

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
โดยศาลรัฐธรรมนูญ

นายพิสิษฐ์ นิธิสิริวรรณ



การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2564

Constitutional review of constitutional amendment
by The Constitutional Court

Mr. Pisit Nithisiriworratham

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law

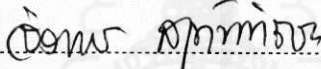
Sukhothai Thammathirat Open University

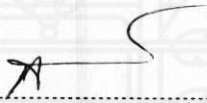
2021


หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ
ชื่อและนามสกุล นายพิสิษฐ์ นิธิสิริวรรณ
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จิราพร สุทันกิตระ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2564

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จิราพร สุทันกิตระ)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ)


.....
(รองศาสตราจารย์วิรุฒิ เทพทอง)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย ศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้ศึกษา นายพิสิษฐ์ นิธิสิริวรรณ **รหัสนักศึกษา** 2594000792 **ปริญญา** นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จิราพร สุทัศน์ศิระ

ปีการศึกษา 2564

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจอสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (2) เพื่อศึกษาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ และของประเทศไทย (3) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับประเทศไทย (4) เพื่อศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการศึกษาวิจัยจากเอกสารเป็นหลัก โดยทำการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารขั้นต้น และเอกสารชั้นรอง ประกอบด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญของต่างประเทศ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลของต่างประเทศและของประเทศไทย หนังสือ ตำรา วารสาร รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการ ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ผลการศึกษาพบว่า (1) แนวคิดทฤษฎีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยมีข้อจำกัดในด้านเนื้อหา ด้านกระบวนการตรา ด้านระยะเวลา ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมีทั้งประเทศที่องค์กรตุลาการได้เข้าไปตรวจสอบและไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศไทยนั้นศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายกรณี (3) เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว ประเทศไทยมีทั้งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหา และด้านกระบวนการตรา และศาลรัฐธรรมนูญของไทยก็ได้เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและด้านกระบวนการตรา (4) บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560 นั้น ยังมีข้อบกพร่องเนื่องจากมิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบ ไม่สามารถตรวจสอบความชอบในด้านกระบวนการตราได้ และการตรวจสอบในด้านเนื้อหายังไม่ครอบคลุมเพียงพอถึงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น ๆ จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 ในส่วนบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีความเหมาะสมเพียงพอ

คำสำคัญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ

Independent Study title : Constitutional review of constitutional amendment by The Constitutional Court

Author: Mr. Pisit Nithisiriworratham ; **ID:** 2594000792 ;

Degree: Master of Laws

Independent Study advisors : Dr. Jiraporn Sutankittra, Assistant Professor ;

Academic year: 2021

Abstract

This independent study aimed (1) to study concepts and theories about the constitution, supremacy of the constitution, constituent power, power to amend the constitution, constitution making, constitution amendment and review of constitutionality of constitutional amendment; (2) to study the constitutional amendments and review of constitutionality of constitutional amendment of foreign countries and Thailand; (3) to analyze and compare the constitutional amendment and review of constitutionality of constitutional amendment of foreign countries and Thailand; (4) to study problems and solutions to the review of constitutionality of constitutional amendment of the Constitution of the Kingdom of Thailand under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017).

This independent study is qualitative research conducted by the documentary method, studying from the primary source and secondary source which are the Constitution of the Kingdom of Thailand, the constitution of foreign countries, Judgments or rulings of courts in foreign countries and Thailand, books, textbooks, journals, research reports, thesis and academic articles regarding to the review of constitutionality of constitutional amendment.

The findings revealed that (1) under the concept and theory of constitutional amendment, the power to amend the Constitution is limited as issued by the Constitution in terms of contents, legislative process, period. Therefore, the constitutional amendments must be carried out within the Constitutional limitation; (2) the Constitution amendment of foreign countries including countries which the judiciary has reviewed and not reviewed the constitutionality. For Thailand, the Constitutional Court has reviewed the constitutionality of constitutional amendments in many cases; (3) when compared to other countries, Thailand has limitations on the Constitutional amendment in terms of contents and the legislative process. The Constitutional Court of Thailand has ruled on the constitutionality of the constitutional amendment in terms of contents and legislative process; (4) Under the provisions on the review of the constitutionality of the constitutional amendment of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017), it still have some weaknesses because it does not have any provision which require the constitutionality to be reviewed. The propensity for the legislative process also cannot be reviewed. And the content review is not sufficiently comprehensive to the main principles of the Constitution in other matters. Therefore, the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) shall be amended in terms of the review of the constitutionality of the constitutional amendment to be appropriate.

Keywords: review of constitutionality, constitutional amendment, constitutional court

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยความกรุณาของบุคคลหลายฝ่าย โดยเฉพาะ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จิราพร สุทันกิตระ อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็น ในการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้ ทำให้ผู้ศึกษาสามารถทำการศึกษาค้นคว้าอิสระได้สำเร็จลุล่วงด้วยดี ผู้ศึกษาจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ที่ปรึกษา มา ณ ที่นี้

ขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช และคณาจารย์สาขาวิชานิติศาสตร์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้สาขาวิชานิติศาสตร์ในระดับปริญญาตรี และระดับปริญญาโท ทำให้ได้ความรู้ทางกฎหมายเป็นอันมาก และได้นำวิชาความรู้ที่ได้ศึกษาเล่าเรียนมาใช้ประโยชน์ในการทำงานและศึกษาต่อในระดับปริญญาโทจนสำเร็จการศึกษา

ท้ายที่สุดขอขอบคุณมารดา และครอบครัว ที่ได้ส่งเสริม สนับสนุน ช่วยเหลือ และให้กำลังใจแก่ผู้ศึกษาโดยตลอดในการเรียนรวมถึงการศึกษาค้นคว้าอิสระ

พิสิษฐ์ นิธิสิริวรรณ
พฤศจิกายน 2564



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง	ต
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์การวิจัย	11
3. กรอบแนวคิดการวิจัย	11
4. ประเด็นปัญหาการวิจัย	11
5. สมมติฐานการวิจัย	12
6. ขอบเขตการวิจัย	12
7. คำนิยามศัพท์เฉพาะหรือคำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย	12
8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	12
9. ระเบียบวิธีการวิจัย	13
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	14
1. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ	14
1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ	14
1.2 ความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ	17
1.3 ประเภทของรัฐธรรมนูญ	18
1.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	22
1.5 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ	27
1.6 องค์กรผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ	30
2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	31
2.1 ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	31
2.2 อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	33
2.3 องค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	35
2.4 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	37
2.5 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	38
2.6 ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	38
2.6.1 ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา	39
2.6.2 ข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ	41

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.6.3 ข้อจำกัดด้านระยะเวลา	45
2.7 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	47
2.7.1 ข้อโต้แย้งต่อการให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	48
2.7.2 เหตุผลสนับสนุนให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	50
2.7.3 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	55
2.7.4 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	56
บทที่ 3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ	60
1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศโดยองค์กร ตุลาการ	60
1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ .	61
1.1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์	62
1.1.2 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ .	63
1.2 ระยะเวลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ	64
1.2.1 การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย	64
1.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว	65
1.3 ลักษณะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ	66
1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม	66
1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม	67
1.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเมื่อมีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ	67
2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ ต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการ	70
2.1 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	70
2.1.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	71
1) กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	71
(1) อินเดีย (รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976)	72

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
(2) เนเธอร์แลนด์	73
2) กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	73
(1) โรมาเนีย	74
(2) ตุรกี	77
(3) ฮังการี (ตามรัฐธรรมนูญฮังการีฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 2011)	83
2.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ	86
1) ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์หรือระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	86
(1) สหรัฐอเมริกา	87
(2) อินเดีย	93
2) ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์หรือระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	99
(1) กรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	100
ก. ฝรั่งเศส	100
ข. สโลวีเนีย	107
ค. ฮังการี (ตามรัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949)	109
(2) กรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	110
ก. เยอรมนี	111
ข. ออสเตรีย	120
บทที่ 4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	128
1. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	128
1.1 รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	128
1.2 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	129
2. ผู้มีอำนาจริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	130
2.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้	131

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้	131
3. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	133
3.1 สถานที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	133
3.2 วาระการพิจารณา	134
3.3 การออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	143
4. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	145
4.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา	145
4.1.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้แก้ไขโดยเด็ดขาด	145
4.1.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ได้ห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด	147
4.1.3 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาโดยปริยาย	148
4.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา	149
5. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	150
5.1 พัฒนาการของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทย	150
5.2 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ	155
1) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540	156
2) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550	157
3) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560	158
5.2.1 เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย	162
1) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย	162
2) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว	166
5.2.2 เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	168
5.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ	169

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

5.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	169
1) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2554	169
2) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2555-2556	170
(1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช.... (เพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่)	170
(2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และ มาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114) ...	176
3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190)	182
5.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	188
1) บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560	188
2) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ครั้งแรก	190
3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ครั้งแรก	193
บทที่ 5 บทวิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	198
1. วิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	198
1.1 ระดับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	198
1.1.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม	200
1.1.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่าปกติ	204
1.1.3 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้เป็นปกติ	213
1.2 วิเคราะห์ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	214
1.2.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา	214
1.2.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ	217
1.3 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถนำไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่	222

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2. วิเคราะห์เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	225
2.1 ควรมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่	225
2.2 องค์กรใดที่สมควรทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	227
2.3 วิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย	228
2.3.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้	229
1) การเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 154	231
2) การเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68	231
(1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช... (เพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่) ...	233
(2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และ มาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114)	235
(3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190)	237
3) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550	239
2.3.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	244
1) วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 และปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าว	244
(1) วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560	244
ก. ลักษณะของการตรวจสอบ	245

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ข. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ	247
ค. ระยะเวลาที่จะเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ	248
ง. สิ่งที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ	248
2) วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 กับกรณีเกิดความไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา หรือในด้านเนื้อหา อย่างที่เคย เกิดขึ้นในสมัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550	251
(1) กรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในด้านกระบวนการตรา	251
ก. การสับเปลี่ยนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	251
ข. การกำหนดเวลาแปรญัตติไม่ชอบ	252
ค. การแสดงตนและลงมติไม่ชอบ	253
ง. การปิดอภิปรายในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ	254
(2) กรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในด้านเนื้อหา	256
ก. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจัดทำ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่	256
ข. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเกี่ยวกับ สมาชิกวุฒิสภา	257
ค. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขมาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาต่างประเทศ	258
(3) ปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560	259
3) วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ครั้งแรก	260
บทที่ 6 บทสรุป และข้อเสนอแนะ	267
1. บทสรุป	267
2. ข้อเสนอแนะ	278
2.1 ควรให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้	280

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2 ควรกำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่มีความครอบคลุมเพียงพอ	281
2.3 ควรกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง	282
2.4 บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ควรบัญญัติเป็นมาตราเฉพาะต่างหากแยกจากบทบัญญัติว่าด้วย กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญ	284
บรรณานุกรม	287
ประวัติผู้ศึกษา	297



สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ รวมศูนย์กับไม่รวมศูนย์	69
ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	160



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของทุกประเทศที่วางกติกาเกี่ยวกับระบอบการปกครอง อำนาจอธิปไตย องค์กรต่างๆ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดของกฎหมายในประเทศหนึ่งๆ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับประเทศในสภาวะในปัจจุบันรวมถึงในอนาคต โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ใช้เป็นเวลายาวนาน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญก็มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายประเภทอื่นประการหนึ่ง คือ เมื่อเวลาผ่านไป สถานการณ์หรือบริบทของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง สิ่งแวดล้อม ก็มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา จนส่งผลให้บทบัญญัติบางประการของกฎหมายที่ตรารุ่นในอดีตอาจไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน หรืออาจมีช่องว่างทางกฎหมายเกิดขึ้น หรือมีประเด็นใหม่สมควรเพิ่มเติมเข้าไปในกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัย สามารถบังคับใช้ให้เหมาะสมกับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญก็เช่นกัน เมื่อเวลาผ่านไปอาจมีบทบัญญัติที่ล้าสมัย หรือมีช่องว่างทางกฎหมาย หรือต้องการเพิ่มเติมเรื่องใหม่เข้าไป ก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีบทบัญญัติที่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของประเทศ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ในโลกมักมีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ให้มีความแตกต่างและเป็นพิเศษกว่าการแก้ไขกฎหมายปกติ โดยกำหนดกระบวนการเอาไว้ และอาจมีข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขในบางเรื่องเอาไว้ เช่นรูปแบบของรัฐ ระบอบการปกครอง ประมุขของรัฐ สถาบันทางการเมืองการปกครอง และรัฐธรรมนูญหลายประเทศยังได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วยอย่างชัดเจน เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไปในทางที่ไม่ชอบจนขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีการตรวจสอบทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการในการตรา การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มักกำหนดให้กระทำโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลทั่วไป หรือศาลเฉพาะคือศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีรัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้โดยชัดเจน ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองกรณี คือ กรณีแรก องค์กรศาลในประเทศนั้นตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่ามีอำนาจในการตรวจสอบ กับอีกกรณีหนึ่งองค์กรศาลในประเทศนั้นตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าไม่มีอำนาจในการตรวจสอบ

สำหรับประเทศไทยนั้น นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายฉบับไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวหรือรัฐธรรมนูญถาวร จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ในรัฐธรรมนูญจำนวน 18 ฉบับนั้น รัฐธรรมนูญจำนวน 12 ฉบับ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ รัฐธรรมนูญจำนวน 12 ฉบับนี้แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ยังไม่เคยมีรัฐธรรมนูญฉบับใดมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เลย ต่างกับกฎหมายในระดับรองลงมา คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีกลไกที่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านี้ไว้ด้วย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยังคงมีต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในระหว่างกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย นอกจากนี้ในกระบวนการตราพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติรัฐธรรมนูญยังเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว อันเป็นกระบวนการตรวจสอบก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมาย โดยสามารถขอให้ตรวจสอบในสองประเด็น คือ ประเด็นแรก ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นการตรวจสอบในด้านเนื้อหาให้เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่สอง ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นการตรวจสอบเกี่ยวกับกระบวนการตราว่ากระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบและวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว แต่รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้กลับไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด

ในช่วงระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง ในจำนวนนี้ได้ดำเนินการสำเร็จไป 2 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2554 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2554 มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้นจากเดิม 480 คน เป็น 500 คน และเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบบัญชีรายชื่อ รวมถึงแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและ

แบบบัญชีรายชื่อ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2554 มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่รัฐบาลจะไปทำกับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศในเรื่องที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศ อย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ เพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้มีการตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับประเภทของ หนังสือสัญญาที่จะต้องมึลักษณะใดจึงจะนำเสนอให้รัฐสภาเห็นชอบ

ต่อมาภายหลังการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนเป็นการทั่วไปเมื่อเดือนกรกฎาคม 2554 มีการเปลี่ยนผู้อำนวยการฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร จนนำมาสู่การเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกครั้งในเดือนกุมภาพันธ์ 2555 โดยมีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช จำนวน 3 ฉบับ เสนอโดยคณะรัฐมนตรี 1 ฉบับ และเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับคณะ 2 ฉบับ ร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวมีหลักการและเหตุผลในทำนองเดียวกัน คือ การยกเลิกมาตรา 291 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แล้วตรามาตรา 291 ขึ้นใหม่ กำหนดให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ โดยกำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิกสองประเภท มาจากการเลือกตั้งจังหวัดละหนึ่งคน จำนวน 77 คน และมาจากการคัดเลือกของรัฐสภาจากบุคคลหลายสาขาอาชีพ จำนวน 22 คน ทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน และจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2555 ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้มีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้ง สามฉบับไว้พิจารณาและตั้งคณะกรรมการขึ้นจำนวน 45 คน เพื่อพิจารณา เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ต่อที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2555 และที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้พิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2555 ตลอดเวลาการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ทั้งในวาระที่หนึ่งและวาระที่สอง การประชุมเป็นไปด้วยความวุ่นวายท่ามกลางการประท้วง ตลอดเวลาของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภาส่วน หนึ่งที่ไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว โดยมีความเห็นว่าเนื้อหาของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐสภาไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ

ก่อนที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาจะพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ในวาระที่สาม ที่กำหนดไว้ในวันที่ 5 มิถุนายน 2555 ปรากฏว่าในวันที่ 29 พฤษภาคม 2555 ได้มีบุคคล 5 ราย ได้ยื่นคำร้องต่อศาล รัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 ว่าการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมนี้มีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2550 ทั้งฉบับ อันเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครอง

ประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ต่อมาเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทั้ง 5 คำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา และมีคำสั่งให้เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร แจ้งประธานรัฐสภาให้รอการลงมติในวาระที่สามไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง จากนั้นศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 แต่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยการกำหนดให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ที่ประสงค์จะให้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา มิได้มีเจตนารมณ์ให้แก้ไขเพิ่มเติมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ หากจะดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวควรถามความเห็นจากประชาชนโดยการลงประชามติว่าสมควรจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับหรือไม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2550 ได้ผ่านการลงประชามติเห็นชอบจากประชาชน เมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่าที่ประชุมรัฐสภามิได้ดำเนินการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ต่อไปในวาระที่สาม จึงมีผลให้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวตกไปโดยปริยาย

ต่อมามีความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้ง โดยในเดือนมีนาคม 2556 ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาร่วมกันเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช จำนวน 3 ฉบับ ต่อประธานรัฐสภาเพื่อเสนอให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาพิจารณา คือ

1. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาจากเดิมที่มีจำนวน 150 คน มาจากการเลือกตั้งและการสรรหา เป็นมีจำนวน 200 คน มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด และแก้ไขวาระการดำรงตำแหน่งจากเดิมที่ไม่สามารถดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าหนึ่งวาระได้ เป็นให้สามารถดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าหนึ่งวาระได้เช่นเดียวกับวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

2. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดยนายประสิทธิ์ โภษะสุน สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขมาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่รัฐบาลจะไปทำกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในเรื่องที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุนหรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

3. ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดยนายดิเรก ถึงฝั่ง สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขมาตรา 68 เกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และมาตรา 237 การเพิกถอนการยุบพรรคการเมือง โดยยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 68 ในส่วนที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมือง เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง ที่กระทำความผิดตามมาตรา 68 รวมถึงให้นิรโทษกรรมหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองของพรรคการเมืองที่ถูกยุบ เพราะเหตุมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง ตามมาตรา 68 หรือมาตรา 237 ที่มีมาก่อนหน้านี้ แก้ไขมาตรา 267 เพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจยุบพรรคการเมืองในกรณีที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา

ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา เมื่อวันที่ 1-4 เมษายน 2556 ได้พิจารณาและมีมติรับหลักการร่างรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับไว้พิจารณา ท่ามกลางการคัดค้านของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่ง และตั้งคณะกรรมการขึ้นจำนวน 3 คณะ คณะละ 45 คนเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ มีสมาชิกวุฒิสภาเสนอกำหนดเวลาแปรญัตติภายใน 15 วัน และ 60 วัน แต่ยังมีได้มีการลงมติว่าจะให้กำหนดเวลาแปรญัตติภายในกี่วัน เนื่องจากไม่ครบองค์ประชุม ต่อมามีการประชุมรัฐสภาในวันที่ 18 เมษายน 2556 ที่ประชุมรัฐสภาได้ลงมติให้กำหนดเวลาแปรญัตติภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ 4 เมษายน 2556 ทำให้เหลือระยะเวลาแปรญัตติอีกเพียง 1 วัน

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และคณะ ที่มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ได้เข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในวาระที่สองตั้งแต่วันที่ 21 สิงหาคม ถึง 12 กันยายน 2556 ท่ามกลางความขัดแย้งและการแสดงความเห็นคัดค้านของสมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่ง และร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ผ่านความเห็นชอบในวาระที่สามในวันที่ 28 กันยายน 2556 จากนั้นมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญรวม 4 คำร้อง ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 และศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทั้ง 4 คำร้องไว้พิจารณาต่อมาในวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 วินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา) มีกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเหตุผลหลายประการ คือ ประการแรก ได้มีการสับเปลี่ยนร่างรัฐธรรมนูญโดยที่ไม่ได้มีการเสนอให้สมาชิกวุฒิสภาลงชื่อเสนอใหม่แต่อย่างใด ประการที่สอง การที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาลงมติกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลังย่อมไม่ชอบ เนื่องจากเป็นการลิดรอนสิทธิของสมาชิกวุฒิสภาที่จะเสนอคำแปรญัตติ เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ประการที่สาม การปฏิบัติหน้าที่ของประธานรัฐสภา

และรองประธานรัฐสภาไม่เป็นกลางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 ประการที่สี่ มีสมาชิกรัฐสภาบางคน ใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่น ระหว่างการลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับนี้ ขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา กฎหมาย และรัฐธรรมนูญ ทั้งยังขัดต่อหลักนิติธรรม ในคำวินิจฉัยนั้นนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ยังได้วินิจฉัยไปถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดย นายประสิทธิ์ โภษะสุน สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขมาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่รัฐบาลจะไปทำกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้พิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการตั้งแต่วันที่ 1 ถึง 4 เมษายน 2556 โดยในเวลา 23.45 นาฬิกาของวันที่ 3 เมษายน 2556 มีสมาชิกรัฐสภาเสนอญัตติขอปิดอภิปราย ท่ามกลางการทักท้วงของสมาชิกรัฐสภาที่ไม่เห็นด้วย เนื่องจากยังใช้เวลาอภิปรายไม่หมดตามที่ตกลงกันไว้ แต่ประธานรัฐสภาได้สั่งให้ปิดการอภิปรายและดำเนินการให้ที่ประชุมออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งทันที ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ได้เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สองตั้งแต่วันที่ 15 ถึง 17 ตุลาคม 2556 ท่ามกลางความขัดแย้งและการแสดงความเห็นคัดค้านของสมาชิกรัฐสภาส่วนหนึ่ง และร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ผ่านความเห็นชอบในวาระที่สามในวันที่ 4 พฤศจิกายน 2556 จากนั้นมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 1 คำร้อง ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 และศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา ต่อมาในวันที่ 8 มกราคม 2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2557 วินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขมาตรา 190) มีกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเหตุผลหลายประการ คือ ประการแรก การปิดการอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190 ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ มีการรวบรัดปิดอภิปรายเพื่อลงคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่งเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นเป็นธรรม ขัดต่อหลักนิติธรรม ประการที่สอง การที่ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาลงมติกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลัง ย่อมไม่ชอบ เนื่องจากเป็นการลิดรอนสิทธิของสมาชิกรัฐสภาที่จะเสนอคำแปรญัตติ เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ในคำวินิจฉัยนั้นนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ยังได้วินิจฉัยไปถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเนื่องจากการตัดบทบัญญัติที่ให้สิทธิประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบและแสดงความคิดเห็นในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา

ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เสนอโดย นายดิเรก ถึงฝั่ง สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขมาตรา 68 เกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และมาตรา 237 การเพิกถอนการยุบพรรคการเมือง ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ คณะกรรมาธิการได้พิจารณาเสร็จและบรรจุระเบียบวาระการประชุมร่วมกันของรัฐสภาเมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 2556 พร้อมกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกสองฉบับ แต่ยังมีได้มีการพิจารณาในวาระที่สองในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาจนมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรในช่วงเดือนธันวาคม 2556 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ได้มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 1 คำร้อง ในช่วงเดือนเมษายน 2556 ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 และศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา ต่อมาในวันที่ 6 สิงหาคม 2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งที่ 53-58/2557 วินิจฉัยว่า เนื่องจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้มีประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ล้นสุดลง และต่อมามีมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวต่อไปจึงไม่เป็นประโยชน์ จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้อง

จากเหตุการณ์ความขัดแย้งในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงปี พ.ศ. 2555 เพื่อแก้ไขมาตรา 291 เพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับโดยสภาผู้แทนราษฎร และการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 3 ฉบับ เพื่อแก้ไขเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา แก้ไขเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 และแก้ไขมาตรา 68 เกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และมาตรา 237 การเพิกถอนการยุบพรรคการเมือง นั้น ได้มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยใช้ช่องทางตามมาตรา 68 อันเป็นบทว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อันเป็นช่องทางเดียวที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จนกระทั่งเกิดกรณีปัญหาที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รวมถึงประชาชน ได้ยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 4 ฉบับ ที่ดำเนินการในรัฐสภานั้น มีกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ที่มีผลเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา

68 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รวมถึงประชาชนจึงต้องอาศัยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ซึ่งภายหลังจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยคำร้องดังกล่าวแล้ว ก็มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากทั้งนักกฎหมาย นักการเมือง และประชาชน ส่วนหนึ่งที่ไม่เห็นด้วย ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาตั้งแต่ต้น เนื่องจากไม่มีอำนาจ เป็นการก้าวล่วงการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นประเด็นปัญหาด้านกฎหมาย จากประเด็นปัญหาดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญถาวรฉบับต่อมา คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 256 (9) ที่บัญญัติว่า “ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อ มาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้”

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) จะบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วได้ก่อนเสนอพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย อันถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อมาตรา 255 คือ เป็นการแก้ไขที่เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ เป็นการแก้ไขในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ซึ่งต้องมีการออกเสียงประชามติก่อน แต่การบัญญัติไว้เพียงเท่านี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ายังไม่เหมาะสมเพียงพอ เนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (9) นี้ มีใช้บทบังคับ หากไม่มีผู้ยื่นเรื่องก็ไม่สามารถตรวจสอบได้ และเป็น การตรวจสอบในด้านเนื้อหาเท่านั้น ควรที่จะกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราหรือกระบวนการพิจารณาตลอดทุกขั้นตอนตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การ

อภิปราย การลงมติในวาระที่หนึ่ง วาระที่สอง และวาระที่สาม ว่าเป็นไปโดยชอบหรือไม่ เนื่องจากประเด็นกระบวนการตราหรือกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภาว่าเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เคยเป็นประเด็นโต้แย้งจนนำไปสู่การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2556 ว่าไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมถึงขัดต่อหลักนิติธรรม เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (9) แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายห้าประการ คือ

ประการแรก รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเป็นบทบังคับให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (9) จะมีการตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกันเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิก ดังนั้น หากไม่มีสมาชิกสภาเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภา ก็จะไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่างกับกรณีการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้เป็นบทบังคับ ในมาตรา 132

ประการที่สอง ผู้มีสิทธิเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีเพียงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตนเท่านั้น แต่มิได้ให้สิทธิประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด หากจะพูดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนจะมีส่วนร่วมน้อยมาก เว้นแต่การให้สิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นที่ต้องให้ประชาชนออกเสียงประชามติเท่านั้น ส่วนในเรื่องการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ประชาชนไม่มีสิทธิในเรื่องนี้เลย จึงสมควรให้สิทธิแก่ประชาชนในการเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

ประการที่สาม บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) เป็นเพียงอนุมาตราเดียวที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็ เป็นเพียงการตรวจสอบในด้านเนื้อหาเท่านั้น ยังขาดการตรวจสอบในด้านกระบวนการตราหรือ

กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภาว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้วิจัยเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบเช่นกัน เนื่องจากได้เคยปรากฏเหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมาที่แสดงให้เห็นว่ารัฐสภาได้ดำเนินการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมิชอบ จนมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย และต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นมีกระบวนการพิจารณาในรัฐสภาโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประการที่สี่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา กล่าวคือ เป็นกรณีที่ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภา เสนอความเห็นต่อประธานสภาของตนว่าร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาในวาระที่สามแล้วนั้น ขัดต่อมาตรา 255 คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ หากแต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาแต่เพียงเท่านั้น อาจไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองมิให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น ๆ เนื่องจากหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญมิได้มีเพียงบทบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 255 หรือมาตรา 256 (8) ระบุไว้เท่านั้น

ประการที่ห้า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) เป็นบทบัญญัติที่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะการตรวจสอบก่อนประกาศใช้เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติในหมวด 15 ที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติในหมวดอื่นที่จะสามารถยื่นเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นประกาศใช้แล้วได้ สมควรที่จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้ด้วย ทั้งการตรวจสอบในด้านเนื้อหาและการตรวจสอบด้านกระบวนการตรา

ผู้วิจัยเห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่สำคัญ จึงควรมีการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รวมถึงพิจารณาถึงหนทางหรือวิธีการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และศึกษาการตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.2 เพื่อศึกษาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ และของประเทศไทย

2.3 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับประเทศไทย

2.4 เพื่อศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3. กรอบแนวคิดการวิจัย

กรอบแนวคิดการวิจัยเรื่องกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้มีกรอบแนวคิดที่สำคัญ คือ

- 3.1 หลักการเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ
- 3.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- 3.3 ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย
- 3.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- 3.5 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- 3.6 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

4. ประเด็นปัญหาการวิจัย

กระบวนการการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เหมาะสมเพียงพอหรือไม่

5. สมมติฐานการวิจัย

กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังมีข้อบกพร่องและไม่เหมาะสมเพียงพอ

6. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน และประเทศอื่น ๆ

7. คำนิยามศัพท์เฉพาะหรือคำจำกัดความที่ใช้ในการวิจัย

ผู้วิจัยขอกำหนดคำจำกัดความเพื่อใช้สำหรับงานวิจัยเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

7.1 รัฐธรรมนูญ 2540 หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

7.2 รัฐธรรมนูญ 2550 หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

7.3 รัฐธรรมนูญ 2557 หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

7.4 รัฐธรรมนูญ 2560 หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

8. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษาวิจัยเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ นี้ เห็นว่ามีประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับดังต่อไปนี้

8.1 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

8.2 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ และของประเทศไทย

8.3 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ กับประเทศไทย

8.4 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

8.5 สามารถทำข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อให้กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมทัดเทียมกับต่างประเทศ

9. ระเบียบวิธีการวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาวิจัยจากเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาจากเอกสารต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

9.1 เอกสารชั้นต้น (Primary Source) ประกอบด้วย

9.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

9.1.2 รัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

9.1.3 คำวินิจฉัยของศาล เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ

9.2 เอกสารชั้นรอง (Secondary Source) ประกอบด้วย หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำการศึกษาวิจัยนี้

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1. แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากการวิจัยเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐาน จึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงความหมายของรัฐธรรมนูญก่อนเป็นอันดับแรก มีนักวิชาการได้ให้ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ไว้หลายท่าน เช่น

ศาสตราจารย์ชาร์ล กาดู ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไว้ พอสรุปได้ดังนี้¹

“รัฐทุกรัฐจำเป็นต้องมีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เป็นเพราะผู้ปกครองในนิติรัฐจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อได้รับการมอบหมายแต่งตั้ง มิใช่อาศัยคุณสมบัติที่เป็นของตนโดยเฉพาะ

ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของระบบกฎหมายของรัฐ รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุดของลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญมอบอำนาจทางกฎหมายให้แก่กฎเกณฑ์ดังกล่าว ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของความชอบธรรมของอำนาจ รัฐธรรมนูญเป็นการกำหนดกติกาที่สำคัญของการเล่นการเมืองภายในรัฐ”

เคซี เวียร์ (KC Wheare) เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นชุดของอภิปัทสนาน (meta-norms) ของสังคมที่เป็นกฎหรือระเบียบทางกฎหมายและหลักการในระดับสูง และเป็นเครื่องระบุว่าจะสร้างกฎของสังคมที่บังคับเป็นกฎหมายขึ้นมาได้อย่างไร จะประยุกต์ใช้ บังคับใช้ และถูกตีความอย่างไร²

รัฐธรรมนูญ คือ ระบบทั้งหมดของการปกครองประเทศ เป็นชุดของกฎเกณฑ์ที่สถาปนาขึ้นและกำกับการปกครองรัฐบาล³

¹ Charles Cadoux. *Droit Constitutionnel et institutions politiques : Theorie generale des institutions politiques*. (4th edition). Paris: Cujas. 1995. pp. 21-24 อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2557. หน้า 64.

² Alec Stone Sweet. *Constitutions and Judicial Power Comparative Politics*. (2nd edition). Deniele Caramani ed. Oxford: Oxford University Press. 2011. P. 164. อ้างใน บัณฑิต จันทร์โรจนกิจ. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2558. หน้า 8.

³ Hilaire Barnett. *Constitutional and Administrative Law*. (10th edition). London and New York: Routledge Taylor & Francis Group. 2013. pp. 6-7. อ้างใน บัณฑิต จันทร์โรจนกิจ. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2558. หน้า 8.

รัฐธรรมนูญหมายถึง ชุดของกฎเกณฑ์ ทั้งที่ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และที่ไม่ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทำหน้าที่วางรากฐานของหน้าที่ อำนาจ และกลไกต่าง ๆ ของสถาบันการปกครอง เป็นเอกสารที่กำกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับปัจเจกชน สร้างสมดุล คานาการใช้ อำนาจ และสิ่งที่เป็นแนวปฏิบัติ กฎเกณฑ์ที่ไม่ถูกเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นส่วนสำคัญที่ เรียกว่าธรรมเนียม (custom) และจารีตรัฐธรรมนูญ (constitution convention) ในความหมาย อย่างแคบ รัฐธรรมนูญหมายถึง เอกสารเกี่ยวกับอำนาจ (authoritative document) ที่มีเป้าหมายใน การพรรณา (codify) มาตรฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ มีเป้าหมายเพื่อสร้างกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน อย่างไรก็ตาม หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่อาจบัญญัติไว้ในเอกสารเพียงฉบับเดียว ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงแตกต่างกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เขียนขึ้นเพื่อ ขยายความรัฐธรรมนูญและใช้ประกอบรัฐธรรมนูญ⁴

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “รัฐธรรมนูญ (Constitution)” หมายถึง เอกสารที่มีความศักดิ์สิทธิ์พิเศษทางกฎหมาย กำหนดกรอบแห่งการปกครองแห่งรัฐ และหลักการ สำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ปกครองรัฐ มีความมุ่งหมายให้ถาวรยั่งยืน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ ไม่ใช่ทำลาย ...”

ความสับสนของรัฐธรรมนูญในเมืองไทย เดิมเข้าใจคำว่ารัฐธรรมนูญว่าเป็น ประชาธิปไตย ถึงกับถือว่าการเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญก็คือการเป็นปฏิปักษ์ต่อ ประชาธิปไตย ซึ่งไม่มีความหมายอะไรเลย เพราะเผด็จการหรือสมบูรณาญาสิทธิราชก็เป็น รัฐธรรมนูญ⁵

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงความหมายของรัฐธรรมนูญไว้สองนัย นัยแรก เป็นความหมายทางกฎหมายว่า “รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน” นัยที่สองเป็นความหมายทางการเมือง หรือทางรัฐศาสตร์ว่า “รัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งระบอบประชาธิปไตย”⁶

ศาสตราจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ ให้ความหมายของรัฐธรรมนูญว่า หมายถึง กฎหมาย ชนิดหนึ่ง แต่มีเนื้อหาสาระแตกต่างไปจากกฎหมายทั่วไป เพราะเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนและกลไกที่มีความสำคัญของประเทศ ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างกลไกเหล่านี้ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ ประชาชน รัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากกฎหมายประเภทอื่นด้วยเหตุที่โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญเป็น กฎหมายสูงสุดของประเทศ ส่วนกฎหมายอื่น ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ หรือการดำเนินการใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้⁷

⁴ Andrew Heywood. *Politics*. New York: Palgrave. 2002. P. 292.

⁵ จิตติ ติงศภัทย์. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. ใน *หัวข้อบรรยายในวิทยาลัยการทัพอากาศ* วทอ. รุ่นที่ 14. 2522. หน้า 1. อ้างใน วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติ บรรณการ. 2530. หน้า 44.

⁶ หยุด แสงอุทัย. *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2538. หน้า 39-40.

⁷ นรินดี เศรษฐบุตร. *สารานุกรมการเมืองไทย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภา ผู้แทนราษฎร. 2547. หน้า 169.

ศาสตราจารย์ไฟโรจน์ ชัยนาม กล่าวถึงความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญ คือ ตัวยกกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นพิธีการมากบ้างน้อย บ้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์การทางการเมืองของรัฐ”⁸

ศาสตราจารย์ Konrad Hesse อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ปรมาจารย์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญได้อธิบายถึงรัฐธรรมนูญว่า รัฐธรรมนูญเป็นระบบพื้นฐานทางกฎหมายของประชาคม ที่กำหนดแนวทางพื้นฐานสำหรับการสร้างความเป็นเอกภาพทางการเมือง และการดำเนินการเพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุผล และยังได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในประชาคม นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดเกี่ยวกับการจัดองค์กร และกระบวนการสร้างความเป็นเอกภาพทางการเมือง การใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐ นอกจากนี้ยังกำหนดพื้นฐานและกรอบสำหรับระบบกฎหมายทั้งระบบ⁹

ศาสตราจารย์สมภพ โหตระกิตย์ กล่าวถึงความหมายของรัฐธรรมนูญว่า รัฐธรรมนูญ มีความหมายสองนัย คือ ความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ

รัฐธรรมนูญตามความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ระบบกฎหมาย จารีตประเพณี (Custom) และธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions) สถาบันทางการเมืองของรัฐ อาทิ ประมุขของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ของสถาบันทางการเมือง เหล่านั้น รัฐธรรมนูญตามความหมายอย่างกว้างนี้ใช้กันในประเทศอังกฤษ

ส่วนรัฐธรรมนูญตามความหมายอย่างแคบ หมายถึง กฎหมายฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ ที่รวบรวมกฎเกณฑ์การปกครองประเทศขึ้นไว้ อาทิ การเข้าสู่ตำแหน่งประมุขแห่งรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยกฎหมายดังกล่าวได้มีการตราขึ้นโดยวิธีการที่กำหนดขึ้นเป็นพิเศษ แตกต่างไปจากกฎหมายทั่วไป และได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญตามความหมายอย่างแคบนี้ได้แก่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ อาทิ สหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส¹⁰

ศาสตราจารย์ศรีราชา เจริญพานิช ได้ให้ความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบของการปกครองและระเบียบบริหารประเทศ แนวนโยบายของการบริหารประเทศ ตลอดจนสิทธิ หน้าที่ของประชาชนพลเมืองในประเทศนั้น”¹¹

⁸ ไฟโรจน์ ชัยนาม. *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2524. หน้า 77.

⁹ Konrad Hesse. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Neudruck der 20. Aufl. 1999 p.10. อ้างใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551. หน้า 281.

¹⁰ สมภพ โหตระกิตย์. *คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1*. กรุงเทพมหานคร: นำเขียน การพิมพ์. 2512. หน้า 11-12.

¹¹ ศรีราชา เจริญพานิช. ที่มา ประเภท และลำดับศักดิ์กฎหมาย. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, (พิมพ์ครั้งที่ 10). นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2553. หน้า 131.

ศาสตราจารย์กิตติคุณวิชฌุ เครื่องาม ได้สรุปความหมายและลักษณะของรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

1. สถานะ เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศในขณะนั้น ๆ แต่อาจเรียกชื่อต่างกันไปได้อาติ ประเทศไทยเคยใช้คำว่า ธรรมนูญการปกครอง ต่อมาใช้คำว่ารัฐธรรมนูญ ในต่างประเทศมีเรียกว่า Constitution, Basic Law, Fundamental Law

2. ลักษณะ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีชื่อเรียกเฉพาะให้เห็นว่าแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาอื่น

3. สาระ มีเนื้อหาสาระว่าด้วยกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ¹²

จากความหมายของรัฐธรรมนูญที่กล่าวมา สามารถสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) คือ กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐ กำหนดสถาบันทางการเมืองขึ้น โดยกำหนดอำนาจหน้าที่และการใช้อำนาจของสถาบันทางการเมืองเหล่านั้น กำหนดความสัมพันธ์การถ่วงดุลอำนาจและการตรวจสอบระหว่างองค์การทางการเมืองด้วยกันเอง เป็นกฎหมายแม่บทของการบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในลำดับรองลงมา รัฐธรรมนูญยังให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยังกำหนดหน้าที่ของประชาชนไว้ด้วย

1.2 ความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

คำว่า “รัฐธรรมนูญ (Constitution)” กับคำว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law)” คนทั่วไปมักมีความเข้าใจที่สับสนระหว่างคำสองคำนี้ ว่าเป็นคำเดียวกันหรือมีความหมายเหมือนกัน แต่แท้จริงแล้วคำสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกัน นั่นคือ รัฐธรรมนูญเป็นชื่อของกฎหมายประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา อันเป็นการแสดงความเป็นกฎหมายอยู่ในตัวเองโดยไม่ต้องเติมคำว่า “กฎหมาย” ไว้ข้างหน้าแต่อย่างใด

ส่วนกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นชื่อที่ใช้เรียกกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับสถาบันทางการเมือง คือกฎหมายสาขามหาชนที่ว่าด้วยสถาบันการเมืองต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งรวมทั้งรัฐธรรมนูญ กฎมณเฑียรบาล จารัตประเพณีทางการเมือง และกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงมีทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างของประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎีถือว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของหลักการและเป็นคำที่กว้างมากกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นคำที่แคบและเป็นเรื่องของกฎหมายประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ

ศาสตราจารย์กิตติคุณวิชฌุ เครื่องาม ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า คำว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Law) นั้นแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ และมักมีความเข้าใจผิดและใช้สับสนกับคำว่ารัฐธรรมนูญอยู่เสมอ กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง กฎหมายสาขามหาชนที่วางระเบียบเกี่ยวกับสถาบันการเมืองของรัฐ เช่น ประมุขของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ

¹² วิชฌุ เครื่องาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 46-47.

ดังนั้น คำว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงมีความหมายกว้างกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญนั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹³

ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างคำว่า “รัฐธรรมนูญ” กับ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ไว้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กล่าวถึงความคิด และทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดหรือวางระเบียบสถาบันการเมืองของรัฐ การศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการศึกษาสถาบันการเมืองในด้านกฎหมาย ส่วนรัฐธรรมนูญ คือ ตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นพิธีกรรมบ้าง น้อยบ้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์การทางการเมือง และสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁴

ศาสตราจารย์ประยูร กาญจนดุล ได้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกในภาษาอังกฤษว่า Constitution เป็นตัวบทกฎหมาย เป็นกฎหมายสูงสุดที่อยู่เหนือบทกฎหมายทั้งหลายของประเทศ ส่วนกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกในภาษาอังกฤษว่า Constitution Law เป็นกฎหมายมหาชนที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองของรัฐในทางการเมือง โดยกำหนดโครงสร้างของรัฐ ระบอบการปกครอง การใช้อำนาจอธิปไตย และการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตย เป็นหลักและทฤษฎีกฎหมายไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย ดังนั้น การอ้างว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรานั้นมาตรานี้จึงไม่ถูกต้อง เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และทฤษฎีกฎหมายไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย จึงไม่มีการแบ่งออกเป็นมาตรา แต่รัฐธรรมนูญเป็นตัวบทกฎหมายจึงแบ่งออกเป็นมาตรา ๆ ¹⁵

1.3 ประเภทของรัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงแนวคิดการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญ นักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญได้มีแนวคิดในการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญออกได้หลายแนวทางด้วยกัน คือ

- 1) รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) รัฐธรรมนูญตามเนื้อหาและรัฐธรรมนูญตามแบบพิธี
- 3) รัฐธรรมนูญของรัฐเดี่ยว (Unitary Constitution) และรัฐธรรมนูญของรัฐรวม (Federal Constitution)
- 4) รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย (Flexible Constitution) และรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก (Rigid Constitution)
- 5) รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและรัฐธรรมนูญฉบับถาวร

ในบรรดาแนวคิดการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญนั้น การแบ่งประเภทรัฐธรรมนูญตามวิธีการบัญญัติ ออกเป็น 2 ประเภท คือ รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและที่ไม่เป็นลาย

¹³ วิษณุ เครืองาม. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน*, เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. 2555. หน้า 105.

¹⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม. *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*. หน้า 17.

¹⁵ ประยูร กาญจนดุล. การเรียก “รัฐธรรมนูญ” ว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”. *จดหมายข่าวราชบัณฑิตยสถาน*, 7(73). อังโน ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ข่าวมรดกกรรม ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล. *วารสารราชบัณฑิตยสถาน*, 31(2), 632-633. หน้า 633.

ลักษณะอักษร เป็นแนวความคิดการแบ่งประเภทรัฐธรรมนูญที่ใช้กันมากที่สุด และผู้ศึกษาขอใช้แนวทางนี้ในการแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญ

1.3.1 รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written Constitution)

รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร หมายถึง รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติรวมอยู่ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับ โดยกำหนดเกี่ยวกับระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดแห่งรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเช่นว่านี้ต่อกันและกัน เป็นกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ ที่ได้มีการจัดทำด้วยวิธีการที่แตกต่างจากการจัดทำกฎหมายธรรมดา¹⁶

สมภพ โทตระกิตย์ ได้อธิบายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไว้ว่า¹⁷ การกล่าวว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเอกสารฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับนั้น หมายความว่าบางประเทศนิยมรวมรวมกฎเกณฑ์ทางการเมืองการปกครองประเทศไว้ในเอกสารฉบับเดียว ซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญที่รวบรวมกฎเกณฑ์ต่าง ๆ รวมกันไว้ในเอกสารเพียงฉบับเดียว

บางประเทศนิยมบัญญัติกฎเกณฑ์การปกครองประเทศแยกออกจากกันเป็นหลายฉบับ เช่น สเปนมีกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศถึง 7 ฉบับ สวีเดนมีกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ 4 ฉบับ

กฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญ หรือเอกสารที่บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดการปกครองประเทศ เช่น กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายสถานีบัญญัติ กฎหมายหรือเอกสารเหล่านี้ไม่ถือเป็นรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีวิธีการจัดทำเหมือนกฎหมายธรรมดา แตกต่างจากวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกคือรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการร่างเมื่อ ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2330)¹⁸

ข้อดีและข้อเสียของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อดีของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร คือ ปราบปรามเป็นบทบัญญัติที่มีข้อความแน่นอนทำให้หนักการเมืองและผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทราบและเข้าใจกฎเกณฑ์ทางการเมืองได้อย่างชัดเจน เป็นการสร้างหลักประกันเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ข้อเสียของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร คือ มีลักษณะแน่นอนตายตัวและมีกระบวนการแก้ไขยาก ใช้เวลาในการพิจารณาและแก้ไขที่ยาวนานกว่ากฎหมายทั่วไป อาจไม่ยืดหยุ่นตามสถานการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป

1.3.2 รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution)

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี หมายถึง ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล กฎเกณฑ์การปกครองประเทศด้าน

¹⁶ วิษณุ เครืองาม *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 44

¹⁷ สมภพ โทตระกิตย์. *คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1*. หน้า 11-12.

¹⁸ บัณฑิต จันทร์โรจน์กิจ. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ* กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2558. หน้า 5.

การเมือง และธรรมเนียมปฏิบัติ ที่ได้รับการยอมรับและยึดถือเป็นแบบแผนกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ แม้จะมีได้มีการรวบรวมขึ้นไว้เป็นรูปเล่มก็ตาม¹⁹

รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี หมายถึงรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ประชาชนเห็นได้จริงว่ามีบทบัญญัติเช่นนั้น และได้มีการนำมาปฏิบัติในรัฐอย่างต่อเนื่อง สิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีได้นั้น จะต้องมืองค์ประกอบ 3 ประการ คือ²⁰

- 1) ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร
- 2) ประชาชนเห็นได้จริงว่าข้อความนั้นเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
- 3) ได้มีการนำมาปฏิบัติในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญในรัฐอย่างต่อเนื่อง

ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่รู้จักกันดี คือ อังกฤษ ในปัจจุบัน คือ สหราชอาณาจักร (อังกฤษ เวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ) เป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ซึ่งยึดมั่นในขนบธรรมเนียมประเพณีมากจนถึงกับใช้ธรรมเนียมประเพณีเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ²¹

แต่มีเชื่อว่าอังกฤษจะไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร มีสิ่งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่สมัยอดีตกาล ได้แก่ Magna Carta 1215 , Petition of Rights 1628 , Bill of Right 1689 , Parliament Act 1911 , กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ (The Act of Settlement 1701) แต่เหตุผลที่อังกฤษไม่นิยมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ด้วยเหตุที่ชาวอังกฤษยึดมั่นในขนบธรรมเนียมประเพณี มีวิวัฒนาการทางการเมืองการปกครองมาอย่างยาวนาน อาศัยระยะเวลาในการสร้างกฎเกณฑ์การปกครองด้วยจารีตประเพณีและมติมหาชนโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด สิ่งเหล่านี้ทำให้อังกฤษไม่ชวนชววยในการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร²²

นอกจาก จารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่มีใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็ยังมีกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่นอกเหนือจากจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาบรรทัดฐาน (precedent) ของศาลที่ได้รับการยอมรับและกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ เช่น คำพิพากษาเกี่ยวกับการรับรู้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเมื่อมีคดีความระหว่างเอกชนกับฝ่ายบริหารเกิดขึ้น²³

¹⁹ สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. ใน *โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร*, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2535. หน้า 8-9.

²⁰ หยุด แสงอุทัย. *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 44.

²¹ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 109.

²² Alex N. Dragnich and Jorgen Scott Rasmussen. *Major European Governments*. California: Dorsey Press. 1986. Pp. 37-70 อ้างใน วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ. 2530. หน้า 124.

²³ อรอนงค์ ชุมพล. *การควบคุมและการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร. 2558. หน้า 15.

ผลของพัฒนาการทางการเมืองในรอบหลายร้อยปี ทำให้อังกฤษไม่มีเอกสารทางการเมืองขึ้นเดียวที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ แต่ความเป็นรัฐธรรมนูญกลายเป็นชุดของกฎหมายและแนวปฏิบัติที่อยู่ในกฎหมายหลายฉบับและแนวทางปฏิบัติที่ยึดถือต่อกันมา ได้แก่²⁴

1. ตัวยกกฎหมาย หรือ พระราชบัญญัติ (statute) เป็นข้อบัญญัติในกฎหมายที่มีผลในทางการปฏิบัติทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยอายุของผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียง ค.ศ. 1969 ที่กำหนดอายุของผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียง จาก 21 ปี เป็น 18 ปี²⁰

2. จารีตรัฐธรรมนูญ (conventions) เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่ได้มีการจารึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การลงคะแนนเสียงเลือกตั้งกำหนดให้เป็นวันพฤหัสบดี หรือการลาออกของรัฐมนตรีหากมีข้อเสียหายหรือทำผิดทางการเมืองเพื่อแสดงความรับผิดชอบ สิ่งเหล่านี้ไม่ถูกตราเป็นกฎหมาย แต่เป็นการรักษาระบอบการเมืองโดยยึดถือแนวปฏิบัติที่ผ่านมานในอดีต

3. กฎหมายจารีตประเพณี (common law) กรณีที่ผู้พิพากษามีคำตัดสินคดีความทางการเมืองและส่งผลให้เกิดธรรมเนียมปฏิบัติในลำดับต่อมาโดยยึดคำพิพากษาเป็นแนวปฏิบัติต่อๆ กันมาซึ่งอาจสืบค้นได้นับร้อยปี

4. งานเขียนที่สำคัญที่อธิบายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (works of constitutional importance) เป็นการตีความแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยงานเขียนทางวิชาการที่สำคัญ เช่น งานของ Thomas Erskine May เรื่อง *Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings, and the Usage of Parliament* กลายมาเป็นแนวทางการปฏิบัติและข้อบังคับในสภาผู้แทนราษฎร และผลงานของ Walter Bagehot เรื่อง *The English Constitution* (1867) ที่กลายมาเป็นแนวทางปฏิบัติของพระมหากษัตริย์อังกฤษ รัฐบาลและคณะรัฐมนตรี โดยเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญอเมริกัน

5. สนธิสัญญา (treaties) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีผลเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ เช่น การลงนามในสนธิสัญญาเกี่ยวกับสหภาพยุโรป หรือย้อนกลับไปสนธิสัญญากรุงโรม ค.ศ. 1972 ที่มีผลเกี่ยวกับนโยบายการค้าและสินค้าการเกษตร

จะเห็นได้ว่า ในกรณีอังกฤษที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ไม่ได้หมายความว่าไม่มีรัฐธรรมนูญ แต่อังกฤษมีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว โดยที่รัฐธรรมนูญที่เป็นแนวปฏิบัติ เป็นกฎหมายย่อยๆ อันเป็นผลพวงของวิวัฒนาการทางสังคมที่ผ่านมานับร้อยปีจนมีแนวปฏิบัติที่กำหนดไว้จากแหล่งต่างๆ ดังกล่าวมานี้

จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่ก็มิสภาพบังคับเสมอด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อใดก็ตามที่จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเมื่อใด จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็จะแปรสภาพเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั่นเอง²⁵

²⁴ Chris Robinson. *Government and Politics: Governing the UK*. Oxford: Phillip Allan. 2013. pp. 14-16. อ้างใน บัณฑิต จันทรโรจนกิจ *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2558. หน้า 27-29.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ อสิริยาภรณ์ อุวรรณโณ. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ. *เดลินิวส์*. (2558, 27 พฤษภาคม). 23 กุมภาพันธ์ 2563 สืบค้นจาก <https://www.dailynews.co.th/article/323800>.

สรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ประกอบด้วยทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และส่วนที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากนั้นแล้วยังมีสิ่งที่เราเรียกว่า “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” เหตุผลที่เรายังคงเรียกรัฐธรรมนูญอังกฤษว่าเป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีก็เพราะว่าบรรดากฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ คือ กฎเกณฑ์ที่จัดระบบรูปแบบของรัฐก็ดี ที่จัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในมุมใดมุมหนึ่งก็ดี จะกระจัดกระจายไม่อยู่รวมเป็นเอกสารฉบับเดียวกัน โดยกระจัดกระจายไปในกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ ฉบับ ในส่วนที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีก็กระจัดกระจายไม่ได้มีการรวบรวมมาให้เป็นหมวดหมู่เป็นระบบระเบียบในเอกสาร ไม่เหมือนกับประเทศอื่น ๆ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส หรือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นต้น

ข้อดีและข้อเสียของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อดีของรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้รวบรวมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร คือ มีลักษณะยืดหยุ่น ไม่แข็งกระด้างตายตัว สามารถปรับให้เข้าสถานการณ์บ้านเมืองได้

ข้อเสียรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่ไม่ได้รวบรวมไว้เป็นลายลักษณ์อักษร คือ ไม่ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ทำให้เกิดมีปัญหากันได้เสมอว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติอย่างไรและอาจนำไปสู่การโต้เถียงกันได้ว่า จารีตประเพณีในเรื่องหนึ่งเรื่องใดยังคงมีอยู่หรือได้ยกเลิกไปโดยปริยายแล้ว

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะมีการแบ่งรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และรัฐธรรมนูญที่ไม่ลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี แต่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ก็มีลักษณะของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณีผสมผสานกันอยู่ แล้วแต่ความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ซึ่งประเทศไทยเราก็เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญทั้งสองประเภทที่กล่าวมามีได้มีการแบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด แต่มีลักษณะของรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่งแฝงอยู่ด้วยเสมอ เนื่องจากประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเองก็ยังมีส่วนที่เป็นจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ ที่ยังมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติกันมาจนถือเป็นส่วนหนึ่งรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน และประเทศอังกฤษเองที่ใช้รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณีหรือรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ได้มีการรวบรวมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในที่เดียวกัน ก็ยังมีการตราหรือบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ อันมีสภาพบังคับเสมอด้วยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเช่นกัน

1.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution)

1.4.1 ความหมาย

กฎหมายของประเทศหรือรัฐนั้นจะมีหลายประเภท หากแบ่งประเภทของกฎหมายโดยจัดตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Law) แล้ว สามารถแบ่งกฎหมายออกเป็น กฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุดคือ รัฐธรรมนูญ รองลงมาคือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายในระดับรองลงไปเรื่อย ๆ ซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศสุดแล้วแต่จะกำหนดชื่อไว้

ตามหลักเกณฑ์ลำดับศักดิ์ของกฎหมายนี้ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะออกมาขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ามิได้ กฎหมายในลำดับศักดิ์หนึ่งจะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยกฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันหรือกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเท่านั้น หรือหากมีกฎหมายในเรื่องใดออกมาภายหลังโดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ออกมาก่อนในลำดับศักดิ์เดียวกันย่อมถือว่ากฎหมายที่ออกมาภายหลังเป็นการยกเลิกกฎหมายที่ออกมาก่อนโดยปริยาย

โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของรัฐ ดังนั้น กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น คือ รัฐธรรมนูญให้อำนาจในการออกกฎหมายอื่น ๆ ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า และกฎหมายในลำดับรองลงไปก็จะบัญญัติให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองลงไปอีกตามลำดับ

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากอำนาจสูงสุดในการจัดตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ รัฐธรรมนูญกำหนดองค์กรที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจทางการเมือง การปกครอง และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกว่ากฎเกณฑ์อื่นทั้งหมด กล่าวคือรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด²⁶

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นมีต้นกำเนิดมาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา หมวด 6 มาตรา 2 ว่า “รัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้ และบรรดาสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นและจัดทำขึ้นตามอำนาจแห่งสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันเช่นนั้น ไม่ว่าจะมิชอบบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม” และในคดี *Marbury V. Madison* ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1803 โดย John Marshall ประธานศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น เป็นผู้ตัดสินคดีนี้ ได้อธิบายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในคำพิพากษาตอนหนึ่งไว้อย่างชัดเจนความว่า “... เป็นที่เห็นได้ชัดว่าในระหว่างทางเลือกสองทางด้วยกัน คือการกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายธรรมดาซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับการยินยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการนิติบัญญัติธรรมดาได้ตลอดเวลาเท่าที่ตนประสงค์จะกระทำนั้น เราจะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่งเสมอ ไม่มีทางสายกลางให้เลือกเดิน หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหมดโดยมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น และไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการในการตรากฎหมายธรรมดา หรือเราจะถือว่ารัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเสมอกันกับกฎหมายธรรมดาที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ทำให้หากฝ่ายนิติบัญญัติมีความประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถทำได้ตามอำเภอใจตลอดเวลา หากเรายอมรับแนวทางแรก กฎหมายธรรมดาที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นจะไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย แต่หากเรายอมรับแนวทางที่สองก็ถือว่า

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2539. หน้า 18.

การจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นมา นั้นไม่มีความหมายอะไรมากไปกว่าความพยายามที่ไร้ค่าของมวลมนุษยชาติในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่อาจจำกัดได้”²⁷

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุด เป็นกฎหมายที่สำคัญกว่ากฎหมายฉบับใดทั้งสิ้น และเป็นกฎหมายหลักที่ให้หลักประกันแก่ประชาชน จะมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ หากมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญกฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากขัดกับกฎหมายแม่บทที่ยึดถือเป็นหลักในการปกครองบริหารประเทศ กฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่ออกมาย่อมต้องตอบสนองต่อหลักการและนโยบายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ²⁸

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Law) นั้น เป็นการแสดงถึงสถานะของกฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใดว่ามีลำดับสูงสุดเหนือกฎหมายอื่นทั้งปวง เป็นไปตามแนวคิดลำดับศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) ในประเทศหนึ่งย่อมมีกฎหมายอยู่จำนวนมากหลากหลายรูปแบบ และกฎหมายเหล่านั้นย่อมมีความสำคัญหรือมีลำดับศักดิ์แตกต่างกันไป อันเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ออกกฎหมาย หากจะให้กฎหมายทุกฉบับมีความเท่าเทียมกันหมดแล้ว ก็คงจะมีกฎหมายเพียงรูปแบบเดียวและจัดอยู่ในลำดับเดียวกันหมด แต่เหตุที่จะต้องมีการมีกฎหมายหลายลำดับก็เนื่องจากผู้มีอำนาจออกกฎหมายเห็นว่า กฎหมายแต่ละเรื่องมีความสำคัญหรือมีน้ำหนักแตกต่างกัน กฎหมายบางเรื่องสำคัญน้อย กฎหมายบางเรื่องสำคัญมาก เรื่องที่สำคัญมากก็ควรออกเป็นกฎหมายที่มีลำดับหรือประเภทที่สูงกว่าเรื่องที่สำคัญน้อยกว่า ในบรรดากฎหมายทั้งหมดทุกประเภทนั้น ต้องมีกฎหมายประเภทหนึ่งที่อยู่ในสถานะสูงสุดอยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง²⁹

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นสูงที่สุดของประเทศ หากมีกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมต้องอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า กฎหมายอื่นที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้ เมื่อพิจารณาถึงทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมายที่ว่ากฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายอื่น ย่อมมีสถานะสูงกว่ากฎหมายที่ออกมา³⁰

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ ในกรณีที่มีความขัดแย้งกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายอื่น ส่งผลให้กฎหมายใดที่ขัดกับรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจทางกฎหมาย จนนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอยู่บนพื้นฐานแนวคิดลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิได้เป็นเพียงหลักการ

²⁷ สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. ใน *โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, หน้า 48.

²⁸ ศรีราชา เจริญพานิช. ที่มา ประเภท และลำดับศักดิ์กฎหมาย. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 131.

²⁹ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 669.

³⁰ เกียรติไกร เจริญธนาวัฒน์. *รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 5)*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2545. หน้า 120.

ของความขัดแย้งในทางรูปแบบ ที่เป็นความขัดแย้งของกฎหมายต่างลำดับชั้นกัน อันมีผลให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น หรือทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา เท่านั้น แต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งคือเรื่องความผูกพัน และเรื่องการทำให้อำนาจสามารถบรรลุความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ³¹

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นจะมีได้ก็เฉพาะประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา คือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีกระบวนการที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป ดังนั้น ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี รวมถึงประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถทำได้ง่าย เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ย่อมมิได้ใช้หรือยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เสมอ³²

บางประเทศการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้โดยกระบวนการหรือวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จะเห็นได้ชัดเจนในกรณีของประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร คือใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ได้แก่ประเทศอังกฤษ โดยกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเพียงจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันมาเป็นเวลานานจนได้รับการยอมรับ หากธรรมเนียมประเพณีทางรัฐธรรมนูญใดที่ไม่มีหรือมีแต่ไม่เหมาะสม รัฐสภาก็สามารถที่จะตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์บังคับในทางรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้เนื่องจากอังกฤษไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถกระทำได้ง่าย ทำให้สามารถออกกฎหมายมาแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน และสามารถหลีกเลี่ยงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผิดกฎหมายโดยการปฏิวัติรัฐประหารได้ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามแนวทางนี้ซึ่งเป็นการแก้ไขโดยง่าย อาจทำให้รัฐธรรมนูญคลายความศักดิ์สิทธิ์ลง เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไป ทำให้คุณค่าของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญลดน้อยลงไป³³

1.4.2 ผลของการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

จากความหมายของแนวคิดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของนักวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น สามารถสรุปถึงผลของการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ได้ 2 ประการ คือ

1) กฎหมายอื่นใดภายในระบบกฎหมายของรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

³¹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2546. หน้า 33.

³² สุรียา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2553. หน้า 18.

³³ หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 56.

เมื่อรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่มีสถานะสูงสุดของรัฐ ย่อมมีสถานะอยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงภายในรัฐ ดังนั้น กฎหมายอื่นไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหรือภายหลัง รัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ นั่นคือ ตกเป็นโมฆะ ถือเป็น การรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายทั่วไป

การกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงความเป็นเหตุเป็นผลระหว่างรัฐกับประชาชนภายในรัฐ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้ง แบ่งแยก และจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ และยังกำหนดหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น การกระทำและภารกิจขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจึงต้องอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรให้สามารถกระทำได้ยากกว่ากฎหมายอื่น³⁴

การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากนั้น เนื่องจากเป็นความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการธำรงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญไว้ โดยกำหนดกระบวนการและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษที่แตกต่างและกระทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา และมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางประการที่ไม่สามารถไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขได้เลย ดังนั้น การจะแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้นเสีย เช่นการปฏิวัติรัฐประหาร³⁵

จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก โดยต้องใช้องค์กรรวมถึงวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เรียกสภาวะนี้ได้ว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ”³⁶

ในทางปฏิบัตินั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญนั้นกำหนดให้แก้ไขได้ยากหรือง่าย แต่ยังคงขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมในขณะเวลานั้นด้วย หากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใดที่ไม่สอดคล้องกับบริบทในปัจจุบัน บทบัญญัตินั้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการแก้ไขเพื่อให้สามารถบังคับใช้บังคับและปฏิบัติได้ มิฉะนั้นรัฐธรรมนูญก็จะเป็นรัฐธรรมนูญเพียงในนามเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำไปปฏิบัติได้ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติถึงกระบวนการและวิธีการไว้ โดยมากมักจะมอบอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก่องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง สำหรับกระบวนการและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอาจกำหนดไว้เป็นพิเศษแตกต่างและกระทำได้

³⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2540. หน้า 29.

³⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 5)*. หน้า 148.

³⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายมหาชน 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2536. หน้า 17.

ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา หรืออาจกำหนดกระบวนการหรือวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาก็ได้ แต่อาจกำหนดให้ต้องใช้คะแนนเสียงมากกว่าปกติ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐจะกำหนดไว้³⁷

1.5 อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power, pouvoir constituant) หรือมีการเรียกชื่ออย่างอื่นว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ³⁸ หรืออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การทางการเมือง³⁹

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจสูงสุดภายในรัฐตามแนวคิดของซีเอเยส์ (Emmanuel Joseph Sieyès) ที่ได้แสดงไว้ว่า ในอดีตก่อนที่รัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้น ไม่มีกฎหมายใดที่อยู่เหนือและผูกมัดที่จะสร้างระบบกฎหมายและระบบองค์กรอยู่เลย เมื่อมีอำนาจสูงสุดสถาปนารัฐธรรมนูญให้เกิดขึ้น อำนาจนี้เป็นอำนาจที่สร้างรัฐธรรมนูญขึ้น อำนาจนี้จึงอยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้างคืออยู่เหนือรัฐธรรมนูญ และอำนาจนี้ยังอยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหมดที่ถูกสร้างขึ้นมาโดยรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ประมุขแห่งรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ องค์กรที่ถูกสร้างขึ้นมาโดยรัฐธรรมนูญเหล่านี้เป็นองค์กรที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ มีอำนาจที่เรียกว่า อำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง หรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) จึงมีอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด และเป็นอำนาจที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัดและไร้ขอบเขต อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงมีอิสระในการกำหนดกฎหมายอย่างใดก็ได้⁴⁰

ตัวอย่างอำนาจตามรัฐธรรมนูญ อาทิ อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย อำนาจของฝ่ายบริหารในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีความต่าง ๆ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้กรอบหรือกฎหมายที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ทั้งในเรื่องขอบเขตอำนาจ กระบวนการ และเรื่องที่จะใช้อำนาจไว้ การตีความการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตีความตามเจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁴¹ จนมีผู้กล่าวว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญเปรียบได้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ (trustee) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁴²

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ. ใน *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541. หน้า 197-198.

³⁸ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 73.

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม. 2538. หน้า 19.

⁴⁰ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 19.

⁴¹ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 19-20.

⁴² Ulrich K. Preuss. Constitutional Powermaking for the new polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. in *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. North Carolina: Duke University Press. 1994. p. 639, 640-641 อ้างใน ปูนเทพ ศิริพงษ์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติม*

มีผู้ให้ความหมายของคำว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้หลายท่าน อาทิ
อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ เจตนารมณ์โดยสมัครใจทางการเมืองที่มีอำนาจในการ
ตัดสินใจรวมกันทั้งหมดอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งอยู่เหนือรูปแบบการดำรงอยู่ทางการเมือง⁴³

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ คือ อำนาจที่ตัดสินใจเกี่ยวกับลักษณะพื้นฐาน หลักการว่า
ด้วยรูปแบบการปกครอง และระเบียบทางกฎหมาย อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการผสมผสานระหว่าง
เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์และปัจจัยทางการเมืองของแต่ละประเทศ⁴⁴

อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญมีนักวิชาการบางท่านเรียกว่าอำนาจในการจัดให้มี
รัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง เป็นอำนาจแรกเริ่มก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญ
เมื่อมีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ย่อมจะมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎี
กฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็น
อำนาจที่อยู่คู่กัน เนื่องจากหากไม่มีผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญก็จะมีผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ผู้จัดให้มี
รัฐธรรมนูญและผู้จัดทำรัฐธรรมนูญจะเป็นบุคคลเดียวกัน⁴⁵

อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง
(pouvoir constituant) นี้ คือ อำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะที่สามารถตัดสินใจใน
เรื่องความเป็นอยู่ในทางการเมืองของตนเองได้ นั่นคือ ผู้ใดมีอำนาจสูงสุดที่แท้จริงในรัฐในขณะใด
ขณะหนึ่ง ผู้นั้นก็มีอำนาจที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญได้⁴⁶

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นจากการปลดปล่อยเมืองขึ้นของเจ้าอาณานิคม
การประกาศเอกราชของรัฐ การปฏิวัติของประชาชน หรือการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิม⁴⁷

ผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereignty) เป็นผู้ที่
มีอำนาจสูงสุดของรัฐในเวลานั้น ผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ใน
ขณะเดียวกันย่อมเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญรวมถึงมีอำนาจในการกำหนดตัวบุคคลที่จะมี
อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้ง
องค์กรทางการเมืองจึงเป็นอำนาจสูงสุดโดยสภาพในตัวเอง เนื่องจากเป็นการแสดงออกถึงเจตนารมณ์
สูงสุดทางการเมือง⁴⁸

รัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2555. หน้า 7.

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*.
กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2548. หน้า 85.

⁴⁴ Ali Acar. Tension in the Turkish constitutional democracy: Legal theory,
Constitutional review and Democracy, *Ankara Law Review*, 6(No. 2), 140-150, p. 141, 150. อ้างใน
ปุนเทพ ศิริพงษ์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดย
องค์กรตุลาการ*. หน้า 5.

⁴⁵ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 84.

⁴⁶ หยุด แสงอุทัย. *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 69.

⁴⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 21.

⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*.
(พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2550. หน้า 117.

ผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญหรือผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรือรัฐชาติ ปัตย์ หรือผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐหนึ่ง ๆ นั้น อาจมีได้หลายลักษณะขึ้นอยู่กับรูปแบบการปกครองของรัฐในแต่ละช่วงเวลา ในช่วงแรกพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดตามลัทธิเทวสิทธิ์ ในเวลาต่อมาเมื่อมีการต่อต้านอำนาจของพระผู้เป็นเจ้าของเจ้ากษัตริย์จึงมีผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเมื่อมีการต่อต้านอำนาจของกษัตริย์ก็มีแนวคิดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐเป็นประมุขของรัฐ ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ประชาชนของรัฐ⁴⁹

ผู้มีอำนาจสูงสุดของรัฐหรือรัฐชาติปัตย์ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้น อาจเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเอง นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการกำหนดตัวบุคคลที่จะมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ได้ เช่น กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภานิติบัญญัติ ทำหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ⁵⁰

ลักษณะของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) มีลักษณะ 3 ประการ คือ⁵¹

1) เป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดและเป็นอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากกาการก่อตั้ง (pouvoir constitué) ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และจะขัดกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

2) เมื่ออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจที่สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้น และรัฐธรรมนูญมาสถาปนาระบอบทางการเมืองและองค์กรทางการเมืองขึ้น การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญต้องดูเจตนารมณ์ของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองอาจไม่ใช่อำนาจอธิปไตย เพราะมีอยู่ก่อนอำนาจอธิปไตย ในกรณีประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมมาก่อน ประเทศอาณานิคมไม่มีอำนาจอธิปไตย แต่อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประเทศเจ้าอาณานิคม เมื่อประเทศเจ้าอาณานิคมให้เอกราชกับประเทศอาณานิคมก็เท่ากับให้อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแก่ประเทศอาณานิคม ส่วนประเทศที่เป็นรัฐเอกราชอยู่แล้วมีอำนาจอธิปไตยอยู่แล้ว อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองก็คืออำนาจอธิปไตยนั่นเอง

3) อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองคืออำนาจออกรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกวิเคราะห์ว่าเป็นอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรและกระบวนการทางการเมืองที่รับมอมมาจากอำนาจตรารัฐธรรมนูญดั้งเดิม จึงมี 2 คำ คือ อำนาจออกรัฐธรรมนูญแต่เดิม (pouvoir constituant originaire) กับอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รับมอม (pouvoir constituant dérivé)

อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รับมอมมาหรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติในการออกพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบ

⁴⁹ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 73-74.

⁵⁰ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 84.

⁵¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง : อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญ. *สถาบันพระปกเกล้า*. 10 พฤษภาคม 2563. สืบค้นจาก <http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php?title=อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง>.

รัฐธรรมนูญ จึงต้องมีกระบวนการพิเศษหรือองค์กรพิเศษ ซึ่งไม่เหมือนกับการออกกฎหมายธรรมดา บางครั้งพิเศษถึงขนาดที่จะต้องเอาประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ให้ประชาชนออกเสียงประชามติว่าจะเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

1.6 องค์กรผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

องค์กรผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐสภา ธิปไตยผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง) ให้เป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นอาจกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ประกาศหรือคำสั่งของรัฐธรรมนูญ ธิปไตย องค์กรผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญมีหลายลักษณะ ได้แก่ สภานิติบัญญัติ สภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือประชาชน⁵²

1.6.1 สภานิติบัญญัติ

สภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ภายใต้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง สภานิติบัญญัติตามปกติจึงมีอำนาจและใช้อำนาจภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ และไม่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองอาจมอบอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญให้แก่สภานิติบัญญัติได้โดยอาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การที่สภานิติบัญญัติทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าสภานิติบัญญัติมีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ไม่อาจใช้อำนาจเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ การให้สภานิติบัญญัติทำหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นกรณีที่กำหนดให้สภานิติบัญญัติยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม มีข้อดีคือเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายเนื่องจากสภานิติบัญญัติทำหน้าที่พิจารณากฎหมายเป็นปกติอยู่แล้ว แต่ข้อเสียคือสภานิติบัญญัติมีภาระหน้าที่ในการพิจารณากฎหมายจำนวนมากอยู่แล้ว เมื่อให้สภานิติบัญญัติทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญจึงอาจเกิดความล่าช้าและอาจขาดความชำนาญในการร่างรัฐธรรมนูญ เพราะการร่างรัฐธรรมนูญนั้นต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ⁵³

1.6.2 สภาร่างรัฐธรรมนูญ

สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention) เป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ โดยอาจมาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนทั้งประเทศหรือมาจากการแต่งตั้งโดยรัฐสภาธิปไตยก็ได้ บางครั้งอาจเรียกชื่ออย่างอื่นที่แตกต่างออกไป เช่น คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นแล้วจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงประชามติ (Referendum) ก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นหรือไม่ เมื่อรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบของประชาชนจากการออกเสียงประชามติแล้วจึงจะนำร่างรัฐธรรมนูญไปประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญ

⁵² ขจรชัย ชัยพัฒนาพันธ์. การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2553. หน้า 19-22.

⁵³ วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 85.

ต่อไป และเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วจรรยาบรรณฉบับนั้น ประกาศใช้บังคับแล้ว ตามปกติจะกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสภาพไป เว้นแต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ประกาศใช้จะกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญยังคงอยู่ต่อไปเพื่อทำหน้าที่สภานิติบัญญัติชั่วคราว จนกว่าจะมีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติขึ้นใหม่⁵⁴

1.6.3 ประชาชน

การปกครองระบอบประชาธิปไตยถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด คือ มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรือ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) แม้ว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตย ของประเทศส่วนใหญ่จะเป็นประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน แต่อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองก็ยังเป็นอำนาจของประชาชน ประชาชนจึงมีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญและผู้จัดทำรัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลเดียวกันก็ได้⁵⁵ แต่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาชนนั้น ประชาชนทุกคนไม่จำเป็นต้องเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญด้วยตัวเองโดยตรง เนื่องจากมีข้อจำกัดที่มีประชาชนจำนวนมาก การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาชนจึงมักดำเนินการโดยการให้ประชาชนเลือกบุคคลขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เช่น การเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือประชาชนมอบอำนาจให้รัฐสภาเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ประชาชนมอบอำนาจให้คณะบุคคลอื่นเข้ามาทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญแทนอย่างการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น จะกำหนดกระบวนการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วยโดยการออกเสียงประชามติ (Referendum) อันเป็นกระบวนการสำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยเพื่อให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำขึ้นหรือไม่ก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญดังกล่าว

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.1 ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่ได้ประกาศใช้ในช่วงเวลาหนึ่ง ต่อมาเมื่อกาลเวลาล่วงไปอาจทำให้บทบัญญัติที่บัญญัติไว้เดิมนั้นไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในทางเศรษฐกิจหรือสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงหรืออาจไม่สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในอีกยุคสมัยหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เพื่อให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์และความต้องการของประชาชนในยุคสมัยปัจจุบัน⁵⁶

⁵⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป. หน้า 144-146.

⁵⁵ วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 84.

⁵⁶ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย. 2544. (เล่ม 9, หน้า 39).

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำ บทบัญญัติ หรือเนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยแก้ไขบทบัญญัติหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่แล้ว หรือเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือเนื้อหาใหม่ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาก่อน⁵⁷

เมื่อพิจารณาความหมายจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า “แก้ไข” หมายถึง ทำส่วนที่เสียให้คืนดีอย่างเดิม,ดัดแปลงให้ดีขึ้น⁵⁸ ส่วนคำว่า “เพิ่มเติม” หมายถึง เสริมหรือเติมของที่มีอยู่แต่ยังไม่สมบูรณ์ให้มีมากหรือสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เช่น ศึกษาเพิ่มเติม แก้ไขเพิ่มเติม⁵⁹ ดังนั้น คำว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” จึงย่อหมายถึง การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ดีขึ้นหรือสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น โดยทำได้ทั้งการแก้ไขบทบัญญัติที่มีอยู่เดิม การเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่ขึ้นมา และยังรวมไปถึงการตัดบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่ออกไป

กรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ย่อมแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมไว้แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ ในประเด็นนี้มีผู้แสดงความเห็นว่าหากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ แสดงว่าผู้จัดทำรัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้น หากมีการแก้ไขย่อมเท่ากับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่⁶⁰ ในประเด็นนี้มีผู้แสดงความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่หากจะตีความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่สามารถแก้ไขได้ย่อมไม่ถูกต้อง เป็นการตีความที่ขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจที่จะบังคับให้คนรุ่นหลังต้องผูกพันกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ตายตัวท่ามกลางสถานการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป⁶¹

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงควรมีความมั่นคง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป แต่เมื่อเวลาผ่านไปจนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญก็สมควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยกำหนดวิธีการ กระบวนการ และองค์กรที่จะทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งมักจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงกระบวนการและองค์กรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ก็ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญ

⁵⁷ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ใน *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย* (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย. 2544. (เล่ม 9, หน้า 39).

⁵⁸ ราชบัณฑิตยสถาน. *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554*. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน. 2556. หน้า 151.

⁵⁹ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 848.

⁶⁰ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 733.

⁶¹ ไพโรจน์ ชัยนาม. *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย*. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2515 หน้า 197,207.

ฉบับนั้นจะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมได้ การที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ย่อมไม่ถูกต้องเพราะเป็นการขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและทางการเมือง⁶²

2.2 อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มีนักวิชาการได้ถกเถียงกันว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะหรือลำดับชั้นของอำนาจเป็นอย่างไรเมื่อเทียบกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

นักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นคืออำนาจในลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่าการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้นั้นย่อมต้องอาศัยอำนาจในระดับเดียวกัน ดังนั้น จึงเห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจเดียวกันกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติตามปกติ นอกจากนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขบรรดาอำนาจต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อาทิ อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) มาแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจของตัวเองได้ แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่อาจกำหนดให้มีความแตกต่างไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ จึงต้องถือว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ⁶³

มีการโต้แย้งว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเพียงอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้⁶⁴

มีผู้กล่าวถึงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า “เป็นอำนาจซึ่งอยู่ในแดนสนธิระหว่างผู้ทรงอำนาจกับผู้รับอำนาจ ... อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่วางกรอบและถูกตีกรอบ อนุญาตและถูกอนุญาต ดั้งเดิมและมาจากรัฐธรรมนูญ สูงกว่าและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญไปในขณะเดียวกัน”⁶⁵

⁶² ไพโรจน์ ชัยนาม. *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย*. หน้า 197.

⁶³ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu. An unconstitutional amendment – the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law*, 10(No.1), 175-207, p.175,192. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 7.

⁶⁴ Ibid p.193

⁶⁵ Stephen Holmes and Cass R. Sunstein. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. in *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson (ed.). Princeton: Princeton University Press. 1995. p. 276. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 8.

สรุปได้ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะตัว มีสถานะด้อยกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่อยู่เหนือกว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญ⁶⁶

อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกวิเคราะห์ว่าเป็นอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรและกระบวนการทางการเมืองที่รับมอบมาจากอำนาจตรารัฐธรรมนูญดั้งเดิม จึงมี 2 คำ คือ อำนาจออกรัฐธรรมนูญแต่เดิม (pouvoir constituant originaire) กับอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รับมอบ (pouvoir constituant dérivé) อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรทางการเมืองที่รับมอบมาหรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติในการออกพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีกระบวนการพิเศษหรือองค์กรพิเศษซึ่งไม่เหมือนกับการออกกฎหมายธรรมดา บางครั้งพิเศษถึงขนาดที่จะต้องเอาประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ให้ประชาชนออกเสียงประชามติว่าจะเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่⁶⁷

องค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจเพียงการตรากฎหมายธรรมดา ไม่อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากองค์กรนิติบัญญัติถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ เป็นการใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญกลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจในการแก้ไขกฎหมายธรรมดา⁶⁸

อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé) เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจที่มีสถานะรองจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ก็มีสถานะสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้งหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) เพราะหากอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé) มีสถานะเท่ากับอำนาจนิติบัญญัติก็เท่ากับยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่ก่อกำเนิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญสามารถขยายขอบอำนาจของตนได้โดยไม่สิ้นสุดจนกลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั่นเอง อันเป็นการทำลายหลักการสำคัญของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญหรืออำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง ด้วยเหตุดังกล่าวการแก้ไขเพิ่มเติม

⁶⁶ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu. An unconstitutional amendment – the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law*. 10(No.1), 175-207, p. 175,192. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 8.

⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง : อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญ. *สถาบันพระปกเกล้า*. 10 พฤษภาคม 2563. สืบค้นจาก <http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php?title=อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง>.

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 20

รัฐธรรมนูญจึงต้องใช้องค์กรและวิธีการหรือกระบวนการที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา⁶⁹

เมื่ออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะด้อยกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีคำถามที่สำคัญประการหนึ่งว่า อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการแก้ไขทั้งฉบับเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิม หรือแก้ไขบทบัญญัติที่ส่งผลกระทบต่อข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้หรือไม่

ประเด็นที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขทั้งฉบับได้หรือไม่นั้นเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แม้จะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกือบทุกมาตรา แต่หากไม่ได้เป็นการแก้ไขที่ขัดกับหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าห้ามแก้ไขแล้ว กรณีดังกล่าวก็ถือเสมือนว่าเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญรายมาตรา ย่อมสามารถแก้ไขได้ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังเช่น รัฐธรรมนูญ 2489 ที่ถือว่ายังคงรักษาระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนไว้เหมือนเดิม จึงไม่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม⁷⁰

แต่หากการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้นมีการแก้ไขเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไข จะต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญอนุญาตให้แก้ไขได้หรือไม่ หากรัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้แก้ไขแล้วย่อมไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปยกเลิกหลักการสำคัญนั้นได้⁷¹

2.3 องค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อก้าวถึงองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ตามปกติรัฐธรรมนูญที่กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ก็มักจะกำหนดในเรื่ององค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญรวมถึงวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น อาจกำหนดให้สภานิติบัญญัติที่มีอยู่ในช่วงเวลานั้นเป็นผู้ดำเนินการ

ซีเอเอสเห็นว่า การปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถให้องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไปวินิจฉัยได้ เนื่องจากองค์กรดังกล่าวก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำโดยองค์กรพิเศษที่เป็นตัวแทนของเสียงข้างมากของชาติ⁷²

แต่เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของหลายประเทศแล้วส่วนใหญ่จะมอบอำนาจให้องค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มิใช่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว กระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ใช่กระบวนการ

⁶⁹ ขจรชัย ชัยพิพัฒน์นันท์. การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หน้า 18.

⁷⁰ หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 78-79.

⁷¹ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2555. หน้า 9.

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2544. หน้า 29.

เดียวกันกับการตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจและขยายขอบเขตอำนาจของตนเองได้อย่างไม่มีที่สิ้นสุด จนทำให้กฎเกณฑ์ทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ถูกทำลาย และท้ายที่สุดตัวรัฐธรรมนูญเองก็ถูกทำลายไปด้วย ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการด้วยกระบวนการพิเศษ⁷³

ตามปกติแล้วสภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ โดยใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติ สภานิติบัญญัติไม่สามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภานิติบัญญัติได้รับมอบมานั้นเป็นอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (pouvoir constituant dérivé) อันเป็นอำนาจที่มีสถานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) หากใช่เป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ไม่

นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) อาจกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นการเฉพาะก็ได้ เช่น กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นโดยมาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั่วประเทศ และสภาร่างรัฐธรรมนูญอาจดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญ อย่างที่เคยเกิดขึ้นแล้วในประเทศไทยในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หากจะพิจารณาถึงองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Power) หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กร (pouvoir constituant dérivé) อันเป็นอำนาจที่มีสถานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของประเทศในโลกนี้ที่บัญญัติเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว สามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภทหลัก คือ องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติตามปกติของประเทศ คือ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ กับการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ คือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ⁷⁴

1) การกำหนดให้รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติตามปกติของประเทศ คือ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ เป็นผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องมีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด โดยมีเหตุผลสนับสนุนคือ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายอยู่แล้ว จึงมีความชอบธรรมมากที่สุดในการดำเนินการอื่นที่มีอยู่

⁷³ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี. หน้า 20-21.

⁷⁴ อภิญญา แก้วกำเนิด. การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2544. หน้า 33-34.

ที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นการเพิ่มกรอบอำนาจให้แก่รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติจากเดิมที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ทำหน้าที่ตรากฎหมายให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé) ด้วย

2) การจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ คือ *สภาร่างรัฐธรรมนูญ*

เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรูปแบบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Assembly) โดยที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นมักกำหนดให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน สภาร่างรัฐธรรมนูญนี้มีสถานะเป็นสภาเฉพาะกิจ เมื่อทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจนเสร็จสิ้นแล้วก็จะสิ้นสภาพไป มักพบในกรณีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำได้ง่าย

2.4 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาในเชิงทฤษฎีแล้ว อาจแบ่งวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก กับรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย⁷⁵ เป็นการแบ่งโดยใช้หลักเกณฑ์ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ยากหรือง่าย

รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก โดยมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำได้ยากกว่า การแก้ไขกฎหมายธรรมดา ข้อดีคือเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีความมั่นคง แต่ก็มีข้อเสียคืออาจไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อย่างรวดเร็วให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป⁷⁶ รัฐธรรมนูญจึงอาจกลายเป็นสิ่งที่ถ่วงความเจริญของบ้านเมืองไป⁷⁷

รัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ข้อดีคือสามารถสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อย่างรวดเร็วให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่ก็มีข้อเสียคือรัฐธรรมนูญไม่มีความมั่นคง หลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญรวมถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้มีหลักประกัน เนื่องจากฝ่ายการเมืองที่มีเสียงข้างมากสามารถเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยง่ายเพื่อช่วงชิงความได้เปรียบทางการเมือง⁷⁸

การกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีประเด็นสำคัญที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องพิจารณา คือ ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างความจำกัดและความยืดหยุ่นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (a proper balance between rigidity and flexibility)⁷⁹ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความ

⁷⁵ ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ใน *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. (เล่ม 3, หน้า 50). อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 3.

⁷⁶ ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 3

⁷⁷ หยุด แสงอุทัย. *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 55.

⁷⁸ ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 3.

⁷⁹ European Commission for Democracy through Law. *Report on Constitutional amendment*. 2010. p..25. from [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)001-e.asp). อ้าง

มั่นคงแต่ในขณะเดียวกันก็สามารถแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ อย่างเหมาะสมทันต่อสถานการณ์

2.5 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ที่ได้กล่าวไปแล้ว สามารถสรุปถึงผลของการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ได้ 2 ประการ คือ

- 1) กฎหมายอื่นใดภายในระบบกฎหมายของรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้
- 2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายทั่วไป

การกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรให้สามารถกระทำได้ยากกว่ากฎหมายอื่น⁸⁰

รัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยทั่วไปมักกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีรูปแบบ วิธีการ หรือกระบวนการที่พิเศษ แตกต่าง และกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เช่น ผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหากเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือประชาชนจะต้องมีจำนวนมากกว่าผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นพิเศษกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป โดยอาจต้องเป็นการพิจารณาร่วมกันในที่ประชุมร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา การกำหนดให้ใช้คะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบต้องใช้เสียงข้างมากเป็นพิเศษมิใช่เสียงข้างมากปกติ การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลาในการพิจารณาหรือการลงมติให้ความเห็นชอบ การกำหนดให้ต้องมีการทำประชามติให้ความเห็นชอบจากประชาชนให้แก่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจทำทั้งก่อนและหลังการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในสภา หรือกระทำหลังสภาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือการให้ความเห็นชอบให้แก่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาก่อนและหลังการเลือกตั้งภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำได้ยากเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง เพื่อมิให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไข ยกเลิก หรือทำลายได้โดยง่าย อันเป็นการให้ความคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

2.6 ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้บางประการ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง และเพื่อให้เป็นหลักประกันในบางเรื่อง เช่น สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น อาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) ข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) และข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านระยะเวลา (Temporal Limitations)

ใน ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ. หน้า 4.

⁸⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 29.

2.6.1 ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations)

รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้บทบัญญัติในบางเรื่องที่มีความสำคัญมากไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในทางทฤษฎีเรียกบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่ววันรันดร์” (Absolute Entrenchment, Eternity Clause)⁸¹ รัฐธรรมนูญที่กำหนดบทบัญญัติหรือหลักการชั่ววันรันดร์ไว้ เป็นหลักการสำคัญของ “แนวคิดประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้” (Militant Democracy) อันเป็นกลไกสำคัญที่ป้องกันรัฐธรรมนูญมิให้บทบัญญัติหรือหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญถูกทำลายลงด้วยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ⁸² นั่นคือ บทบัญญัติหรือหลักการชั่ววันรันดร์ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ทำลายหรือยกเลิกได้ แม้จะดำเนินการตามวิถีทางของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เองก็ตาม

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา รัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ว่าเนื้อหาในเรื่องใดบ้างที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งมักจะเป็นเรื่องสำคัญ ๆ อาทิ รูปของรัฐ ประมุขของรัฐ รูปแบบการปกครอง เป็นต้น ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานี้ กำหนดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันมิให้ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้อำนาจดังกล่าวไปในทางที่ไม่เหมาะสมหรือไม่ถูกต้อง เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์อันมีคุณค่ายิ่งของรัฐที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเปลี่ยนแปลงให้เป็นอย่างอื่น จึงเป็นที่มาของข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่า ไม่ว่าจะด้วยเสียงข้างมากท่วมท้นเพียงใดก็ตาม ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหลักการบางประการได้ อันเป็นการปกป้องตนเองของรัฐธรรมนูญ⁸³ นอกจากนี้ ด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษด้วยการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีการอุปในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ แม้แต่เสียงข้างมากในสภาก็ไม่อาจก้าวล่วงได้⁸⁴

จากข้อห้ามหรือข้อจำกัดที่ไม่สามารถแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง ส่งผลสำคัญประการหนึ่งคือ ผลต่อลำดับชั้นหรือคุณค่าของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในบรรดากฎหมายทุกชนิดของรัฐ รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุด แต่เนื้อหาหรือบทบัญญัติภายในรัฐธรรมนูญเองก็ยังสามารถแบ่งออกเป็นระดับชั้นได้ 2 ระดับ คือ ระดับที่ 1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และระดับที่ 2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในความหมายนี้บทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมมีสถานะและคุณค่าเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ

⁸¹ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 15.

⁸² เรื่องเดียวกัน. หน้า 15-16.

⁸³ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2551. หน้า 321.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 287,307.

รัฐธรรมนูญในระดับที่ 1 จนส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับที่ 2 ย่อมไม่อาจกระทำได้⁸⁵

รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาอันถือว่าเป็นบทบัญญัติหรือหลักการขั้นพื้นฐานไว้แตกต่างกัน อาทิ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 ตอนท้าย กำหนดไว้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละมลรัฐในสหพันธรัฐที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของมลรัฐมิได้⁸⁶ รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 กำหนดไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ⁸⁷

รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคห้า บัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น

สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีฉบับก่อนหน้านี้ที่เรียกกันว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimar Constitution) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 สิงหาคม ค.ศ. 1919 มิได้บัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่คาร์ล ชมิทท์ (Carl Schmitt) นักกฎหมายชาวเยอรมันเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม แต่อำนาจของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีขอบเขตจำกัด รัฐสภาไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่เป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งก็คืออำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อันเป็นเจตจำนงร่วมกันทางการเมือง (Political Will)⁸⁸ และอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้มิได้สลายไป ยังคงดำรงอยู่เคียงคู่กับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ก็ด้วยการดำรงอยู่ของเจตจำนงร่วมกันทางการเมือง รัฐธรรมนูญตามความเห็นของคาร์ล ชมิทท์ จึงแบ่งออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือแก่นของรัฐธรรมนูญอันหมายถึงเจตจำนงร่วมกันทางการเมือง (การวางระเบียบการปกครอง) และส่วนที่สองคือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitution Law หรือ Verfassungsgesetz) อันหมายถึงบทบัญญัติที่ทั้งปวงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้เป็นแก่นของ

⁸⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ. *สำนักข่าวอิสรာ*. 11 พฤษภาคม 2563 สืบค้นจาก <https://www.isranews.org/isranews-article/7569-2012-07-08-13-28-30.html>.

⁸⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2556. หน้า 274-275.

⁸⁷ Helmut Goerlich. Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany. *NUJS Law Review*, 27(No.1), 397-415. pp.397-39. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 15.

⁸⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 3). *สำนักข่าวอิสรာ*. 4 สิงหาคม 2563. สืบค้นจาก www.isranews.org.

รัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะสามารถแก้ไขได้เฉพาะส่วนที่เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญได้⁸⁹

ในเรื่องข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีปัญหาที่มีการถกเถียงกันในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญกันว่าหากรัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขไว้ หมายความว่าเนื้อหาอื่นที่มีได้ห้ามไว้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ หรือแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติข้อจำกัดในด้านเนื้อหาไว้เลยก็ตาม ก็แสดงว่าสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมดหรือไม่ แต่ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศยอมรับว่ายังมีข้อจำกัดในด้านเนื้อหา บางประการอันเป็นหลักการสำคัญ ที่แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ก็ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่กระทบต่อหลักการสำคัญดังกล่าวได้ ข้อจำกัดทางเนื้อหาดังกล่าวเรียกว่า **ข้อจำกัดโดยปริยาย (Implicit Limitations)** และได้มีองค์กรตุลาการของบางประเทศได้ยกข้อจำกัดโดยปริยายนี้ขึ้นมาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ประเทศอินเดีย⁹⁰ ข้อจำกัดโดยปริยายนี้เปรียบได้กับแก่นของรัฐธรรมนูญตามความเห็นของคาร์ล ชมิทท์

2.6.2 ข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations)

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการนั้น จะพบในรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้แก้ไขได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่วไป โดยอาจกำหนดข้อจำกัดไว้ในแต่ละขั้นตอน ได้แก่ ผู้ริเริ่มในการแก้ไข องค์กรที่ทำการแก้ไข วิธีการพิจารณา คะแนนเสียงในการพิจารณาในแต่ละวาระ โดยคะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องใช้เสียงข้างมากเป็นพิเศษ การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลาในการพิจารณาหรือการลงมติให้ความเห็นชอบ การกำหนดให้ต้องมีการลงประชามติเพื่อให้ความเห็นชอบจากประชาชนก่อน ข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้นอาจกำหนดไว้มากน้อยแตกต่างกันไป

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญหลายประเทศกำหนดไว้ เพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นทำได้ยากกว่ากฎหมายทั่วไป สามารถแบ่งข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกเป็นขั้นตอนสำคัญ ๓ ขั้นตอน คือ การเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา และการลงประชามติ⁹¹

⁸⁹ Joel Colon-Rios. The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode hall Law journal*, 48(2), 199-245, p. 223. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 204-205.

⁹⁰ ปูนเทพ ศิริพงษ์. *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. หน้า 17.

⁹¹ European Commission for Democracy through Law. *Report on Constitutional amendment*. from [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)001-e.asp). อ้างใน ปูนเทพ ศิริ

1) การเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ กำหนดผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกันไป ได้แก่ ประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือประชาชน⁹²

กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สมาชิกสภานิติบัญญัติเป็นผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะต้องมีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งร่วมลงชื่อรับรองด้วย โดยทั่วไปจะกำหนดให้มีจำนวนที่มากกว่าการร่วมลงชื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จำนวนสมาชิกที่ร่วมลงชื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดได้สองรูปแบบ คือ กำหนดเป็นสัดส่วนของสมาชิกของสภา เช่น สมาชิกหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกสภา หรือกำหนดเห็นจำนวนที่แน่นอนว่าสมาชิกสภาจำนวนเท่าใดที่มีสิทธิเสนอ เช่น สมาชิกสภาจำนวนไม่น้อยกว่าห้าสิบคน⁹³

นอกเหนือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว รัฐธรรมนูญของหลายประเทศกำหนดผู้มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ นอกเหนือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ได้แก่ ประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี หรือประชาชน สำหรับประชาชนนั้นจะต้องมีจำนวนตามที่กำหนดจึงจะเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้⁹⁴ ซึ่งจะกำหนดจำนวนไว้มากกว่ากรณีที่ประชาชนเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนมีสิทธิเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2) กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ในโลกจะให้เป็นหน้าที่ของสภานิติบัญญัติ เนื่องจากสภานิติบัญญัติประกอบด้วยสมาชิกสภาที่มาจากการเลือกตั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศที่ใช้ระบบสภาคู่ คือ สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยการประชุมทั้งสองสภาพร้อมกันหรือพิจารณาทีละสภาตามลำดับก็ได้⁹⁵ โดยรัฐธรรมนูญมักกำหนดกระบวนการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ยากหรือซับซ้อนกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ดังต่อไปนี้

2.1) การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ห่างจากการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การเว้นระยะเวลาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย รวมถึงประชาชนได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็น วิพากษ์วิจารณ์การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติม

นุพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 12.

⁹² วิษณุ เครืองาม. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law), เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2555. หน้า 139.

⁹³ ปูนเทพ ศิริบุบผะ. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 13.

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 13.

⁹⁵ วิษณุ เครืองาม. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ. ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law), เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, หน้า 139.

รัฐธรรมนูญได้อย่างเต็มที่ โดยการกำหนดระยะเวลาดังกล่าวของแต่ละประเทศอาจกำหนดไว้แตกต่างกัน อาทิ เว้นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 เดือน เช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. 1997 มาตรา 235 (3) รัฐธรรมนูญจอร์เจีย ค.ศ. 1995 มาตรา 102 (2) เว้นระยะเวลาตั้งแต่สามถึงหกเดือน เช่น รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 154 (2) เว้นระยะเวลาตั้งแต่หกถึงสิบสองเดือน เช่น รัฐธรรมนูญมอลโดวา ค.ศ. 1994 มาตรา 143⁹⁶

2.2) การกำหนดให้ต้องพิจารณาในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา

สำหรับประเทศที่สภานิติบัญญัติมีเพียงสภาเดียวการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำผ่านสภาเดียว แต่ในประเทศที่ใช้ระบบสภาคู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 มาตรา 151 หรืออาจกำหนดให้มีการพิจารณาให้ความเห็นชอบที่ละสภา เช่น กฎหมายพื้นฐานเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 76 (2) และ (3) รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138⁹⁷ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำโดยที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภานั้นเป็นกระบวนการพิเศษที่แตกต่างไปจากการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา

2.3) การกำหนดเรื่องคะแนนเสียงที่จะให้ความเห็นชอบต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority)

การลงมติของสภาในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมักกระทำเป็น 3 วาระ คือ วาระที่หนึ่งเป็นการลงมติว่าจะรับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไว้พิจารณาหรือไม่ วาระที่สองเป็นการลงมติรับมาตรา วาระที่สามเป็นการเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อส่งให้ประมุขของรัฐประกาศใช้บังคับต่อไป⁹⁸

การลงมติทั้ง 3 วาระนี้รัฐธรรมนูญของหลายประเทศกำหนดให้ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) เช่น สองในสาม สามในสี่หรือสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดคะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้ใช้เสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) นั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศนั้นให้ความสำคัญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีความสำคัญมาก คะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบจึงมีใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกสภาเท่าที่มีอยู่หรือมาประชุมอันเป็นคะแนนเสียงที่ใช้ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วไป แต่จะต้องเป็นคะแนน

⁹⁶ European Commission for Democracy through Law *Report on Constitutional amendment*. 2010. p.9. from [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)001-e.asp).

⁹⁷ ฌ็องป็อลล์ ลาชโรจน์. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2558. หน้า 100.

⁹⁸ วิษณุ เครืองาม. *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ*. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law)*, เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. 2555. หน้า 140.

เสียงที่มากเป็นพิเศษเพื่อแสดงให้เห็นว่าเสียงส่วนใหญ่ข้างมากเป็นพิเศษยินยอมและเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁹⁹

บางประเทศก็กำหนดคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เพียงเสียงข้างมากธรรมดา (Simple Majority) คือ มากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกสภาที่มาประชุม เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี¹⁰⁰ แต่รัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นได้กำหนดกลไกที่ต้องดำเนินการต่อไปก่อนที่จะเสนอให้ประมุขของรัฐประกาศใช้บังคับ เช่น ต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติ (Referendum) ก่อน พบในรัฐธรรมนูญของเดนมาร์กและไอร์แลนด์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องได้รับความเห็นชอบอีกครั้งโดยรัฐสภาใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไป¹⁰¹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศที่กล่าวมามีข้อแก้ไขได้โดยง่ายเท่าใดนัก แม้จะกำหนดคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพียงเสียงข้างมากธรรมดา แต่ก็ยังมีกลไกพิเศษเพิ่มเติมที่ต้องดำเนินการต่อไปด้วย

2.4) การกำหนดให้ต้องเว้นระยะเวลา (Time Delay) ระหว่างการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองกับวาระที่สาม

การที่รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้เว้นระยะเวลาไว้เพื่อให้สมาชิกสภาได้มีโอกาสทบทวนถึงผลดีผลเสียของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภาได้พิจารณาและลงมติไปในวาระที่สองแล้ว รวมถึงรับฟังเสียงสะท้อนจากกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ และประชาชน อย่างถี่ถ้วนรอบคอบและรอบด้าน โดยมีระยะเวลาพอสมควรก่อนที่สมาชิกสภาจะลงมติอีกครั้งในวาระที่สามว่า จะเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองแล้วหรือไม่

3) การลงประชามติ (Referendum)

หลายประเทศรัฐธรรมนูญกำหนดให้เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนที่จะนำไปประกาศให้มีผลบังคับใช้ อันเป็นการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยการแสดงความเห็นผ่านการออกเสียงประชามติ¹⁰² เหตุผลอีกประการหนึ่งของการนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนลงประชามติ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดผ่านการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อประชาชนเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมา หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมต้องฟังเสียงประชาชนว่าเห็นสมควรให้แก้ไขหรือไม่ผ่านการลงประชามติอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) ของประชาชน¹⁰³

⁹⁹ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 101.

¹⁰⁰ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 140.

¹⁰¹ European Commission for Democracy through Law. *Report on Constitutional amendment*. 2010. p. 9.

¹⁰² ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2556. หน้า 111.

¹⁰³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. หน้า 151.

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้นำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้ประชามติ ก่อนประกาศใช้บังคับนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกกรณี เช่น รัฐธรรมนูญเดนมาร์ก ค.ศ. 1953 มาตรา 88 รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1901 มาตรา 128 สำหรับประเทศเดนมาร์กนั้นกำหนดจำนวนผู้มาลงประชามติจะต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดด้วย¹⁰⁴ กรณีที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางกรณีเท่านั้นที่ต้องให้ประชาชนออกเสียงประชามติ เช่น รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 168 บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ที่มีผลกระทบต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับราชอาณาจักรสเปน สิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของประชาชน หรือสถาบันกษัตริย์ ต้องให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนประกาศใช้ หรือเมื่อมีการร้องขอโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อาทิ ประมุขของรัฐ สมาชิกรัฐสภา ประชาชน ก็จะต้องมีการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 138 วรรคสอง ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่าห้าแสนคน หรือสภาแห่งแคว้น (Regional Council) ไม่น้อยกว่า 5 แคว้น (จากทั้งหมด 20 แคว้น) มีสิทธิร้องขอให้นำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ¹⁰⁵

2.6.3 ข้อจำกัดในด้านระยะเวลา (Temporal Limitations)

นอกเหนือจากข้อจำกัดในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) และข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) แล้ว รัฐธรรมนูญในบางประเทศยังได้กำหนดข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลาหนึ่งด้วย อันถือเป็นข้อจำกัดในด้านระยะเวลา (Temporal Limitations)¹⁰⁶ โดยเมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของหลายประเทศแล้วพบว่ามีกำหนดข้อจำกัดในด้านระยะเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ 3 รูปแบบ คือ

1) ระยะเวลาที่กำหนดไว้แน่นอนว่าห้ามมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของบางประเทศกำหนดช่วงระยะเวลาที่แน่นอนไว้ว่าห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเร็วหรือบ่อยจนเกินไป อันเป็นการคงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 284 (1) รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ. 1975 มาตรา 110 (6) ที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใน 5 ปี นับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งก่อน สำหรับรัฐธรรมนูญโปรตุเกส มาตรา 284 (2)

¹⁰⁴ Helle Krunke. Formal and Informal Method of Constitutional Change in Denmark. in *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, ed. Xenophon Contiades. New York: Routledge. 2012. p. 81.

¹⁰⁵ ญัฐปคัลล์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 106-107.

¹⁰⁶ European Commission for Democracy through Law. *Report on Constitutional amendment*. 2010. p. 13.

กำหนดยกเว้นให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนครบกำหนด 5 ปีนับแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งหลังสุดได้ หากสมาชิกรัฐสภาจำนวน 4 ใน 5 ลงมติให้กระทำได้¹⁰⁷

2) ในช่วงเวลาที่มีสถานการณ์พิเศษ

รัฐธรรมนูญอาจกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่มีสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น อาทิ ในช่วงเวลาที่มีการประกาศสงคราม การประกาศใช้กฎอัยการศึก การประกาศภาวะฉุกเฉิน การใช้มาตรการพิเศษ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 มาตรา 169 รัฐธรรมนูญเบลเยียม ค.ศ. 1831 มาตรา 196 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 289¹⁰⁸

นอกจากจะห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่มีสถานการณ์พิเศษที่กล่าวมาแล้ว ยังมีการกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่ผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญทางการเมืองว่างลง อาทิ ตำแหน่งประมุขของรัฐ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาที่ประธานาธิบดีว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใด และจะต้องมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่แทน การที่บัญญัติไว้เช่นนี้เพื่อป้องกันไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มการเมืองฝ่ายตนเอง¹⁰⁹

3) การห้ามไม่ให้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา

รัฐธรรมนูญของบางประเทศอาจกำหนดห้ามมิให้เสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาในทำนองเดียวกัน (The Same Legislature)¹¹⁰ กับญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภามาก่อนหน้านี้ก็ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยระยะเวลาที่ห้ามเสนอมอาจห้ามตลอดวาระของรัฐสภาชุดที่ไม่ให้ความเห็นชอบกับญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะเสนอได้ใหม่ก็ต่อเมื่อมีรัฐสภาชุดใหม่เข้ามาทำหน้าที่ เช่น รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 156 ได้บัญญัติห้ามในประเด็นดังกล่าวไว้ หรือรัฐธรรมนูญบางประเทศอาจห้ามเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องเดิมที่รัฐสภาเคยไม่เห็นชอบมาแล้วเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งที่แน่นอนไม่ได้กำหนดห้ามตลอดอายุของสภาชุดนั้น โดยอาจกำหนดระยะเวลาไว้แตกต่างกัน เช่น รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ค.ศ. 1991 มาตรา 155 (2) กำหนดห้ามไว้เป็นเวลา 2 ถึง 5 เดือน รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 158 วรรคหนึ่ง (กรณีแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทั่วไป) รัฐธรรมนูญเอสโตเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 168 รัฐธรรมนูญลิทัวเนีย ค.ศ. 1992 มาตรา 148 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญเซอร์เบีย ค.ศ. 2006 มาตรา 203 วรรคสี่ กำหนดห้ามไว้หนึ่งปี นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยูเครน ค.ศ. 1996 มาตรา 158

¹⁰⁷ ฌ็องปอลล์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 71.

¹⁰⁸ ฌ็องปอลล์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 71-72.

¹⁰⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 218.

¹¹⁰ European Commission for Democracy through Law Report on Constitutional amendment. 2010. p.13.

วรรคสอง ได้กำหนดห้ามมิให้รัฐสภาชุดเดียวกันแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง¹¹¹

2.7 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในเมื่อตัวรัฐธรรมนูญเองได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) หรือข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรและตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการแก้ไขเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามไว้ หรือมีกระบวนการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองประการร่วมกัน ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendments)

เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว ปัญหาประการต่อมาคือองค์กรใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบในกรณีดังกล่าว โดยที่รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่บัญญัติให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากจะให้รัฐสภาเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คงเป็นวิธิต่างที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐสภาจะตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ตนเองดำเนินการนั้นขัดหรือแย้งหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้รัฐสภาที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในองค์กรรัฐสภาได้ ผ่านการอภิปรายแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมรัฐสภาก็ตาม แต่การตรวจสอบกันเองภายในองค์กรนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อกติกาหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นไปได้อย่างที่รัฐสภาจะตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการไปนั้น ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด¹¹² นอกจากนี้ หากจะให้รัฐสภาเป็นผู้มีหน้าที่ตรวจสอบในกรณีดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest) เนื่องจากองค์กรผู้ตรวจสอบกับองค์กรที่ถูกตรวจสอบเป็นองค์กรเดียวกัน ไม่เกิดการตรวจสอบอย่างแท้จริง

ด้วยเหตุดังกล่าว หลายประเทศจึงมีแนวคิดสร้างกลไกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้องค์กรภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่¹¹³ นั่นคือ ให้องค์กรภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการไปนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการ 2 ประการประกอบกัน

¹¹¹ ฌ็องป็อลล์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 73.

¹¹² ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 22.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 22.

ข้อพิจารณาในประเด็นที่ว่าองค์กรภายนอกที่จะเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นควรเป็นองค์กรใด ในที่นี้มีข้อเสนอว่าสมควรให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว โดยมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย แต่ละฝ่ายก็มีเหตุผลสนับสนุนกับความเห็นของตน ดังต่อไปนี้

2.7.1 ข้อโต้แย้งต่อการให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีข้อดีเพื่อป้องกันผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้อำนาจโดยมิชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงปกป้องเสียงข้างน้อยจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายเสียงข้างมาก แต่หากพิจารณาลักษณะขององค์กรตุลาการแล้วจะเห็นได้ว่าการที่ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อโต้แย้งหลายประการ ดังนี้¹¹⁴

1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นหรือปัญหาในทางการเมือง (political act)

โดยหลักนิติรัฐแล้วรัฐธรรมนูญของประเทศในระบอบประชาธิปไตยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ แบ่งแยกอำนาจกันแต่ก็มีการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ซึ่งกลไกการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) ถูกนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และการกระทำของรัฐบาล ตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ใช้อำนาจตุลาการจะเข้าไปควบคุมและตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารได้ทุกเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่มีลักษณะเป็นประเด็นหรือปัญหาในทางการเมือง (political act) เนื่องจากมีข้อจำกัดในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือมาตรวัดในการตรวจสอบ เพราะรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองแล้ว รัฐธรรมนูญก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ให้มีการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการได้ การควบคุมตรวจสอบประเด็นปัญหาในทางการเมืองก็ย่อมจะต้องควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง (political control) เท่านั้น¹¹⁵

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมืองเช่นกัน เนื่องจากการกระทำที่ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายบางประการในรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากเดิม ถือเป็นกิจการทางการเมืองที่อยู่เขตแดนของรัฐสภาหรือสภานิติ

¹¹⁴ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu. An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision. *International Journal of Constitutional Law*. 10(No.1), pp.175, 192.

¹¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551. ใน *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย*, บรรณาธิการโดยเอกกัญญา วงศ์สวัสดิ์กุล. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551. หน้า 240.

บัญญัติ หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ย่อมแสดงว่ารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์จะให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว จึงต้องปล่อยให้มีการตรวจสอบในทางการเมือง (political control) กันเองภายใน (Internal Control) ขององค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2) องค์กรตุลาการมีเขตอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

โดยทั่วไปองค์กรตุลาการนั้นจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ จึงมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) อันเป็นอำนาจที่มีสถานะต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) หากรัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ฝ่ายตุลาการก็ย่อมไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวได้ แต่หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ย่อมถือว่าฝ่ายตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย หากใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ตามปกติทั่วไป¹¹⁶

3) องค์กรตุลาการมิได้มาจากการเลือกตั้งจากประชาชนตามวิถีทางของประชาธิปไตย

ฝ่ายตุลาการหรือผู้พิพากษาในหลายประเทศมิได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แตกต่างกับสมาชิกรัฐสภาหรือสมาชิกสภานิติบัญญัติที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ฝ่ายตุลาการจึงมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยน้อยกว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร หากให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติที่มีที่มาจากประชาชนแล้ว ฝ่ายตุลาการอาจเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเสียเอง¹¹⁷ เนื่องจากแทนที่ฝ่ายตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญจากนักการเมือง กลายเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจากทุกองค์กรและเป็นผู้ผูกขาดความหมายของรัฐธรรมนูญไป¹¹⁸

4) เป็นการขยายอำนาจขององค์กรตุลาการจนเกินขอบเขต

การปล่อยให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ส่งผลให้องค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยลำดับสุดท้าย (The Last Word) ทำให้เวทีของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากเดิมที่เป็นของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนมาเป็นเวทีขององค์กรตุลาการแทน¹¹⁹ ทำให้ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือกว่ารัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

¹¹⁶ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 37.

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 37.

¹¹⁸ Rory O'Connell. Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, 4(No.48), 48-75. p.51.

¹¹⁹ Melissa Schwartzberg. *Democracy and Legal Change*. Cambridge: Cambridge University Press. 2009. pp.3,22. cited in Yaniv Roznai. *Unconstitutional*

5) อาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ

เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นกระบวนการหรือวิธีทางตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มีอาจเกิดขึ้นได้อันเนื่องมาจากการตรวจสอบและยับยั้งโดยองค์กรตุลาการแล้ว อาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ (Extra-Constitutional Means) โดยการใช้กำลังหรือความรุนแรงแทนได้¹²⁰ เช่น ประชาชนลุกฮือขึ้นมาล้มล้างรัฐธรรมนูญเดิมและสถาปนารัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมาแทน

6) มีการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญวิธีอื่นอีก

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าหากไม่ให้องค์กรตุลาการเข้ามาดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขหรือหลักการชั่วคราวในรัฐธรรมนูญจะได้รับการคุ้มครองได้อย่างไรและจากองค์กรใด หลักการดังกล่าวย่อมถูกเสี่ยงข้างมากในรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติทำลายได้โดยไม่เคารพต่อเจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญใช้หรือไม่ เห็นว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่กำหนดบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขไว้ นั้น หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้องค์กรตุลาการเข้ามามตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญประสงค์ให้ผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติทำหน้าที่ตรวจสอบควบคุมกันเองในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติจึงมีอาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจจนละเมิดบทบัญญัติชั่วคราวที่รัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขได้ ประกอบกับ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นสำคัญทางการเมือง ย่อมมีอาจรอดพ้นจากการวิพากษ์วิจารณ์และตรวจสอบทางการเมืองไปได้¹²¹ นอกจากการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในองค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Internal Control) แล้ว ยังมีการตรวจสอบโดยประมุขแห่งรัฐที่มีอำนาจยับยั้งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ (Veto) หรือการออกเสียงประชามติ (Referendum) โดยประชาชนเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

2.7.2 เหตุผลสนับสนุนให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในอดีตมีนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสคนหนึ่ง คือ Edouard Lambert ได้เคยแสดงความเห็นไว้ในปี ค.ศ. 1921 ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นจะขยายขอบเขตมากขึ้นเรื่อย ๆ จากเดิมที่ตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะครอบคลุมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งได้ก่อให้เกิดความสงสัยแก่ชาวฝรั่งเศสเป็นอย่างดี

Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. (Ph.D.dissertation). Department of Law of the London School of Economics, London. 2014. p.229.

¹²⁰ พูนศักดิ์ ใสสารว. *รูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย. 2538. หน้า 50.

¹²¹ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu. An unconstitutional amendment – the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law*. 10(No.1), 175-207, pp.198-199.

มาก¹²² แต่ในเวลาต่อมาปรากฏว่าสมมติฐานดังกล่าวได้เกิดเป็นจริงขึ้นมา เนื่องจากได้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหลายประเทศเกิดขึ้น ทั้งจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเอง หรือองค์กรตุลาการเองได้เข้าไปวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของตนที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ ส่งผลให้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดสภาพบังคับในทางกฎหมาย (Legal Enforcement) สำหรับเหตุผลสนับสนุนให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จำแนกออกได้ 5 ประการ คือ¹²³

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)

เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) เป็นอำนาจที่จำกัดตามที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติจึงใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ การที่จะเป็นเช่นนั้นได้จำเป็นที่จะต้องมีกลไกในการตรวจสอบว่ารัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติจะไม่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนเกินขอบเขตหรือข้อจำกัดที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹²⁴ และกลไกการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นเป็นกลไกที่มีขึ้นเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามเจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กลไกการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ควรดำเนินการโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติอันเป็นผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ควรเป็นอำนาจขององค์กรภายนอกที่มีความเป็นกลางคือองค์กรตุลาการ อันเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจให้ผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามเจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกจากกัน มิให้ใช้อำนาจทั้งสองประการโดยองค์กรเดียวกัน

2) แก่นแท้ของอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ (The Essence of Judicial Duty)

การควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ถือเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภา และรัฐบาล ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยฝ่ายตุลาการสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (Acts of Parliament) หรือการกระทำของรัฐบาล (Administrative Acts) ได้

การควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ถือเป็นแก่นแท้ของการทำหน้าที่ทางตุลาการ (Essence of Judicial Duty) ด้วยเหตุที่ฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่นำกฎหมายมาใช้พิจารณาตัดสินคดีความต่าง ๆ ฝ่ายตุลาการจึงย่อมมีอำนาจใจการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่ หากกฎหมายใดตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่ถือเป็นกฎหมายและศาลจะไม่นำไปใช้ในการพิจารณาตัดสินคดีความ หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจ

¹²² Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. (Ph.D.dissertation). p 172.

¹²³ *Ibid.* pp. 173-180.

¹²⁴ Satya Prateek. Today's Promise Tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', *Constitutional Transformations and the Future of Political Progress in India*, *NUJS Law Review*, 27(NO.1), 417-498. p.474.

วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ฝ่ายตุลาการที่เป็นผู้นำกฎหมายนั้นไปใช้ย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ได้¹²⁵ ในการที่ฝ่ายตุลาการต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ฝ่ายตุลาการสามารถตรวจสอบได้ทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการตรา คือ เนื้อหาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และกระบวนการตราชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการตรวจสอบด้านเนื้อหาของกฎหมายว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ฝ่ายตุลาการจะต้องตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่ามีความขัดแย้งกันหรือไม่ การตรวจสอบดังกล่าวสามารถนำไปใช้กับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ในทำนองเดียวกันโดยเฉพาะการตรวจสอบข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามไว้ การตรวจสอบทั้ง 2 กรณีนี้เป็นการตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าหรือไม่ (Normative Review) จึงไม่สำคัญว่าการตรวจสอบนั้นจะเป็นการตรวจสอบการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายลำดับรองกับกฎหมายธรรมดา กฎหมายธรรมดากับรัฐธรรมนูญ หรือรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับข้อจำกัดในด้านเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง¹²⁶ ด้วยเหตุดังกล่าว องค์การตุลาการจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะเป็นผู้นำที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และในบรรดาองค์กรตุลาการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีความเหมาะสมมากที่สุดเนื่องจากมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่แล้ว¹²⁷

3) หลักการภายใต้รัฐธรรมนูญ (The Rule of constitution)

การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมถึงองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นก็ต้องมีเนื้อหาที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมต้องกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ทั้งข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านการตรา ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่องค์กรตุลาการจะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหากปราศจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแล้ว บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดใน

¹²⁵ Hans Kelsen. *Pure theory of law / by Hans Kelsen ; translation from the second (revised and enlarged) German edition by Max Knight*. Berkeley : University of California Press. 1978. p. 272.

¹²⁶ Claude Klein. *Le Contrôle des lois Constitutionnelles - Introduction à une Problématique Moderne*. January 27, 2010. From <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-des-lois-constitutionnelles-introduction-a-une-problematique-moderne.51382.html>, cited in Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.175.

¹²⁷ Ulrich K. Preuss. The Implications of “Eternity Clauses” : The German Experience. *Israel law review*, 44(No.3), 429-448, pp.441 – 442.

การแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมไร้ผล¹²⁸ หากจะให้กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดำเนินการโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ อันเป็นการตรวจสอบภายในองค์กรเดียวกันนั้น ไม่น่าจะเหมาะสมเนื่องจากเป็นกรณีที่องค์กรเดียวกันทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตนเองว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ชัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลกันที่จะต้องกระทำโดยต่างองค์กรกัน เพื่อมิให้เกิดการขัดกันแห่งผลประโยชน์ นอกจากนี้ การตรวจสอบโดยภาคประชาชนก็ไม่มีประสิทธิผลเพียงพอที่จะดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างทันทั่วทั้งที่ ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ

4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of the Constitution)

เหตุผลสนับสนุนให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเหตุผลสนับสนุนเดียวกันกับกรณีที่กำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นั่นคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงสุดของรัฐกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ หากกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ส่วนกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นใช้อำนาจนิติบัญญัติอันเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ซึ่งเป็นอำนาจที่ต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญของหลายประเทศก็ได้ออกแบบให้องค์กรตุลาการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น

สำหรับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเช่นกัน โดยต้องดำเนินการภายใต้ข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อธำรงรักษารัฐธรรมนูญไว้มิให้ถูกทำลายด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dé rivé) เป็นอำนาจที่มีสถานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (Pouvoir Constituant Originare) ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องดำเนินการไปภายใต้เจตจำนงของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นั่นคือ ต้องเป็นไปภายใต้ข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาและกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ จนกระทั่งมีผู้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ

¹²⁸ Walter F. Dodd. Amending the Federal Constitution. *The Yale Law Journal*, 30(No.4), 321-354, p.323.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้น เป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญนั้น เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากหรือไม่ และถือเป็นสิ่งสำคัญในการแบ่งแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ¹²⁹ นั่นคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ จึงเป็นการยืนยันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีสถานะเหนือกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹³⁰

5) กระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลว (Political Process Failure)

แม้จะมีการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ที่เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นเป็นการที่ผู้พิพากษาเพียงไม่กี่คนและไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนเข้าไปทำลายเจตจำนงเสียงข้างมากของสมาชิกสภาหรือสมาชิกสภานิติบัญญัติที่มาจากจากการเลือกตั้งของประชาชน การควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการจึงขัดกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย แต่ในทางกลับกันก็มีผู้สนับสนุนการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ โดยเห็นว่าเป็นการป้องกันระบบเผด็จการเสียงข้างมาก (The Tyranny of the Majority)¹³¹ ในสภาพการณ์ที่กระบวนการทางการเมืองภายใต้ระบอบประชาธิปไตยล้มเหลวเนื่องจากเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติไม่รับฟังเสียงข้างน้อยหรือใช้อำนาจไปในทางที่ผิด โดยใช้เสียงข้างมากตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จนกลายเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยเสียเอง เมื่อเกิดสถานการณ์ดังกล่าวฝ่ายตุลาการจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเสียงข้างมาก เนื่องจากการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดของฝ่ายตุลาการนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติหรือได้รับเสียงสนับสนุนจากประชาชน แต่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมาย¹³²

ด้วยเหตุผลสนับสนุนให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้น เป็นเหตุผลเดียวกันกับที่ให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ นั่นคือ ฝ่ายตุลาการควรมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมทั้งมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยกระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลวได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย

¹²⁹ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.177.

¹³⁰ ธีรศักดิ์ ลาทิวณิช. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 157.

¹³¹ John Hart Ely. *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press. 1980 pp.102 – 103. cited in Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.178.

¹³² Nicholas W. Erickson. Break on Through: The Other Side of Varnum and the Constitutionality of Constitutional Amendments. *Drake Law Review*, 59(No.4), 1225-1247, pp.1242 – 1244.

ประการที่สอง กระบวนการทางการเมืองที่ล้มเหลวนี้ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาโดยองค์กรการเมืองนั้น แต่ต้องดำเนินการโดยองค์กรภายนอกที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรทางการเมือง¹³³

2.7.3 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถพิจารณาได้จากระบบกฎหมายของประเทศนั้นเป็นหลักว่ามีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นระบบใดระหว่างระบบกระจายอำนาจหรือระบบรวมอำนาจ

1) ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ

โดยทั่วไปประเทศที่มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ หรือระบบอเมริกัน (American Model) เช่น สหรัฐอเมริกา ศาลทุกศาลมีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ ที่คู่ความในคดียกขึ้นเป็นข้อโต้แย้งในศาล แม้กระทั่งข้ออ้างที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาหรือกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และปรากฏว่าศาลยุติธรรมโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหลายคดีด้วยกัน โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้สถาปนาเขตอำนาจของตนเองในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมา แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในกรณีนี้ไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม เนื่องจากศาลเห็นว่าศาลทุกศาลย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบและวินิจฉัยข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของคู่ความที่ได้ยกขึ้นต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลได้เสมอ แม้กระทั่งข้ออ้างที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้อำนาจศาลในกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด¹³⁴ เนื่องจากศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาคือศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป

2) ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ หรือระบบยุโรป (European Model) เป็นระบบกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรตุลาการชนิดพิเศษขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรืออาจรวมถึงการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการชนิดพิเศษนี้อาจเรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจเฉพาะและจำกัด (Limited and Special Jurisdiction) สามารถพิจารณาวินิจฉัยคดีเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้เท่านั้น เนื่องจากองค์กรตุลาการพิเศษนี้มิได้มีเขตอำนาจทั่วไป

¹³³ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.178.

¹³⁴ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. Istanbul: Ekin Press. 2008. pp. 10-12.

(General Jurisdiction) ในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำหรือกฎหมายในทุกกรณี อย่างประเทศที่มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ ดังนั้นในระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำในทุกกรณี แต่มีเขตอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยชัดแจ้งเท่านั้น และหากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันสอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “การกล่าวถึงสิ่งหนึ่งย่อมหมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง (Expressio unius est exclusion alterius)” นั่นคือ หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แสดงว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังกล่าว¹³⁵ เว้นเสียแต่ว่าองค์กรตุลาการจะตีความว่าตนเองมีอำนาจเช่นนั้น อย่างเช่นในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน โดยอาศัยอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องทำโดยการตราเป็นรัฐบัญญัติอันเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำในรูปแบบของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเขตอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้¹³⁶

กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น แต่ละประเทศก็ให้อำนาจไว้แตกต่างกันไป บางประเทศกำหนดห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจดังกล่าว บางประเทศให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการตรา หรือบางประเทศให้อำนาจในการตรวจสอบด้านกระบวนการเท่านั้น โดยมีได้ให้อำนาจในการเข้าไปตรวจสอบด้านเนื้อหา ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะต้องใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น หากรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรวจสอบด้านกระบวนการแต่เพียงอย่างเดียวก็ไม่สามารถเข้าไปวินิจฉัยในด้านเนื้อหาได้

2.7.4 ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อองค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว โดยอาจเกิดจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้องค์กรตุลาการเข้าไปทำหน้าที่ตรวจสอบในกรณีดังกล่าว หรืออาจเกิดจากการตีความของศาลเองว่าศาลมีอำนาจใน

¹³⁵ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp.12-13.

¹³⁶ *Ibid.* pp. 20-21. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุพช. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 28-29.

การเข้าไปตรวจสอบ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือองค์กรตุลาการจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใด ในประเด็นนี้เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการของประเทศต่าง ๆ แล้ว พอจะสรุปได้ว่า องค์กรตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ 2 ประการ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการ

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในเชิงเนื้อหา

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหานี้ เมื่อเปรียบเทียบกับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วมีความแตกต่างกัน ไม่อาจใช้มาตรวัดเดียวกันได้ ด้วยเหตุที่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะใช้บทบัญญัติทุกมาตราของรัฐธรรมนูญเป็นมาตรวัดว่าเนื้อหาของกฎหมายนั้นมีบทบัญญัติใดขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราใดหรือไม่ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงย่อมเป็นเรื่องธรรมดาที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเดิมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้นมาตรวัดที่จะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหานี้ จึงตรวจสอบได้เพียงข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น¹³⁷

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหานี้ เป็นการตรวจสอบเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยองค์กรตุลาการจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาได้ก็ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ

ประการแรก รัฐธรรมนูญได้บัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้อย่างชัดเจน (Explicit Substantive Limitations) ไว้หรือไม่ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญได้กำหนดเนื้อหาหรือหลักการที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้โดยชัดเจน หรือเรียกว่าบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ไว้ นั่นคือ สิ่งที่แสดงให้เห็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์จะให้มีการแก้ไขในเรื่องใดจึงได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจไปแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวได้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่ไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนของบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้แก้ไขไว้แล้ว การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ก็ย่อมไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาได้แต่อย่างใด ยกเว้นว่าระบบกฎหมายของประเทศนั้นจะยอมรับการดำรงอยู่ของข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitations) ที่ถือว่ามีหลักการหรือเนื้อหาในบางเรื่องของรัฐธรรมนูญที่เป็นแก่นหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ แม้

¹³⁷ ปูนเทพ ศิริบุษย์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 23.

รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการหรือเนื้อหาในเรื่องนั้นไว้ก็ตาม ก็ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อแก่นของรัฐธรรมนูญได้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นส่งผลกระทบต่อแก่นหรือหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาเช่นกัน¹³⁸ ดังที่ศาลสูงสุดของอินเดียได้เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการสถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น ด้วยการสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1973 ในการวินิจฉัยคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ซึ่งศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution) ไม่สามารถกระทำได้¹³⁹

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาได้ นั่นคือรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาได้¹⁴⁰ แต่หากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาหรือไม่ กรณีนี้ต้องพิจารณาถึงระบบกฎหมายของประเทศนั้นเป็นหลักว่ามีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นระบบใดระหว่างระบบกระจายอำนาจหรือระบบรวมอำนาจ

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการนั้น เป็นการตรวจสอบว่ากระบวนการในการตราร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการไปตั้งแต่ต้นจนสิ้นสุดกระบวนการนั้นกระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นคือ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้หรือไม่ประการใด

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการโดยองค์กรตุลาการนั้น องค์กรตุลาการที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาจะพิจารณาว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยในการตรวจสอบนั้นองค์กรตุลาการจะต้องตรวจสอบทุกขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่การริเริ่มการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การเข้าชื่อเสนอร่าง การพิจารณาในสภานิติบัญญัติในแต่ละวาระ คณะเนนเสียงในการให้ความเห็นชอบของสภาในแต่ละวาระ การนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ หรือการนำร่าง

¹³⁸ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 201-203.

¹³⁹ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 17.

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปให้มลรัฐให้สัตยาบัน หรือการนำไปให้สภานิติบัญญัติที่ได้มาจากการเลือกตั้งใหม่ให้ความเห็นชอบ (ถ้ามี) หากองค์กรตุลาการตรวจสอบแล้วเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนใดมิได้เป็นไปตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่ชอบ องค์กรตุลาการย่อมมีอำนาจวินิจฉัยเพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ ดังที่องค์กรตุลาการของหลายประเทศได้เคยวินิจฉัยไว้ เช่น สหรัฐอเมริกา ตุรกี ออสเตรเลีย¹⁴¹



¹⁴¹ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p. 27-49. อ้างใน ญัฐปคัลภ์ लाखโรจน์. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 190-191.

บทที่ 3

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

เมื่อตัวรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แล้ว โดยได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขไว้ด้วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบด้วยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้มีการแก้ไขโดยมิชอบ อันเป็นการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และโดยที่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้กำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ในบางประเทศแม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่ปรากฏว่าองค์กรตุลาการก็ได้เข้ามาตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว การศึกษาวิจัยในบทนี้จึงมุ่งศึกษาเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศ

แต่ก่อนที่จะศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศ จะขอกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อันเป็นพื้นฐานสำคัญที่นำไปสู่การศึกษาเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการ

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กฎหมายในลำดับต่ำกว่าจึงต้องมีความสอดคล้องต้องกันโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การที่จะคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้นั้น จำเป็นที่รัฐจะต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายในรัฐ เพื่อมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

มีปัญหาว่าองค์กรใดที่เหมาะสมจะทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในเรื่องนี้มีผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มีทั้งความเห็นที่สนับสนุนและคัดค้าน ฝ่ายที่สนับสนุนมีเหตุผลสนับสนุนคือ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ที่มาจากกรรมาธิการเลือกตั้งของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย จึงต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมายขึ้นโดยมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีความชอบธรรมที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁴² ส่วนฝ่ายที่คัดค้านมีเหตุผลว่าอำนาจของรัฐสภากับอำนาจของประชาชนนั้นมีใช้อำนาจเดียวกัน อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจของประชาชนที่ต้องใช้โดยประชาชน ส่วนรัฐสภาเป็นเพียงผู้แทนของประชาชนที่ประชาชนเลือกเข้ามาทำหน้าที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนเท่านั้น¹⁴³ ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) อันเป็นอำนาจที่ต่ำกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องใช้อำนาจในการตรากฎหมายอย่างจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญ¹⁴⁴ ดังนั้น หากจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจตรากฎหมายเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตนเองเป็นผู้ตราขึ้นนั้น เป็นการที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ที่ขัดแย้งตรงข้ามกัน เปรียบได้กับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้พิพากษาและเป็นคู่ความในคดี ย่อมจะไม่เหมาะสม เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติอาจใช้อำนาจตรากฎหมายโดยไม่คำนึงว่ากฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ประเทศในโลกนี้ส่วนใหญ่จึงไม่นิยมให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁴⁵ จึงเห็นได้ชัดว่าประเทศส่วนใหญ่นิยมให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากระบบการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการแล้ว พบว่าประเทศในโลกนี้มีระบบการควบคุมหรือ

¹⁴² พิชชาพร สุทธิรอด. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2560. หน้า 28-29.

¹⁴³ บวรศักดิ์ อวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. 2556. หน้า 185-186.

¹⁴⁴ Ricardo Gosalbo-Bono. The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States. *University of Pittsburgh Law Review*, 72(No.2), 229-360. p.249.

¹⁴⁵ พิชชาพร สุทธิรอด. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน. หน้า 30.

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบไม่รวมศูนย์ และระบบรวมศูนย์

1.1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ (decentralized system) หรือรูปแบบอเมริกัน (American Model) ระบบนี้เป็นการกระจายอำนาจให้ศาลยุติธรรมทุกศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาบรรดากรณีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยถือกำเนิดขึ้นมาจากกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินคดี *Marbury v. Madison* ซึ่ง John Marshall ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ให้เหตุผลในคดีนี้ไว้ว่า ในเมื่อศาลมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาบรรดากรณีต่าง ๆ โดยใช้กฎหมายและตีความกฎหมายเพื่อปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในคดี ดังนั้นศาลจึงย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าอะไรเป็นกฎหมาย และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้แก่คดีนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ เมื่อมีกรณีที่เนื้อหาแห่งกฎหมายสองฉบับมีความขัดแย้งกัน ศาลจึงย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดจะมีผลใช้บังคับ¹⁴⁶ ในคดี *Marbury v. Madison* นี้ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้สร้างหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ว่า เมื่อเกิดมีกรณีที่ศาลจะต้องใช้กฎหมายฉบับใดพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่กฎหมายฉบับนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลมีทางเลือก 2 ประการ คือ ทางเลือกแรก ศาลนำกฎหมายนั้นใช้บังคับแก่คดีโดยไม่คำนึงถึงรัฐธรรมนูญ ทางเลือกที่สอง ศาลปรับใช้รัฐธรรมนูญแก่คดีโดยไม่คำนึงถึงกฎหมาย โดยศาลจะต้องตัดสินใจเลือกใช้แนวทางใดแนวทางหนึ่งในการวินิจฉัยคดี นี้คือแก่นแท้ของการทำหน้าที่ของศาล¹⁴⁷ แต่ในฐานะที่ศาลต้องรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะสูงกว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น ศาลต้องเลือกวินิจฉัยตามแนวทางที่สอง คือ การนำรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก่คดีโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹⁴⁸ คำวินิจฉัยในคดีนี้มีผลเป็นการปฏิเสธการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ของสหรัฐอเมริกา คือ สภาองเกรส ประธานาธิบดี และศาลสูงสุด เนื่องจากคำวินิจฉัยในคดีนี้เป็น การสร้างหลักการสำคัญที่ว่าสภาองเกรส และประธานาธิบดี ล้วนต้องผูกพันต่อการตีความรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุด¹⁴⁹

ลักษณะของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์¹⁵⁰

¹⁴⁶ Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison*. *U.S. Reports*, 5 (Cranch Vol.1), 137-180. p.178.

¹⁴⁷ *Ibid.* p.178.

¹⁴⁸ *Ibid.* p.178.

¹⁴⁹ Thomas Tandy Lewis. *Marbury v. Madison*. in *The U.S. Supreme Court*. 2nd ed. vol. 2. New York : Grey House Publishing, 2016. p.516.

¹⁵⁰ วุฒิชัย จิตตานุ. ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมายในประเทศต่างๆทั่วโลก. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 9(27), 67-93. หน้า 74.

- 1) เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมทั่วไปทุกศาล ที่มีเขตอำนาจเหนือคดี เป็นระบบที่ไม่มีระบบหลักเกณฑ์แน่นอน
- 2) สามารถตรวจสอบได้เฉพาะกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วเท่านั้น ตามหลักการตรวจสอบหลัง (posteriori review)
- 3) ต้องมีคดีที่ใช้กฎหมายนั้นวินิจฉัยอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรม เป็นการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม (concrete review)
- 4) ผลของคำพิพากษามีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก หรือไม่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไปให้ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล
- 5) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่มีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสิ้นผลใช้บังคับแต่อย่างใด
- 6) ศาลยุติธรรมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบร่างกฎหมายที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ ตามหลักการตรวจสอบก่อน (priori review) แต่อย่างใด

1.1.2 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (Centralized system) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ระบบนี้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen ที่เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีความเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป เพราะรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจสูงสุดของประชาชน เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญในประเด็นอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร และเกิดปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวควรรวมศูนย์ไว้ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียว องค์กรนั้นต้องเป็นองค์กรตุลาการที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม แต่ควรเป็นศาลพิเศษที่ประกอบด้วยตุลาการที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญทางรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเฉพาะเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นคุณสมบัติที่มีความพิเศษยิ่งกว่าตุลาการในศาลยุติธรรมปกติ¹⁵¹ จึงสมควรมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดาร่างกฎหมายและกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยปฏิเสธการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเด็ดขาดและผูกพันต่อองค์กรรัฐทุกองค์กร ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์โดยศาลรัฐธรรมนูญตามแนวคิดนี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920

¹⁵¹ Mark Tushnet. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham Northampton : Edward Elgar Publishing. 2014. pp.49-50.

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์โดยศาลรัฐธรรมนูญนี้มีผลในเชิงลบคือเป็นการลบล้างกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้มาตั้งแต่เริ่มแรกหรือนับแต่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ¹⁵²

ลักษณะของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์¹⁵³

1) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ โดยศาลอื่นไม่มีอำนาจหน้าที่นี้

2) เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำทางกฎหมายต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจมหาชน

3) ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้มีทั้งการตรวจสอบก่อน (priori review) อันเป็นการควบคุมบรรทัดฐานเชิงนามธรรม (abstract norm control) และการตรวจสอบหลัง (posteriori review) อันเป็นทั้งการควบคุมบรรทัดฐานเชิงนามธรรม (abstract norm control) และการควบคุมบรรทัดฐานเชิงรูปธรรม (concrete norm control) และมีกระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย (legal remedy) เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญและสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้

4) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด และผูกพันทุกองค์กร ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และองค์กรอื่น

5) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการลบล้างกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ และการกระทำทางกฎหมาย ที่ขัดหรือแย้งหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้มีผลเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มแรกหรือนับแต่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

1.2 ระยะเวลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากระยะเวลาการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการแล้ว ตามระบบการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการระบบไม่รวมศูนย์ และระบบรวมศูนย์แล้ว จะเห็นได้ว่าสามารถแบ่งระยะเวลาการตรวจสอบออกเป็น 2 ประเภท คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย กับการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว

1.2.1 การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย

การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย เป็นไปตามหลักการตรวจสอบก่อน (priori review) เป็นการที่องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อพิจารณาหรือร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความเห็นชอบแล้วแต่ยังมิได้

¹⁵² วุฒิชัย จิตตานุ. ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมายในประเทศต่างๆทั่วโลก. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*. หน้า 75.

¹⁵³ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 76-77.

ประกาศใช้เป็นกฎหมายว่าร่างกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีบทบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยในฝ่ายนิติบัญญัติควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายเสียงข้างมาก โดยเปิดโอกาสให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยเสนอเรื่องไปยังองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายเพื่อโต้แย้งว่าร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเสียงข้างมากได้ให้ความเห็นชอบนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย จะตรวจสอบความขัดแย้งทางการเมืองให้กลายเป็นความขัดแย้งทางกฎหมายที่สามารถหาข้อยุติได้¹⁵⁴

การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อน (priori review) นี้ กระทำได้เฉพาะประเทศที่ใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์โดยศาลรัฐธรรมนูญหรือโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถกระทำได้ในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ที่กระจายอำนาจให้ศาลยุติธรรมที่เห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากร่างกฎหมายยังมิได้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย จึงยังไม่มีข้อพิพาทในร่างกฎหมายนั้นขึ้นสู่ศาล การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนนี้เป็นการตรวจสอบในลักษณะที่เป็นนามธรรม (abstract review) ที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น มีลักษณะเป็นการตรวจสอบในเชิงป้องกันก่อนที่จะเกิดปัญหาว่าร่างกฎหมายนั้นนำไปประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วแต่พบว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในภายหลัง จนเกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับความเสียหาย¹⁵⁵

1.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว

การตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว เป็นไปตามหลักการตรวจสอบหลัง (posteriori review) คือ การตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันมีผลเป็นการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยการกำจัดกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญให้ไม่มีผลใช้บังคับต่อไปทั้งฉบับหรือเฉพาะส่วนที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁵⁶

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วตามหลักการตรวจสอบหลังเกิดขึ้นได้ 3 รูปแบบ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (abstract review) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเมื่อมีการร้องทุกข์

¹⁵⁴ Alec Stone Sweet. The Politics of Constitutional Review in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 5(1), 69-92. pp.85-86.

¹⁵⁵ พิชชาพร สุทธิรอด. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน. หน้า 37-38.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 40.

ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional compliant)¹⁵⁷ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วนั้นมีทั้งในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์และระบบไม่รวมศูนย์ แต่ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ซึ่งกระจายอำนาจตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมนั้นจะตรวจสอบได้เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) เท่านั้น คือ ต้องมีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลและมีข้อโต้แย้งว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁵⁸ ศาลยุติธรรมไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบกฎหมายที่ไม่มีคดีเสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ แต่สำหรับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์นั้นสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ทั้งในเชิงรูปธรรม (concrete review) ในเชิงนามธรรม (abstract review) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเมื่อมีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional compliant) ได้ทั้ง 3 กรณี¹⁵⁹

1.3 ลักษณะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อพิจารณาจากลักษณะการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการแล้ว ตามระบบการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการระบบไม่รวมศูนย์ และระบบรวมศูนย์แล้ว จะเห็นได้ว่าสามารถแบ่งลักษณะการตรวจสอบออกเป็น 2 ประเภท คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (abstract review)

1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) เป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นและมีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบร่างกฎหมายที่อยู่ระหว่างกระบวนการตราที่ยังไม่มีผลใช้บังคับได้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมจึงเป็นการตรวจสอบตามหลักการตรวจสอบหลัง (posteriori review) ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนี้ สามารถทำได้ทั้งในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์และระบบไม่รวมศูนย์ ในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ จะเกิดขึ้นได้เมื่อมีคดีความอยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมและมีข้อโต้แย้งว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลยุติธรรมที่

¹⁵⁷ Juliane Kokott and Martin Kaspar. Ensuring Constitutional Efficacy in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford : Oxford University Press. 2012. pp.807-810.

¹⁵⁸ พิษชาพร สุทธิรอด. *การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน*. หน้า 41.

¹⁵⁹ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 41.

พิจารณาคดีนั้น มีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้เองว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์นั้น ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองที่พิจารณาคดี หรือองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้มีสิทธิยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะที่เป็นนามธรรม (abstract review) คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไปโดยมิใช่เป็นกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาล¹⁶⁰

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม มีได้ 2 กรณี คือ กรณีแรกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ และกรณีที่สองการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว แต่ยังไม่มีความพิพาทที่จะต้องใช้กฎหมายนั้นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล นั่นคือ สามารถตรวจสอบได้ตามหลักการตรวจสอบก่อน (priori review) และหลักการตรวจสอบหลัง (posteriori review)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมนี้ มีได้เฉพาะในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์เท่านั้น ส่วนระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์นั้น ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมสามารถตรวจสอบได้ทั้งร่างกฎหมายที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ กับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่ยังไม่มีผลใช้บังคับนั้น สามารถตรวจสอบได้ใน 2 ประเด็น คือ ร่างกฎหมายนั้นตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นคือ กระบวนการตราร่างกฎหมายฉบับนั้นของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และเนื้อหาของร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือ สามารถตรวจสอบได้ทั้งในเชิงเนื้อหาและกระบวนการตราว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ที่เป็นการตรวจสอบในเชิงนามธรรมนั้น ตรวจสอบได้เฉพาะเนื้อหาของกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบว่ากระบวนการตรากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่แต่อย่างใด

1.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเมื่อมีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ

การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) คือ เครื่องมือสำคัญเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีความมุ่งหมายเพื่อแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่

¹⁶⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 104.

ประชาชนถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐ เช่นเดียวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามหลักการตรวจสอบหลัง¹⁶¹

เรื่องใดบ้างที่จะสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้ เช่น สเปน ปังเจกบุคคลสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ไม่อาจร้องทุกข์ขอให้ตรวจสอบเกี่ยวกับการดำเนินการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนออสเตรเลีย สามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งการใช้อำนาจรัฐในทางบริหาร การใช้อำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย แต่ไม่อาจร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ¹⁶² ส่วนบางประเทศมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงสามารถร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ บุคคลจึงสามารถร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบกฎหมาย การกระทำทางปกครอง และคำพิพากษาของศาลได้¹⁶³ แต่ผู้ที่มีสิทธิเสนอคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจรัฐ และได้ใช้สิทธิทางศาลแล้ว ไม่อาจแก้ไขเยียวยาผลกระทบโดยใช้สิทธิทางศาลได้อีก ไม่มีวิธีการอื่นใดที่จะแก้ไขปัญหาได้อีกแล้ว¹⁶⁴ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจรัฐต้องยื่นคำร้องทุกข์ผ่านองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาในเบื้องต้นก่อน หากองค์กรนั้นเห็นด้วยตามคำร้องทุกข์ก็จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยอีกทีหนึ่ง ผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจรัฐไม่สามารถเสนอคำร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้



¹⁶¹ Gerhard Dannemann. Constitutional Complaint : The European Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, 43(1), 142-153. pp.143-144.

¹⁶² พิษชาพร สุทธิรอด. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน. หน้า 45-46.

¹⁶³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. รายงานการวิจัยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย. คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2553. หน้า 14-17.

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 20-21.

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์กับไม่รวมศูนย์

ประเด็นเปรียบเทียบ	ระบบไม่รวมศูนย์	ระบบไม่รวมศูนย์
ศาลที่มีเขตอำนาจ	อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไปทุกศาลตามกระบวนการยุติธรรมที่มีเขตอำนาจเหนือคดี ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่เป็นระบบหลักเกณฑ์	มีการจัดตั้งศาลพิเศษ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ขึ้นมาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการเฉพาะ ไม่อยู่ในอำนาจศาลทั่วไป
ระยะเวลาในการตรวจสอบ	เป็นการตรวจสอบหลัง (posteriori review) ตรวจสอบได้เฉพาะกฎหมายทุกระดับชั้นที่มีผลใช้บังคับทางกฎหมายแล้วเท่านั้น	มีทั้งการตรวจสอบก่อน (priori review) คือ ตรวจสอบร่างกฎหมายที่ยังไม่ได้ประกาศใช้ และการตรวจสอบหลัง (posteriori review) คือ ตรวจสอบกฎหมาย กฎข้อบังคับ ที่มีผลใช้บังคับแล้ว รวมทั้งการตรวจสอบการกระทำทางกฎหมายของผู้ใช้อำนาจมหาชน คำพิพากษาของศาลที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
กระบวนการในการตรวจสอบ	ต้องมีคดีอยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรม เป็นการตรวจสอบเชิงรูปธรรม (concrete review) ได้แก่กรณีมีคดีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาล และศาลจะนำกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี โดยมีประเด็นว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่	<ul style="list-style-type: none"> - การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) - การควบคุมบรรทัดฐานเชิงรูปธรรม (concrete norm control) - กระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย (legal remedy)
ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา	- คำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ไม่ผูกพันเป็น	- คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาดผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ

ประเด็นเปรียบเทียบ	ระบบไม่รวมศูนย์	ระบบไม่รวมศูนย์
	<p>การทั่วไปให้ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา</p> <p>- ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้กับคดีนั้นขัดรัฐธรรมนูญ ศาลทำได้เพียงไม่นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่คดีเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นสิ้นผลลงไปได้ ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไปจนกว่ารัฐสภาจะยกเลิกกฎหมายนั้น กรณีเช่นนี้อาจทำให้เกิดปัญหาความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาตามมาได้ หากศาลหนึ่งวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่นำมาใช้แก่คดี แต่อีกศาลหนึ่งวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับเดียวกันนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และนำมาใช้แก่คดีได้</p>	<p>บริหาร ตุลาการ และองค์กรของรัฐทุกองค์กร</p> <p>- มีผลเป็นการลบล้างกฎหมายหรือการกระทำทางกฎหมายในเชิงลบ นั่นคือ กฎหมาย กฎข้อบังคับ การกระทำทางกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มแรก หรือไม่มีผลบังคับนับแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย</p>

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศโดยองค์กรตุลาการ

2.1 เขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ในขั้นแรกสุดจะต้องพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก่อนเป็นลำดับแรกว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้หรือไม่ประการใด ซึ่งสามารถค้นหาได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ โดยรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติไว้หรือมิได้บัญญัติไว้ก็ได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ อาจแบ่งออกได้เป็นสองกรณีคือ กรณีแรก บัญญัติให้องค์กรตุลาการมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หรืออีกกรณีหนึ่ง บัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในทางกลับกัน รัฐธรรมนูญอาจมิได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จากการศึกษพบว่าประเทศที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร องค์กรตุลาการในประเทศเหล่านั้นก็มีคำวินิจฉัยออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก องค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจไว้ กรณีที่สอง องค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน กับกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

2.1.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการไว้อย่างชัดเจนแล้ว โดยทั่วไปองค์กรตุลาการย่อมต้องเคารพและปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจองค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการก็ย่อมเข้าไปตรวจสอบและวินิจฉัยได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ ภายใต้อำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาหรือกระบวนการตราอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือบัญญัติให้สามารถตรวจสอบได้ทั้งสองกรณีทั้งในแง่เนื้อหาและกระบวนการตราว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

1) กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแสดงว่ารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์จะให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ

มีรัฐธรรมนูญเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลพบว่ามีเพียงสองประเทศ คือ อินเดีย และเนเธอร์แลนด์

(1) อินเดีย (รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976)

เดิมรัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ และไม่ได้บัญญัติข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เช่นกัน แต่ปรากฏว่าศาลสูงสุดของอินเดีย (Supreme Court) ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยการสถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น ด้วยการสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1973 ในการวินิจฉัยคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ซึ่งศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution) ไม่สามารถกระทำได้¹⁶⁵ และนับแต่นั้นมาศาลสูงสุดของอินเดียได้อาศัยหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาอีกหลายครั้ง จนเป็นเหตุให้รัฐสภาอินเดียได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 ดำเนินการแก้ไขมาตรา 368 อันเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยแก้ไขในวรรคสี่ว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้กระทำขึ้นภายใต้มาตรานี้จะไม่ถูกโต้แย้งในทุกศาล ไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม” และในวรรคห้ายังได้บัญญัติไว้ว่า “ไม่มีข้อจำกัดใดต่ออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าโดยการเพิ่ม เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรานี้” จากบทบัญญัติในมาตรา 368 วรรคสี่ ที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้ เป็นการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกโต้แย้งหรือตรวจสอบได้โดยศาลอีกต่อไปไม่ว่าจะเป็นศาลใด นั่นคือ เป็นการห้ามมิให้ศาลสูงสุดของอินเดียเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีก และในวรรคห้าเป็นการยืนยันว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่มีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม นั่นคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาเป็นที่สุดไม่อาจถูกตรวจสอบได้อีกต่อไป รัฐสภามีอำนาจเต็มที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพิ่ม หรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องใด ๆ¹⁶⁶

แม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย ครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 จะได้บัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้าไปโต้แย้งหรือตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ตาม

¹⁶⁵ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 17.

¹⁶⁶ ญัฐปคัลภ์ ลาชโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 175-176.

แต่ศาลสูงสุดของอินเดียก็ได้เข้าไปวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้นี้และวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการแก้ไขที่ขัดกับโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ในคดี *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของอินเดียในคดีนี้ถูกโต้แย้งเป็นอย่างมาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญอินเดีย มาตรา 368 วรรคสี่ที่แก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ได้ห้ามมิให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาโต้แย้งหรือตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาแล้ว ศาลสูงสุดของอินเดียจึงไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกต่อไป คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของอินเดียในคดีนี้จึงเสมือนว่าศาลสูงสุดของอินเดียได้แย่งชิงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปจากรัฐสภาอินเดีย ทั้งที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก่รัฐสภา และหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างขึ้นมาเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ถูกโต้แย้งเป็นอย่างมากว่าเป็นแนวคิดที่คลุมเครือ ปรากฏบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมารองรับ¹⁶⁷

(2) เนเธอร์แลนด์

รัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 ในมาตรา 120 บัญญัติไว้ว่า “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสนธิสัญญานั้น ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ”¹⁶⁸ จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น ย่อมหมายความว่าองค์กรตุลาการไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน¹⁶⁹

2) กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงว่ารัฐธรรมนูญประสงค์จะให้้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

มีหลายประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยรัฐสภา

¹⁶⁷ Anuranjan Sethi. Basic Structure Doctrine: Some Reflections. *SSRN*. 4 August 2020. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=835165. อ้างใน ญัฐบัคัลลภ์ ลาขโรจน. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 176.

¹⁶⁸ Article 120 of The Constitution of Kingdom of Netherlands 1815 “The constitutionality of law and treaties shall not be reviewed by the court.”

¹⁶⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 211-212.

หรือสภานิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติไว้เป็นบทบังคับให้ต้องสร้างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วให้แก่องค์กรตุลาการเพื่อวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นคือ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตามกฎหมาย (Ex officio) ที่ต้องกระทำโดยไม่ต้องมีผู้ร้องขอ หรือรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ร้องขอ แต่หากไม่มีผู้ร้องขอให้ตรวจสอบ องค์กรตุลาการก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ในที่นี้จะยกตัวอย่างของประเทศโรมาเนีย ตุรกี และฮังการี

(1) โรมาเนีย

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของโรมาเนีย

ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

รัฐธรรมนูญโรมาเนีย มาตรา 150 บัญญัติถึงบุคคลที่มีสิทธิริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ คือ ประธานาธิบดีแห่งโรมาเนียตามข้อเสนอของรัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาอย่างน้อยหนึ่งในสี่ของสมาชิกทั้งหมด หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 500,000 คน¹⁷⁰ โดยสำหรับกรณีที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นผู้ริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นประชาชนที่เป็นตัวแทนของมณฑลอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของประเทศ และในแต่ละมณฑลเหล่านี้และในเขตเทศบาลบุคาเรสต์ต้องมีประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงลายมือชื่อสนับสนุนอย่างน้อยแห่งละ 20,000 ราย¹⁷¹

ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาโดยมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกของแต่ละสภา¹⁷² แต่หากแต่ละสภาไม่เห็นเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแตกต่างกันและไม่สามารถตกลงกันได้จะต้องมีการประชุมร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญร่วมกันโดยคะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบจะต้องไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน¹⁷³

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่จะประกาศใช้จะต้องนำไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบเป็นขั้นตอนสุดท้ายโดยการออกเสียงประชามติภายใน 30 วันนับแต่วันที่รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ¹⁷⁴

¹⁷⁰ Article 150 1 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷¹ Article 150 2 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷² Article 151 1 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷³ Article 151 2 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷⁴ Article 151 3 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

รัฐธรรมนูญโรมาเนียมีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่เกี่ยวกับลักษณะของชาติ ความเป็นเอกราช ความเป็นหนึ่งเดียว และแบ่งแยกไม่ได้ของสาธารณรัฐ รูปแบบของรัฐบาล บูรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นอิสระของระบบตุลาการ พหุนิยมทางการเมือง และภาษาราชการ¹⁷⁵ นอกจากนี้ ยังห้ามแก้ไขที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁷⁶

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญโรมาเนียยังบัญญัติข้อจำกัดในเรื่องช่วงเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย โดยห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงที่เกิดสถานการณ์ไม่ปกติ คือ ช่วงเวลาที่มีการประกาศกฎอัยการศึก ภาวะฉุกเฉิน หรือระหว่างที่เกิดสงคราม¹⁷⁷

ข. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของโรมาเนีย

รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 146 อันเป็นมาตราที่ว่าด้วยหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในอนุมาตรา a ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ รวมถึงตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁷⁸

นอกจากนี้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งและวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 47/1992 ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1992 ยังได้กำหนดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติฉบับนี้แล้วพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ใน 2 ขั้นตอน คือ การตรวจสอบก่อนที่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และการตรวจสอบหลังจากที่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว

¹⁷⁵ Article 152 1 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷⁶ Article 152 2 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷⁷ Article 152 3 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

¹⁷⁸ Article 146 a of The Constitution of the Republic of Romania 1991

“The Constitutional Court has the following functions:

a. to pronounce on the constitutionality of laws before their promulgation upon request of the President of Romania, one of the presidents of the two Chambers, the Government, the High Court of Cassation and Justice, the People's Attorney, at least 50 deputies or 25 senators, as well as on its own initiative [ex officio] on proposals for the amendment of the Constitution.”

ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา

ก่อนที่จะเสนอต่อรัฐสภาเพื่อริเริ่มกระบวนการทางกฎหมายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือข้อเสนอทางกฎหมายพร้อมทั้งความเห็นของรัฐสภาจะต้องถูกส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง¹⁷⁹ การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จะต้องใช้เสียง 2 ใน 3 ของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ¹⁸⁰ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วให้แจ้งคำวินิจฉัยให้กับผู้ริเริ่มเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทราบ¹⁸¹ กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ริเริ่มจะต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกลับไปแก้ไขมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาได้นั้นจะต้องเสนอไปพร้อมกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย¹⁸²

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลังผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐสภาจะต้องส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 5 วัน¹⁸³ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างแก้ไข

¹⁷⁹ LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 19 “Before submission to the Parliament in order to initiate the legislative procedure for the revision of the Constitution, the bill or the legislative proposal, accompanied by the opinion of the Legislative Council, shall be handed in to the Constitutional Court, which shall have to pronounce on the observance of constitutional provisions in regard of such revision within ten days.”

¹⁸⁰ LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 21 1 “The Constitutional Court shall pronounce on the bill or legislative proposal by the vote of two thirds of the number of Judges.”

¹⁸¹ LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 21 2 “The decision of the Constitutional Court shall be notified to the initiators of the bill or legislative proposal, or to their representative, as the case may be.”

¹⁸² LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 22 “The bill or legislative proposal can be presented to the Parliament only together with the decision of the Constitutional Court, notified according to Article 21, paragraph 2.”

¹⁸³ LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 23 1 “The Constitutional Court shall ex officio pronounce on the law

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องส่งคำวินิจฉัยพร้อมกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาทบทวนแก้ไขร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นอีกครั้งหนึ่งเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป¹⁸⁴

จะเห็นได้ว่าทั้งสองขั้นตอนเป็นกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนที่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้ จึงเห็นได้ว่ากระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของโรมาเนียนั้นเป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้ ดังนั้น เมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประกาศใช้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป

(2) ตุรกี

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตุรกี

ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 175 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่าจะต้องเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม¹⁸⁵

ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 175¹⁸⁶ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

กระบวนการพิจารณาในสภา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการพิจารณาในสภาสองวาระ และการให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องใช้เสียงข้างมากไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยการลงคะแนนลับ

for the revision of the Constitution within five days from its passage, the provisions under Articles 20 and 21 being applied accordingly.”

¹⁸⁴ LAW No. 47 of 18 May 1992 on the Organisation and Operation of the Constitutional Court Article 23 2 “The decision by which it is found that constitutional provisions concerning revision have not been complied with shall be sent to the Chamber of Deputies and to the Senate in order to re-examine the law for the revision of the Constitution and bring it into accord with the decision of the Constitutional Court.”

¹⁸⁵ Article 175 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

¹⁸⁶ Article 175 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

การพิจารณาและการให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการพิจารณาและการให้ความเห็นชอบกฎหมายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้

ประธานาธิบดีอาจส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับไปให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาใหม่อีกครั้ง หากสภานิติบัญญัติแห่งชาติยืนยันให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดแล้วส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้นกลับไปยังประธานาธิบดีโดยไม่มีการแก้ไขใด ๆ ประธานาธิบดีอาจส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปเพื่อให้มีการลงประชามติ

หากร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้า หรือด้วยคะแนนเสียงน้อยกว่าสองในสามแต่ประธานาธิบดีมิได้ส่งกลับไปให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาใหม่อีกครั้ง จะต้องนำไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษาและส่งไปลงประชามติ

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงสองในสามของจำนวนสมาชิกของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อประธานาธิบดีส่งกลับมาให้สภาพิจารณาใหม่อีกครั้ง หรือมาตราใดที่ประธานาธิบดีเห็นว่าจำเป็นต้องมีการทำประชามติ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่ไม่ต้องนำไปทำประชามติให้นำไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา

การมีผลใช้บังคับของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งไปให้ประชาชนลงประชามติจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนทั้งหมด

ในขั้นตอนการพิจารณาเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภาจะต้องตัดสินใจว่าจะส่งบทบัญญัติใดไปให้ลงประชามติหรือไม่

ทุกมาตรการที่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการลงประชามติสามารถดำเนินการได้ในการเลือกตั้งทั่วไป หรือการเลือกตั้งท้องถิ่น

ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

รัฐธรรมนูญตุรกีได้มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 4¹⁸⁷ ว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1 เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ มาตรา 2 เกี่ยวกับลักษณะของสาธารณรัฐ และมาตรา 3 เกี่ยวกับภาษาทางการ ธงชาติ เพลงชาติ และเมืองหลวง

¹⁸⁷ ARTICLE 4 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

“The provision of Article 1 regarding the form of the State being a Republic, the characteristics of the Republic in Article 2, and the provisions of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed.”

ข. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม
รัฐธรรมนูญของตุรกี

เมื่อจะกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตุรกีนั้น นอกจากจะพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 แล้ว จะต้องศึกษาถึงรัฐธรรมนูญก่อนหน้าด้วยคือ รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. 1971

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ก่อนที่จะแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1971 มิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งการตรวจสอบในด้านรูปแบบหรือกระบวนการตรา และการตรวจสอบในด้านเนื้อหา ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายคดี¹⁸⁸

คำวินิจฉัยที่ 1965/40 วันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1965 ได้ยืนยันหลักการสำคัญที่ว่า “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ และไม่สามารถทำลายหลักนิติธรรม (Rule of Law) ได้” ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมาตรา 155 ที่ว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถกระทำได้เฉพาะการแก้ไขที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หลักนิติธรรม หรือกล่าวสั้น ๆ คือ การทำลายใจความสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถกระทำได้ด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”¹⁸⁹

คำวินิจฉัยที่ 1970/31 วันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1970 เป็นคำวินิจฉัยกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 มาตรา 68 เมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969 เรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้มีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติต้องพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสองวาระ และการให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ปรากฏว่าในการพิจารณาวาระแรกสภาได้ลงมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากปกติ (simple majority) และการพิจารณาวาระที่สองจึงลงมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมาก

¹⁸⁸ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 253-254.

¹⁸⁹ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1965/40 September 26, 1965.

Quoted in Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. Istanbul: Ekin Press. 2008. p.96.

พิเศษไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ขั้นตอนการลงมติวาระแรกจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ไม่มีผลใช้บังคับ เพราะมีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁹⁰

คำวินิจฉัยที่ 1971/37 วันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 คำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1970 ทั้งในแง่กระบวนการตรา และในด้านเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ยืนยันอำนาจของตนว่าสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่เฉพาะเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องรูปแบบของรัฐที่กำหนดห้ามไว้ในมาตรา 9 เท่านั้น แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพถึงหลักการอื่นที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้วางหลักไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องสอดคล้องกับ “สิ่งที่จำเป็นของวัฒนธรรมประเพณีในช่วงเวลานั้น” (requirements of contemporary civilization) และจะต้องไม่ทำลาย “ความเกี่ยวเนื่องและระบบของรัฐธรรมนูญ” (coherence and system of the constitution)¹⁹¹

คำวินิจฉัยนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์มากกว่าหลักการในเรื่อง “สิ่งที่จำเป็นของวัฒนธรรมประเพณีในช่วงเวลานั้น” “ความเกี่ยวเนื่องและระบบของรัฐธรรมนูญ” ที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีนำมาอ้างนั้น เป็นหลักการที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ต่างกับหลักนิติธรรม สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁹²

ในทางกลับกัน ภายใต้รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีได้ตีความข้อจำกัดในทางเนื้อหาอย่างชัดเจนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้กว้างขวางมาก หลักการต่าง ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีกำหนดขึ้นและวินิจฉัยว่าเป็นหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น ได้กลายมาเป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตีความอย่างกว้างขวางเช่นนี้ดูเหมือนจะเป็นการตีความที่ผิดพลาด¹⁹³

ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา โดยสร้างหลักการใหม่ขึ้นมาเป็นข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงเป็นเหตุให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ในปี ค.ศ. 1971 โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าได้

¹⁹⁰ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1965/40 September 26, 1965. Quoted in Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp. 40-41.

¹⁹¹ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1971/37 April 3, 1971. Quoted in Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.96.

¹⁹² *Ibid.*. p.97.

¹⁹³ *Ibid.* p.97.

ดำเนินการไปภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่เท่านั้น¹⁹⁴ นั่นคือ สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะในด้านกระบวนการตราหรือรูปแบบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้ ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเรื่องรูปแบบของรัฐและลักษณะของรัฐ เช่น หลักนิติธรรม หลักสิทธิและเสรีภาพ เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดที่มีเนื้อหาที่ขัดต่อหลักการดังกล่าวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ย่อมถือเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยต่อไปนี้¹⁹⁵

คำวินิจฉัยที่ 1975/87 วันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975 เป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1973 เมื่อวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1973 ซึ่งเพิ่มวรรคท้ายของมาตรา 138 เกี่ยวกับเรื่องตุลาการในศาลทหาร ว่า “องค์คณะตุลาการในศาลทหารจะต้องเป็นผู้พิพากษาเกินกว่ากึ่งหนึ่ง แต่เงื่อนไขนี้ไม่นำมาใช้ในช่วงสงคราม” ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการบัญญัติไว้เช่นนี้จะทำให้ในสภาวะสงคราม ตุลาการในศาลทหารอาจไม่มีผู้พิพากษาเลยก็เป็นไปได้ อันเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักนิติธรรม ซึ่งขัดต่อหลักการปกครองแบบสาธารณรัฐอันเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 โดยที่รัฐธรรมนูญมาตรา 9 นั้นไม่สามารถแก้ไขได้ จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁹⁶

คำวินิจฉัยที่ 1976/46 วันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976 เป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 38 เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1971 เกี่ยวกับเรื่องค่าชดเชยในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยมีการแก้ไขว่าค่าชดเชยในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะต้องไม่เกินกว่ามูลค่าที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นได้จัดแจ้งไว้ต่อสำนักงานบริหารภาษี (Tax Administration) โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่าการคำนวณค่าชดเชยสำหรับการเวนคืนตามหลักการดังกล่าวนั้นส่งผลกระทบต่อแก่นของสิทธิในทรัพย์สินซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 36 เป็นการละเมิดหลักนิติธรรมที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 อันเป็นองค์ประกอบของรัฐในรูปแบบสาธารณรัฐตุรกี ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹⁹⁷

¹⁹⁴ Article 147 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of Turkey 1961 amended in 1971 “The Constitutional Court shall review the constitutionality of laws, the internal regulations of the Turkish Grand National Assembly, and the conformity of the Constitutional amendments within the set conditions prescribed by the Constitution.”

¹⁹⁵ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 258-259.

¹⁹⁶ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1975/87 April 3, 1971. Quoted in Kemal Gözler *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.42.

¹⁹⁷ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1975/87 April 3, 1971. Quoted in Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.43-44.

คำวินิจฉัยที่ 1977/4 วันที่ 28 มกราคม ค.ศ. 1977 และคำวินิจฉัยที่ 1977/117 วันที่ 27 กันยายน 1977 เป็นคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 20 กันยายน 1971 ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 137 และมาตรา 144 ของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่ตัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้การวินิจฉัยปัญหาของสภาสูงของผู้พิพากษา (Supreme Council of Judge) และสภาสูงของอัยการ (Supreme Council of Prosecutors) ไม่อยู่ในอำนาจการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งดังกล่าวออกเป็น 2 คำวินิจฉัย ที่มีแนวทางการวินิจฉัยอย่างเดียวกันคือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเนื้อหาที่แก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อหลักนิติธรรม จึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลังจากรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลากว่า ยี่สิบปีก็ได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในปี ค.ศ. 1982

รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 148 อันเป็นมาตราที่ว่าด้วยหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง และวรรคสอง¹⁹⁸ สรุปได้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องถูกตรวจสอบและวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะการตรวจสอบในด้านรูปแบบหรือกระบวนการตราว่าเป็นไปถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่เท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบในด้านเนื้อหาได้ โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคสอง ได้ขยายความไว้ว่าเป็นการ

¹⁹⁸ ARTICLE 148 Paragraph 1-2 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

“The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance, of laws, presidential decrees and the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey, and decide on individual applications. Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form. However, presidential decrees issued during a state of emergency or in time of war shall not be brought before the Constitutional Court alleging their unconstitutionality as to form or substance.

The verification of laws as to form shall be restricted to consideration of whether the requisite majority was obtained in the last ballot; the verification of constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under expedited procedure was observed. Verification as to form may be requested by the President of the Republic or by one-fifth of the members of the Grand National Assembly of Turkey. Applications for annulment on the grounds of defect in form shall not be made after ten days have elapsed from the date of promulgation of the law; and it shall not be appealed by other courts to the Constitutional Court on the grounds of defect in form.”

ตรวจสอบว่าคะแนนเสียงในที่ประชุมสภาที่พิจารณาในแต่ละวาระเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ รวมถึงมีการปฏิบัติตามข้อกำหนดในการเร่งรัดขั้นตอนการอภิปรายในสภาหรือไม่

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบนี้จะต้องมีการร้องขอโดยประธานาธิบดี หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนหนึ่งในห้าเข้าชื่อกันโดยต้องยื่นคำร้องภายในระยะเวลา 10 วันนับจากวันที่ประกาศใช้ ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 จึงเป็นการตรวจสอบภายหลังที่รัฐธรรมนูญประกาศใช้แล้ว

(3) ฮังการี (ตามรัฐธรรมนูญฮังการีฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 2011)

รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 มีชื่อว่า Fundamental Law หรือกฎหมายพื้นฐานของรัฐ เป็นรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับแทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ใช้มาตั้งแต่สมัยที่ฮังการียังปกครองด้วยระบอบสังคมนิยม คือ รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949 ซึ่งเดิมมิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ แต่รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 ได้มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นอย่างชัดเจน

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฮังการี

รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 ในหมวดแรกที่ว่าด้วยบทบัญญัติพื้นฐาน (Foundation) Article S บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

บุคคลที่มีสิทธิริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ประธานาธิบดี รัฐบาล คณะกรรมาธิการของรัฐสภา หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ¹⁹⁹

ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

กระบวนการพิจารณาในรัฐสภาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจำนวน 2 ใน 3 ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมด²⁰⁰

ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะลงนามในร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใน 5 วัน และส่งให้กับประธานาธิบดีเพื่อลงนาม เมื่อประธานาธิบดีได้รับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องลงนามภายใน 5 วันนับแต่วันที่ได้รับร่าง และเมื่อประธานาธิบดีลงนามแล้วจะส่งไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา แต่หากประธานาธิบดีเห็นว่ามิชอบด้วยรัฐธรรมนูญใดหรือกระบวนการใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีอาจส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญ

¹⁹⁹ Article S paragraph 1 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “A proposal for the adoption of a new Fundamental Law or any amendment of the present Fundamental Law may be submitted by the President of the Republic, the Government, any parliamentary committee or any Member of the National Assembly.”

²⁰⁰ Article S paragraph 2 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “For the adoption of a new Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, the votes of two-thirds of the Members of the National Assembly shall be required.”

ตรวจสอบ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ประธานาธิบดีลงนามและส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา²⁰¹

ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 มิได้บัญญัติข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ สำหรับข้อจำกัดในด้านกระบวนการตรานั้นรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฮังการีนั้นมีเฉพาะข้อจำกัดในด้านกระบวนการเท่านั้น

ข. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฮังการี

รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 2011 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 3 ว่าด้วยรัฐ (The State) Article 24 อันเป็นมาตราที่ว่าด้วยหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในวรรคห้า ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่จำกัดให้ตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการตราว่าได้ดำเนินการไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยการตรวจสอบนั้นแบ่งออกเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ช่วงแรก การตรวจสอบก่อนประกาศใช้กฎหมายเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบในกรณีนี้จะต้องเสนอโดยประธานาธิบดี ช่วงที่สอง การตรวจสอบภายหลังที่กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ประกาศใช้แล้ว การตรวจสอบในกรณีนี้จะต้องเสนอโดยรัฐบาล หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวน 1 ใน

²⁰¹ Article S paragraph 3 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “The Speaker of the National Assembly shall sign the adopted Fundamental Law or the adopted amendment of the Fundamental Law within five days and shall send it to the President of the Republic. The President of the Republic shall sign the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law sent to him within five days of receipt and shall order its promulgation in the official gazette. If the President of the Republic finds that any procedural requirement laid down in the Fundamental Law with respect to adoption of the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law has not been met, he or she shall request the Constitutional Court to examine the issue. Should the examination by the Constitutional Court not verify the violation of such requirements, the President of the Republic shall immediately sign the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, and shall order its promulgation in the official gazette.

4 ประธานศาลสูงสุด อัยการสูงสุด หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แต่ต้องเสนอภายใน 30 วันนับแต่ประกาศใช้²⁰²

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องให้ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน ผลของคำวินิจฉัยแบ่งออกเป็น 2 กรณี ตามช่วงเวลาที่ขอให้ตรวจสอบ โดยหากเป็นการร้องขอให้ตรวจสอบก่อนประกาศใช้ หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีกระบวนการหรือขั้นตอนที่มีได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็จะต้องให้รัฐสภาได้อภิปรายเพื่อพิจารณาใหม่ ส่วนกรณีที่ร้องขอให้ตรวจสอบหลังจากประกาศใช้แล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีกระบวนการหรือขั้นตอนที่มีได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็มีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นโมฆะ²⁰³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของยังการนั้น มีทั้งกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก่อนที่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้ และการตรวจสอบหลังประกาศใช้แล้ว และผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหากเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็มีผลแตกต่างกัน คือ หากเป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้ รัฐสภาก็สามารถนำขึ้นมาพิจารณาใหม่เพื่อดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องได้ แต่หากเป็นการตรวจสอบหลังจากที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ประกาศใช้ไปแล้ว มีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นโมฆะ

²⁰² Article 24 paragraph 5 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “The Constitutional Court may review the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law only in relation to the procedural requirements laid down in the Fundamental Law for its making and promulgation. Such examination may be initiated by:

a. the President of the Republic in respect of the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, if adopted but not yet published;

b. the Government, one-fourth of the Members of the National Assembly, the President of the Curia, the Prosecutor General or the Commissioner for Fundamental Rights within thirty days of promulgation.”

²⁰³ Article 24 paragraph 6 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “The Constitutional Court shall decide on the motion pursuant to Paragraph (5) with priority but within thirty days at the latest. If the Constitutional Court finds that the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law does not comply with the procedural requirements referred to in Paragraph (5), the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law:

a. shall again be debated in the National Assembly in the case laid down in Paragraph (5)a);

b. shall be annulled by the Constitutional Court in the case laid down in Paragraph (5)b).”

2.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

รัฐธรรมนูญของหลายประเทศมิได้กำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับการให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าองค์กรตุลาการจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติได้หรือไม่ประการใด

ในการพิจารณาในเรื่องนี้ จำเป็นจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั่วไป โดยรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในโลกสามารถจำแนกออกเป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบแรก คือ ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ (Decentralized System) หรือระบบอเมริกัน (The American Model of Judicial Review) เป็นระบบที่กระจายอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลทุกศาลที่จะต้องใช้กฎหมายในการพิจารณาคดี และรูปแบบที่สอง คือ ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ (Centralized System) หรือระบบยุโรป (The European Model of Judicial Review) เป็นระบบที่มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเฉพาะ²⁰⁴

1) ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์หรือระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์หรือระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Decentralized System) หรือระบบอเมริกัน (American Model) นั้น เป็นระบบศาลเดี่ยว (Single Court System) คือมีศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาคดีทุกคดีที่เกิดขึ้นในประเทศ ศาลยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาหรือศาลสูงสุด จึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction) ซึ่งใช้อำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำและกฎหมายที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้หยิบยกขึ้นเป็นประเด็นโต้แย้งในศาลในระหว่างการพิจารณาคดีว่าการกระทำหรือกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นการ ซึ่งนอกจากศาลยุติธรรมจะมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำหรือกฎหมายแล้ว ยังรวมไปถึงการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกด้วย แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในกรณีนี้ไว้อย่างชัดเจนก็ตาม โดยมีเหตุผลสนับสนุนคือศาลทุกศาลย่อมมี

²⁰⁴ Mauro Cappelletti. Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, 58(5), 1017-1053. p.1017. อ้างใน ธีรบุคคัลลั ลาชโรจน์. *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 177-178.

อำนาจเข้าไปตรวจสอบและวินิจฉัยข้อต่อสู้ที่คู่ความได้ยกขึ้นอ้างในกระบวนการพิจารณาคดีได้เสมอ²⁰⁵

ในการศึกษาถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนี้ ได้ทำการศึกษาใน 2 ประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา และอินเดีย โดยศาลสูงสุดของทั้งสองประเทศได้วินิจฉัยว่าตนเองมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้อำนาจในกรณีดังกล่าวไว้ก็ตาม

(1) สหรัฐอเมริกา

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา
รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 5 (Article V)²⁰⁶ ไว้ดังนี้

ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)
บุคคลที่มีสิทธิริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก สมาชิก 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา ทั้งสองสภา กรณีนี้ต้องมีสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา หรือกรณีที่สอง สภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐจำนวน 2 ใน 3 ของจำนวนมลรัฐทั้งหมด จัดให้มีการประชุมเพื่อเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ปัจจุบันสหรัฐอเมริกามีจำนวนมลรัฐทั้งหมด 50 มลรัฐ)

จากการศึกษาข้อมูลการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา พบว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 27 ครั้ง และทั้ง 27 ครั้ง เป็นการ

²⁰⁵ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.10-12.

²⁰⁶ Article V of the Constitution of United States of America 1789 “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.”

เสนอแก้ไขโดยสมาชิก 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภาเข้าชื่อกัน สหรัฐอเมริกาจึงยังไม่เคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการเสนอจากมลรัฐแต่อย่างใด²⁰⁷

ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ รัฐสภาจะเป็นผู้พิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น โดยสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาจะเป็นผู้พิจารณา และแต่ละสภาต้องให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3

เมื่อทั้งสองสภาเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ขั้นตอนต่อไปจะต้องส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปให้แต่ละมลรัฐให้สัตยาบัน โดยขั้นตอนการให้สัตยาบันนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าจะต้องมีมลรัฐให้สัตยาบันไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของมลรัฐทั้งหมด

การให้สัตยาบันของมลรัฐนั้นทำได้ 2 วิธี คือ วิธีแรก การให้ที่ประชุมสภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน วิธีที่สอง คือ การให้สัตยาบันโดยสภาคอนเวนชัน (State Conventions) เป็นสภาที่แต่ละมลรัฐตั้งขึ้นเฉพาะกิจเพื่อให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ วิธีการให้สัตยาบันจะเป็นวิธีใดนั้นขึ้นอยู่กับรัฐสภาเป็นผู้กำหนด²⁰⁸

จากการศึกษาเกี่ยวกับการให้สัตยาบันต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของมลรัฐในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 27 ครั้ง พบว่า 26 ครั้ง เป็นการให้สัตยาบันโดยสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐ มีเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 21 เท่านั้น ที่สภาองเกรสกำหนดวิธีการให้สัตยาบันโดยให้ตั้งสภาคอนเวนชันขึ้นมาเพื่อพิจารณาให้สัตยาบัน เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 18 ที่ห้ามมิให้มีการผลิต ขยาย ขนส่ง นำเข้าและส่งออก สุราและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แล้วผลกลับกลายเป็นว่าการห้ามดังกล่าวไม่ได้ผล และทำให้ธุรกิจสุราและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลายเป็นธุรกิจใต้ดิน เกิดผลกระทบทางสังคมอย่างมากจนเกิดกระแสการเรียกร้องให้ยกเลิกข้อห้ามดังกล่าว จนนำมาสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 21 แต่เนื่องจากเกรงว่าหากกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบันแล้ว อาจไม่ได้รับการให้สัตยาบันเนื่องจากไม่ได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐที่มีแนวคิดอนุรักษ์นิยม สภาองเกรสจึงกำหนดให้มีการตั้งสภาคอนเวนชันขึ้นมาเพื่อให้สัตยาบันต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 21 แทนที่จะให้สภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐเป็นผู้พิจารณาให้สัตยาบัน²⁰⁹

²⁰⁷ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2552. หน้า 117-118.

²⁰⁸ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 94.

²⁰⁹ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 223-224.

กระบวนการให้สัตยาบันนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่าต้องทำภายในระยะเวลาเท่าใด แต่แนวทางปฏิบัติเมื่อรัฐสภาเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใดแล้ว รัฐสภาก็จะกำหนดระยะเวลาการให้สัตยาบันของมลรัฐไว้ว่าต้องทำภายในระยะเวลาเท่าใด ซึ่งกรณีที่รัฐสภากำหนดระยะเวลาการให้สัตยาบันดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้ว่ารัฐสภามีอำนาจในการกำหนดระยะเวลาการให้สัตยาบันได้ แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติไว้ก็ตาม (Dillon v. Gloss, 256 U.S. 368 (1992))²¹⁰

ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งปรากฏในมาตรา 5 ตอนท้าย แบ่งออกเป็นข้อจำกัดในด้านระยะเวลาและข้อจำกัดในด้านเนื้อหา

ข้อจำกัดในด้านระยะเวลา คือ ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ก่อนถึงปี ค.ศ. 1808 จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อถึงปี ค.ศ. 1808 แล้ว นับเป็นระยะเวลา 20 ปี นับแต่มีรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1789

ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา กำหนดไว้ 3 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อส่วนที่ 9 วรรคแรก ของมาตรา 1 คือ ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ห้ามรัฐสภาตามกฎหมายห้ามการค้าทาส

ประการที่สอง ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อส่วนที่ 9 วรรคสี่ ของมาตรา 1 คือ ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้มีการเรียกเก็บภาษีทางตรง

ประการที่สาม ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะลิดรอนสิทธิที่เท่าเทียมกันของแต่ละมลรัฐในการเลือกสมาชิกวุฒิสภา²¹¹

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา 2 ประการแรก ได้ถูกยกเลิกไป เนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา โดยข้อจำกัดแรกได้ถูกยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 ในปี ค.ศ. 1865 ที่มีเนื้อหากำหนดให้มีการเลิกทาส²¹² ส่วน

²¹⁰ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. หน้า 122-123.

²¹¹ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 มาตรา 1 ส่วนที่ 3 วรรคแรก บัญญัติให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งมลรัฐละ 2 คน เท่าเทียมกันทุกมลรัฐ

²¹² มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. หน้า 193.

ข้อจำกัดข้อที่สองได้ถูกยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 16 ในปี ค.ศ. 1913 ที่มีเนื้อหาให้อำนาจรัฐสภาตรากฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเก็บภาษีเงินได้²¹³

สำหรับข้อจำกัดในด้านเนื้อหาประการที่สาม ที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะลิดรอนสิทธิที่เท่าเทียมกันของแต่ละมลรัฐในการเลือกสมาชิกวุฒิสภานั้น มีสาเหตุเนื่องมาจากในช่วงเวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 ได้มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจากมลรัฐเซาท์แคโรไลนา เสนอให้มีการกำหนดข้อห้ามดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อป้องกันมิให้มลรัฐใหญ่รวมตัวกันแก้ไขในเรื่องนี้ในการเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละรัฐไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ที่กำหนดให้แต่ละมลรัฐมีสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งมลรัฐละ 2 คน อย่างเท่าเทียมกันทุกมลรัฐ โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นมลรัฐนั้นจะเป็นมลรัฐใหญ่หรือมลรัฐเล็กจะมีจำนวนประชากรมากหรือน้อย²¹⁴

ข. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

แม้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะมีบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม แต่รัฐธรรมนูญกลับมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด จึงมีปัญหาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบในกรณีดังกล่าว หากเกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่กระบวนการตรา

ปัญหาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้รับการคลี่คลายเมื่อมีคดีที่ศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยว่าตนเองมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี *Hollingsworth V. Virginia* เมื่อปี ค.ศ. 1798 หลังจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ได้ใช้มาเป็นเวลา 9 ปี โดยคดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ว่าศาลฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยของศาล

²¹³ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา*. หน้า 214.

²¹⁴ Jason Maszzone. Unamendments. *Iowa Law Review*, 90(5), 1747-1835. p.1768.
อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 275.

ฎีกาในคดีนี้เกิดขึ้นก่อนที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยวางหลักไว้ว่าศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดี *Marbury V. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 เสียอีก²¹⁵

ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้²¹⁶

(1) คดี *Hollingsworth V. Virginia* (ค.ศ. 1798)

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 11 (ห้ามศาลระดับสหรัฐรับฟ้องคดีที่มลรัฐถูกฟ้องโดยพลเมืองของมลรัฐอื่นหรือประชาชนของประเทศอื่น) มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ หลังจากรัฐสภามีมติให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว มิได้มีการเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบก่อนที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 1 อนุมาตรา 7 วรรคสาม ที่กำหนดให้การลงมติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาก่อนที่จะมีผลตามกฎหมายจะต้องเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน

โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า การเสนอให้ประธานาธิบดีให้ความเห็นชอบนั้น ใช้เฉพาะกรณีการตรากฎหมายธรรมดา แต่มิได้ใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(2) คดี *National Prohibition* (ค.ศ. 1920)

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 (ห้ามมิให้มีการผลิต ขยาย ขนส่ง นำเข้าและส่งออก สุราและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีสมาชิกรัฐสภาเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ถึง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ มีเพียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกที่มาประชุมเท่านั้น

โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า มติ 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 5 กำหนดไว้ นั้นหมายถึงจำนวน 2 ใน 3 ของสมาชิกรัฐสภาที่มาประชุม มิใช่ 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่²¹⁷

(3) คดี *Dillon V. Gloss* (ค.ศ. 1921)

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ 18 นั้น ประกาศใช้โดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากนายดิลลอน (Dillon) ที่ถูกจับกุมและ

²¹⁵ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 275.

²¹⁶ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp.28-34.

²¹⁷ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 มาตรา 5 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาก่อนที่จะมีผลตามกฎหมายจะต้องเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบก่อนที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 1 อนุมาตรา 7 วรรคสาม ที่กำหนดให้การลงมติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาก่อนที่จะมีผลตามกฎหมายจะต้องเสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน

ดำเนินคดีในความผิดฐานขนส่งเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่เป็นสิ่งผิดกฎหมาย โดยเขาได้ร้องต่อศาลฎีกาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 18 อันเป็นการห้ามมิให้มีการผลิต ขยาย ขนส่ง นำเข้าและส่งออก สุราและเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ นั้น มีการประกาศใช้โดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้กำหนดให้จะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อมีผลรัฐให้สัตยาบันครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ภายในเวลา 7 ปี ซึ่งเป็นเวลาที่ยาวนานเกินไปไม่สมเหตุสมผล ประการที่สอง รัฐธรรมนูญ มาตรา 1 บัญญัติให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลใช้บังคับเมื่อครบ 1 ปี นับแต่วันที่มลรัฐสุดท้ายที่ให้สัตยาบันครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้มีผลรัฐให้สัตยาบันครบในวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1919 และประกาศการให้สัตยาบันในวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1919 นายดีลลอนถูกจับกุมเมื่อวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1920 ดังนั้น หากประกาศการให้สัตยาบันในวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1919 รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนี้ก็จะจะมีผลบังคับใช้ในอีก 1 ปีต่อมาคือในวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1920 อันเป็นวันหลังจากวันที่นายดีลลอนถูกจับกุม เขาจึงไม่ควรมีความผิดตามที่รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติไว้

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีนี้ใน 2 ประเด็นที่นายดีลลอนโต้แย้งไว้ว่า ประเด็นแรก รัฐสภา (สภาองเกรส) มีอำนาจในการกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันภายในเวลา 7 ปี นั้น ย่อมทำได้ มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ประเด็นที่สอง วันที่ถือว่ามลรัฐให้สัตยาบันครบถ้วนคือวันที่มลรัฐสุดท้ายได้ให้สัตยาบัน คือ วันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1919 มิใช่วันที่ประกาศการให้สัตยาบัน (วันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1919) ระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับคือเมื่อครบ 1 ปี นับแต่วันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1919 ซึ่งครบในวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1920 นายดีลลอนถูกจับกุมเมื่อวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1920 จึงถือว่ากระทำความผิด

(4) คดี Coleman V. Miller (ค.ศ. 1939)

คดีนี้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐแคนซัส 3 คน และสมาชิกวุฒิสภาของมลรัฐแคนซัส 21 คน ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยว่าการให้สัตยาบันของรัฐสภามลรัฐแคนซัสต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้แรงงานเด็กไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ผ่านความเห็นชอบจากสภาองเกรสในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1924 แต่รัฐสภามลรัฐแคนซัสลงมติไม่ให้สัตยาบันต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1925 แต่หลังจากนั้น 12 ปี รัฐสภามลรัฐแคนซัสได้กลับมามีมติให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเห็นว่ากรณีที่รัฐสภามลรัฐแคนซัสให้สัตยาบันต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภามลรัฐแคนซัสได้เคยลงมติไม่ให้สัตยาบันไปแล้วนั้น ไม่สามารถกระทำได้ และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยคดีนี้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องความมีผลของการให้สัตยาบัน อันเป็นเรื่องทางการเมือง การวินิจฉัยในกรณีการให้สัตยาบันแก่ร่างแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นอำนาจของสภาองคกรและถือเป็นที่สุด ศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา วินิจฉัยได้

(2) อินเดีย

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของอินเดีย

รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 มาตรา 368 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยให้รัฐสภาที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ได้กำหนดให้การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นทำได้โดยการเสนอเป็นร่างรัฐบัญญัติในสภาใดสภาหนึ่ง โดยอาจเสนอในสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก็ได้²¹⁸

ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อมีการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภาแล้ว สภาก็จะพิจารณาที่ละสภา โดยการที่แต่ละสภาจะให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นแต่ละสภาจะต้องเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากจากจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา และเป็นคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ คือต้องไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดที่มาประชุมและออกเสียงของแต่ละสภา

เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต่อประธานาธิบดีเพื่อให้ความเห็นชอบ และเมื่อประธานาธิบดีให้ความเห็นชอบแล้วรัฐธรรมนูญก็จะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเห็นชอบ

²¹⁸ Article 368 paragraph 1 of The Constitution of India 1950 “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 for his assent and upon such assent being given to the Bill, 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, article 241 or article 279A 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 specified in Part A and B of the First Schedule by resolutions to that effect passed by those Legislatures before the Bill making provision for such amendment is presented to the President for assent.”

หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติที่มีความสำคัญที่มาตรา 368 กำหนดไว้ คือในมาตรา ส่วน รายการ การเป็นตัวแทนของมลรัฐในรัฐสภา หรือบทบัญญัติในมาตรา 368 อันเป็นมาตราที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาตรา 368 กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่จะเสนอให้ประธานาธิบดีเห็นชอบ จะต้องเสนอให้สภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐให้สัตยาบันก่อน โดยต้องมีสภานิติบัญญัติของมลรัฐให้สัตยาบันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่ หากมีมลรัฐให้สัตยาบันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งแล้วจึงจะเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีเห็นชอบต่อไปได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งมาตรา 368 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา นี้มีความยากง่ายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 ระดับ กล่าวคือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญธรรมดาทั่วไป การแก้ไขเพิ่มเติมทำได้ง่ายกว่าโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและประธานาธิบดีเท่านั้น กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมทำได้ยากกว่า โดยเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วจะต้องส่งให้สภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐพิจารณาให้สัตยาบันก่อน และจะต้องมีมลรัฐให้สัตยาบันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่ จึงจะเสนอให้ประธานาธิบดีให้ความเห็นชอบต่อไปได้

ค) *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)*

รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 มาตรา 368 มีได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด แต่ได้บัญญัติกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น จึงถือว่ารัฐธรรมนูญอินเดียมีข้อจำกัดในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญอินเดียจะมีได้บัญญัติข้อจำกัดทางด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่องค์กรตุลาการของอินเดียโดยศาลสูงสุดก็ได้เข้าไปวินิจฉัยคดีที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานั้น มิใช่จะมีเพียงข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งเท่านั้น แต่ยังมีข้อจำกัดในด้านเนื้อหาบางประการที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ ซึ่งเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลไปกระทบต่อข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายนั้น แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ก็ไม่อาจกระทำได้ ดังจะกล่าวถึงต่อไป

ข. *การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของอินเดีย*

เดิมรัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด ไม่ว่าจะ

องค์กรณีบัญญัติหรือองค์กรตุลาการ ดังนั้น จึงมีปัญหาว່ว่าองค์กรใดจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าศาลสูงสุดของอินเดีย (Supreme Court) ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยการสถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น โดยสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ขึ้นมา ศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution) ไม่สามารถกระทำได้²¹⁹ และนับแต่นั้นมาศาลสูงสุดของอินเดียได้อาศัยหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาอีกหลายครั้ง ในขณะที่เดียวกันฝ่ายนิติบัญญัติของอินเดียก็ได้ตอบโต้คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดอินเดียที่เข้ามาใช้อำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ด้วยการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากและมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมาอีกหลายครั้งเพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการมิให้เข้ามาวินิจฉัยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยจะกล่าวถึงคดีสำคัญดังต่อไปนี้

(1) คดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala 1967

คดีนี้ นับเป็นคดีแรกที่ศาลสูงสุดอินเดียได้สถาปนาหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ขึ้นมาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

คดีนี้ M.K. Nambyar เป็นทนายความได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดอินเดียเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 3 ครั้งด้วยกัน คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 ที่มีเนื้อหาเป็นการอนุญาตให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวดว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 25 ที่มีเนื้อหาอนุญาตให้รัฐบาลอาจไม่ถูกตรวจสอบจากศาลได้โดยการกำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระดับมลรัฐว่าเป็นเรื่องที่เป็นคำสั่งเกี่ยวกับแนวนโยบายแห่งรัฐ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 ที่มีเนื้อหาที่กำหนดให้กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยศาล โดย M.K. Nambyar ได้ให้เหตุผลประกอบคำร้องต่อศาลสูงสุดว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถดำเนินการเพื่อทำลาย

²¹⁹ ปุนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 17.

โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้²²⁰ ในเวลาต่อมาได้มีการกล่าวถึงหลักการนี้ว่าหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution)

ในคดีนี้ศาลสูงสุดเสียงข้างมากได้วินิจฉัยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 และครั้งที่ 29 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้กฎหมายฉบับใดไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการตามที่ปรากฏในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 29 นั้น ยังไม่ถึงว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ²²¹

แต่สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 25 ศาลสูงสุดด้วยเสียงข้างมาก 7 ต่อ 6 ได้วินิจฉัยว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานหรือระบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 25 จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยไม่เห็นด้วยกับฝ่ายเสียงข้างมากที่สร้างหลักการนี้ขึ้นมา โดยฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกมาตราล้วนมีสถานะเท่าเทียมกัน ดังนั้นทุกบทบัญญัติสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้²²²

แต่เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยในคดีนี้แล้วกลับไม่พบว่าตุลาการฝ่ายเสียงข้างมากได้ระบุไว้ว่าบทบัญญัติเรื่องใด ส่วนใดของรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานนี้จึงต้องรอพัฒนาการของคำพิพากษาบรรทัดฐานของระบบคอมมอนลอว์ของอินเดีย ซึ่งในเวลาต่อมาก็มีผู้พิพากษาได้ยกตัวอย่างของโครงสร้างพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญขึ้น อาทิ ระบบสหพันธรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย รูปแบบของรัฐบาลประชาธิปไตย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ความเป็นรัฐที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา เป็นต้น²²³

ภายหลังจากที่ศาลสูงสุดได้พัฒนาหลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญขึ้นมาวินิจฉัยในคดีนี้ ฝ่ายการเมืองมีท่าทีไม่พอใจเป็นอย่างมาก โดยหลังจากศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในคดีนี้เพียงวันเดียว นาง Indira Gandhi นายกรัฐมนตรีได้มีคำสั่งแต่งตั้งประธานศาลสูงสุดแทน Sikri ประธานศาลสูงสุดคนเดิมซึ่งกำลังจะเกษียณอายุ แต่แทนที่นางคานธีจะแต่งตั้งผู้พิพากษาที่มีอาวุโสสูงสุด กลับมีคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษา Ray ซึ่งเป็นผู้พิพากษาที่มีอาวุโสสูงสุดในผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อย 6 คน แต่มีอาวุโสน้อยกว่าผู้พิพากษาอีก 3 คนในฝ่ายเสียงข้างมากในคดีนี้ เพื่อเป็นการตอบโต้คำวินิจฉัยคดีนี้ของผู้พิพากษาฝ่ายข้างน้อย ต่อมาผู้พิพากษาทั้ง 3 คน ได้ลาออกเพื่อ

²²⁰ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. pp.54-55.

²²¹ ปูนเทพ ศิริบุษย์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 18.

²²² เรื่องเดียวกัน. p.55.

²²³ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.56.

เป็นการประท้วงการตัดสินใจของนางคานธี ทำให้นางคานธีถูกกล่าวหาว่าเข้าไปทำลายความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ²²⁴

(2) คดี Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain 1975

คดีนี้ หลังจากที่ศาลได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1971 ว่านายกรัฐมนตรีมีการทุจริตในการเลือกตั้ง และได้มีคำวินิจฉัยให้การเลือกตั้งดังกล่าวตกเป็นโมฆะ และตัดสิทธินางอินทิรา คานธี ในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลา 6 ปี จากนั้น นางอินทิรา คานธี ได้ตอบโต้คำวินิจฉัยของศาลโดยประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและภายใต้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นให้อำนาจนิติบัญญัติแก่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีด้วย ต่อมานายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 2 ครั้ง คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 38 มีสาระสำคัญคือให้การใช้อำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและกฎหมายใดของประธานาธิบดีอินเดียภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินในครั้งนั้นไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาล และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 39 มีสาระสำคัญคือห้ามมิให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบวินิจฉัยเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี ประธานรัฐสภา และนายกรัฐมนตรี แม้คดีนั้นจะอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้มีผลทำให้ย้อนหลังไปถึงคดีเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1971 ที่ศาลเคยวินิจฉัยให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะด้วย และภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 39 นางอินทิรา คานธี จึงได้ยื่นฎีกาคำพิพากษาของศาลสูงในคดีดังกล่าวต่อศาลสูงสุด โดยศาลสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีนี้ในปี ค.ศ. 1975 ซึ่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดในคดีนี้จำนวน 5 คน มีความเห็นเป็นเอกฉันท์ยืนยันหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 39 ที่ตัดอำนาจตรวจสอบวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการเลือกตั้งนั้นละเมิดคุณลักษณะสำคัญ 3 ประการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญอินเดีย คือ การเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตยที่ยุติธรรม ความเสมอภาค และการแบ่งแยกอำนาจ ศาลสูงสุดจึงวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 39 ที่กระทำโดยคณะรัฐมนตรีของนางคานธีเป็นโมฆะ²²⁵

(3) คดี Minerva Mills v. Union of India 1980

คดีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 โดยกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีจำนวนทั้งสิ้น 59 มาตรา ที่สำคัญคือมาตรา 55 ที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 368 อันเป็นมาตราที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 55 นี้

²²⁴ Andrew Frideman. Dead Hand Constitutionalism: the Danger of Eternity Clauses in new Democracies. *Mexican Law Review*, 4(1), 77-96.p.85. อังโน ปุนเทพ ศิริบุษย์. รายงานการวิจัย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 18.

²²⁵ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. pp.56-57. อังโน วศิน ยิ้มแย้ม. ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2562. หน้า 141-142.

มีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก กำหนดให้ไม่มีข้อจำกัดใดๆ ของอำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลใด²²⁶ ซึ่งเนื้อหาของมาตรา 55 ที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 368 นี้ เป็นการให้อำนาจอย่างมากแก่รัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่มีข้อจำกัดและตัดอำนาจศาลมิให้สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เลย และศาลสูงสุดของอินเดียได้วินิจฉัยคดีนี้ในปี ค.ศ. 1980 โดยผู้พิพากษาศาลสูงสุดทั้ง 5 คนมีมติเป็นเอกฉันท์ว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 42 นี้ ในมาตรา 55 ที่ยกเลิกข้อจำกัดของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา และการตัดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของศาลสูงสุดออกไปนั้น เป็นการทำลายหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญอันถือเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินเดียซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา จึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ โดยศาลได้ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 368 แก่รัฐสภาอย่างจำกัด รัฐสภาจึงไม่สามารถขยายขอบเขตอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นให้กลายเป็นอำนาจที่ไม่จำกัดได้ หากรัฐสภาสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างไม่มีข้อจำกัด รัฐสภาก็จะแปรสภาพจากองค์กรที่มีอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญมาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดเหนือรัฐธรรมนูญเพราะมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมดแม้กระทั่งในส่วนที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ จนจบลงด้วยการเปลี่ยนแปลงเอกลักษณ์ของรัฐธรรมนูญไปอย่างสิ้นเชิง²²⁷

จากคำวินิจฉัยในคดีนี้ หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ได้รับการยอมรับและนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลสูงสุดของอินเดียหลายคดี ซึ่งหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานนี้ เช่น หลักนิติธรรม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการตรวจสอบโดยศาลเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การเลือกตั้งที่มีความเป็นอิสระและยุติธรรม²²⁸ หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ที่ศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างขั้นนี้ได้ถูกยอมรับและนำไปใช้ในประเทศอื่นด้วย โดยมีความเห็นสอดคล้องกันว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

²²⁶ Yaniv Roznai. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. p.57.

²²⁷ *Ibid.* pp.57-58.

²²⁸ *Ibid.* p.58.

2) ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์หรือระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Centralized System)

ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์หรือระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Centralized System) หรือระบบยุโรป (European Model) นั้น ระบบศาลในประเทศนั้นจะมีใช้ระบบศาลเดี่ยว (Single Court System) แต่จะมีศาลมากกว่าหนึ่งระบบแยกออกจากกัน คือมีศาลยุติธรรมทำหน้าที่พิจารณาคดีอาญาและคดีแพ่ง มีศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้ ยังมีการจัดตั้งองค์กรตุลาการชนิดพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเฉพาะ โดยทั่วไปจะอยู่ในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) แต่บางประเทศก็อยู่ในรูปแบบที่แตกต่างออกไป เช่น ฝรั่งเศสจัดตั้งเป็นองค์กรกึ่งตุลาการใช้ชื่อว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) โดยมีเขตอำนาจเฉพาะ (Limited Jurisdiction) ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีบางประเภทตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น มิได้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction) อย่างศาลยุติธรรมในประเทศที่มีระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเขตอำนาจเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยทั่วไปศาลรัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา แต่รัฐธรรมนูญของหลายประเทศก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

ดังนั้น ในการพิจารณาหรือตีความเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “การกล่าวถึงสิ่งหนึ่งย่อมหมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง (Expressio unius est exclusion alterius) โดยไม่อาจนำการตีความตามหลักยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น (a fortiori) มาใช้ในการตีความเพื่อขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้²²⁹ โดยหากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมจะบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมแสดงว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ที่จะให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญ²³⁰

²²⁹ ปูนเทพ ศิริบุบผะ. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 27.

²³⁰ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp.12-13.

ในการศึกษาถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในกรณีที่มีรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการนี้ จากการศึกษาพบว่าองค์กรตุลาการของหลายประเทศได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีที่สอง องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(1) กรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของประเทศที่มีระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีที่องค์กรตุลาการชนิดพิเศษที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้ใช้การตีความเขตอำนาจของตนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดว่า ในเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ แต่ไม่ได้บัญญัติให้มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมแสดงว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ที่จะให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจที่จะไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

สำหรับประเทศที่มีระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จากการศึกษพบว่า มีดังนี้

ก. ฝรั่งเศส

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 89 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ทั้งผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา การนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ช่วงเวลาที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติม

(ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

บุคคลที่มีสิทธิริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา²³¹

(ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำในรูปแบบของรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Loi constitutionnelle) เมื่อมีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมายังรัฐสภา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการพิจารณาโดยสภาภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 42 วรรคสาม ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายทั่วไป คือ สภาแรกจะพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อครบเวลา 6 สัปดาห์หลังจากที่ได้ส่งร่างให้สมาชิกสภาได้ดู และสภาที่สองจะพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อครบเวลา 4 สัปดาห์หลังจากที่ได้รับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากสภาแรก และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านความเห็นชอบจากทั้งสองสภา จากนั้นจะต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภาเห็นชอบแล้วไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ²³²

แต่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐบาลอาจไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ หากประธานาธิบดีตัดสินใจส่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาและได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 3 ใน 5²³³

(ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

²³¹ Article 89 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of France 1958 “The President of the Republic, on the recommendation of the Prime Minister, and Members of Parliament alike shall have the right to initiate amendments to the Constitution.”

²³² Article 89 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of France 1958 “A Government or a Private Member’s Bill to amend the Constitution must be considered within the time limits set down in the third paragraph of article 42 and be passed by the two Houses in identical terms. The amendment shall take effect after approval by referendum.”

²³³ Article 89 paragraph 3 of The Constitution of the Republic of France 1958 “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 passed by a three-fifths majority of the votes cast. The Bureau of the Congress shall be that of the National Assembly.”

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้ในระหว่างที่ประเทศตกอยู่ในอันตราย²³⁴ ประการที่สอง เป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหา โดยรัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสาธารณรัฐ²³⁵

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

ลำดับแรกกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝรั่งเศสก่อน โดยศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบในช่วงเวลาที่ตรวจสอบ ผลของการตรวจสอบหากพบว่าขัดหรือแย้งหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จากนั้นจึงมาศึกษาถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

(ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้มีขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 บัญญัติให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว มีที่มาจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2 ประเภท คือ รัฐบัญญัติ (lois ordinaires ภาษาอังกฤษเรียกว่า Act) หรือพระราชบัญญัติ และรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organique ภาษาอังกฤษเรียกว่า Institutional Act) หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยสามารถตรวจสอบก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายได้เท่านั้น แต่ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติภายหลังจากที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วได้ ส่วนรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายเช่นเดิม²³⁶

²³⁴ Article 89 paragraph 4 of The Constitution of the Republic of France 1958 “No amendment procedure shall be commenced or continued where the integrity of national territory is placed in jeopardy.”

²³⁵ Article 89 paragraph 5 of The Constitution of the Republic of France 1958 “The republican form of government shall not be the object of any amendment.”

²³⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 213-214.

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organique (Institutional Act)) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 61 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ต้องส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญก่อนประกาศให้มีผลบังคับใช้²³⁷ นั่นคือ ในการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่จะส่งไปประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนเสมอ และจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้เฉพาะก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมายเท่านั้น หากประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป

ส่วนกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั่วไป (lois ordinaires) นั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเป็นบทบังคับ จะตรวจสอบได้ 2 ช่วงเวลา คือ ช่วงแรกตรวจสอบก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย และช่วงหลังจากประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว

การตรวจสอบได้ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน²³⁸

รัฐธรรมนูญมาตรา 61 วรรคสาม กำหนดเวลาการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติไว้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง แต่หากรัฐบาลได้ร้องขอให้วินิจฉัยโดยเร็วเนื่องจากมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในเวลา 8 วัน²³⁹

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ประกาศใช้แล้ว แต่เดิมไม่สามารถกระทำได้ จนกระทั่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.

²³⁷ Article 61 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of France 1958 “Institutional Acts, before their promulgation, Private Members' Bills mentioned in article 11 before they are submitted to referendum, and the Rules of Procedure of the Houses of Parliament shall, before coming into force, be referred to the Constitutional Council, which shall rule on their conformity with the Constitution.”

²³⁸ Article 61 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of France 1958 “To the same end, Acts of Parliament may be referred to the Constitutional Council, before their promulgation, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators.”

²³⁹ Article 61 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of France 1958 “In the cases provided for in the two foregoing paragraphs, the Constitutional Council must deliver its ruling within one month. However, at the request of the Government, in cases of urgency, this period shall be reduced to eight days.”

2008 เพิ่มมาตรา 61-1 ให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วได้ หากระหว่างที่ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองกำลังพิจารณาคดีอยู่แล้ว คู่ความมีการอ้างว่าบทบัญญัติของรัฐบัญญัติใดละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ คู่ความนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลหากศาลที่พิจารณาคดีอยู่เห็นว่าเป็นไปตามคำร้องก็ให้ศาลที่พิจารณาคดีอยู่นั้นส่งคำร้องนั้นไปให้ศาลสูงพิจารณาเพื่อส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป²⁴⁰

ผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ

กรณีแรก กรณีร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐบัญญัติ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐบัญญัตินั้นถือว่าไม่อาจส่งไปประกาศใช้เป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้ได้²⁴¹ นั่นคือ ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐบัญญัตินั้นต้องตกไป

กรณีที่สอง กรณีรัฐบัญญัติที่ประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัติในส่วนที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นถูกยกเลิกหรือสิ้นผลใช้บังคับนับแต่วันที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดวันสิ้นผลใช้บังคับของบทบัญญัตินั้นในภายหลังก็ได้²⁴²

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นห้ามมิให้มีการอุทธรณ์ และผลของคำวินิจฉัยมีผลผูกพันทุกองค์กรทั้งหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานทางปกครอง และศาลทุกศาล²⁴³

²⁴⁰ Article 61-1 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of France 1958 “If during proceedings in progress before a court of law, it is claimed that a statutory provision infringes the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, the matter may be referred by the Conseil d’état or by the Cour de Cassation to the Constitutional Council, within a determined period.”

²⁴¹ Article 62 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of France 1958 “A provision declared unconstitutional on the basis of article 61 shall be neither promulgated nor implemented.”

²⁴² Article 62 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of France 1958 “A provision declared unconstitutional on the basis of article 61-1 shall be repealed as of the publication of the said decision of the Constitutional Council or as of a subsequent date determined by said decision. The Constitutional Council shall determine the conditions and the limits according to which the effects produced by the provision shall be liable to challenge.”

²⁴³ Article 62 paragraph 3 of The Constitution of the Republic of France 1958 “No appeal shall lie from the decisions of the Constitutional Council. They shall be binding on public authorities and on all administrative authorities and all courts.”

(ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ทั้งข้อจำกัดในทางเนื้อหา และข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาโดยห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางช่วงเวลา นอกจากนี้ ยังได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้

แต่โดยที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จึงเป็นปัญหาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบในด้านเนื้อหา หรือการตรวจสอบในด้านกระบวนการตรา ส่วนการที่จะให้องค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติและรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจในกรณีดังกล่าวไว้แต่อย่างใด

ในประเด็นนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวไว้ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 62-20 วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 เป็นคำวินิจฉัยกรณีที่ประธานาธิบดีชาร์ลส์เดอโกล (Charles de Gaulle) ได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 11 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจประธานาธิบดีนำร่างรัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบอำนาจรัฐ (organization des pouvoirs publics) ไปขอความเห็นชอบจากประชาชนด้วยการลงประชามติโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภา ตรารัฐกฤษฎีกา (Decret) ที่ 62.1127 ลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1962 เพื่อให้ร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งประธานาธิบดี อันมีเนื้อหาที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 6 และมาตรา 7 เกี่ยวกับการได้มาของประธานาธิบดีของสาธารณรัฐจากเดิมที่มาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยประชาชนเลือกคณะผู้เลือกตั้ง (College electoral) และคณะผู้เลือกตั้งเป็นผู้เลือกประธานาธิบดีอีกทีหนึ่ง มาเป็นให้ประชาชนเลือกประธานาธิบดีโดยตรง ผลจากการนำร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติ เมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1962 ปรากฏว่าร่างรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้รับความเห็นชอบจากประชาชน เหตุที่ประธานาธิบดีชาร์ลส์เดอโกลแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการนี้เนื่องจากหากแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการปกติที่กำหนดไว้ในมาตรา 89 โดยเสนอร่างรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติและวุฒิสภา อาจไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ถูกคัดค้านอย่างมากจากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติฝ่ายค้าน ต่อมาประธานวุฒิสภาได้ยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วย

รัฐธรรมนูญ เนื่องจากที่มาของประธานาธิบดีเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้แล้ว หากต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องนี้ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 89 การที่ประธานาธิบดีเสนอร่างรัฐบัญญัติตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องการได้มาของประธานาธิบดีนั้นเห็นว่าไม่สามารถทำได้ ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 62-20 วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติ ที่รัฐสภาเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบเท่านั้น มิได้รวมไปถึงรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติที่ประชาชนให้ความเห็นชอบผ่านกระบวนการลงประชามติ อันเป็นการที่ประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยในกรณีนี้ คำวินิจฉัยนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่าการใช้วิธีการออกรัฐบัญญัติตามมาตรา 11 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถทำได้หรือไม่ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าตนเองไม่มีอำนาจเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบจากประชาชน เนื่องจากประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หากผลการลงประชามติเป็นอย่างไรก็ต้องถือเอาตามมติเสียงข้างมากของประชาชน²⁴⁴

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2003-69 วันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 เป็นคำวินิจฉัยกรณีที่มาชิกวุฒิสภายื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Loi constitutionnelle) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องการจัดระเบียบองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคแห่งสาธารณรัฐ โดยรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2003 คำร้องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะให้มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติเท่านั้น ส่วนกรณีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้เขตอำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวไว้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจวินิจฉัยคำร้องนี้ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2003-69 เป็นการยืนยันว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการออกรัฐบัญญัติที่ผ่านกระบวนการประชามติ หรือเป็นรัฐบัญญัติที่ออกโดยการให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภาก็ตาม²⁴⁵

²⁴⁴ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 220-223.

²⁴⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 224-225.

ข. สโลเวเนีย

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสโลเวเนีย

รัฐธรรมนูญสโลเวเนีย ค.ศ. 1991 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหมวดที่ 9 ตั้งแต่มาตรา 168 ถึงมาตรา 171 โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา คะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบของสภาการนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และการประกาศใช้เพื่อให้มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย

(ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

บุคคลที่มีสิทธิริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวน 20 คน รัฐบาล หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 3 หมื่นคน²⁴⁶

(ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำในรูปแบบของรัฐบัญญัติ (Act) ร่างรัฐบัญญัติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องได้รับคะแนนเสียงจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้รับไว้พิจารณาด้วยคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่²⁴⁷

ส่วนในวาระการให้ความเห็นชอบรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องได้รับคะแนนเสียงจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติด้วยคะแนนเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด²⁴⁸

สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ความเห็นชอบแล้วให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพื่อออกเสียงประชามติ หากมีสมาชิกร้องขออย่างน้อย 30 คนขึ้นไป²⁴⁹

²⁴⁶ Article 168 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of Slovenia 1991 “A proposal to initiate the procedure for amending the Constitution may be made by twenty deputies of the National Assembly, the Government or at least thirty thousand voters.”

²⁴⁷ Article 168 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of Slovenia 1991 “Such proposal is decided upon by the National Assembly by a two-thirds majority vote of deputies present.”

²⁴⁸ Article 169 of The Constitution of the Republic of Slovenia 1991 “The National Assembly adopts acts amending the Constitution by a two-thirds majority vote of all deputies.”

²⁴⁹ Article 170 paragraph 1 of The Constitution of the Republic of Slovenia 1991 “The National Assembly must submit a proposed constitutional amendment to voters for adoption in a referendum, if so required by at least thirty deputies.”

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่นำไปให้ประชาชนลงประชามติจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยเสียงข้างมาก โดยมีเงื่อนไขว่าประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งส่วนใหญ่เข้ามามีส่วนร่วมในการลงประชามติ²⁵⁰

(ค) *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ* (Limits to Constitutional Amendments)

เมื่อศึกษาถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วพบว่ารัฐธรรมนูญสโลเวเนียมีได้บัญญัติข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างไร แต่โดยที่รัฐธรรมนูญสโลเวเนียได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จึงถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสโลเวเนียนั้นมีเพียงข้อจำกัดในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ข) *การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสโลเวเนีย*

เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ก็คงมีแต่เพียงข้อจำกัดในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญสโลเวเนียได้บัญญัติไว้ว่า องค์การใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ดำเนินการไปโดยกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงเป็นปัญหาว่าองค์การใดจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญสโลเวเนียได้มีคำวินิจฉัยที่ U-I-332/94 วันที่ 11 เมษายน ค.ศ.1996 ซึ่งได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติฉบับหนึ่งคือ Enabling Statute on Amendments and Supplements to the Enabling Statute for the Implementation of the Basic Constitutional Charter on the Independence and Sovereignty of the Republic of Slovenia โดยรัฐบัญญัติฉบับนี้มีสาระสำคัญให้มีการถ่ายโอนสินทรัพย์ของธนาคาร Ljubljanska ไปยังธนาคารที่ตั้งขึ้นใหม่หลังจากสาธารณรัฐสโลเวเนียแยกตัวออกจากยูโกสลาเวีย แต่โอนไปเพียงสินทรัพย์ มิได้โอนหนี้สินไปด้วย ทำให้ประชาชนชาวโครเอเชียที่เคยฝากเงินที่ธนาคารแห่งนี้ในสมัยที่โครเอเชียและสโลเวเนียยังเป็นประเทศเดียวกันเสียหาย จึงมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” นั้น หมายรวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกประเภท²⁵¹

²⁵⁰ Article 170 paragraph 2 of The Constitution of the Republic of Slovenia 1991 “A constitutional amendment is adopted in a referendum if a majority of those voting voted in favour of the same, provided that a majority of all voters participated in the referendum.”

²⁵¹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 230.

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อช่วยให้การเปลี่ยนผ่านในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญของสโลเวเนียในช่วงที่มีการแยกตัวออกจากยูโกสลาเวียเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ดังนั้น รัฐบัญญัติฉบับนี้จึงมีสถานะสูงกว่ารัฐธรรมนูญทั่วไป แต่รัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติทั่วไปและกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร (Regulation) เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติฉบับนี้ คำวินิจฉัยในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านรัฐบัญญัติดังกล่าวว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ได้วินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยในกรณีนี้ โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้อย่างจำกัด ซึ่งคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงรัฐบัญญัติเท่านั้น มิได้หมายรวมถึงรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นรัฐบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด²⁵²

ค. ฮังการี (ตามรัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949)

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฮังการี

รัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949 มีได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีบทบัญญัติในหมวดที่ 2 รัฐสภา (Chapter II The Parliament) ในมาตรา 24 (2) เกี่ยวกับคะแนนเสียงของสภาในการที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า จะต้องใช้คะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษไม่น้อยกว่า 2 ใน 3²⁵³ ส่วนกรณีผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา การนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฮังการี

จากที่ได้กล่าวแล้วว่ารัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949 มีได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงมิได้บัญญัติถึงข้อห้ามในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญก็มีได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญฮังการีได้มีคำวินิจฉัยที่ 1260/B/1997 วินิจฉัยคำร้องที่ขอให้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้กระทำเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1997 ไม่

²⁵² ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 230-231.

²⁵³ Article 24 (2) of The Constitution of the Republic of Hungary 1949 “(3) A majority of two -thirds of the votes of the Members of Parliament is required to amend the Constitution and for certain decisions specified therein.”

ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดหลักอำนาจอธิปไตยและหลักความแน่นอนของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมิได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁵⁴

ต่อมาฮังการีได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อใช้แทนฉบับเดิมที่ใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 ตั้งแต่สมัยยังเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบสังคมนิยม คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 2011 โดยในส่วนอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ในเฉพาะกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้²⁵⁵

(2) กรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของประเทศที่มีระบบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีที่องค์กรตุลาการชนิดพิเศษที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้ใช้การตีความเขตอำนาจของตนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้บัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้โดยการตราเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยและตีความว่ากฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมถือว่าเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ในเมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ใน

²⁵⁴ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 184.

²⁵⁵ Article 24 paragraph 5 of The Constitution of the Republic of Hungary 2011 “The Constitutional Court may review the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law only in relation to the procedural requirements laid down in the Fundamental Law for its making and promulgation. Such examination may be initiated by :

a. the President of the Republic in respect of the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, if adopted but not yet published;

b. the Government, one-fourth of the Members of the National Assembly, the President of the Curia, the Prosecutor General or the Commissioner for Fundamental Rights within thirty days of promulgation.”

เขตอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด²⁵⁶

มีการให้เหตุผลสนับสนุนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งว่า เมื่อพิจารณารูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมถือว่าเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง โดยมีหลักฐานสนับสนุนชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของหลายประเทศบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยกฎหมาย (law on amendment to the constitution, law amending the constitution) และการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็มีคำเรียกนำหน้าว่ากฎหมาย (laws) เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้²⁵⁷

สำหรับประเทศที่มีระบอบรวมอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และองค์กรตุลาการได้วินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จากการศึกษาพบว่ามีดังนี้

ก. เยอรมนี

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือ กฎหมายพื้นฐาน (ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Basic Law ส่วนในภาษาเยอรมันใช้คำว่า Grundgesetz) ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 โดยในเบื้องต้นกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สำหรับการนำมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญเพียงชั่วคราวสำหรับองค์กรพื้นฐานของรัฐจนกว่าจะมีการรวมชาติเยอรมัน จึงใช้คำว่ากฎหมายพื้นฐานแทนที่จะใช้คำว่ารัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่าในสนธิสัญญาการรวมชาติระหว่างสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (เยอรมันตะวันตก) กับสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน (เยอรมันตะวันออก) เมื่อวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1990 ก็ได้ตกลงให้ใช้กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญของประเทศภายหลังการรวมชาติต่อไปโดยไม่ต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแต่

²⁵⁶ ปูนเทพ ศิริบุษย์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 28-29.

²⁵⁷ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp. 20-21. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์ รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 29.

อย่างไร ทำให้กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ยังคงใช้เป็นรัฐธรรมนูญของเยอรมนีต่อเนื่องยาวนานมาจนถึงปัจจุบัน นับเป็นเวลากว่า 70 ปี²⁵⁸ และกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วกว่าหกสิบครั้ง

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานไว้ในมาตรา 79 โดยประกอบด้วย 3 อนุมาตรา²⁵⁹ สรุปได้ดังนี้

1) การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานจะกระทำได้โดยกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐาน

2) กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกแต่ละสภา

3) การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่มีผลต่อการแบ่งเขตสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ กระบหนอกการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือ กระบหนอกกระเทือนต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน จะกระทำมิได้

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้น กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) กำหนดให้กระทำโดยการตรากฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน แต่ในกฎหมายพื้นฐานมาตรา 79 เองก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับวิธีการและกระบวนการในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไข

²⁵⁸ Constitution of the Federal Republic of Germany. *Federal Ministry of the Interior and Community*. 17 January 2021. Retrieved from <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html>.

²⁵⁹ Article 79 of Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949
“Article 79 [Amendment of the Basic Law]

(1) This Basic Law may be amended only by a law expressly amending or supplementing its text. In the case of an international treaty regarding a peace settlement, the preparation of a peace settlement or the phasing out of an occupation regime or designed to promote the defence of the Federal Republic, it shall be sufficient, for the purpose of making clear that the provisions of this Basic Law do not preclude the conclusion and entry into force of the treaty, to add language to the Basic Law that merely makes this clarification.

(2) Any such law shall be carried by two thirds of the Members of the Bundestag and two thirds of the votes of the Bundesrat.

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

เพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในรายละเอียดเกี่ยวกับกระบวนการเสนอและการพิจารณา ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้น ต้องไปดูในบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายธรรมดา

(ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

บทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมายธรรมดา คือ มาตรา 76 โดยองค์กรที่มีสิทธิเสนอร่างกฎหมาย ได้แก่ รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (Federal Government) สมาชิกวุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ (Bundesrat) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag)²⁶⁰

กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) ได้บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานต้องกระทำโดยกฎหมายที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้แก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐาน แต่กฎหมายพื้นฐานเองมีได้บัญญัติถึงกรณีผู้มีอำนาจเสนอกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเอาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น องค์กรที่มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานย่อมเป็นองค์กรเดียวกับองค์กรที่มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายธรรมดา ตามมาตรา 76 คือ รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (Federal Government) สมาชิกวุฒิสภาแห่งสหพันธรัฐ (Bundesrat) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag)²⁶¹

(ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

(1) กระบวนการดำเนินการต่อร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน ก่อนเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ

เมื่อองค์กรที่มีอำนาจได้เสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายพื้นฐานแล้ว กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้มีกระบวนการเพื่อดำเนินการต่อร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายพื้นฐานแตกต่างกันตามประเภทของผู้ริเริ่มเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน ดังนี้

(1.1) กรณีร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเสนอโดยรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ รัฐบาลจะต้องส่งร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขกฎหมายพื้นฐานนั้นไปยังวุฒิสภาก่อน โดยวุฒิสภาต้องพิจารณาให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายดังกล่าวภายใน 9 สัปดาห์ เมื่อครบกำหนดแล้วรัฐบาลจึงจะเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาได้ แต่รัฐบาลจะอ้างเหตุผลว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อลดระยะเวลาการพิจารณาให้ความเห็นของวุฒิสภา

²⁶⁰ Article 76 (1) of Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949 “(1) Bills may be introduced in the Bundestag by the Federal Government, by the Bundesrat or from the floor of the Bundestag.”

²⁶¹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 70-71.

เหลือ 3 สัปดาห์ แล้วส่งร่างกฎหมายนั้นไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างกฎหมายได้ทันทีดังเช่นกรณีร่างกฎหมายปกติไม่ได้²⁶²

(1.2) กรณีร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเสนอโดยวุฒิสภา วุฒิสภาจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้นไปให้รัฐบาลพิจารณาและให้ความเห็นก่อน และเมื่อครบระยะเวลาดังกล่าวรัฐบาลจะต้องส่งร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาต่อไป²⁶³

(1.3) กรณีร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเสนอโดยสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรจะเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานได้โดยต้องมีผู้ลงชื่อรับรอง คือ กลุ่มรัฐสภา (Parliamentary Group) อย่างน้อย 1 กลุ่ม หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งกรณีเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้น ไม่ต้องส่งร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาเสนอความเห็น²⁶⁴

²⁶² Article 76 (2) of Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949

“Federal Government bills shall first be submitted to the Bundesrat. The Bundesrat shall be entitled to comment on such bills within six weeks. If for important reasons, especially with respect to the scope of the bill, the Bundesrat demands an extension, the period shall be increased to nine weeks. If in exceptional circumstances the Federal Government, on submitting a bill to the Bundesrat, declares it to be particularly urgent, it may submit the bill to the Bundestag after three weeks or, if the Bundesrat has demanded an extension pursuant to the third sentence of this paragraph, after six weeks, even if it has not yet received the Bundesrat’s comments; upon receiving such comments, it shall transmit them to the Bundestag without delay. In the case of bills to amend this Basic Law or to transfer sovereign powers pursuant to Article 23 or 24, the comment period shall be nine weeks; the fourth sentence of this paragraph shall not apply.”

²⁶³ Article 76 (3) of Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949

“Bundesrat bills shall be submitted to the Bundestag by the Federal Government within six weeks. In submitting them the Federal Government shall state its own views. If for important reasons, especially with respect to the scope of the bill, the Federal Government demands an extension, the period shall be increased to nine weeks. If in exceptional circumstances the Bundesrat declares a bill to be particularly urgent, the period shall be three weeks or, if the Federal Government has demanded an extension pursuant to the third sentence of this paragraph, six weeks. In the case of bills to amend this Basic Law or to transfer sovereign powers pursuant to Article 23 or 24, the comment period shall be nine weeks; the fourth sentence of this paragraph shall not apply. The Bundestag shall consider and vote on bills within a reasonable time.”

²⁶⁴ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 72.

(2) กระบวนการกระบวนการพิจารณา ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ

กระบวนการกระบวนการพิจารณา ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐนั้น จะต้องพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎรก่อนเมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ววุฒิสภาจะเป็นผู้พิจารณาต่อไป โดยแต่ละสภาจะต้องให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกของแต่ละสภา²⁶⁵ ซึ่งแตกต่างจากในกรณีร่างกฎหมายปกติที่วุฒิสภามีอำนาจเพียงยับยั้งร่างกฎหมายเท่านั้น²⁶⁶

(ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to

Constitutional Amendments)

กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานไว้ในมาตรา 79 (3) ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหาที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นบทบัญญัติชั่วคราว (Absolute Entrenchment , Eternity Clause) ของรัฐธรรมนูญ โดยข้อจำกัดในทางเนื้อหาดังกล่าวประกอบด้วย

(1) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่มีผลต่อการแบ่งเขตสหพันธรัฐออกไปเป็นมลรัฐ

(2) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่กระทบต่อการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ

(3) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่กระทบกระเทือนต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน สำหรับมาตรา 1 เป็นบทบัญญัติที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชนของพลเมืองเยอรมัน โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องใช้อำนาจโดยเคารพต่อสิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ ส่วนมาตรา 20 เป็นบทบัญญัติถึงหลักการพื้นฐานทางการปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนีว่าเป็นสหพันธรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยทั้งหมดมาจากประชาชน โดยประชาชนแสดงออกผ่านการเลือกตั้ง ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันตามเจตจำนงของรัฐธรรมนูญ และประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะต่อต้านบุคคลที่พยายามที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญ หากไม่มีวิธีการอื่นใดแล้ว

²⁶⁵ Article 79 (2) of Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949

“Any such law shall be carried by two thirds of the Members of the Bundestag and two thirds of the votes of the Bundesrat.”

²⁶⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 65.

สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน หรือข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติที่ไม่เคยมีมาก่อนในรัฐธรรมนูญของเยอรมนีก่อนหน้านี้ แต่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเครื่องป้องกันกฎหมายพื้นฐานมิให้ถูกแก้ไขอย่างไม่เหมาะสม อย่างเช่นที่เคยเกิดขึ้นในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ที่ถูกผู้นำเผด็จการในสมัยนั้นอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนเป็นการล้มล้างหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญไวมาร์เอง เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ค.ศ. 1919 มีจุดอ่อนที่สำคัญ คือ ให้อำนาจรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยใช้เสียงสองในสาม แต่กลับไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหา ที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนสำคัญหรือโครงสร้างสำคัญของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับต่อมา คือ กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้จึงได้ออกแบบกลไกป้องกันตัวรัฐธรรมนูญในส่วนที่สำคัญมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 79 (3)²⁶⁷

ส่วนข้อจำกัดในด้านกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนีนั้น กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเอาไว้แล้ว ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานในทุกขั้นตอนย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ หากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในขั้นตอนใด ย่อมถือว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนี

แม้กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 จะได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานทั้งในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานไว้ในมาตรา 79 แต่ตัวกฎหมายพื้นฐานเองไม่ว่าจะเป็นมาตรา 79 หรือมาตราอื่นกลับมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเอาไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด จึงมีปัญหว่าองค์กรใดจะเป็นผู้หน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบในกรณีดังกล่าว หากเกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่เนื้อหาหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่กระบวนการตรา

และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแล้วพบว่า กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 93 โดยให้อำนาจในการตีความกฎหมายพื้นฐาน อำนาจในการตรวจสอบ

²⁶⁷ วคิน ยัมแย้ม. ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2562. หน้า 97.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งกฎหมายในระดับมลรัฐและกฎหมายระดับสหพันธรัฐ แต่บทบัญญัติในมาตรา 93 ไม่ได้ระบุไปถึงกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐเยอรมันได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหลายคดี โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งกฎหมายในระดับสหพันธรัฐและกฎหมายระดับมลรัฐตามมาตรา 93 (2) นั้น คำว่า “กฎหมายระดับสหพันธรัฐ” มิได้หมายถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดาเท่านั้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารวมถึงกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานด้วย²⁶⁸

(1) คำวินิจฉัยคดี Klass ลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970

คดีนี้มีผู้ยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน ฉบับที่ 17 ลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1968 นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้มีผลเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนในการติดต่อสื่อสาร โดยแก้ไขเพิ่มเติมเพิ่ม (2) ของมาตรา 10 ว่าข้อห้ามที่มีให้มีการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนในการติดต่อสื่อสารนั้น มีข้อยกเว้นโดยรัฐสภาสามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธินั้นได้เพื่อคุ้มครองหลักประชาธิปไตยหรือความมั่นคงของสหพันธรัฐหรือความมั่นคงของมลรัฐ และในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นในการดำเนินการดังกล่าว ให้หน่วยงานซึ่งรัฐสภาตั้งขึ้นเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยแทนศาล ซึ่งเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อมาตรา 79 (3) ที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่กระทบกระเทือนต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 อันเป็นบทบัญญัติที่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสิทธิมนุษยชนของพลเมืองเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้กรณีที่เพิ่มมาตรา 10 (2) นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 79 (3) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 79 (3) ว่าด้วยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่จะกระทบกระเทือนต่อหลักการที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ในบางมาตราอย่างเด็ดขาดนั้น เป็นการป้องกันมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานโดยอำนาจเผด็จการที่อาศัยเสียงข้างมากในสภาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้นข้อห้ามดังกล่าวจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด มิใช่ตีความไปในทางที่จะทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานกระทำไม่ได้เลย²⁶⁹ นอกจากนี้ การที่ให้รัฐสภาแต่งตั้งหน่วยงานขึ้นตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อจำกัดสิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อสื่อสารดังกล่าวแทนศาลนั้นก็เป็นหลักประกันที่เพียงพอแก่ประชาชน อย่งไรก็ดี มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยจำนวน 3 ท่าน ลงมติว่าการ

²⁶⁸ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp.22-23.

²⁶⁹ *Ibid.* p.58.

แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิส่วนบุคคลของประชาชน ที่กฎหมายพื้นฐานได้คุ้มครองไว้²⁷⁰

(2) คำวินิจฉัยคดี Land Reform I ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1991

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน เมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1990 ว่ามาตรา 143 (3) ที่ให้นำบทบัญญัติของสนธิสัญญารวมชาติเยอรมัน ลงวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1990 (The German Unification Treaty) มาตรา 41 (3) และภาคผนวก 3 ที่กำหนดให้ทรัพย์สินที่ถูกยึดและที่ใช้ร่วมกันในระหว่างที่สหภาพโซเวียตปกครองเยอรมนีในระหว่างปี ค.ศ. 1945 ถึง 1949 ไม่กลับคืนไปเป็นทรัพย์สินของเจ้าของเดิมนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดในระหว่างที่สหภาพโซเวียตปกครองเยอรมนี จำนวน 14 ราย เห็นว่ามาตรา 143 (3) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 79 (3) เนื่องจากมีเนื้อหาที่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนผู้เคยเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกยึดไป

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากว่าเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานตามมาตรา 143 (3) นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญ ได้ให้เหตุผลว่าการยึดทรัพย์สินนั้นได้เกิดขึ้นในระหว่างปี ค.ศ. 1945 ถึง 1949 อันเป็นช่วงเวลาที่กฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ยังไม่มีผลใช้บังคับ การยึดทรัพย์สินในช่วงเวลานั้นกระทำโดยสหภาพโซเวียตที่ปกครองเยอรมันตะวันออกในขณะนั้นถือเป็นต่างชาติ มิได้เกิดขึ้นจากการกระทำของเยอรมันตะวันออกหรือเยอรมันตะวันตก กฎหมายพื้นฐานจึงไม่อาจคุ้มครองสิทธิของเจ้าของทรัพย์สินที่ถูกยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมายของต่างชาติได้²⁷¹

(3) คำวินิจฉัยคดี Land Reform II ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ.

1996

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน เมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1990 ว่ามาตรา 143 (3) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนผู้เคยเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ถูกยึดไป การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยผู้ร้องได้เสนอข้อมูลสนับสนุนว่ารัฐสามารถคืนทรัพย์สินที่ถูกยึดภายหลังปี ค.ศ. 1949 ให้แก่เจ้าของเดิมได้ แต่สำหรับทรัพย์สินที่ถูกยึดระหว่างปี ค.ศ. 1945 ถึง 1949 รัฐไม่คืนให้กับเจ้าของทรัพย์สิน คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเช่นเดียวกับในคดี Land Reform I คือ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวตามมาตรา 143 (3) นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁷²

²⁷⁰ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.59.

²⁷¹ *Ibid.* pp.59-61.

²⁷² *Ibid.* p.61.

(4) คำวินิจฉัยคดี Acoustic Surveillance of Homes ลงวันที่

3 มีนาคม ค.ศ. 2004

คดีนี้มีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐาน ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1998 ในมาตรา 13 (3) ที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐดักฟังในบ้านของบุคคลที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่ออาชญากรรมร้ายแรง ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยขัดกับมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐาน ที่ให้การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของประชาชนว่าจะไม่ถูกละเมิด ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 13 (3) ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานมาตรา 79 (3) จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁷³

นอกจาก ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 79 (3) แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังได้เคยวินิจฉัยว่าอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มิได้จำกัดอยู่เพียงข้อห้ามหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 79 (3) เท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจวินิจฉัยไปถึงเนื้อหาที่เป็นหลักการสำคัญอื่นๆ ที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐานที่นอกเหนือไปจากข้อห้ามตามมาตรา 79 (3) อีกด้วย โดยพบได้จากข้อสังเกตหรือข้ออ้างของศาล (Obiter Dictum) ที่ได้แสดงไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงทศวรรษที่ 1950 ดังนี้²⁷⁴

(1) คำวินิจฉัยคดี Southwest ลงวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ายังมีหลักการที่สูงกว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้นมีมากกว่าที่มาตรา 79 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติไว้ และศาลมีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานโดยใช้ข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่มากกว่ามาตรา 79 (3) ได้²⁷⁵

(2) คำวินิจฉัยคดี Article 117 ลงวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1953

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความยุติธรรมที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร หากมีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ภายใต้หลักความยุติธรรมที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร (Übergesetzliche: Higher-Law) ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องล้มเลิกบทบัญญัติเช่นนั้น²⁷⁶

เมื่อพิจารณาข้อสังเกตหรือข้ออ้างในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นข้อสังเกตหรือข้ออ้างที่ยกขึ้นมาเพื่อตอบโต้ระบอบการ

²⁷³ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.64.

²⁷⁴ วศิน ยิ้มแย้ม. ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. หน้า 103-104.

²⁷⁵ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.86.

²⁷⁶ *Ibid.* p.88.

ปกครองเผด็จการนาซีในช่วงเวลาก่อนหน้านี้เท่านั้น เนื่องจากภายหลังคำวินิจฉัยคดี Article 117 เมื่อปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงหลักการเหนือรัฐธรรมนูญที่นอกเหนือจากข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 79 (3) อีกเลย นั่นคือ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาข้อจำกัดในทางเนื้อหาเฉพาะที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานอย่างชัดแจ้งเท่านั้น คือ บทบัญญัติในมาตรา 79 (3)²⁷⁷

ข. ออสเตรีย

รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรียมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากประเทศอื่น คือ นอกจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1920 อันเป็นบทบัญญัติหลักแล้ว ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่มีค่าบังคับในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ (Federal Constitutional Acts) เช่น รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจของรัฐบาลแห่งรัฐ ค.ศ. 1925 รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยการสื่อสารมวลชน ค.ศ. 1974 นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมืองที่มีมาก่อนที่ออสเตรียจะปกครองแบบสาธารณรัฐ คือ กฎหมายพื้นฐานว่าด้วยสิทธิทั่วไปของพลเมือง (Basic law on the General Rights of Nationals) ค.ศ. 1867 สนธิสัญญาบางฉบับหรือบางส่วนที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ได้แก่ เนื้อหาบางส่วนของสนธิสัญญาแซงต์เยอร์แมง ค.ศ. 1919 (Treaty of St. Germain 1919) สนธิสัญญาเวียนนา ค.ศ. 1955 (Treaty of Vienna 1955) ข้อตกลงยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1958 (European Convention on Human Rights 1958) และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตีปกติ รวมแล้วมีบทบัญญัติในทำนองดังกล่าวที่มีค่าบังคับในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญในกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอยู่ราว 1,300 มาตรา²⁷⁸

ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรีย

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1920 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐรวมถึงบทบัญญัติในกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 44 ซึ่งอยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยกระบวนการนิติบัญญัติแห่งสาธารณรัฐมิได้บัญญัติแยกออกมาเป็นการเฉพาะอย่างรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 44 ประกอบด้วย 3 อนุมาตรา²⁷⁹ โดยสองอนุมาตราแรกไม่ได้กล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่ง

²⁷⁷ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. p.83.

²⁷⁸ Herald Eberhard and Konrad Lachmayer. *Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives*. *ICL Journal*, 2(2), 112-123. p.115.

²⁷⁹ Article 44 of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

“(1) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws can be passed by the National Council only in the presence of at least one-half of the members and

สาธารณรัฐโดยตรง แต่กล่าวถึงการตรารัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ซึ่งกฎหมายทั้งสองประเภทดังกล่าวมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตรารัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องใดชิ้นใหม่ก็ย่อมมีผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเช่นกัน เมื่อพิจารณาเนื้อหาของบทบัญญัติในมาตรา 44 นี้แล้วย่อมเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเนื้อหาในมาตรา 44 ประกอบด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสองกรณี คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีทั่วไปหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision)²⁸⁰

(ก) การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Initiative)

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของออสเตรียมิได้บัญญัติถึงองค์กรที่สามารถริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น องค์กรที่มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือองค์กรเดียวกับองค์กรที่มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายหรือร่างรัฐธรรมนูญ²⁸¹ ดังนี้

with a majority of two-thirds of the votes cast; they are to be expressly designated as such (“constitutional law”, “constitutional provision”).

(2) Constitutional laws or constitutional provisions contained in simple laws restricting the competence of the Laender in legislation or execution require furthermore the approval of the Federal Council which must be imparted in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast.

(3) Any total revision of the Federal Constitution shall upon conclusion of the procedure pursuant to Art. 42 above but before its authentication by the Federal President be submitted to a referendum by the Federal people whereas any partial revision requires this only if one third of the members of the National Council or the Federal Council so demands.”

²⁸⁰ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 92-93.

²⁸¹ Article 44 of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

“(1) Legislative proposals come to the National Council either as proposals by its members by the Federal Council or by one-third of the members of the Federal Council as well as bills of the Federal Government.

(2) Every motion presented by 100,000 voters or by one-sixth of the voters in each of three Länder (Volksbegehren) is to be submitted to the National Council by the Federal Election Board for discussion. Entitled to vote in popular initiatives (Volksbegehren) is [anyone] who on the last day of the period set for registration in support of the motion has the right to vote for the National Council and has a principal domicile in a Municipality on the Federal territory. The popular initiative must concern a matter to be regulated by Federal law and can be presented in the form of a Draft Law.”

(1) สมาชิกสภาแห่งชาติ สภาแห่งชาติ (National Council (Nationalrat)) นี้ ทำหน้าที่เปรียบได้กับสภาผู้แทนราษฎร

(2) สภาผู้แทนของมลรัฐ (Federal Council (Bundesrat)) หรือ สมาชิกสภาผู้แทนของมลรัฐจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด สภาผู้แทนของมลรัฐทำหน้าที่เปรียบได้กับวุฒิสภา

(3) รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐ

(4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งตั้งแต่ 1 แสนคน หรือ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนตั้งแต่ 1 ใน 6 ของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดจากมลรัฐไม่น้อยกว่า 3 มลรัฐ

(ข) กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Procedure)

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย มาตรา 44 แล้ว ประกอบด้วย กระบวนการดังต่อไปนี้

(1) กระบวนการพิจารณาของสภา

(1.1) การพิจารณาของสภาแห่งชาติ

ร่างกฎหมายที่เสนอเพื่อการตรารัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) จะพิจารณาโดยสภาแห่งชาติ (National Council (Nationalrat)) เป็นลำดับแรก โดยรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากสมาชิกสภาแห่งชาติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติที่มาลงคะแนน และจะต้องมีสมาชิกร่วมประชุมและลงคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาแห่งชาติทั้งหมด²⁸² ซึ่งคะแนนเสียงในกรณีให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกำหนดไว้มากกว่ากรณีให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้มีสมาชิกสภาแห่งชาติมาร่วมประชุมไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกร่วมประชุม

(1.2) การพิจารณาของสภาผู้แทนของมลรัฐ

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สภาแห่งชาติให้ความเห็นชอบแล้ว จะเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนของมลรัฐ (Federal Council (Bundesrat)) ต่อไป โดยสภาผู้แทนของมลรัฐมีอำนาจเพียงยับยั้งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยหากสภาผู้แทนของมลรัฐเห็นชอบด้วยกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสภาแห่งชาติก็จะนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปประกาศใช้ต่อไป แต่หากสภาผู้แทนของมลรัฐไม่เห็นด้วยกับร่างแก้ไข

²⁸² Article 44(1) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะทำคำคัดค้านส่งกลับไปยังสภาแห่งชาติภายในเวลา 8 สัปดาห์นับแต่วันที่ได้รับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁸³

แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่สำคัญคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการควบคุมหรือจำกัดอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารของมลรัฐ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนของมลรัฐด้วย โดยต้องมีสมาชิกมาลงคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนของมลรัฐทั้งหมด และได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนของมลรัฐที่มาลงคะแนน²⁸⁴ โดยหากสภาผู้แทนของมลรัฐไม่ให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สภาแห่งชาติจะลงมติยืนยันร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อนำไปประกาศใช้ อย่างเช่นกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีทั่วไปตามมาตรา 44 (1) ไม่ได้

(2) การลงประชามติ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณีเมื่อสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่จะนำไปประกาศใช้ จะต้องมีการนำไปให้ประชาชนลงประชามติ ก่อนว่าจะเห็นด้วยหรือไม่²⁸⁵ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

(2.1) การแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) หากมีสมาชิกสภาแห่งชาติ หรือสมาชิกสภาผู้แทนของมลรัฐ จำนวน 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภาเข้าชื่อกันเพื่อร้องขอให้มีการลงประชามติ กรณีนี้มีใช้เป็นบทบังคับให้ต้องทำประชามติ จะมีการทำประชามติก็ต่อเมื่อมีสมาชิกสภาเข้าชื่อร้องขอตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

(2.2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ในกรณีที่เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้น เมื่อสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่จะ

²⁸³ Article 42 (1) – (4) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

“(1) Every legislative act (Gesetzesbeschluss) of the National Council is to be transmitted without delay by its President to the Federal Council.

(2) A legislative act, unless otherwise provided for by Constitutional law, may only be authenticated and published if the Federal Council has not raised a reasonable objection.

(3) This objection must be transmitted to the National Council within eight weeks upon receipt of the legislative enactment at the Federal Council by its President; the Federal Council is to be informed.

(4) If the National Council reaffirms (wiederholt) its original resolution in the presence of at least half of its members, it must be authenticated and published. If the Federal Council decides not to raise any objection, or if no reasoned objection is raised within the time period fixed in Paragraph 3, the legislative act is to be authenticated and published.”

²⁸⁴ Article 44 (2) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

²⁸⁵ Article 44 (3) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

ส่งไปยังประธานาธิบดีเพื่อประกาศใช้ รัฐธรรมนูญบังคับว่าจะต้องมีการทำประชามติก่อนว่าประชาชนจะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือไม่²⁸⁶

มีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับคำว่า “การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision)” หากตีความตามตัวอักษรย่อมหมายถึงการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับเพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม แต่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญด้วย²⁸⁷

(ค) ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limits to Constitutional Amendments)

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียไม่ได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในทางเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด จึงถือได้ว่าไม่มีข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรีย

ส่วนข้อจำกัดในด้านกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรียนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้แล้ว ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทุกขั้นตอนย่อมต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในขั้นตอนใด ย่อมถือว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรีย

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียแล้ว แม้จะได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในมาตรา 44 แต่กลับไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด จึงมีปัญหาว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียแล้วพบว่า บัญญัติไว้ในมาตรา 140 (1) โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยสาธารณรัฐ (Federal Law) และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐ (Land Law) แต่บทบัญญัติในมาตรานี้มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็นการตราหรือการ

²⁸⁶ Article 44 (3) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

²⁸⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 98.

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ในกฎหมาย ซึ่งกฎหมายทั้งสองประเภทดังกล่าวมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้เข้ามาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

(1) คดีวินิจฉัยคดี Länder Citizenship ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952

คดีนี้มีผู้ยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการตรารัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐ (Constitutional law on Länder Citizenship) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วไม่ได้นำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ก่อน เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ซึ่งต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ก่อน ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 44 (3) กำหนด

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ที่ถือว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) เป็นครั้งแรก นั่นคือ ศาลได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าศาลไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าเนื้อหาหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการตรารัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการตรารัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 44 การตรารัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เมื่อศาลวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราแล้ว ศาลก็จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีว่ารัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐ (Constitutional law on Länder Citizenship) นี้ ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ซึ่งต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ก่อน ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 44 (3) กำหนดหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ มิได้หมายความว่าเฉพาะการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย โดยหลักการสำคัญ (Leading Principle (leitender Grundsatz)) ดังกล่าว คือ หลักประชาธิปไตย (Democratic principle) หลักนิติธรรม (The principle of the rule of law) และหลักความเป็นสาธารณรัฐ (The

federal principle) ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ในกฎหมายใดที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญดังกล่าวถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับสำหรับบทบัญญัติของรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐ (Constitutional law on Länder Citizenship) นี้ ศาลเห็นว่ามิได้ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียแต่ประการใด ดังนั้น รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐจึงไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ จึงไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติแต่อย่างใด กระบวนการตรารัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁸⁸

ประเด็นสำคัญหรือข้อสังเกตของคำวินิจฉัยคดีนี้

(1.1) เป็นคดีแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมีอำนาจในการตรวจสอบเฉพาะในด้านกระบวนการตราว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบในด้านเนื้อหา โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยสาธารณรัฐ (Federal Law) และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยมลรัฐ (Land Law) เท่านั้น มิได้บัญญัติถึงรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ในกฎหมายไว้ด้วยแต่อย่างใด แต่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยสาธารณรัฐ (Federal Law) นี้รวมถึงรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) ด้วย นั่นคือ ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยโดยปริยาย แต่อำนาจในการตรวจสอบนั้นจำกัดเพียงการตรวจสอบความชอบด้านกระบวนการตราเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบในด้านเนื้อหาได้²⁸⁹

(1.2) ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปให้ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ และได้วินิจฉัยว่าเนื้อหาของรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือไม่ โดยวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้น มิใช่เพียงการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมทั้งฉบับ หากแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราแต่เป็นการแก้ไขที่มีผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญก็ย่อมถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเช่นกัน และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยให้มีการแก้ไขหรือไม่

²⁸⁸ Kemal Gözler. *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. pp.35-37.

(2) คำวินิจฉัย ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2001

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยสาธารณรัฐ (Federal Law) ในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Federal Procurement Law) ที่มีเนื้อหากำหนดให้แต่ละมลรัฐตรากฎหมายในระดับมลรัฐ (Land Law) ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างขึ้น และให้กฎหมายมลรัฐว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของแต่ละมลรัฐมีสถานะเทียบเท่ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Federal Procurement Law) มีสถานะเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ในกฎหมาย ซึ่งมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และเป็นบทบัญญัติที่ส่งผลกระทบต่อหลักนิติธรรม (The principle of the rule of law) เนื่องจากบทบัญญัตินี้มีผลให้กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของมลรัฐ ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรและเขตอำนาจศาลของการวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบการจัดซื้อจัดจ้างสาธารณะได้รับการยกเว้นจากรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐ อันเป็นเนื้อหาที่จะมีผลเป็นการตัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของมลรัฐที่จะมีขึ้นในอนาคต เมื่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐส่งผลกระทบต่อหลักนิติธรรม อันถือเป็นหลักการสำคัญ (Leading Principle) ประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตรากฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Federal Procurement Law) จึงถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) ที่จะต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย แต่เมื่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในกฎหมายนี้มีได้ผ่านกระบวนการลงประชามติของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Federal Procurement Law) ตราบขึ้นโดยมีกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และศาลได้ตัดสินให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ (Federal Procurement Law) ดังกล่าวตกไป²⁹⁰

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้มีผลเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิให้กระทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามใจชอบ แต่อย่างไรก็ตาม ในเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียมิได้บัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญสามประการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ก็สามารถล้มล้างได้ด้วยกระบวนการลงประชามติของประชาชน²⁹¹

²⁹⁰ Manfred Stelzer. *The Constitution of the Republic of Austria : A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing. 2011. p.35. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 315-316.

²⁹¹ Manfred Stelzer. *Constitution Change in Austria*. In *Engineering Constitutional Change : A comparative perspective on Europe Canada and the USA*. Xenophon. Contiades. Ed. New York : Routledge. 2013. p.19. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 316.

บทที่ 4

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

จากบทที่แล้วที่ได้ศึกษาถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศไปแล้ว ในบทนี้จะศึกษาถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการของไทย

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

ประเทศไทยนับแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้นจำนวน 20 ฉบับ โดยอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ตามวัตถุประสงค์ให้บังคับใช้ คือ รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ที่ออกมาใช้บังคับเป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นก่อนที่จะมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรออกมา และรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ที่ตราขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ให้บังคับใช้เป็นระยะเวลายาวนาน

แต่หากจะพิจารณาแบ่งประเภทของรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment Provision) แล้ว สามารถแบ่งประเภทรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1.1 รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มักเป็นรัฐธรรมนูญที่มีวัตถุประสงค์ให้ใช้บังคับเป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้นก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรออกมา เช่น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือในสถานการณ์ภายหลังการปฏิวัติรัฐประหารที่คณะรัฐประหารได้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก่อนที่จะมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรออกมา รัฐธรรมนูญฉบับที่ออกมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการชั่วคราวดังกล่าวโดยมากมักจะไม่มียกเว้นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจาก ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญชั่วคราวเห็น

ว่ารัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นระยะเวลาชั่วคราวไปพลางก่อนจนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับถาวรจะตราออกมาใช้บังคับเพียงในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ประกาศใช้โดยคณะรัฐประหารนั้น จะมีบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่มักไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ สิ่งนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนั้นมิได้มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่จะให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแต่อย่างใด มีความมุ่งหมายเพียงให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับใหม่เท่านั้น เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับถาวรได้มีการจัดทำเสร็จและประกาศใช้แล้ว ก็ถือเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไปโดยปริยาย²⁹²

1.2 รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น โดยทั่วไปมักเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งประสงค์จะให้ใช้บังคับเป็นระยะเวลานาน หรือเรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับถาวร เนื่องจากผู้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเห็นว่าในระหว่างช่วงระยะเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับถาวรนั้น อาจมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางมาตราไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรนั้นใช้บังคับได้ต่อไป อันเป็นที่มาของการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ทั้งนี้ มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 11 ฉบับ คือ

- 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475
- 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489
- 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492
- 4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511
- 5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517
- 6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519
- 7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521
- 8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534
- 9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
- 10) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
- 11) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อย่างไรก็ตาม มิใช่แต่เฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเท่านั้นที่จะมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาข้อมูลพบว่ามีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว 3 ฉบับ ที่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

²⁹² กาญจนารัตน์ สิริโรจน์. *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า. 2544. หน้า 56-57.

(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490²⁹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495²⁹⁴ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557²⁹⁵

สำหรับเนื้อหาของบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีความแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ และเมื่อพิจารณาลงไปให้ลึกแล้วยังเห็นพัฒนาการเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ อีกด้วย

รัฐธรรมนูญฉบับถาวรทั้ง 11 ฉบับ ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้นั้น มีจำนวน 10 ฉบับ ที่บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน คือ กำหนดขึ้นเป็นหมวดหนึ่งต่างหาก เป็นหมวดที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาจบัญญัติไว้มาตราเดียวและประกอบด้วยหลายวรรคหรือหลายอนุมาตรา กับบัญญัติไว้มากกว่าหนึ่งมาตรา ซึ่งจะกำหนดขั้นตอนและกระบวนการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ตั้งแต่ผู้มีสิทธิริเริ่มเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภา คณะเสียงในการพิจารณาแต่ละวาระของรัฐสภา ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติ และการทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำได้ยากกว่าการตราหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายปกติทั่วไป อันเป็นการคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเองมิให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปโดยไม่เหมาะสม เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²⁹⁶

สำหรับรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ขอแยกพิจารณาในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ การริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

2. ผู้มีอำนาจริเริ่มการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อได้ทำการศึกษารัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น พบว่ามีทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ และกรณีที่รัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้

²⁹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 93 “รัฐธรรมนูญนี้แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยความเห็นชอบของรัฐสภา”

²⁹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา

²⁹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 46

²⁹⁶ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 223

2.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้

รัฐธรรมนูญของไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีจำนวนทั้งสิ้น 14 ฉบับ แต่มีรัฐธรรมนูญเพียงฉบับเดียวที่มีได้บัญญัติรายละเอียดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 โดยบัญญัติไว้เพียงสั้น ๆ ในมาตรา 93 ว่า “รัฐธรรมนูญนี้แก้ไขเพิ่มเติมได้โดยความเห็นชอบของรัฐสภา” โดยมีได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่ประการใด เหตุผลที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ คงด้วยเหตุผล คือ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ใช้ในระยะเวลาอันสั้นระหว่างที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับเพียงระยะเวลา 2 ปี 5 เดือน แต่ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ถึง 3 ครั้งด้วยกัน โดยผู้เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ครั้งดังกล่าว คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้เข้าชื่อกันยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งที่รัฐธรรมนูญมีได้บัญญัติว่าใครเป็นผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้

ในบรรดารัฐธรรมนูญของไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 14 ฉบับ พบว่ามีการบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ ซึ่งได้บัญญัติไว้แตกต่างกันไป โดยสามารถจำแนกผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ออกเป็น 6 ประเภท คือ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และอื่น ๆ

2.2.1 คณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มี 12 ฉบับ ที่ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

2.2.2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มี 11 ฉบับ ที่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยได้กำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่จะสามารถเข้าชื่อกันเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ไว้แตกต่างกัน มีทั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 หรือไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

2.2.3 สมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มีเพียง 2 ฉบับ ที่ให้สมาชิก

วุฒิสภามีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 โดยได้กำหนดจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะสามารถเข้าชื่อกันเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ไว้ คือ จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

2.2.4 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มี 6 ฉบับ ที่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีอำนาจเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยได้กำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่จะสามารถเข้าชื่อกันเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ 1 ฉบับ ส่วนอีก 5 ฉบับ ได้กำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่จะสามารถเข้าชื่อกันเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

2.2.5 ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มีเพียง 2 ฉบับ ที่ให้สิทธิประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร 2 ฉบับหลังสุด โดยประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องเข้าชื่อกันเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนสามารถเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้²⁹⁷

2.2.6 อื่น ๆ

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ มีเพียง 1 ฉบับที่บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นประเภทอื่นแตกต่างจาก 5 ประเภทแรกที่กำลังกล่าวมา คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 46 วรรคหนึ่ง กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีและคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีมติร่วมกันให้เสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีสถานะเป็นคณะบุคคลที่ทำการรัฐประหารและใช้อำนาจรัฐอธิปไตยภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557

²⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (1) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (1)

กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติถึงผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยผู้มีอำนาจริเริ่มเสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องจัดทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยใช้ชื่อว่า “ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ...” การเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการดำเนินการไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายปกติธรรมดา สอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ²⁹⁸ ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเสนอมายังประธานรัฐสภาหรือประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้วแต่กรณี

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ประกอบด้วย บันทึกลักษณะและเหตุผล และตัวร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา อาจมีเนื้อหาได้ 3 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตราที่มีอยู่แล้ว

ลักษณะที่ 2 เสนอเพิ่มมาตรา วรรค หรืออนุมาตรา ขึ้นมาใหม่

ลักษณะที่ 3 เสนอยกเลิกมาตรา วรรค หรืออนุมาตราที่มีอยู่แล้วออกไป

3. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในบรรดารัฐธรรมนูญของไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 14 ฉบับนั้น พบว่ามีรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับ โดยสามารถแยกพิจารณาประเด็นต่าง ๆ ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้ดังนี้

3.1 สถานที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้สภาใดทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ขึ้นอยู่กับว่า สภาที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศตามรัฐธรรมนูญในช่วงเวลานั้นเป็นสภาใด เป็นสภาเดี่ยวหรือสภาคู่ และมักจะกำหนดให้สภาที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในช่วงเวลานั้น เป็นสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ สภาผู้แทนราษฎร (จำนวน 2 ฉบับ)²⁹⁹ สภาปฏิรูปการปกครอง

แผ่นดิน (จำนวน 1 ฉบับ)³⁰⁰ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (จำนวน 1 ฉบับ)³⁰¹ และรัฐสภา (จำนวน 9

²⁹⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. ใน *โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555. หน้า 155.

²⁹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495

³⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

³⁰¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ฉบับ)³⁰² โดยในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับใดหากมีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะมีบัญญัติให้รัฐสภาเป็นสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่หากมีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว ก็จะมีบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือหากเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวทำหน้าที่ทั้งรัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ก็จะมีบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไปนี้จะกล่าวถึงสภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “รัฐสภา” เนื่องจากไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบัญญัติให้สภาที่มีหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นรัฐสภาในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร หรือเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แต่สภาที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญล้วนเป็นการทำหน้าที่ในฐานะรัฐสภาทั้งสิ้น

3.2 วาระการพิจารณา

การพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญที่บัญญัติถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จำนวน 13 ฉบับแล้ว พบว่ารัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ จำนวน 11 ฉบับ จะมีบัญญัติให้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 วาระ คือ วาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ วาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และวาระที่สามขั้นสุดท้ายเป็นการลงมติว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ

สำหรับวาระการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาที่กำหนดไว้ 3 วาระนั้น แต่ละวาระ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับกำหนดไว้ใกล้เคียงกัน โดยอาจมีกระบวนการในแต่ละวาระหรือไม่ก็ได้ กรณีรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการในแต่ละวาระไว้ก็จะกำหนดไว้เพียงเป็นหลักการเท่านั้น มิได้กำหนดรายละเอียดเอาไว้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละวาระนั้น อาจเป็นไปตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ซึ่งอาจกำหนดกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในแต่ละวาระไว้เป็นการเฉพาะ หรืออาจกำหนดให้อนุโลมใช้กระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติมาใช้บังคับก็ได้ นอกจากนี้กระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางประการ อาจมิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภา แต่เป็นประเพณีวิธีปฏิบัติที่ใช้กันมานานนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

³⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3.2.1 วาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ

เป็นขั้นตอนที่รัฐสภาเริ่มการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภาเป็นวาระแรก เพื่อให้สภาพิจารณาว่าจะรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไว้พิจารณาหรือไม่ ขั้นตอนนี้ ประกอบด้วยขั้นตอนย่อยตามลำดับ³⁰³ คือ

1) การให้ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแถลงหลักการและเหตุผล รวมถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภา

กรณีที่มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับ ประธานรัฐสภา จะให้ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ละฉบับ แถลงหลักการและเหตุผลของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ละฉบับ

2) ประธานรัฐสภาเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาแสดงความคิดเห็น ชักถาม และตั้งข้อสังเกต ทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ในขั้นตอนนี้ประธานรัฐสภาจะให้สมาชิกรัฐสภาที่ประสงค์จะอภิปราย แสดงความคิดเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แสดงความจำนงโดยการยกมือขึ้น หรือแจ้งชื่อต่อเจ้าหน้าที่ จากนั้น ประธานรัฐสภาจะให้สมาชิกรัฐสภาที่แสดงความจำนงได้อภิปรายไปตามลำดับ โดยจะมีทั้งผู้ที่อภิปรายสนับสนุนและคัดค้านกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

สำหรับการอภิปรายในขั้นตอนนี้ของสมาชิกรัฐสภา ประธานรัฐสภาจะ กำหนดเวลาการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภาแต่ละท่านหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของรัฐสภาในเวลานั้นว่าเป็นรัฐสภาในช่วงเวลาปกติที่มาจากการเลือกตั้ง หรือเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่มาจากการแต่งตั้งภายหลังการรัฐประหาร หากเป็นรัฐสภาในช่วงเวลาปกติที่สมาชิกมาจากการเลือกตั้ง จะมีความขัดแย้งทางการเมืองสูง แบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายชัดเจน คือ สมาชิกฝ่ายที่สนับสนุนรัฐบาล กับสมาชิกฝ่ายที่ต่อต้านรัฐบาล ประธานรัฐสภามักจะให้สมาชิกแต่ละคนอภิปรายในระยะเวลาที่วิปของทุกฝ่ายได้เจรจาตกลงกัน ประกอบด้วย วิปรัฐบาล วิปฝ่ายค้าน และวิปวุฒิสภา โดยวิปแต่ละฝ่ายจะให้สมาชิกฝ่ายตนอภิปรายโดยใช้เวลาเท่ากันทุกคน หรือให้เวลาแต่ละคนน้อยแตกต่างกันก็ได้ ทั้งนี้ ต้องอยู่ในเงื่อนไขตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา คือ ไม่ซ้ำซาก วนเวียน นอกประเด็น

3) ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตอบข้อซักถาม ข้อสังเกต

ขั้นตอนนี้ เป็นการที่ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตอบข้อซักถาม หรือข้อสังเกตของสมาชิกรัฐสภา โดยเฉพาะความเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยอาจขออนุญาตประธานรัฐสภาเพื่อตอบข้อซักถามเป็นระยะ ๆ หรืออาจตอบข้อซักถามภายหลังจากที่สมาชิกรัฐสภาอภิปรายแสดงความคิดเห็นเสร็จสิ้นแล้ว ก่อนที่จะมีการลงมติในวาระที่หนึ่ง

³⁰³ ขั้นตอนย่อยในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสภานั้น ทั้งในวาระที่หนึ่ง วาระที่สอง และวาระที่สาม ส่วนใหญ่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นขั้นตอนที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมสภา หรือเป็นแนวปฏิบัติที่เคยปฏิบัติกันมาในอดีต และเป็นแนวทางเดียวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสภา

4) การลงมติในวาระที่หนึ่งว่าจะรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณาหรือไม่ ในขั้นตอนนี้รัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติเอาไว้โดยให้วิธีการเรียกชื่อสมาชิกรัฐสภาเพื่อออกเสียงลงคะแนน ซึ่งเลขอาธิการจะเรียกชื่อสมาชิกรัฐสภาตามลำดับอักษรเพื่อออกเสียงลงคะแนนโดยเปิดเผยในที่ประชุมที่ละคน

5) ประธานรัฐสภาประกาศผลการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่ง ว่าผลการลงมติของที่ประชุมรัฐสภาเป็นอย่างไร ผลการลงมติในวาระที่หนึ่งเป็นไปได้ 2 กรณี คือ รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณา หรือไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณา

(1) กรณีที่รัฐสภามีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณา ที่ประชุมรัฐสภาจะมีมติให้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองขึ้นคณะกรรมการ พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาการเสนอคำแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภาว่าให้สามารถเสนอคำแปรญัตติเพื่อแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายในกี่วัน

(2) กรณีที่รัฐสภามีมติไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณา ถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นตกไป โดยประเพณีปฏิบัติจะไม่สามารถเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีหลักการและเหตุผลเช่นเดียวกันต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาได้อีก เนื่องจากรัฐสภาไม่เห็นด้วยกับหลักการและเหตุผลรวมทั้งเนื้อหาที่จะเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นไปแล้ว หากเสนอเข้ามาใหม่รัฐสภาก็ย่อมจะไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีหลักการและเหตุผลเช่นเดียวกันนั้นไว้พิจารณาเช่นเดิม เว้นแต่ในกรณีที่มีรัฐสภาชุดใหม่ หรือมีสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป

คะแนนเสียงในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการนี้ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แตกต่างกันไป โดยสามารถจำแนกออกได้ 3 กรณี คือ

(1) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 6 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(2) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(3) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และยังกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติม คือ ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่³⁰⁴ การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ทำให้ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับในอดีตเท่าที่เคยมีมา

³⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (3)

3.2.2 การพิจารณาในวาระที่สอง

เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่ง โดยที่ประชุมรัฐสภาได้ลงมติในวาระที่หนึ่งรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณาแล้ว และได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป พร้อมทั้งกำหนดวันแปรญัตติแล้ว ขั้นตอนต่อไปจะเป็นการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง โดยการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองนั้น แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ การพิจารณาในวาระที่สองชั้นคณะกรรมการ และการพิจารณาในวาระที่สองในที่ประชุมสภา

1) การพิจารณาในวาระที่สองชั้นคณะกรรมการ

กรณีที่ที่ประชุมรัฐสภาได้มีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้พิจารณา และตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น การพิจารณาในวาระที่สองชั้นคณะกรรมการ ประกอบด้วยขั้นตอนย่อย ดังนี้

(1) คณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเรียงลำดับมาตรา

การพิจารณาของคณะกรรมการในขั้นตอนนี้ยึดตามมติของกรรมการเสียงข้างมาก แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ ให้คงไว้ตามร่างเดิม กับให้แก้ไขเพิ่มเติม กรณีที่คณะกรรมการมีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น อาจมีได้ 3 ลักษณะ คือ

- (1) แก้ไขเนื้อหาของมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค
- (2) เพิ่มเติมเนื้อหาขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค
- (3) ตัดเนื้อหาออกเป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค

ในขั้นตอนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตราของคณะกรรมการนี้ หากมีกรรมการเสียงข้างน้อยไม่เห็นด้วยไม่ว่ากรณีใด หรือกรรมการเสียงข้างน้อยนั้นได้เสนอให้มีการแก้ไขมาตรา อนุมาตรา หรือวรรคใด หรือเสนอเพิ่มเติมเนื้อหาขึ้นมาใหม่ หรือตัดเนื้อหาออกกรรมการเสียงข้างน้อยนั้นสามารถเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาได้ หากกรรมการเสียงข้างมากไม่เห็นด้วย กรรมการเสียงข้างน้อยนั้นสามารถสงวนความเห็นของตนไว้ได้ เพื่อใช้สิทธิอภิปรายในที่ประชุมสภา

(2) คณะกรรมการพิจารณาคำแปรญัตติ

ในกรณีที่สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายในกำหนดเวลาเสนอคำแปรญัตติ เมื่อครบกำหนดเวลาเสนอคำแปรญัตติแล้ว คณะกรรมการจะนำคำแปรญัตติมาพิจารณา โดยเชิญสมาชิกผู้เสนอคำแปรญัตติเข้าร่วมประชุมเพื่อชี้แจงเหตุผลความจำเป็นในการเสนอคำแปรญัตติดังกล่าว

คำแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภาที่เสนอแก้ไขเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น อาจมีได้ 3 ลักษณะ เช่นเดียวกับผลการพิจารณาของคณะกรรมการ คือ

- (1) แก้ไขเนื้อหาของมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค

(2) เพิ่มเติมเนื้อหาขึ้นมาใหม่เป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค

(3) ตัดเนื้อหาออกเป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค

จากนั้น คณะกรรมาธิการจะพิจารณาว่าเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำแปรญัตตินั้นอย่างไร

ผลการพิจารณาคำแปรญัตติของคณะกรรมาธิการ อาจมีได้ 3 ลักษณะ

คือ

(1) เห็นด้วยกับคำแปรญัตติทั้งหมด โดยคณะกรรมาธิการจะแก้ไขเนื้อหา เพิ่มเติมเนื้อหาขึ้นมาใหม่ หรือตัดเนื้อหาออก เป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค ตามคำแปรญัตติทั้งหมด

(2) เห็นด้วยกับคำแปรญัตติบางส่วน โดยคณะกรรมาธิการจะแก้ไขเนื้อหา เพิ่มเติมเนื้อหาขึ้นมาใหม่ หรือตัดเนื้อหาออก เป็นมาตรา อนุมาตรา หรือวรรค ตามคำแปรญัตติเพียงบางส่วน

(3) ไม่เห็นด้วยกับคำแปรญัตติทั้งหมด โดยคณะกรรมาธิการจะไม่แก้ไขเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามคำแปรญัตติเลย

ในกรณีที่คณะกรรมาธิการเห็นด้วยกับคำแปรญัตติบางส่วน หรือไม่เห็นด้วยกับคำแปรญัตติทั้งหมด สมาชิกสภาผู้เสนอคำแปรญัตติมีทางเลือก 2 กรณี คือ

(1) ผู้แปรญัตติพอใจกับเหตุผลคำชี้แจงของคณะกรรมาธิการ โดยไม่สงวนคำแปรญัตติ

(2) ผู้แปรญัตติไม่พอใจกับเหตุผลคำชี้แจงของคณะกรรมาธิการ โดยขอสงวนคำแปรญัตติไว้เพื่อไปขอใช้สิทธิอภิปรายในที่ประชุมสภาต่อไป

ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมาธิการ การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมของกรรมาธิการเสียงข้างน้อยหรือสมาชิกสภาผู้เสนอคำแปรญัตตินั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ขัดกับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่สภาได้ลงมติรับหลักการไว้พิจารณาในวาระที่หนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติม หรือเสนอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ว่าจะในมาตรา อนุมาตรา หรือวรรคใด ที่มีเนื้อหาขัดกับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่สามารถกระทำ

(3) คณะกรรมาธิการจัดทำรายงานการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อคณะกรรมาธิการที่ประชุมรัฐสภาตั้งขึ้นได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ข้อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมของกรรมาธิการเสียงข้างน้อย และคำแปรญัตติของสมาชิกเสร็จสิ้นแล้ว คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะดำเนินการจัดทำรายงานการพิจารณาของคณะกรรมาธิการเพื่อเสนอต่อประธานรัฐสภาพิจารณาบรรจุระเบียบวาระการประชุมสภาต่อไป

สำหรับรายงานการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณา ร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ประกอบด้วยเนื้อหาที่สำคัญ คือ

(1) ผลการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตรา

ผลการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตราของ คณะกรรมการ ประกอบด้วย ผลการพิจารณาข้อเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตรา ของกรรมการเสียงข้างมาก ผลการพิจารณาข้อเสนอแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตรา ของกรรมการเสียงข้างน้อย และผลการพิจารณาคำแปรญัตติของสมาชิกที่เสนอขอแก้ไขร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรายมาตรา ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วนั้น คณะกรรมการมีการแก้ไขเพิ่มเติม เพิ่มขึ้นใหม่ หรือตัดออก ในมาตราใดบ้าง มีกรรมการเสียงข้างน้อยได้สงวนความเห็นในมาตราใดบ้าง มีสมาชิกสภาสงวนคำ แปรญัตติในมาตราใดบ้าง ในกรณีที่มีกรรมการสงวนความเห็น และมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ จะต้องระบุชื่อกรรมการที่สงวนความเห็น ชื่อสมาชิกที่สงวนคำแปรญัตติ หากมีหลายคนจะต้องระบุ ไว้ทุกคน พร้อมทั้งระบุถ้อยคำที่เสนอแก้ไขไว้ด้วย

(2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว

เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่คณะกรรมการพิจารณา เสร็จแล้วประกอบด้วยหลักการและเหตุผล ตามด้วยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมการ พิจารณาเสร็จแล้ว อันประกอบด้วยเนื้อหาที่คณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติม (ถ้ามี) โดยเนื้อหาที่ คณะกรรมการมีการแก้ไขเพิ่มเติมจะมีการใช้ตัวอักษรที่มีลักษณะพิเศษเพื่อให้ทราบว่าเป็นเนื้อหาที่ คณะกรรมการแก้ไขต่างไปจากร่างเดิม ดังนี้

(2.1) ใช้ตัวอักษรที่ขีดฆ่ากับถ้อยคำที่คณะกรรมการตัดออก

(2.2) ใช้ตัวอักษรขีดเส้นใต้กับถ้อยคำที่คณะกรรมการเพิ่มขึ้นมา

อนึ่ง ขั้นตอนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง ขึ้นคณะกรรมการ ตามขั้นตอนที่ 1) ถึง 3) นั้น จะต้องพิจารณาในที่ประชุมคณะกรรมการ ซึ่ง จะต้องมีการประชุมครบองค์ประชุม คือ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ จึงจะสามารถดำเนินการพิจารณาได้ และในกรณีที่ต้องมีการลงมติเพื่อตัดสินใจในการ พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญรายมาตรา การพิจารณาคำแปรญัตติของสมาชิกรัฐสภา และการพิจารณา เพื่อจัดทำรายงานการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก็จะต้องมีการประชุมอยู่ร่วมประชุม ครบองค์ประชุมเช่นกัน

มติของที่ประชุมคณะกรรมการในการพิจารณาเพื่อตัดสินใจในเรื่องใด ให้ใช้เสียงข้างมากของกรรมการ

(4) คณะกรรมาธิการเสนอรายงานการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อประธานรัฐสภา

เมื่อคณะกรรมาธิการได้จัดทำรายงานการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสร็จสิ้นแล้ว จะได้เสนอรายงานนั้นต่อประธานรัฐสภาเพื่อพิจารณาบรรจุระเบียบวาระการประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาต่อไป ในการนี้ ประธานรัฐสภาจะมีคำสั่งให้นัดประชุมรัฐสภาโดยเร็วเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไปในวาระที่สองในที่ประชุมรัฐสภา

2) การพิจารณาในวาระที่สองในที่ประชุมสภา

เมื่อคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสร็จเรียบร้อยแล้ว และได้เสนอรายงานการพิจารณาต่อประธานรัฐสภา และประธานรัฐสภาได้นัดประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมาธิการพิจารณาเสร็จแล้วต่อไปในวาระที่สองในที่ประชุมรัฐสภา การพิจารณาในวาระที่สองในที่ประชุมสภานี้ จะมีขั้นตอนการพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสนอรายงานการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภา

ประธานคณะกรรมาธิการจะรายงานผลการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภาโดยสรุปว่าผลการพิจารณามีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ประการใด

(2) ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเรียงตามลำดับมาตรา โดยเริ่มจากหลักการและเหตุผล จากนั้นจะพิจารณาจากมาตรา 1 ไปจนจบมาตราสุดท้าย ในขั้นตอนนี้ ประกอบด้วยขั้นตอนย่อย 2 ขั้นตอน คือ การอภิปรายแสดงความคิดเห็น และการลงมติรายมาตรา

ก. การอภิปรายแสดงความคิดเห็น แบ่งออกเป็น 4 กรณี ดังนี้

ก) มาตราใดที่คณะกรรมาธิการไม่มีการแก้ไข โดยให้คงไว้ตามร่างเดิม ไม่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น และไม่มีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นสมาชิกไม่สามารถอภิปรายแสดงความคิดเห็นได้ ด้วยเหตุผลที่ว่า เมื่อคณะกรรมาธิการมิได้แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบกับไม่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น และไม่มีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ แสดงว่าทั้งคณะกรรมาธิการ และสมาชิกทุกคนต่างก็เห็นว่าเนื้อความในร่างมาตรานั้นเหมาะสมแล้ว มิต้องแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความใด ๆ ทั้งสิ้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการอภิปราย

ข) มาตราใดที่คณะกรรมาธิการไม่มีการแก้ไข โดยให้คงไว้ตามร่างเดิม แต่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นอภิปรายได้เฉพาะกรรมาธิการเสียงข้างน้อยผู้สงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ เพื่อแสดงเหตุผลของกรรมาธิการเสียงข้างน้อยผู้สงวนความเห็น และสมาชิกผู้สงวนคำแปรญัตติว่าเหตุใดจึงได้เสนอแก้ไขต่อคณะกรรมาธิการและสงวนความเห็นและสงวนคำแปรญัตติไว้ เพื่อโน้มน้าวให้ที่ประชุมเห็นด้วยกับความเห็นของตน และคณะกรรมาธิการจะได้ชี้แจงว่าเหตุใดจึงไม่เห็นด้วยกับ

ข้อเสนอขอแก้ไขของกรรมาธิการเสียงข้างน้อย หรือคำแปรญัตติ แต่สมาชิกรัฐสภาอื่นที่มีได้เป็นกรรมาธิการเสียงข้างน้อยผู้สงวนความเห็น หรือสมาชิกที่สงวนคำแปรญัตติ ไม่สามารถอภิปรายได้

ค) มาตราใดที่คณะกรรมการมีการแก้ไขต่างไปจากร่างเดิม และมีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นผู้มีสิทธิอภิปรายคือ กรรมาธิการเสียงข้างน้อยผู้สงวนความเห็น สมาชิกผู้สงวนคำแปรญัตติ และสมาชิกรัฐสภาทุกคน โดยมีสิทธิอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็นว่าเห็นด้วยกับการแก้ไขของคณะกรรมการหรือไม่อย่างไร หรือเห็นควรคงไว้ตามร่างเดิม หรือเห็นควรให้แก้ไขเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างจากการแก้ไขของคณะกรรมการ

ง) มาตราใดที่คณะกรรมการมีการแก้ไขต่างไปจากร่างเดิม แต่ไม่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น และไม่มีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ สมาชิกรัฐสภาทุกคนมีสิทธิอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็นว่าเห็นด้วยกับการแก้ไขของคณะกรรมการหรือไม่อย่างไร หรือเห็นควรคงไว้ตามร่างเดิม หรือเห็นควรให้แก้ไขเป็นอย่างอื่นที่แตกต่างจากการแก้ไขของคณะกรรมการ

ข. การลงมติรายมาตรา

ในการพิจารณาเรียงลำดับมาตรานี้ ให้พิจารณาและอภิปรายไปที่ละมาตรา และจะต้องมีการลงมติในมาตราที่คณะกรรมการมีการแก้ไข มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ แบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

(1) มาตราใดที่คณะกรรมการไม่มีการแก้ไข โดยให้คงไว้ตามร่างเดิม ไม่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น และไม่มีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นไม่ต้องมีการลงมติ

(2) มาตราใดที่คณะกรรมการไม่มีการแก้ไข โดยให้คงไว้ตามร่างเดิม แต่มีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นจะต้องมีการลงมติว่าจะเห็นควรให้คงไว้ตามร่างเดิม หรือเห็นควรให้มีการแก้ไข หากการลงมติครั้งแรกเสียงข้างมากมีมติให้แก้ไข ก็จะต้องถามมติต่อไปว่าเห็นควรให้แก้ไขตามกรรมาธิการเสียงข้างน้อยที่สงวนความเห็น หรือตามที่สมาชิกสงวนคำแปรญัตติ

(3) มาตราใดที่คณะกรรมการมีการแก้ไขต่างไปจากร่างเดิม และมีกรรมาธิการเสียงข้างน้อยสงวนความเห็น หรือมีสมาชิกสงวนคำแปรญัตติ มาตรานั้นจะต้องมีการลงมติว่าจะเห็นควรให้มีการแก้ไข หรือเห็นควรให้คงไว้ตามร่างเดิม หากการลงมติครั้งแรกเสียงข้างมากมีมติให้แก้ไข ก็จะต้องถามมติต่อไปว่าจะเห็นควรให้มีการแก้ไขตามคณะกรรมการ กรรมาธิการเสียงข้างน้อยผู้สงวนความเห็น หรือตามที่สมาชิกสงวนคำแปรญัตติ

การลงมติรายมาตรานั้น อาจลงมติเป็นรายมาตรา รายวรรค หรือรายอนุมาตราก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการแก้ไขของคณะกรรมการ การสงวนความเห็นของ

กรรมาธิการเสียงข้างน้อย การสงวนคำแปรญัตติของสมาชิก หากมีความแตกต่างกัน มีประเด็นต่างกันหลายฝ่าย อาจต้องมีการลงมติหลายครั้ง

ก่อนการลงมติแต่ละครั้ง ประธานรัฐสภาจะต้องตรวจสอบองค์ประชุมก่อนว่ามีสมาชิกรัฐสภาอยู่ในห้องประชุมครบองค์ประชุมหรือไม่ หากมีสมาชิกแสดงตนครบองค์ประชุมจึงจะสามารถลงมติได้ แต่หากผลการตรวจสอบองค์ประชุมในครั้งใดมีองค์ประชุมไม่ครบก็ไม่สามารถลงมติในมาตรานั้นได้ และประธานรัฐสภาจะต้องสั่งปิดการประชุมทันทีที่ไม่สามารถพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไปได้

มติของที่ประชุมในการพิจารณาในวาระที่สองรายมาตรานี้ รัฐธรรมนูญมักบัญญัติให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ นั่นคือ ใช้คะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกสภาทั้งหมดที่มาประชุม มิใช่เสียงข้างมากของสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

(3) การพิจารณาทั้งร่างเป็นการสรุป

เมื่อที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเรียงลำดับมาตราเสร็จสิ้นแล้ว ประธานรัฐสภาจะให้ที่ประชุมพิจารณาทั้งร่างเป็นการสรุปอีกครั้งหนึ่ง โดยขั้นตอนนี้สมาชิกรัฐสภาอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำได้ แต่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความใดมิได้นอกจากเนื้อความที่เห็นว่าย่างขัดแย้งกันอยู่ ขั้นตอนนี้มีไว้เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำที่อาจมีความผิดพลาดในการพิจารณารายมาตราทำให้ถ้อยคำอย่างเดียวกันถูกแก้ไขในบางมาตรา จนมีถ้อยคำที่แตกต่างขัดแย้งกัน จึงให้สมาชิกสามารถเสนอแก้ไขถ้อยคำที่ขัดแย้งกันอยู่ได้ จะได้ไม่เกิดปัญหา เนื่องจากหากพ้นการพิจารณาในวาระที่สองไปแล้ว การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สาม ที่ประชุมรัฐสภาจะไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำใด ๆ ได้เลย ทำได้เพียงการลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น

3) การลงมติในวาระที่สาม

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการพิจารณาในวาระที่สองแล้ว จะต้องมีการเว้นระยะเวลาไว้ก่อนสักช่วงระยะเวลาหนึ่ง เมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว รัฐสภาจึงจะสามารถพิจารณาต่อไปในวาระที่สามได้ ในรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 14 ฉบับนั้น ได้บัญญัติให้เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาในวาระที่สองแล้วต้องเว้นระยะเวลาไว้ก่อนสักช่วงระยะเวลาหนึ่ง จำนวน 12 ฉบับ โดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการเว้นระยะเวลาไว้ไม่น้อยกว่า 15 วัน จำนวน 10 ฉบับ ให้เว้นระยะเวลา 5 วัน 1 ฉบับ และให้เว้นระยะเวลา 1 เดือน 1 ฉบับ

กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามในที่ประชุมรัฐสภานั้น จะไม่มีการอภิปราย รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เรียกชื่อสมาชิกรัฐสภาเพื่อลงคะแนนโดยเปิดเผยในที่ประชุมรัฐสภา โดยวิธีปฏิบัติเลขาธิการจะอ่านรายชื่อสมาชิกรัฐสภาเรียงตามลำดับอักษรเพื่อกออกเสียงลงมติที่ละคนโดยเปิดเผย สมาชิกรัฐสภาสามารถลงมติได้ 3 กรณี คือ

(1) ลงมติเห็นชอบ หากเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาเสร็จสิ้นในวาระที่สอง

(2) ลงมติไม่เห็นชอบ หากไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาเสร็จสิ้นในวาระที่สอง

(3) ลงมติงดออกเสียง หากไม่ต้องการลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ คณะแนเสียงเห็นชอบในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามนี้ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แตกต่างกันไป โดยสามารถจำแนกออกได้ 3 กรณี คือ

(1) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 6 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(2) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ แบ่งออกเป็น 3 กรณีย่อย คือ

(2.1) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(2.2) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(2.3) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในระดับนี้ไว้

(3) ใช้คะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และยังกำหนดสัดส่วนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน และสมาชิกวุฒิสภาเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมด้วย โดยมีรัฐธรรมนูญ จำนวน 1 ฉบับ ที่กำหนดเกณฑ์คะแนนเสียงในลักษณะนี้ไว้³⁰⁵ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติให้นอกจากจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่แล้ว ยังต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ทำให้ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับในอดีตเท่าที่เคยมีมา

3.3 การออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ในบรรดารัฐธรรมนูญของไทยที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 14 ฉบับ มีรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 ฉบับ ที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาและให้ความเห็นชอบแล้ว ว่าประชาชนจะเห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นหรือไม่ก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป ดังนี้

³⁰⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (6)

- 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 174
- 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 170
- 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 229

รัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้ บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการออกเสียงประชามติของประชาชน ต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วไว้ในทำนองเดียวกัน โดยมีบัญญัติเป็นบทบังคับให้จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ แต่จะมีการออกเสียงประชามติที่ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์เห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นกระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน สมควรที่จะให้ประชาชนทั้งประเทศได้วินิจฉัยผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติเสียก่อน

ผลการออกเสียงประชามติให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ หากเสียงข้างมากเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น พระมหากษัตริย์ก็จะทรงลงพระปรมาภิไธยเพื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้มีผลใช้บังคับต่อไป หากเสียงข้างมากไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นตกไป

- 4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (8)

รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการออกเสียงประชามติของประชาชนต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว โดยมีได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการออกเสียงประชามติ แต่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าจะต้องมีการออกเสียงประชามติที่ต่อเมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนที่จะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทุกเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อน สรุปว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขที่ต้องทำประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีเนื้อหาเข้า 5 เงื่อนไข ดังนี้

- (1) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป
- (2) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 2 พระมหากษัตริย์
- (3) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- (4) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ
- (5) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้ง 4 ฉบับ ที่กำหนดเรื่องการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้แล้วจะพบว่า มีได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการให้

ประชาชนออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จะมีการออกเสียงประชามติที่ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ นั่นคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่ละครั้งตามรัฐธรรมนูญทั้ง 4 ฉบับ ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสมอไป แตกต่างจากการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามความเห็นจากประชาชนก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามที่ได้เคยมีการออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญ และผ่านการออกเสียงประชามติด้วยเสียงข้างมากจำนวน 2 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550³⁰⁶ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560³⁰⁷

4. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำโดยใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจึงเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดตามที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์จะให้มี ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะจำกัดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่าที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไทย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา และข้อจำกัดในด้านกระบวนการตรา ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อปกป้องตัวรัฐธรรมนูญเองมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไม่เหมาะสมหรือโดยมิชอบ อันอาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำลายหลักการสำคัญของตัวรัฐธรรมนูญเสียเอง

4.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาแล้ว สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประการ คือ

4.1.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้แก้ไขโดย

เด็ดขาด

ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญห้ามมิให้แก้ไขโดยเด็ดขาดนี้ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Absolute Entrenchment , Eternity Clause) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญของต่างประเทศหลายประเทศก็มีบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ไว้เช่นกัน โดยมากบทบัญญัติชั่วนิรันดร์

³⁰⁶ การออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

³⁰⁷ การออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 39/1 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

นิรันดร์ของรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมักเป็นข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องรูปแบบของรัฐระบอบการปกครอง หรือเรื่องอื่น ๆ ที่สำคัญ

จากการตรวจสอบรัฐธรรมนูญไทยที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 14 ฉบับ พบว่ามีรัฐธรรมนูญที่กำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้จำนวน 3 ฉบับ คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร 3 ฉบับล่าสุดของไทย โดยรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ ได้กำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในทำนองเดียวกันว่า **ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ**

ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดอันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติขั้วนิรันดร์ โดยนำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 เตรส วรยศ³⁰⁸ อันเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเพิ่มขึ้นมาใหม่โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539³⁰⁹ และได้มีการนำข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ดังกล่าว มาบัญญัติเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 313 (1)³¹⁰ และบทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาดังกล่าว ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรอีก 2 ฉบับต่อมา คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญ 3 ฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ สามารถจำแนกข้อจำกัดในด้านเนื้อหาดังกล่าวออกได้ 2 ประการ คือ

1) **ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข**

นั่นคือ จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปเป็นประชาธิปไตยรูปแบบอื่น เช่น ระบอบประชาธิปไตยที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุข หรือเปลี่ยนเป็นระบอบการปกครองแบบสังคมนิยมมิได้

2) **ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ**

³⁰⁸ มาตรา 211 เตรส วรยศ บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้”

³⁰⁹ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ โดยเพิ่ม หมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

³¹⁰ ปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 27 เมษายน 2540

นั่นคือ จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากราชอาณาจักรไปเป็นรูปแบบอื่น เช่น สาธารณรัฐ สหพันธรัฐมิได้

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญของไทยทั้ง 20 ฉบับ พบว่ารัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับ³¹¹ ได้บัญญัติไว้เป็นมาตราแรก ๆ ว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกมิได้” เนื้อหาดังกล่าวที่บัญญัติไว้ในมาตราแรก ๆ ของรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่บ่งบอกถึงรูปของรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวและมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่เรียกว่า “ราชอาณาจักร” ราชอาณาจักร คือ รัฐที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ และอยู่ในตำแหน่งตลอดอายุขัย และพระมหากษัตริย์ที่ดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐนั้นมาจากการสืบทอดตามสายโลหิตตามโบราณราชประเพณีหรือตามกฎหมายของรัฐ หรืออาจมาจากการเลือกบุคคลขึ้นเป็นกษัตริย์ของคณะบุคคลตามที่กฎหมายของรัฐกำหนด แต่มีได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน รัฐธรรมนูญของประเทศที่เป็นราชอาณาจักร จะบัญญัติหลักเกณฑ์การสืบสันตติวงศ์ขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์และกำหนดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในเรื่องต่าง ๆ ในฐานะประมุขของรัฐไว้³¹² นั่นคือ รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับให้ความสำคัญกับรูปแบบของประเทศไทยที่เป็นรัฐเดี่ยว

นอกจากนี้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับยังได้บัญญัติต่อมาถัดจากรูปแบบของรัฐ คือ บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังเป็นการย้ำว่าประเทศไทยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เหตุที่รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับได้บัญญัติไว้เป็นมาตราแรก ๆ เกี่ยวกับรูปของรัฐ ระบอบการปกครองของประเทศ รวมถึงประมุขของรัฐไว้ แสดงว่ารัฐธรรมนูญเหล่านี้ให้ความสำคัญกับสิ่งเหล่านี้เป็นลำดับแรก จึงได้นำบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่มาตราแรก ๆ และบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ผู้จัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกฉบับยึดถือตลอดมา แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งก็ตาม

4.1.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่มีได้ห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด

นอกจากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้แก้ไขโดยเด็ดขาด อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติชั่วคราวแล้ว ยังมีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม

³¹¹ ยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

³¹² วรเจตน์ ภาคิรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. *โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2555. หน้า 88.

รัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาในบางเรื่องที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด แต่หากจะทำการแก้ไขต้องมีเงื่อนไขเพิ่มเติม โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) ว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ การแก้ไขในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ เมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาในวาระที่สามแล้ว ก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติจากประชาชนก่อน หากประชาชนเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น จึงจะดำเนินการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไปได้

ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงมีบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ทั้งข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด และข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่มีได้ห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด

4.1.3 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาโดยปริยาย

เกี่ยวกับข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีนักกฎหมายแสดงความเห็นไว้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้มีบทบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า องค์การผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งมีขอบเขตจำกัดไปจนเกินขอบเขตจนถึงขั้นที่จะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หรือทำลายสถาบันสำคัญต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น จนมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้น³¹³ และมีความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายที่สนับสนุนว่าระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้นเป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษหยุด แสงอุทัย เกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ที่มีที่มาจากกรณำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 มาแก้ไขเพิ่มเติม โดยเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 จะเป็นการนำรัฐธรรมนูญฯ 2475 มาแก้ไขเพิ่มเติมและจัดเรียงมาตราขึ้นมาใหม่ แต่ก็ยังคงรักษาลักษณะและความคิดที่เป็นรากฐาน คือ ระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญฯ 2475 ไว้ จึงถือว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญฯ 2489 เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น³¹⁴ จากความเห็นนี้ แปลความได้ว่า ศาสตราจารย์พิเศษหยุด แสงอุทัย มีความเห็น

³¹³ กาญจนารัตน์ สิริโรจน์. *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 44.

³¹⁴ หยุด แสงอุทัย. *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย*. พระนคร: สำนักงานประชาชนนิติ. 2489. หน้า 11-13.

ว่าระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถือเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³¹⁵

ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายที่มีมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ 2475 ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญเมื่อเวลาผ่านไปราว 7 ทศวรรษ ในบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 เตรส วรค สี่ ซึ่งเพิ่มขึ้นมาใหม่โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ทำให้ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลายเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (Explicit Substantive Limitation) ของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 และถูกนำมาบัญญัติเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยชัดแจ้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร 3 ฉบับต่อมาจนถึงปัจจุบัน

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาในเรื่องรูปแบบของรัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และประมุขของรัฐ ซึ่งเดิมเป็นเสมือนข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายและต่อมาได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็มีประเด็นพิิจารณาต่อไปว่า ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากเรื่องรูปแบบของรัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และประมุขของรัฐแล้ว ยังมีข้อจำกัดด้านเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการอื่นอีกหรือไม่ ประเด็นนี้อาจค้นหาได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาที่มีผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยในปี 2555 ถึง 2564

4.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา

จากการตรวจสอบรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 14 ฉบับ พบว่ามีรัฐธรรมนูญ จำนวน 13 ฉบับ หรือเรียกได้ว่าเกือบทุกฉบับได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้นั้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันและมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ เริ่มตั้งแต่การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม สภาที่ทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม วาระการพิจารณาคะแนนเสียงที่ให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การออกเสียงประชามติ จนกระทั่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยละเอียดในเรื่องที่ 3. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ จึงถือได้ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้นั้นเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขั้นตอนใด

³¹⁵ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. หน้า 240.

มิได้เป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ย่อมถือว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม แต่ที่บัญญัติไว้เป็นเพียงหลักการพอสังเขปเท่านั้น มิได้บัญญัติไว้อย่างละเอียด ดังนั้น รายละเอียดหรือวิธีปฏิบัติของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐสภานั้นจะนำไปบัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ในหมวดที่ว่าด้วยการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐสภาในการตราข้อบังคับการประชุมสภาเพื่อกำหนดรายละเอียดในการประชุมสภาเพื่อดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ไว้ ดังนั้น หากจะพิจารณาว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากจะพิจารณาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภาด้วย

5. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

ก่อนที่จะพิจารณาเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย จะขอกล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทยเสียก่อน เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบเป็นองค์กรเดียวกัน และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีพัฒนาการมาจากตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

5.1 พัฒนาการของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทย

นับแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 และมีรัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จนมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 20 ฉบับ และตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ กฎหมายอื่นภายในรัฐที่มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจะต้องมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากบทบัญญัติในกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับมิได้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยืนยันเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ของไทย ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกของไทย คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” และบทบัญญัติเช่นว่านี้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาทุกฉบับ

การที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ในทางปฏิบัติ จำเป็นจะต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อ

ควบคุมมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญหลายฉบับได้บัญญัติให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ ต่อจากบทบัญญัติในเรื่องหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

สำหรับพัฒนาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของไทย หากพิจารณาในแง่องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว อาจแบ่งได้ 5 ระบบ คือ³¹⁶

5.1.1 รัฐสภาเป็นองค์กรผู้มียอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐสภาเป็นองค์กรแรกที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 62 ว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้”³¹⁷ และได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 94 โดยให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้การตีความรัฐธรรมนูญใช้การลงมติในที่ประชุมรัฐสภา การให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ อันเป็นอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเอง แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เช่นนี้ก็ถูกตั้งข้อสงสัยว่าการให้ฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำหน้าที่ในการตรากฎหมายมาทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจไม่เหมาะสม เนื่องจากคงมีโอกาสน้อยมากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ตนเองออกนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

5.1.2 ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้มียอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ศาลยุติธรรมได้เข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผ่านคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489³¹⁸ โดยคดีนี้สืบเนื่องจากภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 และได้มีการจับกุม

³¹⁶ บวรศักดิ์ อวรรณโณ. ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วารสารสถาบันพระปกเกล้า, 1(1), 4-20. หน้า 10-15.

³¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีสภาเดียว คือสภาผู้แทนราษฎร ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มียอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

³¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกา คดีอาชญากรรมสงคราม ที่ 1/2489 วันที่ 23 มีนาคม 2489 ระหว่าง คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม โจทก์ และพันโทพระสารสาสน์พลขันธ์ (ลอง สุกนันทน์) จำเลย เรื่องหาว่ากระทำผิดฐานเป็นอาชญากรรมสงคราม.

บุคคลมาลงโทษตามกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้กระทำความผิดก่อนที่จะมีกฎหมายฉบับนี้ โดยศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลที่พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงคราม ได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่ย่อนหลังให้การกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้นั้นเป็นการใช้กฎหมายลงโทษทางอาญาแก่บุคคลย้อนหลัง จึงขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 และตกเป็นโมฆะตามมาตรา 61 ไม่มีผลใช้บังคับ ศาลฎีกาจึงมีคำพิพากษายกฟ้องจำเลย³¹⁹

เหตุผลที่ศาลฎีกาให้ไว้ในคำพิพากษาในคดีนี้มี 3 ประการ คือ ประการแรก ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย คือ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้หรือไม่ ศาลจึงจะสามารถพิจารณาพิพากษารอคติตามกฎหมายได้ ประการที่สอง การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญแบ่งอำนาจออกเป็นสามประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้งและกำกับควบคุมซึ่งกันและกัน เพื่อเป็นหลักประกันในความมั่นคง หากสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมมีอำนาจแสดงความเป็นผู้ต้องนั้นได้ ประการที่สาม เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 บัญญัติให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ จึงจำเป็นต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้นมาตรา 61 จะไม่มีผล กฎหมายนี้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ตราขึ้นเอง จะให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่ากฎหมายนี้ขัดกับรัฐธรรมนูญได้อย่างไร และการวินิจฉัยกฎหมายก็ไม่ใช่เรื่องของฝ่ายบริหาร ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว เนื่องจากศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายในการพิจารณาตัดสินรศคดีให้เกิดความยุติธรรม เมื่อกฎหมายมีบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลที่ใช้กฎหมายตัดสินคดีจึงต้องเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัย³²⁰

5.1.3 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

เป็นระบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นำมาใช้ในระหว่างปี พ.ศ. 2489 ถึง 2534 ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจำนวน 8 ฉบับ ซึ่งได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489³²¹ เมื่อมีกรณีศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด หากศาล

³¹⁹ ปัญญา อุดชาชน. พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 14(42), 13-49. หน้า 30-31.

³²⁰ *เรื่องเดียวกัน*. หน้า 34-35.

³²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 88

“ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้วให้แจ้งให้ศาลทราบ

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น”

เห็นว่าบทกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วส่งประเด็นข้อกฎหมายที่ศาลเห็นว่าอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติ ตามนั้น แต่ในช่วงที่มีการปฏิวัติรัฐประหารและมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกลับมิได้ บัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ทำให้ในช่วงเวลาดังกล่าวศาลยุติธรรมได้เข้ามาเป็น องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยปรากฏ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21/2492 และที่ 766/2505 โดยศาลยุติธรรมได้อ้างแนวบรรทัดฐานของคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 คดีอาชญากรรมสงคราม ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติวิธีการในเรื่องนี้ไว้ โดยเฉพาะ ศาลยุติธรรมก็ย่อมมีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว³²² มีรัฐธรรมนูญชั่วคราวเพียงฉบับ เดียวที่ได้บัญญัติให้มีระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ ชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฯ 2489 เป็นองค์กรกึ่งการเมือง ประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ 15 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้นจากผู้ทรงคุณวุฒิ และสิ้นสุดวาระการ ดำรงตำแหน่งพร้อมกับสภาผู้แทนราษฎร³²³ ต่อมาองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มี พัฒนาการในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา โดยมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และผู้ทรงคุณวุฒิที่สภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาแต่งตั้ง ผู้ทรงคุณวุฒิที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันไป หลาย ฉบับมีองค์ประกอบเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน

จะเห็นได้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีองค์ประกอบที่มาจากฝ่ายการเมือง อยู่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นประธานรัฐสภา ผู้ทรงคุณวุฒิที่สภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาเลือก หรือ แม้กระทั่งประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ ก็อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของฝ่าย บริหารที่เป็นฝ่ายการเมืองเช่นกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แล้วจะเห็นได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเป็นองค์กรที่ไม่มีความเป็นอิสระที่จะทำหน้าที่ในการ ควบคุมตรวจสอบและวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยอาจถูกแทรกแซงหรือได้รับ อิทธิพลจากฝ่ายการเมืองจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระ เป็นกลาง อย่างที่ควรจะเป็น มี นักวิชาการหลายท่านที่ไม่เห็นด้วยกับตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง อาทิ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ เห็น ว่า “ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งนั้น เป็นลักษณะการคาน

³²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์. ใน *รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2535. หน้า 41.

³²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 89

ผลประโยชน์ระหว่างอำนาจทั้งสามมากกว่าที่จะผดุงความยุติธรรม”³²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนา ศานต์ เห็นว่า “ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง เช่น ประธานสภา ประธานศาลฎีกา เมื่อตำแหน่งประจำมีอยู่ ก็อาจมีผู้ยกขึ้นเป็นปัญหาในเรื่องความเป็นกลางที่แท้จริงได้”³²⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม เห็นว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นศาลทางการเมือง การที่นำเอาประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เข้าไปเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย ก็ไม่ทำให้ความมุ่งหมายทางการเมืองเปลี่ยนไป ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นการนำศาลเข้าไปพัวพันกับการเมืองด้วย³²⁶ การกำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งถือว่าขัดกับหลักความเป็นอิสระของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก³²⁷

นับแต่มีการนำระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาใช้ เพื่อให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฯ 2489 จนถึงรัฐธรรมนูญฯ 2534 เป็นเวลากว่า 50 ปีเศษ เห็นว่ามีปัญหาหลายประการ อาทิ ตุลาการที่มีมาจากฝ่ายการเมือง จึงไม่อาจให้หลักประกันในแง่ความเป็นอิสระจากฝ่ายการเมือง นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญบางคดียังขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ทำให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในคำวินิจฉัย เช่น ในคดีเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรณีนายแคล้ว นรปติ ที่มีผู้ร้องว่าขาดคุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้ง³²⁸ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในรูปแบบคณะกรรมการ มีการพิจารณาโดยลับ จึงขาดหลักประกันในวิธีพิจารณาคดี การไม่จำกัดวาระการดำรงตำแหน่ง ทำให้สามารถได้รับการแต่งตั้งอีกได้ จึงอาจมีผลประโยชน์แอบแฝงทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นกลางอย่างแท้จริง³²⁹

5.1.4 ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ประเทศไทยได้นำระบบศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเข้ามาใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาของระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เคยใช้มาก่อนหน้านี้ เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบของบุคคลที่มาจากฝ่ายการเมือง เช่น ประธานรัฐสภา ผู้ทรงคุณวุฒิที่สภาผู้แทนราษฎร หรือรัฐสภาเลือก อันอาจถูกครอบงำจากฝ่ายการเมือง ส่งผลให้ขาดความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่

³²⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ. *วารสารนิติศาสตร์*, 19(1), 1-29. หน้า 28.

³²⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนา ศานต์. การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 1(1), 376-411. หน้า 409.

³²⁶ ไพโรจน์ ชัยนาม. ตุลาการรัฐธรรมนูญ. *รัฐศาสตร์นิเทศ*, 7(3), 15-25. หน้า 19.

³²⁷ หยุต แสงอุทัย. *คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2515. หน้า 295.

³²⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนา ศานต์. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์. ใน *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม*. หน้า 42-45.

³²⁹ วศิน ยิ้มแย้ม. ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. หน้า 209.

ระบบศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ในประเทศไทยเกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคือจำกัดของระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เคยใช้อยู่ในรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา โดยเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ 2540 รัฐธรรมนูญฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฯ 2560 อันเป็นระบบที่ใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

สำหรับสาเหตุที่ไทยนำระบบศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแทนที่ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีอย่างน้อย 2 ประการ³³⁰ ประการแรก ลักษณะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรกึ่งการเมือง มีโครงสร้างที่ไม่ชัดเจนแน่นอน เปลี่ยนไปในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ วิธีพิจารณาไม่เปิดเผยต่างกับองค์กรศาลตามปกติ ทำให้ขาดหลักประกันพื้นฐานในวิธีพิจารณา³³¹ ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีที่มาจากฝ่ายการเมือง ทำให้ไม่เป็นอิสระจากฝ่ายการเมือง³³² นอกจากนี้ หลายประเทศในยุโรปได้นำระบบศาลรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จึงมีอิทธิพลต่อแนวคิดการนำระบบศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทย³³³

5.1.5 หัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในช่วงเวลาที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร หัวหน้าคณะรัฐประหารจะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและมักเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารคือนายกรัฐมนตรีด้วย รัฐธรรมนูญที่คณะรัฐประหารจัดทำขึ้นจึงมักมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจพิเศษแก่หัวหน้าฝ่ายบริหารให้มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในด้านต่าง ๆ ไว้อย่างครอบคลุมกว้างขวางมาก อำนาจดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วย่อมครอบคลุมอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย โดยมีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้อำนาจพิเศษแก่หัวหน้าฝ่ายบริหาร จำนวน 6 ฉบับ คือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557³³⁴

5.2 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

นับแต่มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย คือ นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และยังคงมีต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับ

³³⁰ บวรศักดิ์ อรรถนิธิน. ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. วารสารสถาบันพระปกเกล้า, 1(1), 4-20. หน้า 15.

³³¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 19.

³³² เรื่องเดียวกัน. หน้า 20.

³³³ ปวีตร เลิศธรรมเทวี. รายงานการวิจัยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบประเทศในกลุ่มประเทศอาเซียน. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร. 2563. หน้า 104.

³³⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 108-114.

ปัจจุบัน จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีดังนี้

1) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พบว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจ ดังนี้

(1) วินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองใด ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 47)

(2) วินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 63)

(3) วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาลิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 96)

(4) วินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้าม อันเป็นเหตุให้พ้นจากตำแหน่งหรือไม่ (มาตรา 142)

(5) วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ถูกยับยั้งไว้หรือไม่ (มาตรา 177)

(6) วินิจฉัยว่าในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณของสภาผู้แทนราษฎรหรือของคณะกรรมการการเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 180)

(7) วินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 198)

(8) วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 219)

(9) วินิจฉัยเรื่องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน หรือนายกรัฐมนตรีเสนอว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 262)

(10) วินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา ให้

ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 263)

(11) วินิจฉัยเรื่องที่ศาลเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 264)

(12) วินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 266)

(13) วินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินหรือยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริง อันมีผลให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้นพ้นจากตำแหน่งและห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นเวลาห้าปี (มาตรา 295)

2) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พบว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจ ดังนี้

(1) วินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองใด ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 65)

(2) วินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 68)

(3) วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาลิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 91)

(4) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเห็นชอบแล้ว (มาตรา 141)

(5) วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ถูกยับยั้งไว้หรือไม่ (มาตรา 149)

(6) วินิจฉัยเรื่องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน หรือนายกรัฐมนตรีเสนอว่าร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 154)

(7) วินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา ให้ความ

เห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 155)

(8) วินิจฉัยว่าในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการการเลือกตั้งมีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 168)

(9) วินิจฉัยเรื่องที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 182)

(10) วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 185)

(11) วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือไม่ (มาตรา 190)

(12) วินิจฉัยเรื่องศาลเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 211)

(13) วินิจฉัยเรื่องที่ยุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ยื่นคำร้องว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อบุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว (มาตรา 212)

(14) วินิจฉัยกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป (มาตรา 214)

(15) วินิจฉัยเรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 245)

(16) วินิจฉัยเรื่องคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 257)

3) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจ ดังนี้

(1) วินิจฉัยว่าบุคคลใดกระทำการอันเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ (มาตรา 49)

(2) วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 82)

(3) วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ถูกระงับไว้หรือไม่ (มาตรา 139)

(4) วินิจฉัยว่าในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการการเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 144)

(5) วินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน หรือนายกรัฐมนตรีเสนอว่าร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 148)

(6) วินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา ให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 149)

(7) วินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ (มาตรา 170)

(8) วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 173)

(9) วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือไม่ (มาตรา 178)

(10) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย (มาตรา 210 (1))

(11) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ (มาตรา 210 (2))

(12) วินิจฉัยเรื่องที่ศาลเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 212)

(13) วินิจฉัยเรื่องที่ยุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ยื่นคำร้องว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อบุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว (มาตรา 213)

(14) วินิจฉัยเรื่องที่ยุตรวจการแผ่นดินเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 231)

(15) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน เสนอให้วินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ชัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) หรือไม่

เมื่อพิจารณาถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทั้ง 3 ฉบับล่าสุด พบว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการและมีความคล้ายคลึงกัน และเป็นเขตอำนาจเดียวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีมาในรัฐธรรมนูญก่อนหน้าแล้ว โดยอาจจัดกลุ่มเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกได้เป็น เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้ เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว เขตอำนาจในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในองค์กรต่าง ๆ ว่าพ้นจากตำแหน่งหรือไม่ เขตอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของบุคคลว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และล่าสุดที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คือ เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จะขออธิบายเฉพาะเขตอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องนี้ คือ เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายกฎหมาย และเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 4.1 ตารางเปรียบเทียบเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ	รัฐธรรมนูญ		
	2540	2550	2560
1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย และร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนประกาศใช้			
1.1 วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่	✓	✓	✓
1.2 วินิจฉัยว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา ให้ความเห็นชอบแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่	✓	✓	✓
2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว			

เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ	รัฐธรรมนูญ		
	2540	2550	2560
2.1 วินิจฉัยเรื่องที่ศาลเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	√	√	√
2.2 วินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่	√	√	√
2.3 วินิจฉัยเรื่องที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่		√	
2.4 วินิจฉัยเรื่องบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ยื่นคำร้องว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อบุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว		√	
3. การวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หนังสือสัญญาสามารถเสนอให้รัฐสภาพิจารณาได้หรือไม่			
3.1 วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ถูกยกยั้งไว้หรือไม่	√	√	√
3.2 วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดของรัฐธรรมนูญหรือไม่	√	√	√
3.3 วินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบหรือไม่		√	√
4. วินิจฉัยเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณฯ			
วินิจฉัยว่าในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณฯ ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการธิการ การเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่	√	√	√
5. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ			
วินิจฉัยเรื่องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน เสนอให้วินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่			√
6. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของพรรคการเมือง			

เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ	รัฐธรรมนูญ		
	2540	2550	2560
6.1 วินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองใด ชัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่	√	√	
6.2 วินิจฉัยว่าการกระทำการของบุคคลหรือพรรคการเมืองเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่	√	√	√
7. การวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในองค์กรต่าง ๆ ว่าพ้นจากตำแหน่งหรือไม่			
7.1 วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาลิ้นสุดลงหรือไม่	√	√	√
7.2 วินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้าม อันเป็นเหตุให้พ้นจากตำแหน่งหรือไม่	√		
7.3 วินิจฉัยเรื่องที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเสนอว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่		√	√
8. วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ			
วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ	√	√	√
9. วินิจฉัยว่ามีการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่			
วินิจฉัยเรื่องที่บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ยื่นคำร้องว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ			√

5.2.1 เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

1) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย ทั้งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาได้เห็นชอบแล้ว ก่อนที่จะทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ตามหลักการตรวจสอบก่อน เพื่อตรวจสอบใน 2 กรณี คือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงเนื้อหาและกระบวนการตรา โดยจะขอกล่าวแยกกันตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญฯ 2540 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติไว้ในมาตราเดียวกัน³³⁵ คือ มีกระบวนการตรวจสอบเป็นอย่างเดียวกัน รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย แต่จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ยื่นเรื่องให้ตรวจสอบ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน และนายกรัฐมนตรื

ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีได้ 3 กรณี คือ

(1.1) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติ ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

(1.2) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเนื้อหานั้นเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ถือว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นตกไปทั้งฉบับ

(1.3) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่เนื้อหานั้นไม่เป็นสาระสำคัญก็ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นตกไป และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติไว้แยกต่างหากจากกัน โดยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 141 ส่วนร่างพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ในมาตรา 154

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฯ 2550 มาตรา 141 นั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องกระทำ ต่างจากรัฐธรรมนูญฯ 2540 ที่มีได้บัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องกระทำ

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ 2550 มาตรา 154 นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ 2540 คือมิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องตรวจสอบ แต่จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ยื่นเรื่องให้ตรวจสอบ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน และนายกรัฐมนตรื

³³⁵ มาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีได้ 3 กรณี เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2540 คือ

(2.1) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติ ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

(2.2) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเนื้อหานั้นเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ถือว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นตกไปทั้งฉบับ

(2.3) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เนื้อหานั้นไม่เป็นสาระสำคัญก็ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นตกไป และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป โดยในส่วนของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะต้องส่งร่างคืนไปให้สภาผู้แทนและวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อน³³⁶

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญฯ 2560 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติไว้แยกต่างหากจากกัน โดยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 132 ส่วนร่างพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ในมาตรา 148

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฯ 2560 มาตรา 132 นั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องกระทำเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ 2550 แต่มีความแตกต่างกันบางประการ คือ รัฐธรรมนูญฯ 2560 ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไปยังศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ และองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเห็นว่ามีข้อความใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ถ้ามีให้เสนอความเห็นไปยังรัฐสภาเพื่อพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม แต่มีข้อสังเกตว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 132 นี้ บัญญัติไว้เพียงแค่การตรวจสอบในด้านเนื้อหาเท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบด้านกระบวนการตรา ดังนั้นหากจะตรวจสอบด้านกระบวนการตราจะต้องไปใช้บทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 148 ที่มีใช้บทบังคับแต่จะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ยื่นเรื่องให้ตรวจสอบเท่านั้น และความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาเห็นว่า การตรวจสอบในด้านเนื้อหา ก็ได้จำกัดไว้เฉพาะตามมาตรา 132 เท่านั้น หากแต่สามารถยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง

³³⁶ มาตรา 141 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้ตามมาตรา 148 เช่นกัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 132 บัญญัติไว้ว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ นอกจากที่บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ให้ กระทำเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ ...”

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ทั่วไปตามรัฐธรรมนูญฯ 2560 มาตรา 148 นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ 2540 และ รัฐธรรมนูญฯ 2550 คือมิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องตรวจสอบ แต่จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ยื่น เรื่องให้ตรวจสอบ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน และนายกรัฐมนตรี

ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ต้องแยกกันระหว่างร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับร่างพระราชบัญญัติ โดยกรณีร่างพระราชบัญญัติผลคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ มีได้ 3 กรณี เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2540 ส่วนกรณีร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีได้ 3 กรณีดังนี้

(3.1) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

(3.2) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่ขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น

(3.2.1) กรณีตามมาตรา 132 (3) ให้รัฐสภาแก้ไขร่างพระราช บัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อให้ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(3.2.2) กรณีตามมาตรา 148 แบ่งออกเป็น

(3.2.2.1) หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมี เนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเนื้อหานั้นเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นตกไปทั้งฉบับ

(3.2.2.2) หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมี เนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เนื้อหานั้นมิได้เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ ก็ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นตกไป และให้ดำเนินการเพื่อให้มีผลใช้บังคับ เป็นกฎหมายต่อไป

(3.3) กรณีที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีกระบวนการตรา ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถือว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนั้นตกไปทั้งฉบับ

เหตุที่รัฐธรรมนูญฯ 2550 และรัฐธรรมนูญฯ 2560 บัญญัติเป็นบทบังคับ ให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อน ประกาศใช้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญยิ่งกว่า พระราชบัญญัติโดยทั่วไป เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญเป็น กฎหมายที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่และการดำเนินการขององค์กรอิสระต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการตรารวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ยากกว่าพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนั้น บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเหล่านี้จึงชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทมิได้ หากมีกรณีที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอาจส่งผลให้องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็ทำได้ยากและอาจใช้เวลานาน

2) เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ตามหลักการตรวจสอบหลัง แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การตรวจสอบในเชิงนามธรรม (abstract review) และการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม (concrete review)

(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (abstract review)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมนั้น เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไป โดยมีใช้เป็นกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาล³³⁷ ซึ่งจะต้องยื่นเรื่องผ่านองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ประชาชนไม่มีสิทธิยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วในเชิงนามธรรมได้ ผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา³³⁸ วินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 198)

ข. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วในเชิงนามธรรมได้ ผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน³³⁹และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ³⁴⁰

ค. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³³⁷ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 104.

³³⁸ มาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

³³⁹ มาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

³⁴⁰ มาตรา 257 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วในเชิงนามธรรมได้ ผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน³⁴¹

(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว และมีคดีความอยู่ในศาลและศาลกำลังจะใช้กฎหมายนั้นในการพิพากษาคดี หากศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วส่งประเด็นข้อกฎหมายที่ศาลเห็นว่าอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้องค์การที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ลักษณะเช่นนี้ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยมานานแล้วตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489³⁴² โดยตั้งแต่ปี 2489 ถึง 2540 ก่อนมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม จนกระทั่งมีการเปลี่ยนแปลงองค์การที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญ คือ

ก. จะต้องมิดีอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาล ศาลในที่นี้หมายถึงศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร อันเป็นศาลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหมวดศาล ซึ่งมีเขตอำนาจการพิพากษาคดีแตกต่างกันไป

ข. เกิดประเด็นปัญหาว่ากฎหมายที่จะใช้ในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น

ค. ผู้ที่เห็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มี 2 จำพวก คือ ศาลที่พิพากษาคดี หรือคู่ความในคดีนั้น แต่ผู้ที่มีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมี

³⁴¹ มาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 88

“ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้วให้แจ้งให้ศาลทราบ

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น”

เพียงศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้นเท่านั้น คู่ความในคดีนั้นไม่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยตรงต้องเสนอผ่านศาล

ง. หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

จ. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันศาลใช้ได้คดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว แต่มีข้อยกเว้นในคดีอาญาที่ศาลพิพากษาว่าผู้ใดกระทำความผิดตามกฎหมาย หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้คำพิพากษานั้นจะถึงที่สุดแล้วก็ตาม ให้ถือว่าผู้ที่ถูกศาลพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าวและถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป³⁴³ อันเป็นกรณีที่ทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลย้อนหลังเป็นคุณกับผู้ได้รับผลร้ายจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น บทบัญญัติที่ให้ผลย้อนหลังเป็นคุณนี้เพิ่งมีเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฯ 2560

5.2.2 เขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นับแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี 2475 หลังจากมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับจะมีบทบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาจตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้ ตามหลักการตรวจสอบก่อน ที่เป็นการตรวจสอบเชิงนามธรรม (abstract review) และให้ตรวจสอบกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ตามหลักการตรวจสอบหลัง ที่มีได้ทั้งการตรวจสอบเชิงรูปธรรม (concrete review) และการตรวจสอบเชิงนามธรรม (abstract review)

แต่เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับจะมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็มิได้มีบทบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วยแต่อย่างใด แม้รัฐธรรมนูญหลายฉบับจะกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ต่อมาแม้จะมีการเปลี่ยนองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฯ 2540 โดยนำแบบอย่างมาจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรวมศูนย์ของยุโรปที่จัดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญของยุโรปหลายประเทศนอกจากจะมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ร่างกฎหมาย การกระทำโดยใช้อำนาจรัฐ

³⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 212 วรรคสาม

แล้ว ยังมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย หากแต่รัฐธรรมนูญฯ 2540 ก็มีได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจดังกล่าว รัฐธรรมนูญฉบับต่อมา คือ รัฐธรรมนูญฯ 2550 ก็มีได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจดังกล่าวเช่นกัน จึงมีปัญหว่าหากเกิดมีกรณีโต้แย้งว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว องค์การใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น

5.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

5.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในช่วงเวลาแห่งการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้ง และนำไปสู่การเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งและคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคำร้องที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนี้

1) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2554

คณะรัฐมนตรีที่มีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 ฉบับ ฉบับแรกเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ฉบับที่สองเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 93-98 เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยแก้ไขจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แก้ไขวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจากแบบรวมเขตหลายเบอร์ เป็นเขตเดียวเบอร์เดียว โดยที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณารับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับในวาระที่หนึ่ง เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 25 พฤศจิกายน 2553 จากนั้นได้มีการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้น เมื่อวันที่อังคารที่ 25 มกราคม 2554 และรอไว้ 15 วัน และได้พิจารณาเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับในวาระที่สามเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2554

ต่อมามีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภาได้เข้าชื่อร่วมกันเพื่อเสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภาให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2550 ตามร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมิได้ระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกไว้ในหลักการและเหตุผลของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ จึงไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 86 วรรคสาม เมื่อการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ย่อมมีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้วได้มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2554 โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 291 และมาตรา 291 ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยสองมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทูลเกล้าฯ ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ส่วนมาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั่นคือ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 291 มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้มาตรา 154 ได้ คำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย

2) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2555-2556

เมื่อรัฐบาลที่มีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสำเร็จ จำนวน 2 ฉบับ และประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2554 แล้ว เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2554 นายกรัฐมนตรีก็ได้ตัดสินใจยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อคืนอำนาจให้กับประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 3 กรกฎาคม 2554 ภายหลังจากการเลือกตั้งครั้งนี้พรรคเพื่อไทยชนะการเลือกตั้งและได้จัดตั้งรัฐบาล โดยมีนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี

ในสมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีสมาชิกสภาผู้แทนพรรคร่วมรัฐบาล และสมาชิกวุฒิสภา ได้มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา จนก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองอย่างรุนแรงขึ้นอีกรอบหนึ่ง และนำมาซึ่งการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกฉบับนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในแง่กระบวนการและเนื้อหา ดังนี้

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช... (เพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่)

ร่างรัฐธรรมนูญเช่นนี้มีจำนวน 3 ฉบับ เสนอโดยคณะรัฐมนตรี นายสุรนัย จุลพงศธร กับคณะ และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ

ก. เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ฉบับ มีหลักการและเหตุผลและสาระสำคัญในทำนองเดียวกันคือเป็นการจัดให้มีร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ประกอบด้วย 17 มาตรา คือ มาตรา 291/1 ถึงมาตรา 291/17 ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิก 2

จำพวก คือ มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจังหวัดละหนึ่งคน และมาจากการคัดเลือกโดยที่ประชุมของรัฐสภาจำนวน 22 คน และให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้แล้วเสร็จภายใน 180 วันนับแต่วันที่มีการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก และให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ

ข. กระบวนการพิจารณาของรัฐสภา

ที่ประชุมรัฐสภาเริ่มพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช ทั้ง 3 ฉบับ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2555 และมีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับไว้พิจารณา เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2555 และตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาโดยใช้ร่างของคณะรัฐมนตรีเป็นหลักในการพิจารณา ที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2555 โดยมีกำหนดจะลงมติในวาระที่สามในวันที่ 5 มิถุนายน 2555

ค. ข้อโต้แย้งต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ฉบับ

ในระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีบุคคล 3 ราย ได้ยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุด ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ว่า การเสนอร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่ให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับนั้น เป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับขัดกับหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ถือเป็น การกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 โดยผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 6 และ 16 มีนาคม 2555 แต่อัยการสูงสุดยังมิได้ยื่นคำร้องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่สองเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2555 แล้ว จึงได้มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง จำนวน 5 คำร้อง ดังนี้

ผู้ร้องที่ 1 พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ

ผู้ร้องที่ 2 นายวันธงชัย ชำนาญกิจ

ผู้ร้องที่ 3 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ

ผู้ร้องที่ 4 นายวรินทร์ เทียมจรัส

ผู้ร้องที่ 5 นายบวร ยสินทร กับคณะ

ส่วนผู้ถูกร้องมี 6 ราย คือ

ผู้ถูกร้องที่ 1 ประธานรัฐสภา ในฐานะรัฐสภา

ผู้ถูกร้องที่ 2 คณะรัฐมนตรี

ผู้ถูกร้องที่ 3 พรรคเพื่อไทย

ผู้ถูกร้องที่ 4 พรรคชาติไทยพัฒนา

ผู้ถูกร้องที่ 5 นายสุนัย จุลพงศธร กับคณะ

ผู้ถูกร้องที่ 6 นายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะ

เมื่อพิจารณาคำร้องทั้ง 5 คำร้องแล้ว สามารถสรุปประเด็นโต้แย้งต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองแล้วดังนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่ให้อำนาจรัฐสภาหรือองค์กรใดจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับเพื่อแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับจึงขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 291 ที่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายประเด็น รัฐสภามีอำนาจเพียงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้เป็นองค์กรที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนฉบับเดิมถือเป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68

3. การให้สภาาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยไม่ต้องนำกลับมาให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบอีกครั้ง ถือเป็นการถ่ายโอนอำนาจหน้าที่ไปให้สภาาร่างรัฐธรรมนูญ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่านการออกเสียงประชามติจากประชาชนมา หากประสงค์จะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ต้องทำประชามติเสียก่อน

5. เหตุที่ต้องยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากก่อนหน้าผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 4 และผู้ร้องที่ 5 ได้ยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดไปเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 6 และ 16 มีนาคม 2555 แต่อัยการสูงสุดยังมิได้ยื่นคำร้องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่สองเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2555 แล้ว ผู้ร้องเกรงว่าหากรัฐสภาลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญนี้ในวาระที่สามไปแล้ว ย่อมไม่อาจยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้อีกต่อไป

ง. คำขอของผู้ร้อง คำร้องทั้ง 5 คำร้อง ได้เสนอขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่ง ดังนี้

1. มีคำสั่งให้ผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 เลิกการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยให้ระงับการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม และถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นอันตกไป

2. มีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 ซึ่งเป็นผู้ยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

3. มีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารของพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 เป็นเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่ง

จ. การดำเนินการและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ก) การพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาได้หรือไม่

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาในเบื้องต้นคือ คำร้องของผู้ร้องทั้งห้าต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญฯ 2550 มาตรา 68 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบว่ามีกรกระทำตามวรรคหนึ่ง คือการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ทราบถึงการกระทำดังกล่าวย่อมสามารถเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว นั่นคือ มาตรา 68 วรรคสอง ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำตามวรรคหนึ่ง 2 ประการ คือ ประการแรก เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง ประการที่สอง ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว อัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยสั่งการตามมาตรา 68 วรรคสองนี้เป็นของศาลรัฐธรรมนูญ แม้ผู้ร้องได้เคยเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบแล้ว แต่มิได้ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง เมื่ออัยการสูงสุดยังมีได้ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงชอบที่จะใช้สิทธิประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วจึงได้มีคำสั่งรับคำร้องทั้ง 5 คำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (2) เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2555 และศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ประกอบมาตรา 213 วรรคหนึ่ง และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 264 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 6 ได้มีคำสั่งไปยังเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการรัฐสภาแจ้งประธานรัฐสภาให้รอการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง³⁴⁴

ข) การให้ผู้ถูกร้องยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา

³⁴⁴ รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันศุกร์ที่ 8 มิถุนายน 2555. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1-2. 14 เมษายน 2564. สืบค้นจาก http://msbis.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_report/main_warehouse_dll_x.php?aid=5901&mid=1727.

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทั้ง 5 คำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้ว ศาลได้แจ้งให้ผู้ถูกร้องทั้งหกยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายใน 15 วัน โดยผู้ถูกร้องทั้ง 6 ราย ยื่นคำชี้แจงปฏิเสธข้อกล่าวหาตามคำร้องทั้ง 5 คำร้อง พร้อมทั้งให้เหตุผลประกอบว่าการกระทำของผู้ถูกร้องมิได้เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง แต่ประการใด

ค) ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจคำร้องและคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาแล้ว เห็นว่าคดีนี้มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย 4 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

ประเด็นที่สาม การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่

ประเด็นที่สี่ หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่

ง) ศาลรัฐธรรมนูญได้ส่วนพยานฝ่ายผู้ร้องและพยานฝ่ายผู้ถูกร้อง

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ร้องทั้งห้านำสืบก่อนแล้วให้ผู้ถูกร้องทั้งหกนำสืบแก้ โดยศาลได้ไต่สวนพยานฝ่ายผู้ร้อง เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2555 จำนวน 7 ปาก และไต่สวนพยานฝ่ายผู้ถูกร้อง เมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม 2555 จำนวน 7 ปาก

จ) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยใน 4 ประเด็น ดังนี้

(ก) ประเด็นที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง โดยมีเหตุผลสรุปได้ว่า มาตรา 68 วรรคสอง ให้สิทธิแก่ผู้ทราบว่ามี การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง เสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ โดยให้มีสิทธิ 2 ประการ คือ ประการแรก เสนอเรื่องให้

อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง ประการที่สอง ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว อัยการสูงสุดมีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนการวินิจฉัยสั่งการตามมาตรา 68 วรรคสองนี้เป็นของศาลรัฐธรรมนูญ แม้ผู้ร้องได้เคยเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบแล้ว แต่ไม่ได้ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง เมื่ออัยการสูงสุดยังมีได้ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ร้องจึงชอบที่จะใช้สิทธิประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ และการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่ และยังไม่บังเกิดผล หากการกระทำนั้นสำเร็จผลแล้ว คำวินิจฉัยสั่งการของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง ก็จะพ้นวิสัย ไม่สามารถบังคับได้ สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้ เป็นมาตรการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วย่อมสุดวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้ เช่นนี้แล้ว ประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา 68 วรรคสอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนใช้สิทธิของตนต่อต้านการกระทำนั้นได้โดยสันติวิธี การตีความเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องตีความไปในแนวทางของการยอมรับสิทธิมิใช่จำกัดสิทธิ เพื่อให้ชนชาวไทยและศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำที่อาจมีปัญหาตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้สมดังเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว กรณีอัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงตามมาตรา 68 วรรคสอง แล้ว แต่ยังไม่มีการใดจากอัยการสูงสุด หากปล่อยให้กระบวนการลงมติในวาระที่สามลุล่วงไปแล้ว แม้ต่อมาอัยการสูงสุดจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เป็นไปโดยมิชอบด้วยมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ให้เลิกการกระทำนั้น ก็จะไม่สามารถบังคับตามคำวินิจฉัยในทางใดได้อีก รวมทั้งไม่อาจย้อนคืนแก้ไขผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวได้

(ข) ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการได้ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

(ค) ประเด็นที่สาม การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้

ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นยังรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหกเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ข้อกล่าวอ้างทั้งหมดจึงคงเป็นเพียงการคาดการณ์ หรือเป็นความหวังต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งยังห่างไกลต่อการที่จะเกิดเหตุตามที่กล่าวอ้าง

(ง) ประเด็นที่สี่ หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเมื่อการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหกยังถือไม่ได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้

ภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 แล้ว ก็ได้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้บรรจุระเบียบวาระการประชุมรัฐสภาเพื่อลงมติในวาระที่สามแต่อย่างไร

(2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114)

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทย และคณะ มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด มีจำนวน 200 คน จากเดิมที่สมาชิกวุฒิสภามีจำนวน 150 คน มาจากการเลือกตั้งจังหวัดละ 1 คน ที่เหลือมาจากการสรรหา

โดยที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่หนึ่ง ระหว่างวันที่ 1-3 เมษายน 2556 และมีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2556 พิจารณาในวาระที่สองตั้งแต่วันที่ 12 สิงหาคม 2556 เสร็จสิ้นในวันที่ 12 กันยายน 2556 และเห็นชอบในวาระที่สามเมื่อวันที่ 28 กันยายน 2556

ก. การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1)

เมื่อรัฐสภาได้ลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ในวาระที่สามแล้ว ต่อมาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้าน นำโดยนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ กับ

คณะ รวม 142 คน เข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภา และสมาชิกวุฒิสภา นำโดยนายไพบุลย์ นิติตะวัน กับคณะ รวม 68 คน ได้เข้าชื่อกันเพื่อเสนอเรื่องต่อประธานวุฒิสภา ให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2550 ตามร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อันมีเนื้อหาเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ประกอบด้วย

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่เสนอญัตติกับฉบับที่ที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาเป็นคนละฉบับกัน

(2) การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติ 15 วันนับจากวันที่รัฐสภารับหลักการ ทั้งที่รู้ว่าองค์ประชุมไม่ครบ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบ

(3) มีการตัดสิทธิอภิปรายของสมาชิกวุฒิสภาในวาระที่สอง ในบางมาตราทั้งที่มีกรรมวิธีการเสียงข้างน้อยที่สงวนความเห็นและสมาชิกวุฒิสภาที่ได้สงวนคำแปรญัตติไว้ยังอภิปรายไม่ครบทุกคน

(4) มีการรวบรัดให้มีการลงมติบางมาตราไปในคราวเดียวกัน โดยไม่พิจารณาทีละมาตรา

(5) การปฏิบัติหน้าที่ของรองประธานรัฐสภาผู้ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมรัฐสภาไม่เป็นกลาง และขัดกันแห่งผลประโยชน์

(6) มีสมาชิกวุฒิสภาบางคนลงคะแนนแทนสมาชิกวุฒิสภาคนอื่นที่ไม่ได้อยู่ในที่ประชุม ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 130 ประกอบมาตรา 126 วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องดังกล่าวแล้วได้มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-35/2556 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2556 โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 291 และมาตรา 291 ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยสองมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทูลเกล้าฯ ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ส่วนมาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั่นคือ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 291 มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้มาตรา 154 ได้ คำร้องทั้งสองคำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย

ข. การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68

มีผู้ยื่นคำร้อง จำนวน 4 คำร้อง คือ พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ นายวิรัตน์ กัลยาศิริ นายสาย กังกเวคิน กับคณะ และนายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค กับคณะ ได้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ว่าร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114) เป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2556

ก) ข้อโต้แย้งต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้

คำร้องของผู้ร้องทั้งสี่ มีข้อโต้แย้งว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในด้านกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ที่ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ประกอบด้วย

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่เสนอญัตติกับฉบับที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาเป็นคนละฉบับกัน

(2) การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบทั้งที่รัฐวองค์ประชุมไม่ครบ แม้ต่อมาจะมีการประชุมรัฐสภาเพื่อกำหนดวันแปรญัตติใหม่ในวันที่ 18 เมษายน 2556 โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับจากวันที่รับหลักการในวาระที่หนึ่ง คือวันที่ 4 เมษายน 2554 ถือเป็น การกำหนดวันแปรญัตติที่ไม่ชอบ

(3) มีการตัดสิทธิอภิปรายของสมาชิกรัฐสภาในวาระที่สอง ในบางมาตราทั้งที่สมาชิกรัฐสภาที่ได้สงวนคำแปรญัตติไว้ยังอภิปรายไม่ครบทุกคน

(4) มีการรวบรัดให้มีการลงมติบางมาตราไปในคราวเดียวกัน โดยไม่พิจารณาทีละมาตรา

(5) การปฏิบัติหน้าที่ของรองประธานรัฐสภาผู้ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมรัฐสภาไม่เป็นกลาง และขัดกันแห่งผลประโยชน์

(6) มีสมาชิกรัฐสภาบางคนแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นที่ไม่ได้อยู่ในที่ประชุม ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(7) ร่างมาตรา 11 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตราพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ได้ตัดอำนาจ

ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ออกไป

(8) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างนี้แสดงให้เห็นถึงเจตนาอย่างชัดเจนที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้ได้สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งจากฐานสนับสนุนเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสืบไป

นอกจากนี้ ผู้ร้องยังมีความเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา รวมทั้งยกเลิกลักษณะต้องห้ามของการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาพงประการ ส่งผลให้สมาชิกวุฒิสภาถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง ขาดความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ เสียคุณภาพในทำหน้าที่สภาสูง ทำให้หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยสูญหาย

ข) คำขอของผู้ร้อง

คำร้องทั้ง 4 คำร้อง ได้เสนอขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่ง ดังนี้

(1) มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นกรณีฉุกเฉิน โดยมีคำสั่งห้ามไปยังประธานรัฐสภา และเลขาธิการรัฐสภา ให้ระงับการประชุมเพื่อพิจารณาญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญในวาระที่สามไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

(2) วินิจฉัยให้ประธานรัฐสภาและสมาชิกวุฒิสภาเลิกการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้โดยทันที

(3) มีคำสั่งให้ยุบพรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา พรรคชาติพัฒนา พรรคพลังชล พรรคมหาชน และพรรคประชาธิปัตย์ใหม่ รวมทั้งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวเป็นเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง

(4) มีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเพิกถอนมติที่ประชุมรัฐสภาทั้งสามวาระและให้ระงับการประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และมีคำสั่งให้การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นโมฆะ

ค) ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจคำร้องและคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาแล้ว เห็นว่าคดีนี้มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ก่อนพิจารณาในสองประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีปัญหาที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ ในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ศาลได้ให้ความเห็นสรุปได้ว่า ประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยประสงค์ให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นรูปธรรม การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ให้มีการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อให้เกิดดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระอื่นสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสุจริตเที่ยงธรรม แม้ระบอบประชาธิปไตยจะถือตามมติฝ่ายเสียงข้างมาก แต่ก็ต้องรับฟังเสียงข้างน้อย องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้ การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้นำหลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจของทุกฝ่ายทุกองค์กร ภายใต้หลักการที่ว่า “นอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย” กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ หลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยิบยกมาสนับสนุนการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวิาทพาดหมางและแตกสามัคคีกัน อย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องทั้งสี่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

ง) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยใน 2 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ใช้ในการประชุมพิจารณาร่วมกันของรัฐสภาเป็นฉบับเดียวกันกับที่มีการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ในฐานะสำนักงานเลขาธิการรัฐสภา หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาพิจารณาเป็นคนละฉบับกับที่นายอุดมเดช รัตนเสถียร กับคณะ เสนอต่อประธานรัฐสภาเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2556 โดยเป็นร่างที่นำมาแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาแตกต่างไปจากร่างเดิมอย่างมีนัยสำคัญ ทำให้กระบวนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติของประธานรัฐสภาที่มีผลเป็นการย้อนหลังไปจนถึงวันที่รัฐสภารับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่งนั้น ทำให้เหลือระยะเวลาให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติอีกเพียง 1 วัน เป็นการกระทำที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งยังขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ

(3) วิธีการในการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภานั้น การแสดงตนในการออกเสียง ลงคะแนนถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนที่จะต้องมาแสดงตนในการประชุม เพื่อพิจารณาญัตติต่าง ๆ แต่ครั้งด้วยตนเอง ดังนั้น กรณีที่มีพยานหลักฐานยืนยันได้ว่ามีสมาชิกรัฐสภาแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นที่มีได้มาประชุมหรืออยู่ในห้องประชุมนั้น ทั้งสมาชิกรัฐสภาที่มอบบัตรออกเสียงลงคะแนนให้สมาชิกรัฐสภาผู้อื่นเพื่อแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนแทนตนเอง และสมาชิกรัฐสภาที่แสดงตนและออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นที่มีได้มาประชุมหรืออยู่ในห้องประชุมนั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริต ขัดรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญฯ 2550 บัญญัติที่มาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภาไว้โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบถ่วงดุลการทำงานและถ่วงดุล

อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เป็นการแก้กลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏมาแล้วในอดีต นำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติในวุฒิสภา เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว อันมีที่มา เหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป

นอกจากนี้ เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 และมาตรา 11/1 ยังขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในเรื่องกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ที่จะต้องส่งร่างกฎหมายดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งขัดกับหลักการตุลและคานอำนาจอันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ โดยอาศัยเสียงข้างมากปราศจากการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วยเสียงข้างมาก 6 ต่อ 3 ว่า การพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้องทั้งหมดในคดีนี้ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 291 (1) (2) และ (4) และมาตรา 3 วรรคสอง และวินิจฉัยโดยมติเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 ว่า มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

ส่วนที่ผู้ร้องที่ 1 ขอให้ยุบพรรคการเมืองที่เกี่ยวข้อง และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารของพรรคการเมืองดังกล่าว นั้น เห็นว่ายังไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคสาม และวรรคสี่ จึงให้ยกคำร้องในส่วนนี้

(3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190)

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสนอโดยนายประสิทธิ์ โปธสฺน สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา กับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

โดยที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่หนึ่ง ระหว่างวันที่ 1-3 เมษายน 2556 และมีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2556 พิจารณาในวาระที่สองตั้งแต่วันอังคารที่ 15 ตุลาคม 2556 เสร็จสิ้นในวันที่ 17 ตุลาคม 2556 และเห็นชอบในวาระที่สามเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2556

ภายหลังจากที่ที่ประชุมรัฐสภาได้ลงมติเห็นชอบในวาระที่สามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว นายวิรัตน์ กัลยาศิรี ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 ว่าร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190) เป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

ก. ข้อโต้แย้งต่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้

คำร้องของผู้ร้อง มีข้อโต้แย้งว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในด้านกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา อันเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ดังนี้

(1) มีการตัดสิทธิการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภา ที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน และสมาชิกวุฒิสภาฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ โดยประธานรัฐสภาได้สั่งปิดการอภิปราย และดำเนินการเพื่อให้มีการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่ง ทั้งที่ยังเหลือเวลาการอภิปรายของฝ่ายค้านอีกกว่า 8 ชั่วโมง

(2) การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบทั้งที่รู้ว่าองค์ประชุมไม่ครบ แม้ต่อมาจะมีการประชุมรัฐสภาเพื่อกำหนดวันแปรญัตติใหม่ในวันที่ 18 เมษายน 2556 โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับจากวันที่รับหลักการในวาระที่หนึ่ง คือวันที่ 4 เมษายน 2556 ถือเป็น การกำหนดวันแปรญัตติที่ไม่ชอบ

(3) การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ในวาระที่สอง เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2556 ประธานในที่ประชุมรัฐสภาได้ให้สมาชิกลงมติที่ละวรรคมิใช่รายมาตรา อันเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา

นอกจากนี้ ผู้ร้องยังมีความเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 190 อันเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ โดยมุ่งหมายที่จะจำกัดอำนาจรัฐสภาและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

ข. คำขอของผู้ร้อง

คำร้องของผู้ร้องได้มีคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่ง ดังนี้

(1) ขอให้ส่งคัมครองชั่วคราวเป็นกรณีฉุกเฉิน ให้ระงับการนำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

(2) ขอให้สั่งให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดเลิกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190)

(3) ขอให้สั่งเพิกถอนกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ทุกขั้นตอนนับตั้งแต่การพิจารณาของรัฐสภา ในวาระที่หนึ่ง เป็นต้นมา

ค. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตรวจคำร้องและคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาแล้ว เห็นว่าคดีนี้มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ก่อนพิจารณาประเด็นดังกล่าว มีปัญหาต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการกระทำ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ ในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 15 - 18/2556 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้แล้วสรุปได้ว่าประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยประสงคิให้ประชาชน มีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นทางการกำหนด กลไกสถาบันทางการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ให้มีการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อให้เกิดดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิธีการปกครองแบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระอื่น สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสุจริตเที่ยงธรรม แม้ระบอบประชาธิปไตยจะถือตามมติฝ่ายเสียงข้างมาก แต่ ก็ต้องรับฟังเสียงข้างน้อย องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ของ องค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้ การใช้อำนาจ หน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้นำ หลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจของทุกฝ่ายทุกองค์กร ภายใต้หลักการที่ว่า “นอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้

ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย” กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ หลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยาบยบมาสนับสนุนการใช้อำนาจ ตามอำเภอใจ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวาทบาทหมางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

ง. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ลงวันที่ 8 มกราคม 2557 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยใน 2 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

(1) การปิดการอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการอภิปรายแสดงความคิดเห็นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสมาชิกรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เพื่อเสนอความเห็นและให้เหตุผลสนับสนุนหรือโต้แย้ง และโน้มน้าวการตัดสินใจของสมาชิกรัฐสภาคนอื่น ๆ จึงสมควรที่ที่ประชุมรัฐสภาจะต้องรับฟังความคิดเห็นของสมาชิกรัฐสภาอย่างรอบคอบและทั่วถึง ดังนั้นการรวบรัดปิดการอภิปรายโดยการใช้มติเสียงข้างมาก เป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากอย่างไม่เป็นธรรม ขัดต่อหลักนิติธรรม การปิดอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง

(2) การกำหนดวันแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องสำคัญ การเสนอคำแปรญัตติเป็นการให้สิทธิต่อสมาชิกรัฐสภาเพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องให้เวลาแก่สมาชิกรัฐสภาในการเสนอคำแปรญัตติพอสมควร การกำหนดเวลาแปรญัตติ

ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การกำหนดเวลาแปรญัตติย้อนหลังจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

(3) การพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ในวาระที่สอง มาตรา 3 เป็นรายวรรค ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากรณีที่ประชุมรัฐสภาพิจารณาลงมติรายวรรคในมาตราที่มีหลายวรรค ย่อมเป็นผลต่อการพิจารณาในมาตราดังกล่าวให้เป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง อำนาจในการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศนั้น คณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การทำสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญากับต่างประเทศที่มีความสำคัญต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยคณะรัฐมนตรีต้องเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และภายหลังการเจรจาหรือก่อนลงนามในหนังสือสัญญาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วย นอกจากนี้ยังต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนดำเนินการ และต้องให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 ที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วนั้น ในวรรคที่สองได้เพิ่มคำว่า “โดยชัดแจ้ง” ต่อท้ายประเภทหนังสือสัญญาต่าง ๆ ก่อให้เกิดอำนาจตีความแก่คณะรัฐมนตรี โดยอาจตีความอย่างแคบหรือการตีความอย่างจำกัดความ เพื่อให้หนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา และการมีส่วนร่วมรับรู้และแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้นมีจำนวนน้อยที่สุด จึงเป็นการลิดรอนอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิตบัญญัติให้ลดน้อยถอยลงไป และเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้เพิ่มมากขึ้น

และการแก้ไขถ้อยคำโดยตัดคำว่า “หนังสือสัญญาใด ... มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรือ งบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ...” ออกไป โดยมีเหตุผลว่าการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 190 บัญญัติให้การทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรือ งบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนนั้น ก่อให้เกิด

ปัญหาในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหาร และเป็นผลให้กระบวนการในการทำความตกลงระหว่างประเทศ ล่าช้าและเกิดความเสียหายแก่ประเทศ ทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมนั้น เห็นว่า หลักการและเหตุผล ตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของผู้ถูกร้อง ปรากฏจากน้ำหนักและไม่อาจนำมาอ้างได้ เนื่องจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2554 ได้แก้ไข ปัญหาความไม่ชัดเจนและความไม่ยืดหยุ่นในทางปฏิบัติของคณะรัฐมนตรีไปแล้ว โดยการที่ให้มี กฎหมายกำหนดประเภท กรอบเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำ หนังสือสัญญาดังกล่าวได้ แต่ใน ปัจจุบันก็ได้มีการตรากฎหมายดังกล่าวเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ การที่ผู้ถูกร้อง ร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ถือเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาให้เหลือเพียง อำนาจในการตรวจสอบหนังสือสัญญาที่มีลักษณะให้เกิดเสรีด้านการค้า การลงทุน เท่านั้น แต่กลับไป เพิ่มอำนาจให้คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่มี ผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้าน การค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ จึงเป็นการทำลายดุลยภาพในการ ตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกร้องจึงเป็นการกระทำที่ไม่ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง อันเป็นการกระทำเพื่อให้บุคคลที่เข้ามาดำรง ตำแหน่งรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไป ตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

การกระทำของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่แก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มา ซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไป ตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้เป็นการตัด เนื้อหาที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็นในการจัดทำ หนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญา ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชน ตาม รัฐธรรมนูญและทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำ ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 87 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มา ซึ่ง อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

จากเหตุผลที่กล่าวมาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากได้วินิจฉัย ว่าการพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้องทั้งหมดในคดีนี้ เป็นการกระทำที่มี กระบวนการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และการ ที่ผู้ถูกร้องร่วมกันแก้ไขเพิ่มเติม เนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 87 และมาตรา 122 อันเป็นการกระทำเพื่อให้บุคคลหรือคณะบุคคลได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่ง มิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

5.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 20 ของประเทศไทย มีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่ยกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) และผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน เมื่อวันอาทิตย์ที่ 7 สิงหาคม 2559 ด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบ 16.82 ล้านเสียง ไม่เห็นชอบ 10.59 ล้านเสียง และประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560

1) บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560

นับแต่ พ.ศ. 2475 ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้ว 19 ฉบับ รัฐธรรมนูญหลายฉบับมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ไม่เคยมีรัฐธรรมนูญฉบับใดมีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญของไทยฉบับแรกที่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) ว่า “(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) แล้ว มีข้อพิจารณาดังนี้

(1) ลักษณะของการตรวจสอบ

บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (9) นั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีใช้บังคับให้ต้องดำเนินการตรวจสอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง หากแต่จะมีการตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบเท่านั้น

(2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของสองสภาพร้อมกัน เสนอเรื่องผ่านประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ดังนี้

(2.1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

(2.2) สมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(2.3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภารวมกัน

การเสนอเรื่องสมาชิกจะต้องเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาของตน แล้วประธานสภาจึงจะส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

(3) ระยะเวลาที่จะเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะเสนอได้ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

(4) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว

(5) สิ่งที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

สิ่งที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาเท่านั้น ไม่อาจเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานั้น ประกอบด้วย

(5.1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดต่อมาตรา 255 คือ มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือไม่

(5.2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำประชามติ เนื่องจากการแก้ไขดังต่อไปนี้หรือไม่

(1) แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป

(2) แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 2 พระมหากษัตริย์

(3) แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(4) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

(5) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจขององค์การอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์การอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

(6) ระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัย

เมื่อประธานสภาได้ส่งเรื่องที่มีสมาชิกเข้าชื่อกันเสนอความเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

(7) ผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

(7.1) กรณีที่ยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อมาตรา 255 หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญขัดต่อมาตรา 255 ร่างรัฐธรรมนูญนั้นย่อมต้องตกไป

(7.2) กรณีที่ยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะตาม มาตรา 256 (8) หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ร่างรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่

หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญใดไม่ขัดต่อมาตรา 255 หรือไม่มีลักษณะตามมาตรา 256 (8) นายกรัฐมนตรีก็สามารถนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

2) การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ครั้งแรก

นับแต่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้ในปี 2562 หลังจากนั้นหนึ่งปีเศษก็ได้มีความพยายามในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีกครั้ง โดยในปี 2563 ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเข้าชื่อกันเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 7 ฉบับ คือ

ฉบับที่ 1 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ...) พุทธศักราช ... (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 256 และเพิ่มหมวด 15/1) ซึ่ง นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะเป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 17 สิงหาคม 2563)

ฉบับที่ 2 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 256 และเพิ่มหมวด 15/1) ซึ่ง นายวิรัช รัตนเศรษฐ์ กับคณะ เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 1 กันยายน 2563)

ฉบับที่ 3 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (ยกเลิกมาตรา 270 และมาตรา 271) ซึ่ง นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 10 กันยายน 2563)

ฉบับที่ 4 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 159 และยกเลิกมาตรา 272) ซึ่ง นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 10 กันยายน 2563)

ฉบับที่ 5 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (ยกเลิกมาตรา 279) ซึ่ง นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 10 กันยายน 2563)

ฉบับที่ 6 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 91 มาตรา 92 และมาตรา 94 และยกเลิกมาตรา 93 มาตรา 101 (4) และมาตรา 105 วรรคสาม) ซึ่ง นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 16 กันยายน 2563)

ฉบับที่ 7 ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (ยกเลิกมาตรา 65 มาตรา 88 มาตรา 203 มาตรา 217 มาตรา 270 มาตรา 272 มาตรา 275 และมาตรา 279 ยกเลิกหมวด 16 แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 142 มาตรา 159 วรรคแรก มาตรา 162 วรรคแรก มาตรา 252 วรรคสอง มาตรา 256 และมาตรา 269 และเพิ่มหมวด 17) ซึ่ง นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ (รับวันที่ 22 กันยายน 2563)

(1) เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 7 ฉบับ

หากพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 7 ฉบับ ที่มีการเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาในปี 2563 นั้น สามารถจัดกลุ่มได้ 2 กลุ่ม คือ

ก. ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเพิ่มบทบัญญัติให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาอยู่ในกลุ่มนี้มีจำนวน 3 ฉบับ คือ เสนอโดย 1) นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ 2) นายวิรัช รัตนเศรษฐ์ กับคณะ และ 3) นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 256 และเพิ่มหมวด 15/1) จำนวน 2 ฉบับ ที่เสนอโดย นาย

สมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ และนายวิรัช รัตนเศรษฐ์ กับคณะ เป็นผู้เสนอนั้น มีหลักการในการทำงานเดียวกัน 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการแก้ไขมาตรา 256 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สามารถกระทำได้ง่ายขึ้นกว่าเดิม ประการที่สอง เป็นการเพิ่มเติมหมวด 15/1 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ส่วนเนื้อหาในรายละเอียดของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2 ฉบับ มีความแตกต่างกันในบางประเด็น ส่วนร่างฉบับที่นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ นั้น นอกจากจะมีเนื้อหาที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 256 และเพิ่มหมวด 17 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้ว ยังมีเนื้อหาเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น ๆ อีกหลายมาตรา

ข. ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรายมาตราในเรื่องอื่นที่ไม่เกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาอยู่ในกลุ่มนี้มีจำนวน 4 ฉบับ เสนอโดย นายสมพงษ์ อมรวิวัฒน์ กับคณะ

(2) การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 7 ฉบับ

ก. การพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 6 ฉบับแรก เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่หนึ่งเมื่อวันพุธที่ 23 และวันพฤหัสบดีที่ 24 กันยายน 2563 มีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นเสร็จสิ้นแล้ว รอการลงมติว่าจะรับหลักการไว้พิจารณาในวาระที่หนึ่งหรือไม่ แต่ยังมีได้มีการลงมติรับหลักการในวาระที่หนึ่ง ก็มีสมาชิกเสนอญัตติตั้งคณะกรรมการขึ้นมาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับก่อนรับหลักการ และที่ประชุมมีมติด้วยเสียงข้างมากให้ตั้งคณะกรรมการดังกล่าวขึ้น จากนั้นได้มีการประชุมรัฐสภาในวันอังคารที่ 17 และวันพุธที่ 18 พฤศจิกายน 2563 เพื่อพิจารณารายงานของคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ก่อนรับหลักการ และพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช ที่นายจอน อึ้งภากรณ์ กับประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวน 98,041 คน เป็นผู้เสนอ และลงมติในวาระที่หนึ่ง ปรากฏว่าที่ประชุมมีมติด้วยเสียงข้างมากรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2 ฉบับแรกไว้พิจารณา และตั้งคณะกรรมการขึ้นจำนวน 45 คนเพื่อพิจารณา กำหนดแปรญัตติภายใน 15 วัน โดยให้ถือเอาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 256 และเพิ่มหมวด 15/1) ซึ่ง นายวิรัช รัตนเศรษฐ์ กับคณะ เป็นหลักในการพิจารณา ส่วนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เหลืออีก 5 ฉบับ มีคะแนนเสียงเห็นชอบให้รับหลักการไว้พิจารณาไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาเท่าที่มีอยู่ จึงถือว่าตกไป

ข. การพิจารณาในวาระที่สอง

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองประกอบด้วย การพิจารณาขึ้นคณะกรรมการ และการพิจารณาเรียงลำดับมาตราในที่ประชุมรัฐสภา

การพิจารณาขึ้นคณะกรรมการใช้เวลาารวสองเดือนเศษนับแต่วันที่รัฐสภามีมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับไว้พิจารณาในวันที่ 18 พฤศจิกายน 2563 และพิจารณาเสร็จในวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2564

การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นเรียงลำดับมาตราในที่ประชุมรัฐสภาได้ดำเนินการในวันพุธที่ 24 กุมภาพันธ์ 2564 และเสร็จสิ้นวันพฤหัสบดีที่ 25 กุมภาพันธ์ 2564 และเมื่อที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองเสร็จเรียบร้อยแล้ว ให้ออกไว้ 15 วัน ก่อนที่จะมีการลงมติในวาระที่สาม

ค. การพิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สาม

ที่ประชุมรัฐสภาได้มีการพิจารณาออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามในวันพุธที่ 17 มีนาคม 2564 โดยใช้วิธีเรียกชื่อสมาชิกรัฐสภาลงคะแนนโดยเปิดเผยตามลำดับอักษร ผลการลงมติดังกล่าวเห็นชอบ 208 เสียง ไม่เห็นชอบ 4 เสียง งดออกเสียง 94 เสียง ไม่ประสงค์ลงคะแนน 136 เสียง โดยมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา จึงถือว่าที่ประชุมรัฐสภาไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ที่จะออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (6) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงตกไป

3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ครั้งแรก

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ครั้งแรก ที่ได้มีการดำเนินการในปี 2563 ถึง 2564 นั้น ได้มีการยื่นคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่ารัฐสภามีหน้าที่และอำนาจพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) อย่างไรก็ตาม การยื่นคำร้องในครั้งนี้มิได้ยื่นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง

(1) คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

ก. ผู้ติดตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 31 ให้รัฐสภามีมติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 (2)

หลังจากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 6 ฉบับแรกเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา เมื่อวันที่ 23 ถึง 24 กันยายน 2564 แต่ยังมีได้มีการลงมติในวาระที่หนึ่ง ที่ประชุมได้มีมติให้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับก่อนรับหลักการ ต่อมา

ก่อนที่จะมีการประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่หนึ่งต่อไปนั้น นายไพบูลย์ นิติตะวัน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคพลังประชารัฐ และนายสมชาย แสวงการ สมาชิกวุฒิสภา ได้ร่วมกันเสนอญัตติตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 31 ให้รัฐสภามีมติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 (2) ญัตติดังกล่าวผู้เสนอญัตติประสงค์ที่จะเสนอเรื่องให้รัฐสภามีมติส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาเกี่ยวกับการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 3 ฉบับ เนื่องจากเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ มีเนื้อหาให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับนั้น รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจที่จะกระทำหรือไม่ เนื่องจากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 1 ฉบับที่ 2 และฉบับที่ 7 มีเนื้อหาส่วนหนึ่งให้เพิ่มเติมหมวดว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยจัดให้มีสมาชิกรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว แต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 นั้น เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรายมาตรา มิใช่บทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เองก็มิได้มีบทบัญญัติใดให้อำนาจรัฐสภาจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แต่อย่างใด ญัตติดังกล่าวมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสการ่วมลงชื่อเสนอญัตติจำนวน 73 คน

ข. การพิจารณาและลงมติในญัตติ

ญัตติดังกล่าวเสนอเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2563 และได้บรรจุระเบียบวาระการประชุมรัฐสภาตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม 2563 แต่ได้รับการพิจารณาในที่ประชุมรัฐสภาเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2564 โดยที่ประชุมรัฐสภาได้มีการอภิปรายญัตติดังกล่าวอย่างกว้างขวาง มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาลในฐานะสมาชิกรัฐสภาหลายคนอภิปรายโต้แย้งญัตตินี้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ที่รัฐสภาได้ลงมติรับหลักการไว้พิจารณาในวาระที่หนึ่งและในขณะนั้นอยู่ระหว่างการพิจารณาในวาระที่สองขึ้นคณะกรรมการซึ่งใกล้จะพิจารณาแล้วเสร็จนั้น แม้จะมีเนื้อหาส่วนหนึ่งให้เพิ่มหมวด 15/1 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่ก็มีเนื้อหาห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 พระมหากษัตริย์ จึงถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับนี้ มิได้มีผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ แต่ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรายมาตรา เนื่องจากมีการห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 เท่านั้น แต่ข้ออ้างนี้ก็มิได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งว่า แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ จะบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขหมวด 1 และหมวด 2 ไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีการดำเนินการแล้วเสร็จก็จะมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่สมาชิกรัฐธรรมนูญได้จัดทำขึ้นอยู่ดี ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 2 ฉบับ รวมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมการกำลังจะพิจารณาแล้วเสร็จและเสนอต่อที่ประชุมรัฐสภาเพื่อพิจารณาต่อไปในวาระที่สองนั้น จึงถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นเอง

เมื่อมีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นกันแล้ว ที่ประชุมได้มีมติเสียงข้างมาก (366 เสียง ต่อ 316 เสียง) ให้ส่งเรื่องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย จากนั้นประธานรัฐสภาได้มีหนังสือส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นรัฐสภาสามารถกระทำได้หรือไม่

(2) การดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ

ก. การพิจารณาว่าจะรับคำร้องไว้พิจารณาหรือไม่

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากประธานรัฐสภาเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นรัฐสภาสามารถกระทำได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งประเด็นพิจารณาเบื้องต้น คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเนื่องจากที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาญัตติที่สมาชิกเสนอให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาว่า รัฐสภาสามารถเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ และที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาและมีมติเสียงข้างมากให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย การดำเนินการดังกล่าวของที่ประชุมรัฐสภาจึงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 44 ประกอบมาตรา 7 (2) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่และอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย ในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2564 ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำสั่งรับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา และได้ให้พยานผู้เชี่ยวชาญจำนวน 4 ราย ทำความเห็นเป็นหนังสือยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยให้ยื่นภายในวันที่ 3 มีนาคม 2564 และศาลรัฐธรรมนูญจะนัดประชุมครั้งต่อไปในวันที่ 4 มีนาคม 2564

ข. ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้อง ความเห็นเป็นหนังสือของพยานผู้เชี่ยวชาญและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัย คือ รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่

ค. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ในวันพฤหัสบดีที่ 11 มีนาคม 2564 โดยสามารถสรุปสาระสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบของประเทศ องค์กรพหุในการบริหารกิจการบ้านเมือง และความสัมพันธ์ขององค์กรพหุดังกล่าว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เพื่อเปิดช่องให้มี

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยมีทั้งข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมในบางเรื่อง คือ รูปแบบการปกครอง และรูปแบบของรัฐ และการแก้ไขเพิ่มเติมในบางเรื่องกระทำได้ยากกว่าปกติ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ การแก้ไขในเรื่องเหล่านี้เมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ก่อนที่จะทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน

รัฐธรรมนูญมาตรา 256 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และมาตรา 156 (15) นั้น กำหนดให้หน้าที่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นของรัฐสภาโดยเฉพาะ รัฐสภาแม้จะมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีข้อจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา รัฐสภาจึงต้องทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบมาอย่างเคร่งครัด ไม่อาจกระทำนอกขอบของหน้าที่และอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในเงื่อนไขที่มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิมนิยิตโยงกับหลักการพื้นฐานและเหมาะสมสอดคล้องกับมติมหาชน

รัฐธรรมนูญ 2560 มีเพียงบทบัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่มิได้มีบทบัญญัติให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับแต่อย่างใด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงเป็นการแก้ไขที่มีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2560 อันเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมต้องการปกป้องคุ้มครองไว้ หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้วก็ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติอีกครั้งว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นหรือไม่ เพื่อให้ประชาชนได้พิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญได้สรุปคำวินิจฉัยในตอนท้ายว่า “รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง”³⁴⁵

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้แล้วมีความสอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข

³⁴⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564 หน้า 11

เพิ่มเติมที่เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ 2550 เพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ทั้งฉบับโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยศาลเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 291 เนื่องจากมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาประสงค์จะดำเนินการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็ต้องถามประชาชนดีจากประชาชนก่อนว่าเห็นควรจะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

ง. ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564 แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) เกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่ารัฐสภามีหน้าที่และอำนาจกระทำได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อน ... โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้เห็นชอบในวาระที่สองไปแล้ว และรอการลงมติในวาระที่สามนั้นตกไปหรือไม่อย่างไร เนื่องจากคำร้องมิได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นนั้น

ดังนั้น เมื่อตีความตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้แล้ว หากรัฐสภายังคงประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป ก็จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากผลการออกเสียงประชามติเห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาจึงจะสามารถพิจารณาในวาระที่สามต่อไป แต่หากผลการออกเสียงประชามติไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาก็ไม่อาจพิจารณาในวาระที่สามได้

แต่ผลกลับปรากฏว่าที่ประชุมรัฐสภาเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2564 แม้จะได้รับทราบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 และมีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นกันอย่างยาวนาน โดยมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกเห็นว่ารัฐสภาไม่สามารถลงมติในวาระที่สามได้ในขณะนั้น แต่จะต้องมีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนจะเห็นชอบที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นสมควรให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาจึงจะสามารถลงมติในวาระที่สามได้ อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ารัฐสภาสามารถลงมติในวาระที่สามได้ หากรัฐสภาลงมติเห็นชอบในวาระที่สามแล้วจึงค่อยจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าประชาชนจะเห็นชอบที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ในท้ายที่สุดก็ได้มีการลงมติในวาระที่สาม โดยผลการลงมติมีคะแนนเสียงเห็นชอบที่จะออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (6) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงตกไป

บทที่ 5

บทวิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

หลังจากที่ได้ศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยในบทที่ผ่านมาแล้ว ในบทนี้จะได้นำแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ อำนาจอศาลนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ มาใช้ในการวิเคราะห์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยต่อไป

1. วิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

ในเรื่องนี้ผู้ศึกษาจะทำการวิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย โดยใช้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นหลักในการวิเคราะห์ และจะนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญไทยในอดีตและบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกันด้วย

1.1 ระดับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มีประเด็นทางกฎหมายรัฐธรรมนูญอยู่เสมอว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน มีระดับของบทบัญญัติเท่าเทียมกันหรือมีระดับของบทบัญญัติแตกต่างกัน ซึ่งระดับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะส่งผลถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นว่าจะสามารถทำได้หรือไม่ประการใด

ในประเด็นนี้ คาร์ล ชมิตท์ นักกฎหมายชาวเยอรมันได้แสดงความเห็นไว้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญอันเป็นเจตจำนงร่วมกันทางการเมือง (การวางระเบียบการปกครอง) และส่วนที่สองคือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitution Law หรือ Verfassungsgesetz) อันหมายถึงบทบัญญัติที่ทั้งปวงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญซึ่งมิได้เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะ

สามารถแก้ไขได้เฉพาะส่วนที่เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญได้

³⁴⁶ รัฐธรรมนูญของทุกประเทศก็มีบทบัญญัติ 2 ส่วน คือ บทบัญญัติที่มีความสำคัญสูงสุดเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติที่มีได้เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ เมื่อนำความเห็นของคาร์ล ชมิทท์ มาพิจารณาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้บัญญัติข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่มีความสำคัญสูงสุดหรือบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน อาทิ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน นอร์เวย์ ตุรกี โรมานีเย เนื่องจากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวเห็นว่าควรจะให้ความคุ้มครองบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญไว้มิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงกำหนดเป็นบทบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด ส่วนบทบัญญัติที่เหลืออยู่นอกเหนือจากที่บัญญัติห้ามไว้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเห็นว่าควรเปิดโอกาสให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในอนาคต ทั้งในมิติการเมือง เศรษฐกิจและสังคม

มีประเด็นพิจารณาต่อไปว่ารัฐธรรมนูญของประเทศที่มีได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใดไว้เลย ก็ย่อมตีความได้ว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองบทบัญญัติในเรื่องใดเป็นพิเศษ จึงสามารถใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทุกเรื่องทุกมาตราใช่หรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่ารัฐธรรมนูญของทุกประเทศล้วนมีบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากที่มีลักษณะเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ โดยทั่วไปมักจะเป็นระบอบการปกครองรูปแบบของรัฐ ประมุขของรัฐ แม้รัฐธรรมนูญของบางประเทศจะมีได้กำหนดบทบัญญัติที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นก็ยังคงมีบทบัญญัติในส่วนที่มีความสำคัญมากที่มีลักษณะเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ และถือเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Implicit Limitations) ที่ผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทราบดี ดังนั้น ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญเหล่านี้ก็ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น

เมื่อพิจารณาทบทวนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ และบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว อาจแบ่งระดับ

³⁴⁶ Joel Colon-Rios. The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode hall Law journal*, 48(2), 199-245. p.223. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. หน้า 204-205.

ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ โดยใช้เกณฑ์ของความสามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินั้นได้หรือไม่ เพียงใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา จะสามารถแบ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

1.1.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม

ในประเด็นนี้หากพิจารณาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ แล้ว จะพบว่า มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา โดยรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติในบางเรื่องที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความสำคัญมากหรือเป็นบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ ในทางทฤษฎีเรียกบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Absolute Entrenchment , Eternity Clause)³⁴⁷ และไม่ประสงค์จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญไว้ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้บัญญัติบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ไว้ในรัฐธรรมนูญสำหรับเหตุผลที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้บัญญัติบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็เพื่อที่จะเป็นกลไกสำคัญในการป้องกันรัฐธรรมนูญมิให้บทบัญญัติหรือหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ ถูกทำลายลงด้วยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ³⁴⁸ นั่นคือ บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง ทำลายหรือยกเลิกได้ แม้จะดำเนินการตามวิถีทางของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เองก็ตาม

สำหรับบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น มักจะเป็นบทบัญญัติในเรื่องที่สำคัญ อาทิ รูปของรัฐ ประมุขของรัฐ รูปแบบการปกครอง รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศอาจกำหนดบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ไว้หรือไม่ก็ได้ แต่จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มักจะกำหนดบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ไว้ แต่เรื่องที่ห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยเด็ดขาดนั้นอาจแตกต่างกันไปตามบริบทของการเมืองในแต่ละประเทศ ขึ้นอยู่กับว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องใดที่สำคัญมาก และไม่ต้องการที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็จะกำหนดห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในเรื่องนั้นไว้โดยเด็ดขาด เช่น ประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นสหพันธรัฐก็มักจะกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากสหพันธรัฐไปเป็นอย่างอื่น เช่น สาธารณรัฐ หรือราชอาณาจักร

ผลของการมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาดหรือบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ คือ ทำให้ไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาดหรือบทบัญญัติชั่วนิรันดร์นั้นได้

³⁴⁷ ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 15.

³⁴⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 15-16.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่นำมาศึกษาแล้วพบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีได้กำหนดบทบัญญัติชั่วคราวไว้ เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย รัฐธรรมนูญอียิปต์ รัฐธรรมนูญสโลวาเกีย

ส่วนรัฐธรรมนูญของประเทศที่กำหนดบทบัญญัติชั่วคราวที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมไว้ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 ตอนท้าย กำหนดไว้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละมลรัฐในสหพันธรัฐที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของมลรัฐมิได้³⁴⁹ รัฐธรรมนูญนอร์เวย์ ค.ศ. 1814 กำหนดไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญ³⁵⁰ รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคห้า บัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 79 วรรค 3 บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ สิทธิของมลรัฐในกระบวนการใช้อำนาจอธิปไตย และหลักการที่ปรากฏในมาตรา 1 เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมาตรา 20 หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญโรมาเนียได้มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่เกี่ยวกับลักษณะของชาติ ความเป็นเอกราช ความเป็นหนึ่งเดียว และแบ่งแยกไม่ได้ของสาธารณรัฐ รูปแบบของรัฐบาล บุรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นอิสระของระบบตุลาการ พหุนิยมทางการเมือง และภาษาราชการ³⁵¹ นอกจากนี้ ยังห้ามแก้ไขที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁵² รัฐธรรมนูญตุรกีได้มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 4³⁵³ ว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1 เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ มาตรา 2 เกี่ยวกับลักษณะของสาธารณรัฐ และมาตรา 3 เกี่ยวกับภาษาทางการ ธงชาติ เพลงชาติ และเมืองหลวง

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดบทบัญญัติที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยเด็ดขาดที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติชั่วคราวไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ว่า “การแก้ไข

³⁴⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 274-275.

³⁵⁰ Helmut Goerlich. Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany. *NUJS Law Review*, 27(1), 397-415. pp.397 – 399 อ้างใน ปูนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 15.

³⁵¹ Article 152 1 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

³⁵² Article 152 2 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

³⁵³ ARTICLE 4 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

“The provision of Article 1 regarding the form of the State being a Republic, the characteristics of the Republic in Article 2, and the provisions of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed.”

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้” โดยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 255 นี้ นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 เตรส วรคดี³⁵⁴ อันเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเพิ่มขึ้นใหม่โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539³⁵⁵ และได้มีการนำข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ดังกล่าว มาบัญญัติเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 313 (1)³⁵⁶ และบทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาดังกล่าว ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรอีก 2 ฉบับต่อมา คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดที่รัฐธรรมนูญ 3 ฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ สามารถจำแนกข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวออกได้ 2 ประการ คือ ประการแรก ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และประการที่สอง ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ โดยจะได้ทำการวิเคราะห์ข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประการต่อไป

1) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

การที่รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 255 บัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการแรกไว้ว่า “ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” นั้น น่าจะสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการแรกนี้เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาแล้วสามารถแบ่งออกเป็น 2 เรื่องย่อย คือ เรื่องแรก ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยไปเป็นระบอบอื่น เรื่องที่สอง ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงประมุขของรัฐจากพระมหากษัตริย์ไปเป็นอย่างอื่น

³⁵⁴ มาตรา 211 เตรส วรคดี บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจะกระทำมิได้”

³⁵⁵ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ โดยเพิ่ม หมวด 12 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

³⁵⁶ ปรากฏในรายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 27 เมษายน 2540

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น คำว่า “ประชาธิปไตย” มาจาก คำว่า “ประชา” และ “อธิปไตย” หมายถึง อำนาจของประชาชน อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย จึงหมายถึง ระบอบการปกครองที่ประชาชนมีอำนาจสูงสุดใน การปกครองประเทศ การปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยแท้จริงแล้ว ประชาชนภายในรัฐทุกคนมี สิทธิเท่าเทียมกันในการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งมีอำนาจตรวจสอบ ควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐด้วย แต่ด้วยเหตุที่รัฐมีประชาชนจำนวนมากจึงเป็นอุปสรรคที่จะ ให้ประชาชนทุกคนเข้ามาดำเนินการดังกล่าว การปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นประชาธิปไตย แบบตัวแทน (representative democracy) ที่ให้ประชาชนเลือกผู้แทนของตนเข้ามาทำหน้าที่ใน การตัดสินใจในการปกครองประเทศแทนตนเอง ซึ่งระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นมี ลักษณะตรงกันข้ามกับระบอบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช เผด็จการ คอมมิวนิสต์ หรือ สังคมนิยม ที่ประชาชนไม่ได้มีสิทธิมีเสียงในการตัดสินใจเกี่ยวกับการปกครองประเทศ

ในเรื่องประมุขของรัฐนั้น หากพิจารณาบรรดาประเทศในโลกนี้สามารถ แบ่งประมุขของรัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ พระมหากษัตริย์ กับประธานาธิบดี โดยพระมหากษัตริย์ เป็นประมุขของรัฐที่มีมานานแล้วตั้งแต่มิมีระบอบประชาธิปไตย ส่วนประธานาธิบดีนั้นเพิ่งเกิดขึ้น ในช่วงหลังไม่กี่ร้อยปีมานี้ ประมุขของรัฐที่เป็นพระมหากษัตริย์กับประธานาธิบดีนี้ อาจเป็นประมุข ของรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยหรือระบอบการปกครองอื่นก็ได้ โดยพระมหากษัตริย์เป็น ประมุขของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยกับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ประธานาธิบดีเป็น ประมุขของรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เผด็จการ คอมมิวนิสต์ หรือสังคมนิยม

ดังนั้น ข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการ ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ 2560 นี้ จึงเป็นข้อห้ามมิให้แก้ไขทั้งระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยไปเป็นการปกครองระบอบ อื่น และห้ามมิให้แก้ไขประมุขของรัฐจากพระมหากษัตริย์ไปประมุขของรัฐแบบอื่น นั่นคือ ผู้มีอำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญ 2560 เห็นว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กับการมีพระมหากษัตริย์เป็น ประมุขของรัฐนี้ เป็นรากฐานสำคัญหรือแก่นของรัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดบทบัญญัติในมาตรา 255 ไว้ ในลักษณะบทบัญญัติชั่วคราวของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยเด็ดขาด การใช้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่มีฐานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวได้

2) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ

ข้อห้ามประการนี้ มีความหมายว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็น การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากราชอาณาจักรไปเป็นรูปแบบอื่น เช่น สาธารณรัฐ สหพันธรัฐมิได้

รัฐธรรมนูญของต่างประเทศหลายประเทศก็มีข้อห้ามโดยเด็ดขาดมิให้ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ เช่น ตุรกี ฝรั่งเศส เยอรมัน โรมานีเย โดยรัฐธรรมนูญของตุรกี ฝรั่งเศส โรมานีเย ห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบการ

ปกครองจากสาธารณรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น นั่นคือ สาธารณรัฐมีลักษณะเป็นรัฐเดี่ยว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ไปเป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐมิได้ ส่วนเยอรมันมีรูปแบบการปกครองเป็นแบบสหพันธรัฐ จึงห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น เช่น รัฐเดี่ยวในรูปแบบสาธารณรัฐ หรือราชอาณาจักร

การที่รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 255 บัญญัติข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการที่สองว่า “ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ” นั้น น่าจะสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้”

ประเทศไทยมีรูปแบบของรัฐเป็นราชอาณาจักร ซึ่งคำว่า ราชอาณาจักร หมายถึง ประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข ประเทศไทยมีสถานะเป็นรัฐเดี่ยวและมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ดังนั้น ข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ตามมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ 2560 จึงห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่จะมีผลให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากเดิมที่เป็นราชอาณาจักร คือ รัฐเดี่ยวที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ไปเป็นรูปแบบอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเปลี่ยนไปเป็นสาธารณรัฐ ซึ่งเป็นรัฐเดี่ยวแต่มีประธานาธิบดีเป็นประมุข หรือเปลี่ยนไปเป็นสหพันธรัฐที่เป็นรัฐรวมที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือมีประธานาธิบดีเป็นประมุขก็ตาม

เหตุผลที่มาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ 2560 บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ สืบเนื่องมาจากบทบัญญัติในมาตรา 1 และมาตรา 2 ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2 มาตราแรกนี้เป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงได้นำมาบัญญัติไว้เป็นมาตราแรก ๆ และผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะคุ้มครองหลักการในเรื่องดังกล่าวไว้จึงได้นำมาบัญญัติเป็นข้อห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้โดยเด็ดขาด ดังนั้น การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีฐานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงไม่อาจนำไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 1 และมาตรา 2 ได้

1.1.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่าปกติ

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับที่สองนี้เป็นบทบัญญัติที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเห็นว่ามีควมสำคัญรองลงมาจากบทบัญญัติในระดับแรกของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม จึงได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยากกว่าปกติ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญได้เปิดโอกาสให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในระดับที่สองนี้ให้แตกต่างไปจากเดิมได้ แต่ก็มีเงื่อนไขบางประการเข้ามาประกอบด้วย ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมทำได้ยากกว่าปกติ เช่น ต้องนำไปผ่านการออกเสียงประชามติจากประชาชนเสียก่อน

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องกระทำได้ยากกว่าปกติ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) ว่า “ในกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 256 (8) ของรัฐธรรมนูญ 2560 แล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องทำได้ยากกว่าปกติ แบ่งออกเป็นกรณีต่าง ๆ ดังนี้

- 1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไป
- 2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์
- 3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- 4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ
- 5) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีใดกรณีหนึ่งใน 5 กรณีนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ก่อนที่จะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นทูลเกล้าต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นหรือไม่

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในกรณีใดกรณีหนึ่งใน 5 กรณี ตามมาตรา 256 (8) ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ก่อนนั้น คงด้วยเหตุผลว่าผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ 2560 เห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวทั้ง 5 กรณีเป็นบทบัญญัติที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ ไม่ควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณีนี้ได้โดยง่าย แต่ก็มิได้ถึงขนาดที่จะแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้ หากแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยโดยผ่านกลไกการออกเสียงประชามติ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วจึงจะดำเนินการต่อไปได้

ต่อไปจะขอวิเคราะห์บทบัญญัติในมาตรา 256 (8) ที่กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณีนั้น เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วจะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยหรือไม่ โดยจะทำการวิเคราะห์ไปที่ละประเด็น

1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไป

รัฐธรรมนูญ 2560 หมวด 1 บททั่วไป มีจำนวน 5 มาตรา คือ มาตรา 1 ถึง มาตรา 5 ในจำนวน 5 มาตรานี้ มาตรา 1 และมาตรา 2 เป็นเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญมาตรา 255 บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยเด็ดขาด จึงเหลือเพียงมาตรา 3 มาตรา 4 และมาตรา 5 เท่านั้นที่หากจะแก้ไขเพิ่มเติมต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติด้วย ดังนี้

มาตรา 3 “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กระษัตริย์ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน”

มาตรา 5 “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

มาตรา 3 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงอำนาจอธิปไตย การแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรต่าง ๆ

มาตรา 4 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการกระทำการหรือวินิจฉัยกรณีที่ไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป ในมาตรา 3 มาตรา 4 และ มาตรา 5 แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญมากจนอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญของไทยก็ว่าได้ และบทบัญญัติเช่นว่านี้ก็เป็บบทบัญญัติที่นำมาจากหลักการสำคัญตามรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น บทบัญญัติที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และแบ่งออกเป็น อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจอตุลาการ และการใช้อำนาจดังกล่าว บทบัญญัติที่กล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) จึงให้ความคุ้มครองไว้ ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 จะต้องมิเงื่อนไขเพิ่มเติมคือต้องผ่านการออกเสียงประชามติจากประชาชนเสียก่อน

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์

รัฐธรรมนูญ 2560 หมวด 2 พระมหากษัตริย์ มีจำนวน 19 มาตรา ตั้งแต่มาตรา 6 ถึงมาตรา 24 โดยมาตรา 6 ถึงมาตรา 8 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะของพระมหากษัตริย์ มาตรา 10 ถึงมาตรา 14 และมาตรา 23 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับประธานองคมนตรีและองคมนตรี มาตรา 15 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้าราชการในพระองค์ มาตรา 16 ถึงมาตรา 19 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ มาตรา 20 ถึงมาตรา 22 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์ พระรัชทายาท มาตรา 24 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรง การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ อาจส่งผลกระทบต่อพระมหากษัตริย์อันอยู่ในฐานะประมุขของประเทศ โดยอาจมีความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 นี้ เพื่อลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในเรื่องต่าง ๆ ในหมวดนี้ เนื่องจากในช่วงเวลาสิบกว่าปีที่ผ่านมา มีกลุ่มบุคคลที่มีแนวคิดต่อต้านและพยายามลดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลง จนเลยเถิดไปถึงการเสนอเปลี่ยนประมุขของประเทศจากพระมหากษัตริย์ไปเป็นประธานาธิบดี และแนวคิดดังกล่าวมีการขยายตัวมากขึ้นในปัจจุบันในนักการเมืองบางส่วนด้วย ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 เห็นปัญหาดังกล่าว จึงเห็นว่าควรให้ความคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ จึงได้กำหนดเป็นเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของรัฐโดยการออกเสียงประชามติด้วย

มีประเด็นพิจารณาต่อไปว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพระมหากษัตริย์มีได้มีเพียงบทบัญญัติในหมวด 2 เท่านั้น แต่ยังพบในบทบัญญัติในหมวดและส่วนอื่นหลายแห่ง นับรวมได้ 38 มาตรา ดังนั้น หากมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตราอื่นที่มีได้อยู่ในหมวด 2 แต่เป็นมาตราที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ อาจเป็นการแก้ไขที่กระทบต่อพระมหากษัตริย์อันเป็นประมุขของประเทศได้ ดังนั้น เงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ตามมาตรา 256 (8) จึงยังเป็นเงื่อนไขที่อาจยังไม่ครอบคลุมบทบัญญัติเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ทั้งหมด สมควรที่บัญญัติขยายความให้ครอบคลุมไปถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ด้วย เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตราอื่นในทางที่จะเป็นการลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ลดน้อยลงไปจากเดิม

3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ 2560 หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 2 มาตรา คือ มาตรา 255 และมาตรา 256 มาตรา 255 เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาดที่ได้กล่าวไปแล้วในเรื่องที่ 1.1.1 ส่วนมาตรา 256 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 9 อนุมาตรา อนุมาตรา (1) ถึงอนุมาตรา (2) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อนุมาตรา (3) ถึงอนุมาตรา (6) เป็นกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภา ในวาระที่หนึ่ง วาระที่สอง และวาระที่สาม โดยได้กำหนดจำนวนคะแนนเสียงที่จะต้องให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระไว้ด้วย อนุมาตรา (7) เป็นกระบวนการภายหลังที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในวาระที่สามแล้วให้รอเวลาไว้ 15 วันก่อนนำขึ้นทูลเกล้าต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย อนุมาตรา (8) เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณีที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน อนุมาตรา (9) เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 255 อันเป็นบทบัญญัติที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องสำคัญบางเรื่องโดยเด็ดขาดนั้น มาตรา 255 นี้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ ตามความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาเองเห็นว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 255 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ 2 ประการโดยเด็ดขาด แต่มาตรา 255 มิได้บัญญัติคุ้มครองตัวเองไว้มิให้แก้ไขเพิ่มเติม ในเมื่อมาตรา 255 มิได้บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 ไว้ มาตรา 255 จึงสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่จะแก้ไขเพิ่มเติมในทางที่จะยกเลิกหรือตัดทอนข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วออกไม่ได้ เนื่องจากข้อห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด 2 ประการที่มาตรา 255 บัญญัติห้ามไว้ คือ ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ เป็นเรื่องที่สำคัญที่ถือได้ว่าเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญของไทยมานานแล้ว และได้รับการบัญญัติไว้เป็นมาตราแรก ๆ ของรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับที่สองของไทยและรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาแทบทุกฉบับโดยมิได้มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด แต่รัฐธรรมนูญที่เคยมีมาก่อนรัฐธรรมนูญ 2540 มิได้บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในสองเรื่องดังกล่าวโดยเด็ดขาดไว้อย่างชัดเจน บทบัญญัติทั้งสองเรื่องนี้จึงถือเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายมาเป็นเวลานาน จนกระทั่งได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 211 เศรษฐ วรรคสี่ อันเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเพิ่มขึ้นมาใหม่โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 และได้มีการนำข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ดังกล่าว มาบัญญัติเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และยังคงมีบทบัญญัติดังกล่าวต่อมาในรัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 255 นี้จึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อที่จะตัดทอนข้อห้ามดังกล่าวออกไปได้ จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็เฉพาะการเพิ่มเติมเรื่องที่ยังห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดเข้าไปเพิ่มเติมจากข้อห้ามเดิมที่มีอยู่แล้วเท่านั้น โดยใน

อนาคตผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเองอาจเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญในบางเรื่องสมควรที่จะได้รับการปกป้องมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างเด็ดขาด ก็สามารถแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 เพื่อเพิ่มเรื่องดังกล่าวเข้าไปผนวกกับข้อห้ามเดิม 2 ประการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาดไว้แล้วได้

4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องนี้มีข้อพิจารณาว่าผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญในกรณีนี้รัฐธรรมนูญมุ่งหมายถึงผู้ดำรงตำแหน่งใดบ้าง เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงตำแหน่งต่าง ๆ ไว้หลายตำแหน่ง ตั้งแต่พระมหากษัตริย์ ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระราชทายาท องคมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ผู้พิพากษา ตุลาการ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระต่าง ๆ พนักงานอัยการ สมาชิกสภาและผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในประเด็นนี้ ผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญตามความหมายของบทบัญญัติในมาตรา 256 (8) ย่อมหมายความถึงเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ ดังนั้นตำแหน่งต่าง ๆ ที่ปรากฏในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ อันได้แก่ พระมหากษัตริย์ ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระราชทายาท องคมนตรี หรือตำแหน่งในหมวดอื่นได้แก่ผู้พิพากษา ตุลาการ พนักงานอัยการ สมาชิกสภาและผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ย่อมไม่อยู่ในความหมายของผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 256 (8) เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) กำหนดเงื่อนไขไว้ จึงหมายถึงเฉพาะตำแหน่งที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเท่านั้น ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ประกอบด้วย กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญนั้น มีกระจัดกระจายอยู่ในหลายส่วนของรัฐธรรมนูญ ทั้งในหมวด 7 รัฐสภา ที่ประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หมวด 8 คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 12 องค์กรอิสระ ประกอบด้วย กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คุณสมบัติกำหนดไว้ในมาตรา 97 มี 4 อนุมาตรา
ลักษณะต้องห้ามกำหนดไว้ในมาตรา 98 มี 18 อนุมาตรา

สมาชิกวุฒิสภา คุณสมบัติกำหนดไว้ในมาตรา 108 ก. มี 4 อนุมาตรา
ลักษณะต้องห้ามกำหนดไว้ในมาตรา 108 ข. มี 9 อนุมาตรา

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ใน
มาตรา 160 มี 8 อนุมาตรา

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดคุณสมบัติไว้ในมาตรา 201 มี 5
อนุมาตรา กำหนดลักษณะต้องห้ามไว้ในมาตรา 202 มี 10 อนุมาตรา

สำหรับผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามหมวด 12 นั้น รัฐธรรมนูญได้
บัญญัติคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ 2 ส่วน คือ ส่วนแรก คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามร่วมกัน
ของผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระทุกองค์กร กำหนดไว้ในมาตรา 216 มี 3 อนุมาตรา ในอนุมาตรา 2
ได้กำหนดให้นำคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในมาตรา 201 (1) (3) (4) และ (5) มาใช้ ส่วน
ในอนุมาตรา 3 ได้กำหนดให้ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม
มาตรา 202 มาใช้ ส่วนที่สอง เป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามเฉพาะสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งใน
องค์กรอิสระบางประเภท โดยสำหรับกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กำหนด
คุณสมบัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 232 วรรคสอง มี 7 อนุมาตรา ส่วนกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
มาตรา 246 วรรคสี่ บัญญัติให้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้ในพระราชบัญญัติประกอบ
รัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

หากพิจารณาถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อนำไปเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับ
ถาวรก่อนหน้านี้ คือ รัฐธรรมนูญ 2540 และรัฐธรรมนูญ 2550 แล้วจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ 2560 ได้
กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไว้มากกว่าหรือ
เข้มงวดกว่าที่ได้เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2540 และรัฐธรรมนูญ 2550 โดยเฉพาะในเรื่องลักษณะ
ต้องห้าม

สาเหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะ
ต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเข้มงวดมากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญในอดีต
เนื่องจากผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้น เป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญและทำหน้าที่
สำคัญของประเทศ เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ
องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามให้
เข้มงวดขึ้นกว่าเดิม โดยมีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการคัดกรองไม่ให้คนไม่ดี ไม่เหมาะสม เข้ามาทำหน้าที่ที่
สำคัญของประเทศได้ มิฉะนั้นจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และ
องค์กรอิสระเกิดปัญหาได้ ทั้งปัญหาที่เกิดจากตัวบุคคลที่มาดำรงตำแหน่ง และปัญหาความไม่เชื่อมั่น
ของประชาชนในตัวบุคคลที่ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไว้อย่างเข้มงวดมากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญในอดีต ย่อมส่งผลให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากเรื่องนี้โดยตรงคือนักการเมืองที่ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม ทำให้ไม่สามารถสมัครเข้ารับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือไม่อาจดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี รวมถึงนักการเมืองบางส่วนที่ไม่เห็นด้วยกับการที่รัฐธรรมนูญกำหนดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้เข้มงวดเช่นนี้ ผู้ได้รับผลกระทบหรือผู้ที่ไม่เห็นด้วยเหล่านี้ก็ย่อมมีความพยายามที่จะผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตัดเรื่องคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามบางประการออกไป หรือแก้ไขให้คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามในบางเรื่องผ่อนคลายเป็นหรือลดความเข้มงวดลงกว่าเดิม เพื่อให้กลุ่มคนเหล่านั้นที่ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามบางประการตามที่รัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดไว้ สามารถเข้ามาดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระได้

ด้วยเหตุนี้ ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเห็นควรสร้างกลไกเพื่อป้องกันในเรื่องดังกล่าวไว้ เพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ไม่อาจทำได้ง่ายเหมือนบทบัญญัติปกติทั่วไปของรัฐธรรมนูญ โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตาม จะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยการออกเสียงประชามติเสียก่อน

5) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

ศาลเป็นองค์กรหนึ่งในสามขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยรัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดให้ศาลอยู่ในหมวด 10 ประกอบด้วยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ตั้งแต่มาตรา 188 ถึงมาตรา 199 รวม 12 มาตรา โดยบทบัญญัติที่ว่าด้วยหน้าที่และอำนาจของศาลแต่ละประเภทจะแตกต่างกันไป ในส่วนที่ 2 ศาลยุติธรรม มาตรา 194 ว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม มาตรา 195 ว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ส่วนที่ 3 ศาลปกครอง มาตรา 197 ว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครอง ส่วนที่ 4 ศาลทหาร มาตรา 199 ว่าด้วยอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหาร หน้าที่และอำนาจของศาลจึงเป็นเรื่องสำคัญมาก เนื่องจากผู้พิพากษา ตุลาการ ต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี อย่างเป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเพิ่งเกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก โดยนำแบบอย่างมาจากรัฐธรรมนูญของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศในแถบยุโรปตะวันตก โดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ โดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุที่ลำพังเฉพาะการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารโดยศาลเพียงองค์กรเดียวไม่อาจกระทำได้ผล

เท่าที่ควร เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็นผู้ที่มีอำนาจและอิทธิพลทางการเมืองสูง จนไม่ค่อยมีใครกล้าที่จะไปฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ รัฐธรรมนูญ 2540 จึงได้บัญญัติให้มีองค์กรอิสระขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ กระทำผิดต่อหน้าที่ ตรวจสอบทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยรัฐธรรมนูญออกแบบให้องค์กรอิสระมีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร และรัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้กับองค์กรอิสระอย่างเพียงพอกับการปฏิบัติหน้าที่

มีข้อพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ในเงื่อนไขเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ในกรณีนี้ ด้วยหรือไม่

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้บทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ 2560 จะบัญญัติแยกไว้ต่างหากจากบทบัญญัติในหมวด 10 ศาล และหมวด 12 องค์กรอิสระ โดยอยู่ในหมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมอยู่ในเงื่อนไขของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้เช่นกัน ด้วยเหตุผลคือ ประการแรก เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญในอดีต รัฐธรรมนูญ 2540 และรัฐธรรมนูญ 2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวดศาล ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงจัดอยู่ในศาลประเภทหนึ่ง แต่เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประการที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทหนึ่ง และเป็นองค์กรที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจที่สำคัญโดยเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย³⁵⁷ ซึ่งได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ³⁵⁸ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย³⁵⁹ นับเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่และอำนาจในเรื่องนี้ไว้ ซึ่งในต่างประเทศที่ใช้ระบบศาลรัฐธรรมนูญ ก็มีหลายประเทศที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ประการที่สาม รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ โดยบทบัญญัติเช่นนี้นี้ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540 รัฐธรรมนูญ 2550 มาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน นั่นคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทุกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หากไม่กำหนดผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยในเรื่องใดแล้ว องค์กรอื่นก็อาจไม่ยอมรับและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งผล

³⁵⁷ มาตรา 210 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³⁵⁸ มาตรา 210 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

³⁵⁹ มาตรา 256 (9) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญไทยในลักษณะนี้ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540 รัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อันมีลักษณะเช่นเดียวกับผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยได้นำหลักการของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมาใช้กับประเทศไทย

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ตามมาตรา 256 (8) นี้ แบ่งออกเป็น 2 เรื่อง คือ เรื่องแรก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ เรื่องที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 2 เรื่องดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการทำงานของหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

เหตุผลที่รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) บัญญัติเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยผ่านการออกเสียงประชามติค่อนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 ได้เล็งเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญมีความสำคัญมาก เนื่องจากศาลโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และองค์กรอิสระต่าง ๆ เป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยตรง การปฏิบัติหน้าที่ของศาลและองค์กรอิสระจึงย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และในอดีตมีนักการเมืองที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระเป็นจำนวนมากน้อย ทั้งต้องพ้นจากตำแหน่งทางการเมือง ถูกยึดทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดินเพราะร่ำรวยผิดปกติ ถูกตัดสิทธิทางการเมือง ถูกศาลพิพากษาจำคุก เป็นต้น จึงมีความพยายามของนักการเมืองบางส่วนที่จะลดบทบาทของศาลและองค์กรอิสระลง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระไปในทางที่จะลดหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระลง รวมไปถึงอาจยุบเลิกองค์กรอิสระบางองค์กร และอาจแก้ไขในเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ เช่น อาจแก้ไขไปในทางที่จะทำให้กระบวนการได้มาของผู้พิพากษา ตุลาการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระมาจากการเลือกตั้งของประชาชน มาจากการเลือกหรือให้ความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร หรืออาจแก้ไขไปในทางที่จะจำกัดหรือตัดงบประมาณของศาลและองค์กรอิสระ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเห็นควรให้ความคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของศาลและองค์กรอิสระไว้ เพื่อมิให้ฝ่ายการเมืองเข้ามาลดทอนอำนาจหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของศาลและองค์กรอิสระได้โดยง่าย โดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อน

1.1.3 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้เป็นปกติ

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับที่สามนี้เป็นบทบัญญัติที่นอกเหนือจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับแรกที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดย

เด็ดขาด กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับที่สองที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมได้แต่ทำได้ยากกว่าปกติเนื่องจากต้องมีเงื่อนไขอื่นประกอบด้วยจึงจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนั้น หากพิจารณาโดยปริยายแล้ว บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอื่นนอกเหนือจากบทบัญญัติในระดับที่หนึ่งและระดับที่สองแล้ว ย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเปิดโอกาสให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามปกติโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษเพิ่มเติมไว้แต่อย่างใด ทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในระดับที่สามนี้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายกว่าบทบัญญัติในระดับที่สอง

1.2 วิเคราะห์ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีกรอบหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่จะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพื่อเป็นการปกป้องตัวรัฐธรรมนูญมิให้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยไม่จำเป็น อันเป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้บางประการ โดยสามารถแบ่งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท คือ ข้อจำกัดในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) และข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ทั้งข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ หรืออาจกำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาหรือข้อจำกัดในด้านรูปแบบหรือกระบวนการไว้เพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือรัฐธรรมนูญอาจมิได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เลยก็ได้

1.2.1 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในบางเรื่องที่มีความสำคัญเอาไว้ โดยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น แบ่งออกเป็น ข้อจำกัดที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด คือ ห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นอย่างเด็ดขาด และข้อจำกัดที่กำหนดเงื่อนไขให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในบางเรื่องที่สำคัญให้กระทำได้ยากกว่าปกติ โดยจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็จะต้องมีเงื่อนไขบางประการที่มากขึ้นกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่นที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาไว้

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา นี้มีความสัมพันธ์กับเนื้อหาในเรื่องที่ 1.1 ระดับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยหากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในแง่ของความสามารถในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว สามารถจำแนกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญออกได้ 3 ระดับ คือ

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่าปกติ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้เป็นปกติ

สำหรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นบทบัญญัติในเรื่องที่มีความสำคัญมากไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เรียกว่า บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ (Absolute Entrenchment , Eternity Clause) เป็นหลักการสำคัญของ “แนวคิดประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้” (Militant Democracy) อันเป็นกลไกสำคัญที่ป้องกันรัฐธรรมนูญมิให้บทบัญญัติหรือหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญถูกทำลายลงด้วยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ นั่นคือ บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงทำลายหรือยกเลิกได้ แม้จะดำเนินการตามวิถีทางของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เองก็ตาม อันสอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ส่วนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่าปกติ เป็นบทบัญญัติที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีค่าสำคัญรองลงมาจากบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ ไม่ควรที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย จึงกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมขึ้นมาหากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าว

เมื่อพิจารณาข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาของรัฐธรรมนูญต่างประเทศแล้วพบว่าประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้ เช่น

รัฐธรรมนูญโรมาเนียบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องเกี่ยวกับลักษณะของชาติ ความเป็นเอกราช ความเป็นหนึ่งเดียว และแบ่งแยกไม่ได้ของสาธารณรัฐ รูปแบบของรัฐบาล บุรณภาพแห่งดินแดน ความเป็นอิสระของระบบตุลาการ พหุนิยมทางการเมือง และภาษาราชการ³⁶⁰ นอกจากนี้ ยังห้ามแก้ไขที่จะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพของประชาชน³⁶¹

รัฐธรรมนูญตุรกีได้มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยได้กำหนดไว้ในมาตรา 4³⁶² ว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1 เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ มาตรา 2 เกี่ยวกับลักษณะของสาธารณรัฐ และมาตรา 3 เกี่ยวกับภาษาทางการ ธงชาติ เพลงชาติ และเมืองหลวง

³⁶⁰ Article 152 1 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

³⁶¹ Article 152 2 of The Constitution of the Republic of Romania 1991

³⁶² ARTICLE 4 of The Constitution of the Republic of Turkey 1982

“The provision of Article 1 regarding the form of the State being a Republic, the characteristics of the Republic in Article 2, and the provisions of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed.”

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 5 ตอนท้าย กำหนดไว้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงจำนวนสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละมลรัฐในสหพันธรัฐที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกัน จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมของมลรัฐมิได้

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบของสาธารณรัฐ³⁶³

รัฐธรรมนูญเยอรมัน กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 79 วรรค 3 บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ สิทธิของมลรัฐในกระบวนการใช้อำนาจนิติบัญญัติ และหลักการที่ปรากฏในมาตรา 1 เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมาตรา 20 หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

ส่วนประเทศที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้ เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี รัฐธรรมนูญอินเดีย รัฐธรรมนูญสโลเวเนีย รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย

สำหรับประเทศไทยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้ในมาตรา 255 และมาตรา 256 (8) โดยมาตรา 255 เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด 2 ประการ คือ ประการแรก ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และประการที่สอง ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ส่วนมาตรา 256 (8) เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ที่กำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมใน 5 กรณีว่าจะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติจากประชาชนเสียก่อน หากผ่านความเห็นชอบจากประชาชน จึงจะดำเนินการในขั้นตอนต่อไปได้ โดยผู้ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์บทบัญญัติใน 2 มาตรานี้โดยละเอียดแล้วในเรื่องที่ 1.1 ระดับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงไม่น่ามากกล่าวซ้ำอีกในเรื่องนี้

มีปัญหาที่มีการถกเถียงกันในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญกันว่าหากรัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขไว้ หมายความว่าเนื้อหาอื่นที่มีได้ห้ามไว้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ หรือแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติข้อจำกัดในทางเนื้อหาไว้เลยก็ตาม ก็แสดงว่าสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมดใช่หรือไม่ ในประเด็นนี้ อธิบายได้ว่าระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศยอมรับว่ายังมีข้อจำกัดในด้านเนื้อหาบางประการอันเป็นหลักการสำคัญที่แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ก็ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทางที่กระทบต่อหลักการสำคัญดังกล่าวได้ ข้อจำกัดทางเนื้อหาดังกล่าวเรียกว่า ข้อจำกัดโดยปริยาย (Implicit Limitations) และได้มีองค์การตุลาการของบางประเทศได้ยกข้อจำกัดโดยปริยายนี้ขึ้นมาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย เช่น

³⁶³ Article 89 paragraph 5 of The Constitution of the Republic of France 1958 “The republican form of government shall not be the object of any amendment.”

ประเทศอินเดีย ศาลสูงสุดของอินเดีย (Supreme Court) ได้สถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น ด้วยการสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ขึ้นมาในปี ค.ศ. 1973 ในการวินิจฉัยคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala ซึ่งศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution) ไม่สามารถกระทำได้³⁶⁴ ข้อจำกัดโดยปริยายนี้เปรียบได้กับแก่นของรัฐธรรมนูญตามความเห็นของคาร์ล ชมิทท์

1.2.2 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations) โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญมักกำหนดรูปแบบหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ให้จัดทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หรือจัดทำเป็นร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้มีสิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐสภาในแต่ละวาระ คณะเสียดังกล่าวต้องใช้ในการให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเสนอต่อประมุขของรัฐเพื่อพิจารณาลงนาม การนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปประกาศเพื่อให้มีผลใช้บังคับ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญที่กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ย่อมถือว่ากระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้นเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้ดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ย่อมถือได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่กระบวนการตรา

สำหรับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการของรัฐธรรมนูญต่างประเทศนั้น จากการศึกษารัฐธรรมนูญของต่างประเทศพบว่ารัฐธรรมนูญของต่างประเทศส่วนใหญ่มีบัญญัติกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ โดยรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย รัฐธรรมนูญตุรกี รัฐธรรมนูญฮังการี รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญอินเดีย รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญสโลวีเนีย รัฐธรรมนูญเยอรมนี รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย แต่

³⁶⁴ ปุนเทพ ศิริพงษ์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 17.

รัฐธรรมนูญของบางประเทศก็ได้กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เช่น รัฐธรรมนูญฮังการี

จากการพิจารณารัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ รัฐธรรมนูญอาจจะบัญญัติไว้มากน้อยแตกต่างกัน บางประเทศบัญญัติไว้เพียงเล็กน้อย บางประเทศก็บัญญัติไว้มากขึ้น แต่โดยภาพรวมแล้วจะบัญญัติไว้เป็นหลักการ เช่น ผู้มีสิทธิเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาในรัฐสภาในแต่ละวาระ จำนวนคะแนนเสียงที่จะทำให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนรายละเอียดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะไปบัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมสภาแทน

สำหรับประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วจำนวน 20 ฉบับ พบว่ามีรัฐธรรมนูญ 14 ฉบับที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และในจำนวนนี้มีรัฐธรรมนูญ 13 ฉบับที่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ จึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันและมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ เริ่มตั้งแต่การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม สภาที่ทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม วาระการพิจารณา คะแนนเสียงที่ทำให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การออกเสียงประชามติ จนกระทั่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยละเอียดในบทที่ 4

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วย

1) ผู้มีสิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่

- 1.1) คณะรัฐมนตรี
- 1.2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร
- 1.3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา และ
- 1.4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

2) การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นหน้าที่ของรัฐสภา โดยให้รัฐสภาพิจารณา 3 วาระ

3) วิธีการออกเสียงลงคะแนนในแต่ละวาระ รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการไว้ดังนี้

3.1) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 1 ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย

3.2) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 2 รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้

3.3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนน โดยเปิดเผย

4) จำนวนคะแนนเสียงในแต่ละวาระ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ดังนี้

4.1) วาระที่ 1 ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

4.2) วาระที่ 2 ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ

4.3) วาระที่ 3 ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่มีได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

5) การเว้นระยะเวลาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

5.1) เมื่อรัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สองเสร็จแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน รัฐสภาจึงจะสามารถพิจารณาลงมติในวาระที่สามได้

5.2) เมื่อรัฐสภาลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน จึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

6) การออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณี จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อน หากประชาชนเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงจะทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย คือ

6.1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไป

6.2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์

6.3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญ

6.4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

6.5) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

7) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

7.1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ

7.1.1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร

7.1.2) สมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานวุฒิสภา

7.1.3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา

7.2) ประเด็นที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ มี 2 กรณี คือ

7.2.1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ขัดต่อมาตรา 255

7.2.1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณี ที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน

ในที่นี้จะขอวิเคราะห์กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญ 2560 บัญญัติไว้ในมาตรา 256 ในประเด็นที่สำคัญ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) นั้น จะได้นำไปวิเคราะห์ในเรื่องการวิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย ต่อไป

ในเรื่องจำนวนคะแนนเสียงของสมาชิกที่จะให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น รัฐธรรมนูญ 2560 ได้กำหนดเรื่องคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่ง และวาระที่สามไว้โดยมีเงื่อนไขมากกว่าที่รัฐธรรมนูญในอดีตได้เคยกำหนดไว้ วาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ นอกจากจะต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดเงื่อนไขให้จำนวนเสียงที่เห็นชอบนั้นต้องเป็นคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาด้วย วาระที่สาม นอกจากจะต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดเงื่อนไขไว้ 2 ประการ ประการแรก ต้องมีเสียงเห็นชอบของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่มีได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน เงื่อนไขประการแรกนี้ตีความได้ว่าในคะแนนเสียงเห็นชอบนั้น จะต้องได้รับเสียงเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของทุกพรรคการเมือง คือ ไม่ว่าจะจะมีพรรคการเมืองฝ่ายค้านกี่พรรค จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคฝ่ายค้านทุกพรรค พรรคละไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ประการที่สอง ต้องมีสมาชิกวุฒิสภา

เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา เจื่อนไขประการที่สองเป็นเจื่อนไขเดียวกับเจื่อนไขของคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่ง ส่วนเจื่อนไขประการแรกเป็นเจื่อนไขที่เพิ่มเติมขึ้นมาจากเจื่อนไขของคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่ง

เมื่อพิจารณาเจื่อนไขของจำนวนคะแนนเสียงเห็นชอบที่จะต้องได้รับในวาระที่หนึ่ง และวาระที่สามแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้มีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 นี้ กระทำได้ยากมาก จนมีผู้แสดงความคิดเห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 ไม่ประสงค์ให้มี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงกำหนดเจื่อนไขในเรื่องนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาเจื่อนไขเกี่ยวกับคะแนนเสียงที่จะให้ความเห็นชอบในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามแล้ว แม้เจื่อนไขดังกล่าวจะมีผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 กระทำได้ยากมากก็ตาม แต่เชื่อว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายใต้เจื่อนไขนี้จะเป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เจื่อนไขคะแนนเสียงดังกล่าวมิใช่คะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน แต่เป็นคะแนนเสียง 1 ใน 3 ของสมาชิกวุฒิสภา และคะแนนเสียงร้อยละ 20 หรือ 1 ใน 5 ของทุกพรรคฝ่ายค้าน เจื่อนไขคะแนนเสียงนี้มิใช่เสียงข้างมาก จึงไม่ใช่เรื่องยากจนเกินไป มีโอกาสเกิดขึ้นได้ ประการที่สอง หากมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใดก็ตามที่มีเหตุผลอันสมควรและเหมาะสม เพื่อแก้ไขบทบัญญัติเดิมให้ดีขึ้น แก้ไขบทบัญญัติที่เป็นปัญหาให้ไม่เป็นปัญหา หรือเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่ขึ้นมา อันจะทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดีขึ้นกว่าเดิม เกิดประโยชน์กับประเทศชาติและประชาชนส่วนรวมอย่างแท้จริง โดยมิได้เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของนักการเมืองหรือกลุ่มบุคคลบางกลุ่มแล้ว สมาชิกวุฒิสภาทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายรัฐบาล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน และสมาชิกวุฒิสภาย่อมให้ความร่วมมือลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนผ่านเจื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้อย่างแน่นอน แต่ในทางตรงกันข้ามหากเป็นการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของนักการเมือง กลุ่มบุคคลบางพวก แต่มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์กับประเทศชาติและประชาชน เจื่อนไขในเรื่องดังกล่าว ย่อมจะเป็นเกราะกำบังมิให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไม่เหมาะสมโดยอาศัยเสียงข้างมากแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่ยอมรับฟังคำคัดค้านจากเสียงข้างน้อย เจื่อนไขเรื่องคะแนนเสียงที่จะให้ความเห็นชอบนี้จึงเป็นเจื่อนไขที่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยอมรับมติของเสียงข้างมากแต่ในขณะเดียวกันก็รับฟังเสียงข้างน้อยด้วยเช่นกัน

ในประเด็นที่รัฐธรรมนูญมาตรา 256 (8) กำหนดเจื่อนไขให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติม หากเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งใน 5 กรณี จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อน หากประชาชนให้ความเห็นชอบจึงจะดำเนินการต่อไป โดยทั้ง 5 กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้นี้เป็น เรื่องที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญมิได้ห้ามแก้ไขเพิ่มเติม แต่รัฐธรรมนูญเห็นว่าลำพังการที่รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณีนี้ยังไม่เพียงพอสมควรที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย โดยผู้

ศึกษาได้ทำการวิเคราะห์ไว้โดยละเอียดแล้วในเรื่องที่ 1.1.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้ยากกว่าปกติ จึงไม่นำมาวิเคราะห์ซ้ำอีก

1.3 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถนำไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่

ในประเด็นนี้จำต้องพิจารณาถึงความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้นำเสนอไปแล้วในบทที่ 2 เมื่อพิจารณาความหมายจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า “แก้ไข” หมายถึง ทำส่วนที่เสียให้คืนดีอย่างเดิม,ตัดแปลงให้ดีขึ้น³⁶⁵ ส่วนคำว่า “เพิ่มเติม” หมายถึง เสริมหรือเติมของที่มีอยู่แต่ยังไม่สมบูรณ์ให้มีมากหรือสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เช่น ศึกษาเพิ่มเติม แก้ไขเพิ่มเติม³⁶⁶

ดังนั้น คำว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” จึงย่อหมายถึง การเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้ดีขึ้นหรือสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น โดยทำได้ 3 วิธีการ คือ วิธีแรก การแก้ไขบทบัญญัติที่มีอยู่เดิมให้แตกต่างไปจากเดิม วิธีที่สอง การเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่ขึ้นมา และวิธีที่สาม การตัดบทบัญญัติเดิมที่มีอยู่ออกไป โดยมีได้มีการตราบทบัญญัติใหม่ขึ้นมาแทนที่บทบัญญัติเดิม

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หมายถึง การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันทุกมาตรา โดยใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นพื้นฐาน อาจมีการเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ แต่ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในทุกมาตราของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญย่อมยังคงไว้เหมือนเดิม อาทิ บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของรัฐ ระบอบการปกครองประเทศ ประมุขของรัฐ

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หมายถึง การร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อประกาศใช้แทนที่รัฐธรรมนูญปัจจุบัน แต่ถึงแม้จะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นทั้งฉบับ ก็ยังคง บทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดิม อาทิ บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของรัฐ ระบอบการปกครองประเทศ ประมุขของรัฐ เช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

เมื่อพิจารณาระหว่าง คำว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ กับ การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แล้วผู้ศึกษาเห็นว่า สองคำนี้มีความใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกันมากจนอาจเรียกได้ว่าไม่แตกต่างกันหรือเป็นสิ่งเดียวกัน เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แม้จะใช้คำว่า “แก้ไขเพิ่มเติม” แต่เจตนารมณ์ที่แท้จริงแล้วคือการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งฉบับขึ้นมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อใช้แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมเช่นเดียวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

³⁶⁵ ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน. 2556. หน้า 151.

³⁶⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 848.

เมื่อพิจารณาเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ และการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ของต่างประเทศแล้วจะพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นพบได้ในประเทศส่วนใหญ่ เกิดขึ้นเป็นครั้งคราวเมื่อบทบัญญัติเดิมในรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน และบางประเทศนับแต่มีรัฐธรรมนูญก็มีแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่อยมาโดยมิได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิม เช่น สหรัฐอเมริกามีรัฐธรรมนูญครั้งแรกในปี ค.ศ. 1789 และได้ใช้มาจนถึงปัจจุบันนับเป็นเวลาถึง 232 ปีแล้ว โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้น 27 ครั้ง ส่วนอีกหลายประเทศก็มีทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส ฮังการี

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้น อาจเทียบเคียงได้กับคำว่า Total Revision ในรัฐธรรมนูญออสเตรีย โดยรัฐธรรมนูญออสเตรียได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตรารัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ไว้ในมาตรา 44 ซึ่งกฎหมายทั้งสองประเภทดังกล่าวมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตรารัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องใดขึ้นใหม่ก็ย่อมมีผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญเช่นกัน³⁶⁷ โดยมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญออสเตรียกล่าวถึงการตรารัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provision) ไว้ 2 ลักษณะ คือ Partial Revision เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน และ Total Revision เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ โดยหากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับรัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการไว้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน คือ เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วจะต้องนำไปให้ประชาชนลงประชามติเสียก่อน³⁶⁸ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (Partial Revision) ไม่เป็นปัญหา ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น หากตีความตามตัวอักษรย่อมหมายถึงการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับเพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม แต่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total Revision) นั้น รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญด้วย³⁶⁹ โดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้มีคำวินิจฉัยในคดี Länder Citizenship ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 เกี่ยวกับการตรารัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญว่าด้วยความเป็นพลเมืองของรัฐ (Constitutional law on Länder Citizenship) ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ มิได้หมายความว่าเฉพาะการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญ (Leading Principle (leitender Grundsatz)) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียด้วย

³⁶⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 92-93.

³⁶⁸ Article 44(1) of The Federal Constitutional Law of Austria 1920

³⁶⁹ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 98.

ตามทฤษฎีแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำโดยอัยการอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่มีสถานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นจะต้องกระทำโดยใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถกระทำโดยใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้วการนำบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงไม่อาจกระทำได้ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปกระทำในสิ่งที่เกินกว่าขอบเขตที่จะกระทำได้ อันเป็นสิ่งที่อยู่ในขอบเขตของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในประเด็นการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็ได้เคยมีคำวินิจฉัย 2 คำวินิจฉัย คือ

คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 วันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ในคดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการได้ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291”³⁷⁰

คำวินิจฉัยที่ 4/2564 วันพฤหัสบดีที่ 11 มีนาคม 2564 ในคดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 256 และเพิ่มหมวด 15/1 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้สรุปคำวินิจฉัยในตอนท้ายว่า “รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง”³⁷¹

เมื่อพิจารณาจากรายละเอียดในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 คำวินิจฉัยนี้ จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยสอดคล้องในทำนองเดียวกันที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ 2550 หรือมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญ 2560 ล้วนมีเจตนารมณ์เพื่อใช้

³⁷⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 วันที่ 13 กรกฎาคม 2555 หน้า 23

³⁷¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564 หน้า 11

สำหรับแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราเท่านั้น มิได้มีไว้เพื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือ การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ก็ได้มีบทบัญญัติให้จัดทำ รัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับแต่อย่างใด ประการที่สอง รัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ ล้วนได้มาจากการลง ประชามติเห็นชอบของประชาชนด้วยเสียงข้างมาก อันเป็นความเห็นชอบของประชาชนผู้เป็นเจ้าของ อำนาจอธิปไตยของรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภามีเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจในระดับที่ ต่ำกว่าและได้รับมอบมาจากอำนาจอธิปไตยของรัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจ ที่ได้รับมอบมาซึ่งถูกจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา รัฐสภาจึงต้องทำตามหน้าที่ตามที่ ได้รับมอบอย่างเคร่งครัด โดยไม่อาจกระทำการนอกขอบของหน้าที่และอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ รัฐสภาจึงไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับได้ หาก รัฐสภาจะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีการจัดทำ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาจึงจะ สามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ และเมื่อจัดทำร่าง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับ ใหม่อีกครั้งหนึ่ง

2. วิเคราะห์เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

2.1 ควรจะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐ สถาบันทางการเมือง กำหนดอำนาจหน้าที่และการใช้อำนาจของสถาบันทางการเมือง เหล่านั้น กำหนดความสัมพันธ์การถ่วงดุลอำนาจและการตรวจสอบระหว่างองค์กรทางการเมือง ด้วยกันเอง เป็นกฎหมายแม่บทของการบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในลำดับรองลงมา รัฐธรรมนูญ ยังให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยังกำหนดหน้าที่ของประชาชนไว้ด้วย จึงถือได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทของประเทศที่มีความสำคัญยิ่ง

อย่างไรก็ตาม เมื่อกาลเวลาผ่านไป อาจเกิดสถานการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไป จน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับบริบทของการเมือง เศรษฐกิจ สังคม ที่เปลี่ยนแปลง ไป จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องให้เหมาะสม รัฐธรรมนูญจึงกำหนด บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยรัฐธรรมนูญมักกำหนดกระบวนการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำไต่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายปกติ แต่รัฐธรรมนูญก็ได้อนุญาต ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างเสรี จึงได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญไว้ ดังจะเห็นได้จากข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านกระบวนการที่รัฐธรรมนูญ

กำหนดไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ความคุ้มครองรัฐธรรมนูญตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเพื่อเป็นกลไกป้องกันมิให้รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ใช้เสียงข้างมากในรัฐสภาทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด เป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงไม่อาจใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนทำลายหลักการสำคัญที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญได้

เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เพื่อให้ความคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไม่เหมาะสม การแก้ไขเพิ่มเติมจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการ มีประเด็นพิจารณาว่า เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้ว จำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อเป็นการควบคุมให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และข้อจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ในประเด็นนี้ เมื่อศึกษาจากข้อมูลของต่างประเทศแล้วพบว่า มีหลายประเทศที่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยมีทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดเจนให้มีการตรวจสอบ เช่น โรมานีเย ตุรกี และฮังการี และกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้มีการตรวจสอบ แต่องค์กรตุลาการก็ได้เข้าไปทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งประเทศที่มีระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ เช่น สหรัฐอเมริกา และอินเดีย และประเทศที่มีระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ เช่น เยอรมนี และออสเตรเลีย และมีหลายกรณีที่ยังคงการตุลาการได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยรัฐสภานั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีทั้งกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและด้านกระบวนการประกอบกัน

ในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการโดยมีกระบวนการที่ไม่เป็นไปตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือมีเนื้อหาที่ขัดต่อข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั่นคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว หากไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ก็เท่ากับปล่อยให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีผลใช้บังคับ ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาหรือในด้านกระบวนการตราที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ย่อมจะไร้ผลใช้บังคับ และจะส่งผลให้เกิดปัญหาต่อมาในอนาคตได้ โดยเฉพาะหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่เนื้อหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสมควรที่จะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ไม่ละเมิดข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดด้านกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.2 องค์กรใดที่สมควรทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อเห็นว่าสมควรที่จะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ประเด็นพิจารณาต่อมาก็คือองค์กรใดที่สมควรทำหน้าที่ดังกล่าว

ในประเด็นนี้ มีความเห็นออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่าในเมื่อรัฐสภาเป็นผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาก็ย่อมจะต้องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยย่อมต้องมีสมาชิกรัฐสภาที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบอยู่แล้ว เป็นการตรวจสอบภายในองค์กรรัฐสภาเอง เนื่องจากในรัฐสภามีสมาชิกจำนวนมากทั้งสมาชิกฝ่ายที่สนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และฝ่ายที่คัดค้าน หากสมาชิกรัฐสภาฝ่ายที่คัดค้านหรือไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เห็นว่าเนื้อหาหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ก็ย่อมจะต้องมีการอภิปรายซักท้วงโต้แย้งในที่ประชุมรัฐสภา ดังนั้น รัฐสภาย่อมเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยทำหน้าที่พร้อมกันไปกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ฝ่ายที่สองเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากจะให้รัฐสภาเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คงเป็นวิธิต่างที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐสภาจะตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ตนเองดำเนินการนั้นขัดหรือแย้งหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้รัฐสภาที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายในองค์กรรัฐสภาได้ ผ่านการอภิปรายแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมรัฐสภาก็ตาม แต่การตรวจสอบกันเองภายในองค์กรนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะมีการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อกติกาหรือกฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นไปได้อย่างที่รัฐสภาจะตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภายดำเนินการไปนั้น ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด³⁷² โดยเฉพาะหากสมาชิกรัฐสภาที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อย เสียงทักท้วงของเสียงข้างน้อยย่อมแพ้เสียงข้างมากอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในทางปฏิบัติการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาเองนั้นจึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดแนวคิดให้องค์กรอื่นเข้า

³⁷² ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 22.

มาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและชอบธรรมในการตรวจสอบ

อีกเหตุผลที่สนับสนุนให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ประเทศส่วนใหญ่มีองค์กรฝ่ายตุลาการเข้าไปทำหน้าที่ดังกล่าว มิได้ให้รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากการให้องค์กรเดียวกันทำหน้าที่ทั้ง 2 ประการ เป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม เพราะการทำหน้าที่ 2 ประการนี้เป็นสิ่งที่ขัดแย้งกันเอง จึงสมควรที่จะให้องค์กรอื่นคือองค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังนั้น กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีเหตุผลในการทำงานเหมือนกัน

จากการศึกษาข้อมูลของต่างประเทศพบว่าส่วนใหญ่องค์กรที่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเป็นองค์กรตุลาการซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่แล้ว³⁷³ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม ดังนั้น จึงเห็นว่าองค์กรที่เหมาะสมจะเข้ามาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ควรเป็นองค์กรตุลาการ เช่นเดียวกับกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่ทั้งต่างประเทศและประเทศไทยให้เป็นเขตอำนาจขององค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ มิได้ให้รัฐสภาซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนจะเป็นองค์กรตุลาการประเภทใดที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขึ้นอยู่กับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศนั้น โดยหากเป็นประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ก็เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจทั่วไป ส่วนประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ก็เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี

2.3 วิเคราะห์บทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยนับแต่มีรัฐธรรมนูญมาทั้งสิ้น 20 ฉบับ พบว่ามีรัฐธรรมนูญจำนวน 14 ฉบับ ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ในบรรดารัฐธรรมนูญ 14 ฉบับนั้น มีเพียงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพียงฉบับเดียวเท่านั้น ที่ได้มีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบ

³⁷³ ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 22.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แม้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้อาจมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมายอยู่ ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และได้เปลี่ยนมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในสมัยรัฐธรรมนูญ 2540 แต่รัฐธรรมนูญก็มีได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่ประการใด แต่ในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญเองก็มีได้บัญญัติห้ามมิให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายว่า หากมีผู้ใดเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะด้วยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาหรือในด้านกระบวนการตรา จะเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ประการใด

2.3.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้

จากการศึกษารัฐธรรมนูญต่างประเทศพบว่าแม้รัฐธรรมนูญจะมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ในบางประเทศ องค์กรตุลาการก็ได้เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะประเทศที่มีประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ เช่น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดของอินเดีย หรือในประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย

สหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม แต่รัฐธรรมนูญกลับมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาก็ได้เข้ามาวินิจฉัยว่าตนเองมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี *Hollingsworth V. Virginia* เมื่อปี ค.ศ. 1798 เป็นคดีแรก หลังจากนั้น ศาลฎีกาได้เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาอีกหลายครั้ง

อินเดีย รัฐธรรมนูญอินเดียมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ปรากฏว่าศาลสูงสุดของอินเดีย (Supreme Court) ได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอินเดีย โดยการสถาปนาข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น โดยสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (The Basic Structure of the Constitution) ขึ้นมา ศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดย

บรรยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Basic Structure and Framework of the Constitution) ไม่สามารถกระทำได้³⁷⁴ และนับแต่นั้นมาศาลสูงสุดของอินเดียได้อาศัยหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาอีกหลายครั้ง

ออสเตรเลีย รัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้เข้าไปวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยคดี Länder Citizenship ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 เป็นคดีแรก โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งหมด (Total Revision) มิได้หมายความว่าความเฉพาะการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย แต่มีข้อสังเกตว่าการที่ศาลเข้าไปวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมเป็นการเข้าไปวินิจฉัยตรวจสอบในด้านเนื้อหาอยู่ในตัวเอง

เยอรมนี กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี ค.ศ. 1949 ซึ่งมีสถานะเป็นรัฐธรรมนูญของเยอรมนีนั้นมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานเอาไว้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งปวงภายในรัฐทั้งกฎหมายในระดับมลรัฐและกฎหมายระดับสหพันธรัฐ โดยศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายพื้นฐานก็เป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับประเทศไทย ในช่วงเวลาแห่งการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี พ.ศ. 2475 จนมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 19 รัฐธรรมนูญทั้ง 19 ฉบับมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญและควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ คือ ช่วงแรก พ.ศ. 2475 ถึง 2489 เป็นหน้าที่ของรัฐสภา ช่วงที่สอง พ.ศ. 2489 ถึง 2540 เป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ช่วงที่สาม ตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งแรกในปี พ.ศ. 2482 จากนั้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาเป็นระยะ ๆ เรื่อยมา

³⁷⁴ ปุนเทพ ศิริบุบผะ, รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ, หน้า 17.

แต่กลับปรากฏว่าในช่วงเวลาแห่งการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ 18 ฉบับ ยังไม่เคยมีการเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเลยแม้แต่ครั้งเดียว

จนกระทั่งมาถึงช่วงเวลาแห่งการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมีการเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกโดยเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น สองกรณี คือ กรณีแรก การยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 กรณีที่สอง การยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

1) การเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 154

รัฐธรรมนูญมาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภา และนายกรัฐมนตรี มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยในสองประเด็น คือ ร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้ช่องทางตามมาตรา 154 จำนวน 2 ครั้ง คือ

ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2554 ซึ่งเป็นการเสนอให้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 2 ฉบับ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีที่มีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี ฉบับแรกเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 เกี่ยวกับหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ฉบับที่สองเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 93-98 เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนได้เข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภาให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ตามร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ครั้งที่สองในปี พ.ศ. 2556 สมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ก็ได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114) มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด มีจำนวน 200 คน ที่ดำเนินการในช่วงปี 2556 จากนั้นก็มีสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 154 เพื่อวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องทั้ง 2 และมีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2554 และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-35/2556 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2556 วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกันว่ารัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 291 และมาตรา 291 ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยสองมาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทูลเกล้าฯ ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ส่วนมาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั่นคือ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 291 มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้มาตรา 154 ได้ คำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย

เมื่อพิจารณาคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 คำสั่งแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิเสธที่จะเข้ามาพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เสนอตามมาตรา 154 เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ 2550 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งอยู่ในหมวด 8 การควบคุมการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 291 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มิได้กำหนดให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย แต่ในทางตรงกันข้ามหากรัฐธรรมนูญมาตรา 291 บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับกับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ก็ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 154

จากคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 และที่ 34-35/2556 ผู้ศึกษาเห็นประเด็นสำคัญอยู่ 2 ประเด็น ประเด็นแรก ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยรัฐสภาเป็นสิ่งที่ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการโดยรัฐสภา

2) การเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68

รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยห้ามมิให้บุคคลใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศด้วยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 จำนวน 3 ครั้ง คือ

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...)

พุทธศักราช... (เพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่)

เป็นการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นครั้งแรกเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2555 ซึ่งเป็นการเสนอให้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 3 ฉบับ ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีที่มีนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี 1 ฉบับ และเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 2 ฉบับ มีสาระสำคัญในทำนองเดียวกันคือเป็นการจัดให้มีร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ประกอบด้วย 17 มาตรา คือ มาตรา 291/1 ถึงมาตรา 291/17 ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในขณะที่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาในรัฐสภาได้มีผู้ยื่นคำร้อง จำนวน 5 คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 68 ว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ฉบับ ที่ให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับนั้น เป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับขัดกับหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ถือเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทั้ง 5 คำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย และมีคำสั่งให้รัฐสภาการลงมติในวาระที่สามไว้ก่อนจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งหลังจากศาลได้ไต่สวนพยานทั้งสองฝ่ายและพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว ได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นสำคัญ 4 ประเด็น แต่ประเด็นที่เกี่ยวข้องข้องกับการศึกษาในเรื่องนี้ คือ ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการได้ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่สองแล้ว จะมีประเด็นย่อยอยู่ ดังนี้

ก. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

ในประเด็นย่อยนี้อธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั่นคือ มีไว้เพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา การนำไปใช้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของมาตรา 291 เพราะเมื่อทำสำเร็จจะมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้วแทนที่ด้วยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ และรัฐธรรมนูญ 2550 ได้มาจากการลงประชามติของประชาชน หากจะร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็ควรที่จะถามความเห็นจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อนโดยผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

และเมื่อพิจารณาทฤษฎีทางวิชาการแล้วจะเห็นได้ว่ารัฐสภาเป็นเพียงองค์กรผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัดที่มีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงมีอำนาจเฉพาะเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ในกรณีนี้รัฐสภามีเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่กลับใช้อำนาจนั้นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เสมือนว่ารัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญด้วยในขณะเดียวกัน ซึ่งในประเด็นนี้เองเห็นว่ารัฐสภาจงใจใช้อำนาจเกินไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำได้ และเริ่มมาตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว

ข. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ผ่านการออกเสียงประชามติเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2550 ด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้มาใช้บังคับ จำนวน 14.7 ล้านเสียง คิดเป็นร้อยละ 57.81 ของผู้มาออกเสียงลงประชามติทั้งสิ้น 25.9 ล้านเสียง จึงถือว่ารัฐธรรมนูญ 2550 ได้รับความเห็นชอบจากประชาชนเสียงข้างมากซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาจึงต้องให้ความเคารพต่อเจตจำนงของประชาชนที่มีต่อรัฐธรรมนูญ 2550 การที่รัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะใช้อำนาจนั้นแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2550 อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตจำนงของประชาชนที่ออกเสียงประชามติเห็นชอบกับรัฐธรรมนูญฉบับนี้

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ นั่นคือ จะต้องจัดให้ประชาชนลงประชามติว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่เสียก่อน หากผลการออกเสียงประชามติประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญ 2550 รัฐสภาจึงจะสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้

เมื่อวิเคราะห์ในประเด็นย่อยที่สองนี้แล้วก็มีคำถามเกิดขึ้นว่า หากจะจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนว่าประชาชนจะเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามร่างที่ที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองแล้ว และเมื่อประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบแล้ว รัฐสภาจึงนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สามว่าจะเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่นนี้สามารถทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนแล้ว คือ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่รัฐสภาได้ดำเนินการมาก่อนหน้านั้นไม่ชอบ หากจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนเป็นอันดับแรก ว่าประชาชนจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนรัฐธรรมนูญ 2550 หรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาจึงจะเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่รอการลงมติในวาระที่สามนี้ไม่อาจนำมาลงมติในวาระที่สามได้อีกต่อไป และไม่สามารถจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนแล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้มาลงมติในวาระที่สามได้ นั่นคือจะต้องเริ่มกระบวนการใหม่ทั้งหมดโดยเริ่มจากการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อน

(2) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114)

เป็นการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นครั้งที่สอง เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นการเสนอให้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 1 ฉบับ คือ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114) ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเพื่อไทย และคณะ มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งทั้งหมด มีจำนวน 200 คน จากเดิมที่สมาชิกวุฒิสภามีจำนวน 150 คน มาจากการเลือกตั้งจังหวัดละ 1 คน ที่เหลือมาจากการสรรหา และยังได้แก้ไขเกี่ยวกับคุณสมบัติและ

ลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภาด้วย เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ได้มีผู้ยื่นคำร้อง จำนวน 4 คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 68 ว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ ถือเป็นกรกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 คำร้องของผู้ร้องทั้งสี่ มีข้อโต้แย้งว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในด้านกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ที่ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องทั้ง 4 คำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย หลังจากศาลได้ไต่สวนพยานทั้งสองฝ่ายและพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว ได้มีคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2556 โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นสำคัญ 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ ประการแรก ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาพิจารณาพิจารณาเป็นคณะฉบับกับร่างที่เสนอต่อประธานรัฐสภา โดยมีการนำร่างมาแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาแตกต่างไปจากร่างเดิมอย่างมีนัยสำคัญ ประการที่สอง การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลัง ประการที่สาม การแสดงตนและลงมติของสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีการใช้บัตรออกเสียงลงคะแนนแทนกัน

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขที่มา คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภากลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏมาแล้วในอดีต นำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติในวุฒิสภา เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในสองประเด็นดังกล่าวแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยด้วยเสียงข้างมากกว่า 1) การพิจารณาและลงมติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้ถูกร้องทั้งหมดในคดีนี้ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ 2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ฉบับนี้มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

เมื่อพิจารณาในแง่เนื้อหาแล้ว วุฒิสภาเป็นสภาหนึ่งที่ทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ วุฒิสภาย่อมมีความสำคัญในการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร รวมถึงการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน ผ่านการตรากฎหมาย และการพิจารณาให้ความเห็นชอบเรื่องต่าง ๆ ในที่ประชุมรัฐสภา รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย แต่ในช่วงระยะเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ 2540 นั้น พบว่าสมาชิกวุฒิสภาที่มีมาจากการเลือกตั้งทั้งหมดเช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีสมาชิกวุฒิสภาเป็นเครือญาติกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อาทิ เป็นสามี ภริยา บิดา มารดา หรือบุตร ทำให้เกิดการรวมกันเข้าเป็นฝ่ายเดียวกันในการให้การสนับสนุนรัฐบาล จนวุฒิสภาในยุคนั้นถูกตั้งฉายาว่าเป็นสภาหมอนข้างหรือสภาผู้เฒ่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2550 จึงต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยเปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาออกเป็นสองประเภท คือ สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง กับสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหาอย่างละครึ่ง โดยผลการออกเสียงประชามติของประชาชนเสียงข้างมากก็เห็นชอบด้วยกับรัฐธรรมนูญ 2550 นั่นคือ ประชาชนยอมเห็นด้วยกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา 2 ประเภทดังกล่าว

แต่ปรากฏว่ารัฐสภามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้กลับไปเหมือนเดิมตามรัฐธรรมนูญ 2540 คือมาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว อันมีที่มาเหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระ ซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

(3) ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190)

เป็นการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นครั้งที่สาม เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นการเสนอให้วินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 1 ฉบับ คือ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่...) พุทธศักราช...(แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 190) ที่เสนอโดยนายประสิทธิ์ โปธสุธน สมาชิกวุฒิสภา และคณะ มีเนื้อหาเป็นการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ ในวาระที่สามเสร็จสิ้นแล้ว ได้มีผู้ยื่นคำร้อง จำนวน 1 คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 68 ว่าการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ ถือเป็นกรกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คำร้องของผู้ร้อง มีข้อโต้แย้งว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในด้านกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ที่ว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อบังคับการประชุมรัฐสภา

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัย หลังจากศาลได้ไต่สวนพยานทั้งสองฝ่ายและพิจารณาพยานหลักฐานต่าง ๆ แล้ว ได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ลงวันที่ 8 มกราคม 2557 โดยศาลได้วินิจฉัยประเด็นสำคัญ 2 ประเด็น คือ

ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก การที่ที่ประชุมรัฐสภารวบรัดปิดการอภิปรายในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ โดยการใช้มติเสียงข้างมาก เป็นการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากอย่างไม่เป็นธรรม ขัดต่อหลักนิติธรรม การปิดอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง การที่ประธานรัฐสภากำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลัง

ประเด็นที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเป็นการแก้ไขให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการตีความแก่คณะรัฐมนตรีว่าหนังสือสัญญาใดที่คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอให้ที่ประชุมรัฐสภาเห็นชอบ ย่อมเป็นการเพิ่มอำนาจให้คณะรัฐมนตรีมากยิ่งขึ้นในการใช้ดุลพินิจในการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ อันถือเป็นเรื่องที่สำคัญต่อประเทศ โดยคณะรัฐมนตรีอาจไม่ต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน จึงถือเป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาลง การกระทำของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 อันเป็นการกระทำเพื่อให้คณะรัฐมนตรีได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน

รัฐธรรมนูญนี้ นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้เป็นการตัดเนื้อหาที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็นในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญและทำลายความเสมอภาคในการได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 87 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มา ซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 3 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 เป็นคำวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 คำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 เป็นการวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในประเด็นเกี่ยวกับที่มา คุณสมบัติ และลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภา และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 เป็นการวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน แล้ว จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ส่วนคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 และคำวินิจฉัยที่ 1/2557 ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหา และในด้านกระบวนการตรา

3) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550

เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับการเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 ทั้ง 3 ครั้งแล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มิได้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญ 2550 ที่กล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เลย โดยเฉพาะมาตรา 291 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ หรือบทบัญญัติในส่วนที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเสมือนเป็นช่องว่างของรัฐธรรมนูญประการหนึ่งที่จะมีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่กลับมิได้กำหนดกลไกสำหรับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญไว้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของต่างประเทศหลายประเทศ ได้กำหนดบทบัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วย

เมื่อรัฐธรรมนูญ 2550 มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยประชาชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ครั้ง จึงใช้ช่องทางตามมาตรา 68 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณีนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในประเด็นนี้วิเคราะห์ได้ว่าปัญหาเกิดจากช่องว่างทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญ 2550 เอง ที่ขาดบทบัญญัติในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้ที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่มีช่องทางอื่นแล้ว จึงต้องยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 แต่หากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ผู้ที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะยื่นคำร้องตามบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 68 ผู้ศึกษาวิเคราะห์ว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2550 แม้จะได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 291 แต่มาตรา 291 เองกลับไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ รวมทั้งไม่มีมาตราอื่นใดที่บัญญัติเรื่องนี้ไว้เลย แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 68 จะมีใช้บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังเป็นเพียงช่องทางเดียวที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปตรวจสอบได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นได้กระทำไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณีนั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก ประกอบกับมีข้อเท็จจริงพฤติการณ์ และความเห็นของประชาชนและนักวิชาการส่วนหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาส่วนหนึ่งทั้งที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณีนั้น น่าจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสมาชิกรัฐสภาที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณีนั้นได้ทักท้วงผ่านอภิปรายให้ความเห็นในที่ประชุมรัฐสภาในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว แต่สมาชิกรัฐสภาเสียงข้างมากก็มิได้รับฟังการทักท้วงและเหตุผลของสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อย จนรัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่สองหรือวาระที่สามแล้วแต่กรณี หากศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเพื่อระงับยับยั้งการกระทำดังกล่าว อาจเกิดผลเสียอย่างใหญ่หลวงตามมาได้เมื่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 ฉบับมีผลบังคับใช้แล้ว และยากที่จะแก้ไขให้กลับคืนดังเดิมได้ ดังที่ปรากฏถ้อยคำทำนองนี้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามคำวินิจฉัยที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา

ในด้านกระบวนการตรานั้น เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 291 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ตั้งแต่เริ่มต้นจนสิ้นสุดกระบวนการ โดยบัญญัติไว้คล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา ซึ่งมีเนื้อหาเพียงคร่าว ๆ เท่านั้น มิได้บัญญัติไว้โดยละเอียด ส่วนรายละเอียดของกระบวนการหรือขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้นำไปบัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ทั้งในเรื่องการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม การพิจารณาและการลงมติในแต่ละวาระ การกำหนดวันแปรญัตติ ซึ่งรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะบัญญัติในลักษณะนี้มานานแล้ว เนื่องจากหากจะบัญญัติรายละเอียดของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งหมดย่อมจะทำให้รัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหามากจนเกินไป รัฐธรรมนูญจึงให้อำนาจรัฐสภาตราข้อบังคับการประชุมรัฐสภาขึ้นเพื่อกำหนดวิธีการประชุมรัฐสภาเพื่อดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ไว้ รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการที่รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภาได้บัญญัติกระบวนการหรือขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้นี้เอง ถือเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา ดังนั้น การประชุมรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนด หากการดำเนินการในขั้นตอนใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภาเพียงอย่างใดอย่างหนึ่งก็ย่อมจะเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบ

เกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีประเด็นพิจารณาว่า ในเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติขั้นตอนหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้ว และข้อบังคับการประชุมรัฐสภาก็ได้บัญญัติขั้นตอนหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยได้บัญญัติลงในรายละเอียดด้วย หากเกิดกรณีที่มีการทักท้วงโดยสมาชิกรัฐสภาเอง หรือโดยประชาชนว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้ ใครจะเป็นผู้วินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภาหรือไม่ประการใด

ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าในเบื้องต้นรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยสมาชิกรัฐสภาที่เห็นว่ากระบวนการใดที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสหาย่อมสามารถเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภาในที่ประชุมรัฐสภาได้ โดยประธานรัฐสภาอาจวินิจฉัยเอง หรืออาจให้ที่ประชุมรัฐสภาลงมติเพื่อวินิจฉัยก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้รัฐสภาวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ที่รัฐสภาได้ดำเนินการไปนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภานั้น เป็นสิ่งที่ขัดแย้งกันอยู่ในตัวเองอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐสภาผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะตีความว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตนเองนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภา หากสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างมากเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สมาชิกเสียงข้างมากนั้นย่อมต้องวินิจฉัยผ่านการลงมติว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการผ่านมานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ด้วยเหตุดังกล่าว การตรวจสอบว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมรัฐสภาหรือไม่ สมควรต้องเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก เพื่อเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่ของรัฐสภา ซึ่งหลายประเทศรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ

ในด้านเนื้อหา นั้น แม้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้ง 3 กรณี คือ กรณีแรก การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 291 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กรณีที่สอง การแก้ไขเรื่องจำนวนและที่มา รวมถึงคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภา และกรณีที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 บทบัญญัติว่าด้วยการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ จะมีได้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 291 ก็ตาม ซึ่งมาตรา 291 ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาด โดยสองเรื่องนี้ถือเป็นรากฐานสำคัญของประเทศไทยและเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในสองเรื่องดังกล่าวโดยเด็ดขาด นั่นคือ นอกจากสองเรื่องนี้แล้ว บทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้

อย่างไรก็ตาม ผู้ศึกษาเห็นว่ามิได้หมายความว่าบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญจะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด รัฐสภาผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะต้องใช้อำนาจนั้นอย่างเหมาะสมโดยเคารพต่อเจตนารมณ์ของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้ลงประชามติเห็นชอบรัฐธรรมนูญ 2550 ด้วย

มาตรา 291 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ใช้ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เกือบทุกเรื่อง ยกเว้นเรื่องรัฐธรรมนูญห้ามไว้อย่างเด็ดขาด 2 เรื่องที่ได้กล่าวไปแล้ว โดยมาตรานี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อจำกัดในทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรานี้ไว้เพื่อใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราเท่านั้น มิได้มีไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ดังนั้น การที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ย่อมเป็นกรณีที่รัฐสภาซึ่งมีเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับใช้

อำนาจนั้นเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงใช้อำนาจเกินกว่ากรอบอำนาจที่ตนเองมี

ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับวุฒิสภานั้น ในเมื่อวุฒิสภาเป็นสภาหนึ่งที่ทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ วุฒิสภาย่อมมีความสำคัญในการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร รวมถึงการตรวจสอบถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน ผ่านการตรากฎหมาย และการพิจารณาให้ความเห็นชอบเรื่องต่าง ๆ ในที่ประชุมรัฐสภา รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย แต่ในช่วงระยะเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ 2540 นั้น พบว่าสมาชิกวุฒิสภามีที่มาจาก การเลือกตั้งทั้งหมดเช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีสมาชิกวุฒิสภาเป็นเครือญาติกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อาทิ เป็นสามี ภริยา บิดา มารดา หรือบุตร ทำให้เกิดการรวมกันเข้าเป็นฝ่ายเดียวกันในการให้การสนับสนุนรัฐบาล จนรัฐบาลในยุคนั้นมีความเข้มแข็งมาก ไม่อาจถูกตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และวุฒิสภาในยุคนั้นถูกตั้งฉายาว่าเป็นสภาหมอนข้างหรือสภาผิวเมีย ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2550 จึงต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาออกเป็นสองประเภท คือ สมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การเลือกตั้ง กับสมาชิกวุฒิสภาที่มาจาก การสรรหาอย่างละครึ่ง โดยผลการออกเสียงประชามติของประชาชนเสียงข้างมากก็เห็นชอบด้วยกับรัฐธรรมนูญ 2550 นั่นคือ ประชาชนย่อมเห็นด้วยกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา 2 ประเภทดังกล่าว

แต่ปรากฏว่ารัฐสภามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้กลับไปเหมือนเดิมตามรัฐธรรมนูญ 2540 คือมาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว อันมีที่มา เหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระ ซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง

ส่วนกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 190 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา กับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ก็เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญเรื่องหนึ่ง เนื่องจากเป็นการยอมให้ประเทศไทยเข้าผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศผ่านการทำสนธิสัญญา อนุสัญญา กับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ และเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อภาคประชาชน สังคม เศรษฐกิจภายในประเทศอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้หนังสือสัญญาต่าง ๆ ที่รัฐบาลจะไปทำกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้น จะต้องนำมาให้ที่ประชุมรัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน เพื่อให้รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุล ฝ่ายบริหารมิให้ดำเนินการตามอำเภอใจ บทบัญญัติในเรื่องนี้จึงมีความสำคัญ แต่ปรากฏว่ารัฐสภาได้

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เพื่อเพิ่มอำนาจให้กับรัฐบาลในขณะเดียวกันก็เป็นการลดอำนาจรัฐสภาในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มา ซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2550 ทั้ง 3 กรณี คือ บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 291 บทบัญญัติเกี่ยวกับวุฒิสภา และบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ในมาตรา 190 ล้วนเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญ แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมก็ต้องอยู่ในกรอบและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ทั้งในด้านเนื้อหาและกระบวนการตรา และยังต้องเคารพถึงเจตจำนงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้ลงประชามติเห็นชอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มิใช่ว่ารัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้

แต่เมื่อรัฐสภาได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณี โดยอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภา และมีได้ฟังเสียงคัดค้านทั้งของสมาชิกรัฐสภาในที่ประชุมรัฐสภา หรือเสียงคัดค้านจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กรณี จึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาทั้ง 3 กรณี โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68

การที่มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาทั้ง 3 กรณี โดยใช้ช่องทางตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 68 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ หาใช่บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญ 2550 นั้นมีช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้ตราบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ เมื่อเกิดประเด็นปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ดำเนินการไปนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาหรือในด้านกระบวนการตรา ผู้คัดค้านก็ไม่อาจเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง จึงต้องอาศัยการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

2.3.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1) วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 และปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าว

(1) วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560

จากที่กล่าวมาแล้วว่ารัฐธรรมนูญ 2550 มีช่องว่างทางกฎหมายในเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติ ในเรื่องดังกล่าวไว้ ต่อมาช่องว่างทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้รับการแก้ไขในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ฉบับต่อมาคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือเป็น รัฐธรรมนูญของไทยฉบับแรกที่ได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) ว่า “(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของ สมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกัน เสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่าง รัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่อง ดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อ พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) แล้ว ผู้ศึกษาขอวิเคราะห์ในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

ก. ลักษณะของการตรวจสอบ

บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (9) นั้น มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีใช้บังคับให้ต้อง ดำเนินการตรวจสอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง หากแต่จะมีการตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อผู้ เสนอเรื่องให้ตรวจสอบเท่านั้น

ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ควรเป็นบทบังคับที่จะต้องมีการ ตรวจสอบทุกครั้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้เสนอให้มีการตรวจสอบ เนื่องจาก การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่สำคัญ เมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สาม แล้ว ก่อนที่จะนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ต้องมีการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยสมควรกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 2 กรณี คือ

ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการ ตรา เป็นการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้ดำเนินการไปตามกระบวนการที่ รัฐธรรมนูญรวมถึงข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้หรือไม่ เนื่องจากในช่วงเวลาที่มีการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 มีหลายกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่ารัฐสภาได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมีกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลายขั้นตอน

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา เห็นว่ามีความจำเป็นจะต้องกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบเช่นกัน แต่จำกัดให้ตรวจสอบได้เฉพาะ 2 ประเด็น คือ (1) ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อมาตรา 255 คือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ที่เป็นข้อห้ามหรือมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด หรือไม่ และ (2) ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่มีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนหรือไม่ เนื่องจากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามมาตรา 255 นั้น เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาด และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาตามมาตรา 256 (8) นั้น เป็นเรื่องที่สำคัญรองลงมาจากมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ จะแก้ไขเพิ่มเติมได้จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อน ดังนั้น จึงสมควรกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 2 ประเด็นดังกล่าว โดยมีผู้มีผู้เสนอให้ตรวจสอบแต่อย่างไร

เหตุที่มีความจำเป็นต้องกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 2 กรณีที่กล่าวมา ทุกครั้งโดยไม่ต้องมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบ เนื่องจากหากไม่กำหนดเป็นบทบังคับ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) แล้ว หากเกิดกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใด หรือหลายขั้นตอน หรือการแก้ไขเพิ่มเติมที่ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ที่จะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนแล้ว แต่ไม่มีผู้เสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบและวินิจฉัยได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา หรือในด้านกระบวนการตรา หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตราก็ตาม ส่งผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญถูกนำไปประกาศใช้บังคับ และอาจเกิดปัญหาตามมาในอนาคตอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และหากไม่กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหา หรือข้อจำกัดในด้านกระบวนการตรา ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ก็อาจไร้ผลใช้บังคับในทางปฏิบัติได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจทำตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ สมาชิกสภาเสียงข้างมาก แต่ละเลยเสียงข้างน้อย รวมถึงไม่คำนึงถึงความเห็นของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด

ข. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของสองสภารวมกันเสนอเรื่องผ่านประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ดังนี้

- 1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร
- 2) สมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา
- 3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภารวมกัน

การเสนอเรื่องสมาชิกจะต้องเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานสภาของตน แล้วประธานสภาจึงจะส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า หากจะไม่แก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้เป็นบทบังคับที่จะต้องมีการตรวจสอบทุกครั้งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้เสนอให้มีการตรวจสอบแล้ว ก็สมควรที่จะเพิ่มผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบ โดยควรให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเข้าชื่อกันเพื่อเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยมีเหตุผลคือ ในเมื่อรัฐธรรมนูญให้สิทธิประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 มีสิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ เช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภา และรัฐธรรมนูญให้สิทธิสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อกันเพื่อเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ก็สมควรให้สิทธิประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีสิทธิในเรื่องนี้เช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภา ส่วนจำนวนประชาชนที่จะเข้าชื่อกันเพื่อเสนอเรื่องได้ก็ให้มีจำนวนครึ่งหนึ่งของจำนวนประชาชนที่สามารถเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ คือ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง จำนวนไม่น้อยกว่า 25,000 คน ที่เสนอจำนวนนี้เนื่องจากพิจารณาจากจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มีสิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเปรียบเทียบกับจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มีสิทธิเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ³⁷⁵

³⁷⁵ รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (1) กำหนดจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มีสิทธิเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ส่วนมาตรา 256 (9) กำหนดจำนวนสมาชิกรัฐสภาที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

ค. ระยะเวลาที่จะเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะเสนอได้ภายในระยะเวลา 15 วันนับแต่วันที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

เมื่อพิจารณาระยะเวลาที่จะเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบก่อนประกาศใช้เท่านั้น ในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าหากมิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้เป็นบทบังคับที่จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ โดยไม่ต้องมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบแล้ว ก็สมควรที่จะเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบหลังประกาศใช้แล้วได้ด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศบางประเทศก็ได้เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ เช่น ฮังการี และมีความเป็นไปได้ที่จะไม่มีการเสนอเรื่องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ แต่ภายหลังเมื่อใช้บังคับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว หากพบว่าเกิดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นความชอบในด้านเนื้อหาหรือในด้านกระบวนการตรา การแก้ไขปัญหาก็ทำได้ยาก เนื่องจากจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งทำได้ยากและใช้เวลานาน ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้แล้วด้วย

ง. สิ่งที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

ตามรัฐธรรมนูญ 2560 สิ่งที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาเท่านั้น ไม่อาจเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานั้น ประกอบด้วย

ก) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ขัดต่อมาตรา 255 คือ มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือไม่

ข) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำประชามติ เนื่องจากเป็นการแก้ไขดังต่อไปนี้หรือไม่

(1) แก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป

(2) แก้ไขเพิ่มเติม หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือ

(3) แก้ไขเพิ่มเติม หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(4) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้

ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

(5) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจขององค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาแล้ว อาจยังมีช่องว่างอยู่ เนื่องจากการตรวจสอบในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้นั้น อาจไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากอาจมีเนื้อหาบางเรื่องหรือบางประการในรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องสำคัญหรือหลักการสำคัญที่ไม่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ เรียกได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาโดยปริยาย แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้ หรือมิได้กำหนดให้มีการตรวจสอบ ยกตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติจากที่มีสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร กับวุฒิสภา แก้ไขให้เหลือสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว โดยยกเลิกวุฒิสภา ซึ่งเป็นการทำลายหลักการตรวจสอบถ่วงดุลภายในฝ่ายนิติบัญญัติระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาด้วยตนเอง หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตราที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้ อาจเป็นการแก้ไขที่มีผลเป็นการลดทอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นการแก้ไขที่ไม่เหมาะสมไม่อาจกระทำได้ รวมถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจคาดไม่ถึง จึงมิได้นำมาเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าสมควรเพิ่มเติมข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำประชามติเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อน ตามมาตรา 256 (8) เพิ่มขึ้นจากเดิมที่กำหนดไว้ 5 กรณี โดยเพิ่มอีก 3 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา

กรณีที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

กรณีที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ

สำหรับการเพิ่มข้อจำกัดในด้านเนื้อหากรณีที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยในด้านเนื้อหาได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญมีอยู่หลายประการ ไม่สามารถนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) ได้ทั้งหมด และไม่อาจคาดเดาได้ว่าในอนาคตจะมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใดที่ส่งผลกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญบ้าง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเข้ากรณีหนึ่งกรณีใดใน 3 กรณีนี้ มิใช่ว่าจะแก้ไขไม่ได้ แต่มีเงื่อนไขว่าจะต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนว่าจะเห็นชอบให้แก้ไขหรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบให้แก้ไขจึงจะแก้ไขได้

การเพิ่มข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำประชามติเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อน ตามมาตรา 256 (8) เพิ่มขึ้น 3 กรณี ตามที่ผู้ศึกษาเสนอนั้น เพื่อจะได้นำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาใน 3 กรณีดังกล่าวได้ ทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานั้นครอบคลุมในเรื่องที่สำคัญของรัฐธรรมนูญได้ดียิ่งขึ้น และมีได้เป็นการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไปอย่างไม่เหมาะสม เนื่องจาก แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็น การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็มีผลเพียงให้ต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนว่าจะเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่เท่านั้น แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นตกไปเพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาแต่อย่างใด เพราะผู้ที่เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็น การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ คือประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผ่านการออกเสียงประชามติ

สำหรับสิ่งที่ควรจะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากการตรวจสอบในด้านเนื้อหาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าสมควรตรวจสอบในด้านกระบวนการตราด้วย ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า บางประเทศจะให้ตรวจสอบได้ทั้งในด้านเนื้อหาและด้านกระบวนการตรา เช่น รัฐธรรมนูญโรมาเนีย บางประเทศก็ให้ตรวจสอบได้เฉพาะในด้านกระบวนการตรา เช่น ตุรกี ฮังการี แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นให้ความสำคัญกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราไว้ด้วย ประการที่สอง บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยนั้น นอกจากจะบัญญัติข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้แล้ว ยังได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนต่าง ๆ ไว้ด้วย นอกจากนี้ กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติขยายความไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภาอีกด้วย ดังนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเอง และที่บัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ย่อมถือเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นไปตามที่

รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้ หากมีขั้นตอนใดขัดหรือไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา แต่ถ้าไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้ บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชั้นก็จะไร้ผล เนื่องจากไม่สามารถขอให้มีการตรวจสอบได้ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมาหลายกรณีในช่วงปี 2556 ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยว่ามีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางขั้นตอนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2) วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ก็บกรณีก่อเกิดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราหรือในด้านเนื้อหา อย่างที่เคยเกิดขึ้นในสมัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550

ในเรื่องนี้ ผู้ศึกษาจะนำกรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้นในช่วงเวลาแห่งการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ 2550 ไม่ว่าจะ เป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาหรือในด้านกระบวนการตรา และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้ว มาวิเคราะห์ว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 จะสามารถเข้าไปตรวจสอบได้หรือไม่ประการใด โดยการวิเคราะห์ในเรื่องนี้จะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา และบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์ประกอบด้วย ดังนี้

(1) กรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา

เกี่ยวกับกรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา ที่เคยเกิดขึ้นในสมัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 นั้น สามารถแบ่งออกเป็นเรื่องต่าง ๆ ได้ดังนี้

ก. การสืบเปลี่ยนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เสนอในปี 2556 คือ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร โดยที่ผู้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อประธานรัฐสภาแล้ว โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการของรัฐสภา แต่ต่อมาผู้เสนอได้มีการแก้ไขหลักการและเนื้อหาแห่งร่างแตกต่างไปจากเดิมที่เสนอครั้งแรกแล้วนำไปสืบเปลี่ยนกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เคยเสนอไว้ครั้งแรก โดยแนบรายชื่อสมาชิกรัฐสภาที่ลงชื่อร่วมเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมไปด้วย โดยมีได้มีการส่งร่างที่แก้ไขใหม่ให้สมาชิกรัฐสภาที่ร่วมลงชื่อเสนอร่างตรวจสอบดูก่อนว่า

จะเห็นชอบด้วยการแก้ไขร่างหรือไม่ มีผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมที่พิจารณาในรัฐสภาเป็นคนละฉบับกับร่างที่เสนอในครั้งแรก และมีเนื้อหาแตกต่างกัน

ในกรณีการสับเปลี่ยนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2550 และ 2560 เกี่ยวกับการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น บัญญัติไว้เพียงว่าใครที่มีสิทธิเสนอเท่านั้น มิได้บัญญัติไว้ถึงขั้นที่ว่าหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากเดิมที่เสนอในครั้งแรกแล้วจะต้องดำเนินการอย่างไร แต่ในการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี 2556 เกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร นั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 291 (1) ซึ่งจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแม้มิได้บัญญัติไว้ละเอียดถึงขั้นนั้น แต่ก็เป็นที่เข้าใจได้ว่า หากมีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อประธานรัฐสภาไปแล้วหากผู้เสนอต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการหรือเนื้อหาของร่างให้แตกต่างไปจากร่างเดิม ซึ่งมีใช้การขอแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยที่ไม่มีผลทำให้หลักการ หรือสาระสำคัญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเปลี่ยนไปจากเดิม ก็ย่อมจะต้องนำไปให้สมาชิกวุฒิสภาที่เข้าชื่อเสนอร่างรับรู้อและยินยอมพร้อมทั้งลงชื่อให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างด้วย เหตุการณ์นี้เป็นที่มาของการเพิ่มเติมเนื้อหาดังกล่าวไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 118 ว่า “ในกรณีที่มีการขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ก่อนที่ประธานรัฐสภาสั่งบรรจุร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเข้าระเบียบวาระการประชุมรัฐสภา ให้ผู้เสนอที่ลงชื่อไว้เดิมทุกคนร่วมลงชื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เว้นแต่เป็นการขอแก้ไขเพิ่มเติมเล็กน้อยที่ไม่มีผลทำให้หลักการตามข้อ 114 (1) หรือสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเปลี่ยนไปจากเดิม”

ดังนั้น เห็นว่าข้อบังคับการประชุมรัฐสภาฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเพิ่มเติมการดำเนินการเกี่ยวกับกรณีที่มีการขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แล้วเพื่อป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์สับเปลี่ยนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมิชอบอีก

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อบังคับการประชุมรัฐสภาจะได้บัญญัติป้องกันกรณีดังกล่าวไว้แล้วก็ตาม เหตุการณ์เช่นว่านี้ก็มีโอกาสอาจเกิดขึ้นอีกในอนาคต หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) ก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้เท่านั้น มิได้บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้แต่อย่างใด

ข. การกำหนดเวลาแปรญัตติไม่ชอบ

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับที่เสนอในปี 2556 คือ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ ที่เสนอโดยนายประสิทธิ์ โพธิ์สุธน และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 68 และ

มาตรา 237 ที่เสนอโดยนายติเรก ถึงฝั่ง เมื่อรัฐสภารับหลักการแห่งร่างทั้ง 3 ฉบับไว้พิจารณาในวาระที่หนึ่งและตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับแล้ว ได้มีสมาชิกรัฐสภาเสนอกำหนดเวลาแปรญัตติ 15 วัน กับ 60 วัน ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภาต้องมีการลงมติเพื่อตัดสินว่าจะใช้กำหนดเวลาแปรญัตติ 15 หรือ 60 วัน แต่ในขั้นตอนการตรวจสอบองค์ประชุม นั้นมีสมาชิกแสดงตนไม่ครบองค์ประชุม ประธานรัฐสภาจึงได้วินิจฉัยให้กำหนดเวลาแปรญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ 15 วันนับแต่วันที่รัฐสภารับหลักการร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วสั่งปิดประชุม แต่มีผู้ทักท้วงว่าการกำหนดวันแปรญัตติดังกล่าวไม่ชอบ ประธานรัฐสภาจึงได้นัดประชุมรัฐสภาอีกครั้งหลังจากวันที่รับหลักการ 14 วัน ผลการลงมติเสียงข้างมากให้แปรญัตติ 15 วัน แต่ประธานรัฐสภาได้สรุปว่าให้เริ่มต้นกำหนดวันแปรญัตตินับแต่วันที่สภารับหลักการ ซึ่งเป็นการกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลัง ทำให้เหลือระยะเวลาการแปรญัตติอีกเพียง 1 วันเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการกำหนดวันแปรญัตติเช่นนี้ขัดข้อบังคับการประชุมรัฐสภา จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้ประธานสภา มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของสภานั้น ๆ ให้เป็นไปตามข้อบังคับ และยังขัดต่อหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง

เกี่ยวกับกำหนดเวลาแปรญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560 แล้ว มิได้บัญญัติเรื่องกำหนดเวลาแปรญัตติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีการบัญญัติไว้ในข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 96 และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 124 โดยมีเนื้อหาเหมือนกันทุกประการ โดยกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาสามารถเสนอคำแปรญัตติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่อประธานคณะกรรมการได้ภายในกำหนด 15 วันนับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการแห่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เว้นแต่รัฐสภาจะกำหนดเวลาแปรญัตติเป็นอย่างอื่น นั่นคือ กำหนดเวลาแปรญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ตามปกติจะเป็น 15 วัน แต่หากมีการเสนอเป็นอย่างอื่นที่มีใช่ 15 วัน และสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างมากเห็นชอบด้วย กำหนดเวลาแปรญัตติก็จะเป็นไปตามมติที่ประชุม โดยนับตั้งแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการแห่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อบังคับการประชุมรัฐสภาฉบับปัจจุบันจะได้บัญญัติเกี่ยวกับกำหนดเวลาแปรญัตติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจนแล้วก็ตาม หากเกิดกรณีที่มีการกำหนดวันแปรญัตติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นในอนาคต บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) ก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้เท่านั้น มิได้บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้แต่อย่างใด

ค. การแสดงตนและลงมติไม่ชอบ

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุทุมเมธ รัตนเสถียร โดยได้มีข้อมูลปรากฏว่ามีสมาชิกรัฐสภา

ท่านหนึ่งได้ใช้บัตรออกเสียงลงคะแนนอิเล็กทรอนิกส์ของสมาชิกรัฐสภาคนอื่นอีกหลายท่านในการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เนื่องจากรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 126 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “สมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน ...” แสดงให้เห็นว่าการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกรัฐสภาเป็นเรื่องเฉพาะตัวที่ต้องกระทำด้วยตนเอง นอกจากนี้ มาตรา 122 บัญญัติให้สมาชิกต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนั้น ในการประชุมรัฐสภา เมื่อมีกรณีที่ต้องแสดงตนและลงมติ สมาชิกรัฐสภาจะต้องแสดงตนและลงมติด้วยตนเอง จะแสดงตนและลงมติแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นมิได้ การที่มีสมาชิกรัฐสภาออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นจึงถือเป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริตไม่เป็นเจตนาธรรมเนียมของรัฐธรรมนูญ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 122 และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เมื่อมีการออกเสียงลงคะแนนที่มีข้อสงสัยว่ากระบวนกรพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิชอบ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกรัฐสภาแล้ว รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 126 วรรคสาม และรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 120 วรรคสาม บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน คือ “สมาชิกคนหนึ่งย่อมมีเสียงหนึ่งในการออกเสียงลงคะแนน ...” ส่วนข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 มิได้บัญญัติในกรณีดังกล่าวไว้ แต่ก็เป็นที่น่าเข้าใจกันอยู่แล้วว่าสมาชิกรัฐสภาจะออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาคนอื่นมิได้ ส่วนข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 55 วรรคสาม ได้บัญญัติไว้ว่า “การออกเสียงลงคะแนนจะกระทำแทนกันมิได้” เป็นข้อความที่เพิ่มขึ้นมาจากเดิม เพื่อยืนยันให้ชัดเจนว่าสมาชิกรัฐสภาจะออกเสียงลงคะแนนแทนสมาชิกรัฐสภาผู้อื่นมิได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าข้อบังคับการประชุมรัฐสภาฉบับปัจจุบันจะได้บัญญัติเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิกรัฐสภาว่าจะกระทำแทนกันมิได้ก็ตาม หากเกิดกรณีที่มีการออกเสียงลงคะแนนแทนกันขึ้นในอนาคต บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) ก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้เท่านั้น มิได้บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนกรตราได้แต่อย่างใด

ง. การปิดอภิปรายในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับที่เสนอในปี 2556 คือ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ ที่เสนอโดยนายประสิทธิ์ โพธิ์สุชน และร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 68 และ

มาตรา 237 ที่เสนอโดยนายดิเรก ถึงฝั่ง โดยจะใช้เวลาอภิปรายทั้งหมด 38 ชั่วโมง ตามที่ คณะกรรมการประสานงานพรรคร่วมรัฐบาล คณะกรรมการประสานงานพรรคร่วมฝ่ายค้าน และ คณะกรรมการประสานงานวุฒิสภา ได้หารือจนได้ข้อตกลงร่วมกันแล้ว แต่ปรากฏว่าเมื่อได้พิจารณา มาเป็นเวลาเกือบ 30 ชั่วโมง เหลือเวลาอภิปรายอีกกว่า 8 ชั่วโมง ได้มีสมาชิกรัฐสภาเสนอญัตติเพื่อขอ ปิดอภิปราย โดยมีสมาชิกรัฐสภาอีกฝ่ายเสียงข้างน้อยทักท้วง แต่ประธานรัฐสภาได้สั่งให้มีการลงมติ โดยเสียงข้างมากให้ปิดการอภิปราย ประธานรัฐสภาจึงสั่งให้ปิดอภิปรายและให้สมาชิกรัฐสภาออก เสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ กรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง กระบวนการพิจารณา แก้ไขในเรื่องที่สำคัญดังกล่าวต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ดำเนินการด้วยความโปร่งใส คำนี้ถึง ผลประโยชน์ของประเทศชาติ จำเป็นต้องรับฟังความคิดเห็นอย่างรอบด้าน ทั้งจากฝ่ายที่เห็นด้วยและ ไม่เห็นด้วยกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก่อนที่จะลงมติ เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาทุกคนได้รับฟังความ คิดเห็นและเหตุผลสนับสนุนหรือคัดค้าน ความเห็นและเหตุผลของสมาชิกรัฐสภาแต่ละคนจะมีผลต่อ การตัดสินใจของสมาชิกรัฐสภาคนอื่น ๆ ในการลงมติ แม้การปิดอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธาน รัฐสภา และแม้เสียงข้างมากจะมีสิทธิลงมติให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้เสียงข้างมากดังกล่าว จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่รับฟังความคิดเห็นของฝ่ายข้างน้อย ดังนั้น การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง จึงเป็นการใช้อำนาจ หน้าที่ไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายเสียงข้างมากโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นการขัดหลักนิติ ธรรม จึงเห็นว่ากรอภิปรายร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 125 วรรคหนึ่ง นั่นคือ กระบวนการพิจารณาร่างแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการ ประชุมรัฐสภา เกี่ยวกับการอภิปรายของสมาชิกในการประชุมรัฐสภาแล้ว รัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 134 และรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 128 ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน โดยกำหนดให้อำนาจแต่ละ สภาตราข้อบังคับการประชุมสภาเกี่ยวกับการดำเนินการของสภาในเรื่องต่าง ๆ อาทิ วิธีการประชุม การอภิปราย การลงมติ การตั้งกระทู้ถามไว้ โดยมีได้บัญญัติถึงการอภิปรายในที่ประชุมสภาไว้โดยตรง เป็นการเฉพาะ และเมื่อพิจารณาข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 47 และข้อบังคับการ ประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 49 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอภิปรายแล้ว พบว่าข้อบังคับกำหนดให้การ อภิปรายเป็นอันยุติเมื่อมีเหตุ 2 ประการ คือ ไม่มีผู้ใดอภิปราย กับที่ประชุมรัฐสภาลงมติให้ปิด อภิปราย แต่ในกรณีนี้ผู้ศึกษาเห็นว่ากรปิดอภิปรายโดยการลงมติให้ปิดอภิปรายนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อ สมาชิกรัฐสภาที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อภิปรายแสดงความคิดเห็นไปหมดแล้ว แต่ยังมีเหลือเวลาของฝ่ายที่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ที่ประชุมรัฐสภาสามารถ เสนอให้ปิดการอภิปรายและลงมติให้ปิดอภิปรายได้ แต่ในกรณีที่ยังมีเวลาเหลืออยู่ และสมาชิกรัฐสภา ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังอภิปรายแสดงความคิดเห็นไม่เสร็จสิ้น กรณีนี้เมื่อ

พิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่าที่ประชุมรัฐสภาไม่สามารถลงมติให้ปิดอภิปรายได้

อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับการประชุมรัฐสภามิได้บัญญัติชัดเจนถึงขนาดที่ว่าหากสมาชิกสภาฝ่ายใดยังอภิปรายไม่เสร็จสิ้นจะเสนอญัตติให้ปิดอภิปราย และมีการลงมติให้ปิดอภิปรายไม่ได้ ดังนั้น อาจเกิดกรณีการปิดอภิปรายในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังมีสมาชิกสภาฝ่ายเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและยังต้องการอภิปรายแสดงความคิดเห็นอยู่ แต่บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) ก็ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากมาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้เท่านั้น มิได้บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้แต่อย่างใด

เมื่อพิจารณากรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา ที่เคยเกิดขึ้นในสมัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ทั้ง 4 กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยไปแล้ว ประกอบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภาแล้วเห็นว่า แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยไปแล้วว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็มีโอกาสที่จะเกิดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราทั้ง 4 กรณีนี้ หรือกรณีอื่น ๆ เกิดขึ้นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในอนาคตได้ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) แล้ว มิได้เปิดช่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรจะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้ว่าดำเนินการไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวคือดำเนินการไปตามที่รัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมสภาบัญญัติไว้หรือไม่

(2) กรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา

เกี่ยวกับกรณีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ที่เคยเกิดขึ้นในสมัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 นั้น สามารถแบ่งออกเป็นเรื่องต่าง ๆ ได้ดังนี้

ก. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในปี 2555 เป็นการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 โดยเสนอแก้ไขมาตรา 291 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยแก้ไขเพื่อเพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาจัดทำ

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยแก้ไขเพื่อเพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

เมื่อรัฐสภาได้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ได้มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 68 ว่าเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเจตนารมณ์ให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นรายมาตราเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็สมควรให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการได้ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการกระทำดังกล่าวยังไม่ถือเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการที่รัฐสภาดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น เป็นการที่รัฐสภาใช้อำนาจเกินกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ไว้ แต่เป็นการใช้อำนาจเกินไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำได้ เหมือนกับรัฐสภาใช้สถาปนารัฐธรรมนูญเสียเอง คำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นเรื่องที่สำคัญเป็นอย่างมาก จึงสมควรที่จะไปถามประชามติจากประชาชนก่อนว่าจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

ข. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเกี่ยวกับ

สมาชิกวุฒิสภา

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เสนอในปี 2556 คือ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา ที่เสนอโดยนายอุดมเดช รัตนเสถียร และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ มีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 โดยวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิก

วุฒิสภา และให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมด เป็นการแก้ไขกลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยเกิดขึ้นแล้วในอดีต นำไปสู่การผูกขาดอำนาจเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติในวุฒิสภา เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ค. กรณีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขมาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ

เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เสนอในปี 2556 คือ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ ที่เสนอโดยนายประสิทธิ์ โปษุธร และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ มีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 1/2557 โดยวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก เป็นการลิดรอนอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติให้ลดน้อยถอยลงไป และเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม ประการที่สอง เป็นการตัดเนื้อหาที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบและแสดงความคิดเห็นในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ

เมื่อพิจารณาจากประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไปแล้วในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่ได้ดำเนินการในปี 2555 และ 2556 นั้น กรณีแรก ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีที่สอง การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกวุฒิสภา และกรณีที่สาม การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ามีเนื้อหาที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเมื่อพิจารณาจากข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ทั้งข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่ห้ามแก้ไขโดยเด็ดขาดในมาตรา 255 และข้อจำกัดในด้านเนื้อหาในเรื่องสำคัญ 5 กรณี ตามมาตรา 256 (8) ที่มีได้ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาด แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 5 กรณีนั้น จะต้องมีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติจากประชาชนเพื่อให้ความเห็นชอบก่อน แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อจำกัดในด้านเนื้อหาตามมาตรา 256 (8) ที่กำหนดไว้ 5 กรณีนั้นยังไม่ครอบคลุมหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอย่างเพียงพอ ทำให้อาจมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่สำคัญที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญที่นอกเหนือไปจาก 5 กรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาได้ว่าเป็นการ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญที่สมควรจะถามความเห็นจากประชาชนผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อน

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสมควรที่จะให้ความคุ้มครองหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่นอกเหนือจาก 5 กรณีตามมาตรา 256 (8) มิให้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไม่เหมาะสม โดยเพิ่มเติมข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 256 (8) อีก 3 กรณี ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในเรื่องที่ 1.4.2) คือ กรณีที่ 1 การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา กรณีที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ กรณีที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานี้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 3 กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญและกระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ควรที่จะกำหนดเป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาไว้ เพื่อจะได้นำไปสู่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาใน 3 กรณีดังกล่าวได้ หากตรวจสอบแล้วพบว่าแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่มีลักษณะเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งใน 3 กรณีที่เพิ่มขึ้นมา ก็จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติจากประชาชนเสียก่อนว่าจะเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบก็ดำเนินการต่อไปได้ แต่หากประชาชนเสียงข้างมากไม่เห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นก็ป็นอันตกไป

(3) ปัญหาทางกฎหมายของบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560

จากการวิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ซึ่งผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ไว้แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายบางประการ สรุปได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มีปัญหาทางกฎหมาย 5 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 มิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตน

ประการที่ 2 หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้บทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ควรให้สิทธิประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วย

ประการที่ 3 บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดให้ตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในด้านเนื้อหา แต่ไม่ได้กำหนดให้สามารถตรวจสอบในด้านกระบวนการตรา จึงสมควรให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราด้วย

ประการที่ 4 บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้ นั้น อาจไม่ครอบคลุมเพียงพอ เนื่องจากอาจมีเนื้อหาบางเรื่องหรือบางประการในรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องสำคัญหรือหลักการสำคัญที่ไม่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ เรียกได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาโดยปริยาย แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้ หรือมิได้กำหนดให้มีการตรวจสอบ จึงควรมีการเพิ่มเติมให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาให้ครอบคลุมมากกว่าที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้ เพื่อมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 5 ในเรื่องระยะเวลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น สมควรที่จะเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้ด้วย ทั้งการตรวจสอบในด้านเนื้อหาและการตรวจสอบด้านกระบวนการตรา

3) วิเคราะห์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 ครั้งแรก

ในปี 2563 ได้มีการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 เป็นครั้งแรก โดยมีผู้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 7 ฉบับ ในจำนวนนี้มีร่าง 3 ฉบับที่มีเนื้อหาเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 256 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และยังมี การเพิ่มหมวดว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นโดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดำเนินการ ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ ในระหว่างที่รัฐสภากำลังพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวในวาระที่หนึ่ง ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอญัตติต่อประธานรัฐสภา ตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 ข้อ 31 เพื่อเสนอเรื่องให้รัฐสภามีมติส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) ว่าการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับนั้น รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจที่จะกระทำได้หรือไม่

จะเห็นได้ว่าการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาว่า รัฐสภาสามารถพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับได้หรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) นั้น ก็คือการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง แต่

การเสนอเรื่องในครั้งนี้ได้เป็นการเสนอเรื่องตามมาตรา 256 (9) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง เนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) นั้น จะเสนอให้ตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาในวาระที่สามแล้วเท่านั้น

จากกรณีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) มีสิ่งที่น่าสนใจคือ การเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะเสนอตามมาตรา 256 (9) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรงแล้ว ยังสามารถเสนอให้ตรวจสอบตามมาตรา 210 (2) ได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม การเสนอให้ตรวจสอบตามมาตรา 210 (2) นั้น ไซ้ว่าจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบได้โดยตรง แต่จะเสนอได้ก็แต่โดยสมาชิกรัฐสภาเข้าชื่อกันเสนอญัตติต่อประธานรัฐสภา และที่ประชุมรัฐสภาจะต้องมีมติด้วยเสียงข้างมากเห็นชอบให้เสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยด้วย แต่หากที่ประชุมรัฐสภาเสียงข้างมากไม่เห็นด้วยให้เสนอเรื่อง ก็ไม่สามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้

เหตุที่สมาชิกรัฐสภาต้องเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (9) นั้น ไม่เปิดช่องให้มีการเสนอให้ตรวจสอบในขั้นตอนก่อนที่รัฐสภาจะเห็นชอบในวาระที่สามได้ ในขณะที่ต่างประเทศบางประเทศ รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการตรวจสอบได้ตั้งแต่มีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น ประเทศโรมาเนีย

เมื่อที่ประชุมรัฐสภาได้มีมติเสียงข้างมากเห็นชอบให้ส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) ว่าการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับนั้น รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจที่จะกระทำหรือไม่ ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้รับเรื่องจากประธานรัฐสภาแล้วมีคำสั่งให้รับคำร้องไว้พิจารณา และได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2564 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 11 มีนาคม 2564 สรุปสาระสำคัญของคำวินิจฉัยได้ว่า รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่มิได้มีบทบัญญัติให้จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับแต่อย่างใด และกำหนดให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีข้อจำกัด การที่รัฐสภาจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงเป็นการแก้ไขที่มีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2560 อันเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมต้องการปกป้องคุ้มครองไว้ หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากผลการออกเสียงประชามติ

เห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้วก็ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติอีกครั้งว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้นหรือไม่ เพื่อให้ประชาชนได้พิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้สรุปคำวินิจฉัยในตอนท้ายว่า “รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่า ประชาชนประสงค์จะให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง”³⁷⁶

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 สอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ 2550 เพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ 2550 มาตรา 291 เนื่องจากมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากรัฐสภาประสงค์จะดำเนินการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็ต้องถามประชามติจากประชาชนก่อนว่าเห็นควรจะให้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 มีประเด็นสำคัญที่ผู้ศึกษาจะตั้งเป็นประเด็นคำถามเพื่อวิเคราะห์ คือ

- (1) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหรือนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่
- (2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ถือเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่
- (3) รัฐสภาสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่
- (4) หากจะจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนว่าประชาชนจะเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามร่างที่ที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองแล้ว และเมื่อประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบแล้ว รัฐสภาจึงนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สามว่าจะเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่นนี้สามารถทำได้หรือไม่

(1) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหรือนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

ในประเด็นนี้วิเคราะห์ได้ว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 210 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยมีอยู่ 3

³⁷⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2564 หน้า 11

อนุมาตรา อนุมาตราที่ (1) “พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย” อันเป็นบทบัญญัติที่มีมานานแล้ว ที่ให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย อนุมาตราที่ (2) “พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ” อนุมาตราที่ (3) “หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” ในอนุมาตราที่ (2) นั้น เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งบทบัญญัติทำนองนี้ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้หลายฉบับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แต่จากการตรวจสอบพบว่าไม่เคยมีการใช้บทบัญญัตินี้ในการเสนอเพื่อให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาก่อน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) แล้วจะพบว่า มิได้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เมื่อศึกษาจากเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ 2560 แล้ว พบว่ามาตรา 210 (2) มีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขปัญหาค่าที่เคยมักเกิดขึ้นในอดีต โดยให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่ในเชิงรุกมากขึ้น แม้กรณีที่เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ³⁷⁷ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญมาตรา 210 วรรคสอง ได้กำหนดให้การยื่นคำร้อง การพิจารณาวินิจฉัย การทำคำวินิจฉัย และการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญ นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ นั่นคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้นำรายละเอียดเรื่องต่าง ๆ ในมาตรานี้ไปบัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 หมวด 3 การพิจารณา ส่วนที่ 2 การยื่นคำร้องและการยื่นหนังสือขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย มาตรา 41 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการยื่นคำร้องหรือหนังสือให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในวรรคสอง ได้กำหนดกรณีต่าง ๆ ที่ให้ยื่นเรื่องเป็นหนังสือต่อศาลรัฐธรรมนูญได้มี 9 กรณี โดยในอนุมาตรา (8) บัญญัติไว้ว่า “ประธานสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกแห่งสภานั้น ๆ ขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” นั่นคือ แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) จะมีได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่จากบทบัญญัติในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 วรรคสอง (8) เป็นช่องทางให้สมาชิกรัฐสภาสามารถเสนอเรื่องผ่านประธานรัฐสภาเพื่อส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งถ้อยคำในมาตรา 41 วรรคสอง (8) นี้ ปรากฏมาตั้งแต่ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ที่

³⁷⁷ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. 2562. หน้า 361.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาแล้ว โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหานี้แต่อย่างใด แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตั้งแต่ต้นแล้ว มิได้มาจากการเพิ่มเติมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 41 วรรคสอง (8) แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นการตรวจสอบในขั้นตอนก่อนหรือระหว่างที่รัฐสภาพิจารณา อันถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายลูกของรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น นอกจากจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังอาจถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย

ดังนั้น ในประเด็นคำถามที่ว่า “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหรือนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่” นั้น ตอบได้ว่าตัวบทบัญญัติมาตรา 210 (2) เองมิได้กล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่มาตรา 210 วรรคสอง ให้นำรายละเอียดไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลูก และเรื่องดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 วรรคสอง (8) จึงย่อมอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) ประกอบกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 วรรคสอง (8) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกช่องทางหนึ่ง นอกเหนือจาก การเสนอเรื่องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ถือเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในประเด็นนี้วิเคราะห์ได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 เป็นคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยตามหนังสือที่ประธานรัฐสภายื่นมาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) โดยมีประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับนั้น รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจที่จะกระทำได้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาประกอบกับเนื้อหาแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าว ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยและสรุปไว้ในตอนท้ายว่า “รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และเมื่อจัดทำร่าง

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง” ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยนี้มีผลเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอให้รัฐสภาพิจารณานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อตีความจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้แล้ว การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา รัฐสภาไม่มีหน้าที่และอำนาจที่จะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวได้เอง แต่ต้องไปถามประชามติจากประชาชนก่อน

(3) รัฐสภาสามารถดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่

ในประเด็นนี้วิเคราะห์ได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่รัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่มิได้ให้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภามีเพียงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มิได้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แม้รัฐสภาจะประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนก็ตาม แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็เป็นเพียงผู้แทนของประชาชนเข้าไปทำหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเท่านั้น มิได้เป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีหน้าที่และอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาหาได้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ การที่รัฐสภาดำเนินการเสนอและพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับจึงเป็นการกระทำที่เกินกว่าขอบเขตหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา เสมือนว่ารัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียเอง ดังนั้น หากรัฐสภาประสงค์จะดำเนินการเช่นนั้นจะต้องไปถามความเห็นจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าจะเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบด้วย รัฐสภาจึงจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับได้ และเมื่อรัฐสภาดำเนินการเสร็จแล้วจะต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นส่งให้ประชาชนลงประชามติอีกครั้งหนึ่งว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้เห็นชอบแล้วหรือไม่ แต่หากประชาชนเสียงข้างมากไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาต้องเคารพมติของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รัฐสภาก็ย่อมไม่อาจริเริ่มดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้ นั่นคือ ไม่สามารถเสนอและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้

ภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2564 เมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2564 แล้ว รัฐสภาได้มีการประชุมเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2564 เพื่อพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวาระที่สาม แต่ปรากฏผลการลงมติว่ามีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสอง

สภา จึงถือว่าที่ประชุมรัฐสภาไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้ที่จะออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (6) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจึงตกไป จึงไม่มีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) ดังนั้น ในช่วงเวลาแห่งการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ 2560 มาเป็นเวลาสี่ปีเศษ ยังไม่มีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 (9) มีเพียงการเสนอตามช่องทางของรัฐธรรมนูญมาตรา 210 (2) เท่านั้น

(4) หากจะจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนว่าประชาชนจะเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามร่างที่ที่ประชุมรัฐสภาได้พิจารณาเห็นชอบในวาระที่สองแล้ว และเมื่อประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบแล้ว รัฐสภาจึงนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สามว่าจะเห็นชอบให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่นนี้สามารถทำได้หรือไม่

ในการประชุมรัฐสภาเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2564 เพื่อพิจารณาลงมติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่มีเนื้อหาให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในวาระที่สามนั้น มีสมาชิกรัฐสภาส่วนหนึ่งได้อภิปรายแสดงความคิดเห็นว่าผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 มิได้ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ตกไป แต่มีผลเพียงทำให้รัฐสภายังไม่สามารถลงมติในวาระที่สามได้ เท่านั้น สามารถเลื่อนการลงมติในวาระที่สามออกไปก่อน แล้วจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าประชาชนจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนรัฐธรรมนูญ 2560 หรือไม่ หากประชาชนเห็นชอบ รัฐสภาก็สามารถลงมติร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในวาระที่สามต่อไปได้

ในประเด็นนี้เป็นประเด็นที่ได้เคยวิเคราะห์ไปแล้วเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 โดยผู้ศึกษาเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 มีลักษณะทำนองเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 สามารถตีความคำวินิจฉัยได้ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่รัฐสภาได้ดำเนินการมาก่อนหน้านั้นไม่ชอบ หากจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนเป็นอันดับแรก ว่าประชาชนจะเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนรัฐธรรมนูญ 2560 หรือไม่ หากประชาชนเสียงข้างมากเห็นชอบให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาจึงจะเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่รอการลงมติในวาระที่สามนี้ไม่อาจนำมาลงมติในวาระที่สามได้อีกต่อไป และไม่สามารถจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนแล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้มาลงมติในวาระที่สามได้ นั่นคือจะต้องเริ่มกระบวนการใหม่ทั้งหมดโดยเริ่มจากการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อนเป็นอันดับแรก

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากผลการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และได้ศึกษาข้อมูลในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศหลายประเทศ และของประเทศไทย รวมทั้งได้ทำการวิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ศึกษาขอสรุปผลการศึกษาที่ได้รวมทั้งมีข้อเสนอแนะบางประการ ดังนี้

1. บทสรุป

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการพื้นฐานที่สำคัญในเรื่องต่าง ๆ ของรัฐ ตั้งแต่รูปแบบของรัฐ ประมุขของรัฐ ระบอบการปกครอง กำหนดสถาบันทางการเมืองขึ้น พร้อมทั้งกำหนดอำนาจหน้าที่และการใช้อำนาจของสถาบันทางการเมืองเหล่านั้น กำหนดความสัมพันธ์การถ่วงดุลอำนาจและการตรวจสอบระหว่างองค์กรทางการเมืองด้วยตนเอง เป็นกฎหมายแม่บทของการบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ ที่อยู่ในลำดับรองลงมา รัฐธรรมนูญยังให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยังกำหนดหน้าที่ของประชาชนไว้ด้วย รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุด เป็นกฎหมายที่สำคัญกว่ากฎหมายฉบับใดทั้งสิ้น และเป็นกฎหมายหลักที่ให้หลักประกันแก่ประชาชน จะมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ หากมีกฎหมายฉบับใดออกมาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญกฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution)

รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant, Constituent Power) หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สูงสุดภายในรัฐก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นอำนาจของอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐในขณะนั้น ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของรัฐคือใครขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นปกครองด้วยระบอบการปกครองใด อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงอาจเป็นของกษัตริย์ ประมุขของรัฐ คณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร หรือประชาชนของรัฐ แต่ในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยนั้นยึดถือกันว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชนของรัฐ

เมื่อรัฐธรรมนูญได้รับการจัดทำเสร็จสิ้นและมีผลใช้บังคับ รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งองค์กรต่าง ๆ ขึ้นมาหลายองค์กร ตั้งแต่ประมุขของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ รวมถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ที่กล่าวมาไว้ในรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน นั่นคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้มีอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญมอบให้ เรียกว่าอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) อำนาจตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจที่มีสถานะต่ำกว่าอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้จึงต้องใช้อำนาจอย่างระมัดระวังภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ไม่สามารถใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือขัดกับรัฐธรรมนูญได้

รัฐธรรมนูญที่ได้ก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้น จัดทำขึ้นภายใต้บริบทของสถานการณ์ในปัจจุบันของรัฐในขณะที่จัดทำรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่ โดยผู้จัดทำหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พยายามจัดทำบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีความทันสมัย ยืดหยุ่น เพื่อที่จะสามารถใช้บังคับได้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันและในอนาคต อย่างไรก็ตาม ผู้จัดทำหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็อาจคาดการณ์สถานการณ์ในอนาคตได้แน่นอน เมื่อกาลเวลาผ่านไปบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในบางเรื่องย่อมล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป จนทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไปที่เมื่อกาลเวลาผ่านไปย่อมมีบทบัญญัติบางประการที่ล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป จนทำให้ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุง หรือแม้กระทั่งยกเลิกกฎหมายฉบับนั้นไปเลยก็มี รัฐธรรมนูญก็เช่นกัน เมื่อมีบทบัญญัติใดที่ล้าสมัย ก็จำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติม ปรับปรุง หรือยกเลิกบทบัญญัติในเรื่องนั้นไปแล้วแต่กรณี โดยการกระทำการดังกล่าวเรียกรวมกันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้โดยอาศัยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) อันเป็นอำนาจที่มีขอบเขตจำกัด (Limited Power) ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจที่มีสถานะรองลงมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) หรืออาจเรียกได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง ใช้สำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางถ้อยคำ บางมาตรา เท่านั้น มีอาจใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้

องค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญส่วนมากกำหนดให้รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติของรัฐซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายอยู่แล้ว เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยอีกทางหนึ่ง แต่อำนาจที่ใช้ในการตรากฎหมาย กับอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีความแตกต่างกัน อำนาจในการตรากฎหมาย (Legislative Power) เป็นอำนาจที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) มีสถานะของอำนาจต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ดังนั้น แม้จะเป็นองค์กรเดียวกันแต่ใช้ฐานอำนาจต่างกัน ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจใช้อำนาจใน

การตรากฎหมายปกติมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ จึงไม่สามารถนำไปใช้เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำโดยใช้อำนาจที่สูงกว่าอำนาจในการตรากฎหมายปกติที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัยขององค์การตุลาการที่ยืนยันหลักการว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขอบเขตจำกัด ไม่เหมือนอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ 1965/40 ที่ได้ยืนยันหลักการสำคัญที่ว่า “อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ และไม่สามารถทำลายหลักนิติธรรม (Rule of Law) ได้” ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยว่า “เป็นที่ชัดเจนว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติมาตรา 155 ที่ว่าด้วยการกระบวนกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น สามารถกระทำได้เฉพาะการแก้ไขที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หลักนิติธรรม หรือกล่าวสั้น ๆ คือ การทำลายใจความสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้น ไม่สามารถกระทำได้ด้วยกระบวนกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”¹

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญหลายประเทศพบว่า มีทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ และกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็แยกแบ่งออกเป็นกรณีย่อยอีก คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ แต่กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการตรากฎหมายมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

ในทางทฤษฎีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขอบเขตจำกัด เนื่องจากผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญประสงค์จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะเท่าที่มีความจำเป็น เพื่อประโยชน์ต่อส่วนร่วม ป้องกันมิให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ เพื่อประโยชน์ของนักการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของหลายประเทศจึงได้กำหนดให้มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น โดยมักบัญญัติไว้ในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Limitations on Constitutional Amendment) ไว้ แบ่งออกเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนกรตรา และอาจมี

¹ Decision of Constitutional Court of Turkey No. 1965/40 September 26, 1965.

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านระยะเวลา เหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ เพื่อเป็นการปกป้องตัวรัฐธรรมนูญเอง ป้องกันมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไม่เหมาะสม

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเนื้อหาในบางเรื่องไว้ โดยข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานี้ ยังอาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรก เนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเด็ดขาด เนื่องจากเป็นเรื่องที่เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือเรียกว่าเป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่สำคัญมากจนรัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างเด็ดขาด ในทางทฤษฎีเรียกบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวว่า “บทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์” (Absolute Entrenchment , Eternity Clause) ตัวอย่างของบทบัญญัติที่เป็นหลักการสำคัญที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง ประมุขของรัฐ เป็นต้น ลักษณะที่สอง เนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่มีได้ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเด็ดขาด แต่หากจะแก้ไขเพิ่มเติมจะกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น ๆ มักเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญรองลงมาจากบทบัญญัติที่เป็นแก่นของรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญหรือผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเห็นว่าแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะมีความสำคัญ แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่จะแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้เลย จึงเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากโดยอาจกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติม เช่น ต้องมีการทำประชามติ หรือใช้คะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานี้ นอกจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว หรือรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีได้บัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้ อาจมีข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในประเทศนั้น เรียกว่า ข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) โดยข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายนี้ มักพบได้ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ เช่น กรณีที่ศาลสูงสุดของอินเดียได้สร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The Doctrine of Basic Structure) ขึ้นมาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่ขัดกับหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานแล้ว ก็ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการตรา (Formal and Procedural Limitations) เป็นการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ตั้งแต่การเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติในวาระที่หนึ่ง วาระที่สอง และวาระที่สาม คะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบในแต่ละวาระ การทำประชามติ การเสนอประมุขของรัฐพิจารณาเพื่อลงนาม การตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การประกาศใช้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำไปตามลำดับขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

สำหรับข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น นับแต่รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 เป็นต้นมา โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับถาวรส่วนใหญ่แล้วจะบัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยจะเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราทั้งสิ้น คือ เป็นการบัญญัติถึงกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้เลย จนกระทั่งมาถึงรัฐธรรมนูญ 2540 จึงมีการบัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาขึ้นเป็นครั้งแรก และได้บัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาทุกฉบับคือ รัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560 โดยรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างเด็ดขาดไว้เหมือนกัน 2 ประการ คือ ประการแรก **ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข** ประการที่สอง **ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ** ซึ่งข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ประการนี้ ถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดในทางเนื้อหาโดยปริยาย (Implicit Substantive Limitation) ของรัฐธรรมนูญไทยมานานแล้ว เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยเกือบทุกฉบับ ในมาตราแรก ๆ ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของรัฐที่ว่า **“ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้”** และบทบัญญัติว่าด้วยระบอบการปกครองที่ว่า **“ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”** บทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบของรัฐและระบอบการปกครองของประเทศไทยจึงถือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นแก่นหรือเรียกได้ว่าเป็นบทบัญญัติชั้นนิตินทรีย์ของรัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับ เป็นข้อจำกัดในด้านเนื้อหาโดยปริยายของการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยมาโดยตลอด จนกระทั่งได้รับการบัญญัติเป็นข้อห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ 2540

สำหรับข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาตามรัฐธรรมนูญ 2560 นั้น นอกจากจะมีข้อห้ามหรือข้อจำกัดที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 ที่กำหนดห้ามให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐแล้ว รัฐธรรมนูญ 2560 ยังบัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาไว้ในมาตรา 256 (8) ที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ทำได้ยากกว่าปกติ เนื่องจากมีเงื่อนไขให้ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อน เนื่องจากเป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่สมควร

จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย แต่ไม่ได้ถึงขนาดที่จะแก้ไขไม่ได้เลย จึงบัญญัติให้หากจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหลักการสำคัญเหล่านี้ เมื่อรัฐสภาได้เห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่สามแล้ว ก่อนที่จะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นทูลเกล้าต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อถามความเห็นจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้วหรือไม่

โดยข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน ตามมาตรา 256 (8) สามารถจำแนกได้เป็น 5 กรณี คือ

- 1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 บททั่วไป
- 2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 2 พระมหากษัตริย์
- 3) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- 4) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

5) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยแล้ว ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540 เป็นต้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญ 2560 อันเป็นฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ทั้งข้อจำกัดในด้านเนื้อหาและข้อจำกัดในด้านกระบวนการตราไว้เข้มงวด

บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายหรือแก้ไขได้ยาก กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและด้านกระบวนการตราไว้เข้มงวด ก็จะถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก แต่หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาหรือด้านกระบวนการตราไว้ หรือกำหนดไว้แต่ไม่เข้มงวด เช่น กำหนดให้มีลักษณะเหมือนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายปกติทั่วไป ย่อมจะถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากที่สุดในบรรดารัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับที่เคยมีมา เนื่องจากได้กำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและด้านกระบวนการตราไว้เข้มงวดมาก โดยเฉพาะคะแนนเสียงในการให้ความเห็นชอบในวาระที่สามของรัฐสภากำหนดให้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาน้อยกว่า 1 ใน 3 และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านทุกพรรคไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ให้ความเห็นชอบ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำได้สำเร็จก็ด้วยความเห็นพ้องต้องกันของทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายรัฐบาล ฝ่ายค้าน และสมาชิกวุฒิสภานั้นคือ ต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่าง

แท้จริงเท่านั้นจึงจะทำได้สำเร็จ หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของนักการเมือง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วย่อมไม่อาจทำได้ลู่วง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำไปโดยอยู่ภายใต้ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา (Substantive Limitations) และข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบหรือกระบวนการตรา (Formal and Procedural Limitations) จึงจะถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นละเมิดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นด้านเนื้อหาหรือด้านรูปแบบหรือกระบวนการตรา อย่างไม่อย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมืองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการไปแล้วนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อมิให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติใช้เสียงข้างมากดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ คือการตรวจสอบว่าได้ดำเนินการไปภายใต้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตราหรือไม่แล้ว บทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตราที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็ย่อมจะไร้ผลใช้บังคับ และจะส่งผลให้เกิดปัญหาต่อมาในอนาคตได้ โดยเฉพาะหากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

มีประเด็นพิจารณาว่า องค์กรใดที่สมควรจะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้มีความเห็นออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสมควรให้องค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบกันเองภายในของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ เพราะเห็นว่าองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมจะเข้าใจดีว่าเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่สมควรที่จะเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่สมาชิกรัฐสภาเสียงส่วนใหญ่ที่ให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่อาจโต้แย้งหรือคัดทานได้ผล เพราะโหวตแพ้เสียงข้างมาก ดังนั้น จึงมีนักคิด นักวิชาการทางรัฐธรรมนูญ เห็นว่าควรให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และแนวคิดนี้ได้รับการสนับสนุนและนำมาใช้ในหลายประเทศ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

ที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ (decentralized system) และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (centralized system)

เกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้ว แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ประเภทแรก รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ โดยในประเภทแรกนี้ยังแบ่งย่อยออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามมิให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีนี้มีเพียงไม่กี่ประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น เนเธอร์แลนด์ และอินเดีย² และกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น โรมานีเย ตุรกี ฮังการี ประเภทที่สอง รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ในประเภทที่สองนี้ แบ่งพิจารณาออกได้เป็น ประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่รวมศูนย์ (decentralized system) ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และอินเดีย แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่ศาลสูงของทั้งสองประเทศก็ได้เข้ามาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหลายคดี ส่วนประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (centralized system) นั้น ก็มีทั้งกรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ฝรั่งเศส สโลวีเนีย และฮังการี (ตามรัฐธรรมนูญฮังการี ค.ศ. 1949) และกรณีที่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น เยอรมนี ออสเตรีย และอิตาลี

เมื่อพิจารณากรณีของต่างประเทศแล้วเห็นว่าหลายประเทศยอมรับให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากเห็นว่าควรมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และองค์กรตุลาการมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว รัฐธรรมนูญของหลายประเทศจึงได้ออกแบบให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในประเทศที่ใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์จะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว เนื่องจากองค์กรตุลาการ

² มาตรา 368 ของรัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1950 ที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 42 ในปี ค.ศ. 1976 ที่ห้ามมิให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาได้ แต่ต่อมาศาลสูงของอินเดียก็ได้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ดังกล่าวก็ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั่วไป รวมถึงการกระทำทางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ อยู่แล้ว จึงสมควรเป็นองค์กรที่เข้ามาเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาในทางทฤษฎีแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ จะสามารถตรวจสอบได้ใน 2 ด้าน คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา สำหรับต่างประเทศ ประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ หากพิจารณาของสิ่งที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้ตรวจสอบได้ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา และกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในด้านกระบวนการตรา แต่ไม่อนุญาตให้ตรวจสอบในด้านเนื้อหา ดังนี้ แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ล้วนเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่สำคัญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำไปตามกระบวนการหรือวิธีการ ขั้นตอน ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีได้ดำเนินการตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว ย่อมถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนการตรวจสอบในด้านเนื้อหานี้สำหรับประเทศที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหานี้ ด้วยเหตุผลคือ รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นมิได้บัญญัติห้ามหรือข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ สำหรับในกรณีที่รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะในด้านกระบวนการตราเท่านั้น กลับพบว่าองค์กรตุลาการของบางประเทศก็ได้อาศัยช่องทางการตรวจสอบด้านกระบวนการตรา เข้าไปวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาด้วย เช่น รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1961 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมใน ค.ศ. 1971 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะในด้านกระบวนการตราเท่านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ได้เข้าไปวินิจฉัยในหลายคดีว่าเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดกับหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นเรื่องระยะเวลาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีทั้งกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตรวจสอบได้เฉพาะช่วงเวลาก่อนประกาศใช้เท่านั้น และกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตรวจสอบได้ทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้แล้ว เช่น รัฐธรรมนูญอียิปต์ รัฐธรรมนูญตุรกี

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทย นั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540 โดยนำระบบศาลรัฐธรรมนูญมาจากประเทศในแถบทวีปยุโรป แต่รัฐธรรมนูญกลับบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด แต่ไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหมือนกับต่างประเทศแต่อย่างใด ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาคือรัฐธรรมนูญ 2550 ก็ยังคงกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดิม จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญ 2560 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) โดยเมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบในวาระที่สามจากรัฐสภาแล้ว สมาชิกรัฐสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตนเพื่อส่งศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

เหตุที่รัฐธรรมนูญ 2560 มีการกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น คงเนื่องมาจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 เห็นว่าในช่วงเวลาแห่งการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ 2550 โดยเฉพาะช่วงเวลาระหว่างปี พ.ศ. 2555-2556 สมัยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี มีการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายฉบับทั้งที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี และสมาชิกรัฐสภาฝ่ายรัฐบาล เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งได้รับการโต้แย้งจากสมาชิกรัฐสภาฝ่ายตรงข้าม รวมถึงประชาชนส่วนหนึ่ง ประเด็นที่โต้แย้งมีทั้งการโต้แย้งว่าเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และโต้แย้งว่ากระบวนการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ดำเนินการในรัฐสภาในขั้นตอนต่าง ๆ นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญ 2550 มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีสมาชิกรัฐสภา รวมถึงประชาชนอาศัยช่องทางตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาหลายฉบับว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศด้วยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องไว้วินิจฉัยหลายกรณี จนนำมาสู่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายคำวินิจฉัย มีทั้งคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การกระทำยังไม่ถือเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 แต่ก็มีอีกหลายคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านการตรา โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 และได้วิเคราะห์ไปในบทที่ 5 แล้ว

การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาดำเนินการในช่วงปี พ.ศ. 2555-2556 ในช่วงเวลาแห่งการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ 2550 หลายคนตีความ เป็นกรณีที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้น ได้รับการโต้แย้งจากนักกฎหมาย และนักวิชาการบางกลุ่มว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ เนื่องจากเห็นว่าประเทศไทยมีระบบการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (centralized system) โดย รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด แต่มีได้ บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเขตอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัยคำร้องเพื่อพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่ยื่นมาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 จึงถือว่าศาล รัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ หรือกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ แต่นักกฎหมาย และนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้กระทำไปโดยชอบแล้ว เนื่องจากการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ดำเนินการไปนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและ กระบวนการตรา เป็นการที่รัฐสภาใช้เสียงข้างมากแก้ไขรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจโดยไม่ฟังเสียงของ เสียงข้างน้อย และไม่เคารพต่อประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่ได้ออกเสียง ประชามติให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ 2550 หากศาลรัฐธรรมนูญไม่มีคำวินิจฉัยดังกล่าว และปล่อยให้ ร่างรัฐธรรมนูญประกาศใช้บังคับก็จะไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนดังเดิมได้

การที่รัฐธรรมนูญ 2550 มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าเป็นช่องว่างทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญ 2550 ที่สำคัญ ผู้ ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 จึงได้กำหนดให้มีบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในมาตรา 256 (9) ซึ่งมาตรา 256 เป็น บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูก ตรวจสอบได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ทำการศึกษาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตรา 256 อันเป็นบทบัญญัติ ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในมาตรา 256 (9) อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยละเอียดแล้ว ผู้ศึกษาพบว่า บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 256 (9) นั้น ยังมีจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ดังนี้

1. มิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่จะตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบ คือ สมาชิกสภาผู้แทน

ราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตน

2. ผู้มีสิทธิเสนอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีเพียงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตนเท่านั้น แต่มิได้ให้สิทธิประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย

3. บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 กำหนดให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในด้านเนื้อหา แต่ไม่ได้กำหนดให้สามารถตรวจสอบในด้านกระบวนการตราแต่อย่างใด จึงมีปัญหว่าหากเกิดประเด็นโต้แย้งว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้าไปตรวจสอบได้หรือไม่

4. บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้ นั้น อาจไม่ครอบคลุมเพียงพอเนื่องจากอาจมีเนื้อหาบางเรื่องหรือบางประการในรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องสำคัญหรือหลักการสำคัญที่ไม่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ เรียกได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาโดยปริยาย แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้หรือมิได้กำหนดให้มีการตรวจสอบ

5. ในเรื่องช่วงเวลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เฉพาะก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้

2. ข้อเสนอแนะ

ประเด็นหลักที่การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มุ่งศึกษา คือ บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ นั้น มีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใดเท่านั้น หากไม่เหมาะสมเพราะเหตุใดและจะมีข้อเสนอแนะประการใด

สำหรับประเด็นที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีผู้ศึกษาวิจัยหลายท่านได้ทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าวไว้แล้ว และเป็นการศึกษาในบริบทของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2550 ซึ่งมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้ง และมีการยื่นคำร้องต่อศาล

รัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากผู้ยื่นคำร้องเห็นว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้พิจารณาและให้ความเห็นชอบแล้วนั้นมีเนื้อหาและกระบวนการตราที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มิได้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เป็นคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน บริบทของรัฐธรรมนูญ 2550 และรัฐธรรมนูญ 2560 เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงมีความแตกต่างกัน โดยรัฐธรรมนูญ 2560 ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก ผู้ศึกษาจึงมิได้ศึกษาในประเด็นความเหมาะสมของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้ามาทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซ้ำอีก เนื่องจากไม่มีข้อเสนอใหม่ที่จะทำให้เกิดความงอกเงยทางวิชาการเพิ่มขึ้นจากเดิมแต่อย่างใด ผู้ศึกษาจึงมุ่งเน้นการศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2560 เป็นการเฉพาะ เนื่องจากยังมีผู้ทำการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ไม่มากนัก และประเด็นที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาวิเคราะห์และเสนอแนะนั้น ยังไม่มีผู้ใดศึกษาและเสนอแนะไว้ หรือมีผู้ศึกษาและเสนอแนะไว้แต่เป็นคนละประเด็น มีความแตกต่างจากที่ข้าพเจ้าได้ทำการศึกษาและเสนอแนะในครั้งนี้

จากการศึกษาค้นคว้าแนวคิด ทฤษฎี บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทย ในประเด็นต่าง ๆ โดยเฉพาะหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การจัดให้มีรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ คำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มีทั้งส่วนที่เหมาะสมและไม่เหมาะสม ส่วนที่เหมาะสม คือ ประการแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวคือศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (centralized system) หลายประเทศที่กำหนดให้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ส่วนบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผู้ศึกษาเห็นว่ายังไม่เหมาะสมนั้น พบว่ามีอยู่หลายประการ ซึ่งได้กล่าวไว้พอสมควรแล้วในบทที่ 5 โดยผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

2.1 ควรให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในด้านเนื้อหา แต่ไม่ได้กำหนดให้สามารถตรวจสอบในด้านกระบวนการตราแต่อย่างใด จึงมีปัญหว่าหากเกิดประเด็นโต้แย้งว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้าไปตรวจสอบได้หรือไม่

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่สำคัญ ที่จะต้องดำเนินการไปตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญรวมถึงข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้อย่างเคร่งครัด จะข้ามขั้นตอนใดไปหรือสลับลำดับขั้นตอนกันไม่ได้ หากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในขั้นตอนใดไม่ได้ดำเนินการไปตามที่รัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุม รัฐสภากำหนด ย่อมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่บัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีทั้งที่ให้ตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา และที่ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะในด้านกระบวนการตราเพียงอย่างเดียว แสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่สำคัญ รัฐธรรมนูญของต่างประเทศหลายประเทศจึงบัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราด้วย

ผู้ศึกษาเห็นว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และเป็นสิ่งที่สามารถตรวจสอบได้ไม่ยากกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นได้ดำเนินการตามกฎหมายเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้หรือไม่ เนื่องจากอาจเกิดกรณีที่เคยเกิดขึ้นในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 ที่มีขึ้นในปี 2555-2556 ซึ่งมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด เช่น ผู้ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมรัฐสภา สมาชิกรัฐสภาฝ่ายเสียงข้างมาก ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบในขั้นตอนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใด ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ารัฐสภาดำเนินการกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อาทิ การสับเปลี่ยนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การกำหนดวันแปรญัตติย้อนหลัง การใช้บัตรออกเสียงลงคะแนนแทนกัน การใช้มติเสียงข้างมากเพื่อปิดการอภิปรายของเสียงข้างน้อย ทั้งในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งและวาระที่สองในที่ประชุมรัฐสภา จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้ด้วย

ดังนั้น จึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตราได้ด้วย ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้ดำเนินการไปนั้นชอบด้วย

รัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น คือสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภาหรือไม่ ควบคู่ไปกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา เพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา

2.2 ควรกำหนดให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาห้ามความครอบคลุมเพียงพอ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้ นั้น ประกอบด้วย

1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดต่อมาตรา 255 คือ มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ หรือไม่

2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) คือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำประชามติ เนื่องจากการแก้ไขดังต่อไปนี้ หรือไม่

(1) แก้ไขเพิ่มเติม หมวด 1 บททั่วไป

(2) แก้ไขเพิ่มเติม หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือ

(3) แก้ไขเพิ่มเติม หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(4) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง

ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

(5) แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจขององค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเข้ากรณีใดกรณีหนึ่งใน 5 กรณี ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8) บัญญัติไว้ให้ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อนนั้น ถือเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาอย่างหนึ่ง แต่มิได้จำกัดถึงขนาดที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ หากประสงค์จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงแล้วจะต้องมีเงื่อนไขเพิ่มเติมคือต้องถามความเห็นจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อนว่าจะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ เนื่องจากทั้ง 5 กรณีเป็นบทบัญญัติที่ถือเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่าปกติ

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (9) บัญญัติไว้ นั้น ไม่ครอบคลุมเพียงพอ อาจยังมีช่องว่างอยู่ เนื่องจากอาจมีเนื้อหาบางเรื่องหรือบางประการในรัฐธรรมนูญที่เป็นเรื่องสำคัญหรือหลักการสำคัญที่ไม่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ เรียกได้ว่าเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาโดยปริยาย แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้หรือมิได้กำหนดให้มีการตรวจสอบ ยกตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติจากที่มีสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร กับวุฒิสภา แก้ไขให้เหลือสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว โดยยกเลิกวุฒิสภา ซึ่งเป็นการทำลายหลักการตรวจสอบถ่วงดุลภายใน

ฝ่ายนิติบัญญัติระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาด้วยกันเอง หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน มาตราที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แม้รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้ อาจเป็นการ แก้ไขที่มีผลเป็นการลิดรอนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นการแก้ไขที่ไม่เหมาะสมไม่อาจ กระทำได้

เพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ด้านเนื้อหาที่มีความครอบคลุมหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญให้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย จึง เห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มเติมข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้าน เนื้อหาที่จะต้องมีการทำประชามติเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อน ตามมาตรา 256 (8) เพิ่มขึ้นจากเดิมที่กำหนดไว้ 5 กรณี โดยเพิ่มอีก 3 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา

กรณีที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

กรณีที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ

การเพิ่มข้อจำกัดในด้านเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการทำ ประชามติเพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อน ตามมาตรา 256 (8) เพิ่มขึ้น 3 กรณี ตามที่ผู้ ศึกษาเสนอนั้น จะมีผลให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในด้านเนื้อหานั้นครอบคลุมในเรื่องที่สำคัญของรัฐธรรมนูญได้ดียิ่งขึ้น และเห็นว่ามิได้เป็นการให้ อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไปอย่างไม่มีขอบเขต เนื่องจาก แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็น การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมที่ กระทบต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของ รัฐธรรมนูญ ก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็มีผลเพียงให้ต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนว่าจะเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่เท่านั้น แต่คำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญมิได้มีผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นตกไปเพราะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้าน เนื้อหาแต่อย่างใด เพราะผู้ที่เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะ เป็น การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 7 รัฐสภา การแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมที่กระทบต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ คือประชาชนผู้ เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผ่านการออกเสียงประชามติ

2.3 ควรกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง

เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ของรัฐธรรมนูญ 2560 ในมาตรา 256 (9) นั้น มิได้กำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมึ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่จะตรวจสอบได้ก็ ต่อเมื่อมีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตน

แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดย กำหนดเป็นบทบังคับให้ **ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง** ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยรัฐสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้เสนอให้มีการตรวจสอบ เนื่องจากหากต้องอาศัยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา เข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาให้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบแล้ว แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางครั้งบางกรณีอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็อาจไม่ถูกตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะไม่มีผู้เสนอเรื่องให้ตรวจสอบ หรือมีผู้ประสงค์จะเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ แต่ไม่มีอำนาจเสนอเรื่องให้ตรวจสอบได้เนื่องจากมิได้เป็นสมาชิกรัฐสภา หรือแม้มีสมาชิกรัฐสภาประสงค์จะยื่นเรื่องให้ตรวจสอบแต่ไม่สามารถรวบรวมรายชื่อได้ครบตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็ไม่สามารถยื่นเรื่องให้มีการตรวจสอบได้เช่นกัน และศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจหน้าที่เข้าไปตรวจสอบได้เอง

สำหรับการกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้งนั้น เมื่อได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามข้อเสนอมติที่ 2.1 และ 2.2 และกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น จะสามารถตรวจสอบได้ 2 กรณี คือ

2.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรา

เป็นการตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ได้ดำเนินการไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญรวมถึงข้อบังคับการประชุมรัฐสภากำหนดไว้หรือไม่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านกระบวนการตรานั้น

(1) ต้องดำเนินการไปตามลำดับขั้นตอนที่กำหนดไว้ให้ครบทุกขั้นตอน จะข้ามขั้นตอนใดไปไม่ได้ หรือจะสลับขั้นตอนไม่ได้

(2) การดำเนินการแต่ละขั้นตอนต้องเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา เช่น การเข้าชื่อกันเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การอภิปราย การแสดงตนเพื่อลงมติ การออกเสียงลงคะแนน การกำหนดวันแปรญัตติ

2.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา

สามารถตรวจสอบได้จำกัดเฉพาะ 2 ประเด็น คือ

(1) ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อมาตรา 255 คือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ที่เป็นข้อห้ามหรือมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเด็ดขาด หรือไม่ และ

(2) ตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีเนื้อหาที่มีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนหรือไม่ เนื่องจากข้อจำกัดในการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามมาตรา 255 นั้น เป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาด และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ตามมาตรา 256 (8) นั้น เป็นเรื่องที่สำคัญรองลงมาจากมาตรา 255 ของรัฐธรรมนูญ จะแก้ไขเพิ่มเติมได้จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติเสียก่อน จึงสมควรกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 2 ประเด็นดังกล่าว โดยมีต้องมีผู้เสนอให้ตรวจสอบแต่อย่างใด

อาจมีความกังวลว่าหากกำหนดให้เป็นบทบังคับที่จะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาแล้ว จะเป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไปหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ว่าขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม มาตรา 256 (8) ที่จะต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติหรือไม่นั้น ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) อยู่แล้ว ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้อย่างจำกัด มิได้ให้อำนาจอย่างกว้างขวางโดยไม่มีขอบเขต กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อมาตรา 255 ก็มีผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นตกไป ส่วนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ก็มีผลเพียงให้ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าประชาชนจะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่เท่านั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นตกไปแต่อย่างใด ผู้ตัดสินใจว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่คือประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย อันเป็นการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากขึ้นอีกด้วย ดังนั้น การกำหนดเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาใน 2 ประเด็นนี้โดยไม่ต้องมีผู้เสนอให้ตรวจสอบจึงเห็นว่ามีความเหมาะสม และมีเหตุผลรองรับเพียงพอ

2.4 บทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ควรบัญญัติเป็นมาตราเฉพาะต่างหากแยกจากบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังเห็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2560 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9) นั้น เป็นการบัญญัติรวมไว้ด้วยกันในมาตรา 256 ซึ่งในอนุมาตรา (1) ถึงอนุมาตรา (8) ล้วนเป็นกระบวนการหรือขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากพิจารณาบทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แล้วจะพบว่าประกอบด้วย 2 มาตรา คือ มาตรา 255 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาด ส่วนมาตรา 256 เนื้อหาส่วนใหญ่เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีกรอสอดแทรกข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหาบางประการที่

จะต้องมีการทำประชามติไว้ด้วย ในอนุมาตรา (8) ส่วนในอนุมาตรา (9) เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่าควรแยกอนุมาตรา (9) ออกมาบัญญัติเป็นอีกมาตราหนึ่งแยกต่างหากจากมาตรา 256 โดยควรบัญญัติเป็นมาตรา 256/1 โดยไม่นำไปรวมกับมาตรา 256 น่าจะเหมาะสมกว่า จะทำให้หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 3 มาตรา คือ มาตรา 255 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในด้านเนื้อหา ที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมโดยเด็ดขาด มาตรา 256 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการหรือขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และมาตรา 256/1 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดยเมื่อนำความเดิมของมาตรา 256 (9) มาปรับให้เข้ากับข้อเสนอแนะที่ผู้ศึกษาได้เสนอไว้ในข้อเสนอแนะตั้งแต่ข้อ 2.1 ถึง 2.3 แล้ว จะได้ความใหม่ของบทบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแยกออกมาเป็นอีกมาตราหนึ่งต่างหากในมาตรา 256/1 จะได้ความเป็นดังนี้

“มาตรา 256/1 เมื่อรัฐสภาได้ลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามแล้ว ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 256 (7) ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อมาตรา 255 หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป

หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ให้ส่งคำวินิจฉัยไปยังประธานรัฐสภาเพื่อจัดให้มีการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) ต่อไป

สำหรับประเด็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ ที่ให้สิทธิเพียงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกับสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อกันเสนอเรื่องต่อประธานสภาของตนเท่านั้น แต่มีได้ให้สิทธิประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีสิทธิเสนอเรื่องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย กับประเด็นช่วงเวลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ได้เฉพาะก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่เปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้ หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 ให้บัญญัติเป็นบทบังคับให้ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ทั้งในด้านเนื้อหาและในด้านกระบวนการตรา ตามข้อเสนอแนะข้างต้นแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 2 ประเด็นนี้อีก



บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2544). การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ใน *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดรัฐธรรมนูญและกฎหมาย*. (เล่ม 9, หน้า 39). _____ . (2544). *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2563). ว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 3). *สำนักข่าวอิสรา*. 4 สิงหาคม 2563. สืบค้นจาก www.isaranews.org.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (2545). *รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 5)*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- _____. (2548). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- _____. (2550). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ขจรชัย ชัยพัฒนานันท์. (2553). *การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร.
- คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. (2562). *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2522). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*. ใน *หัวข้อบรรยายในวิทยาลัยการทัพอากาศ วทอ. รุ่นที่ 14*. อ่างใน วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ.
- ชมพูนุท ตั้งถาวร. (2556). *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาสันต์. (2525). การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 1(1), 376-411.
- _____. (2535). *คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์*. ใน *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2535.
- ณัฐปคัลภ์ ลาขโรจน์. (2558). *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.

- ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย. (2552). การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ใน *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. (เล่ม 3, หน้า 50). อ่างใน ปูนเทพ ศิริบุษย์. (2555). รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- นรนิติ เศรษฐบุตร. (2547). *สารานุกรมการเมืองไทย*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2563). การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ. *สำนักข่าวอิศรา*. 11 พฤษภาคม 2563. สืบค้นจาก <https://www.isranews.org/isranews-article/7569-2012-07-08-13-28-30.html>.
- _____. (2544). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- _____. (2540). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536). *กฎหมายมหาชน 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- _____. (2538). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- _____. (2539). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- _____. (2546). ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*, 1(1), 4-20.
- _____. (2556). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2563). อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง : อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญ. *สถาบันพระปกเกล้า*. 10 พฤษภาคม 2563. สืบค้นจาก <http://www.kpi.ac.th/wiki/index.php?title=อำนาจก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง>.
- _____. และ อีสริยาภรณ์ อุวรรณโณ. (2558, 27 พฤษภาคม). *จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ*. *เดลินิวส์*. 23 กุมภาพันธ์ 2563 สืบค้นจาก <https://www.dailynews.co.th/article/323800>.
- บัณฑิต จันทร์โรจน์กิจ. (2558). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2532). การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ. *วารสารนิติศาสตร์*, 19(1), 1-29.
- _____. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2555). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. ใน *โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน*. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ปัญญา อุดชาชน. (2555). พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ
วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. 14(42), 13-49.
- ปุนเทพ ศิริพงษ์. (2555). รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบ
ด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
กรุงเทพมหานคร.
- ประยูร กาญจนดุล. (2540). การเรียก “รัฐธรรมนูญ” ว่า “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”. *จดหมายข่าว
ราชบัณฑิตยสถาน*, 7(73). อ้างใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช. (2549) *ข่าวมรดกกรรม
ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล. วารสารราชบัณฑิตยสถาน*, 31(2), 632-633.
- ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2563). รายงานการวิจัยองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : ศึกษา
เปรียบเทียบประเทศในกลุ่มประเทศอาเซียน. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
กรุงเทพมหานคร.
- พิชชาพร สุทธิรอด. (2560). การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษา
เปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน. (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- พูนศักดิ์ ไวสารวัจ. (2538). รูปแบบและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร:
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. (2515). *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครอง
ของไทย*. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2515). ตุลาการรัฐธรรมนูญ. *รัฐศาสตร์นิเทศ*, 7(3), 15-25.
- _____. (2524). *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*.
กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2552). *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียง
มาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2556). *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติ
พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา
7 รอบ 5 ธันวาคม 2554*. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน.
- รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 15 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันศุกร์ที่ 8 มิถุนายน 2555.
กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1-2. 14 เมษายน 2564.
สืบค้นจาก http://msbis.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_report/main_warehouse_dll_x.php?aid=5901&mid=1727.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2541). ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ. ใน *รวม
บทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรม
ศักดิ์*. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่
984/2551 ใน *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทาง*

- วิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย, บรรณาธิการโดยเอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล.
กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2553). รายงานการวิจัยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน :
วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดีโดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมาย
ไทย. คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
กรุงเทพมหานคร.
- _____. (2555). คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. *โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน*. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วศิน ยิ้มแย้ม. (2562). ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.
- วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ.
- _____. (2555). ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ใน *เอกสารการสอนชุดวิชา
กฎหมายมหาชน*, เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, นนทบุรี: สาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- วุฒิชัย จิตตานุ. (2550). ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางกฎหมายในประเทศต่างๆ
ทั่วโลก. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 9(27), 67-93.
- ศรียาชา เจริญพานิช. (2553). ที่มา ประเภท และลำดับศักดิ์กฎหมาย. ใน *เอกสารการสอนชุดวิชา
ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, เล่มที่ 1, หน่วยที่ 3, (พิมพ์ครั้งที่ 10). นนทบุรี:
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- สมภพ โหดระกิตย. (2512). *คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1*. กรุงเทพมหานคร:
น้ำเคียวการพิมพ์.
- สมยศ เชื้อไทย. (2535). คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. ใน *โครงการตำราและเอกสาร
ประกอบการสอน*, กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2546). *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ*.
กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- สุรียา ปานแป้น และอนันต์ บุนนันท. (2553). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร:
วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2489). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พร้อมด้วยคำอธิบาย*. พระนคร:
สำนักงานประชานิติ.
- _____. (2515). *คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- อภิญา แก้วกำเนิด. (2544). *การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิง
ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา
เยอรมนี ฝรั่งเศส และไทย*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต).
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร.

- อรอนงค์ ชุมพล. (2558). *การควบคุมและการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร.
- Acar, Ali. (2009) Tension in the Turkish constitutional democracy: Legal theory, *Constitutional review and Democracy, Ankara Law Review*, 6(No. 2), 140-150. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุบผะ. (2555). *รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร*.
- Barnett, Hilaire. (2013) *Constitutional and Administrative Law*. (10th edition). London and New York: Routledge Taylor & Francis Group. อ้างใน บัณฑิต จันทร์โรจน์กิจ (2558) *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- Cadoux, Charles. (1995). *Droit Constitutionnel et institutions politiques : Theorie generale des institutions politiques* (4 edition) Paris: Cujas.
- Mauro Cappelletti. (1970). Judicial Review in Comparative Perspective. *California Law Review*, 58(5), 1017-1053. อ้างใน ณัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. (2558). *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Colon-Rios, Joel. (2010). The Legitimacy of the Juridical : Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform. *Osgoode hall Law journal*, 48(2), 199-245. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. (2556). *กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ*. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- Constitution of the Federal Republic of Germany. *Federal Ministry of the Interior and Community*. 17 January 2021. Retrieved from <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html>.
- Dannemann, Gerhard. (1994). Constitutional Complaint : The European Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, 43(1), 142-153.
- Dodd, Walter F. (1921). Amending the Federal Constitution. *The Yale Law Journal*, 30(No.4), 321-354.
- Dragnich, Alex N. and Rasmussen, Jorgen Scott. (1986). *Major European Governments*. California: Dorsey Press. อ้างใน วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ.
- Eberhard, Herald. and Lachmayer, Konrad. (2008). Constitutional Reform 2008 in Austria : Analysis and Perspectives. *ICL Journal*, 2(2), 112-123.

- Ely, John Hart. (1980). *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press. cited in Roznai, Yaniv. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. (Ph.D.dissertation). Department of Law of the London School of Economics, London.
- Erickson, Nicholas W. (2011). Break on Through: The Other Side of Varnum and the Constitutionality of Constitutional Amendments. *Drake Law Review*, 59(No.4), 1225-1247.
- European Commission for Democracy through Law. (2010). *Report on Constitutional amendment*. From [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)001-e.asp). อ้างอิงใน ปูนเทพ ศิริบุษยรัตน์. (2555). รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Frideman, Andrew. (2010). Dead Hand Constitutionalism: the Danger of Eternity Clauses in new Democracies. *Mexican Law Review*, 4(1), 77-96. อ้างอิงใน ปูนเทพ ศิริบุษยรัตน์. รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Goerlich, Helmut. (2008) Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany. *NUJS Law Review*, 27(1), 397-415. อ้างอิงใน ปูนเทพ ศิริบุษยรัตน์. (2555). รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Gosalbo-Bono, Ricardo. (2010). The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States. *University of Pittsburgh Law Review*, 72(No.2), 229-360.
- Gözler, Kemal. (2008). *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. Istanbul: Ekin Press.
- Hesse, Konrad. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Heidelberg: Neudruck der 20. อ้างอิงใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2551). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Heywood, Andrew. (2002). *Politics*. New York: Palgrave.
- Holmes, Stephen and Sunstein, Cass R. (1995). The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. in *Responding to Imperfection: the Theory and*

- Practice of Constitutional Amendment*, Sanford Levinson (ed.). Princeton: Princeton University Press. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุพผะ. (2555). รายงานการวิจัย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กร ตุลาการ. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Kelse, Hans. (1978). *Pure theory of law / by Hans Kelsen ; translation from the second (revised and enlarged) German edition by Max Knight. Berkeley : University of California Press.*
- Kokott, Juliane. and Kaspar, Martin. (2012). Ensuring Constitutional Efficacy in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó. Oxford : Oxford University Press.
- Krunke, Helle. (2012). Formal and Informal Method of Constitutional Change in Denmark. in *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, ed. Xenophon Contiades. New York: Routledge.
- Lewis, Thomas Tandy. (2016). Marbury v. Madison. in *The U.S. Supreme Court*. 2nd ed. vol. 2. New York : Grey House Publishing.
- Maszone, Jason. (2005). Unamendments. *Iowa Law Review*, 90(5), 1747-1835. อ้างใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. (2556). กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า.
- O'Connell, Rory. (1999). Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*. 4(No.48), 48-75.
- Prateek, Satya, (2008). Today's Promise Tomorrow's Constitution: 'Basic Structure', Constitutional Transformations and the Future of Political Progress in India. *NUJS Law Review*, 27(NO.1), 417-498.
- Preuss, Ulrich K. (1994) Constitutional Powermaking for the new polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution. in *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. North Carolina: Duke University Press. อ้างใน ปูนเทพ ศิริบุพผะ. (2555). รายงานการวิจัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร.
- Preuss, Ulrich K. (2011). The Implications of “Eternity Clauses” : The German Experience. *Israel law review*, 44(No.3), 429-448.

- Robinson, Chris. (2013) *Government and Politics: Governing the UK*. Oxford: Phillip Allan. อ้างอิงใน บัณฑิต จันทรโรจนกิจ (2558) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย : ความเป็นมาและสาระสำคัญ. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า. 2558.
- Roznai, Yaniv. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. (Ph.D.dissertation). Department of Law of the London School of Economics, London.
- _____. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. อ้างอิงใน วศิณ ยิ้มแย้ม. ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพมหานคร. 2562.
- _____. and Yolcu, Serkan. (2012). An unconstitutional amendment – the Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law*, 10(No.1), 175-207.
- Schwartzberg, Melissa. (2009). *Democracy and Legal Change*. Cambridge: Cambridge University Press. cited in Roznai, Yaniv. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. (Ph.D.dissertation). Department of Law of the London School of Economics, London.
- Sethi, Anuranjan. (2005). Basic Structure Doctrine: Some Reflections. *SSRN*. 4 August 2020. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=835165. อ้างอิงใน ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์. (2558). ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร.
- Stelzer, Manfred. (2011). *The Constitution of the Republic of Austria : A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing. อ้างอิงใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 315-316.
- _____. (2013). *Constitution Change in Austria*. In *Engineering Constitutional Change : A comparative perspective on Europe Canada and the USA*. Xenophon. Contiades. Ed. New York : Routledge. อ้างอิงใน ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 316.
- Supreme Court of the United States. (1803). *Marbury v. Madison*. *U.S. Reports*, 5 (Cranch Vol.1), 137-180.

Sweet, Alec Stone. (2007). The Politics of Constitutional Review in France and Europe. *International Journal of Constitutional Law*, 5(1), 69-92.

Sweet, Alec Stone. (2011). *Constitutions and Judicial Power Comparative Politics*. (2nd edition). Deniele Caramani ed. Oxford: Oxford University Press.

Tushnet, Mark. (2014). *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham Northampton : Edward Elgar Publishing.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายพิสิษฐ์ นิธิสิริวรรณ
วัน เดือน ปีเกิด	22 ธันวาคม 2515
สถานที่เกิด	เขตภาษีเจริญ กรุงเทพมหานคร
ประวัติการศึกษา	<p>วิทยาศาสตรบัณฑิต (ประมง) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ พ.ศ. 2536</p> <p>บริหารธุรกิจบัณฑิต (การตลาด) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2540</p> <p>รัฐประศาสนศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2554</p> <p>นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช พ.ศ. 2558</p>
สถานที่ทำงาน	สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา กรุงเทพมหานคร
ตำแหน่ง	วิทยากรชำนาญการพิเศษ

