประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ แต่ถ้าเกิดการปฏิวัติจากประชาชนก็ถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาจากประชาชน ประชาชนล้ม

ดังการปกครองในระบอบเดิมทำให้รัฐธรรมนูญเดิมถูกยกเลิกไป ส่วนการยกเลิกอีกวิธีการหนึ่งคือ การยกเลิกโดยวิธีทางตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นการออกรัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม การยกเลิกโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจะมีให้เห็นเป็นตัวอย่างคือ ประเทศฝรั่งเศส ที่มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในสมัยจักรวรรดิที่ 1 มาเป็นการปกครองระบอบสาธารณรัฐที่ 2 ซึ่งมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมโดยการปฏิวัติและมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ปี ค.ศ. 1848 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ สำหรับในประเทศไทยเราจะเห็นการทำรัฐประหารบ่อยครั้ง โดยครั้งแรกการรัฐประหาร พ.ศ. 2489 คณะรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490 คณะรัฐประหาร พ.ศ. 2494 ทำยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และอีกหลายครั้งต่อมากระทั่งครั้งสุดท้ายคณะรัฐประหาร พ.ศ. 2549 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ส่วนการยกเลิกโดยวิธีทางกฎหมาย มีตัวอย่างในประเทศไทยให้เห็นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ตามตัวอย่างที่แสดงให้เห็นรัฐธรรมนูญอาจถูกยกเลิกโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง แต่ผลกระทบที่ตามมาจากทั้งสองวิธีการนั้นมีผลแตกต่างกัน การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญหรือวิธีทางนอกกฎหมาย คือ การปฏิวัติหรือรัฐประหารย่อมก่อให้เกิดความสูญเสียในหลายด้าน การปฏิวัติหรือรัฐประหารประการแรกย่อมเกิดจากการใช้กำลังบังคับเอา อาจเป็นผลมาจากความไม่พอใจของประชาชนต่อระบอบการปกครองหรือประชาชนเห็นว่ารัฐบาลไม่มีความชอบธรรมในการปกครองไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือการที่ทหารเห็นว่ารัฐบาลไม่มีความชอบธรรมในการใช้อำนาจปกครอง ประชาชนหรือทหารจึงต้องการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล แต่เมื่อไม่อาจใช้วิธีทางรัฐธรรมนูญ จึงอาจก่อให้เกิดการใช้กำลังบังคับซึ่งอาจต้องมีการเสียเลือดเนื้อ เสียชีวิตของประชาชนเป็นจำนวนมาก อาจมีทั้งผู้ที่เห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับรัฐบาล เกิดการปะทะกันระหว่างกลุ่มผู้ที่สนับสนุนและต่อต้าน การปะทะกันระหว่างกำลังทหารกับประชาชน ตามที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วในอดีต ผลเสียที่สำคัญประการต่อไปคือการสูญเสียทางเศรษฐกิจทั้งทรัพยากรทางบุคคล ทรัพยากรวัตถุ ความเชื่อมั่นทางเศรษฐกิจที่มีต่อประเทศชาติ ความยอมรับนับถือของนานาชาติ ซึ่งแสดงว่าการปฏิวัติหรือรัฐประหารส่วนใหญ่แล้วจะก่อให้เกิดความสูญเสียที่ตามมาอย่างมากมาย ส่วนการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางแห่งกฎหมายไม่ก่อให้เกิดความสูญเสียใดๆ แก่ชีวิต และเศรษฐกิจของประชาชนรวมทั้งจะมีการยอมรับจากนานาชาติ การยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมอาจเกิดจากความคิดเห็นที่พร้อมกันภายในประเทศว่ารัฐธรรมนูญฉบับเดิมมีบทบัญญัติที่สมควรที่จะเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญเป็นจำนวนมาก จึงมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทน การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางแห่งกฎหมายจึงให้ผลที่ดีกว่าการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ การร่างรัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม

ในยามที่ประชาชนหรือสังคมต้องการความเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขโดยวิธีการร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสม

คำถามที่สำคัญคือ รัฐธรรมนูญควรมีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ในทางหลักการการกระทำทางกฎหมายจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่ในรูปแบบและวิธีการเดียวกันกับที่จัดทำขึ้นมา รัฐธรรมนูญก็จะแก้ไขจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการจัดทำและใช้รูปแบบกระบวนการที่จัดทำขึ้นมา กรณีของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองอาจใช้หลักการเดียวกับรูปแบบและวิธีการที่จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นไม่ได้เสมอไป รัฐธรรมนูญอาจมีกำเนิดขึ้นมาจากหลายวิธีการเช่น รัฐธรรมนูญที่ประมุขเป็นผู้ประทานให้ รัฐธรรมนูญที่เกิดจากคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร รัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิวัติของประชาชน และเมื่อรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นมาแล้ว แนวความคิดในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับย่อมที่จะแตกต่างกันอีก เช่น รัฐธรรมนูญที่ประมุขของรัฐเป็นผู้ประทานให้อาจเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นระบอบปรมิตาธิปไตยราชาธิปไตยกษัตริย์ยงคงสงวนอำนาจบางประการไว้ รัฐธรรมนูญที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐธรรมนูญที่เกิดจากคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารอาจกลายเป็นรัฐธรรมนูญที่รวมอำนาจเผด็จการไว้ที่คณะปฏิวัติเท่านั้น หรือรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิวัติของประชาชนถือว่าอำนาจให้รัฐธรรมนูญมาอยู่ที่ประชาชน หากใช้หลักการการกระทำทางกฎหมายจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่ในรูปแบบและวิธีการเดียวกันกับที่จัดทำขึ้นมา การที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญที่เกิดจากคณะปฏิวัติหรือรัฐประหาร หรือรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากประชาชนจะต้องแก้ไขยกเลิกโดยวิธีการปฏิวัติหรือรัฐประหารเสียก่อนก็ย่อมที่จะไม่ถูกต้องเสียทีเดียว และทั้งนี้จะเกิดความวุ่นวายตามมา ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่มีได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ จึงมักจะมีปัญหาที่ตามมาว่า หากจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะต้องทำอย่างไร ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญหลายลักษณะอันแรกของโลกในปี ค.ศ. 1787 และใช้บังคับมาจนปัจจุบันก็ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ มีเพียงบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่าสามในสี่ หรือที่ประชุมของสภามลรัฐจำนวนไม่น้อยกว่าสามในสี่ซึ่งมีจำนวนที่ใกล้เคียงที่สุดกับการให้สัตยาบันในครั้งแรกของการใช้รัฐธรรมนูญบังคับในปี ค.ศ. 1787 ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอเมริกาซึ่งมีที่มาจากรัฐต่างๆ โดยการให้ความเห็นชอบจาก 9 ใน 13 รัฐ ซึ่งมีจำนวน 3 ใน 4 เท่ากับบทบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หากสภากรองเกรสของสหรัฐอเมริกาจะแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ย่อมกระทำได้เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นบทบัญญัติที่

สะท้อนถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ให้ความยินยอมไว้แล้วและการให้สัตยาบันตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่มีจำนวนเพียงพอต่อการถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ดั้งเดิมนั้นเอง ส่วนในกรณีของประเทศฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ประเทศฝรั่งเศสถือแนวความคิดของซีเอเอสว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน ดังจะเห็นว่า ในการร่างรัฐธรรมนูญหลายครั้งของฝรั่งเศสจะมีการทำประชามติเสียก่อนว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการลงประชามติเพื่อยอมรับการร่างรัฐธรรมนูญ หากประเทศฝรั่งเศสจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่สิ่งที่เป็นวัฒนธรรมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสคือการลงประชามตินั้นเอง ทั้งบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ให้มีการทำประชามติเสียก่อนที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ รัฐสภาฝรั่งเศสเองจะไม่มีอำนาจโดยพลการในการที่จะตัดสินใจว่าจะร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ส่วนรัฐธรรมนูญอินเดียปี ค.ศ. 1950 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียเกิดจากการที่ประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียก็ไม่สามารถที่จะทำการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียไม่สะท้อนถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอินเดียมาจากการรวมตัวกันเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอินเดีย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดียปี ค.ศ. 1950 มาตรา 368 มีเพียงต้องการความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติของรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่ง อินเดียจึงมีปัญหาเช่นเดียวกับประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ มีเพียงมาตรา 291 ที่ให้อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยใช้เสียงในรัฐสภาเกินกว่ากึ่งหนึ่งซึ่งไม่อาจสะท้อนว่าเป็นที่มาของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เมื่อไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมไม่อาจที่จะทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงย่อมที่จะเกิดปัญหาขึ้นหากสภาพสังคม ประชาชน มีความต้องการที่จะร่างรัฐธรรมนูญใหม่ การถกเถียงย่อมที่จะเกิดขึ้น โดยทันทีว่าใครเป็นผู้มีอำนาจใจการสถาปนารัฐธรรมนูญดังที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามที่มีผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าการที่รัฐสภายื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีความเห็นจากนักวิชาการในประเทศไทยทั้งสนับสนุนและคัดค้านการกระทำของรัฐสภา กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ว่าการที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แต่กว่าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 มีความพยายามกดดันศาล

รัฐธรรมนูญด้วยวิธีการต่างๆ มีการโต้แย้งจากหลายฝ่าย แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับแล้ว แต่ก็ยังมีบางฝ่ายไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมเป็นอย่างมาก ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ในประเด็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชน จากปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเพราะเมื่อมีความต้องการที่จะร่างรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ รัฐสภายังคิดว่าตนเองมีอำนาจกระทำได้ทั้งที่โดยความเป็นจริงแล้ว รัฐสภาเป็นเพียงองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ รัฐสภาย่อมมีอำนาจที่จำกัดเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น รัฐสภาย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำการตัดสินใจยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ตั้งรัฐสภาขึ้นมา ปัญหาข้อขัดแย้งนี้จะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญเขียนไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเป็นการระบุอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ความขัดแย้งในทางการเมือง ความขัดแย้งระหว่างประชาชนด้วยกันเอง และผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติก็จะมีคามมั่นในต่อระบบการเมืองไทยมากยิ่งขึ้น การมีบทบัญญัติว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญจะทำให้เกิดความมั่นคงในทางการเมืองอย่างต่อเนื่อง และการทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารก็จะลดลงเพราะเหตุว่าสามารถที่จะหาทางออกให้แก่การเมืองด้วยการให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจต่อปัญหาของรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ต่อไปในอนาคตไม่ว่าด้วยเหตุใด ควรบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรให้มีกรณิการประชามติโดยประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่โดยชัดเจน เพื่อป้องกันการใช้อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และเป็นการกำหนดผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้ในตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติเป็นหมวดว่าด้วยการประชามติเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

“หมวดว่าด้วยการร่างรัฐธรรมนูญ

การร่างรัฐธรรมนูญให้มีหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) การเสนอเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ให้มาจาก คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวน ไม่น้อยกว่าสาม ในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

การเสนอร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้

(2) เมื่อมีการเสนอให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบแก่การร่างรัฐธรรมนูญ

(3) ถ้าประชาชนผู้มาใช้สิทธิลงคะแนนโดยเสียงข้างมากเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ออกเสียงประชามติเห็นชอบให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในกรณีประชาชนผู้มาใช้สิทธิลงคะแนนโดยเสียงข้างมากมีคะแนนเสียงเห็นชอบ ไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ ให้การเสนอเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป

(4) การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และเป็นการเลือกตั้งโดยลับ

(5) หลักเกณฑ์วิธีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

(6) เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงประชามติ หากประชาชนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้นำร่างรัฐธรรมนูญทูลเกล้าถวายฯ เพื่อลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้บังคับต่อไป หากประชาชนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ให้ถือว่าร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้รับความเห็นชอบ

(7) หลักเกณฑ์และวิธีการร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ”

การบัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะเป็นประโยชน์เมื่อสภาพสังคมทางการเมืองต้องการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและต้องการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จะมีผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยเป็นประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะให้มีการจัดให้มีรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ โดยในอดีตที่ผ่านมาของประเทศไทย มีการรัฐประหารหลายครั้ง แม้ว่าในแต่ละครั้งจะมีสาเหตุที่แตกต่างกันไป แต่สาเหตุหนึ่งที่ถูกนำไปอ้างอิงคือการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่สามารถที่จะหาทางออกแก่ปัญหาของสังคม การกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะทำให้เมื่อรัฐธรรมนูญเกิดทางตันไม่สามารถที่จะแก้ไขได้ด้วยตัวรัฐธรรมนูญเองไม่ว่าด้วยเหตุ สังคมจะมีช่องทางที่ทำให้มีการกินอำนาจไปสู่ประชาชนเพื่อการตัดสินใจว่าจะทางการเมืองอย่างไรต่อไป โดยไม่ต้องพึ่งพาการรัฐประหารอย่างในอดีตที่ผ่านมา และเป็นการยุติข้อโต้แย้งอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.3.1 ผู้มีอำนาจในการเสนอให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เนื่องจากระบบการเมืองการปกครองประเทศไทยเป็นระบอบรัฐสภา เมื่อเกิดปัญหากรณีที่มีความต้องการการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ผู้ที่พบเห็นปัญหาที่สุดคือฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารเป็นผู้ที่ควบคุมบริหารประเทศ หากเกิดปัญหาที่ฝ่ายบริหารเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับเดิมไม่สามารถที่จะตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ หรือมีปัญหาจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารจึงควรมีอำนาจที่จะเสนอให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติเป็นตัวแทนของประชาชน อำนาจในการริเริ่มเสนอขอทำประชามติเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงควรมีส่วนร่วมด้วยเพราะประชาชนสามารถที่จะใช้ช่องทางผ่านผู้แทนราษฎรของตน หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เหตุที่กำหนดจำนวนเสียงที่ต้องเห็นชอบสามในสี่ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเพราะเป็นจำนวนเสียงข้างมากเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนเสียงที่อาจใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีความยากขึ้นอีกระดับหนึ่งว่า หากต้องการเสนอการร่างรัฐธรรมนูญใหม่จะต้องมีจำนวนเสียงที่เห็นชอบเป็นจำนวนมากพอสมควร เนื่องจากการร่างรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นเรื่องสำคัญมาก ไม่ควรให้มีการเสนอเพื่อให้มีการทำประชามติบ่อยครั้ง

2.3.2 ข้อจำกัดการเสนอการร่างรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์อยู่คู่กับสังคมไทยมาตั้งแต่บรรพกาล และสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นที่เคารพสักการะของประชาชนชาวไทยเป็นอย่างยิ่ง จึงต้องมีข้อจำกัดอำนาจในการเสนอขอร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากรัฐที่เป็นราชอาณาจักรให้กลายเป็นสาธารณรัฐ ในประเทศฝรั่งเศสเองก็มีบทบัญญัติเช่นนี้ คือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคสามและวรรคสี่ ห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันมีผลเป็นการกระทบบูรณภาพแห่งดินแดนหรือกระทบต่อรัฐบาลสาธารณรัฐไม่ได้ การกำหนดห้ามไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐเพื่อจะสงวนความมั่นคงของรัฐไว้ไม่ให้มีการแบ่งแยกรัฐออกเป็นรูปแบบอื่น เพราะหากให้มีการลงประชามติให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐอาจมีผลให้มีการเรียกร้องการแบ่งแยกดินแดนในส่วนต่างๆ ออกไปเป็นรัฐเล็กๆ อาจจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐทำให้รัฐแตกสลายได้ในที่สุด

2.3.3 การออกเสียงประชามติ การออกเสียงประชามติของประชาชนถือว่าเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทางตรง ตามแนวความคิดของซีเอเยสส์ที่เห็นว่าทุกอย่างมาจากประชาชน ในทฤษฎีที่ถือว่ารัฐเกิดจากสัญญาประชาคมที่ทุกคนมารวมกันเข้าเป็นรัฐโดยสละสิทธิอำนาจตามธรรมชาติที่มีอยู่บางส่วนให้แก่รัฐ เพื่อให้รัฐใช้อำนาจที่ได้รับมาจากแต่ละคนเพื่อปกป้อง

และเพื่อความผาสุกของประชาชน การทำประชามติเป็นการใช้อำนาจโดยตรงที่ดีที่สุด โดยไม่ต้องผ่านผู้แทน ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสถือว่าอำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนซึ่งสะท้อนแนวคิดการผสมผสานระหว่างอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ กับแนวความคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยพยายามทำให้ผู้แทนราษฎรเป็นเพียงตัวแทนของประชาชนที่ประชาชนเลือกเข้าไปรัฐสภาเพื่อทำงานแทนประชาชน ผู้แทนราษฎรเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน แต่การใช้อำนาจอธิปไตยนั้นไม่ผูกมัดประชาชน ผู้แทนมีอิสระในการที่จะทำหน้าที่ตามที่ตนเห็นว่าสมควร แต่ฝรั่งเศสถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มาจากประชาชนจึงมีการทำประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และมีการทำประชามติเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยึดหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน และโดยหลักการในระบอบประชาธิปไตยถือว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถูกถ่ายทอดคืนมายังประชาชน การร่างรัฐธรรมนูญใหม่จึงเป็นอำนาจของประชาชนในการตัดสินใจว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงผู้ที่จะเสนอเมื่อมีปัญหาว่าสมควรหรือไม่ที่จะมีการร่างรัฐธรรมนูญ การลงประชามติต้องเป็นประชามติที่มีผลเป็นเด็ดขาด ไม่ใช่เป็นการประชามติเพื่อขอความเห็น ต้องเป็นประชามติที่เป็นการอนุมัติ หรือไม่อนุมัติและต้องมีผลให้องค์กรของรัฐต้องปฏิบัติตาม ในประเทศฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1962 มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดี โดยผลมาจากการลงประชามติของประชาชน เมื่อประชาชนลงประชามติให้มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงจากประชาชนแทนการเลือกตั้งทางอ้อม สภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังต้องยอมรับว่าการประชามติของประชาชนเป็นที่สุด สภาที่ปรึกษารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่มีอำนาจที่จะทบทวนการประชามติของประชาชน การทำประชามติต้องเป็นการลงคะแนนเป็นการทั่วไปและจัดขึ้นในวันเดียวกันทั่วประเทศเพื่อแสดงถึงการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในคราวเดียวไม่ให้มีการเคลื่อนไหวเพื่อชักจูงหรือการใช้การต่อรองในกรณีอื่นๆ เมื่อไม่อาจลงคะแนนเสียงในคราวเดียวกัน

2.3.4 การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีผลประชามติเห็นชอบให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ วิธีการที่ถือว่าเป็นการแสดงออกของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งคือการออกเสียงเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง ส่วนจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์และวิธีการในการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการล่วงหน้า ดังนั้น รัฐสภาจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้ล่วงหน้าเสียก่อน และผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียโดยมีความ

เป็นกลาง การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญเฉพาะว่าการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นการเลือกตั้งโดยตรงและลับ การเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงรูปแบบกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญอาจมีสัดส่วนที่มาจากนักวิชาการส่วนหนึ่ง เนื่องมาจากการร่างรัฐธรรมนูญต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ และยังต้องมีผู้ที่เชี่ยวชาญด้านการบริหารราชการแผ่นดิน สภาร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามาจากตัวแทนของแต่ละมลรัฐอันเนื่องมาจากสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เป็นสหพันธรัฐ ส่วนประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองแบบรัฐเดี่ยวเช่นเดียวกับประเทศไทย เพียงแต่แตกต่างกันในรูปแบบของประมุขของรัฐ สภาร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาจากตัวแทนจากเขตมณฑลต่างๆ หากจะเปรียบเทียบกับประเทศไทยก็คือเขตจังหวัดนั่นเอง สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวแทนมาจากมณฑลต่างๆ เพราะถือว่าการร่างรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมของสังคม ประชาชนแต่ละภาคส่วนจะต้องมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ แต่การจะให้ประชาชนทุกคนมีส่วนร่วมร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมดไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นเรื่องที่ยุ่ยากเกินไปด้วยเหตุที่ประชาชนมีจำนวนมากเกินไป การเลือกตั้งตัวแทนเพื่อเข้าร่วมเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นการสะท้อนการใช้อำนาจของประชาชนในการมีส่วนร่วม การเลือกตั้งย่อมก่อให้เกิดการแข่งขัน และการแข่งขันจะนำไปสู่การนำเสนอนโยบายในการหาเสียงเพื่อให้ได้รับการคัดเลือก ประชาชนจึงย่อมมีสิทธิที่จะเลือกตัวแทนที่ตนคิดว่าจะแสดงความต้องการของตนในรัฐธรรมนูญได้มากที่สุด

2.3.5 การร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เมื่อมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจที่จะดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หลักเกณฑ์และวิธีการร่างรัฐธรรมนูญ การตั้งคณะกรรมการ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ควรที่จะให้เป็นอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญ เนื่องมาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับอำนาจจากอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การจะร่างรัฐธรรมนูญอย่างไรจึงควรเป็นอำนาจสิทธิขาดของสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญตามหลักการนี้เปรียบเสมือนเครื่องมือของเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือประชาชน ประชาชนเป็นผู้เลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญ สำหรับวิธีการร่างรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับสภาร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนด เพราะวิธีการร่างรัฐธรรมนูญมีรายละเอียดจำนวนมาก ทั้งการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ขององค์กรต่างๆ จะมีองค์กรใดบ้างตามรัฐธรรมนูญ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหาร กับฝ่ายนิติบัญญัติ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐควรเป็นอย่างไร การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนการกำหนดแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ระบบศาล การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ประการสำคัญคือการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เพราะการร่างรัฐธรรมนูญใหม่มาจากความต้องการของประชาชน หากเป็น

เพียงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยซึ่งใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การสอบถามประชาชน อาจไม่มีความจำเป็นเท่าใดนัก แต่ในกรณีที่มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ย่อมหมายถึงรัฐธรรมนูญฉบับเดิมมีปัญหาในส่วนสาระสำคัญ อาจมีความต้องการเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองขนาดใหญ่ หรือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบความสัมพันธ์ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การสอบถามความเห็นจากประชาชนจึงเป็นเรื่องที่สำคัญ ภาพสะท้อนของความเห็นของประชาชนจะทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสามารถทำการร่างรัฐธรรมนูญได้ตรงตามความต้องการที่แท้จริงของเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รวมทั้งตรงกับสภาพความเป็นจริงของสังคม

2.3.6 การลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว หากจะให้ให้อำนาจสภาร่างรัฐธรรมนูญในการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแล้วนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อลงพระปรมาภิไธยใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญอาจมีการร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของประชาชน การให้อำนาจสภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการมอบอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในขั้นตอนสุดท้ายให้แก่สภาร่างรัฐธรรมนูญอาจส่งผลกระทบต่ออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่แท้จริงซึ่งเป็นของประชาชน ในประเทศฝรั่งเศสมีหลายครั้งที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเครื่องมือในการร่างรัฐธรรมนูญ เช่น สมัยสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2 ชุด เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ การลงประชามติถือเป็นการตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้ายว่าจะให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับหรือไม่ อำนาจนี้จึงควรเป็นอำนาจที่มาจากอำนาจในการตัดสินใจให้มีการร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น ซึ่งก็คืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ การทำประชามติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญเป็นความชอบธรรมของการใช้อำนาจในการยอมรับรัฐธรรมนูญ และการทำประชามตินี้ต้องเด็ดขาดโดยถือจำนวนของประชาชนผู้มาใช้สิทธิลงประชามติมากกว่ากึ่งหนึ่งจึงจะถือว่าร่างรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับ โดยการประชามติ แต่ถ้าหากจำนวนคะแนนเสียงของประชาชนผู้มาใช้สิทธิลงประชามติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญไม่ถึงกึ่งหนึ่งก็จะถือว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คะแนนเสียงของการยอมรับในการลงประชามติควรที่จะมีจำนวนเพียงพอที่จะถือว่าเป็นการแสดงออกถึงเจตนาร่วมกันของปวงชน การกำหนดให้คะแนนเสียงของการทำประชามติต้องมีคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ออกเสียงลงประชามติก็เพื่อให้สะท้อนถึงจำนวนเสียงของประชาชนส่วนใหญ่นั่นเอง

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง การเข้าสู่อำนาจในทางการเมือง เป็นกฎหมายที่ก่อตั้งระบบการเมืองการปกครอง ก่อตั้งระบบกฎหมายภายในรัฐ หากรัฐธรรมนูญมีความเหมาะสมแก่สภาพสังคม สามารถตอบสนองความ

ต้องการของสังคม ก็จะทำให้ประเทศสามารถที่จะพัฒนาเดินหน้าไปเพื่อความสงบสุขของประชาชนและพัฒนาประเทศให้เกิดความเจริญก้าวหน้าในหลายๆ ด้าน แต่หากรัฐธรรมนูญไม่มีประสิทธิภาพ ไม่เหมาะสมแก่สภาพสังคม รัฐธรรมนูญย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศชาติ ความเจริญก้าวหน้าของประเทศ และความสงบสุขของประชาชนจะถูกกระทบกระเทือนดังที่เคยเป็นมาในอดีต และเมื่อสภาพของสังคมมีความเปลี่ยนแปลงโดยตลอด รัฐธรรมนูญจึงต้องสามารถที่จะปรับเปลี่ยนได้ตามสภาพลักษณะของสังคมเพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญนั่นเองเป็นผู้ขัดขวางการเจริญเติบโตของสังคม การกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปัจจุบันอาจไม่เพียงพอต่อความต้องการของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในสภาพสังคมปัจจุบัน ดังนั้นการออกแบบนวัตกรรมใหม่สำหรับรัฐธรรมนูญในสมัยใหม่จำเป็นต้องยอมรับการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเพื่อความก้าวหน้าของรัฐธรรมนูญนั้น และสามารถใช้อำนาจรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือนำพาในการพัฒนาประเทศได้อย่างแท้จริง สมประโยชน์ตามเจตนารมณ์ในยุครัฐธรรมนูญนิยม





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กุลลดา เกษบุญชู มีด (2552) *วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลกจากระบบ
ฟิวดัลถึงการปฏิวัติ* กรุงเทพมหานคร ภาพพิมพ์
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (2555) *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
..... (2552) *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* พิมพ์ครั้งที่
ที่ 4 กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- (2543) *ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส* กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป) (2538) *ข้อเสนอกรอบความคิดในการปฏิรูปการ
เมืองไทย* พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย
- แถมสุข นุ่มนนท์ (2545) *เส้นทางการปฏิรูปการเมืองไทย* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า
- ทวี ทวีวาร (2553) *ประวัติศาสตร์อินเดียตั้งแต่ชาวยุโรปเข้ามาจนถึงอินเดียได้รับเอกราช (1947)*
พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- นรนิติ เศรษฐบุตร (2550) *รัฐธรรมนูญกับการเมืองไทย* กรุงเทพมหานคร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (2538) *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* กรุงเทพมหานคร
จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย
- (2548) *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการ
กฎหมายมหาชนในประเทศไทย* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า
- (2554) *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะกฎหมายมหาชนในยุค
ต่างๆ เล่มที่ 1* พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชุมพูนุท ตั้งถาวร (2555) *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์
ต่างประเทศและประเทศไทย* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ (2553) *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน
คณะนิติศาสตร์ กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- พระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอาทิตย์ทิพอาภา (2549) *ประวัติศาสตร์การปฏิวัติฝรั่งเศส*
กรุงเทพมหานคร โฉมิต
- พูนศักดิ์ ใสสำราจ (2538) *รูปแบบและวิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร สำนักงาน
กองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

- ไพโรจน์ ชัยนาม (2515) *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- _____. (2524) *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญภาค 1 ความนำทั่วไป* กรุงเทพมหานคร สารศึกษาการพิมพ์
- มนตรี รูปสุวรรณ (2550) *บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* กรุงเทพมหานคร เดือนตุลา
- มานิต จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย (2552) *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
- ริชาร์ด บี. มอร์ริส (2531) *การสร้างและการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญอเมริกัน ใน 200 ปีรัฐธรรมนูญอเมริกัน : อดีต ปัจจุบัน และอนาคตของมหาชนรัฐประชาธิปไตย* แปลโดย สมบัติ จันทรวงศ์ กรุงเทพมหานคร บรรณกิจเทรดดิ้ง
- ลิขิต ชีรเวทิน (2550) *วิวัฒนาการเมืองการปกครองไทย พิมพ์ครั้งที่ 10* กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- วลัยมาศ แก้วศรีชัย (2552) "สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม" *วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*
- วิญญู เครื่องงาม (2523) *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร นิติบรรณาการ
- ศุภชัย สุภผล (2555) "สัญญาและความหมายที่ซ่อนอยู่บนหน้าปกหนังสือวิเวทของโทมัส ฮอบบส์" *วารสารวิภาษา* 6, 6 (พฤศจิกายน) : 42-45
- ศุภัทธา อำนวนยสวัสดิ์ (2552) *รายงานการวิจัยการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมือง (ระหว่างปี พ.ศ. 2453-2555)* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2552) *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ* กรุงเทพมหานคร สถาบันพระปกเกล้า
- สมทรัพย์ ศิริมงคล (2541) "สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2539 ฉบับที่ 6) ศึกษาเฉพาะกรณีที่มาและอำนาจหน้าที่" *วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต*
- สมบัติ จันทรวงศ์ (2528) *มหาชนรัฐและประชาธิปไตย : ความคิดทางการเมืองอเมริกัน ค.ศ. 1776-1880* กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- สมบัติ ชำรงชัยวงศ์ (2553) *การเมืองอเมริกา* กรุงเทพมหานคร เสมาธรรม

- สมยศ เชื้อไทย (2552) *นิติปรัชญา พิมพ์ครั้งที่ 12* กรุงเทพมหานคร วิญญูชน
 _____ . (2535) *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* กรุงเทพมหานคร เรือนแก้วการพิมพ์
- สมใจ ไพโรจน์ธีระรัชต์ (2549) *ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสสมัยใหม่ พิมพ์ครั้งที่ 5* กรุงเทพมหานคร
 มหาวิทยาลัยรามคำแหง
- สัญญาชัย สุวังบุตร (2552) *ราชาธิปไตยใต้รัฐธรรมนูญสู่สาธารณรัฐ : ฝรั่งเศส ค.ศ. 1815-1970*
 กรุงเทพมหานคร ศักดิโสภากการพิมพ์
- สันติสุข โสภณศิริ (2555) *สถาบันพระมหากษัตริย์กับประชาธิปไตย* กรุงเทพมหานคร มูลนิธิเด็ก
 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1/2491 วันที่ 12
 กรกฎาคม 2491
- หยุด แสงอุทัย (2526) *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 8* กรุงเทพมหานคร เรือนแก้วการพิมพ์
- Brij Kishore Sharma. (2007) *Introduction to the Constitution of India Fourth Edition*. NewDelhi
 : Prentic-Hall of India Private.
- Edward S. Corwin. (1978) *The constitution and what it means to day Fourteenth Edition*. New
 Jersey : Princeton University Press.
- M.RaJa Ram. (2009) *Indian Constitution*. Newdelhi : New Age International(P).
- R.C.Bhardwaj and G.C.Malhotra. (1995) *Constitution Amendment Sixth Edition*. Newdelhi :
 Northern Book Centre.
- JOHNNY H. KILLIAN, GEORGE A. COSTELLO and KENNETH R. THOMAS (2004) *THE
 CONSTITUTION of the UNITED STATES OF AMERICA ANALYSIS AND
 INTERPRETATION* Washington Us Government.
- Jean-jaques Rousseau (2555) *สัญญาประชาคมหรือหลักแห่งสิทธิทางการเมือง* พิมพ์ครั้งที่ 2 แปล
 จาก Du Contract Social โดย วิภาดา กิตติโกวิท กรุงเทพมหานคร ทับหนังสือ

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	นายสิงห์ฐาน จันทรา
วัน เดือน ปีเกิด	27 สิงหาคม 2518
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดระนอง
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรี นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2544
สถานที่ทำงาน	ศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี อำเภอเมือง จังหวัดสุราษฎร์ธานี
ตำแหน่ง	ผู้พิพากษาศาลจังหวัดสุราษฎร์ธานี

