



ISSN 0125-0957

# รัฐสภาสาร

ปีที่ ๖๘ ฉบับที่ ๒ เดือนมีนาคม - เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๓





# รัฐสภาสาร

## ที่ปรึกษา

นายสรศักดิ์ เพียรเวช  
นางสาวโสเมอุษา บุรณะเหตุ

## บรรณาธิการ

นางจงเดือน สุทธิรัตน์

## กองบรรณาธิการ

นางสาวอารีย์วรรณ พูลทรัพย์  
นายพิษณุ จารีย์พันธ์  
นางสาวอรทัย แสนบุตร  
นางสาวจุฬีวรรณ เต็มผล  
นายก้องเกียรติ ผือโย  
นางสาวสทวรรณ เพ็ชรไทย  
นางสาวนิธิตา ประเสริฐภักดี

## ฝ่ายศิลปกรรม

นายมานะ เรื่องสอน  
นายนิทัศน์ องค์กรวิชัย  
นางสาวณัฐนันท์ วิชิตพงศ์เมธี

## ฝ่ายธุรการ

นางสาวเสาวลักษณ์ ธนชัยอภิภัทร  
นางสาวดลธิ์ จุลนานนท์  
นางสาวจรรย์าพร ตีกล้า  
นางสาวอาภรณ์ เนื่องเศรษฐ์  
นางสาวสุรดา เข็นพานิช

## พิมพ์ที่

สำนักการพิมพ์  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

## ผู้พิมพ์ผู้โฆษณา

นางสาววราวุฒิ แก้วสอาด

## วัตถุประสงค์

เป็นวารสารเพื่อเผยแพร่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อเสนอข่าวสารวิชาการในวงงานรัฐสภาและอื่นๆ ทั้งภายในและต่างประเทศ

## การส่งเรื่องลงรัฐสภาสาร

ส่งไปที่บรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร  
กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร  
เลขที่ ๑๑๐ ถนนประดิพัทธ์ แขวงพญาไท  
เขตพญาไท กรุงเทพฯ ๑๐๔๐๐  
โทร. ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๕๔  
โทรสาร ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๕๒  
e-mail: rattasapasarn@yahoo.com

การส่งบทความลงเผยแพร่ในวารสารรัฐสภาสาร จะต้องเป็นบทความที่ไม่เคยลงพิมพ์ในวารสารใดมาก่อน การพิจารณาอนุมัติบทความที่นำมาลงพิมพ์ดำเนินการโดยกองบรรณาธิการ ทั้งนี้ บทความ ข้อความ ความคิดเห็น หรือข้อเขียนใดที่ปรากฏในวารสารเล่มนี้เป็นความเห็นส่วนตัว ไม่ผูกพันกับทางราชการแต่ประการใด

## บทบรรณาธิการ

ในช่วงเวลานี้คงไม่มีใครเห็นเรื่องใดที่จะร้อนแรงและส่งผลกระทบต่อผู้คนและเศรษฐกิจทั่วโลกได้เท่ากับประเด็นการระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (COVID-19) ซึ่งในช่วงแรกดูเหมือนจะแพร่ระบาดแค่ในจีนและภูมิภาคเอเชีย แต่สถานการณ์ปัจจุบันเชื้อไวรัสดังกล่าวได้แพร่กระจายไปทั่วโลกอย่างรวดเร็ว ขณะที่มาตรการต่าง ๆ ของภาครัฐในการควบคุมผู้ติดเชื้อกลับกระทำได้อ่อนช้อยาก เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดการตระหนักรู้ถึงภัยร้ายแรงของการแพร่ระบาดในครั้งนี้ ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิตจากการติดเชื้อมากกว่าในประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวนมากอย่างรวดเร็วจนน่าวิตกเป็นอย่างยิ่ง จากสถานการณ์ดังกล่าวส่งผลให้อุตสาหกรรมท่องเที่ยวทั่วโลก รวมทั้งธุรกิจภาคบริการต่าง ๆ ล้วนได้รับผลกระทบอย่างหนัก ด้านกระทรวงสาธารณสุขเผยพบผู้ติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ ในประเทศไทยเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ขณะเดียวกันยังมีบางคนที่เป็นผู้สัมผัสเสี่ยงสูง แม้จะยังไม่ป่วยแต่ก็ไม่ได้กักกันตัวเองที่บ้านอย่างเคร่งครัดตามคำแนะนำของกระทรวงสาธารณสุข ดังนั้นการหลีกเลี่ยงและงดการไปในสถานที่ที่คนแออัด ตลอดจนการล้างมือให้สะอาดอยู่บ่อย ๆ และสวมใส่หน้ากากอนามัยอย่างถูกวิธีเมื่อออกนอกบ้านจะสามารถป้องกันเชื้อได้ถึง ๘๐% ก่อนหน้านี้นับตั้งแต่ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ประเด็นที่มีการกล่าวถึงมาโดยตลอดทั้งจากพรรคการเมืองในฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน ตลอดจนนักวิชาการ นั่นคือ ประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมาในประวัติศาสตร์การเมืองไทยมักมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับพุทธศักราช ๒๕๔๐ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ และฉบับปัจจุบัน พบว่า ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งไว้ในรัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญไว้ด้วย การปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นนี้ ส่งผลให้ในช่วงเวลาบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้มีคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญขอให้วินิจฉัยทั้งในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น การศึกษาและวิเคราะห์ข้อจำกัดในเรื่องดังกล่าวอย่างถ่องแท้ โดยทำความเข้าใจแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ความหมายและประเภทของข้อจำกัด รวมทั้งข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย โดยเฉพาะข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญซึ่งบทวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวในกรณีของประเทศไทยจะเป็นเช่นไร สามารถติดตามได้จากบทความเรื่อง ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

บทความ เรื่อง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา ผู้เขียนได้กล่าวถึงการบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย โดยมีการพิจารณาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน จากการศึกษารัฐธรรมนูญทั้งหมด ๒๐ ฉบับ พบว่า ในจำนวนนี้มีรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ ของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญเพียง ๘ ฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว เป็นที่น่าสังเกตว่า แต่กระนั้นในทางปฏิบัติก็จะมีการกล่าวคำปฏิญาณตนตามประเพณีที่เคยปฏิบัติกันหรือตามข้อบังคับ การประชุม

สำหรับบทความ เรื่อง กระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ในระบอบประชาธิปไตย เนื้อหาจะกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับกำเนิดรัฐธรรมนูญนิยมและการให้ความหมาย ในทางปฏิบัติต่อสังคมการเมืองประชาธิปไตย รวมทั้งคลื่นกระแสการจัดทำรัฐธรรมนูญของสังคมโลก กระบวนการและกลไกการทำรัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ตลอดจนรัฐธรรมนูญตามแนวคิด รัฐธรรมนูญนิยมในการควบคุมการใช้อำนาจในสังคมกับบทบาทในการเมืองประชาธิปไตย

บทความส่งท้ายเล่มสำหรับรัฐสภาสารฉบับเดือนมีนาคม - เมษายนนี้ ขอนำเสนอบทความ เรื่อง หลักการพื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียน หลักการดังกล่าวนี้ประเทศไทยและ รัฐประชาคมอาเซียนต้องคำนึงถึงภายใต้กฎบัตรอาเซียน เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการของอาเซียน ซึ่งหลักการพื้นฐานทั้ง ๔ ประการ ได้แก่ หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักนิติธรรม หลักธรรมาภิบาล และหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แล้วกลับมาพบกับบทความที่น่าสนใจ ซึ่งจะเปิด มุมมองทางความคิดแก่ผู้อ่านในมิติต่าง ๆ ได้อีกเช่นเคยในฉบับหน้า

บรรณาธิการ



# รัฐสภาสาร

ปีที่ ๖๘ ฉบับที่ ๒ เดือนมีนาคม - เมษายน พ.ศ. ๒๕๖๓  
Vol. 68 No. 2 March - April 2020

ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ปฐุมพงษ์ คำเขียว

๕

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา

ปิยะนาถ รอดม้วย

๔๘

กระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในระบอบประชาธิปไตย

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล

๖๓

หลักการพื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียน

ปวริศร เลิศธรรมเทวี

๙๕





## ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ปฐมพงษ์ คำเขียว\*

### บทนำ

**ย้อน**ไปเมื่อ ๒๐๐ กว่าปีก่อนนับตั้งแต่มนุษย์เริ่มสถาปนารัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ Thomas Jefferson หนึ่งในผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกนั้นได้เขียนจดหมายโดยมีเนื้อความตอนหนึ่งว่า “ไม่มีสังคมใดสามารถเขียนรัฐธรรมนูญให้คงอยู่อย่างถาวรได้ตลอดไป โลกนี้เป็นของคนที่มีชีวิตอยู่เสมอ”<sup>๑</sup> ซึ่งต่อมาในประเทศฝรั่งเศสได้มีคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ ข้อ ๒๘ ระบุไว้ว่า

\* นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญชำนาญการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>๑</sup> “no society can make a perpetual constitution, or even a perpetual law. The earth belongs always to the living generation” From Letter to James Madison, 6 September 1789. Retrieved 5 August 2019 from <https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>

“ประชาชนมีสิทธิในการทบทวน แก้ไข และเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของพวกเขาเสมอ คนรุ่นหนึ่งไม่สามารถบังคับคนในรุ่นอนาคตให้อยู่ภายใต้กฎหมายของตนได้” ย่อมสะท้อนให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญควรแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ จนมีคำกล่าวว่าการที่คนยุคอดีตเขียนรัฐธรรมนูญโดยกำหนดบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เป็นปัญหาให้คนในยุคปัจจุบันหรือในอนาคตถูกปกครองด้วย “มือที่ตายไปแล้ว (Dead Hand)” ของบรรพชน<sup>๒</sup> ในอีกด้านหนึ่ง ช่วงระหว่างปี ค.ศ. ๑๗๘๙-๑๘๔๔ เกิดแนวความคิดในการจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ กำหนดให้หลักการบางประการของรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ด้วยการกำหนดให้มีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ และช่วงระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๔๕-๑๙๘๘ รัฐธรรมนูญหลาย ๆ ประเทศบัญญัติให้มีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งต่อมา รัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๘๙-๒๐๑๓ มากกว่าครึ่งหนึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>๓</sup> ซึ่งเป็นข้อสังเกตได้ว่าบรรดารัฐธรรมนูญของนานาประเทศให้ความสำคัญกับการกำหนดจำกัดขอบเขตในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็น “ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

สำหรับประเทศไทยนับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐<sup>๔</sup> ปราบกฏความต้องการที่จะดำเนินการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้มาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นโดยพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งให้เป็นรัฐบาลหรือพรรคการเมืองฝ่ายค้านในขณะนี้<sup>๕</sup> ซึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดาของการเมืองของประเทศไทยตามที่ปรากฏตามประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญหลายฉบับ ซึ่งมักจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ มีการแก้ไขเพิ่มเติม

<sup>๒</sup>Samaha Adam M., (2008), “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation,” 108 Colum. L. Rev., 606.

<sup>๓</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, (Thesis submitted to the Department of Law of the London school of economics and political science for the degree of Doctor of Philosophy, 2014), p. 28.

<sup>๔</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐. สืบค้นจาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>

<sup>๕</sup>ข่าวการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. สืบค้นจาก <https://www.nationtv.tv/main/content/378739607/?ago=> และ [https://www.matichon.co.th/politics/news\\_1690561](https://www.matichon.co.th/politics/news_1690561)



รัฐธรรมนูญ ๓ ครั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นผลสำเร็จ จำนวน ๒ ครั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มีการแก้ไขเพิ่มเติม ๖ ครั้ง เป็นต้น<sup>๖</sup> อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ฉบับพุทธศักราช ๒๕๔๐ ฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ และฉบับพุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้งไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญไว้ด้วย นั่นคือ การปรากฏตัวขึ้นของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ในช่วงบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้มีคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาวินิจฉัยทั้งในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕ วันที่ ๑๓ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ วันที่ ๒๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๖ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๗ วันที่ ๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๗ มีผลทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอันตกไป การศึกษาถึงข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จึงมีความสำคัญในการทำความเข้าใจหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเพราะเหตุใดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขอบเขตหรือข้อจำกัดอย่างไรบ้าง ซึ่งในบทความนี้จะได้กล่าวถึง หนึ่งในแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นพื้นฐานทางความคิดในการทำความเข้าใจในหลักการของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สอง ความหมายและประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่ออธิบายความหมายและแยกแยะประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สำหรับหัวข้อที่สาม ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง และหัวข้อที่สี่ ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยาย ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของข้อจำกัดทางเนื้อหาทั้งสองประเภทนี้ และหัวข้อที่ห้า ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งจะได้อธิบายถึงกรณีของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อจำกัดทางเนื้อหาต่อไป

<sup>๖</sup>การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โปรดดู กาญจนรัตน์ สิริโรจน์, (๒๕๔๔), *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*, นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, น. ๕๖-๕๗; กนกรัตน์ ปัญญาญักษ์วงศ์, (๒๕๕๐), *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ), กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น. ๒๑๖-๒๑๘.

## แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีพื้นฐานหรือเบื้องหลังมาจากแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจดังกล่าวในทางวิชาการได้พยายามสร้างคำอธิบายเกี่ยวกับอำนาจดังกล่าวที่หลากหลายและย้อนแย้งในเวอร์ชันต่าง ๆ และเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการที่เข้มข้นประเด็นหนึ่งของวงการกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเริ่มจากการตั้งชื่อหรือคำเรียกและคำนิยามหรือความหมายของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และการยอมรับถึงการดำรงอยู่ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และข้อพิจารณาว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของใคร ระหว่างพระเจ้า กษัตริย์ หรือประชาชน ไปจนถึงข้อถกเถียงว่าสำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว ใครเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ<sup>๑</sup> ซึ่งในเบื้องต้นแล้วจำเป็นต้องทำความเข้าใจลักษณะของอำนาจทั้งสองดังกล่าว นั่นคือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุดขั้นต้นไม่มีข้อจำกัด และเป็นอำนาจเริ่มแรก เพราะไม่มีอำนาจใดเหนืออำนาจนี้ อีกทั้งยังเป็นอำนาจที่อิสระเต็มที่เพราะจะทำอะไรก็ได้ ตลอดจนเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด นอกจากนี้ อำนาจนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ และมีอยู่เหนือรัฐ<sup>๒</sup> ส่วนอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หรือให้มีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (pouvoir constituant dérivé) นอกจากนี้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ (pouvoir législatif) เพราะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติที่ก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญ และหากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคืออำนาจนิติบัญญัติแล้ว รูปแบบองค์กรและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเหมือนกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ<sup>๓</sup>

<sup>๑</sup>ปิบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๐), น. ๘๘-๙๑.

<sup>๒</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม ๓) ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๘), น. ๑๙-๒๐.

<sup>๓</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๔), น. ๑๒๖.

ท่ามกลางบรรดาคำอธิบายทางวิชาการที่หลากหลายมีการอธิบายความสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในประเด็นว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสามารถจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญสามารถกระทำได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นทางวิชาการแยกเป็นสองกลุ่ม ความเห็นกลุ่มหนึ่งเห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปราศจากข้อจำกัด และอีกกลุ่มหนึ่งมีความเห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด<sup>๑๐</sup>

ความเห็นที่สนับสนุนว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดมีเหตุผลที่สำคัญ ๒ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง เหตุผลที่หนึ่งเกี่ยวกับลักษณะโดยสภาพของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเหตุผลที่สองเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy)

เหตุผลเกี่ยวกับลักษณะโดยสภาพของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบรรดาองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นมาได้ แต่ขณะเดียวกันอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะด้อยกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ จึงต้องอยู่ภายใต้กรอบเท่าที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>๑๑</sup> ด้วยเหตุนี้ องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรักษาสถาบันที่สำคัญของรัฐธรรมนูญไว้ ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อถึงขนาดเป็นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากประชาธิปไตยมาเป็นเผด็จการ หรือทำลายสถาบันต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นพระมหากษัตริย์ หรือสภาผู้แทนราษฎรย่อมกระทำไม่ได้ เพราะองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นจึงไม่สามารถทำลายรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายแม่บทซึ่งจัดตั้งองค์กรนั่นเอง<sup>๑๒</sup>

<sup>๑๐</sup>รายละเอียดโปรดดู Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., pp. 81-91; ปิยนุตร แสงนกนกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*, เล่มเดิม, น. ๓๓๓-๔๓๓.

<sup>๑๑</sup>ปุนเทพ ศิริनुพงศ์, *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ*, (รายงานวิจัยเสนอคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), น. ๘.

<sup>๑๒</sup>หยุด แสงอุทัย, *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๓๘), น. ๗๘.

เหตุผลเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เห็นว่า หลักประชาธิปไตยที่ป้องกันตนเองได้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐธรรมนูญถูกทำลายลงด้วยกลไกตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจำเป็นต้องสร้างกลไกต่อสู้กับการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ เช่น การยุบพรรคการเมืองที่มีนโยบายเป็นปฏิปักษ์ต่อประชาธิปไตย การให้สิทธิประชาชนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ การบัญญัติบทบัญญัติหรือหลักการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น<sup>๑๓</sup> หลักประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้เป็นหลักการที่พัฒนาต่อยอดมาจากหลักการปกครองในระบบอบประชาธิปไตยโดยทั่วไป ซึ่งยึดถือหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่อาศัยเสียงข้างมากเป็นตัวชี้ขาดปัญหาต่าง ๆ เพื่อหาทางออกสำหรับปัญหานั้นให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ และเห็นว่าการถือเสียงข้างมากเป็นตัวตัดสินปัญหานั้นต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเสียงข้างน้อยด้วยเพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้เสียงข้างมากใช้อำนาจของตนกดขี่เสียงข้างน้อยจนทำให้เสียงข้างมากเป็นเผด็จการไปได้<sup>๑๔</sup> อย่างไรก็ตาม ในงานเขียนของ Karl Loewenstein เมื่อปี พ.ศ. ๒๔๘๐ (ค.ศ. ๑๙๓๗) ได้นำเสนอหลักประชาธิปไตยที่สามารถป้องกันตนเองได้ เห็นว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยกระแสหลักแบบดั้งเดิมมีข้อผูกมัดเชิงหลักการที่มีโครงสร้างกติกากการเมืองแบบประชาธิปไตยที่ถือเสียงของประชาชนเป็นใหญ่ ประกอบกับต้องให้ทุกกลุ่มการเมืองมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหว รวมตัว รณรงค์หาเสียง หรือเผยแพร่ความคิดเห็น รวมทั้งมีสิทธิเข้าไปในรัฐสภาได้ ตามที่ระบอบประชาธิปไตยนั้นยึดมั่นในหลักขันติธรรม (Tolerance) กำหนดให้รัฐบาลต้องยอมรับและเปิดกว้างต่อทัศนคติทุกรูปแบบ อย่างไรก็ตาม ลักษณะพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยเช่นนี้เองเป็นจุดอ่อนพื้นฐานอย่างร้ายแรง เพราะการปล่อยให้ขบวนการที่มีเจตนาต่อต้านระบอบประชาธิปไตยสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างอิสระโดยพรรคการเมือง หรือสามารถควบคุมอารมณ์ของมวลชนได้ และใช้กลไกประชาธิปไตยในการเข้าสู่อำนาจ ขบวนการเหล่านี้ก็จะดำเนินการทำลายระบอบประชาธิปไตยลง ด้วยเหตุนี้ จึงต้องระวังความเป็นไปได้ที่ระบอบประชาธิปไตยจะทำลายตัวเอง ปัญหาต่อมาคือ วิธีจัดการกับจุดอ่อนของระบอบประชาธิปไตยควรเป็นอย่างไร แนวความคิดดังกล่าวเสนอให้ใช้กฎหมาย

<sup>๑๓</sup> ปูนเทพ ศิรินพวงศ์, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์การตุลาการ, เล่มเดิม, น. ๑๖.

<sup>๑๔</sup> วิสุทธิ์ โพธิ์แทน, แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๕๐), น. ๖๑-๖๓.

เป็นเครื่องมือบนพื้นฐานที่ว่ากรียึดมั่นในหลักประชาธิปไตยแบบเคร่งครัดสุดโต่ง (Democratic fundamentalism) โดยเคารพสิทธิเสรีภาพของทุกฝ่ายมากเกินไปจนมองข้ามสภาพความเป็นจริง อาจนำมาซึ่งผลเสียอย่างร้ายแรง เพราะฉะนั้น เพื่อความอยู่รอดของประชาธิปไตยจำเป็นต้องใช้มาตรการทางกฎหมายจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่เคลื่อนไหวในทางที่เป็นภัยต่อระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นกรณีที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ในการละเมิดหลักประชาธิปไตยด้วยการจำกัดเสรีภาพบางประการของผู้ที่อาจคุกคามระบอบประชาธิปไตย กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประชาธิปไตยจำเป็นต้องเลือกปฏิบัติเพื่อความอยู่รอดของประชาธิปไตย<sup>๕๕</sup>

ระบอบประชาธิปไตยจึงเห็นว่ามีควมจำเป็นที่จะต้องสร้างกลไกต่าง ๆ เพื่อปกป้องตนเองได้และเพื่อธำรงไว้ซึ่งคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยให้คงอยู่ และป้องกันระบอบประชาธิปไตยไม่ให้ถูกทำลายจากศัตรูของระบอบประชาธิปไตย<sup>๕๖</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญถูกทำลายลงด้วยกลไกตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ รัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีกลไกต่อสู้กับการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ และเพื่อปกป้ององค์ประกอบสำคัญของระบอบประชาธิปไตยให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง<sup>๕๗</sup> อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้กลไกประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองทำงานอย่างอิสระจนเกินไป อาจนำไปสู่ปัญหาที่รุนแรงได้ ดังเช่นกรณีที่เคยได้รับประสบการณ์มาแล้วในยุคเผด็จการนาซีที่ให้อำนาจรัฐบาลกีดกันฝ่ายตรงข้ามออกจากกระบวนการทางการเมือง เพราะฉะนั้นผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันพยายามหาดุลยภาพระหว่างความเสี่ยงจากการละเลยในการเผชิญหน้ากับภัยคุกคามของลัทธิเผด็จการและอันตรายจากเครื่องมือของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จะย้อนกลับมาทำลายหลักพื้นฐานของประชาธิปไตยเสียเอง ผลของการหาดุลยภาพนี้ทำให้รัฐธรรมนูญของเยอรมันมอบอำนาจอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญกีดกันบุคคลหรือพรรคการเมืองที่เป็นภัยออกจากพื้นที่ทางการเมือง ขณะเดียวกันบุคคลและพรรคการเมืองที่ถูกกล่าวหาว่าพยายามล้มล้างคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญยังคงได้รับการคุ้มครองทั้งทางการเมืองและสิทธิมนุษยชนอย่างเต็มที่

<sup>๕๕</sup>Karl Loewenstein, (1937), "Militant Democracy and Fundamental rights, I," *American Political Science Review*, 31, pp. 430-432 (อ้างถึงใน ฎริ พวงศ์เจริญ, (๒๕๕๗), "หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการภิวัตน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย," *วารสารนิติศาสตร์*, ๔๓(๓), น. ๖๔๓-๖๔๔.

<sup>๕๖</sup>ปุนเทพ ศิริบุษงค์, (๒๕๕๗), *มายาคติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (๑)*, โลกวันนี้ออนไลน์. สืบค้น ๒๐ เมษายน ๒๕๕๘, จาก <http://www.lokwannee.com/web2013/?p=100739>

<sup>๕๗</sup>ฎริ พวงศ์เจริญ, "หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการภิวัตน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย," เล่มเดิม, น. ๖๔๖-๖๔๗.

ตามหลักประกันที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้<sup>๑๘</sup> เห็นได้ว่ากลไกที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตัวเองได้ ซึ่งทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองบรรดาคุณค่าหรือหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง คือ “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง

ความเห็นที่สนับสนุนว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปราศจากข้อจำกัดได้แย้งด้วยเหตุผลสำคัญ ๒ ประการ คือ เหตุผลที่หนึ่งเห็นว่าไม่ควรมีการขัดขวางคนรุ่นต่อไปในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง เหตุผลที่สองเห็นว่าการจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปราศจากความหมายเมื่อเกิดการปฏิวัติขึ้น

เหตุผลที่หนึ่งเห็นว่าไม่ควรมีการขัดขวางคนรุ่นต่อไปในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ เห็นว่าแม้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่ไม่ได้หมายความว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะมีสถานะสมบูรณ์เด็ดขาดในตัวเองจนไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลย ในมุมมองนี้รัฐธรรมนูญก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไปที่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอิสระในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายทั่วไปได้ตามที่เห็นสมควรเพื่อปรับเปลี่ยนกฎหมายให้เป็นไปตามความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวได้ว่า กฎหมายที่ดี (Good laws) ควรได้รับการบัญญัติให้มีขึ้น ส่วนกฎหมายที่ไม่ดี (Bad laws) ควรได้รับการปรับปรุง<sup>๑๙</sup> สำหรับรัฐธรรมนูญแล้วเช่นเดียวกัน ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีอิสระที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงได้ การอ้างว่าหากแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วจะทำให้รัฐธรรมนูญเสียความศักดิ์สิทธิ์ไป เสมือนว่ารัฐธรรมนูญเป็นพระเจ้าพระองค์หนึ่ง ผู้ใดแตะต้องไม่ได้<sup>๒๐</sup> เป็นข้ออ้างที่ไม่ถูกต้องเนื่องจากแท้จริงแล้วรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นมา มิใช่เกิดขึ้นโดยพระเจ้าองค์ใด<sup>๒๑</sup> รัฐธรรมนูญย่อมมีข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยของบ้านเมือง

<sup>๑๘</sup>Thilo Rensmann, (2003), Procedural Fairness in a Militant Democracy: The “Uprising of the Decent” Fails Before the Federal Constitutional Court,” *German Law Journal*, 4(11), pp. 1117-1119.

<sup>๑๙</sup>John Stuart Mill, (1960), *Utilitarianism, Liberty & Representative Government*, J. M. Dent: London, p. 202.

<sup>๒๐</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, “รัฐธรรมนูญไม่ใช่สิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้,” ตีพิมพ์ครั้งแรกในหนังสือพิมพ์สุวันนภูมิ วันที่ ๑๕, ๑๖ และ ๑๗ สิงหาคม ๒๔๘๘, ๑๐๐ ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔, น. ๔๕.

<sup>๒๑</sup>Hanna Fenichel Pitkin, (1987), *The Idea of a Constitution*, 37, J. Legal Educ, p. 168.

โดยไม่ต้องเปลี่ยนรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ<sup>๒๒</sup> แม้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยคาดการณ์ถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตบ้างแล้วก็ตาม แต่ความคาดการณ์ของมนุษย์ย่อมมีขอบเขตไม่ครอบคลุมครบถ้วนทุกปัญหาที่เกิดขึ้นในอนาคต รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นในช่วงเวลาหนึ่งอาจเหมาะสมในช่วงเวลานั้น หากกาลเวลาผ่านไปตามธรรมชาติ รัฐธรรมนูญย่อมไม่เหมาะสมแล้วหรือถึงขนาดขัดกับความเป็นไปของประเทศเลยก็ได้ ซึ่งเป็นธรรมชาติของสรรพสิ่งที่ล้วนต้องเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา รัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกันกับกรณีของกฎหมายโดยทั่วไปที่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยมีความมุ่งหมายแก้ไขปรับปรุงความไม่สมบูรณ์ที่มีอยู่ในตัวรัฐธรรมนูญเอง จนเป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการแล้วว่ารัฐธรรมนูญย่อมแก้ไขได้ โดยเห็นจากบรรดารัฐธรรมนูญทั้งหลายส่วนใหญ่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเองได้<sup>๒๓</sup>

เหตุผลที่สองเห็นว่าการจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปราศจากความหมายเมื่อเกิดการปฏิวัติขึ้น โดยเห็นว่าการที่ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น โดยการกำหนดให้หลักการพื้นฐานหรือองค์ประกอบของสถาบันการเมืองต่าง ๆ ไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วยการกระทำขององค์กรผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เปรียบเสมือนการแช่แข็งหัวใจของระบอบการเมืองและรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่ตลอดไป ซึ่งข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจกลับกลายเป็นเครื่องขัดขวางที่สร้างแรงกระตุ้นหรือพลังทางการเมืองที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสะสมปริมาณมากยิ่งขึ้น จนนำไปสู่การทำลายรัฐธรรมนูญโดยวิธีการนอกระบบหรือการปฏิวัติเสียเอง ผลกระทบของการสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากเกินไปย่อมเพิ่มความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยวิธีนอกระบบได้มากยิ่งขึ้น และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจกลายเป็น “ความโง่เขลาทางรัฐธรรมนูญ (constitutional stupidity)” ที่ทำให้เกิด “โศกนาฏกรรมทางรัฐธรรมนูญ (constitutional tragedy)” ได้ต่อไป<sup>๒๔</sup> สุดท้ายแล้วย่อมทำให้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเองที่ไร้ความหมายและเป็นเพียงตัวอักษรอยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีศักยภาพในการปกป้องหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญได้<sup>๒๕</sup>

<sup>๒๒</sup> ธัชชา ร่มรื่นสุธารมย์, (๒๕๒๙), “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย,” *วารสารนิติศาสตร์*, ๑๔(๓), น. ๑๐๓.

<sup>๒๓</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, “รัฐธรรมนูญไม่ใช่เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้,” *เล่มเดิม*, น. ๔๖-๔๗.

<sup>๒๔</sup> Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, p. 215 อ้างใน ปิยนุตร แสงกนกกุล, *เล่มเดิม*, น. ๑๑๙-๑๒๐.

<sup>๒๕</sup> ปิยนุตร แสงกนกกุล, *เล่มเดิม*, น. ๑๒๑.

## ความหมายและประเภทของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ กรอบหรือขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้กำหนดไว้ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ เพื่อจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ต้องยึดถือดำเนินการตามกรอบหรือขอบเขตนั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใดไม่ได้ดำเนินการตามข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional Constitutional Amendment)<sup>๒๖</sup>

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แบ่งออกเป็น ๓ ประเภท ดังนี้

หนึ่ง ข้อจำกัดทางรูปแบบหรือกระบวนการ

สอง ข้อจำกัดทางเวลา

สาม ข้อจำกัดทางเนื้อหา

หนึ่ง ข้อจำกัดทางรูปแบบหรือกระบวนการ (Formal and Procedural Limitations)

คือ ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขให้ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรูปแบบและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกันในรายละเอียดที่หลากหลาย แต่รูปแบบและกระบวนการที่กำหนดไว้นั้นมีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นไปเพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก และในปัจจุบันนี้แนวโน้มของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้กำหนดรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่เข้มข้นขึ้น มีผลให้รัฐธรรมนูญมีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยากด้วยรูปแบบและกระบวนการที่ยุ่งยาก เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการพิจารณาขององค์กรหลายองค์กร หรือต้องผ่านการลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ เป็นต้น<sup>๒๗</sup>

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยุ่งยาก ย่อมถือเป็นข้อจำกัดในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการโดยการบัญญัติไว้เป็นส่วนหนึ่งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามหลักนิติรัฐแล้ว

<sup>๒๖</sup> ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์, ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๘), น. ๖๒-๖๓.

<sup>๒๗</sup> ชาญชัย แสงวงศ์, (๒๕๕๒), กฎหมายรัฐธรรมนูญ: แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, น. ๗๓.



การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่เว้นแม้แต่องค์กรที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำการตามรูปแบบหรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวหมายความถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน เพราะฉะนั้นสภาพนิติบัญญัติซึ่งใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำการตามอำเภอใจแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการที่ตนกำหนดขึ้นเองหาได้ไม่ แต่ต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบหรือกระบวนการ ก็คือ การควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามรูปแบบหรือกระบวนการที่สำคัญ ได้แก่ การเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม การการลงมติให้ความเห็นชอบระยะเวลาในการพิจารณา (Time delay) และการกำหนดให้ประมุขของรัฐหรือประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม<sup>๒๘</sup>

**สอง ข้อจำกัดทางเวลา (Temporal Limitations)** คือ ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบ่อยครั้งเกินไปจนมีผลกระทบทำให้ความหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลดความสำคัญลง หรือเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้กลุ่มการเมืองอาศัยช่วงเวลาที่ประเทศตกอยู่ในสถานการณ์บางประการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของตนเอง<sup>๒๙</sup> ซึ่งพบว่าโดยทั่วไปแล้วช่วงเวลาของข้อจำกัดทางเวลาที่ประเทศต่าง ๆ กำหนดไว้ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมี ๕ รูปแบบ ดังนี้<sup>๓๐</sup>

- (๑) ช่วงระยะเวลาที่ประเทศตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (states of emergency) หรืออยู่ในช่วงที่มีการประกาศสงคราม
- (๒) ช่วงระยะเวลาที่ตำแหน่งประมุขของประเทศว่างลงหรือระหว่างมีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์
- (๓) ช่วงระยะเวลาภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ผ่านความเห็นชอบ
- (๔) ช่วงระยะเวลาภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบ
- (๕) ช่วงระยะเวลาโดยทันทีภายหลังการที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ประกาศใช้บังคับ

<sup>๒๘</sup>วิชญ์ เครื่องงาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, ๒๕๔๙), น. ๑๓๙.

<sup>๒๙</sup>ณัฐปัทม์ ลาขโรจน์, ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, เล่มเดิม, น. ๗๑-๗๓.

<sup>๓๐</sup>Richard Albert, (2016), "Temporal Limitations in Constitutional Amendment," *Boston College Law School, Legal Studies Research Paper Series*, 21 Issue1 (March 21, revised December 14, 2016), p. 41.

**สาม ข้อจำกัดทางเนื้อหา (Substantive Limitations)** คือ ข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญนั่นเอง เพื่อเป็นหลักประกันไม่ให้ผู้แทนฝ่ายเสียงข้างมากของรัฐสภาอาศัยอำนาจของตนแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นการละเมิดหรือกดขี่ประชาชนจนเกินสมควร จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์บางประการที่มีคุณค่าอย่างยิ่งสำหรับรัฐนั้น อันไม่อาจล่วงละเมิดหรือแก้ไขเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงให้เป็นอย่างอื่น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใดก็ต้องแสดงความเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานสำหรับการดำรงชีวิตร่วมกันในประชาคม จึงเป็นที่มาของข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่า ไม่ว่าจะด้วยเสียงข้างมากท่วมทับเพียงใดก็ตาม ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหลักการบางประการได้ อันเป็นการปกป้องตนเองของรัฐธรรมนูญ<sup>๓๑</sup> อีกทั้งด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีการคุ้มครองรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษด้วยการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีกรอบหรือขอบเขตในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ ซึ่งแม้แต่เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นผู้แทนของประชาชนและมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจก้าวล่วงไปแก้ไขเปลี่ยนแปลง<sup>๓๒</sup> โดยข้อจำกัดทางเนื้อหาอาจแบ่งย่อยได้อีก ๒ ประเภท ดังนี้

(๑) **ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง (explicit limitations)** คือ ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

(๒) **ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยาย (implicit limitations)** คือ ข้อจำกัดที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในตัวบทของรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่ามีข้อจำกัดใดซ่อนอยู่เบื้องหลังตัวบทรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกหรือไม่ โดยการอนุมานจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นมีเจตนารมณ์ให้คงหลักการหรือบทบัญญัติบางประการไว้จะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

ความแตกต่างสำคัญของข้อจำกัดทางเนื้อหาทั้งสองดังกล่าว คือ ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งไม่มีปัญหาหรือข้อถกเถียงเรื่องการดำรงอยู่ของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งว่ารัฐธรรมนูญห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องนั้นหรือไม่ เนื่องจากเป็นข้อจำกัดที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในเนื้อหา

<sup>๓๑</sup>บุญศรี มิวงษ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๑), น. ๓๒๑.

<sup>๓๒</sup>บุญศรี มิวงษ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, เล่มเดิม, น. ๒๘๗, ๓๐๗.

ของรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว จะมีเพียงปัญหาหรือข้อถกเถียงถึงการยอมรับหรือสภาพบังคับของข้อจำกัด โดยขัดแย้งเท่านั้นว่าสามารถจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งแตกต่างจากกรณีของข้อจำกัดโดยปริยาย ซึ่งเนื้อหาของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติม เรื่องนั้นไว้อย่างชัดเจน ทำให้มีปัญหาหรือข้อถกเถียงเรื่องการดำรงอยู่ของข้อจำกัดโดยปริยาย ว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้บัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องใด ๆ ไปได้เลย จะถือโดยปริยายว่ายังคงมีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่เบื้องหลังหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญหรือไม่

### ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยชัดเจน

ข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดเจนเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงที่มาและพัฒนาการของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดเจน ลักษณะของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดเจนที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ บัญญัติไว้

#### ๑) ที่มาและพัฒนาการของบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

การกำหนดบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ไว้ในรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ ๑๙ นับย้อนกลับไปถึงรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๗๘๗ ได้กำหนดหลักการบางประการไว้ไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็คือ การเลิกทาสและการออกกฎหมายเรียกเก็บภาษีเงินได้โดยสภาองเกรส ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อนปี ค.ศ. ๑๘๐๘ และเรื่องการเปลี่ยนแปลงจำนวนผู้แทนมลรัฐในสภาองเกรสโดยปราศจากความยินยอมของมลรัฐ<sup>๓๓</sup>

สำหรับฝรั่งเศสได้ปรากฏแนวคิดว่าด้วยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. ๑๗๙๑ ประกาศเจตนารมณ์ไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะยกเลิกสถาบันใดจนเป็นอันตรายต่อเสรีภาพและความเสมอภาคแห่งสิทธิมิได้ ต่อมารัฐสภาของฝรั่งเศสได้ยอมรับแนวความคิดที่เห็นว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญควรถูกจำกัดอย่างจริงจังและบัญญัติโดยชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญ ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับ ค.ศ. ๑๘๗๕ ในปี ค.ศ. ๑๘๘๔ รัฐสภาฝรั่งเศสได้แก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้ฝรั่งเศสมีการปกครองรูปแบบ

<sup>๓๓</sup>รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา ๕

สาธารณรัฐ และยังได้กำหนดให้การปกครองรูปแบบสาธารณรัฐไม่สามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หลังจากนั้นบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวได้รับการยืนยันอีกครั้งปรากฏในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๔๖ และรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๘ ซึ่งยังคงมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน<sup>๓๔</sup>

สำหรับเยอรมันได้รับประสบการณ์จากการที่พรรคนาซีมีอำนาจทางการเมืองจนทำให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไวมาอย่างมากมาย ถึงขนาดที่อาจเรียกได้ว่าได้ทำลายโครงสร้างของรัฐธรรมนูญไวมาไปจากเดิม และทำให้พรรคนาซีมีอำนาจทางการเมืองอย่างล้นพ้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ เมื่อรัฐธรรมนูญไวมาได้สิ้นสุดลง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในขณะนั้นได้นำแนวความคิดว่าด้วยการกำหนดบทบัญญัติหรือหลักการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏเป็นมาตรา ๗๙ (๓) ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของเยอรมันจนกระทั่งถึงปัจจุบัน<sup>๓๕</sup>

แนวความคิดในการจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีพัฒนาการขึ้นอย่างมาก และเป็นที่ยอมรับทั้งในอเมริกาและยุโรประหว่างช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ เป็นต้นมา ดังเห็นได้จากระหว่างปี ค.ศ. ๑๗๘๙-๑๙๔๔ มีเพียงร้อยละ ๑๗ ของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศเท่านั้นที่มีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ขณะที่ระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๔๕-๑๙๘๘ ร้อยละ ๒๗ ของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศบัญญัติให้มีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่อมารัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๘๙-๒๐๑๓ มีมากกว่าร้อยละ ๕๓ ของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศมีบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปรียบเสมือนสัญลักษณ์แห่งความทันสมัยตามแบบสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส และในปัจจุบันนี้ บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลายมาเป็นรูปแบบที่เป็นสากลแล้วนั่นเอง<sup>๓๖</sup>

<sup>๓๔</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., pp. 26-27.

<sup>๓๕</sup>Helmut Goerlich, (2008), "Concept of Special Protection for Certain Elements and Principles of the Constitution Against Amendments and Article 79 (3), Basic Law of Germany," *Nuris Law Review*, 1(3), pp. 398-399.

<sup>๓๖</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., p. 28.

บทบาทที่สำคัญของบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ คือ บทบาทในเชิงป้องกันหรือเป็นอุปสรรคขัดขวางการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ เสมือนเป็นพื้นที่กึ่งกลางกั้นขวางระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเสียงข้างมากของสภานิติบัญญัติตามหลักประชาธิปไตยกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย การดำรงอยู่ของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสะท้อนให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญควรได้รับการป้องกันจากการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผล ดังนี้<sup>๓๙</sup>

(๑) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์ให้หลักการหรือบทบัญญัติบางประการของรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงยั่งยืนสืบไป เพื่อป้องกันฝ่ายเสียงข้างมากที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจโดยยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักการหรือบทบัญญัติดังกล่าว

(๒) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเหตุผลส่วนตัวไม่ไว้วางใจผู้ที่เข้ามาใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้บทบัญญัติหรือหลักการบางประการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ หรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเหตุผลส่วนตัวเพื่อใช้บทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้เป็นเครื่องมือทางการเมืองในการป้องกันรักษาอำนาจของตนเอง

(๓) ความจำเป็นต้องร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อป้องกันวัฒนธรรมหรือจารีตประเพณีบางอย่างของสังคมนั้นที่อาจเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญ จึงต้องกำหนดให้หลักการบางประการรอดพ้นจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญให้กลับไปสู่วัฒนธรรมหรือจารีตประเพณีเดิมนั้น

(๔) การป้องกันความแตกแยกของสังคม เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางเรื่องอาจทำให้สังคมเกิดความขัดแย้งกันอย่างรุนแรง หากปล่อยให้มีการเสนอให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือมีการอภิปรายเพื่อพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นแล้ว อาจทำให้สังคมแตกแยกจนยากที่จะแก้ไขเยียวยาในภายหลังได้ จึงมีความจำเป็นต้องยกเว้นไม่ให้เสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว

## ๒) ลักษณะของบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางวิชาการของไทยเรียกบทบัญญัติลักษณะนี้ว่า “บทบัญญัติชั่วคราว”<sup>๔๐</sup> ส่วนในต่างประเทศใช้คำเรียกในทาง

<sup>๓๙</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., pp. 24-25.

<sup>๔๐</sup>บุญเทพ ศิริบุหงศ์, *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยองค์การตุลาการ*, เล่มเดิม, น. ๑๕.

วิชาการแตกต่างกัน เช่น ในภาษาอังกฤษ คำว่า “immutable” “unchangeable” “unalterable” “irrevocable” แปลได้ว่า เปลี่ยนแปลงไม่ได้ หรือยกเลิกไม่ได้ หรือในภาษาเยอรมัน “ewigkeitsgarantie” ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า “eternal” แปลว่า ชั่วนิรันดร์ในที่นี้ขอใช้คำว่า “บทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้” เพื่อให้สอดคล้องกับประเด็นศึกษาถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้แท้ที่จริงแล้วไม่ได้คงอยู่ชั่วนิรันดร์และอาจเปลี่ยนแปลงได้ อย่างน้อยที่สุดก็ด้วยการเปลี่ยนแปลงความหมายผ่านการตีความขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยคดี และท้ายที่สุดก็อาจถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้จึงหมายความว่าถึงเฉพาะกลไกสำหรับจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เนื้อหาบางส่วนของรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ รัฐธรรมนูญอาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามาตราใดมาตราหนึ่งของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ หรืออาจกำหนดเป็นหลักการกว้าง ๆ ว่าหลักการที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ที่กำหนดบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ไว้จะกำหนดหลักการสำคัญบางประการหรือรูปแบบการจัดโครงสร้างอำนาจของรัฐบาลไม่ให้ทำลายหรือยกเลิกโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจกำหนดไว้โดยตรงว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมหลักการบางประการ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตได้ว่าข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราอาจไม่ได้ใช้วิธีห้ามโดยตรงแต่เสี่ยงไปกำหนดว่าหลักเกณฑ์เรื่องนั้นจะต้องใช้บังคับตลอดไป ซึ่งมีผลในทำนองเดียวกันคือหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไม่สามารถแก้ไขได้นั่นเอง เช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ค.ศ. ๑๙๕๒ บัญญัติว่า ดินแดนส่วนที่โปแลนด์ได้รับมานี้ต้องอยู่กับโปแลนด์ตลอดไป หรือรัฐธรรมนูญจีน ค.ศ. ๑๙๘๑ บัญญัติว่า สาธารณรัฐจีนต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตลอดไป เป็นต้น<sup>๓๙</sup>

หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงก่อให้เกิดลำดับชั้นหรือคุณค่าของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แม้ว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่เป็นกฎหมายสูงสุดแล้วก็ตาม แต่เฉพาะในส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง สามารถแยกออกเป็น ๒ ระดับ กล่าวคือ ระดับที่ ๑ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

<sup>๓๙</sup>วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, ๒๕๓๐) น. ๗๓๕.

และระดับที่ ๒ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในความหมายนี้ บทบัญญัติในระดับที่ ๒ ย่อมมีสถานะเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ ๑ หรือมีคุณค่าเหนือกว่า บทบัญญัติในระดับที่ ๑ ดังนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในระดับที่ ๑ ให้มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในระดับที่ ๒ ย่อมกระทำไม่ได้<sup>๔๐</sup>

อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งถึงสถานะทางกฎหมายของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงสิ่งแสดงความปรารถนาของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้บุคคลรุ่นหลัง ๆ ได้ทราบเท่านั้น หาได้มีค่าในทางกฎหมายที่จะบังคับให้พวกเหล่านั้นปฏิบัติตามไม่<sup>๔๑</sup> คำกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นเรื่องหลักความมีประสิทธิภาพของกฎหมาย (principle of effectiveness) ตามความคิดของ Hans Kelsen ที่ว่าความสามารถบังคับใช้ได้จริงจริงของบรรทัดฐาน สะท้อนจากข้อเท็จจริงที่ประชาชนทั่วไปเชื่อฟังและประพฤติปฏิบัติตามบรรทัดฐานนั้น ประสิทธิภาพหรือกำลังบังคับอย่างมีผลเป็นบรรทัดฐานชี้ขาดความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์<sup>๔๒</sup> กล่าวได้ว่า หากบรรทัดฐานใดไม่มีประสิทธิภาพย่อมถือว่าบรรทัดฐานนั้นไม่สมบูรณ์ หากบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับใช้ได้จริงดังคำกล่าวนี้ ย่อมถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีความสมบูรณ์ในทางกฎหมาย นอกจากนั้น ยังมีข้อโต้แย้งว่า การป้องกันไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะทำให้ระบบผิดพลาดไปทั้งหมด ภาวะเช่นนี้เรียกได้ว่า “ภาวะที่รัฐธรรมนูญถูกทำให้แก้ไขได้ยากกว่าปกติที่จะเป็น” กรณีนี้อาจนำพาประเทศไปสู่การใช้อำนาจโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นั่นคือการปฏิวัติหรือรัฐประหาร และเป็นอาการของโรคกลัวการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (amendophobia) ที่เกรงว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะถูกปิดเป็นอันเพื่อนำไปใช้ล้มล้างคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ<sup>๔๓</sup>

<sup>๔๐</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ, *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ*, ผู้จัดการ Online. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒ ตุลาคม ๒๕๖๒, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000083594>

<sup>๔๑</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย*, (กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๑๕), น. ๒๐๐.

<sup>๔๒</sup>จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), น. 67.

<sup>๔๓</sup>Vicki C. Jackson, (2010), “Democracy and Judicial Review, Will and Reason, Amendment and Interpretation: A Review of Barry Friedman’s *The Will of The People*,” *Journal of Constitutional Law*, 13(2), Dec. pp. 433-453.

### ๓) เนื้อหาของข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง

บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญบัญญัติขึ้นจำกัดอำนาจของผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นข้อห้ามการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองความมั่นคงแห่งเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ เทคนิคหรือวิธีการบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอาจแตกต่างกันไป โดยส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งที่จะคุ้มครองเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจอ้างถึงบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครอง โดยห้ามมิให้แก้ไขบทบัญญัตินั้นโดยเฉพาะเจาะจง แต่รัฐธรรมนูญบางประเทศให้ความคุ้มครองหลักการทั่ว ๆ ไปของรัฐธรรมนูญ เช่น เจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ (spirit of the constitution) โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (fundamental structure of the constitution) เป็นต้น นอกจากนี้ บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะบัญญัติอยู่ในมาตราเดียวกับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนบทบัญญัติหรือหลักการที่มุ่งคุ้มครองให้แก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้นั้น จะอยู่ในส่วนอื่นของรัฐธรรมนูญ หรืออนุมาณจากบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติห้ามแก้ไขหลักการบางประการไว้<sup>๔๔</sup>

ลักษณะการกระทำที่ถูกห้ามไม่ให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศก็บัญญัติไว้แตกต่างกัน รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่บัญญัติห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ บางรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเคารพหรือปกป้องเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญบางประเทศไม่ได้บัญญัติห้ามการกระทำที่ไม่ใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการห้ามเสนอคำขอหรือเสนอญัตติเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ทว่าผลสุดท้ายไม่ได้แตกต่างกันเท่าใด เนื่องจากลักษณะของการกระทำดังกล่าวเป็นข้อห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้เช่นเดียวกัน ข้อที่จะแตกต่างกันอยู่บ้างก็คือ ข้อห้ามไม่ให้เสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญตัดตอนตั้งแต่การกระทำในเบื้องต้นของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนที่จะเริ่มมีการอภิปรายเนื้อหาของการแก้ไขเลยทีเดียว<sup>๔๕</sup>

<sup>๔๔</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., p. 29.

<sup>๔๕</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., p. 30.



เนื้อหาของบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันไป ซึ่งเป็นไปตามพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ความเป็นมา และแนวความคิดทางการเมืองหรือกฎหมายของประเทศนั้น ๆ อาจจัดกลุ่มตามลักษณะของเนื้อหาของบทบัญญัติที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ดังนี้<sup>๔๖</sup>

**กลุ่มที่ ๑** เนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองรูปแบบหรือระบอบการปกครองของประเทศ ซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญที่สุดสำหรับรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักการพื้นฐานที่มีผลต่อบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรูปแบบหรือระบอบการปกครองที่แตกต่างกันย่อมมีองค์ประกอบของสถาบันทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติแตกต่างกันตามไปด้วย เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่บัญญัติคุ้มครองการปกครองแบบสาธารณรัฐ รัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองการปกครองแบบกษัตริย์ หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์เป็นประมุข

**กลุ่มที่ ๒** เนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองโครงสร้างทางการเมือง รัฐธรรมนูญบางประเทศคุ้มครองความเป็นสหพันธรัฐ ความเสมอภาคของผู้แทนของมลรัฐในวุฒิสภา ระบบสภาเดียว ระบบสภาคู่ (bicameral system) บทบัญญัติที่ค้ำจุนระบอบประชาธิปไตยก็ได้รับความคุ้มครองให้ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เช่น หลักแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติธรรม หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน เป็นต้น นอกจากนี้ หลายประเทศกำหนดให้หลักการที่รัฐบาลต้องมาจากการเลือกตั้ง หรือระบบพรรคการเมืองหลายพรรค หลักพื้นฐานของการเลือกตั้งที่ต้องเป็นไปอย่างเสรี เสมอภาค โดยตรง ทัวไป และเป็นความลับ รวมทั้งหลักการกำหนดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของประมุขของรัฐได้รับความคุ้มครองด้วย

**กลุ่มที่ ๓** เนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองลักษณะพื้นฐานของรัฐแต่ละรัฐ ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะตัวของรัฐนั้น ๆ ให้ยังคงความเป็นเอกลักษณ์ เช่น ศาสนาประจำชาติ ไม่ว่ารัฐอิสลามหรือรัฐศาสนาคริสต์ เป็นต้น ในบางประเทศกำหนดคุ้มครองการแยกเรื่องศาสนา ออกจากการเมืองการปกครอง ที่เรียกว่า รัฐฆราวาส (secular state) นอกจากนี้ บางประเทศยังให้ความคุ้มครองไม่ให้เปลี่ยนแปลงภาษาประจำชาติ ธงชาติ หรือเมืองหลวงอีกด้วย

<sup>๔๖</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., pp. 30-33.

**กลุ่มที่ ๔** เนื้อหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐธรรมนูญของหลายประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และบางประเทศยังกำหนดไปถึงการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิเสรีภาพใดสิทธิเสรีภาพหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น สิทธิในความเสมอภาค สิทธิของแรงงานและสภาพแรงงาน เสรีภาพของสื่อมวลชน เป็นต้น

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญของบางประเทศได้บัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลของมลรัฐกับรัฐบาลกลาง ซึ่งเป็นลักษณะของประเทศที่มีรูปแบบของรัฐแบบสหพันธรัฐ และบางประเทศห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งเป็นประเทศที่ยึดถือการปกครองแบบสังคมนิยม<sup>๔๗</sup>

หากพิจารณาเฉพาะเจาะจงไปอีกเห็นได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถจัดแบ่งตามหลักการที่มุ่งคุ้มครองได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ หลักการที่เป็นสากลกับหลักการที่เป็นเรื่องเฉพาะ กล่าวคือ หลักการที่เป็นสากล เช่น หลักแบ่งแยกอำนาจ สิทธิ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ส่วนหลักการที่เป็นเรื่องเฉพาะ เป็นไปตามวัฒนธรรมการเมืองที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ เช่น ภาษา ศาสนา ความเป็นสหพันธรัฐ เป็นต้น

### ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยาย

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติข้อจำกัดโดยชัดแจ้งไว้ไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติหรือหลักการบางประการของรัฐธรรมนูญ ย่อมปราศจากข้อสงสัยและเห็นได้ชัดว่าบทบัญญัติหรือหลักการดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญบางประเทศไม่ได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเชิงเนื้อหาไว้โดยชัดแจ้ง ทำให้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติหรือหลักการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น โดยปราศจากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใด ๆ เลยหรือไม่ นอกจากนี้ กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเชิงเนื้อหาไว้โดยชัดแจ้งไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติหรือหลักการของรัฐธรรมนูญบางประการไว้ จะหมายความว่าหลักการอื่นของรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากที่กำหนดข้อห้ามไว้ย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทั้งสิ้นหรือไม่ การดำรงอยู่ของข้อจำกัดที่เรียกว่า “ข้อจำกัดโดยปริยาย”

<sup>๔๗</sup>วิชญ์ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, เล่มเดิม, น. ๗๓๖.

### ๑) แนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดโดยปริยาย

แนวความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดโดยปริยายในทางทฤษฎีของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ยังมีข้อโต้แย้งกันอยู่ถึงการดำรงอยู่ของข้อจำกัดโดยปริยาย นอกเหนือจากข้อกำหนดโดยชัดแจ้งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งมีทั้งความเห็นฝ่ายที่สนับสนุนและความเห็นฝ่ายที่คัดค้านข้อจำกัดโดยปริยาย ดังนี้

#### ประการที่หนึ่ง ความเห็นบนพื้นฐานการตีความตามตัวอักษร<sup>๔๔</sup>

ความเห็นฝ่ายที่สนับสนุนข้อจำกัดโดยปริยายอธิบายบนพื้นฐานการตีความตามตัวอักษรภาษาอังกฤษของคำว่า “amend” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “emendere” หมายถึงทำให้ถูกต้องและพัฒนา เพราะฉะนั้นคำว่า “amend” ไม่ได้หมายถึงการทำลายและสร้างขึ้นใหม่ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่รวมถึงอำนาจซึ่งทำลายรัฐธรรมนูญ อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถแทนที่ระบบรัฐธรรมนูญเดิมด้วยโครงสร้างพื้นฐานอื่นหรือคุณลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีความเป็นเอกภาพ เอกลักษณะ หรือจิตวิญญาณเป็นของรัฐธรรมนูญนั่นเอง และอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถทำลายความเป็นเอกภาพ เอกลักษณะ หรือจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญนั้น อีกทั้งอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเช่นกัน

ความเห็นฝ่ายที่คัดค้านโต้แย้งว่า เหตุผลของฝ่ายสนับสนุนนั้นยังคงเป็นปัญหาอย่างมาก นั่นคือ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับไว้ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ อันที่จริงแล้วรัฐธรรมนูญบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญประเทศออสเตรเลีย มาตรา ๔๔ รัฐธรรมนูญสเปน มาตรา ๑๖๘ หรือรัฐธรรมนูญสวิสเซอร์แลนด์ มาตรา ๑๓๙ บัญญัติอย่างชัดแจ้งถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ส่วนความคิดว่าด้วยความเป็นเอกภาพ เอกลักษณะ หรือจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญเป็นความคิดที่คลุมเครือ ซึ่งไม่สามารถกำหนดกฎเกณฑ์ได้อย่างเป็นภววิสัย ประกอบกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความหมายของความเป็นเอกภาพ เอกลักษณะ หรือจิตวิญญาณ อีกทั้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุว่า ความเป็นเอกภาพ เอกลักษณะ หรือจิตวิญญาณ เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ ยิ่งไปกว่านั้น การตีความคำว่า “amend” อาจใช้ได้เฉพาะคำในภาษาอังกฤษเท่านั้น แต่ไม่สามารถอธิบายในภาษาอื่นซึ่งใช้คำอื่นที่แตกต่างออกไป เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสใช้คำว่า “revision” หรือรัฐธรรมนูญตุรกีใช้คำที่แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “change” มากกว่าที่จะแปลว่า “amendment” เป็นต้น

<sup>๔๔</sup>Kemal Gözler, *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, (Turkey Bursa: Ekin Press, 2008), pp. 68-71.

### ประการที่สอง ความเห็นบนพื้นฐานทฤษฎีหลักการเหนือรัฐธรรมนูญ<sup>๔๙</sup>

ความเห็นฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่าหลักการบางอย่างดำรงอยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ ถ้าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญละเมิดหลักการดังกล่าว ย่อมตกเป็นโมฆะและใช้บังคับมิได้ ด้วยเหตุนี้ หลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญเป็นข้อจำกัดเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สนับสนุนความเห็นนี้แต่ละคนก็มีความเห็นที่แตกต่างกันว่า หลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญคืออะไรบ้าง เช่น บางคนเห็นว่าเป็นหลักการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (The respect of human dignity) การไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (non-discrimination) บางคนเห็นว่าเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักสิทธิขั้นพื้นฐาน บางคนเห็นว่าเป็นหลักการของกฎหมายธรรมชาติ (natural law) เป็นต้น

ความเห็นฝ่ายคัดค้านเห็นว่าความคิดที่สนับสนุนทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญมีปัญหาอย่างมาก หากปราศจากการยอมรับแนวความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ และทฤษฎีนี้ไม่สามารถนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้ โดยที่ทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญไม่เป็นภาวีสย เนื่องจากแต่ละบุคคลย่อมให้ความหมายและกำหนดกฎเกณฑ์ของหลักการดังกล่าวตามความเห็นของตนเอง หากยอมรับทฤษฎีนี้แล้วในความเป็นจริง การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการด้วยหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามอำเภอใจขององค์กรตุลาการ

### ประการที่สาม ความเห็นบนพื้นฐานทฤษฎีลำดับชั้นของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>๕๐</sup>

ความเห็นฝ่ายสนับสนุนเห็นว่าบรรทัดฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ละบทมีค่าบังคับทางกฎหมายไม่เหมือนกัน ท่ามกลางบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มีบางบทบัญญัติที่แตกต่างจากบทบัญญัติอื่นโดยทั่วไป บางบทบัญญัติมีค่าบังคับสูงกว่าบทบัญญัติอื่น และการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถแก้ไขบทบัญญัติที่มีลำดับชั้นสูงกว่าได้ จึงเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า บางบรรทัดฐาน

<sup>๔๙</sup>Kemal Gözler, *Judicial review of Constitutional amendments: A comparative study*, Op.cit., pp. 71-74.

<sup>๕๐</sup>Kemal Gözler, *Judicial review of Constitutional amendments: A comparative study*, Op.cit., pp. 74-77.

ชั้นมูลฐานของรัฐธรรมนูญเป็นมูลฐานอย่างยิ่งและไม่อาจทำลายได้โดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั่นคือ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมดหรือสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการ หลักการพื้นฐานแห่งรัฐ เช่น การปกครองระบอบประชาธิปไตย หลักนิติธรรม หลักสังคมรัฐ ความเป็นสหพันธรัฐหรือรัฐเดี่ยว หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้มีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงกว่าบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญ

ความเห็นฝ่ายคัดค้านเห็นว่าหากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าหลักการใดไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ย่อมหมายความว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสามารถกระทำได้ทุกบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกำหนดห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องใดไว้เฉพาะ ย่อมหมายความว่าเรื่องที่ไม่ได้ห้ามไว้ย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทั้งสิ้น นอกจากนี้ ในมุมมองทางกฎหมายแล้วไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะกำหนดลำดับชั้นทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติแต่ละบทในรัฐธรรมนูญเดียวกัน เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเหล่านั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์กันในมิติของลำดับชั้น แต่มีความสัมพันธ์กันในมิติของเวลาการมีผลบังคับใช้ หรือความสัมพันธ์ในเชิงความเป็นทั่วไปกับความเป็นสิ่งเฉพาะ หากเกิดกรณีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมากกว่าหนึ่งมาตราขัดหรือแย้งกัน ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้พิจารณาบนหลักว่าบทบัญญัติซึ่งมีลำดับชั้นทางกฎหมายต่ำกว่าไม่สามารถบังคับได้ แต่ต้องพิจารณาบนหลักว่าบทบัญญัติที่ออกมาภายหลังยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posterior derogat legi priori) และหลักกฎหมายเฉพาะมาก่อนกฎหมายทั่วไป (lex specialis derogat legi generali)<sup>๕๑</sup> ยิ่งไปกว่านั้น หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยชัดแจ้ง บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งหมดย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ในประเทศที่ไม่มีข้อจำกัดเชิงเนื้อหาเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ องค์การตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถตรวจสอบเนื้อหาของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถูกรแก้ไขเพิ่มเติมและได้ประกาศใช้บังคับแล้วย่อมกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญและมีค่าบังคับทางกฎหมายเช่นเดียวกับบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

<sup>๕๑</sup>หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: ประกายพริก, ๒๕๔๒), น. ๙๓-๙๔; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕), น. ๒๓๗-๒๓๘.

ด้วยเหตุผลแล้วจึงเป็นไปได้ที่จะมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ หรือบรรทัดฐานใด ๆ สำหรับการตรวจสอบดังกล่าวได้

เห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดโดยปริยายดังกล่าวข้างต้นอยู่บนพื้นฐานปรัชญาทางกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับข้อจำกัดโดยปริยายส่วนใหญ่ยึดถือปรัชญากฎหมายธรรมชาติ ส่วนฝ่ายที่คัดค้านข้อจำกัดโดยปริยายยึดถือปรัชญาปฏิฐานนิยมทางกฎหมายเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม มีแง่คิดที่น่าสนใจดังที่ Gustav Radbruch นักปรัชญากฎหมายเยอรมันได้กล่าวถึงมาตรฐานขั้นต่ำของความยุติธรรมซึ่งกฎหมายบ้านเมืองไม่อาจจะละเมิดได้ คือ หลักการของกฎหมายย่อมเข้มแข็งกว่าบทบัญญัติใด ๆ กรณีที่กฎหมายขัดต่อหลักการดังกล่าว กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้<sup>๕๒</sup> สำหรับประเทศไทยแล้วนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นต้นมาปรัชญากฎหมายธรรมชาติดีอิทธิพลมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการปรากฏขึ้นของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>๕๓</sup> การยอมรับหลักการของปรัชญากฎหมายธรรมชาติและยึดถือหลักการเหตุผลมากกว่าความเคร่งครัดในเนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นข้อสนับสนุนให้ข้อจำกัดโดยปริยายสามารถดำรงอยู่โดยมีสภาพบังคับในทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญให้มั่นคงได้อย่างแท้จริง

## ๒) เนื้อหาของข้อจำกัดโดยปริยาย

ข้อจำกัดโดยปริยายไม่ได้มีที่มาจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในทำนองว่าห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เนื้อหาของข้อจำกัดโดยปริยายเกิดขึ้นมาจากคำพิพากษาของศาลในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การค้นหาเนื้อหาของข้อจำกัดโดยปริยายจึงไม่อาจพิจารณาเฉพาะจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังต้องค้นหาจากคำพิพากษาของศาลอีกด้วย ในที่นี้จะได้กล่าวถึงเนื้อหาของข้อจำกัดโดยปริยายที่สำคัญของประเทศต่าง ๆ ที่สำคัญ

รัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย มาตรา ๓๖๘ บัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติใด ๆ ของรัฐธรรมนูญได้ โดยเป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งกระทบหลักการ

<sup>๕๒</sup>Gustav Radbruch, Joel Fienberg & Hyman Gross, eds. (1991), *Five minutes of Legal Philosophy*,

<sup>๕๓</sup>จรัญ โฆษณานันท์, รัฐธรรมนูญ ๒๕๔๐ จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สู่ธัมมิกสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๔), น. ๑๙-๓๕.

สำคัญบางประการต้องกระทำด้วยกระบวนการที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปกติ แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติข้อจำกัดที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้โดยเด็ดขาดไว้ ซึ่งในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่าศาลสูงสุดของอินเดียเข้ามามีบทบาทในการสร้างข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการวางหลักกฎหมายให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นบทบัญญัติที่แก้ไขไม่ได้ และเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และหลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (The doctrine of basic structure) หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>๕๔</sup> อันนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญอันเป็นเอกลักษณ์ของรัฐธรรมนูญ (identity of the constitution)

สำหรับเยอรมันเป็นกรณีที่แตกต่างกันจากอินเดีย เนื่องจากรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา ๗๙ ถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตัดสินในคดี Southwest และคดี Article 117 ยืนยันถึงการมีอยู่ของข้อจำกัดบางประการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนอกเหนือไปจากข้อจำกัดซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของคำวินิจฉัยที่ไม่ได้เป็นประเด็นหลักแห่งคดี (obiter dictum)<sup>๕๕</sup> ในคดี Southwest ค.ศ. ๑๙๕๑ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าภายใต้โครงสร้างรัฐธรรมนูญนั้นมีหลักการพื้นฐานบางประการซึ่งอยู่เหนือบทบัญญัติแต่ละมาตรา โดยรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราต้องตีความไปให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ หากบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะและใช้บังคับมิได้ สำหรับคดี Article 117 ค.ศ. ๑๙๕๓ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักความยุติธรรมเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องทำลายบทบัญญัติดังกล่าว จากคำวินิจฉัยทั้งสองเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับรองทฤษฎีหลักการที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งเชื่อว่าบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นที่แตกต่างกัน และยอมรับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติมาเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>๕๖</sup>

<sup>๕๔</sup>Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 S.C. 1461, 1510.

<sup>๕๕</sup>คำวินิจฉัยที่ไม่ได้เป็นประเด็นหลักแห่งคดี (obiter dictum) ไม่ได้มีผลผูกพัน แตกต่างจากเหตุผลในการวินิจฉัยคดีโดยตรง (ratio decidendi) ซึ่งมีผลผูกพัน

<sup>๕๖</sup>Kemal Gözler, *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*, Op.cit., pp. 84-87.

ในอีกดินแดนหนึ่งของโลกมีกรณีที่เป็นไปในทางตรงกันข้ามกับประเทศอินเดีย ดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานกลับถูกปฏิเสธอย่างสิ้นเชิง โดยศาลสหพันธ์แห่งมาเลเซียในคดี Loh Kooi Choon ซึ่งศาลมีคำพิพากษาไม่ยอมรับหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน และรับรองให้รัฐสภามีอำนาจเต็มที่อย่างไร้ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้กล่าวถึงคดีของประเทศอินเดีย แต่ศาลเห็นว่ากรณีนี้มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างหลักกฎหมายของมาเลเซียกับหลักกฎหมายของอินเดีย บทบัญญัติรัฐธรรมนูญของมาเลเซียสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ ไม่ว่าจะบทบัญญัติใด ๆ และคดีต่อมาของประเทศมาเลเซียยังคงยืนยันในหลักการเดิม คือ คดี Phang Chin Hock ศาลมีคำพิพากษาว่าหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานไม่อาจนำมาใช้ในประเทศมาเลเซีย เนื่องจากความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญอินเดียและรัฐธรรมนูญมาเลเซีย และประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันของทั้งสองประเทศ<sup>๕๗</sup>

จากแนวคิดว่าด้วยข้อจำกัดโดยปริยายและตัวอย่างของประเทศต่าง ๆ เห็นได้ว่า หากในรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเชิงเนื้อหาไว้ องค์การผู้มีความอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถใช้อำนาจนี้เกินเลยจนไปกระทบกระเทือนต่อหลักการพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ หรือทำลายสถาบันต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นมาได้<sup>๕๘</sup> ความคิดว่าด้วยข้อจำกัดโดยปริยายกรณีไม่มีข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง นำมาซึ่งหลักการบางประการ ซึ่งในเบื้องต้นอาจเห็นว่าเป็นหลักการที่มีอำนาจเหนือกว่ารัฐธรรมนูญและมีความเชื่อมโยงกับทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีสถานะสูงกว่าและเกิดขึ้นเป็นบรรทัดฐานได้โดยอิสระ อีกทั้งยังอยู่เหนืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังที่เห็นได้จากประเทศอินเดียที่มีหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน แต่อันที่จริงแล้วความคิดว่าด้วยข้อจำกัดโดยปริยายกำหนดให้หลักการบางประการมีสถานะเหนือกว่ารัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีฐานที่มาจากกฎหมายธรรมชาติหรือมีป้อนเกิดมาจากอำนาจภายนอกรัฐธรรมนูญ ตรงกันข้ามกับข้อจำกัดโดยปริยายเกิดขึ้นจากภายในรัฐธรรมนูญเอง

<sup>๕๗</sup>Loh Kooi Choon v Government of Malaysia (1977) 2 MLJ 187; Phang Chin Hock v PP (1980) 1 MLJ 70 see Andrew J. Harding, (1979), "The Death of a Doctrine," *Mal. L. Rev.*, 21, p. 365.

<sup>๕๘</sup>ณัฐกร วิทิตานนท์, *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๓), น. ๑๑๒-๑๑๓.



กล่าวให้ชัดเจนขึ้นได้ว่า การยอมรับหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่ศาลสามารถวินิจฉัยให้หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญบางประการซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญไม่สามารถถูกละเมิดผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศได้รับการคุ้มครองและส่งผลให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีเหตุผลตามความจำเป็นที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ศาลของบางประเทศยังคงยึดมั่นว่ากรณีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ถูกจำกัดโดยชัดแจ้ง ศาลย่อมไม่มีบทบาทในการใช้อำนาจเข้าไปจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในอีกแง่หนึ่งศาลกลับปฏิเสธแนวคิดที่ว่าด้วยข้อจำกัดโดยปริยาย หากปราศจากข้อจำกัดโดยชัดแจ้ง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมมีอิสระไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ นั่นคือ ข้อจำกัดโดยปริยายยังคงมีปัญหาในด้านกรยอมรับถึงการดำรงอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการนำไปบังคับใช้ในทางปฏิบัติอยู่หลายประการ

### ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในหมวด ๑๕ ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ และมาตรา ๒๕๖ โดยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทางรูปแบบหรือกระบวนการกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๒๕๖ ส่วนข้อจำกัดทางเนื้อหากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติมาตรา ๒๕๕ แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดข้อจำกัดทางเวลาไว้แต่อย่างใด

#### ข้อจำกัดทางรูปแบบหรือกระบวนการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา ๒๕๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(๑) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(๒) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(๓) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(๔) การพิจารณาในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(๕) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(๖) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามชั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(๗) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (๖) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา ๘๑ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๘) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด ๑ บททั่วไป หมวด ๒ พระมหากษัตริย์ หรือหมวด ๑๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาล หรือองค์การอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์การอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม (๗) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ ตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (๗) ต่อไป

(๙) ก่อนนายนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (๗) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี

มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (๗) ขัดต่อมาตรา ๒๕๕ หรือมีลักษณะตาม (๘) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้”

### ข้อจำกัดทางเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้กำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในบทบัญญัติมาตรา ๒๕๕ แต่ยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จำนวน ๓ คำวินิจฉัย ได้มีการวางหลักกฎหมายซึ่งถือเป็นข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยาย ซึ่งข้อจำกัดโดยชัดแจ้งและข้อจำกัดโดยปริยายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีสาระสำคัญที่น่าสนใจ ดังนี้

### ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยชัดแจ้งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

#### ๑) ที่มาหรือพัฒนาการของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในอดีตที่ผ่านมาของประเทศไทยเคยมีความเห็นของหลวงวิจิตรวาทการเห็นว่า “ถ้าจะเพิ่มความลงไปอีกสักมาตราหนึ่งให้เป็นการทำนองว่า สยามจะต้องมีพระมหากษัตริย์ทรงราชย์ และปกครองชั่วนิรันดร์ ถ้ามีความดังนี้จะเป็นประโยชน์ในทางรักษาจารีตประเพณีของเราอันหนึ่ง ซึ่งอย่างน้อยก็จะเป็นบทบังคับอยู่ว่าเราจะเป็นรีพับลิคไม่ได้”<sup>๔๙</sup> อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดทางเนื้อหาไม่ปรากฏว่าได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดของประเทศไทยอย่างชัดแจ้ง จนกระทั่งในปี พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๙ จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาตรา ๒๑๑ เดรส วรรคสี่ บัญญัติว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะกระทำมิได้” และวรรคห้า บัญญัติว่า “ในกรณีที่รัฐสภาวินิจฉัยว่า

<sup>๔๙</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญไม่ใช่เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้, เล่มเดิม, น. ๔๘.

ร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะตามวรรคสี่ ให้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไป” แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว เป็นเพียงข้อจำกัดที่มีผลต่อเฉพาะกรณีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาบังคับใช้แทน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ ไม่ได้เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญฉบับนั้นก็ตาม แต่ก็ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญอันมีผลต่อการบัญญัติข้อจำกัด ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ต่อมาหลังจากนั้น

ในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐) ปรากฏข้อเท็จจริงว่า คณะทำงานยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวได้เสนอให้มีการกำหนดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหา รัฐธรรมนูญ บางประการไว้ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้<sup>๖๐</sup> ซึ่งคณะทำงานได้อภิปรายเรื่องดังกล่าวโดยมีประเด็น ที่สำคัญว่า<sup>๖๑</sup>

“ตามมาตรา ๑๒/๑ อนุมาตรา ๑ ตอนท้าย กำหนดห้ามการเสนอญัตติแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เป็นบทบัญญัติซึ่งตามรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมาไม่เคยมีบัญญัติไว้ นั้น เป็นข้อความที่ไม่ชัดเจนอาจทำให้จะต้องส่งเรื่องดังกล่าว ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญตีความ มีผู้ชี้แจงว่า การเขียนในลักษณะดังกล่าวเป็นการห้ามแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเทคนิค เพื่อป้องกันไม่ให้มีการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ซึ่งการบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เป็นการใช้ข้อความตาม มาตรา ๒๑๑ เตรส ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน สุดท้ายที่ประชุมให้ความเห็นชอบหมวด ๑๒ ทั้งหมดโดยไม่มีการแก้ไข”

ต่อมาในชั้นการพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐) ไม่มีการอภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติว่าด้วยข้อห้ามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามร่าง ของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๒/๑ (๑) วรรคสาม ดังกล่าวข้างต้น<sup>๖๒</sup>

<sup>๖๐</sup>มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๒), น. ๕๐๐.

<sup>๖๑</sup>เอกสารการทำงานของคณะทำงานของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ สสร. ครั้งที่ ๒๒, วันที่ ๒๗ เมษายน ๒๕๔๐.

<sup>๖๒</sup>มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ, เล่มเดิม, น. ๕๐๐.

ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ จึงมีบทบัญญัติว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทางเนื้อหาโดยชัดแจ้ง ในมาตรา ๓๑๓ (๑) วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙๑ (๑) วรรคสอง ก็ยังคงเนื้อหาเดิม โดยบัญญัติว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้”

ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของบทบัญญัติว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญสองฉบับดังกล่าวเล็กน้อย โดยมาตรา ๒๕๕ บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

จะเห็นได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีที่มาจากข้อกังวลและมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการอาศัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้บัญญัติข้อจำกัดดังกล่าวขึ้นไว้เป็นครั้งแรกขึ้น และรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อมาหลังจากนั้นก็ยังคงหลักการของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

## ๒) ลักษณะของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๑๓ (๑) วรรคสอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙๑ (๑) วรรคสอง มีลักษณะสำคัญ คือ เป็นการกำหนดห้ามเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่กำหนดไว้ ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

หนึ่ง ห้ามแก้ไขเพิ่มเติม “หลักการของรัฐธรรมนูญ” โดยกำหนดหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ โดยมีได้กำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งของรัฐธรรมนูญไว้อย่างเฉพาะเจาะจง

**สอง** ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะ “หลักการสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญ” คือ การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือรูปของรัฐ เห็นได้ว่า หลักการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หมวด ๑ บททั่วไป มาตรา ๑ และมาตรา ๒ บัญญัติไว้

**สาม** ห้าม “การเสนอญัตติ” ในเรื่องที่กำหนดไว้ ซึ่งมีลักษณะเป็นการบัญญัติห้ามในเชิงขั้นตอนและกระบวนการ<sup>๖๓</sup> ไม่ให้มีการเสนอเพื่อริเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวมากกว่าการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมในเชิงเนื้อหาโดยตรง

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕๕ ปรับปรุงลักษณะของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้จะกระทำมิได้ ส่วนหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ นั้นยังคงเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

### ๓) เนื้อหาของข้อจำกัดโดยชัดแจ้งของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสามฉบับที่กำหนดข้อจำกัดโดยชัดแจ้งไว้ กำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญบางประการของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีเนื้อหาที่สำคัญคือ

**หนึ่ง** ห้ามเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นข้อห้ามที่มีเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับรูปแบบการปกครอง (Forms of Government) และรูปแบบของประมุขของรัฐ (Head of State) เพื่อห้ามไม่ให้เปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศไทยไปอยู่ในรูปแบบอื่นนอกจากการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) และยังมีความหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญต่าง ๆ ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย เช่น หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติธรรม เป็นต้น อีกทั้งเพื่อห้ามไม่ให้เปลี่ยนแปลงรูปแบบประมุขของประเทศไทยไปอยู่รูปแบบอื่นที่ไม่ใช่พระมหากษัตริย์ (King) เช่น ห้ามเปลี่ยนแปลงให้ประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ เป็นต้น<sup>๖๔</sup>

<sup>๖๓</sup> ธีรสุปคัลภ์ ลาซโรจน์, ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, เล่มเดิม, น. ๒๓๓.

<sup>๖๔</sup> ธีรสุปคัลภ์ ลาซโรจน์, ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, เล่มเดิม, น. ๒๓๓.

สอง ห้ามเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ (Forms of State) ซึ่งรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ มาตรา ๑ ได้บัญญัติให้ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกมิได้ ย่อมหมายความว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ทำให้ประเทศไทยอยู่ในรูปแบบของรัฐแบบอื่นที่ไม่ใช่รัฐเดี่ยว (Unitary State) ไม่ได้ เช่น ห้ามเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นรัฐรวมหรือสหพันธรัฐ (Federal State) เป็นต้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙๑ (๑) วรรคสอง ถือเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้” อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่ได้หมายความว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะมีเพียงข้อจำกัดโดยชัดแจ้งตามที่บทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญยังได้กล่าวถึงข้อจำกัดโดยปริยายจากการตีความและวินิจฉัยคดีเพื่อคุ้มครองหลักการสำคัญพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอีกด้วย

### ข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในช่วงบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ผ่านมามีปรากฏการณ์การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่รัฐสภา และไม่ปรากฏคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในช่วงบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน ๓ คำวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีในแต่ละคำวินิจฉัยมีสาระสำคัญที่น่าสนใจอย่างยิ่งเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดโดยปริยาย ดังต่อไปนี้

๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕<sup>๒๕</sup> สรุปได้ว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้ง

<sup>๒๕</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๘-๒๒/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๕ เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘.

มีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั่นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๑ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๑

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้อธิบายให้เห็นถึงแนวคิดหรือหลักการของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยสอดคล้องกับแนวความคิดของข้อจำกัดโดยปริยายว่าด้วยการตีความตามตัวอักษรที่เห็นว่าการแก้ไขไม่ได้หมายถึงการทำลายและสร้างขึ้นใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายความหมายหรือลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สำคัญคือการวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙๑ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเนื้อหาของคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวางหลักการว่าข้อจำกัดโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รัฐสภาจะกระทำมิได้ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับภายใต้เงื่อนไขว่าเมื่อรัฐธรรมนูญได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่า สมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่



๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖<sup>๖๖</sup> สรุปได้ว่า กรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีเนื้อหาสาระสำคัญเป็นการแก้ไขคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ร่างขึ้นโดยแก้ไขหลักการในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเหมือนเช่นการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ กล่าวคือ กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วยสองสภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรให้มีดุลยภาพระหว่างกัน โดยได้กำหนดบทบาทของวุฒิสภาไว้ให้เป็นองค์กรตรวจทานกลั่นกรองการทำงานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและถ่วงดุลอำนาจกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาแล้ว เห็นได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงได้บัญญัติห้ามความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันดังกล่าว เพราะหากยอมให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันย่อมไม่อาจหวังได้ว่าจะมีการตรวจสอบอย่างตรงไปตรงมา อันขัดกับหลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนี้ สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้เป็นการแก้กลับไปสู่จุดบกพร่องที่เคยปรากฏแล้วในอดีต ทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภา นำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐตัดการมีส่วนร่วมของปวงประชาหลากหลายอาชีพ นอกจากนี้ การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว อันมีที่มาเหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงย่อมเป็นเสมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระซึ่งกันและกันของทั้งสองสภาเป็นการทำลายลักษณะและสาระสำคัญของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป อีกทั้งทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถควบคุมอำนาจเหนือรัฐสภาได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน อันเป็นการกระทบต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคดีนี้มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ หลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เกี่ยวกับหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภา ซึ่งสะท้อน

<sup>๖๖</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๕-๑๘/๒๕๕๖ วันที่ ๒๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๖ เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘.

ความสำคัญของหลักการดังกล่าวเปรียบดังเสาหลักที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ค้ำจุนและยึดโยงบรรดาหลักการหรือบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคงแข็งแรง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อความขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมมีผลกระทบที่อาจเป็นการทำลายเสาหลักซึ่งเป็นโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและมีผลทำให้รัฐธรรมนูญทั้งระบบพังทลายลงได้

๓) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๗<sup>๒๗</sup> สรุปได้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาสาระสำคัญเป็นการแก้ไขอำนาจของรัฐสภาในการตรวจสอบการทำหนังสือสัญญา ระหว่างประเทศของฝ่ายบริหาร และตัดการมีส่วนร่วมของประชาชนในหลายประเด็น เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๙๐ เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่คณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ การเพิ่มเติมประเภทของหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา การกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และตั้งชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างสำคัญเหล่านั้น การกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ อีกทั้งเมื่อลงนามในหนังสือสัญญาแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้สัตยาบันหรือโดยวิธีการอื่นเพื่อให้มีผลผูกพันประเทศชาตินั้น คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นด้วย โดยมีเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญ คือ กำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแบบรัฐสภา และเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ และกำหนดให้การทำสนธิสัญญา หรือหนังสือสัญญาที่มีความสำคัญจะต้องดำเนินการไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอกรอบการเจรจาเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และภายหลังการเจรจาหรือก่อนลงนามในหนังสือสัญญาก็จะต้องได้ความเห็นชอบจากรัฐสภาอีกด้วย นอกจากนี้ยังต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนดำเนินการ และต้องให้ประชาชนเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้นก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศ การกำหนดให้หนังสือสัญญาเหล่านี้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาและฟังความคิดเห็น

<sup>๒๗</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑/๒๕๕๗ วันที่ ๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๗ เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘.

ของประชาชนก่อนเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจที่เหมาะสม การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตัดคำว่า “หนังสือสัญญาใดมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา” ออกไป<sup>๖๔</sup> เป็นการลดทอนอำนาจของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ และเพิ่มอำนาจให้คณะรัฐมนตรีในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จึงเป็นการทำลายดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตัดเนื้อหาที่ให้สิทธิประชาชนในการรับฟังข้อมูล ตรวจสอบ และแสดงความคิดเห็นในการจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร รวมทั้งตัดสิทธิของประชาชนที่จะเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญาก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันประเทศเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญและทำลายความเสมอภาคที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔ มาตรา ๕ และมาตรา ๘๗

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่า ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ หลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เกี่ยวกับการตรวจสอบถ่วงดุลตามหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร และสิทธิของประชาชนและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ โดยมีนัยสะท้อนให้เห็นว่า ในบรรดาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีหลักการบางอย่างดำรงอยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น และมีบางหลักการที่อยู่เหนือกว่าหลักการอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อให้เกิดลำดับชั้นในระหว่างบทบัญญัติหรือหลักการต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง สอดคล้องกับแนวคิดบนพื้นฐานของทฤษฎีหลักการเหนือรัฐธรรมนูญและทฤษฎีลำดับชั้นของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

<sup>๖๔</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๙๐ วรรคสอง บัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติ เพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว”

กล่าวโดยสรุปจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามคำวินิจฉัยเห็นได้ว่า ข้อจำกัดโดยปริยายในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะกระทำมิได้ คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของระบบสองสภา หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร และการจำกัดสิทธิของประชาชนและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามคำวินิจฉัยเกิดขึ้นในช่วงที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บังคับใช้ ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หลายประการ โดยเฉพาะในส่วนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕๖ (๘) บัญญัติให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาลงมติเห็นชอบแล้ว ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องสำคัญ ได้แก่ หมวด ๑ บททั่วไป หมวด ๒ พระมหากษัตริย์ หรือหมวด ๑๕ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติและได้ผลเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าอย่างน้อยที่สุดแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นข้อควรคำนึงถึงในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ เพื่อให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ละเมิดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดโดยปริยาย ซึ่งแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งก็ตาม แต่หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่ระหว่างบรรทัดในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญให้ต้องตีความ (read between the lines) และมีผลเป็นการจำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาที่จะกระทำมิได้เช่นกัน

### บทสรุป

เนื่องด้วยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อจำกัดทั้งทางเนื้อหาและกระบวนการในการใช้อำนาจนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดที่ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถบั่นทอนทำลายรัฐธรรมนูญหรือหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญให้พังทลายลงได้ ประกอบกับข้อสนับสนุนจากทฤษฎีประชาธิปไตย

ที่ปกป้องตนเองได้ ซึ่งเรียกร้องให้มีกลไกทางกฎหมายป้องกันฝ่ายเสียงข้างมากในสังคมใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจไปในทางที่ผิดและทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำลายระบอบประชาธิปไตย ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นมาตรการที่สำคัญในการปกป้องคุ้มครองหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคง สำหรับข้อจำกัดโดยชัดแจ้งที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมเป็นกลไกป้องกันไม่ให้เกิดการทำลายรัฐธรรมนูญฉบับนั้นจากการบิดเบือนการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจของฝ่ายเสียงข้างมากในสภานิติบัญญัติ การบังคับใช้ข้อจำกัดโดยชัดแจ้งโดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีผลบังคับทางกฎหมายสามารถเป็นเครื่องมือป้องกันตนเองให้ระบอบประชาธิปไตย และป้องกันการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมิชอบเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวของฝ่ายเสียงข้างมาก แต่ในทางตรงข้ามอีกด้านหนึ่ง หากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกบังคับใช้อย่างเข้มงวด หรือเป็นไปเพื่อรักษาอำนาจทางการเมืองหรือผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้มีอำนาจทางการเมืองเสียเองแล้ว ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศ และทำให้ปัญหาที่เกิดจากข้อบกพร่องของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้ดีขึ้น การบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องมีความเหมาะสมพอควรแก่กรณีเพื่อจัดสรรบรรดาคุณค่าหรือหลักการพื้นฐานต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีความสมดุล ดังที่ Roscoe Pound เห็นว่าควรใช้กลไกทางกฎหมายจัดสรรผลประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคมให้สมดุลที่เรียกว่า *ทฤษฎีวิศวะกรรมสังคม (Social Engineering Theory)*<sup>๒๔</sup>

ประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาต่อไป คือ เกณฑ์หรือมาตรฐานในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ให้ล่วงละเมิดหรือขัดแย้งต่อข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญต้องมีขนาดถึงระดับใดที่จะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ Yaniv Roznai สรุปความเห็นว่าการเกณฑ์หรือมาตรฐานในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าแค่นี้เพียงใดจึงมีผลเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีทั้งสิ้น ๓ ระดับ ได้แก่ *ระดับที่หนึ่ง* มาตรฐานผลกระทบขั้นต่ำ (Minimal Effect Standard) คือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อหลักการพื้นฐาน

<sup>๒๔</sup>จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*, เล่มเดิม, น. ๒๕๔-๒๖๐.

ของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะมิขนาดรุนแรงเพียงใด ต้องถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ระดับที่สอง มาตรฐานละเมิดหลักความได้สัดส่วน (Disproportionate Violation Standard) คือกรณี ต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีความเหมาะสมจำเป็นหรือไม่ได้สัดส่วนที่พอเหมาะ พอดีแก่กรณี และระดับที่สาม มาตรฐานการยกเลิกหลักการพื้นฐาน (Fundamental Abandonment Standard) ต้องขนาดเป็นกรณีที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือทำลายหลักการพื้นฐาน ของรัฐธรรมนูญ<sup>๓๐</sup> การเลือกใช้เกณฑ์หรือมาตรฐานในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมย่อมเป็นเครื่องมือ สำคัญในการพิจารณาหรือให้ความหมายแก่ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำให้ เกิดดุลยภาพระหว่างหลักนิติรัฐ นิติธรรมกับหลักประชาธิปไตย สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริง ของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของประเทศไทย ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕๖ (๙) บัญญัติให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบขัดต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๕ หรือมีลักษณะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕๖ (๘) หรือไม่ ซึ่งเมื่อมีคดี ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวแล้ว จะทำให้หลักกฎหมายว่าด้วยข้อจำกัด ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป

<sup>๓๐</sup>Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*, Op.cit., pp. 205-206.

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กนกรัตน์ ปัญญาบุรุษวงศ์. (๒๕๕๑). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (๒๕๔๔). *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า.
- จรัญ ไชษณานันท์. (๒๕๔๑). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- \_\_\_\_\_. (๒๕๔๔). *รัฐธรรมนูญ ๒๕๔๐ จากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สู่รัศมีกสิกรรมมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (๒๕๕๒). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ณัฐกร วิทิตานนท์. (๒๕๕๓). *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ณัฐปคัลภ์ ลาขโรจน์. (๒๕๕๘). *ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ธัชชา ร่มรื่นสุขารมย์. (๒๕๒๙). “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย.” *วารสารนิติศาสตร์*. ๑๔(๓).
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (๒๕๓๘). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม ๓) ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (๒๕๕๔). *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. (๒๕๕๑). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปัญญา อุดชาชน. (๒๕๕๗). “สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอเมริกันภายใต้หลักประชาธิปไตย.” *รัฐสภาสาร*. ๖๒(๗), น. ๔๙-๕๙.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. (๒๕๖๐). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปุ่นเทพ ศิริบุษย์. (๒๕๕๕). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ*. รายงานวิจัยเสนอคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ไพโรจน์ ชัยนาม. รัฐธรรมนูญไม่ใช่เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้. ตีพิมพ์ครั้งแรกในหนังสือพิมพ์  
 สุวันนภูมิ วันที่ ๑๕, ๑๖ และ ๑๙ สิงหาคม ๒๔๘๘, ๑๐๐ ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์  
 ไพโรจน์ ชัยนาม. (๒๕๕๔). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
 ภูริ พวงศ์เจริญ. (๒๕๕๗). “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการวิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบ  
 ประชาธิปไตย.” *วารสารนิติศาสตร์*. ๔๓(๓).  
 มন্ত্রী รูปสุวรรณ และคณะ. (๒๕๔๒). *เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
 น. ๕๐๐.  
 วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (๒๕๕๕). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: โครงการ  
 ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.  
 วิษณุ เครืองาม. (๒๕๓๐). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.  
 \_\_\_\_\_. (๒๕๔๙). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัย  
 สุโขทัยธรรมมาธิราช.  
 วิสุทธิ โภธิแทน. (๒๕๕๐). *แนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตย*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.  
 หยุต แสงอุทัย. (๒๕๓๘). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.  
 \_\_\_\_\_. (๒๕๔๒). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริก.  
 เอกสารการทำงานของคณะทำงานของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สสร. ครั้งที่ ๒๒.  
 วันที่ ๒๗ เมษายน ๒๕๔๐.

### ภาษาต่างประเทศ

- Adam M., Samaha. (2008). “Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation.”  
*108 Colum. L. Rev.*
- Albert, Richard. (2016). “Temporal Limitations in Constitutional Amendment.” *Boston  
 College Law School, Legal Studies Research Paper Series*. 21 Issue 1,  
 (March 21, 2016, revised December 14, 2016).
- 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.” *Nuris Law Review*. 1(3).
- Gözler, Kemal. (2008). *Judicial review of constitutional amendments: a comparative study*.  
 Turkey Bursa: Ekin Press, pp. 68-71.
- Harding, Andrew J.. (1979). “The Death of a Doctrine.” *Mal. L. Rev.*. 21. p. 365.



- Jackson, Vicki C.. (2010). “Democracy and Judicial Review, Will and Reason, Amendment and Interpretation: A Review of Barry Friedman’s The Will of The People.” *Journal of Constitutional Law*. 13(2). Dec. pp. 433-453.
- Loewenstein, Karl. (1937). “Militant Democracy and Fundamental rights. I.” *American Political Science Review*. 31.
- Mill, John Stuart. (1960). *Utilitarianism, Liberty & Representative Government*. J. M. Dent: London.
- Pitkin, Hanna Fenichel. (1987). *The Idea of a Constitution*. 37. J. Legal Educ.
- Radbruch, Gustav. Fienberg, Joel & Gross, Hyman. eds. (1991). *Five minutes of Legal Philosophy*.
- Rensmann, Thilo. (2003). “Procedural Fairness in a Militant Democracy: The “Uprising of the Decent” Fails Before the Federal Constitutional Court.” *German Law Journal*. 4(11).
- Roznai, Yaniv. (2014). *Unconstitutional constitutional amendment: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Thesis submitted to the Department of Law of the London school of economics and political science for the degree of Doctor of Philosophy.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

- บรรเจิด สิงคะเนติ. (๒๕๕๕). การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ. ผู้จัดการ Online. สืบค้น ๑ เมษายน ๒๕๕๗, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?News ID=9550000083594>
- ปุ่นเทพ ศิรินุพงศ์. (๒๕๕๗). มายาคติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (๑). โลกวันนี้ออนไลน์. สืบค้น ๒๐ เมษายน ๒๕๕๘, จาก <http://www.lokwanee.com/web2013/?p=100739>
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐. สืบค้นจาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>
- Letter to James Madison. 6 September 1789 Retrieved 5 August 2019 from <https://jeffersonpapers.princeton.edu/selected-documents/thomas-jefferson-james-madison>
- [https://www.matichon.co.th/politics/news\\_1690561](https://www.matichon.co.th/politics/news_1690561)
- <https://www.nationtv.tv/main/content/378739607/?ago=>



## รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา

ปิยะนาถ รอดมัญญ์\*

**การ**ปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา คือ การปฏิญาณตนในที่ประชุมสภา ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยสมาชิกทุกคนต้องยืนขึ้น ในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก และกล่าวปฏิญาณต่อหน้าพระบรมสาทิสลักษณ์ ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวซึ่งประทับอยู่เหนือบัลลังก์ประธานสภา คำกล่าวปฏิญาณตน ในที่ประชุมสภาของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ มีความแตกต่างกับการถวายสัตย์ปฏิญาณขององคมนตรี รัฐมนตรี ผู้พิพากษาและตุลาการ โดยคำกล่าวปฏิญาณของสมาชิกรัฐสภาจะเน้นในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และการปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญทุกประการ<sup>๑</sup>

\* ผู้บังคับบัญชากลุ่มงานพระราชบัญญัติและนิติ ๑ สำนักงานประชุม สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร คณิน บุญสุวรรณ. (๒๕๔๗). *พระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพฯ: สุขภาพใจ.

## รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา

### ๑. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕

ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของผู้แทนราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๔๗๕ วันอังคารที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๔๗๕ ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม หลวงประดิษฐมนูธรรม แถลงว่า “สมาชิกทั้งหลาย จำเป็นต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อราษฎรในข้อสำคัญหลายประการ เพราะฉะนั้นขอท่านสมาชิกได้พร้อมกันทำคำปฏิญาณกันเสียก่อน แล้วหลวงประดิษฐมนูธรรมนำปฏิญาณและสมาชิกได้ปฏิญาณพร้อมทั่วกันว่า ข้าพเจ้า (ออกนามผู้ปฏิญาณ) ขอให้คำปฏิญาณว่าจะซื่อสัตย์ต่อคณะราษฎรและจะช่วยรักษาหลัก ๖ ประการของราษฎรไว้ให้มั่นคง

๑) จะต้องรักษาความเป็นเอกราชทั้งหลาย เช่น เอกราชในการเมือง ในทางศาล ในทางเศรษฐกิจ ฯลฯ ของประเทศไว้ให้มั่นคง

๒) จะรักษาความปลอดภัยในประเทศให้การประทุษร้ายต่อกันลดน้อยลงให้มาก

๓) จะต้องบำรุงความสมบูรณ์ของราษฎรในทางเศรษฐกิจ โดยรัฐบาลใหม่ จะพยายามหางานให้ราษฎรทำโดยเต็มความสามารถ จะร่างโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติ ไม่ปล่อยให้ราษฎรอดอยาก

๔) จะต้องให้ราษฎรมีสิทธิเสมอภาคกัน

๕) จะต้องให้ราษฎรมีเสรีภาพมีความเป็นอิสระ เมื่อเสรีภาพนี้ไม่ขัดต่อหลัก ๔ ประการ ดังกล่าวแล้วข้างต้น

๖) จะต้องให้การศึกษอย่างเต็มที่แก่ราษฎร”<sup>๒</sup>

๒. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ มาตรา ๑๙ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุเกี่ยวกับการปฏิญาณตนว่า ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนว่าจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๔๗๖ (สามัญ) สมัยที่ ๒ วันศุกร์ที่ ๑๕ ธันวาคม พุทธศักราช ๒๔๗๖ หลวงวิถมนคดี ประธานชั่วคราวได้ให้ที่ประชุมทำการปฏิญาณตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙ ดังนี้

<sup>๒</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๗๕ วันอังคารที่ ๒๘ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๔๗๕, หน้า ๖-๗.

“ข้าพเจ้า (กล่าวนามสมาชิกทุกคน) ขอปฏิญาณต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรว่าจะปฏิบัติตามและรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามทุกประการ”<sup>๓</sup> โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรสยามทุกประการ”

๓. **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๘๙** มาตรา ๓๕ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสภาผู้แทนต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุเกี่ยวกับการปฏิญาณตนว่า ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนต้องปฏิญาณว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนว่าจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนครั้งที่ ๑/๒๔๘๙ (วิสามัญ) วันพุธที่ ๒๑ สิงหาคม พุทธศักราช ๒๔๘๙ ประธานสภาผู้แทนนำสมาชิกที่ยังไม่ปฏิญาณตนกล่าวว่า “ข้าพเจ้า (กล่าวนามผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณต่อที่ประชุมสภาผู้แทนว่า จะปฏิบัติตามและรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๔</sup> โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

๔. **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๔๙๐** มาตรา ๔๓ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญ” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุเกี่ยวกับการปฏิญาณตนว่า ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนต้องปฏิญาณตนว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนว่าจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาผู้แทน ครั้งที่ ๑/๒๔๙๑ (สามัญ) วันศุกร์ที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๔๙๑ หม่อมเจ้าสิทธิพร กฤษดากร ประธานชั่วคราว ได้ให้ที่ประชุมทำการปฏิญาณตนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๓ ดังนี้ “ข้าพเจ้า (ออกนามสมาชิกทุกคน) ขอปฏิญาณต่อที่ประชุมสภาผู้แทนว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๕</sup> โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

<sup>๓</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๗๖ (สามัญ) สมัยที่ ๒ วันศุกร์ที่ ๑๕ ธันวาคม พุทธศักราช ๒๔๗๖, หน้า ๑-๒.

<sup>๔</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทน. ครั้งที่ ๑/๒๔๘๙ (วิสามัญ) วันพุธที่ ๒๑ สิงหาคม พุทธศักราช ๒๔๘๙, หน้า ๔.

<sup>๕</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทน. ครั้งที่ ๑/๒๔๙๑ (สามัญ) วันศุกร์ที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๔๙๑, หน้า ๙.

๕. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๒ มาตรา ๑๐๒ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่าจะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนว่าจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทน ครั้งที่ ๑/๒๕๖๒ (สามัญ) ชุดที่ ๑ วันพุธที่ ๑๕ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๖๒ หม่อมเจ้าสิทธิพร กฤษดากร ประธานชั่วคราว เชิญสมาชิกทั้งหมดในที่ประชุมนี้ยืนขึ้นปฏิญาณตนต่อที่ประชุมตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ “ข้าพเจ้า (ออกชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๖</sup>

๖. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๕ แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช ๒๕๖๕ มาตรา ๔๘ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้” โดยมาตรา ๕ ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดว่า ความในหมวด ๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช ๒๕๖๕ ให้แก้ไขเพิ่มเติมดังต่อไปนี้... (๔) ให้แก้ไขมาตรา ๑๙ ถึงมาตรา ๒๐ เป็นเลขมาตรา ๔๘ ถึงเลขมาตรา ๔๙ ตามลำดับ... ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงบัญญัติเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๕ โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนว่าจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๕๖๕ (วิสามัญ) ชุดที่ ๑ วันเสาร์ที่ ๑ พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๕ ประธานสภาผู้แทนราษฎรกล่าวว่า “ต่อไปก็มีสมาชิกผู้หนึ่งซึ่งยังมีได้ปฏิญาณตนตามรัฐธรรมนูญคือคุณหลวงบริหารชนบท ขอให้ยืนขึ้น และว่าตามข้าพเจ้าซึ่งข้าพเจ้าจะได้กล่าวนำ ข้าพเจ้า (ออกชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๗</sup> โดยมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

<sup>๖</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทน. ครั้งที่ ๑/๒๕๖๒ (สามัญ) ชุดที่ ๑ วันพุธที่ ๑๕ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๖๒, หน้า ๓.

<sup>๗</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๖๕ (วิสามัญ) ชุดที่ ๑ วันเสาร์ที่ ๑ พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๕๖๕, หน้า ๒.

๗. **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๐๒** ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมากร่างรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสมากร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๒ วันจันทร์ที่ ๙ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๐๒ พระยาสุทธรพิพิธ ประธานชั่วคราว กล่าวว่า “ขอให้ท่านสมาชิกที่ยังไม่ได้ปฏิญาณตนโปรดปฏิญาณตนก่อน ขอให้ยืนขึ้นและว่าตามข้าพเจ้า ขอให้ออกนามด้วย ข้าพเจ้า (ออกนามผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ”<sup>๙๖</sup>

๘. **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑** มาตรา ๙๘ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทน ครั้งที่ ๑/๒๕๑๒ วันพุธที่ ๕ มีนาคม พุทธศักราช ๒๕๑๒ ซึ่งเลขาธิการรัฐสภา (นายประเสริฐ ปัทมะสุนทร) ได้กล่าวว่า “ขอเชิญสมาชิกได้โปรดยืนขึ้นเพื่อกล่าวคำปฏิญาณว่า ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๙๗</sup>

๙. **ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕** ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภานิติบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๑ วันจันทร์ที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๑๕ พระมณูเวทย์วิมลนาท ประธานชั่วคราว กล่าวว่า “ต่อไปนี้ข้าพเจ้าขอเชิญท่านสมาชิกที่มาประชุมในวันนี้ ได้กล่าวคำปฏิญาณตนต่อที่ประชุม ตามประเพณีที่เคยปฏิบัติกันมา ดังที่ข้าพเจ้าจะกล่าวนำ ขอให้ท่านสมาชิกทั้งหลายโปรดยืนขึ้นและกล่าวคำปฏิญาณตนตามข้าพเจ้า “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนเป็นสำคัญ”<sup>๙๘</sup>

<sup>๙๖</sup>รายงานการประชุมสมากร่างรัฐธรรมนูญ. ครั้งที่ ๒ วันจันทร์ที่ ๙ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๐๒, หน้า ๑.

<sup>๙๗</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทน. ครั้งที่ ๑/๒๕๑๒ วันพุธที่ ๕ มีนาคม พุทธศักราช ๒๕๑๒, หน้า ๑๐.

<sup>๙๘</sup>รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑ วันจันทร์ที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๑๕, หน้า ๑๔.

๑๐. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ มาตรา ๑๒๘ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๕๑๘ (สามัญสมัยแรก) วันพฤหัสบดีที่ ๖ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๑๘ โดยประธานชั่วคราว คือ พลเรือเอก หลวงชลธารพดมิไกร นำสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทุกท่านกล่าวคำปฏิญาณ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๑๐</sup>

๑๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๙ ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>๑๑</sup>

๑๒. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๒๐ ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภานิติบัญญัติแห่งชาติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๑ วันพฤหัสบดีที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๒๐ นายถม วุฒิวิชัย ประธานชั่วคราว ได้กล่าวนำให้สมาชิกปฏิญาณตนต่อที่ประชุมก่อนปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับ ข้อ ๑๒ ดังนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ”<sup>๑๒</sup>

๑๓. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ มาตรา ๑๐๗ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”” โดยรัฐธรรมนูญ

<sup>๑๐</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๑๘ (สามัญสมัยแรก) วันพฤหัสบดีที่ ๖ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๑๘, หน้า ๙.

<sup>๑๑</sup>ไม่สามารถสืบค้นรายงานการประชุมสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน

<sup>๑๒</sup>รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑ วันพฤหัสบดีที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๒๐, หน้า ๒๗.

ฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๕๖๒ (สามัญ) วันพุธที่ ๙ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๖๒ โดยประธานชั่วคราว คือ นายเทียม ไชยนันทน์ ได้กล่าวนำสมาชิกปฏิญาณตนก่อนปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๑๔</sup>

**๑๔. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๓๔** ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ ๑/๓๔ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๓๔ นายบุญชนะ อิตถากร ประธานชั่วคราว กล่าวว่า ต่อไปนี้จะเป็นการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ตามข้อบังคับ ข้อ ๑๑ กำหนดว่า “ก่อนปฏิบัติหน้าที่สมาชิกต้องปฏิญาณตนในที่ประชุม จึงขอเชิญสมาชิกโปรดยืนขึ้นกล่าวคำปฏิญาณ ตามที่ผมจะกล่าวดังต่อไปนี้ ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนเป็นสำคัญ”<sup>๑๕</sup>

**๑๕. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔** มาตรา ๑๑๘ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ ๑/๒๕๕๓ (สมัยสามัญ สมัยที่หนึ่ง) วันศุกร์ที่ ๓ เมษายน ๒๕๓๕ โดยประธานชั่วคราว คือ นายบุญเท่ง ทองสวัสดิ์ นำสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทุกท่านกล่าวคำปฏิญาณดังนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๑๖</sup>

<sup>๑๔</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๖๒ (สามัญ) วันพุธที่ ๙ พฤษภาคม พุทธศักราช ๒๕๖๒, หน้า ๒๕.

<sup>๑๕</sup>รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑/๓๔ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๓๔, หน้า ๑๕-๑๖.

<sup>๑๖</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๓๕ (สมัยสามัญ สมัยที่หนึ่ง) วันศุกร์ที่ ๓ เมษายน ๒๕๓๕, หน้า ๒-๓.



๑๖. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๕๐ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ ๒๑ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันจันทร์ที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ โดยประธานชั่วคราว คือ ศาสตราจารย์มารุต บุณนาค ได้กล่าวนำสมาชิกปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ ด้วยถ้อยคำว่า “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๑๓</sup>

๑๗. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ ๑/๒๕๕๒ วันจันทร์ที่ ๘ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๕๐ นายสวัสดิ์ โชติพานิช ประธานชั่วคราว ได้กล่าวว่า “ก่อนที่จะมีการกล่าวคำปฏิญาณตน ผมขอเรียนที่ประชุมว่าถึงแม้ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับกำหนดไว้เกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ปี ๒๕๔๑ และปี ๒๕๔๐ ก็ได้มีการกล่าวคำปฏิญาณตนก่อนเข้าปฏิบัติหน้าที่เพื่อรักษาแบบธรรมเนียมประเพณีที่ดีงาม ผมจึงขอเชิญท่านสมาชิกโปรดยื่นขึ้นกล่าวปฏิญาณตน โดยผมจะกล่าวนำ และท่านโปรดระบุชื่อท่านด้วยในตอนต้นครับ ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนเป็นสำคัญ จะไม่อยู่ในอาณัติมอบหมายหรือคิดถึงประโยชน์ของบุคคลใด หมู่ใด คณะใดโดยเฉพาะ”<sup>๑๔</sup>

๑๘. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๓ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุม

<sup>๑๓</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๑ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันจันทร์ที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔, หน้า ๒.

<sup>๑๔</sup>รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ. ครั้งที่ ๑/๒๕๕๒ วันจันทร์ที่ ๘ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๕๐, หน้า ๙-๑๐.

แห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๑๙</sup> โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำได้ไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน สอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ ๒๓ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๑ โดยประธานชั่วคราว คือ นายชัย ชิดชอบ ได้กล่าวนำสมาชิกปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ ด้วยถ้อยคำว่า “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๒๐</sup>

**๑๙. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗**  
ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติและสมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่จากรายงานการประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ ครั้งที่ ๑/๒๕๕๗ วันอังคารที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๕๗ นายพารณ อิศรเสนา ณ อยุธยา ประธานชั่วคราว ได้กล่าวว่า “ก่อนที่จะมีการกล่าวคำปฏิญาณตน ผมขอเรียนที่ประชุมว่าถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับกำหนดไว้เกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อรักษาธรรมเนียมประเพณีที่ดีงามก่อนเข้าปฏิบัติหน้าที่ ควรกล่าวคำปฏิญาณตนก่อน ผมจึงขอเชิญท่านสมาชิกโปรดยืนขึ้นเพื่อกกล่าวคำปฏิญาณตน โดยผมจะกล่าวนำและท่านโปรดระบุชื่อของท่านด้วยในตอนต้น “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนเป็นสำคัญ”<sup>๒๑</sup>

<sup>๑๙</sup>สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ. (๒๕๕๗). *เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๕-๒๕๕๗*. กรุงเทพฯ: สำนักงานการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, หน้า ๒๗๑-๒๗๓.

<sup>๒๐</sup>รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๓ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๑, หน้า ๒.

<sup>๒๑</sup>รายงานการประชุมสภาปฏิรูปแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑/๒๕๕๗ วันอังคารที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๕๗, หน้า ๑๕-๑๖.

๒๐. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๑๑๕ บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกด้วยถ้อยคำ ดังต่อไปนี้ “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๒๒</sup> โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนสอดคล้องกับบันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ ๒๕ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง) วันเสาร์ที่ ๒๕ พฤษภาคม ๒๕๖๒ ณ หอประชุมใหญ่ บริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) โดยประธานชั่วคราว คือ นายชัย ชิดชอบ ได้กล่าวนำสมาชิกปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ด้วยถ้อยคำว่า “ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”<sup>๒๓</sup>

### การบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญ

๑.๑ รัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญมีจำนวน ๘ ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๐๒ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๑๕ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๙ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๒๐ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗

๑.๒ รัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนี้เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญมีจำนวน ๔ ฉบับ

<sup>๒๒</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. (๒๕๖๐) กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

<sup>๒๓</sup>บันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๕ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง) วันเสาร์ที่ ๒๕ พฤษภาคม ๒๕๖๒, หน้า ๑.

ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๘๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๔๙๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๗๕ แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช ๒๔๙๕ แต่เมื่อมีการปฏิญาณตนในที่ประชุมสภาจะมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ” ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุด้วยคำที่ต้องปฏิญาณตนไว้อย่างชัดเจนว่าต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใด

๑.๓ รัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ และระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน รวมทั้งการกล่าวถ้อยคำปฏิญาณตนจะสอดคล้องกับรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวน ๘ ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

**เนื้อหาของคำกล่าวปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา** เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับแรกแม้จะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของผู้แทนราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติก็จะมีการกล่าวคำปฏิญาณว่าสมาชิกจะต้องซื่อสัตย์ต่อคณะราษฎรและจะช่วยรักษาหลัก ๖ ประการของราษฎรไว้ให้มั่นคง ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอื่น ๆ จะกล่าวคำปฏิญาณตนตามประเพณีที่เคยปฏิบัติกันหรือตามข้อบังคับการประชุม โดยมีเนื้อหาคือ จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนเป็นสำคัญ โดยมีได้มีข้อความว่าจะรักษาและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับถาวรอื่น ๆ จะบัญญัติเนื้อหาของการปฏิญาณตนว่าจะรักษาและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมามีการเพิ่มเนื้อหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร เช่น ปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นโดยบริสุทธิ์ใจ หรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และเพื่ออะไร เช่น เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย และมีการเปลี่ยนเป็นเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน

**สถานที่ปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภา** เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเท่านั้น ประกอบกับแนวปฏิบัติที่ผ่านมาก็ได้ยืนยันหลักการว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก โดยไม่สามารถปฏิญาณตนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้ ซึ่งเมื่อไม่ได้ปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่จึงไม่สามารถนับเป็นองค์ประชุม และไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนได้ โดยปรากฏในรายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๕ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๕๔ ซึ่งนายชัย ชิดชอบ (ประธานรัฐสภา) ได้กล่าวว่า “ขณะนี้ มีท่านสมาชิกรัฐสภาได้เซ็นชื่อเข้าประชุม ๓๑๕ ท่าน ครบองค์ประชุม กระผมจะขอดำเนินการประชุมตามระเบียบวาระ แต่ก่อนที่จะเข้าสู่ระเบียบวาระ ผมจะขอปรึกษาก่อนสักเล็กน้อยนะครับ เนื่องจากวันนี้เป็นการประชุมร่วมรัฐสภาและมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ๕ ท่าน ยังไม่ได้ปฏิญาณตนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒๓ เพราะท่านสมาชิกแต่ละสภาต้องปฏิญาณตนในสภาของตน ฉะนั้นทั้ง ๕ ท่าน เมื่อ กกต. รับรองมาแล้วแต่ยังทำหน้าที่ไม่ได้ กระผมก็จึงถือว่า ๕ ท่านในวันนี้คงจะโหวตไม่ได้ ก็เรียนให้ที่ประชุมทราบ ส่วนอีกท่านหนึ่งผมได้รับการติดต่อจาก กกต. ที่มีปัญหาอยู่ ผมก็ได้ร้องขอไปว่าถ้าหากการประชุมวันนี้ไม่โหวตเสียงวันนี้ก็จะเป็นการดีในการพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็เรียนให้ที่ประชุมทราบเพียงแค่นี้ครับ ก็ถือว่า ๕ ท่านวันนี้ก็ลงมติไม่ได้โดยเคร่งครัดนะครับ...”<sup>๒๔</sup> ขณะที่นายประยุทธ์ ศิริพานิชย์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จังหวัดมหาสารคาม กล่าวว่า “...ตามที่ท่านประธานแจ้งกับสมาชิกรัฐสภาว่ามี ๕ คนยังไม่ได้ปฏิญาณตนตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๑๒๓ ...แผงข้างหลังของท่านประธานบอกว่าสมาชิกรัฐสภาทั้งหมด ๖๒๕ คน เพราะฉะนั้นท่านจะต้องแก้ไขเป็น ๖๒๐ คน เพราะว่ายังทำหน้าที่ไม่ได้ ๕ คน มันก็ต้องเหลือ ๖๒๐ คน เพราะมันจะมีผลต่อการนับองค์ประชุม ท่านครับ ท่านต้องแก้ไขใหม่” นายชัย ชิดชอบ (ประธานรัฐสภา) กล่าวว่า “ถูกต้องครับ เจ้าหน้าที่ช่วยแก้ด้วยครับ เพราะยังไม่ได้ปฏิญาณตนนะครับ ช่วยแก้ไขให้เหลือ ๖๒๐ คนใช่ไหมครับ ขอขอบคุณครับ ต่อไป”<sup>๒๕</sup>

ดังนั้น ก่อนทำหน้าที่สมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภาต้องไปปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกก่อน โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมวุฒิสภา ทั้งนี้ จะไปปฏิญาณตนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า

<sup>๒๔</sup>รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา. ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๕ มกราคม พุทธศักราช ๒๕๕๔, หน้า ๑.

<sup>๒๕</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕.

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา ก่อนเข้ารับหน้าที่จะมาปฏิญาณตนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไม่ได้ เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจน จึงต้องตีความตามลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏ ประกอบกับแนวปฏิบัติของการประชุมร่วมกันของรัฐสภาที่ผ่านมาที่ยืนยันหลักการดังกล่าว หนึ่งนอกจากเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าสถานะของการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจะเกิดขึ้นก่อนสถานะของการเป็นสมาชิกรัฐสภา เนื่องจากสถานะของสมาชิกรัฐสภาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภามีการประชุมร่วมกัน

### บทสรุป

การบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญ พบว่ามีรัฐธรรมนูญ ๘ ฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติก็จะมีการกล่าวคำปฏิญาณตนตามประเพณีที่เคยปฏิบัติกันหรือตามข้อบังคับการประชุม และมีรัฐธรรมนูญ ๔ ฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนี้เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนไว้ แต่เมื่อมีการปฏิญาณตนในที่ประชุมสภาจะมีข้อความที่เพิ่มเติมขึ้นมาคือ คำว่า “แห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ” เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุถ้อยคำที่ต้องปฏิญาณตนไว้อย่างชัดเจนว่าต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใด นอกจากนี้มีรัฐธรรมนูญ ๘ ฉบับ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิญาณตนก่อนเข้ารับหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ และระบุถ้อยคำที่จะกล่าวคำปฏิญาณตนจะต้องกล่าวด้วยถ้อยคำใดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ส่วนเนื้อหาของคำปฏิญาณตนในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจะกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนเป็นสำคัญ โดยมีได้มีข้อความว่าจะรักษาและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ส่วนการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับ โดยเนื้อหาของการปฏิญาณตนของสมาชิกรัฐสภาจะบัญญัติว่าจะรักษาและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมากมีการเพิ่มเนื้อหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่อย่างไร เช่น ปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นโดยบริสุทธิ์ใจ หรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และเพื่ออะไร เช่น เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน และเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญฉบับถาวรทุกฉบับต้องมีคือ คำว่า “จะรักษาไว้และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ” โดยก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเท่านั้น จะไปปฏิญาณตนในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไม่ได้

### บรรณานุกรม

คณิน บุญสุวรรณ. (๒๕๔๗). *พระมหากษัตริย์กับรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งที่ ๒. กรุงเทพฯ: สุภาพัฒน.   
 บันทึกการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๕ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง)   
 วันเสาร์ที่ ๒๕ พฤษภาคม ๒๕๖๒.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. (๒๕๖๐) กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการ   
 สภาผู้แทนราษฎร.

รายงานการประชุมร่วมกันของรัฐสภา. ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๕ มกราคม   
 พุทธศักราช ๒๕๕๔.

รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑ วันจันทร์ที่ ๑๘ ธันวาคม ๒๕๑๕.

รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑ วันพฤหัสบดีที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๒๐.

รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ. ครั้งที่ ๑/๓๔ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๓๔.

รายงานการประชุมสภาผู้แทน. ครั้งที่ ๑/๒๔๙๒ (สามัญ) ชุดที่ ๑ วันพุธที่ ๑๕ มิถุนายน   
 พุทธศักราช ๒๔๙๒.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๗๕ วันอังคารที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๔๗๕.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๗๖ วันศุกร์ที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๔๗๖.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๘๙ (วิสามัญ) วันพุธที่ ๒๑ สิงหาคม   
 พุทธศักราช ๒๔๘๙.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๙๑ วันศุกร์ที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๔๙๑.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๔๙๕ (วิสามัญ) ชุดที่ ๑ วันเสาร์ที่ ๑ พฤศจิกายน   
 พุทธศักราช ๒๔๙๕.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๑๒ วันพุธที่ ๕ มีนาคม พุทธศักราช ๒๕๑๒.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๑๘ (สามัญสมัยแรก) วันพฤหัสบดีที่ ๖   
 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๑๘.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๑/๒๕๒๒ (สามัญ) วันพุธที่ ๙ พฤษภาคม   
 พุทธศักราช ๒๕๒๒.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. (สมัยสามัญ ครั้งที่ ๑) พ.ศ. ๒๕๓๔ ครั้งที่ ๑/๒๕๓๕   
 วันศุกร์ที่ ๓ เมษายน ๒๕๓๕.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๑ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันจันทร์ที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๔.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ชุดที่ ๒๓ ปีที่ ๑ ครั้งที่ ๑ (สมัยสามัญทั่วไป) วันอังคารที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๕๑.

รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร. ครั้งที่ ๒ วันจันทร์ที่ ๙ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๐๒.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ. (๒๕๕๗). *เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๕-๒๕๕๗*. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.





## กระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในระบบประชาธิปไตย

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล\*

### ๑. บทนำ

**๖๖** ตะวันแห่งประชาธิปไตยของสังคมไทยเริ่มสาดแสงอีกครั้งหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ จนนำไปสู่การเลือกตั้งทั่วไปในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือที่จะนำไปสู่การปกครองประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญ (Constitution democracy) เหมือนนานาอารยสังคม ในขณะที่สังคมประชาธิปไตยตะวันตกเน้นที่ประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญ แต่สังคมตะวันออกเช่นไทยแนวคิดอุดมการณ์ในสังคมอาจต้องมีการพัฒนา

---

\* รองศาสตราจารย์; อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเวสเทิร์น

ทางสังคมอีกมาก จึงอาจเป็นไปได้เพียงต้องการรัฐธรรมนูญเพื่อแสดงถึงความเป็นประชาธิปไตย (Democratic constitution) เท่านั้น เพราะพัฒนาการของรัฐยังอยู่ในระยะต้นที่ยังคงพยายามหาข้อตกลงร่วมกันในสังคมในการปกครองตนเองที่แต่ละกลุ่มอำนาจทั้งกลุ่มอนุรักษ์นิยมและกลุ่มเสรีนิยมยังช่วงชิงอำนาจและความได้เปรียบในรัฐไว้ ขณะที่กลุ่มประชาชนประชาธิปไตยยังอยู่ในระดับอ่อนแอ จะเห็นได้จากสังคมไทยเปลี่ยนรัฐธรรมนูญบ่อยจนรัฐธรรมนูญไม่ได้มีความหมายทางประวัติศาสตร์ในเชิงแนวคิดอุดมการณ์สังคมแบบตะวันตก แต่กลายเป็นเพียงเครื่องมือทางกฎหมายเท่านั้น แต่ที่ว่าในที่สุดสังคมประชาธิปไตยของไทยก็จะต้องแสวงหาจุดสมดุลหรือแนวคิดทางประชาธิปไตยของสังคมตนเองให้พบ แม้เปลี่ยนผ่านสู่แนวคิดอุดมการณ์ประชาธิปไตยมาหลายสิบปีแล้วก็ตาม การพิจารณารัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือหรือเพียงอุปกรณ์ควบคุมอำนาจนี้คือ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

รัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างมีคุณค่าในระบอบประชาธิปไตย แต่การจัดให้มีขึ้นกับพลเมือง สังคมและปัจจัยอื่นๆ ที่มีผลต่อการสร้างรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยอมรับในสังคม รัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวมิใช่สิ่งประกันความสำเร็จให้สังคมประชาธิปไตยเพราะสังคมประชาธิปไตยต้องดูทั้งทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติของการพัฒนาที่ต้องร่วมมือกันไป แม้โลกมีแนวโน้มเช่นเดียวกันที่มุ่งหน้าไปสู่การพัฒนาให้ทันสมัยและไปสู่ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมก็ตาม ในการวิเคราะห์ระดับคุณภาพเพื่อหากลยุทธการเคลื่อนย้ายสังคม (Social movements) ของไทยที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental rights) ของประชาชนของกระบวนการประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญโดยการใช้นโยบายรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ปัญหา นั้นจะต้องมุ่งไปที่สภาพสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาของไทยเป็นสำคัญ<sup>๑</sup> ด้วยคำถามวิจัยหรือสมมติฐานเบื้องต้นในเรื่องบทบาทสถาบันของรัฐหรือสถาบันการเมืองที่ควรจะเป็น รวมทั้งเป้าหมายโดยใช้กระบวนการประชาธิปไตยและกระบวนการพัฒนา แต่ปัญหาคือทำไมสังคมไทยใช้รัฐธรรมนูญแบบตะวันตกแล้วกลับมิให้ผลเช่นตะวันตก ปัญหาอุปสรรคของกระบวนการประชาธิปไตยไทยอาจเป็นอะไรบางอย่างในกระบวนการ (Something procedural) ใช่หรือไม่ ประชาธิปไตยคืออะไรเป็นสิ่งสำคัญที่ต้องค้นหาให้พบก่อนแก้ไขปัญหาด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเชื่อมความสัมพันธ์พลเมืองสังคมและรัฐที่แสดงบทบาทผ่านสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญให้เป็นสถาบันการเมืองหลักในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งในปัญหาความสัมพันธ์กัน

<sup>๑</sup>Wolfram Schaffar and Ralph Guth, (2013), "Constitutionalism in Thailand: Key questions of an on-going research," *ASEAS-Austrian journal of South-East Asian studies*, 6(1): 185.

ของกฎหมายกับการเมืองในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้น แม้ยังถกเถียงกันในประเด็นประชาธิปไตย (Democracy)ว่าจะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) หรือว่าการปกครองโดยกฎหมายนำมาสู่ประชาธิปไตยกันแน่ โดยในมุมมองเสรีนิยม (Liberal) เห็นควรเป็นแบบแรก แต่ฝ่ายสาธารณรัฐ (Republic) หรือตุลาการมองว่าควรเป็นแบบที่สอง แต่แนวคิดประชาธิปไตยในรัฐสมัยใหม่นั้นต่างไปจากเดิมที่ความสัมพันธ์กฎหมายกับสังคมมี ๓ ลักษณะคือ<sup>๒</sup> ๑. กฎหมายสมัยใหม่เน้นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐตราขึ้นถือเป็นแบบแผนหลัก (Norm) ๒. การมีพันธะบังคับว่ากฎหมายต้องตราโดยผู้มีหน้าที่ทำกฎหมายเท่านั้น และ ๓. สังคมเน้นที่ความเป็นปัจเจกชน (Individualistic) โดยค้ำประกันเสรีภาพ โดยเฉพาะในมุมมองอุดมการณ์เสรีประชาธิปไตยเน้นที่การกำหนดชะตาตนเองของพลเมืองทางประชาธิปไตย (Democratic self-determination) เป็นจุดหลักภายใต้หลักความเท่าเทียมกันของพลเมืองที่ต้องใช้กฎหมายเป็นสื่อกลางเพื่อยืนยันเสรีภาพนี้ ผลกฎหมายต่อสังคมหรือการเมืองจึงอาจถูกให้น้ำหนักแตกต่างกันในแต่ละมุมมอง รัฐ พลเมือง กฎหมายคู่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงประสานไปมามากกว่าเป็นการพิจารณาแค่ลำดับชั้นทางกฎหมาย โดยเฉพาะในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องควบคุมการใช้อำนาจของสถาบันการเมือง การจัดทำรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยอมรับในสังคมจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพราะเป็นกฎหมายลำดับชั้นสูงสุด แต่ขณะเดียวกันในทางทฤษฎีการเมืองยังแสดงถึงแนวคิดอุดมการณ์หรือเจตนารมณ์สังคมด้วย การพิจารณาบทบาทรัฐธรรมนูญในสังคมประชาธิปไตยจึงอาจต้องพิจารณาทั้งในทางทฤษฎีกฎหมายและทฤษฎีการเมืองควบคู่กันไป ดูจะสอดคล้องกับสภาพสังคมวิทยาการเมืองของไทยมากกว่าจะพิจารณาเพียงด้านใดด้านหนึ่งเป็นหลัก

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมบรรยากาศทางประชาธิปไตยของสังคมไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยจะแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ในสังคมของพลเมือง สังคม รัฐ ประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นต้นมา ดูจะให้ความสำคัญเป็นพิเศษ เพื่อให้เห็นถึงกำเนิดและกระบวนการจัดทำที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันไปมาระหว่างรัฐ สังคมและพลเมืองที่อาจเอามาเทียบเคียงกับสังคมไทยในเวลานี้ โดยจะพิจารณาบริบทแวดล้อมสังคมมากกว่ารัฐธรรมนูญในเชิงกฎหมายเพียงประการเดียว โดยพิจารณาเป็นสามส่วน คือ ส่วนแรก แนวคิดเกี่ยวกับกำเนิด

<sup>๒</sup>Jürgen Habermas, (2001), "Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principle?," *Political theory*, 29(6): 766.

รัฐธรรมนูญนิยมและการให้ความหมายในทางปฏิบัติต่อสังคมการเมืองประชาธิปไตย คลื่นกระแสการจัดทำรัฐธรรมนูญของสังคมโลก ส่วนที่สอง กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่ควรมีปัจจัยสำคัญที่ต้องคำนึงถึงอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะความสัมพันธ์กับปวงชน และส่วนที่สาม รัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการควบคุมการใช้อำนาจกับบทบาทในการเมืองประชาธิปไตย โดยจะต้องบังคับใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะรัฐธรรมนูญทางการเมือง ด้วยที่ไทยยังมีความพยายามหาจุดตัดที่เกี่ยวกับการควบคุมอำนาจในทางกฎหมายและทางการเมืองให้กลมกลืนกัน

## ๒. กระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในระบอบประชาธิปไตย

### ๒.๑ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

ความหมายรัฐธรรมนูญนิยมนั้นทั้งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักการเมืองในปัจจุบันมีมุมมองในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่คล้ายกัน โดยเห็นว่าเป็นแนวคิดเกี่ยวกับการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่ฝ่ายต่าง ๆ หรือสถาบันการเมืองใช้รัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือเคลื่อนย้ายสังคมตามหน้าที่สถาบันการเมืองนั้น ๆ ภายใต้หลักการทางทฤษฎีประชาธิปไตยที่แม้มีหลักการเดียวกัน แต่การปรับใช้อาจแตกต่างกันออกไป ดังนั้นการให้ความหมายของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในทางปฏิบัติในสังคม จึงมิใช่จะกำหนดให้ตายตัวได้ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอาจเหมือนทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมที่หมายถึงอุดมการณ์ (Ideology) ที่ทำให้มีทัศนคติมุมมองที่เหมือนกัน รวมทั้งการเรียกร้องให้เป็นเนื้อหาหลักธรรมนูญของสังคม ไม่ใช่แค่การตกแต่งสังคมเท่านั้น

ปัญหาในความหมายรัฐธรรมนูญนิยม Jeremy Waldron เห็นว่ารัฐธรรมนูญนิยมอาจให้นิยามความหมายได้ตั้งแต่ความหมายที่อ่อนที่สุดไปจนถึงความหมายที่แข็งที่สุดได้ ในความหมายที่อ่อนที่สุดของคำว่า “รัฐธรรมนูญนิยม” คือ สิ่งที่วางแปลนในทางปฏิบัติที่บางเวลาอาจไม่ยึดถือทฤษฎีอะไรทั้งหมด หรือบางครั้งก็มีความหมายเล็กน้อยเพียงแต่หมายถึงการศึกษารัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>๓</sup> และเห็นว่าไม่ผิดที่จะให้ความหมายในสองแบบนี้ เพราะความหมาย

<sup>๓</sup>Jeremy Waldron, “Constitutionalism: A Skeptical View,” (May 1, 2012) NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1722771> (Last visited 1 May 2019): 1.

อาจต่างกันขึ้นกับหลักการรัฐธรรมนูญ (Constitutional doctrine) มากกว่าจะเป็นเช่นรัฐธรรมนูญนิยมของพวกที่ยึดแนวคิดดั้งเดิมของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (Originalist constitutionalism) แต่ความหมายที่เหมาะสมน่าจะพิจารณาในเชิงรัฐธรรมนูญนิยมเปรียบเทียบ (Comparative constitutionalism) ที่ไม่ใช่เปรียบเทียบการศึกษารัฐธรรมนูญ แต่เป็นการเทียบสิทธิมนุษยชน (Human rights) และกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional law) มากกว่าจะใช้กฎหมายของต่างประเทศอย่างไร

ความแตกต่างของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในแต่ละสังคมเป็นสิ่งที่แต่ละสังคมปรับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมตามมุมมองของสังคมตนเองให้เหมาะสมกับสภาพทางสังคมของตน แม้มีหลักการทางรัฐธรรมนูญเหมือนกันก็ตาม โดยทั่วไปหลักการรัฐธรรมนูญนิยมอาจประกอบด้วย ๒ ส่วน คือ<sup>๕</sup> ๑. หลักการเฉพาะของรัฐธรรมนูญที่สำคัญของแต่ละสังคมที่อาจแตกต่างกัน เช่น การควบคุมการใช้อำนาจ ตัวอย่างคือ หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาแบบอังกฤษกับอำนาจวินิจฉัยทบพันโดยฝ่ายตุลาการของอเมริกา ๒. หลักการทั่วไปในรัฐธรรมนูญที่สำคัญที่ดูจะเหมือนกันในทุกสังคม ด้วยเหตุนี้ความหมายรัฐธรรมนูญนิยมของแต่ละสังคมจึงอาจต่างกัน แม้จะมองรัฐธรรมนูญนิยมในเรื่องรูปแบบ โครงสร้างทางการเมือง เช่นเดียวกันก็ตาม

ในแนวคิดที่มองรัฐธรรมนูญนิยมว่าเป็นเพียงเครื่องควบคุมการใช้อำนาจในสังคม มุมมองนี้อาจมองย้อนหลังไปได้ถึงกำเนิดรัฐของมนุษย์ เพราะการมีสังคมย่อมต้องมีระเบียบสังคม ไม่ว่าจะใช้จารีตหรือความเชื่อทางศาสนาควบคุมก็ตาม แนวคิดเช่นนี้จึงอาจมองย้อนหลังกลับไปได้ตามแต่ผู้จะให้นิยามกำหนด แม้ยุคกรีก ยุคเอเธนส์ก็อาจมีรัฐธรรมนูญนิยมได้ ที่เห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายในตัวเองเป็นเรื่องทางปฏิบัติของการเมือง<sup>๕</sup> แม้ปัจจุบันมุ่งไปที่จุดหลักคือสังคมการเมืองต้องมีรัฐธรรมนูญ แต่ต้องให้ความหมายรัฐธรรมนูญด้วยว่าหมายถึงสิ่งใด นักรัฐธรรมนูญนิยมในปัจจุบันใช้จุดหลักคือรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ที่ผูกติดกับการสร้างรัฐชาติเป็นจุดกำเนิดแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม เช่นนี้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นหนึ่งในเครื่องมือสร้างรัฐชาติ ด้วยแนวคิดนี้รัฐธรรมนูญนิยมแบบสมัยใหม่จึงกำเนิดในสังคมมนุษย์ในยุครัฐชาติที่เริ่มมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อไม่กี่ร้อยปีนี้เอง

<sup>๕</sup>Ibid., p. 4.

<sup>๕</sup>Jill Frank, (2007), "Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law," *Theoretical Inquiries in Law*, 8(1): 37-50.

การแพร่กระจายของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในโลกปัจจุบัน อัคเคอร์แมนชี้ให้เห็นภาพชัดเจนที่มีสองภาพ คือ<sup>๖</sup> ๑. ภาพเพื่ออุดมการณ์สาธารณรัฐ ๒. ภาพการฉลองชัยชนะที่ใช้รัฐธรรมนูญเพื่อเป้าหมายอื่นด้วย โดยมองย้อนหลังกลับไปดูลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมที่เริ่มมากขึ้นชัดเจนในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๓๐ ที่รัฐธรรมนูญเยอรมันถูกทลายลง รัฐธรรมนูญออสเตรเลียเริ่มทดลองอำนาจวินิจฉัยทบพททางตุลาการ ในขณะที่อังกฤษและฝรั่งเศสที่ศรัทธาในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนำไปสู่การเมืองแบบประชาธิปไตย ในลาตินอเมริกา เอเชีย แอฟริกาเพิ่งเริ่มต้นมีรัฐธรรมนูญ เช่น โบลิเวียที่เอารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้ และในสหรัฐอเมริกา อำนาจฝ่ายตุลาการยังไม่ทรงพลังเท่าทุกวันนี้ และไทยก็เริ่มมีรัฐธรรมนูญในช่วงเวลานี้เช่นเดียวกัน ทั้งหมดเป็นรัฐธรรมนูญเพื่อแสดงอุดมการณ์บางอย่างของสังคมที่เปลี่ยนไป การฉายแสงของรัฐธรรมนูญขณะนั้นมีเพียงอังกฤษกับกลุ่มประเทศในเครือ คือ แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ก่อนที่หลักการประชาธิปไตยที่สำคัญที่ถูกผูกกับรัฐธรรมนูญคือวัฒนธรรมการปกครองตนเอง (Culture of self-government) ที่ถูกปลูกถ่ายกระจายไปทั่วโลกโดยสหรัฐอเมริกา แทนที่จะเป็นอังกฤษ

การเกิดขึ้นของภาพรัฐธรรมนูญนิยมภาพแรกเป็นภาพของชาติตะวันตกที่สร้างรัฐชาติก่อนชาติอื่น ๆ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาและยุโรปมีการพัฒนารัฐธรรมนูญของตน แม้บางทีจะมีการกล่าวถึงการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองของอังกฤษในสมัยแมกนาคาร์ตา มาก่อนก็ตาม แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในกลุ่มนี้ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติกลับเริ่มต้นจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ เพราะเนื้อหารัฐธรรมนูญเป็นสาระสำคัญขั้นสูงสุดทางการเมือง ในขณะที่รัฐธรรมนูญของตะวันตกในยุโรปเริ่มเขียนใหม่หลังสงครามโลก รัฐธรรมนูญของกลุ่มนี้มีลักษณะเนื้อหาที่สัมพันธ์ไปมาตั้งแต่แนวคิดรัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ที่จะรวมกันอาจเป็นสนธิสัญญาของรัฐต่างๆ ไปสู่วิธีรัฐธรรมนูญแบบสหพันธรัฐหรือไม่ก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แคนาดา ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ และใช้สนธิสัญญาบังคับดังเช่นรัฐธรรมนูญไปสู่อำนาจเหนือรัฐเหมือนในปัจจุบัน เช่น สนธิสัญญากรุงโรมที่กำเนิดสหภาพยุโรป รัฐธรรมนูญในแนวคิดกลุ่มนี้จึงมีความสัมพันธ์หลายระดับชั้นในปัจจุบันตั้งแต่รัฐธรรมนูญมลรัฐ รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ อนุสัญญาที่เป็นเหมือนกฎหมายระหว่างประเทศ

<sup>๖</sup>Bruce Ackerman, (1996), "The rise of world constitutionalism," *Virginia law review*, 83(4): 1

คลุมเครือรัฐสมาชิก เช่น สหภาพยุโรปที่ขอบเขตการบังคับใช้อำนาจแตกต่างกันไป ความหมายของรัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้ปัจจุบันไม่ใช่มีเพียงหน้าที่ตามกฎหมาย แต่ยังเป็นสัญลักษณ์ของการเปลี่ยนผ่านในชีวิตการเมืองของชาตินั้น ๆ ด้วย<sup>๗</sup>

ส่วนรัฐธรรมนูญนิยมภาพที่สองคือ รัฐธรรมนูญของรัฐอาณานิคมและรัฐกำลังพัฒนาในปัจจุบัน ที่รัฐธรรมนูญถูกใช้เป็นเครื่องมือแสดงวัตถุประสงค์หลายประการ โดยเฉพาะสัญลักษณ์การมีเอกราชและการเปลี่ยนการปกครองใหม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. ๒๔๗๕ ก็นับรวมอยู่ในกลุ่มนี้ อักเคอร์แมนเรียกว่า ภาพการฉลองชัยชนะ (Triumphalist scenario) ไม่ว่าจะเป็นชัยชนะในรูปแบบการปกครองใดก็ตาม สัญลักษณ์รัฐธรรมนูญเปลี่ยนไปเมื่อประชาชนหันมาปกครองตนเองเน้นหลักการเราประชาชน (We the people)<sup>๘</sup> แม้อาจนำไปสู่รูปแบบการปกครองที่ต่างกัน เห็นได้จากการขึ้นสู่อำนาจนิยมในรัสเซีย เยอรมัน อิตาลี และการเปลี่ยนแปลงในหลังสงครามโลก อีกส่วนเป็นภาพของประเทศอาณานิคมที่เป็นอิสระทั้งในเอเชียและแอฟริกาที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือไปสู่อิสรภาพและเป็นสัญลักษณ์อิสรภาพ รูปแบบการฉลองการเคลื่อนไหวเมื่อชนะคือแรงบันดาลใจในจิตวิญญาณของการหาหนทางใหม่เมื่อได้รับรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดการฉลองชัยชนะของการมีรัฐธรรมนูญตนเอง (Constitutionalization of charisma) ที่แสดงถึงพลังอำนาจของชาติและรูปแบบประชาธิปไตยแต่ในไทยอาจไม่มีลักษณะเช่นนี้ชัดเจนนัก แต่ก็มีภาพการฉลองการได้รับรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำทั้งสองฝ่าย อักเคอร์แมนสรุปว่าทั้งสองกลุ่มสองระบบกฎหมายให้ภาพเหมือนกันในเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเพียงเครื่องมือบังคับไปสู่ความสำเร็จในเป้าหมายไม่ว่าเป้าหมายนั้นจะเป็นอะไรที่แตกต่างกันก็ตาม<sup>๙</sup>

ถ้าหันมาพิจารณาการเพิ่มมากขึ้นของการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือที่อาจพิจารณาตามระยะเวลาทางประวัติศาสตร์ในสังคมมนุษย์ อาจให้ภาพที่ชัดเจนว่าการทำรัฐธรรมนูญทั่วโลกมีแนวโน้มเป็นกระแสคลื่นอาจช่วยให้เห็นภาพบาง ๆ ว่า รัฐธรรมนูญคือสิ่งที่กระทำเพื่อเป้าประสงค์บางประการของแต่ละสังคม จากหลังยุคศตวรรษที่ ๑๘ มาจนปัจจุบันอาจแยกเป็น ๗ ลูกคลื่น คือ<sup>๑๐</sup> ๑. ช่วงปลายระหว่างปี ค.ศ. ๑๗๘๐ และ ค.ศ. ๑๗๙๑

<sup>๗</sup>Ibid., p. 5.

<sup>๘</sup>Ibid., pp. 6-7.

<sup>๙</sup>Ibid., p. 14.

<sup>๑๐</sup>Jon Elster, (1995), "Forces and mechanisms in the constitution-making process,"

ที่รัฐธรรมนูญถูกเขียนขึ้นหลายรัฐในสหรัฐอเมริกาหรือของสหพันธรัฐอเมริกา โปแลนด์ และฝรั่งเศส ๒. จากการปฏิวัติ ค.ศ. ๑๘๔๘ ในยุโรป โดยเยอรมัน อิตาลี และอีกมากกว่า ๕๐ ประเทศ ประเทศเหล่านี้ยอมรับรัฐธรรมนูญใหม่ด้วยแรงบังคับจากฝ่ายได้ชัยชนะ ๓. หลังสงครามโลกครั้งที่ ๑ ที่มีการสร้างรัฐใหม่ของโปแลนด์ เช็กโกสโลวาเกีย และเยอรมันที่แพ้สงครามไปสู่การยอมรับรัฐธรรมนูญไวมาร์ ๔. หลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ ชาติที่แพ้คือ ญี่ปุ่น เยอรมัน และอิตาลี ยอมรับรัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งเข้มงวดมากน้อยตามแต่ฝ่ายสัมพันธมิตร ๕. เมื่อพ้นจากการเป็นอาณานิคมตะวันตกของอังกฤษและฝรั่งเศสในทั่วโลก เริ่มโดยอินเดีย และปากีสถาน ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๔๐-๑๙๖๐ หลายกรณีรัฐธรรมนูญใหม่คล้ายของเดิมแต่มีรูปแบบใหม่ เช่น ไอออร์โคสต์ เอารูปแบบของฝรั่งเศสในสาธารณรัฐที่ ๕ กานาและไนจีเรียเอารูปแบบของอังกฤษ ๖. การตกต่ำของเผด็จการในยุโรปช่วงกลางทศวรรษ ๑๙๗๐ และ ๑๙๗๔, ปี ค.ศ. ๑๙๗๘ ในโปแลนด์ กรีซและสเปนหันกลับมาใช้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตย ๗. กรณีกลุ่มประเทศคอมมิวนิสต์ในยุโรปตะวันออกล่มสลายและมีรัฐธรรมนูญใหม่ในปี ค.ศ. ๑๙๘๙ แต่ถ้ารวมถึงปัจจุบันต้องนับเป็นลูกคลื่นที่แปรสำหรับการทำรัฐธรรมนูญใหม่ของกลุ่มประเทศอาหรับจากเหตุการณ์อาหรับสปริงที่เริ่มในตูนีเซีย อียิปต์ ลิเบีย<sup>๑๑</sup> และอาจจะตามมาในอีกหลายประเทศหากเหตุการณ์ในโลกตะวันออกกลางและแอฟริกายังคงดำเนินต่อไปเมื่อระบอบการปกครองแบบเดิมไม่อาจปรับตัวต่อกระแสโลกาภิวัตน์ให้เหมาะสมได้ และอาจเป็นการดีระบอบการปกครองที่ไม่เหมาะสมกับเสรีนิยมสุดสุดท้ายออกจากโลก

รัฐธรรมนูญนิยมในปัจจุบันนั้น ภาพการจัดทำรัฐธรรมนูญและคลื่นกระแสการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นเครื่องมือในการปกครองเกือบจะเป็นสากลแล้วในทางปฏิบัติ (Universal practice) ที่ทุกประเทศยอมรับรูปแบบรัฐธรรมนูญเพื่อการปกครอง<sup>๑๒</sup> แนวโน้มวิวัฒนาการรัฐธรรมนูญทั่วโลกในวิวัฒนาการรัฐธรรมนูญนิยมในหกทศวรรษที่ผ่านมา มีแนวโน้มเน้นที่สิทธิพลเมือง โดยมีการกำหนดสิทธิเพิ่มขึ้นแบบมากมายที่รัฐธรรมนูญมีแนวโน้ม

<sup>๑๑</sup>John Liolos, (2013), "Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring," *Boston College International & Comparative Law Review*, 36(1): 219-254.

<sup>๑๒</sup>David S. Law and Mila Versteeg, (2011), "The evolution and ideology of global constitutionalism," *California law review*, 99(5): 1163.



ที่จะเพิ่มจำนวนสิทธิตลอดเวลา จนถือเป็นสิทธิทั่วไปของรัฐธรรมนูญนิยม (Generic rights constitutionalism) ไปแล้ว โดยแนวโน้มรัฐธรรมนูญทั่วโลกมีลักษณะ ๓ ประการ ที่เป็นไปเหมือนกัน คือ<sup>๑๓</sup> ๑. เพิ่มสิทธิเสรีภาพพลเมือง ๒. เพิ่มอำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวนของฝ่ายตุลาการ ๓. กำหนดสิทธิทางรัฐธรรมนูญ โดยพบว่ากว่าร้อยละ ๙๐ ของรัฐธรรมนูญทั่วโลกมีเนื้อหาสิทธิที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยอธิบายหน้าที่ของสิทธิแตกต่างกันสองแบบ ซึ่งใช้เป็นมาตรวัดเชิงปริมาณของรัฐธรรมนูญได้ คือ<sup>๑๔</sup> ๑. สิทธิเป็นบทสรุปรัฐธรรมนูญ (Comprehensiveness of constitution) โดยพิจารณารัฐธรรมนูญว่ามีสิทธิอยู่มากหรือน้อย ๒. สิทธิที่เป็นลักษณะอุดมการณ์ของรัฐธรรมนูญ (Ideological character of constitution) เช่น อุดมการณ์เสรีนิยม

ในเรื่องรูปแบบรัฐธรรมนูญนิยม แม้อุดมการณ์ในรัฐธรรมนูญที่ทั่วโลกมีแนวโน้มเหมือนกันที่วิวัฒนาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamics) โดยเฉพาะมีการร่วมกันของแนวคิดอุดมการณ์ โดยอาจแบ่งเป็น ๔ รูปแบบ คือ<sup>๑๕</sup> ๑. รัฐธรรมนูญแบบเรียนรู้ (Constitutional learning) คือ เรียนรู้จากประเทศอื่นทั้งที่เหมือนและต่างกัน แล้วสร้างรัฐธรรมนูญที่เหมือนกัน แต่ต้องปรับการเรียนรู้และประสบการณ์ของประเทศนั้นด้วยในการออกแบบรัฐธรรมนูญให้ประสบความสำเร็จแบบนั้นอาจดูบทเรียนและประสบการณ์ของประเทศต้นแบบ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย รวมทั้งไทยจัดอยู่ในประเภทนี้ ดังจะเห็นได้จากการนำหลักการทางรัฐธรรมนูญทั้งของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน มาผสมผสานกันในรัฐธรรมนูญนับจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ๒. รัฐธรรมนูญแบบทดสอบหรือแข่งขัน (Constitutional competition) ที่ต้องการสร้างความสนใจดึงดูดทุนและแรงงานฝีมือเข้ามา โดยให้รัฐธรรมนูญค้ำประกันในเสรีภาพบุคคลและเศรษฐกิจ เช่น รัฐธรรมนูญเมียนมาร์ในปัจจุบัน ๓. รัฐธรรมนูญแบบปรับให้สอดคล้อง (Constitutional conformity) ที่ประเทศถูกแรงกดดันต้องปรับให้รัฐธรรมนูญสอดคล้องกับจารีตรัฐธรรมนูญโลกเพื่อได้รับการยอมรับและสนับสนุนจากต่างประเทศ อาจเห็นได้จากกลุ่มประเทศในตะวันออกกลางจากเหตุการณ์อาหรับสปริง ๔. รัฐธรรมนูญแบบเครือข่าย (Constitutional network) ในประเทศที่ยอมรับการเข้ามาของรัฐธรรมนูญที่รูปแบบเหมือนกัน เช่น ประเทศในเครือจักรภพอังกฤษ

<sup>๑๓</sup>Ibid., p. 1165.

<sup>๑๔</sup>Ibid., p. 1164.

<sup>๑๕</sup>Ibid., pp. 1173-1181.

## ๒.๒ กระบวนการและกลไกการทำรัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

เมื่อแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือควบคุมสังคม การเมืองหรือการใช้อำนาจทางการเมือง กระบวนการและกลไกการทำรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญ เพราะรัฐธรรมนูญจะสะท้อนชีวิตสังคมการเมืองนั้นได้เป็นอย่างดีในความต้องการรัฐธรรมนูญของสังคมและเป็นแรงหนุนทางอ้อมให้รัฐธรรมนูญมีความสำคัญต่อสังคม สิ่งนี้จะชี้ให้เห็นภาพชัดเจนในการจัดทำรัฐธรรมนูญไทยที่ประชาชนไม่ได้ผลักดันเป็นหลักตลอดมานับแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ทำให้ความสำคัญของรัฐธรรมนูญต่อสังคมดูห่างไกลกับวิถีพลเมืองอย่างมากโดยเฉพาะในชนบท แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาที่ขึ้นชื่อว่าเป็นสังคมประชาธิปไตย การใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือควบคุมสังคมก็ยังมีปัญหาความไม่ลงรอยในแนวคิดอุดมการณ์ที่แยกเป็นฝ่ายเสรีนิยมและฝ่ายอนุรักษนิยม ในศตวรรษนี้ทฤษฎีรัฐธรรมนูญเสรีนิยม (Liberal constitution theory) มีปัญหาหลัก แม้ทฤษฎีมีหลายมุมมองแต่ไม่ค่อยเชื่อมกับทางปฏิบัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>๑๖</sup> และมีความพยายามสร้างแนวคิดใหม่ทางรัฐธรรมนูญของฝ่ายเสรีนิยมขึ้นมา คือ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบตรวจสอบได้ (Idea of an experimentalist constitutionalism) ที่นำโดย Liebman และ Sable การเสนอทฤษฎีรัฐธรรมนูญเสรีแต่จะต้องถูกตรวจสอบทางกฎหมายหรือทางการเมืองเพื่อหาสมดุล แต่ลักษณะเช่นนี้ไม่พบเช่นในไทย รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในสังคมของพลเมืองทุกฝ่าย ต้องมีให้กลุ่มใดช่วงชิงผูกขาดประโยชน์ในสังคม ปัญหาสำคัญคือความยากทางการเมืองที่มีกลุ่มหลากหลายเกินไปและต่างแนวคิดกัน<sup>๑๗</sup> แต่ในทางการเมืองต้องร่วมมือกันอย่างเหมาะสมที่ผลประโยชน์สมาชิกในสังคมทุกกลุ่มจะต้องได้รับการยอมรับถ้าต้องการความร่วมมือของแต่ละกลุ่มที่จะไปด้วยกันและหนุนแนวคิดเสรีนิยม ต้องไม่ใช่แค่เอาผลประโยชน์มาแลกกันก็อาจนำไปสู่นโยบายสาธารณะที่เป็นจริงในปัจจุบันได้

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาที่สภาพสังคมวิทยาของสังคมนั้น โดยมีปัจจัยที่ผู้สร้างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึง ๓ ประการ คือ<sup>๑๘</sup> การใช้อำนาจรัฐ ความเชื่อและความต้องการของสังคม สิ่งเหล่านี้จะมีผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญและการยึดถือรัฐธรรมนูญที่เป็นที่ยอมรับในสังคม และทั้งสามสิ่งเป็นสิ่งที่สัมพันธ์เชื่อมโยงกันกับพลเมืองและสังคมผ่านสถาบันการเมืองที่จะใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญต่อไป

<sup>๑๖</sup>Mark V. Tushnet, (2003), "A new constitutionalism for liberal?," *New York university review of law & social change*, 28: 357.

<sup>๑๗</sup>Ibid., p. 360.

<sup>๑๘</sup>Jon Elster, (1995), "Forces and mechanisms in the constitution-making process," *Duke law journal*, 45: 372.

ถ้ารัฐธรรมนูญนิยมเน้นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดที่มาของอำนาจ การใช้อำนาจ และการควบคุมอำนาจ แต่สิ่งเหล่านี้มีใช้กระทำในมุมมองของผู้ทำรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นมุมมองของสังคมเท่านั้นที่จะส่งผ่านไปสู่ความเชื่อความต้องการของสังคม ผู้ทำรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงถึงความอดกั้น (Constraints) ของการใช้อำนาจของทุกฝ่ายที่ต้องการรัฐธรรมนูญในทิศทางที่ตนต้องการ ที่จะส่งผลมายังผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อส่งผ่านไปยังรัฐธรรมนูญเพื่อให้อำนาจแก่ตนในทางการเมืองในท้ายที่สุด<sup>๑๙</sup> เพราะการเคลื่อนไหวของกระบวนการทำรัฐธรรมนูญมักทำโดยที่ประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ผู้เล่นทางการเมืองผู้เดียว (Single politic actor) ต้องพิจารณาถึงทุกกลุ่มในสังคม เมื่อดูตัวอย่างการประชุมทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๙๑ เยอรมัน ค.ศ. ๑๙๔๙ เป็นภาพตัวแทนที่มีอย่างน้อยมี ๒ กลุ่ม ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ คือ<sup>๒๐</sup> ผู้เล่นที่อยู่ในกระแสบนและผู้เล่นที่อยู่ในกระแสด้านล่างของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ผู้เล่นที่อยู่ในกระแสบน (Upstream actors) คือ กลุ่มที่มีบทบาทโดยตรงต่อกระบวนการทำรัฐธรรมนูญ การประชุมร่วมทำรัฐธรรมนูญ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เกิดขึ้นเอง แต่มาจากผู้สร้างภายนอก มักมาจากผู้สร้างสองฝ่ายที่ตรงกันข้าม ไม่ว่าจะเป็นสถาบันหรือปัจเจกชน เช่น การทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. ๑๗๘๗ ที่ทำโดยที่ประชุมสภารัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๘๙ ทำโดยกษัตริย์ รัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. ๑๙๔๙ ทำโดยผู้มีอำนาจจากตะวันตก พวกที่อยู่ในกระแสบนจะต้องอดกั้นหรือถูกบังคับด้วยกระบวนการของรัฐสภาหรือรัฐธรรมนูญ เช่น ข้อบังคับที่สภาร่างรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นที่ต้องควบคุมตนเอง

ผู้เล่นที่อยู่ในกระแสด้านล่าง (Downstream actors) ที่อาจมีกลไกสถาบันการเมืองหรือตัวแทนในสภาร่างรัฐธรรมนูญ เช่น ในสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ที่คัดเลือกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือในฝรั่งเศส ตัวแทนคัดเลือกจากสามฐานันดรจะต้องอดกั้นต่อเนื้อหารัฐธรรมนูญที่จะร่างขึ้น แต่รูปแบบอดกั้นของผู้เล่นในกระแสด้านล่างโดยข้อเท็จจริงอาจถูกกำหนดโดยกระแสบนจึงแตกต่างกันในแนวคิดความอดกั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถรับการยอมรับไปในการสร้างรัฐธรรมนูญที่มาจากกระแสบนอย่างเดียว จึงควรพิจารณาการทำรัฐธรรมนูญให้ได้รับการยอมรับทั้งจากพวกกระแสนบนและกระแสด้านล่างที่มีความปรารถนาและความเชื่อที่อาจแตกต่างกัน เมื่อหันมา

<sup>๑๙</sup>Ibid., p. 373.

<sup>๒๐</sup>Ibid., p. 374.

พิจารณากระบวนการทำรัฐธรรมนูญของไทยก็จะเห็นได้ชัดว่าบทบาทการทำรัฐธรรมนูญคงมีเพียงพวกกระแสนที่เป็นชนชั้นนำในสังคมที่คุมอำนาจรัฐเป็นหลักตลอดมา พลเมืองหรือตัวแทนมิได้มีความสำคัญมากนัก

ความเชื่อและความต้องการของสังคมเป็นสิ่งสำคัญที่จะส่งผ่านไปสู่อำนาจรัฐธรรมนูญที่อาจแสดงออกโดยกลุ่มในสังคมและปัจเจกชน ความต้องการและความเชื่อเป็นแรงจูงใจและสมมติฐานในแรงจูงใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องดูกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมที่อาจมีผลถูกบังคับโดยรัฐธรรมนูญ ถ้าเอาสมมติฐานแรงจูงใจเป็นกระจกส่องผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาถูกทำให้เคลื่อนไหวโดยแรงจูงใจที่มาจากผู้อื่นมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ แรงจูงใจและสมมติฐานจะชี้ถึงระหว่างผลประโยชน์ (Interest) ความปรารถนา (Passion) และเหตุผล (Reason) ในกระบวนการทำรัฐธรรมนูญ โดยผลประโยชน์ที่ต้องพิจารณาในการทำรัฐธรรมนูญมี ๓ แบบ คือ<sup>๒๑</sup>

๑. ผลประโยชน์ส่วนบุคคล (Personal interest) ผลประโยชน์ส่วนบุคคลของประชาชนต้องถูกทำให้เป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับปัจจัยที่เป็นต้นทุนของสังคม โดยรูปแบบการออกเสียงคือสิ่งที่ชี้ถึงผลประโยชน์ในเชิงอธิบายสิ่งที่วงชนยอมรับ ๒. ผลประโยชน์ของกลุ่ม (Group interest) เป็นปัจจัยสำคัญในกระบวนการทำรัฐธรรมนูญ เช่น ในสหรัฐอเมริกา คือผลประโยชน์ของมลรัฐจะมีผลต่อรัฐธรรมนูญในเนื้อหาและเชิงกระบวนการ เนื้อหาคือการประนีประนอมผลประโยชน์ของมลรัฐที่ความเชื่อมต่อในทางการเมืองจะซับซ้อนเมื่อกลุ่มต้องการส่งเสริมผลประโยชน์ตนเองที่มีแนวโน้มไม่เข้ากับกลุ่มอื่น พรรคใหญ่ที่ได้เสียงข้างมากต้องไม่ดูเฉพาะประโยชน์กลุ่มแต่ต้องดูผลประโยชน์ทั้งประเทศ เช่นเดียวกับพรรคเล็กที่เลือกแบบสัดส่วน สิ่งนี้คือคุณค่าระบบประชาธิปไตยและระบบผู้แทน ๓. ผลประโยชน์ของสถาบัน (Institutional interest) ผลประโยชน์สถาบันเริ่มเมื่อคนที่มีส่วนร่วมทำรัฐธรรมนูญเริ่มมีบทบาท โดยจะกำหนดในรัฐธรรมนูญในบทบาทสถาบันการเมืองใดมีอำนาจทางการเมืองการปกครอง จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญที่ปรับเปลี่ยนบทบาทฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสำคัญ ผู้ทำรัฐธรรมนูญอาจถูกจูงใจโดยผลประโยชน์สถาบัน ขณะที่ผลประโยชน์กลุ่มแสดงถึงอำนาจโดยกฎหมายเลือกตั้ง แต่ประโยชน์สถาบันแสดงออกโดยกลไกการปกครอง

<sup>๒๑</sup>Ibid., pp. 376-381.

ความปรารถนาต่อรัฐธรรมนูญอาจเป็นความรู้สึกที่อาจเกิดฉับพลันหรือถาวรที่เป็นแรงจูงใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะต้องก้าวข้ามกรอบความรู้สึกแบบชั่วขณะไปสู่ความรู้สึกถาวรให้ได้ รัฐธรรมนูญควรปกป้องจริยธรรมหรือศาสนาของคนกลุ่มน้อยจากอคติต่างๆ รัฐธรรมนูญต้องคุ้มครองวัฒนธรรม อันตรายของกระบวนการทางการเมืองและบทบัญญัติสิทธิคือเครื่องมือที่ใช้ในการปกป้อง ความรู้สึกมีบทบาทต่อกระบวนการทำรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะความชอบของตนเอง (Self-love) เพราะศีลธรรมอาจมาจากอำนาจอารมณ์มนุษย์ โดยเฉพาะการเชื่อในตนเองของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ<sup>๒๒</sup> เหตุผลของรัฐธรรมนูญต้องมุ่งไปที่ความดีงามสาธารณะหรือสิทธิปัจเจกชน (Public good or individual rights) สิ่งเหล่านี้ควรเป็นแรงจูงใจ แม้ประโยชน์บุคคลอาจมาจากประโยชน์กลุ่มและพลเมืองต้องการเป็นพลเมืองในรัฐสมัยใหม่มากกว่าอยู่ในรัฐแบบเก่าเป็นแรงผลักดันสำคัญ

ในกระบวนการหลอมแปลงปัจจัยต่างๆ ไปสู่รัฐธรรมนูญ การนำความเชื่อในความต้องการของสังคมที่ต้องเชื่อมโยงปัจจัยอื่นๆ นำไปสู่การหลอมแปลงรูป (Transformation) โดยเลือกสิ่งที่ต้องการออกมาจนเป็นรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจมาจากรูปแบบการคัดเลือกเพื่อจัดการรัฐธรรมนูญให้ต่างกันออกไป กระบวนการคัดเลือกต้องถูกเลือกโดยผู้แทนพลเมือง เช่น ในฝรั่งเศสยุคปี ค.ศ. ๑๗๘๙ ผู้แทนเลือกโดยฐานันดรและออกเสียงโดยแต่ละคน การตัดสินใจใช้เสียงข้างมากของผู้แทน บางครั้งอาจใกล้เคียงฉันทามติ (Consensus) ทางการเมือง แต่ปัญหาการเลือกในสิ่งที่ชอบของผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจก่อปัญหาสองประการ คือ<sup>๒๓</sup>

๑. การแปลงรูปสิ่งที่ตนชอบไปสู่การตัดสินใจ (Transformation of preference) ที่อาจไม่ตรงกับที่ประชาชนต้องการหรือที่ประชาชนอาจเปลี่ยนใจได้ในภายหลัง
๒. อาจมีการผิดพลาดเกิดขึ้นที่มีได้แสดงให้เห็นตรงกับความชอบของประชาชน (Misrepresentation of preference) การเปลี่ยนแปลงของทั้งสองแบบนำไปสู่การเปลี่ยนศูนย์กลางการตัดสินใจไปสู่การต่อรองผลประโยชน์ที่จะไปเชื่อมต่อกับกระบวนการรวบรวมทำรัฐธรรมนูญ (Process of aggregation) เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญออกเสียงในประเด็นต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ การต่อรองผลประโยชน์อาจเป็นกลไกของการรวบรวม แต่การต่อรองไม่ได้อยู่บนพื้นฐานระบบการเมือง อาจใช้การออกเสียงเป็นการให้มุมมองในเรื่องนั้นถึงสิ่งที่เห็นว่าสำคัญ และอาจมาจากอำนาจต่างประเทศ หรืออิทธิพลจาก

<sup>๒๒</sup>Ibid., pp. 383-384.

<sup>๒๓</sup>Ibid., p. 388.

ตำรวจ กองทัพ ผู้นำมวลชน นักเลือกตั้งและบางครั้งการทำรัฐธรรมนู้อาจมาจากสิ่งที่อยู่เหนือการเมือง (Extra-political force) ก็ได้ กระบวนการทำรัฐธรรมนู้อในทางการเมืองจึงอาจอธิบายโดยทฤษฎีเกมและทฤษฎีการต่อรอง (Game theory and bargaining theory) กระบวนการทำรัฐธรรมนู้อจึงเป็นสงครามมากกว่ากระบวนการทางรัฐสภาในทฤษฎีรูปแบบ (Formal theory) อาจช่วยแยกให้เห็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องได้แต่ยากจะอธิบายให้สมบูรณ์ได้<sup>๒๔</sup> การทำรัฐธรรมนู้อโดยทั่วไปเป็นการเขียนเพื่ออนาคต แต่ต้องเปิดกว้างและดูเงื่อนไขต่าง ๆ การทำต้องการกระบวนการที่อยู่บนพื้นฐานเหตุผลที่คนทำต้องดูฝ่ายที่ไม่มีผู้แทนในการทำด้วย ต้องดูในแนวราบและผลประโยชน์ด้วย รัฐธรรมนู้อจึงอาจเป็นความต้องการมากกว่าเป็นเหตุผล แต่เหตุผลแวดล้อมกระบวนการทำขึ้นกับการต่อรอง ที่ประชุมร่างรัฐธรรมนู้อจึงไม่ควรคำนึงถึงหรือยึดแต่เมืองหลวงหรือเมืองใหญ่ เพราะอาจถูกกล่าวว่าได้รับอิทธิพลในการทำรัฐธรรมนู้อและบทบาทผู้เชี่ยวชาญควรถูกใช้น้อยที่สุด เพราะการแก้ปัญหาเป็นเรื่องการเมืองมากกว่าเรื่องเทคนิค<sup>๒๕</sup> กระบวนการแปลงความเชื่อและปัจจัยที่กดดันความเชื่อของผู้ร่างรัฐธรรมนู้อข้างต้นดูเหมือนจะเป็นการอธิบายภาพการทำรัฐธรรมนู้อของไทยอย่างชัดเจน

### ๒.๓ รัฐธรรมนู้อนิยมกับการควบคุมการใช้อำนาจในสังคมการเมืองประชาธิปไตย

ปัญหาสำคัญของรัฐธรรมนู้อในระบอบประชาธิปไตยปัญหาหนึ่งคือ รัฐธรรมนู้อถูกพิจารณาในมุมมองทางนิติศาสตร์ว่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนู้อ การบังคับใช้และการตีความจึงอาจใช้มุมมองทางนิติศาสตร์และมีสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนู้อ เช่น ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ให้คำตอบเกี่ยวกับกฎหมายตามการออกแบบในรัฐธรรมนู้อ แต่จะใช้คำตอบสุดท้ายของสังคมหรือไม่อาจเป็นปัญหา ขณะเดียวกันรัฐธรรมนู้อก็ถูกพิจารณาในมุมมองทางรัฐศาสตร์ในการจัดระบบความสัมพันธ์พลเมืองหรือรวบรวมเจตนารมณ์พลเมืองไปสู่บทบาทสถาบันการเมืองโดยเน้นบทบาทฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร แม้จะยึดที่รัฐธรรมนู้อเดียวกันเป็นจุดร่วมหรือจุดตัด แต่ก็ไม่ง่ายที่จะให้คำตอบสุดท้ายในทางประชาธิปไตยเมื่อต้องพิจารณารัฐธรรมนู้อในทางการเมือง แม้จะยึดแนวคิดรัฐธรรมนู้อนิยมเดียวกันก็ตาม

<sup>๒๔</sup>Ibid., p. 393.

<sup>๒๕</sup>Ibid., p. 394.

ในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมักมุ่งไปที่การให้อำนาจและการจำกัดอำนาจของสถาบันการเมืองโดยใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ แต่อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ แม้บทบาทรัฐธรรมนูญนิยมมีหลายอย่าง เช่น การให้อำนาจ การจำกัดอำนาจ การให้สิทธิ การควบคุมสิทธิ ปัญหาความชัดเจนของรัฐธรรมนูญหรือความหมายที่พลเมืองเข้าใจและตกลงกัน จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ทำให้ปัจจุบันรัฐธรรมนูญทั่วโลกเน้นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ เพื่อให้สังคมพลเมือง สถาบันการเมืองเห็นขอบเขตอำนาจและการใช้อำนาจของตนชัดเจนในสังคมการเมือง ไม่เช่นนั้นจะไม่ยุติธรรม ดังกลาส กินส์เบิร์กเห็นว่าเนื้อหาที่แต่ละสถาบันการเมืองอ้างความชอบธรรมที่ไม่ปรากฏโดยตรงในรัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่รัฐธรรมนูญแต่เป็นแค่เนื้อหาในทางปฏิบัติ (Practice matter) ที่อาจเป็นคำแนะนำอย่างมีเหตุผลต่อคดีในอนาคต แต่ไม่ใช่รัฐธรรมนูญโดยตัวเอง<sup>๒๖</sup> และสิ่งนี้อาจมีปัญหาคือความเข้าใจในการควบคุมอำนาจได้ การพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญคืออะไรต้องดูที่ความหมาย ดูโครงสร้างที่เป็นธรรมชาติจริง โดยยกตัวอย่างในความหมายแนวนี้อาจดูไปที่คำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาเพื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญที่แท้จริงของสังคม ปัญหานี้ทำให้การเริ่มต้นสังคมการเมืองใหม่โดยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งสำคัญ เพราะรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสะดวกในการสื่อสารเมื่อข้ามกาลเวลา ถ้าจะยึดเพียงคำพูดบุคคลอาจผิดพลาดได้ ความถูกต้องเป็นสิ่งสำคัญที่ประชาชนจะจดจำได้โดยการเขียนไว้และลดอันตรายจากการหลงลืมและการปกปิดให้น้อยที่สุด แม้จะถูกจำกัดความหมายที่ขึ้นกับผู้ชนะเป็นผู้เขียนรัฐธรรมนูญก็ตาม<sup>๒๗</sup> ถ้ายึดเพียงคำพูดอาจมีปัญหาสื่อสารในสังคมเมื่อข้ามกาลเวลาไป เพราะความชอบของผู้คนในข้อตกลงอาจเปลี่ยนแปลงตามสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนไป จึงไม่ยุติธรรมและไม่มีประสิทธิภาพที่จะต้องมาต่อรองผลประโยชน์กันใหม่เพื่อให้ได้ข้อสรุปในสังคม

ในแนวคิดรัฐธรรมนูญปัจจุบันภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยปวงชน (Popular sovereignty) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) มักจะกำหนดขอบเขตอำนาจสถาบันการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญ นำไปสู่การอ้างเป็นเครื่องมือจำกัดการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ถึงกระนั้นก็ดียังมีปัญหาถกเถียงในการใช้อำนาจที่ทางตะวันตกมักกล่าวถึงการอดกลั้น (Constraint) การใช้อำนาจหรือความสำรวม (Restrain)

<sup>๒๖</sup>Douglas H. Ginsburg, (2003), "On constitutionalism," *2002-2003 Cato Supreme Court review*, 7: 7-15.

<sup>๒๗</sup>Ibid., p. 8.

ในการใช้อำนาจ มุมมองในการควบคุมอำนาจโดยใช้รัฐธรรมนูญภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม อาจต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าหมายถึงสิ่งใดกันแน่ ถ้าการปกครองในแนวคิดนี้รัฐธรรมนูญนิยม คือการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) ที่รัฐธรรมนูญไม่ใช่เพียงแบบแผนทางทฤษฎี (Normative theory) แต่ยังเป็นรูปแบบและกระบวนการของการบริหารจัดการ (Form and procedures of governance) การควบคุมจำกัดคือทำให้อดกลั้นต่อการใช้อำนาจรัฐ ด้วยสมมติฐานที่ว่าอำนาจรัฐต้องถูกทำให้สำรวมหรือจำกัด อันเป็นแนวคิดของรัฐธรรมนูญนิยม ความคิดนี้มีศูนย์กลางที่กลัวว่าจะนำไปสู่การใช้อำนาจผิด แต่แนวคิดในการควบคุมการใช้อำนาจ ก็จำเป็นที่ทุกฝ่ายในสังคมจะต้องมีมุมมองตรงกันเสียก่อนว่าหมายถึงสิ่งใด แม้มีเป้าหมาย ปลายทางเดียวกันก็ตาม

ในมุมมองความอดกลั้นต่อการใช้อำนาจสถาบันการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญนิยม มีมุมมองต่างกัน แม้ว่าเป็นหลักการควบคุม (Doctrine of control) อำนาจรัฐเช่นเดียวกัน โดยเวลดรอนแยกความแตกต่างเป็น ๓ แบบ คือ<sup>๒๔</sup> ๑. การจำกัดการปกครอง (Limited government) ๒. การสำรวมในการปกครอง (Retrained government) ๓. การควบคุมการปกครอง (Controlled government) เพราะมีความหมายไม่เหมือนกัน หมายถึงสิ่งที่แตกต่างกันและแตกต่างกันในทฤษฎีการเมืองด้วย เวลดรอนเห็นว่าการควบคุมอำนาจไม่ใช่สิ่งที่ตรงกันข้าม กับความอดกลั้นการใช้อำนาจ โดยเปรียบเทียบเหมือนการควบคุมพาหนะคือไม่ให้ไปในที่ที่ไม่ต้องการเท่านั้นแต่ที่อื่นไปได้ และเมื่อเทียบในระบบการเมืองการปกครอง การควบคุมอำนาจนั้น ต้องถูกควบคุมโดยประชาชน ไม่ใช่ควบคุมโดยสิ่งนี้นักรัฐธรรมนูญคิดอยู่ในใจ ส่วนการทำ ให้สำรวมในการใช้อำนาจนั้นต้องป้องกันการปกครองให้ไปในทิศทางที่แน่นอน เพื่อให้เล็ง และห้ามในสิ่งมิให้กระทำ เช่น ที่รัฐธรรมนูญกำหนดรูปแบบของสิทธิพลเมืองที่ฝ่ายปกครอง จะต้องไม่ละเมิดและแทรกแซง ส่วนการจำกัดการปกครองนั้นมีความหมายในเชิงอุดมการณ์ด้วย ที่ไม่เพียงให้เล็งการใช้อำนาจในทางที่ผิด แต่ยังเป็นเรื่องแรงบันดาลใจในการปกครอง โดยเฉพาะการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ต้องไม่ให้ขาดความชอบธรรม (Illegitimate) เพราะมุ่งให้ประชาธิปไตยส่งเสริมพลเมือง อาจใช้รัฐธรรมนูญนิยมต่อสู้การแทรกแซงของรัฐ ดังนั้น การพิจารณาความอดกลั้นในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของสถาบันการเมืองตามแนวคิด

<sup>๒๔</sup>Jeremy Waldron, "Constitutionalism: A Skeptical View," NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1722771> (Last visited 1 May 2019): 15-17.



รัฐธรรมนูญนิยมจึงต้องพิจารณาให้เหมาะสมและอธิบายได้ในหลักการ เพื่อให้มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงทฤษฎีและทางปฏิบัติทั้งทางกฎหมายและการเมือง

เมื่อมาพิจารณามุมมองการปกครองโดยกฎหมาย (Rule of law) ภายใต้ความอดกลั้นต่อการใช้อำนาจของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่สังคมควรเห็นพ้องกัน เพื่อมิให้เกิดปัญหาเมื่อใช้รัฐธรรมนูญต่อสถาบันการเมือง เพราะรัฐธรรมนูญนิยมเรียกร้องให้การเมืองมีความเป็นกลาง (Political neutrality) ที่แต่ละฝ่ายมีอุดมการณ์การเมืองไม่เหมือนกันเพราะอาจมีการใช้เพื่อประโยชน์สถาบันการเมืองตนแทนที่จะใช้เพื่อให้อำนาจฝ่ายการเมืองอาจต้องเดินสายกลางร่วมกับจารีตของรัฐธรรมนูญคือการปกครองโดยกฎหมายที่เป็นการควบคุมโดยกฎหมายในการปกครอง แต่คนทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการจำกัดอำนาจที่ไม่ใช่การปกครองโดยกฎหมายแต่เป็นการควบคุมการตัดสินใจ การปกครองโดยกฎหมายจะรักษาการกระทำว่าอะไรคือสิ่งที่ฝ่ายปกครองควรกระทำ การปกครองโดยกฎหมายเป็นการควบคุมเชิงกฎหมายของการปกครอง (Rule of law is about legal control of government) หมายถึงการปกครองตกอยู่ภายใต้การจำกัด (Limited government) ที่ไม่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองเสนอวาระอะไรที่จะต่างออกไปจากอุดมการณ์สังคม เมื่อดูการควบคุมการปกครองกับการจำกัดการปกครอง เวลตรอนเห็นว่าการพิจารณาความเหมาะสมในการใช้อำนาจรัฐในรัฐธรรมนูญที่จะปรับการใช้อำนาจของรัฐในทางแบบแผนต้องดู ๓ อย่างร่วมกัน คือ<sup>๒๙</sup> การกระทำที่ถูกระงับให้กระทำ (Prohibited) การกระทำที่อนุญาตให้กระทำ (Permitted) และการกระทำที่สังคมต้องการ (Required) ให้กระทำ ต้องพิจารณาทั้งสามคุณค่าร่วมกัน มิใช่เพียงบางคุณค่า ถ้ารัฐธรรมนูญยืนยันว่ารัฐบาลทำได้เป็นความต้องการให้ทำแต่รัฐบาลต้องมีส่วนร่วมในสิ่งที่ถูกห้าม อำนาจรัฐธรรมนูญจะต้องยืนยันในสิ่งที่สังคมต้องการได้ แต่อาจเป็นปัญหาที่มนุษย์บนโลกเดียวกันมองต่างกันได้ว่ารัฐธรรมนูญต้องการอะไร แม้มองรัฐธรรมนูญเดียวกันก็ตาม คำว่าการปกครองโดยกฎหมายในแต่ละสังคมจึงควรต้องอธิบายให้ชัดว่าคืออะไร

ในปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญนิยมต่อกระบวนการประชาธิปไตยเมื่อวิถีชีวิตจริงของสังคมมนุษย์ที่มนุษย์เป็นผู้กำหนดการก้าวเดินในทางประวัติศาสตร์เองมิใช่กฎหมาย การสร้างแนวคิดประชาธิปไตยขึ้นในสังคมมนุษย์ให้มนุษย์เป็นผู้กำหนดในชะตาตนเอง แต่แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอ้างการปกครองโดยกฎหมายกลับควบคุมในสิ่งที่มนุษย์อาจกำหนดหลักการ

<sup>๒๙</sup>Ibid., p. 18.

รัฐธรรมนูญ จึงเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยในการกำหนดชะตาตนเองของพลเมือง<sup>๓๐</sup> รัฐธรรมนูญนิยมกับชีวิตการเมืองประชาธิปไตยจึงอาจต้องหาจุดตัดที่สอดคล้องกันให้ได้ ในแต่ละสังคม ที่ฮาเบอร์มาสเสนอการเชื่อมต่อกว่าแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายกับ กระบวนการทางการเมืองจะต้องประกอบด้วย ๒ ส่วนสำคัญ คือ<sup>๓๑</sup> ๑. แนวคิดสิทธิมนุษยชน (Human rights) ที่ต้องไปด้วยกัน ๒. แนวคิดอำนาจอธิปไตยปวงชน (Popular sovereignty) ที่อ้างเป็นที่มาของความชอบธรรมที่อธิบายความสัมพันธ์ของสองหลักการคือ หลักการ ประชาธิปไตยกับหลักการรัฐธรรมนูญนิยมได้ เพราะแต่ละฝ่ายมีมุมมองที่ต่างกัน ฝ่ายเสรีนิยม เน้นการกำหนดชะตาตนเองของพลเมืองทางประชาธิปไตย (Democratic self-determination) โดยใช้กฎหมายเป็นสื่อกลางสร้างเพื่อยืนยันเสรีภาพนี้ เน้นเสรีภาพปัจเจกชน (Individual liberties) ในขณะที่ฝ่ายสาธารณรัฐนิยมเห็นว่าการกำหนดชะตาตนเองอาจไม่ใช่กระบวนการทางประชาธิปไตย มุ่งไปที่ควบคุมโดยกฎหมาย แต่กฎหมายต้องไม่จำกัดเจตนารมณ์ปวงชน เพราะกฎหมาย มีผลกระทบต่อการแบ่งปันชีวิตทางการเมือง เน้นสิทธิพลเมืองทางประชาธิปไตยในการมีส่วนร่วม (Rights of democratic citizens to political participation) แต่กลับไม่ใช่การมีส่วนร่วมภายใต้ กระบวนการทางประชาธิปไตยเป็นภายใต้การตัดสินใจของฝ่ายตุลาการจะถือเป็นการมีส่วนร่วม ของปวงชนได้หรือไม่ การใช้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมจึงต้องหาจุดตัดร่วมที่สังคมทุกฝ่าย ยอมรับ อาจไม่ใช่เรื่องง่ายที่ต้องเชื่อมอำนาจอธิปไตยปวงชนในประชาธิปไตยกับรัฐธรรมนูญ ที่ควบคุมอำนาจ เหมือนกับที่ถกเถียงว่าประชาธิปไตยนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายหรือ การปกครองโดยกฎหมายนำไปสู่ประชาธิปไตยของสองฝ่าย

ฮาเบอร์มาสสรุปปัญหาการเชื่อมโยงประชาธิปไตยกับรัฐธรรมนูญหรือ ประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญกับการปกครองโดยกฎหมาย แม้แต่สองฝ่ายเห็นตรงกันในหลักการ ทางการเมือง แต่การให้น้ำหนักที่ต่างกันนำไปสู่การให้น้ำหนักการควบคุมอำนาจจาก รัฐธรรมนูญที่ต่างกันไว้<sup>๓๒</sup> ฝ่ายเสรีนิยมประชาธิปไตยนั้นเห็นว่าการปกครองตนเองคือแนวคิด การนิติบัญญัติด้วยตนเอง (Idea of self-legislation) กระบวนการนิติบัญญัติทางประชาธิปไตย ต้องการรูปแบบเฉพาะยึดกับรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยที่เป็นแหล่งให้ความชอบธรรม ลัทธิ

<sup>๓๐</sup>Jürgen Habermas, (2001), “Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principle?,” *Political theory*, 29(6): 766.

<sup>๓๑</sup>Ibid.

<sup>๓๒</sup>Ibid., p. 771.

ในรัฐธรรมนูญนิยมจะต้องทำให้ประชาธิปไตยเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ไม่ใช่ทำให้ประชาธิปไตยล้มเหลว ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นธรรมชาติของประชาธิปไตย ในขณะที่ฝ่ายสาธารณรัฐนิยมไม่ผูกรัฐธรรมนูญกับอำนาจอธิปไตยของปวงชน โดยเห็นว่ากระบวนการความเห็นและเจตนารมณ์ของประชาชนที่เป็นกรกำหนดชะตาตนเองทางประชาธิปไตยต้องไม่ถูกบังคับด้วยตนเองในจริยธรรมทางการเมือง การปกครองโดยกฎหมายต้องไม่ถูกทำลายด้วยการเมือง ต้องดูแลผลิตคุณธรรมของประชาธิปไตยเพราะเป็นรากฐานของแรงจูงใจและทัศนคติของปวงชน หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงต้องถูกใช้เป็นเครื่องมือต่อต้านทรราชเสียงข้างมากเชื่อมกับการจำกัดตนเองของความเห็นและเจตนารมณ์ประชาธิปไตยให้ต่างไปจากฉันทามติ (Consensus) ประชาธิปไตยได้

ฮาเบอร์มาสเสนอทางออกของสองฝ่ายที่ต้องเชื่อมต่อโดยใช้แนวคิดสิทธิมนุษยชนกับหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชนมาอธิบายรูปแบบประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญ โดยการต้องทำให้ประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนเป็นสถาบันทางกฎหมาย (Legal institutionalization) การทำให้ประชาธิปไตยเป็นสถาบันทางกฎหมายที่นอกจากการพิจารณาที่สิทธิพลเมืองเป็นหมุดยึดที่ตรงกันของทุกฝ่าย แม้ยังแตกต่างในเชิงกระบวนการไปสู่สิทธิที่ฝ่ายเสรีนิยมเน้นกระบวนการทางการเมืองคือ กระบวนการทางประชาธิปไตยเพื่อไปสู่สิทธิพลเมือง โดยให้ความชอบธรรมกับความชอบธรรมของประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional democracy) มากกว่า โดยเน้นหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน (Principle of popular sovereignty) ที่เห็นว่าประชาชนต้องอยู่เหนือรัฐ การกระทำของรัฐจะชอบธรรมต้องอยู่ภายใต้บริบทประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญเท่าที่เป็นไปได้ เสมือนประชาชนกระทำด้วยตนเองที่แต่ละคนเป็นเจ้าของตัดสินใจว่าจะใช้สิทธิตนอย่างไรเพื่อประโยชน์ตน โดยจะต้องรักษาความเป็นเจ้าของประชาธิปไตยและอำนาจตัดสินใจต้องเป็นของประชาชนและผู้แทนที่ประชาชนเลือก จึงจะสามารถเรียกสิทธิว่าเป็นเหตุผลของประชาธิปไตยได้<sup>๓๓</sup> เป็นสิ่งที่ไม่ดีถ้าลิมวิธีการตัดสินใจของเจ้าของสิทธิที่ประชาธิปไตยสมัยใหม่มักใช้โดยตรง จะต้องไม่ลืมนึกว่าประชาชนอาจไม่ได้กระทำด้วยตนเองจริงในการตัดสินใจในฐานะเจ้าของสิทธิ แต่ฝ่ายที่ชอบธรรมที่จะตัดสินใจต้องเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่ทั้งหมดมาจากการเลือกตั้ง แม้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจไม่ได้กระทำโดยเหตุผลที่ถูกต้องเสมอไปก็ตาม เพราะฝ่ายนิติบัญญัติคือผู้ที่ประชาชนเลือกให้เป็นผู้แทนตัดสินใจบนพื้นฐานประโยชน์ของประชาชนในความชอบในคุณค่าของประชาชนเอง

<sup>๓๓</sup>W. J. Waluchow, (2013), "Constitutional rights and democracy: A reply to professor Bellamy," *German law journal*, 14(8): 1048.

การทำให้สิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันทางกฎหมายภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมจะสอดคล้องกับประชาธิปไตยในเรื่องการปกครองตนเอง โดยต้องพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานแบบเป็นองค์รวม (Basic rights as a whole) ไม่ใช่เฉพาะแต่สิทธิทางการเมืองเท่านั้น<sup>๓๔</sup> ภายใต้แนวคิดสัญญาประชาคมที่ไปสู่หลักการอำนาจอธิปไตยของชน ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาประชาคมต้องมี ๓ เงื่อนไขสำคัญ คือ ความเป็นหนึ่งเดียวเพื่อแก้ปัญหาการออกกฎหมายในอนาคต ความพร้อมและความสามารถใช้เหตุผลในวาทกรรมนั้นได้ กระบวนการทำรัฐธรรมนูญต้องถูกเชื่อมกับกระบวนการข้างต้น รัฐธรรมนูญนั้นจึงจะมีความชอบธรรมในประชาธิปไตยโดยการใช้อิทธิทางการเมืองในการสร้างรัฐธรรมนูญ สิทธิที่จะสร้างรัฐธรรมนูญต้องมีองค์ประกอบสำคัญคือ<sup>๓๕</sup> สิทธิต้องมาจากเสรีภาพที่เป็นไปได้ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดที่เป็นไปได้ของปัจเจกชนแต่ละคน การใช้อิทธิต้องเป็นผลจากการตัดสินใจด้วยตนเองในสถานะที่เป็นสมาชิกสังคมที่สมัครใจเข้าร่วมทางกฎหมาย สิทธิเช่นนั้นได้รับการปกป้องอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายและสิทธินั้นต้องมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกันในการมีส่วนร่วมในการทำกฎหมายในทางการเมือง รัฐธรรมนูญนั้นจึงจะได้รับความชอบธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยไปสู่การปกครองโดยกฎหมายที่สอดคล้องกับการนิติบัญญัติด้วยตนเองในทางการเมือง โดยเฉพาะความดีงามที่ต้องมาจากความยินยอมที่เป็นความชอบธรรมและเหตุผลในความรับผิดชอบอย่างเท่าเทียมกันของพลเมือง จึงจะเป็นศีลธรรมของการนิติบัญญัติด้วยตนเอง อันเป็นแนวคิดเรื่องความยุติธรรมทางประชาธิปไตย<sup>๓๖</sup>

การจำกัดอำนาจจากประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญในทางปฏิบัตินั้น ระบอบการปกครองในสังคมมักถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเสมอ โดยอาจจะระบุไว้โดยตรงหรือทางอ้อม อาจเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือระบอบสาธารณรัฐหรือแนวคิดอื่น เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตย แต่สิ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอาจไม่ใช่ความเป็นจริงในสังคมหรือไม่ใช่เป็นสิ่งเดียวกัน ในเชิงประจักษ์จึงไม่ต้องประหลาดใจที่ประเทศโลกที่สามลอกเลียนรัฐธรรมนูญของประเทศแม่แบบที่พัฒนาก้าวหน้ามาใช้ แต่ผลที่ออกมาบางครั้งก็ตรงกันข้ามแม้ยึดหลักการทางรัฐธรรมนูญเหมือนกันก็ตาม รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในความเป็นจริง

<sup>๓๔</sup>Jürgen Habermas, (2001), "Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principle?," *Political theory*, 29(6): 776.

<sup>๓๕</sup>Ibid., p. 777.

<sup>๓๖</sup>Ibid., p. 779.

จึงอาจขึ้นกับสภาพการเมืองเป็นสำคัญที่สังคมการเมืองควรมีความคิดเห็นในหลักการทางการเมืองที่สอดคล้องกันเสียก่อนเป็นลำดับแรกในสังคมนั้น โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่จะแสดงหลักการทางการเมืองไว้ รัฐธรรมนูญคือการมอบอำนาจโดยก่อตั้งสถาบันที่ให้ประชาชนได้ร่วมและประสานกัน (Corporate and coordinate) ที่เรียกรัฐธรรมนูญนิยมเชิงรุก (Positive constitutionalism) ที่ต้องการสถาบันที่เป็นผู้แทนไปถกเถียงกระทำในนามเราทั้งหมดคือกฎหมาย<sup>๓๗</sup> รัฐธรรมนูญทำให้สถาบันเหล่านั้นเกิดอำนาจหรือสำรวจอำนาจ รัฐธรรมนูญคือความจำเป็นที่จะยืนยันหนทางในการก่อตั้งอำนาจรัฐ แต่รัฐธรรมนูญนิยมเป็นมากกว่านั้น ถ้ารัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจ (Limited power) ในเรื่องก่อตั้งอำนาจศูนย์กลาง รัฐธรรมนูญวางกระบวนการปฏิบัติการเป็นกระบวนการเชิงรูปแบบว่าให้ทำอย่างไร การเมืองจึงจะถูกทำให้เคลื่อนไปอย่างสุขุมจากขั้นสู่ขั้น โดยกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง สิ่งนี้ไม่ใช่เรื่องอดกลั้นการใช้อำนาจ แต่คือสิ่งที่รัฐธรรมนูญทำคล้ายกันขอบเขตการไหลให้ไปในทิศที่ต้องการให้เป็นไปและกันอันตรายจากการเมืองบนถนน จึงเป็นการจำกัดการปกครอง มิใช่ควบคุมอำนาจหรือทำให้การใช้อำนาจต้องสำรวจ<sup>๓๘</sup> ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่กล่าวไม่หมด ที่ชอบกล่าวกันในระบอบประชาธิปไตยที่ว่าจะต้องป้องกันทรราชเสียข้างมาก (Tyranny of majority) ชักนำไปสู่ความเข้าใจผิดของสังคมให้เข้าใจว่าทรราชเป็นไปได้แต่ฝ่ายเสียข้างมากเท่านั้น แต่ในเรื่องประชาธิปไตยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นเหมือนอุดมการณ์ทางประชาธิปไตยแต่กระบวนการทางประชาธิปไตยจะชี้ให้เห็นความแตกต่างในการไปถึง ชี้ให้เห็นสิ่งตรงกันข้ามอย่างสำคัญระหว่างอำนาจทางรัฐธรรมนูญในสังคมประชาธิปไตยกับสังคมที่ไม่ใช่ประชาธิปไตยที่ชี้ทางอ้อมถึงการอ้างความชอบธรรมจากรัฐธรรมนูญนิยมด้วย ในการปกครองที่ไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตยแม้ใช้รัฐธรรมนูญเพื่อสร้างรูปแบบของอำนาจตามที่ต้องการ แต่อำนาจถูกสร้างให้เกิดเหนือการให้จากสังคม รัฐธรรมนูญในประชาธิปไตยจึงตรงกันข้ามเป็นเรื่องการมอบอำนาจให้ผู้ซึ่งอาจถูกทำให้มีอำนาจลดลงโดยประชาชนทั่วไปได้ นี่คือการความสำเร็จของรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย เพื่อยืนยันว่าพลเมืองเป็นผู้มีอำนาจทางการเมืองที่ยิ่งใหญ่ที่สุด<sup>๓๙</sup> โดยต้องรักษาให้มีอำนาจทางการเมืองที่เท่าเทียมกัน (Equal political power) ไว้

<sup>๓๗</sup> Jeremy Waldron, "Constitutionalism: A Skeptical View," NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1722771> (Last visited 1 May 2019): 20.

<sup>๓๘</sup> Ibid., p. 23.

<sup>๓๙</sup> Ibid., p. 24.

เพื่อช่วยยืนยันความเท่าเทียมกันทางการเมืองในประชาธิปไตยให้เป็นเรื่องของทุกสมาชิกในสังคมอย่างแท้จริง จึงจะทำให้รัฐธรรมนูญเหมือนเป็นข้อสรุปในคุณค่าประชาธิปไตย หลักการเท่าเทียมกันทางการเมืองจึงเป็นเรื่องสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประชาธิปไตย<sup>๕๐</sup> การอ้างเพียงการจำกัดอำนาจตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมประการเดียวยังไม่มีความชอบธรรมเพียงพอ จำเป็นต้องพิจารณาฐานที่มาของการจำกัดจากรัฐธรรมนูญให้เชื่อมโยงไปสู่ประชาชนให้ได้

รูปแบบการจำกัดอำนาจของรัฐธรรมนูญนิยมในแต่ละสังคมอาจต่างกัน ถ้าวรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องความอดกลั้นการใช้อำนาจ แต่หน้าที่รัฐธรรมนูญคือการจำกัดและทำให้สำรวมในการใช้อำนาจ มิใช่เฉพาะในการปกครองเท่านั้นแต่ยังหมายถึงสำรวมในสิ่งที่เราต้องการทำด้วยที่ต้องถูกห้ามและทำให้สำรวมโดยกฎหมาย ในความคิดอุดมการณ์นักรัฐธรรมนูญนิยมเรื่องสำรวมอำนาจเป็นเหมือนเรื่องศีลธรรมในการจำกัดการปกครองว่าอะไรคือสิ่งที่รัฐธรรมนูญสนับสนุนให้ทำ ถ้าแยกโดยรัฐธรรมนูญนิยมโดยใช้เรื่องรูปแบบสำรวมอาจแยกเป็น ๔ รูปแบบ คือ<sup>๕๑</sup>

๑. รูปแบบในแนวนักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalist model) ที่ให้สำรวมอำนาจเฉพาะเรื่องอำนาจทางปกครองเป็นหลัก ถือเป็นหน้าที่ของรัฐธรรมนูญ เช่น ประชาธิปไตยแบบเวสมินนิสเตอร์ของอังกฤษ

๒. รูปแบบทางนิติบัญญัติ (Legislative model) มุ่งไปที่จำกัดการปกครองของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นสำคัญ เช่น สหรัฐอเมริกา และนิวซีแลนด์

๓. รูปแบบคอมมอนลอว์ (Common law model) ที่เกิดร่วมกับประชาธิปไตยแบบเวสมินนิสเตอร์ คือ การทำให้สำรวมโดยระบบคอมมอนลอว์โดยฝ่ายตุลาการร่วมกับความชอบด้วยกฎหมายและความยุติธรรมตามธรรมชาติทั่วไป โดยใช้เครื่องมือที่เรียกว่าการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติธรรม (Rule of law) ที่เห็นว่าเป็นหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญเหมือนสิทธิในเสรีภาพของบุคคล

๔. รูปแบบสิทธิมนุษยชน (Human rights model) ที่ให้สำรวมเฉพาะเจาะจงในการกระทำของรัฐโดยกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่เชื่อมโยงกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในรัฐด้วย โดยหลักการนี้เรื่องสิทธิมนุษยชน (Human rights) เป็นมากกว่าสิทธิของประชาชนแต่ละคน (Particular people)

<sup>๕๐</sup>Ibid., p. 26.

<sup>๕๑</sup>Ibid., p. 32-36.

แต่การจำกัดอำนาจโดยรัฐธรรมนูญที่แท้จริงอาจต้องพิจารณาผลทางปฏิบัติ มิใช่จากรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียว แม้ในมิติระดับกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดูเหมือนสามารถจำกัดได้จริงที่ต่อการสนับสนุนให้ปฏิบัติให้เป็นจริง แม้การปรับใช้รัฐธรรมนูญให้เหมาะสมต้องดูกฎหมายระหว่างประเทศด้วยก็ตาม แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายภายในของแต่ละชาติอาจดำเนินการภายใต้กระบวนการของตนได้ ข้อสรุประดับโลกในเรื่องสิทธิมนุษยชนก็อาจถูกทำให้ลดลงด้วยรูปแบบแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมก็ได้ ดูตัวอย่างทางปฏิบัติได้จากประเทศเพื่อนบ้านไทย เช่น เมียนมาร์ นักรัฐธรรมนูญนิยมยังต้องยอมรับว่ารัฐธรรมนูญแต่ละประเทศเป็นผลผลิตการกำหนดชะตาตนเองของแต่ละชาติ (National self-determination) ที่แต่ละประเทศจะมีรัฐธรรมนูญของตน แต่ไม่มีใครปฏิเสธเรื่องการลอกเลียนรัฐธรรมนูญแม่แบบ แม้ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ยังเลียนแบบ แต่การลอกเลียนนั้นต้องเข้าใจแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมของแต่ละประเทศที่อาจต่างกันในทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้และหลักการพื้นฐานที่อาจเรียนรู้จากประเทศอื่น เพื่อปรับใช้ในหลักการกำหนดชะตาตนเองของแต่ละประเทศ

ทฤษเณทเสนอการเชื่อมรัฐธรรมนูญนิยมกับการเมืองว่า ปัญหาการจำกัดอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญนิยมที่อ้างฐานรัฐธรรมนูญต้องให้สอดคล้องกับการเมืองประชาธิปไตย โดยการทำให้รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายทางการเมืองนั้น รัฐธรรมนูญต้องถูกทำให้อยู่ในฐานะรัฐธรรมนูญการเมืองเป็นเครื่องมือกำหนดกระบวนการประชาธิปไตย เป็นการกำหนดชะตาตนเองของพลเมืองที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญนิยมปวงชน (Popular constitutionalism) ซึ่งประวัติศาสตร์แต่ละสังคมอาจทำให้รัฐธรรมนูญนิยมปวงชนมีลักษณะแตกต่างกัน แนวคิดนี้เห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นอะไรที่มากกว่าแค่กฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>๔๒</sup> ทุกสถาบันการเมืองไม่ว่าศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตีความรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับประชาธิปไตย แนวคิดนี้มุ่งไปที่การเชื่อมกำเนิดรัฐธรรมนูญจากประชาธิปไตย โดยเห็นว่ามีเหตุผลที่เชื่อว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายในบางส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขข้อพิพาท แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญยังเป็นเนื้อหาสาระของการเมืองด้วย ดูได้จากการเมืองที่มาจากบางส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐธรรมนูญจึงอาจถูกกระทำได้เหมือนทางการเมือง<sup>๔๓</sup> แต่ปัญหา

<sup>๔๒</sup>Mark V. Tushnet, (2006), “Popular constitutionalism as political law,” *Chicago-Kent law review*, 81: 991-1006.

<sup>๔๓</sup>Ibid., p. 992.

เกิดจากความแตกต่างระหว่างมุมมองทางกฎหมายและการเมืองที่การเมืองมองไปข้างหน้า โดยพลเมืองตัดสินใจวันนี้ ทำการตัดสินใจว่าอะไรดีที่สุดสำหรับสังคมที่จะไปข้างหน้าโดยไม่อ้างเหตุผลที่จุดเริ่มต้นหรือในทางปฏิบัติ แต่กฎหมายคือสิ่งที่มองย้อนหลังเสมอ เช่น เจตนารมณ์เดิมหลักบรรทัดฐาน การมองรัฐธรรมนูญเดียวกันจึงเกิดปัญหาที่อาจไม่ตรงกันได้ ทำให้ประชาธิปไตยที่เป็นการกระทำของพลเมืองทางการเมืองบางครั้งกลับถูกตอกยัดไว้โดยการตีความของศาล ทั้งที่การกระทำทางการเมืองทำให้เข้าใจว่าเราคือใคร เราคือประชาชนผู้จะวางหลักด้วยตนเองในประวัติศาสตร์<sup>๔๔</sup> ดังนั้นการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญต้องให้เป็นเหมือนกฎหมายการเมืองด้วยในมุมมองที่ดูไปข้างหน้า จึงจะทำให้รัฐธรรมนูญนิยมกับการเมืองประชาธิปไตยสอดคล้องกัน

การพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายการเมืองจริงนั้น ทูสเนทให้ดูจากประวัติศาสตร์ที่ประชาชนแสดงออกว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายการเมืองโดยการแสดงออกกระตุ้นไปสู่การเคลื่อนไหวทางการเมือง (Mobilizations in politics) แต่รัฐธรรมนูญที่ไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบการเคลื่อนไหวขององค์กรทางการเมืองตามมาตรฐานทั่วไป<sup>๔๕</sup> การเคลื่อนไหวของปวงชนนี้อาจถูกไกล่เกลี่ยถูกทำให้ประนีประนอมโดยสถาบันการเมืองได้ การเคลื่อนไหวเป็นหนึ่งในปฏิกริยามีผลต่อทุกสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญอย่างมีนัย เช่น ประเด็นใครควรเป็นผู้ตีความสุดท้ายในรัฐธรรมนูญ การเคลื่อนไหวเป็นปฏิกริยาแต่มีรูปแบบต่างกันที่เวลาที่ต่างกันออกไป แม้ไม่อาจกำหนดแน่นอนที่จะเชื่อมโยงกันให้กฎหมายรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายการเมือง โดยเห็นว่าแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมของปวงชนจึงอาจดูมิติทางประวัติศาสตร์มากกว่าทางแนวคิด<sup>๔๖</sup>

เมื่อรัฐธรรมนูญในทางประชาธิปไตยเป็นกฎหมายการเมืองที่จะก่อผลลัพธ์ทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายสังคม ไม่ว่าจะอ้างว่ามาจากพลเมืองหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการทำให้เคลื่อนย้ายก็ตาม การเคลื่อนย้ายสังคมก็มีผลย้อนกลับไปสู่รัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายด้วย แต่แสดงออกทางกระบวนการประชาธิปไตยที่ส่งผลต่อทุกสถาบันการเมืองที่มองการเคลื่อนย้ายกับสิ่งที่กำหนดในรัฐธรรมนูญต่างกันได้ โดยเฉพาะในทางรัฐศาสตร์กับนิติศาสตร์ ทูสเนทมองว่า

<sup>๔๔</sup>Ibid., p. 993.

<sup>๔๕</sup>Ibid., p. 994.

<sup>๔๖</sup>Ibid., p. 997.



หลักการทางนิติศาสตร์เหมือนสวิตช์ต้องเปิดเปิดให้ทันและสอดคล้องกับการเคลื่อนไหวทางการเมือง จึงจะทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายการเมืองที่ถูกต้อง โดยเสนอข้อสังเกตห้าประการในรัฐธรรมนูญนิยมปวงชนไปสู่การเป็นกฎหมายการเมืองที่ทุกสถาบันการเมืองจะยอมรับการตีความทางการเมืองของประชาชน มิใช่มุ่งว่าสถาบันการเมืองใดทำหน้าที่ดีหรือไม่ดี โดยมีหลักพิจารณาในปัญหานั้น คือ<sup>๔๗</sup>

๑. ประเด็นในข้อพิพาทของสถาบันการเมืองนั้นเป็นสิ่งที่เกิดนอกเหนือกรอบผู้ร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อที่จะบ่งบอกว่าสถาบันการเมืองนั้นทำหน้าที่สมบูรณ์หรือไม่ มีใช้ว่าสถาบันการเมืองดีหรือเลว

๒. ต้องมีการตรวจสอบรูปแบบการทำหน้าที่ของสถาบันการเมืองนั้น แม้จะเป็นฝ่ายตุลาการก็ตาม เพราะศาลอาจทำไม่ถูกโดยใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้องก็ได้ ทั้งที่ควรจะยึดกฎหมาย หรือล้มเหลวที่ไม่คว่ำกฎหมายที่ควรคว่ำก็ได้

๓. ต้องแยกว่าอะไรคือข้อดีของคุณค่ารัฐธรรมนูญในประเด็นนั้นตรงกับสิ่งที่ศาลอธิบายหรือไม่ การตีความเหมาะสมแล้วหรือไม่หรือว่ายังมีความหมายอื่น รัฐธรรมนูญนิยมปวงชนในทางกฎหมายต้องมองย้อนไปข้างหลังเพื่อแยกว่าอะไรคือสิ่งที่พลเมืองให้ความสำคัญเพื่อนำไปสู่ประเด็นรัฐธรรมนูญคืออะไรที่ต้องตีความอย่างเหมาะสม

๔. เปรียบเทียบสิ่งที่สถาบันการเมืองนั้นทำกับสิ่งที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้จากข้างต้นที่ทุกสถาบันอาจมีช่วงเวลาที่ทำหน้าที่ดีและเลวก็ได้

๕. พัฒนาไปสู่ข้อถกเถียงว่าอะไรคือสิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยต้องจัดช่วงและน้ำหนักนำไปสู่การออกแบบสิ่งที่สังคมต้องกระทำหรือไม่กระทำ สิ่งนี้จึงจะนำไปสู่สาระสำคัญของเนื้อหาสิทธิทางการเมือง (Substantive political rights)

การทำให้รัฐธรรมนูญมีผลยอมรับในทางปฏิบัติทางการเมือง ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของรัฐธรรมนูญนิยมในสังคมการเมืองอยู่ที่การให้คำอธิบายถึงความหมายรัฐธรรมนูญหรือที่นักนิติศาสตร์เรียกว่า นิติวิธี โดยเฉพาะการให้เหตุผลของรัฐธรรมนูญว่าตรงกับเจตนารมณ์ปวงชนในการกำหนดชะตาตนเองผ่านกฎหมายในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ ปัญหาในการหาความหมายของรัฐธรรมนูญนำไปสู่ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ (Constitutional interpretation) ของศาลรัฐธรรมนูญในการให้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional reasoning) จากความชอบด้วย

<sup>๔๗</sup>Ibid., pp. 1002-1005.

กฎหมาย (Legality) ไปสู่ความชอบธรรม (Legitimacy) โดยเฉพาะในมุมมองภายใต้สังคมพหุนิยมที่จารีตรัฐธรรมนูญต้องถูกทำให้เป็นเอกภาพรวมเข้าด้วยกันเป็นหนึ่งเดียวและเป็นแนวคิดเดียวกันของสังคม<sup>๔๘</sup> แม้พหุสังคมต้องการความหลากหลายแต่พหุสังคมทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional pluralism) มุ่งไปที่ปฏิภิกิริยาและการเชื่อมต่อกันระหว่างรูปแบบต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายขัดแย้งในแนวคิดของการเมือง เพราะแนวคิดรัฐธรรมนูญมาจากอำนาจอธิปไตยที่มุ่งไปสู่ประชาชนและหมายถึงประชาชนเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นมา (Pouvoir constituant) ที่ไปสู่แนวคิดการจำกัดอำนาจปกครองและนิติธรรมที่รัฐธรรมนูญต้องให้คำอธิบายในสิ่งเหล่านี้ให้ได้<sup>๔๙</sup> การให้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งสำคัญและต้องอธิบายได้ต่อสาธารณชน ผู้ให้กำนิตการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพราะเหตุผลของรัฐธรรมนูญ (Reasoning) จะเป็นการปรับองค์กรหรือบุคคลในทางสาธารณะในการเลือกการดำเนินกิจกรรมที่แน่นอน ในทางนโยบายหรือการแก้ไขปัญหาของรัฐต้องไม่ใช่มุมมองที่แคบเพียงแค่ว่าเป็นทางปฏิบัติของศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>๕๐</sup> แต่เป็นเรื่องของทุกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยด้วย โดยวิธีการที่นำไปสู่การให้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญมี ๔ วิธี คือ<sup>๕๑</sup>

๑. วิธีวิเคราะห์แนวคิด (Analytical-conceptual approach) ที่มีหลักการอยู่ที่การวิเคราะห์รัฐธรรมนูญว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับได้ (Valid legal rules) นำไปสู่การตีความรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ต้องไปสู่การตีความให้กระจ่างและสร้างสรรค์ (Clarifying and creative interpretation) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไทยใช้วิธีนี้อธิบายกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ

๒. วิธีพิจารณากระบวนการตัดสินใจ (Decision-making approach) เป็นการอธิบายถึงการวางนโยบายของฝ่ายตุลาการ (Judicial policy-making) ที่หน้าที่คือการทำให้เหตุผลแก่ผู้มีหน้าที่วางนโยบายสาธารณะ (Public decision-makers) ในการตัดสินใจ ซึ่งวิธีนี้ยังมีปัญหาการยอมรับในสังคมการเมืองไทย

<sup>๔๘</sup>Konrad Lachmayer, (2013), "Constitutional Reasoning as Legitimacy of Constitutional Comparison," *German Law Journal*, 14(8): 1466.

<sup>๔๙</sup>Ibid., p. 1477.

<sup>๕๐</sup>Arthur Dyevre and András Jakab, (2013), "Foreword: Understanding Constitutional Reasoning," *German Law Journal*, 14(8): 983-984.

<sup>๕๑</sup>Ibid., pp. 986-1010.

๓. วิธีพิจารณาที่การสื่อสารทางการเมือง (Political communication approach) โดยการเปรียบเทียบว่าเหตุผลรัฐธรรมนูญเหมือนดาบและโล่ที่ใช้ทั้งในทางรุกและรับมือปัญหา โดยเฉพาะในสังคมประชาธิปไตยที่นักการเมืองต้องเสนอทางเลือกให้ประชาชนโดยการสื่อสารทางการเมือง เหตุผลของรัฐธรรมนูญจะมีผลต่อองค์กรของรัฐในทางปฏิบัติเป็นเรื่องการเมืองที่จะเลือกฝ่ายที่ส่งต่อไปสู่อำนาจในคุณค่าที่ปวงชนเลือก แล้วศาลจะต้องวางตัวอย่างไรจะเป็นกลางหรือไม่ในการใช้กฎหมายหรือต้องเลือกตอบสนองต่อความต้องการของสังคมก็ขึ้นกับแต่ละสังคมที่จะต้องอธิบายในจุดยืนที่ชอบธรรมให้ได้

๔. วิธีปทัสฐานทั่วไป (Normative approach) ที่เห็นชัดคือประเด็นข้อพิพาทฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องรัฐธรรมนูญการเมือง (Political constitutionalism) ดูเหมือนฝ่ายนิติบัญญัติที่ประชาชนเลือกมาจะเด่นชัดในการให้เหตุผลทางรัฐธรรมนูญ แต่ควรตรวจสอบดุลของเหตุผล โดยเห็นว่าสิทธิปัจเจกชนขึ้นกับสังคมที่คุณค่าของประชาธิปไตยจะให้ความหมาย ที่ดูเหมือนฝ่ายนิติบัญญัติต้องยึดกฎเกณฑ์ปกครอง (Rules) มากกว่าศีลธรรม (Morality) ในสังคมประชาธิปไตยการหาเหตุผลของรัฐธรรมนูญมีหลายมุมมอง การพิจารณาควรดูหลายเหตุผลทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ และที่สำคัญที่สุดต้องอธิบายเพื่อเปิดเผยถึงเหตุผลที่แท้จริงให้พลเมืองผู้ให้กำเนิดอำนาจเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจ

ในอีกมุมมองของฝ่ายรัฐธรรมนูญนิยมแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมองคล้ายกัน สกอตต์เห็นว่าการทำให้รัฐธรรมนูญนิยมของฝ่ายกฎหมายกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมทางการเมืองแยกกันเป็นสิ่งผิด ที่เริ่มต้นอธิบายโดยการแบ่งแยกกฎหมายกับการเมืองไปสู่แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม แม้ว่ามีกลไกเหมือนกันในการใช้รัฐธรรมนูญเพื่อไปจำกัดอำนาจ การแยกรัฐธรรมนูญนิยมในบริบทในเรื่องรัฐธรรมนูญเหมือนเป็นชั้น ๆ ที่ต่างกันรัฐธรรมนูญเดียวกันเป็นสิ่งผิด<sup>๕๒</sup> รัฐธรรมนูญนิยมต้องปรับการแยกสองขั้วนี้เพื่อให้มีความชอบธรรม ให้กลมกลืนสอดคล้องกัน ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองภายในรัฐธรรมนูญที่ต้องการตรวจสอบสามฝ่ายอำนาจและแนวคิดที่ว่ากฎหมายกับการเมืองจำเป็นต้องเชื่อมภายใต้รัฐธรรมนูญประชาธิปไตยต้องการให้กฎหมายเป็นผลลัพธ์ที่ออกมาของกระบวนการทางการเมืองปรากฏการณ์เหล่านี้จะแยกกันไม่ได้ กฎหมายคือการเมืองและการเมืองก็คือกฎหมาย เงื่อนไข

<sup>๕๒</sup>Paul F. Scott, (2013), "(Political) constitutionals and (political) constitutionalism," *German law journal*, 14(12): 2157.

ที่วางให้รัฐธรรมนูญนิยมเป็นจริงได้คือรัฐธรรมนูญนิยมต้องเป็นปรากฏการณ์ ทั้งสองอย่างนี้เกิดขึ้นและนำไปสู่การผสมกันของกฎหมายกับการเมือง เพราะแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเพิ่งเข้ามาอยู่ในทฤษฎีรัฐธรรมนูญเริ่มต้นโดยผูกโยงกับการสร้างรัฐชาติ (Nation-state) ที่เป็นมุมมองแรกในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจมหาชน (Public power) และการกระทำภายใต้รัฐธรรมนูญสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญและการปกครองสร้างปกครองโดยกฎหมายและสิทธิพื้นฐาน รัฐธรรมนูญนิยมจึงกลายมาเป็นเครื่องมือทางรัฐธรรมนูญ (Feature of constitutions) ที่สัมพันธ์ไปสู่การใช้อำนาจอธิปไตย<sup>๕๓</sup> รัฐธรรมนูญนิยมจึงเป็นมุมมองที่มีเหตุผลที่สถาบันปกครองต้องยืนยันการใช้อำนาจอย่างมีเหตุผล ปัญหาคือความไม่ตรงกันที่เป็นเงื่อนไขจำเป็นของรัฐธรรมนูญนิยมกับปรากฏการณ์อำนาจในทางการเมืองที่จำเป็นต้องเชื่อมระหว่างอำนาจมหาชนกับรัฐธรรมนูญนิยมให้ได้

การเชื่อมการใช้อำนาจทางการเมืองกับกฎหมายภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมคือการแปลงรูปไปมาระหว่างเหตุผลทางกฎหมายและเหตุผลทางการเมือง (Legal and political rationality) ที่นักวิชาการส่วนใหญ่ชอบมองแบบแยกส่วน ในขณะที่ส่วนน้อยก็ยังเห็นการเชื่อมโยงที่ไม่ตรงกัน แกนกลางกฎหมายผูกกับกฎ (Rules) ที่เป็นกลางเป็นที่มาหลักความชอบด้วยกฎหมายหรืออาจผูกกับกฎหมายเชิงศีลธรรมที่สูงขึ้นไป (Higher moral principle) ผูกกับแบบแผนสิทธิมนุษยชน (Human rights norm) และผลโดยกฎหมายที่ต้องชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีที่ให้เนื้อหาให้กับรัฐธรรมนูญทางการเมือง (Political constitution) ซึ่งเป็นเรื่องปรากฏการณ์ (Phenomenon) และอาจตรงกันข้ามกับความมีเหตุผลทางการเมือง ภาพของเหตุผลทางการเมืองไม่มีอะไรมากไปกว่าตรรกที่แต่ละคนผูกกับตนเองในการตัดสินใจ แต่เหตุผลทางกฎหมายแสดงให้เห็นภาพได้ง่ายกว่าเหตุผลทางการเมืองและเห็นชัดแจ้งโดยตัวมันเอง<sup>๕๔</sup> แต่ยังไม่เพียงพอให้ตัดสินใจได้ทั้งปัญหาความแตกต่างในเหตุผลทางกฎหมายกับเหตุผลทางการเมืองก็ยังไม่เพียงพอในการตัดสินใจเช่นเดียวกับการอ้างความเป็นสถาบัน ถ้าบริบทอย่างกว้างของสังคมวิทยาการเมืองอยู่ในกำมือศาลที่เพียงแค่อ่านและตอบคำถามในทางกฎหมาย แม้เป็นสถาบันที่เหมาะสมที่จะทำเช่นนั้นแต่ขาดอำนาจที่จะนำมาใช้ได้ (Power of purse) จึงไม่อาจจัดการได้ การเมืองคือสิ่งที่มาเติมเต็มช่องว่างนี้<sup>๕๕</sup> กฎหมายกับการเมืองจะส่งเสริมกันและกันมากกว่าเป็นลำดับขั้นเติมเต็ม

<sup>๕๓</sup>Ibid., pp. 2158-2159.

<sup>๕๔</sup>Ibid., p. 2169.

<sup>๕๕</sup>Ibid., p. 2165.

ความแตกต่างกันในหน้าที่ ไม่ใช่ว่าฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่าเพราะต่างต้องยืนยันในหน้าที่ตน พื้นฐานความไม่เห็นด้วยต้องเปิดกว้างระหว่างศาลทำและฝ่ายการเมืองทำ เหมือนการบรรจุน้ำที่อาจเป็นทางเลือกของความยุติธรรมที่ศาลและฝ่ายอื่นอาจเอามาใช้ภาชนะแทนที่กันในทางแตกต่างกันได้ แต่ปัญหาบางอย่างเป็นวิกฤติของรัฐธรรมนูญนิยมทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญการเมือง การจำกัดทางการเมืองด้วยคุณธรรมโดยธรรมชาติของการเมืองอย่างเดียวอาจอ่อนแอกว่าการจำกัดโดยกฎหมาย แม้มีการควบคุมทางพรรคการเมืองและรัฐสภาเป็นการจำกัดการใช้อำนาจแล้วก็ตาม

สกอตต์เห็นว่ารัฐธรรมนูญนิยมเป็นปรากฏการณ์คู่ (Dualist phenomenon) ทั้งเรื่องใช้อำนาจและจำกัดอำนาจ และเห็นว่ากฎหมายและการเมืองไม่อาจแยกกันเพราะการเมืองทั้งหมดก็คือกฎหมาย ในขณะที่กฎหมายทั้งหมดก็คือการเมืองด้วย การเมืองคือกฎหมายคือมุมมองทางการเมืองของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยที่กระบวนการประชาธิปไตยใช้กฎหมายเป็นตัวกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ จนถึงหลักการปกครองโดยกฎหมายที่มาจากกรณียอมของสภา กฎหมายจึงกลายเป็นกรอบและเป็นเครื่องมือทางการเมืองโดยเฉพาะเพื่อการใช้อำนาจรัฐธรรมนูญทั้งหมดจึงเป็นกฎหมาย (All constitutions are legal) ที่ทั้งสองสภาต้องดูความชอบด้วยกฎหมายด้วยกระบวนการทำกฎหมาย รัฐธรรมนูญและการจำกัดอำนาจสาธารณะจึงไปสู่กระบวนการทางการเมืองโดยถูกทำเป็นกฎหมาย<sup>๕๖</sup> ในขณะที่เดียวกันกฎหมายทั้งหมดก็คือการเมือง กฎหมายโดยตัวมันเองจะแสดงว่าแยกจากการเมืองได้หรือเมื่อแก่นกลางรัฐธรรมนูญนิยมทางกฎหมายใช้สิทธิเป็นหลุมหลบภัยพลเมืองที่ใช้ฝ่ายตุลาการมาต้านอำนาจฝ่ายอื่นมาจำกัดอำนาจทางการเมืองหรือองค์กรทางการเมืองที่เจตนารมณ์ประชาธิปไตย อาจถูกรวบรวมสะสมโดยกลไกประชาธิปไตยและกระบวนการประชาธิปไตยแต่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมาย กฎหมายจึงขวางการเคลื่อนย้ายทางการเมือง เจตนารมณ์ทางการเมืองถูกจำกัดโดยกฎหมาย แต่กฎหมายอาจถูกเปลี่ยนโดยเจตนารมณ์ทางการเมืองได้ด้วยทฤษฎีอำนาจอธิปไตยปวงชน (Popular sovereignty) กฎหมายจึงขึ้นอยู่กับอำนาจทางการเมือง แต่นักรัฐธรรมนูญการเมืองยังเห็นว่าแนวคิดสิทธิทางกฎหมายต้องเป็นกลไกแรกที่ต้องถูกปกป้อง แม้สิทธิทางกฎหมายขึ้นกับกฎหมายแต่อาจถูกเปลี่ยนด้วยกระบวนการทางการเมืองได้<sup>๕๗</sup>

<sup>๕๖</sup>Ibid., pp. 2180-2181.

<sup>๕๗</sup>Ibid., p. 2182.

### ๓. สรุป

การก่อตั้งสังคมการเมืองของมนุษย์เพื่อให้สังคมคงอยู่ได้นั้น ความเห็นพ้องต้องกันของปวงชนในสังคมเป็นสิ่งสำคัญลำดับแรกนำมาสู่ประดิษฐ์กรรมทางสังคมที่เรียกกันว่ารัฐธรรมนูญ ที่นอกจากเป็นเครื่องมือบริหารจัดการอำนาจในสังคมที่ต่อมาเรียกว่ารัฐธรรมนูญนิยมแล้ว รัฐธรรมนูญยังถูกใช้เป็นเป้าหมายอุดมการณ์ของสังคมด้วย แต่ความแตกต่างของแต่ละสังคมมนุษย์นำไปสู่ความแตกต่างในอำนาจของรัฐธรรมนูญ แม้ปัจจุบันรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือที่เป็นสากลแล้วก็ตาม ภาพในประวัติศาสตร์มนุษย์ได้ชี้ให้เห็นภาพการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นระลอกคลื่น รัฐธรรมนูญที่จัดทำก็มีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือเพื่อประโยชน์ของมนุษย์ในสังคมนั้น แม้สังคมอื่นอาจเห็นแตกต่างกันไปก็ตาม ความแตกต่างในแต่ละสังคมส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญแม้มีจุดมุ่งหมายเดียวกันเพื่อประโยชน์แก่มนุษย์ ที่มนุษย์แต่ละคนหรือปัจเจกชนทางการเมืองมีความต้องการที่แตกต่างกันในความต้องการ ความเชื่อ ความปรารถนาของตน ทั้งต้องรวบรวมสิ่งเหล่านี้กลั่นออกมาเป็นสิ่งเดียวกันเป็นรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่เรื่องง่ายที่รัฐธรรมนูญจะเป็นที่พอใจแก่ทุกปัจเจกชนที่แก่งแย่งเพื่อประโยชน์ของตน นับตั้งแต่เริ่มจัดทำรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญไปสู่การใช้อำนาจสถาบันการเมืองจากรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ของตนผ่านกระบวนการทางการเมืองประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญนิยมกับการเมืองประชาธิปไตยจะต้องไม่ใช่เรื่องการแย่งชิงระหว่างการปกครองโดยกฎหมายกับประชาธิปไตย สิ่งเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายเดียวกันคือประโยชน์ของมนุษย์ในสังคม ซึ่งเป็นปัญหาหลักคือมุมมองที่แตกต่างกันของประโยชน์ของมนุษย์ที่มีอิทธิพลนับแต่การเริ่มทำรัฐธรรมนูญ แล้วต่อมาส่งผ่านกระบวนการประชาธิปไตยมาสู่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อปกครองให้เกิดประโยชน์แก่มนุษย์ในสังคม อาจเป็นประเด็นว่าประโยชน์ของปัจเจกชนหรือของกลุ่ม สถาบัน ใครสำคัญกว่ากันที่ก่อให้เกิดมุมมองที่แตกต่างกันในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การบริหารจัดการอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนิยมก็ยังมีความเห็นที่ต่างกันที่จะควบคุม จำกัดหรือทำให้ล้มรวมเพราะมีการเชื่อมโยงให้รัฐธรรมนูญมีชีวิตจริงด้วยการเชื่อมต่อการเมืองประชาธิปไตยที่ต้องสอดคล้องต้องกัน แม้มีการเสนอความเชื่อมโยงโดยให้ประชาธิปไตยเป็นสถาบันทางกฎหมายหรือการให้สิทธิมนุษยชนเป็นสถาบันกฎหมายที่พยายามเชื่อมอุดมการณ์ประชาธิปไตยที่ต่างกันให้เป็นจุดร่วมเดียวกันภายใต้รัฐธรรมนูญกับประชาธิปไตย แต่คงเป็นเรื่องไม่ง่ายเพราะความแตกต่างในแต่ละสังคมมีมากมาย แม้แต่ละสังคมต้องการรัฐธรรมนูญให้เป็นจุดแสงตะวันที่สาดแสงแต่มีโซ่เพียงแสงขึ้น ๆ และตก ๆ ที่บางครั้งก็ทำให้มนุษย์ในสังคมอบอุ่น บางครั้งก็ทำให้มนุษย์ในสังคมหนาวเหน็บ

### บรรณานุกรม

- Ackerman, Bruce. (1996). The rise of world constitutionalism. *Virginia law review*. 83(4): 1-15.
- Dyevre, Arthur and András Jakab. (2013). Foreword: Understanding Constitutional Reasoning. *German Law Journal*. 14(8): 983-1016.
- Elster, Jon. (1995). Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke law journal*. 45: 364-369.
- Frank, Jill. (2007). Aristotle on Constitutionalism and the Rule of Law. *Theoretical Inquiries in Law*. 8(1): 37-50.
- Ginsburg, Douglas H.. (2003). On constitutionalism. *2002-2003 Cato Supreme Court review*. 7: 7-15.
- Habermas, Jürgen. (2001). "Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principle?." *Political theory*. 29(6): 766-781.
- Lachmayer, Konrad. (2013). Constitutional Reasoning as Legitimacy of Constitutional Comparison. *German Law Journal*. 14(8): 1463-1492.
- Law, David S. and Mila Versteeg. (2011). The evolution and ideology of global constitutionalism. *California law review*. 99(5): 1163-1187.
- Liolos, John. Erecting New Constitutional Cultures: The Problems and Promise of Constitutionalism Post-Arab Spring. (2013). *Boston College International & Comparative Law Review*. 36 Issue 1: 219-254.
- Schaffar, Wolfram and Ralph Guth. (2013). Constitutionalism in Thailand: Key questions of an on-going research." *ASEAS-Austrian journal of South-East Asian studies*. 6(1): 183-187.
- Scott, Paul F.. (2013). Political constitutionals and (political) constitutionalism. *German law journal*. 14(12): 2157-2183.
- Tushnet, Mark V.. (2003). A new constitutionalism for liberal?." *New York university review of law & social change*. 28: 357-360.

- Tushnet, Mark V.. (2006). Popular constitutionalism as political law.” *Chicago-Kent law review*. 81: 991-1006.
- Waldron, Jeremy. (2012). Constitutionalism: A Skeptical View. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-87. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1722771> (2019, May 1).
- Waluchow, W. J.. (2013). Constitutional rights and democracy: A reply to professor Bellamy. *German law journal*. 14(8): 1039-1051.





## หลักการพื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียน\*

ปวีศร เลิศธรรมเทวี\*\*

### บทนำ

**เพื่อ** กล่าวถึงเรื่องการรวมกลุ่มกันของบรรดาระัฐสมาชิกอาเซียนซึ่งกลายเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) สมควรที่จะต้องทำความเข้าใจประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community: APSC) ซึ่งเป็นหนึ่งในสามเสาหลัก (Three Pillars) นอกเหนือจากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community:

---

\* บทความนี้มีที่มาจากโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “องค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบในกลุ่มประเทศอาเซียน” (สนับสนุนทุนวิจัยโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ)

\*\* Ph.D. (London); ภาควิชากฎหมายเพื่อการพัฒนา มหาวิทยาลัยรามคำแหง

AEC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community: ASCC) เป็นลำดับแรก โดยประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียนมีเป้าประสงค์ที่สำคัญ คือ (๑) การเป็นนิติประชาคมที่มีธรรมเนียมและค่านิยมร่วมกัน (๒) การเป็นภูมิภาคที่มีความ แนบแน่น มีสันติและเสถียรภาพที่รับผิดชอบต่อความมั่นคงร่วมกัน และ (๓) การเป็น ภูมิภาคที่มีพลวัต ใสใจต่อโลกภายนอกที่มีแนวโน้มของการรวมตัวระหว่างกัน ตลอดจนพึ่งพากัน และกันมากขึ้น โดยมีกรอบความตกลงหลายฉบับครอบคลุมกิจกรรมทางด้านความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศของบรรดาประเทศสมาชิกเพื่อขับเคลื่อนให้การรวมกลุ่มทางการเมืองและ ความมั่นคงในภูมิภาคอาเซียนดำเนินไปถึงเป้าประสงค์ดังกล่าว และทำให้บรรดาสมาชิก ทั้ง ๑๐ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยจะต้องยึดมั่นตามกรอบกติกาที่ปรากฏภายใต้เสาการเมืองและ ความมั่นคงแห่งอาเซียน การทำความเข้าใจเสาหลักด้านการเมืองของอาเซียนยังมีหลักการพื้นฐาน (Principles) ภายใต้ประชาคมการเมืองและความมั่นคง ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการรวมกลุ่ม ทางการเมืองของบรรดารัฐสมาชิกอาเซียน ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงหลักการ พื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียน โดยมาตรา ๑ แห่งกฎบัตรอาเซียน ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกพิจารณาถึงหลักการแวดล้อมที่มีความสัมพันธ์กับเรื่องนั้น ๆ<sup>๑</sup> มิฉะนั้น จะถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีตามกฎหมายอย่างร้ายแรง (Serious Breach)<sup>๒</sup> หลักการพื้นฐาน ที่ปรากฏภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียนที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้มี ๔ ประการ<sup>๓</sup> กล่าวคือ

<sup>๑</sup>In pursuit of the Purposes stated in Article 1, Article 2 of the ASEAN Charter, adds that “ASEAN and its Member States reaffirm and adhere to the fundamental principles contained in the declarations, agreements, conventions, concords, treaties and other instruments of ASEAN”. [emphasis added].

<sup>๒</sup>Ibid, art. 5(3), entitled “Rights and Obligations,” provides that “1. Member States shall have equal rights and obligations under this Charter. 2. Member States shall take all necessary measures, including the enactment of appropriate domestic legislation, to effectively implement the provisions of this Charter and to comply with all obligations of membership. 3. In the case of a serious breach of the Charter or non-compliance, the matter shall be referred to Article 20” [emphasis in original].

<sup>๓</sup>หลักการพื้นฐานของอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการวิจัยปรากฏอยู่ในหลักการและเหตุผล ตามมาตรา ๑ กฎบัตรอาเซียน, Ibid, art. 1(7), which declares that “The purposes of ASEAN are [...] To strengthen democracy, enhance good governance and the rule of law, and to promote and protect human rights and fundamental freedoms, with due regard to the rights and responsibilities of the Member States of ASEAN” [emphasis added].

(๑) หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย<sup>๔</sup> (๒) หลักนิติธรรม<sup>๕</sup> (๓) หลักธรรมาภิบาล<sup>๖</sup> และ (๔) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน<sup>๗</sup> ด้วยเหตุนี้ ไทยและรัฐประชาคมอาเซียนจะต้องนำหลักการดังกล่าวไปปรับใช้ในการปกครองและการบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพื่อให้แต่ละรัฐสมาชิกมีมาตรฐานและพัฒนาการในเรื่องความยุติธรรมระดับเดียวกันจนสามารถพัฒนาไปสู่ความร่วมมือระดับภูมิภาคที่ก่อให้เกิดศาลสิทธิมนุษยชนอาเซียนได้ หลักการพื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงแห่งกฎบัตรอาเซียนทั้ง ๔ ประการ มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

## ๑. หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy)

หลักการพื้นฐานที่ถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญตามกฎบัตรอาเซียนคือการส่งเสริมให้รัฐสมาชิกอาเซียนมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมาตรา ๑(๗) แห่งกฎบัตรอาเซียนแสดงอย่างชัดเจนว่า “วัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของการรวมตัวกันเป็นรัฐประชาคมอาเซียนคือการเสริมสร้างการปกครองตามหลักการแบบประชาธิปไตย”<sup>๘</sup>

คำว่า “ประชาธิปไตย” เป็นคำที่มีการกล่าวถึงมากที่สุดเมื่อเกี่ยวข้องกับประเด็นการเมืองการปกครอง แต่ยังมีได้มีนิยามไว้อย่างชัดเจน<sup>๙</sup> และกฎบัตรอาเซียนเองก็ได้ให้คำนิยามว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่รัฐสมาชิกจะต้องดำเนินการมีลักษณะและสาระสำคัญอย่างไรแตกต่างจากบทบัญญัติอื่น ๆ อาทิ หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน<sup>๑๐</sup> เป็นต้น

<sup>๔</sup>Ibid, art. 2(h) states that “ASEAN and its Member States shall act in accordance with the principle of democracy and constitutional government ...” [emphasis added].

<sup>๕</sup>Ibid, art. 2(h) states that “ASEAN and its Member States shall act in accordance with the principle of the rule of law ...” [emphasis added].

<sup>๖</sup>Ibid, art. 2(h), states that “ASEAN and its Member States shall act in accordance with the principle of good governance ...” [emphasis added].

<sup>๗</sup>Ibid, art. 2(i), states that “ASEAN and its Member States shall respect for fundamental freedoms, the promotion and protection of human rights ...” [emphasis added].

<sup>๘</sup>Charter of the Association of Southeast Asian Nations, art. 1(7), opened for signature 20 November 2007 (entered into force 15 December 2008) (ASEAN Charter).

<sup>๙</sup>Bernard Crick, *Democracy: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 1.

<sup>๑๐</sup>อาเซียนให้การรับรองหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้ว่าเป็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน รวมทั้งหมายถึงการสงวนรักษามรดกทางวัฒนธรรมและคุณภาพชีวิตที่ดีของคนในภูมิภาคอาเซียน ตามมาตรา 1(9) ซึ่งบัญญัติว่า “To promote sustainable development so as to ensure the protection of the region’s environment, the sustainability of its natural resources, the preservation of its cultural heritage and the high quality of life of its peoples” [emphasis in original].

ประเด็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามกฎหมายอาเซียนจึงเป็นประเด็นที่ยังมิได้มีการนิยามไว้อย่างชัดเจน (Undefined Terms) กรณีนี้จึงต้องอาศัยหลักการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties: Vienna Convention)<sup>๑๑</sup> มาตรา ๓๑ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ วางหลักไว้ว่า “บทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีได้มีการนิยามไว้ให้ตีความตามหลักสุจริต (Bone Fide) และตีความตามหลักการและเหตุผลของสนธิสัญญาดังกล่าว”<sup>๑๒</sup> หลักการและเหตุผลของกฎบัตรอาเซียนปรากฏในมาตรา ๑ และ ๒ ดังนี้

### มาตรา ๑ “ความมุ่งประสงค์”

ความมุ่งประสงค์ของอาเซียนคือ

๑. เพื่อธำรงรักษาและเพิ่มพูนสันติภาพ ความมั่นคง และเสถียรภาพ กับทั้งเสริมสร้างคุณค่าทางสันติภาพในภูมิภาคให้มากขึ้น

๒. เพื่อเพิ่มความสามารถในการปรับตัวยืดหยุ่นสู่สภาวะปกติของภูมิภาค โดยการส่งเสริมความร่วมมือด้านการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคมวัฒนธรรมให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

๓. เพื่อธำรงรักษาเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ให้เป็นเขตปลอดอาวุธนิวเคลียร์และปราศจากอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูงอื่น ๆ ทุกชนิด

๔. เพื่อทำให้แน่ใจว่าประชาชนและรัฐสมาชิกของอาเซียนอยู่ร่วมกับประชาคมโลกได้โดยสันติในสภาวะที่เป็นธรรม มีประชาธิปไตยและมีความปรองดองกัน

๕. เพื่อสร้างตลาดและฐานการผลิตเดียวที่มีเสถียรภาพ มั่งคั่ง มีความสามารถในการแข่งขันสูง และมีการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจซึ่งมีการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการ และการลงทุน การเคลื่อนย้ายที่ได้รับความสะดวกของนักธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้มีความสามารถพิเศษและแรงงาน และการเคลื่อนย้ายอย่างเสรียิ่งขึ้นของเงินทุน

๖. เพื่อบรรเทาความยากจนและลดช่องว่างการพัฒนาภายในอาเซียนโดยผ่านความช่วยเหลือซึ่งกันและกันและความร่วมมือ

<sup>๑๑</sup>Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature 23 January 1969, 1155 UNTS 331 (entered into force 27 January 1980) (Vienna Convention).

<sup>๑๒</sup>Ibid, art. 31.

๗. เพื่อเสริมสร้างประชาธิปไตย เพิ่มพูนธรรมาภิบาล และหลักนิติธรรม ตลอดจนส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานโดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกของอาเซียน

๘. เพื่อตอบสนองอย่างมีประสิทธิภาพ ตามหลักความมั่นคงที่ครอบคลุมในทุกมิติ ต่อสิ่งท้าทายทุกรูปแบบ อาชญากรข้ามชาติ และสิ่งท้าทายข้ามพรมแดนอื่น ๆ

๙. เพื่อสนับสนุนการพัฒนาอย่างยั่งยืน เพื่อให้แน่ใจว่า ในภูมิภาคมีการคุ้มครองสภาพแวดล้อม ความยั่งยืนของทรัพยากรธรรมชาติ การอนุรักษ์มรดกทางวัฒนธรรม และคุณภาพชีวิตที่ดีของประชาชน

๑๐. เพื่อพัฒนาทรัพยากรมนุษย์โดยผ่านความร่วมมือที่ใกล้ชิดยิ่งขึ้นในด้านการศึกษา และการเรียนรู้ตลอดชีวิต ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี เพื่อเสริมสร้างพลังประชาชนและเสริมสร้างความเข้มแข็งแห่งประชาคมอาเซียน

๑๑. เพื่อเพิ่มพูนความเป็นอยู่ที่ดีและการดำรงชีวิตของประชาชนอาเซียนด้วยการให้ประชาชนมีโอกาสที่ทัดเทียมกันในการเข้าถึงการพัฒนา มนุษย์ สวัสดิการสังคม และความยุติธรรม

๑๒. เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในการสร้างสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย มั่นคง และปราศจากยาเสพติด สำหรับประชาชนของอาเซียน

๑๓. เพื่อส่งเสริมอาเซียนที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง ซึ่งทุกภาคส่วนของสังคมได้รับการส่งเสริมให้มีส่วนร่วมและได้รับผลประโยชน์จากกระบวนการรวมตัวและการสร้างประชาคมของอาเซียน

๑๔. เพื่อส่งเสริมอัตลักษณ์ของอาเซียนโดยผ่านการส่งเสริมความสำนึกถึงความหลากหลายทางวัฒนธรรมและมรดกของภูมิภาคยิ่งขึ้น และ

๑๕. เพื่อธำรงไว้ซึ่งความเป็นศูนย์รวมและบทบาทเชิงรุกของอาเซียนในฐานะพลังขับเคลื่อนหลักในความสัมพันธ์และความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับหุ้นส่วนนอกภูมิภาค ในภาพแบบของภูมิภาคที่เปิดกว้าง โปร่งใส และไม่ปิดกั้น<sup>๑๓</sup>

<sup>๑๓</sup> Art. 1 of the ASEAN Charter [emphasis in original] คำแปลอ้างอิงตามเอกสารของกระทรวงการต่างประเทศ.

สำหรับหลักการเหตุผลของการรวมกลุ่มรัฐประชาคมอาเซียนปรากฏอยู่ในมาตรา ๒ “หลักการ” ซึ่งบัญญัติว่า

### มาตรา ๒ “หลักการ”

๑. ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์ตามข้อ ๑ อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันทันและยึดมั่นในหลักการพื้นฐานที่ปรากฏในปฏิญญา ความตกลงอนุสัญญา ข้อตกลง สนธิสัญญา และตราสารอื่น ๆ ของอาเซียน

๒. ให้อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนปฏิบัติตามหลักการดังต่อไปนี้

(ก) การเคารพเอกราช อธิปไตย ความเสมอภาค บูรณภาพแห่งดินแดน และอัตลักษณ์แห่งชาติของรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งปวง

(ข) ความผูกพันและความรับผิดชอบร่วมกันในการเพิ่มพูนสันติภาพ ความมั่นคง และความมั่งคั่งของภูมิภาค

(ค) การไม่ใช้การรุกราน และการข่มขู่ว่าจะใช้หรือการใช้กำลังหรือการกระทำอื่นใดในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

(ง) การอาศัยการระงับข้อพิพาทโดยสันติ

(จ) การไม่แทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิกอาเซียน

(ฉ) การเคารพสิทธิของรัฐสมาชิกทุกรัฐในการดำรงประชาชาติของตนโดยปราศจากการแทรกแซง การบ่อนทำลาย และการบังคับ จากภายนอก

(ช) การปรึกษาหารือที่เพิ่มพูนขึ้นในเรื่องที่มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อผลประโยชน์ร่วมกันของอาเซียน

(ซ) การยึดมั่นต่อหลักนิติธรรม ธรรมาภิบาล หลักการประชาธิปไตยและรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ

(ณ) การเคารพเสรีภาพพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม

(ญ) การยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับ

(ฎ) การละเว้นจากการมีส่วนร่วมในนโยบายหรือกิจกรรมใด ๆ รวมถึงการใช้ดินแดนของตน ซึ่งดำเนินการโดยรัฐสมาชิกอาเซียนหรือรัฐที่มีใช้สมาชิกอาเซียนหรือผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐใด ๆ ซึ่งคุกคามอธิปไตย บูรณภาพแห่งดินแดน หรือเสถียรภาพทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐสมาชิกอาเซียน

(ฎ) การเคารพในวัฒนธรรม ภาษาและศาสนาที่แตกต่างกันของประชาชนอาเซียน โดยเน้นคุณค่าร่วมกันของประชาชนอาเซียนด้วยจิตวิญญาณของเอกภาพในความหลากหลาย

(จ) ความเป็นศูนย์รวมของอาเซียนในความสัมพันธ์ภายนอกทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยคงไว้ซึ่งความมีส่วนร่วมอย่างแข็งขัน การมองไปภายนอก การไม่ปิดกั้นและการไม่เลือกปฏิบัติ และ

(ข) การยึดมั่นในกฎการค้าพหุภาคีและระบอบของอาเซียนซึ่งมีกฎเป็นพื้นฐาน สำหรับการปฏิบัติตามข้อผูกพันทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ และการลดอย่างค่อยเป็นค่อยไป เพื่อไปสู่การจัดอุปสรรคทั้งปวงต่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค ในระบบเศรษฐกิจ ซึ่งขับเคลื่อนโดยตลาด<sup>๑๔</sup>

มาตรา ๑ และ ๒ ได้วางกรอบการตีความหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยว่าครอบคลุมถึงมิติต่างๆ ของการดำเนินกิจการภายในของประเทศสมาชิก ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของประชาชนที่จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างสันติในสังคมที่มีความยุติธรรม และภายใต้สภาพแวดล้อมที่เป็นเสรีและเป็นไปอย่างปรองดองซึ่งกันและกัน เป็นการปกครองที่เพิ่มพูนและเป็นไปตามหลักนิติธรรมและธรรมาภิบาล ตลอดจนเป็นการเคารพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในอาเซียน และสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่า อาเซียนให้ความสำคัญกับการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีความเป็นสากล ฉะนั้น ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ ประชาธิปไตยที่มีความเป็นสากลตามนัยของกฎบัตรอาเซียนมีลักษณะและสาระสำคัญอย่างไร

การศึกษาระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยจำเป็นต้องศึกษาระบอบการปกครองเริ่มตั้งแต่การปกครองของกรีกในนครเอเธนส์ โดย Cleisthenes ผู้เป็นบิดาแห่งระบอบประชาธิปไตย (The Father of Athenian Democracy) ได้นำมาใช้เป็นครั้งแรกในนครเอเธนส์ เมื่อราว ๕๐๘-๕๐๗ ปีก่อนคริสตกาล<sup>๑๕</sup>

<sup>๑๔</sup>Ibid, art 2 [emphasis in original].

<sup>๑๕</sup>Lynn Hunt, et al, *The Making of the West: Peoples and Cultures* (New York and Boston: Nedford/St. Martin's, 2007) 44.

ประชาธิปไตยที่ใช้ในนครรัฐเอเธนส์ (Athens) เป็นระบอบประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy) ซึ่งมีสาระสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่ (๑) การคัดเลือกพลเมืองชาวเอเธนส์เพื่อไปทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินและแต่งตั้งผู้พิพากษาเพื่อไปทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทและตัดสินอรรถคดีต่างๆ และ (๒) ให้มีสภาประกอบไปด้วยสมาชิกที่เป็นพลเมืองชาวเอเธนส์<sup>๑๖</sup> พลเมืองมีสิทธิในการออกเสียงและแสดงความคิดเห็น รวมทั้งการออกกฎหมายต่างๆ เพื่อเป็นแนวบรรทัดฐานและใช้บังคับในนครเอเธนส์ พลเมืองที่จะเป็นสมาชิกสภาได้จะต้องไม่เป็นเพศหญิง ทาส ชาวต่างชาติ หรือบุคคลที่ไม่มีที่ดินให้ถือครอง และเพศชายที่อายุต่ำกว่า ๒๐ ปีบริบูรณ์<sup>๑๗</sup> ระบอบประชาธิปไตยในนครเอเธนส์แสดงให้เห็นถึงการยอมรับเสียงข้างมากที่มาจากพลเมือง วิธีการออกเสียงลงคะแนนของพลเมืองเอเธนส์ใช้วิธีการเดียวกันกับของชาวสปาร์ต้า (Sparta) คือการโยนหิน ซึ่งการลงคะแนนแบบเปิดเผยแสดงให้เห็นถึงความเป็นลูกผู้ชาย เพื่อเป็นการป้องกันการโกง การชวนเชื่อ (ลือขบปี่) ก่อนการลงคะแนน และการซื้อคะแนนเสียงในสภา<sup>๑๘</sup>

จากนครรัฐเอเธนส์สู่อาณาจักรโรมัน การปกครองในโรมันมีลักษณะเดียวกับกับของนครเอเธนส์ แต่ผู้มีสิทธิในการแสดงความคิดเห็นและออกเสียงเพื่อเลือกผู้ปกครอง (Representatives) จำกัดเฉพาะกลุ่มอภิสิทธิ์ชน<sup>๑๙</sup> ซึ่งเป็นคนส่วนน้อย<sup>๒๐</sup> ระบอบการปกครองของโรมันได้มีอิทธิพลต่อรูปแบบการปกครองประชาธิปไตยของรัฐต่างๆ หลายศตวรรษ จนกระทั่งเข้าสู่ประเทศอังกฤษซึ่งถือเป็นยุคใหม่ในระยะเริ่มแรก (Early Modern Period) ของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยในปัจจุบัน

อันที่จริงก่อนพัฒนาการของประชาธิปไตยมาถึงยุคใหม่ในระยะเริ่มแรก ปราชญ์ชาวเอเธนส์ อาทิ Plato (๔๒๗-๓๔๗ ปีก่อนคริสตกาล)<sup>๒๑</sup> ได้สังเกตเห็นจุดอ่อนของประชาธิปไตยและไม่เชื่อว่าประชาธิปไตยจะเป็นรูปแบบการปกครองที่ดีที่สุด เนื่องจากไม่ยอมรับเสียงข้างมาก

<sup>๑๖</sup>Melissa Lane, *Greek and Roman Political Ideas: A Pelican Introduction* (London: Pelican, 2007).

<sup>๑๗</sup>Ibid.

<sup>๑๘</sup>Terrence A. Boring, *Literacy in Ancient Sparta* (Leiden: Netherlands, 1979).

<sup>๑๙</sup>พลเมืองชาวโรมันมี ๒ ประเภท ได้แก่ (๑) Patricians (อภิสิทธิ์ชน) และ (๒) Plebians (ชนชั้นสามัญ)

<sup>๒๐</sup>Melissa Lane, *Greek and Roman Political Ideas: A Pelican Introduction* (London: Pelican, 2007).

<sup>๒๑</sup>Plato, *The Republic* (reprinted by Penguin Classics, 2007).



ว่าจะทำให้ได้คนที่ดีที่สุดมีความรู้มาเป็นผู้นำ สำหรับ Plato เชื่อว่าผู้ที่ปกครองได้ดีที่สุดไม่ได้มาจากการเลือกของประชาชน แต่จะต้องเป็นกษัตริย์นักปราชญ์ (Philosopher King) ที่ผ่านกระบวนการคัดเลือกเข้มข้นที่อุทิศตนให้กับส่วนรวมและจะต้องไม่มีโลกส่วนตัว ไม่มีทรัพย์สินสมบัติ และไม่มีครอบครัว<sup>๒๒</sup> อาจกล่าวได้ว่า Plato เป็นนักคอมมิวนิสต์คนแรกของโลกที่ปฏิเสธการมีทรัพย์สินส่วนตัว แนวคิดของ Plato ยังไม่มีผลในทางปฏิบัติในโลกแห่งความเป็นจริง

ต่อมา Aristotle (๓๘๔-๓๒๒ ปีก่อนคริสตกาล)<sup>๒๓</sup> ได้ศึกษารูปแบบการปกครองทั้งหมดที่มีอยู่ก่อนหน้าเอเธนส์ และในยุคสมัยนั้นพบว่ารูปแบบการปกครองที่ดีเกิดขึ้นใน ๓ ลักษณะที่สำคัญ และจะวนเวียนอยู่ในวัฏจักรดังกล่าว รูปแบบแรกคือ “การปกครองในระบอบกษัตริย์” (Monarchy) หรือการปกครองโดยบุคคลเพียงคนเดียวเป็นประมุขแห่งรัฐ รูปแบบการปกครองนี้จะดีได้ถ้าผู้ปกครองไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือสนองประโยชน์ตนเองอันจะนำไปสู่การปกครองที่เป็น “ทรราช” (Tyranny) แนวคิดนี้ได้รับอิทธิพลจาก Plato ที่เชื่อว่าผู้นำต้องเป็นชนชั้นสูงที่มีความรู้ความสามารถ

อีกรูปแบบหนึ่งคือการปกครองแบบ “อภิชนาธิปไตย” (Aristocracy) ซึ่งอำนาจการปกครองเป็นของกลุ่มคนกลุ่มหนึ่ง (A Group of Rulers) ซึ่งเป็นชนชั้นสูง การปกครองรูปแบบนี้อาจนำไปสู่การปกครองที่ดีได้ถ้าไม่นำไปสู่การปกครองแบบช่วยเหลือพวกพ้อง ซึ่งเรียกว่า “คณาธิปไตย” (Oligarchy) หรือการปกครองโดยคณะบุคคล<sup>๒๔</sup> ตัวอย่างของการปกครองดังกล่าวคือ “รัฐบาลทหาร” (Junta) ในปัจจุบัน อาทิ รัฐบาลทหารของพม่าก่อนการเลือกตั้งปี พ.ศ. ๒๕๕๘

สำหรับรูปแบบที่สาม Aristotle เรียกว่า “Polity”<sup>๒๕</sup> หมายถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ซึ่งเป็นรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดในบรรดารูปแบบการปกครองทั้งหมด เพราะเป็นการปกครองโดยคนส่วนใหญ่ถ้าไม่มีการสร้างกฎหมู่ (Mob Rules) ทำลายระบบตัวอย่างของการสร้างกฎหมู่ที่เห็นได้ชัดที่สุด คือกรณีมุสลิมไม่พอใจรัฐบาลนำพลพรรค

<sup>๒๒</sup>Ibid.

<sup>๒๓</sup>Aristotle, *The Politics* (reprinted by Penguin Classics, 1992).

<sup>๒๔</sup>Ibid.

<sup>๒๕</sup>Ibid.

ฟาสซิสต์ (Fascism) ยึดอำนาจด้วยการยาตราทัพเข้าสู่กรุงโรมในปี ค.ศ. ๑๙๒๒ เรียกร้องให้ กษัตริย์มอบอำนาจรัฐบาลให้แก่เขา กษัตริย์ทรงยินยอมเพื่อช่วยให้อิตาลีรอดพ้นจากการปฏิวัติ คอมมิวนิสต์ ฉะนั้นเมื่อระบอบประชาธิปไตยล้มเหลว รัฐต่างๆ ก็กลับไปสู่ระบอบ การปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุข วนเวียนอยู่ในวัฏจักรนี้เรื่อยไป<sup>๒๖</sup>

อย่างไรก็ตาม ระบอบการปกครองในระยะหลังๆ ช่วงที่บรรดารัฐต่างๆ แยกตัว ออกจากคริสตจักรในศตวรรษที่ ๑๕ ล้วนเป็นรัฐที่กษัตริย์เข้มแข็งและมีกุศโลบาย ในการปกครองประเทศ ตัวอย่างเหล่านี้ทำให้นักปราชญ์ในสมัยนั้นอย่าง Machiavelli (ค.ศ. ๑๔๖๙-๑๕๒๗)<sup>๒๗</sup> มองว่าการปกครองตามแนวคิดของ Plato และ Aristotle ในสมัยโบราณ เป็นเพียงจินตนาการ ในความเป็นจริงรัฐที่อยู่ได้ ผู้ปกครองจะต้องเป็นทั้งราชาสีห์และสุนัขจิ้งจอก กล่าวคือ “การต้องเป็นผู้เข้มแข็ง และเจ้าเล่ห์เพทุบาย”<sup>๒๘</sup> ไม่ว่าจะมิใช่ผู้เสนอรูปแบบการปกครอง ที่ดีรูปแบบใดก็ตาม แต่แนวคิดในเรื่องการปกครองระบอบประชาธิปไตยไปเจริญเติบโต ในประเทศอังกฤษ ซึ่งถือว่าเป็นยุคใหม่ในระยะเริ่มแรก

สำหรับอังกฤษ อำนาจของสภาที่มาจากประชาชนเข้มแข็งขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะ เมื่อได้รับการยืนยันรับรองสิทธิของประชาชนจากกษัตริย์ (Petition of Rights of 1628)<sup>๒๙</sup> และ ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ รัฐสภาได้รับการรับรองสิทธิจากกษัตริย์อีกครั้งหนึ่งตาม Bill of Rights ในปี ค.ศ. ๑๖๘๙<sup>๓๐</sup> หลังจากนั้นการปกครองได้พัฒนาการเข้าสู่อเมริกาซึ่งประกาศเป็น อิสรรภาพเมื่อปี ค.ศ. ๑๗๗๖ และประกาศใช้รัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๑๗๘๗ ผลการประกาศ อิสรรภาพของอเมริกาส่งผลต่อเนื่องให้เกิดการปฏิวัติฝรั่งเศส (ค.ศ. ๑๗๘๙) และส่งผลสะท้อน ต่อระบอบการปกครองของประเทศต่างๆ ทั่วโลก<sup>๓๑</sup> ที่ยึดถือประชาธิปไตยต้นแบบใน ๓ ประเทศ ข้างต้น

<sup>๒๖</sup> Jostein Gaarder, *Sophie's World* (Phoenix, 1991) 97.

<sup>๒๗</sup> Niccolo Machiavelli, *The Prince* (reprinted by Vintage, 2009).

<sup>๒๘</sup> Ibid.

<sup>๒๙</sup> *The Petition of Rights* (1628) (England).

<sup>๓๐</sup> *Bill of Rights* (1689) (England).

<sup>๓๑</sup> ดูรายละเอียดวิวัฒนาการการปกครองของอังกฤษ อเมริกาและฝรั่งเศสใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๘) ๑๐๓-๑๑๖.

จากการปกครองของกรีซในนครเอเธนส์ผู้ปกครองในปัจจุบัน การปกครองระบอบประชาธิปไตยคือ อำนาจอเป็นของประชาชน ประชาชนเป็นผู้กำหนดความเป็นไปของบ้านเมืองด้วยการเลือกตั้งผู้แทนใช้อำนาจการเลือกผู้บริหาร ผู้ออกกฎหมายและแต่งตั้งตุลาการ กล่าวโดยสรุปก็คือหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็คือ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

อย่างไรก็ตาม การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะดีได้ต้องมีหลักนิติธรรม (Rule of Law) หลักนิติธรรมจะปรากฏเป็นรูปธรรมได้ต้องมีธรรมาภิบาล (Good Governance) และธรรมาภิบาลจะมีได้ก็ต่อเมื่อมีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งหลักการดังกล่าวเกี่ยวพันกันเป็นห่วงโซ่และเป็นหลักการพื้นฐาน (Fundamental Principles) ตามกฎบัตรอาเซียนที่รัฐสมาชิกจะต้องยึดมั่นและผูกพันตาม

## ๒. หลักนิติธรรม (Rule of Law)

หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นอีกหลักการหนึ่งของเสาการเมืองและความมั่นคงซึ่งอาเซียนได้ยืนยันหลักนี้ไว้ในกฎบัตรฯ และสมาชิกรัฐประชาคมจะต้องปฏิบัติ หลักนิติธรรมเป็นหลักการแห่งกฎหมายที่ว่า ประเทศจะต้องปกครองด้วยกฎหมายมิใช่การปกครองตามอำเภอใจ (Arbitrary Decisions) ของผู้ปกครองคนใดคนหนึ่ง คำว่า “Rule of Law” มีการใช้เป็นครั้งแรกในภาษาอังกฤษในราวคริสต์ศตวรรษที่ ๑๖ และปรากฏในคำถวายฎีกา (Petition) ของสภาผู้แทน (House of Commons) ต่อพระเจ้าเจมส์ที่ ๑ แห่งอังกฤษในปี ค.ศ. ๑๖๑๐ มีการกล่าวถึงเรื่อง “หลักนิติธรรม” ไว้ว่า

ในบรรดาความสุขสบายทั้งหลายทั้งปวงที่ท่านมีอยู่ กษัตริย์และพระราชินีของบ้านเมืองนี้ ไม่มีอำนาจใดเหนือไปกว่าหลักกฎหมาย [...]<sup>๑๒</sup>

นักกฎหมายถือว่าหลักนิติธรรมมีวิวัฒนาการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมจากงานเขียนของ A. V. Dicey เรื่อง An Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885)<sup>๑๓</sup> ซึ่งกล่าวถึงสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษว่าประกอบไปด้วยสาระสำคัญ ๒ ประการ

<sup>๑๒</sup> Amongst many other points of happiness and freedom which your majesty’s subjects of this kingdom have enjoyed under your royal progenitors, kings and queens of this realm, there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain rule of law which giveth both to the head and members that which of right belongeth to them, and not by any uncertain or arbitrary form of government ... .

<sup>๑๓</sup> A. V. Dicey, (1885), *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 173.

กล่าวคือ (๑) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ซึ่งถือเป็นตัวแทนประชาชน และ (๒) ประเทศจะต้องปกครองตามหลักนิติธรรม มุมมองของ A. V. Dicey ได้ศึกษาจากการปกครองและพัฒนาการของรัฐธรรมนูญในอังกฤษตั้งแต่ Magna Carta (1215) จนถึง Bill of Rights (1689)<sup>๓๔</sup> อาจกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมมีป่เกิดและวิวัฒนาการมาจากประเทศอังกฤษ และขยายเข้าสู่ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปและทั่วโลก<sup>๓๕</sup> หลักนิติธรรมที่ปรากฏในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อยแต่มีหลักการที่ถือเป็นสาระสำคัญตรงกันใน ๓ ประการ ดังนี้

**ประการแรก** กฎหมายต้องสามารถเข้าถึงได้ (Accessibility) มีความชัดเจน (Coherent) และไม่กำกวม (Predictability) กรณีนี้หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้น (Statute Law) ในลักษณะต่าง ๆ จะต้องมีความสอดคล้องสัมพันธ์กัน<sup>๓๖</sup> กระบวนการได้มาซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องเป็นไปโดยชอบ (Due Process) และจะต้องผ่านกระบวนการของนิติบัญญัติที่มาจากประชาชน<sup>๓๗</sup> นอกจากนี้ ทุก ๆ การกระทำที่จะถือว่าเป็นความผิดจะต้องมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้<sup>๓๘</sup>

**ประการที่สอง** เกี่ยวข้องกับคำตัดสินของตุลาการ (Judge-made Law) ซึ่งถือว่าการตัดสินของตุลาการต้องเป็นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิใช่เป็นการใช้ดุลยพินิจ (Law Not Discretion) หรือสร้างหลักกฎหมายใหม่ ในประเทศไทยตุลาการบางท่านเข้าใจหลักการเกี่ยวกับ “Judge-made Law” ว่าตุลาการสามารถสร้างหลักกฎหมายใหม่ได้เช่นเดียวกับผู้พิพากษาในระบบกฎหมายแบบ Common Law ซึ่งเป็นความเข้าใจผิด<sup>๓๙</sup> อันที่จริงในระบบ Common Law คำว่า “Judge-made Law” คือการย้ำความเป็นกฎหมายของบทบัญญัติและหลักการกฎหมาย (Declare Law) ในลักษณะเดียวกับประเทศในกลุ่ม Civil Law<sup>๔๐</sup>

<sup>๓๔</sup>Bill of Rights (1689) (England).

<sup>๓๕</sup>นักกฎหมาย Common Law ถือว่าหลักนิติธรรมไปปรากฏอยู่ในประเทศในแถบยุโรปภายใต้ชื่อว่า “นิติรัฐ” ดู Tom Bingham, The Rule of Law (London: Penguin, 2010) 3-9.

<sup>๓๖</sup>Ibid, 37.

<sup>๓๗</sup>Ibid.

<sup>๓๘</sup>Ibid.

<sup>๓๙</sup>กรณีเช่นนี้ย่อมส่งผลต่อความชอบของคำพิพากษา (Merit) โดยที่ผู้พิพากษาไม่มีความรับผิดชอบใด ๆ

<sup>๔๐</sup>Bingham, above n 57, 48-54.

**ประการสุดท้าย** หลักนิติธรรมยังเกี่ยวข้องกับประเด็นความสอดคล้อง (Compliance) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ (Rule of International Law) ที่ประเทศนั้นๆ ให้สัตยาบัน อาทิ ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกมีพันธกรณีที่จะต้องผูกพันดำเนินการ ตามกฎ ระเบียบและข้อตกลงต่างๆ ภายใต้กรอบกติกาขององค์การการค้าโลก<sup>๔๑</sup> ฉะนั้น เมื่อประเทศไทยได้รวมตัวเป็นรัฐประชาคมอาเซียน จึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกรอบอาเซียนเช่นเดียวกัน

### ๓. หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

หลักการสำคัญอีกประการที่ประเทศไทยและรัฐประชาคมอาเซียนต้องคำนึงถึง เกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Human Rights) อาเซียนได้เน้นย้ำถึงความสำคัญ ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนว่าเป็นสาระสำคัญของการส่งเสริมระบอบการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย การส่งเสริมหลักนิติธรรมและธรรมาภิบาล ตามที่ปรากฏในคำปรารภ แห่งปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration)<sup>๔๒</sup>

สำหรับสิทธิมนุษยชนที่อาเซียนให้การเคารพและรับรองหมายถึงสิทธิมนุษยชน ที่ปรากฏภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)<sup>๔๓</sup> และเอกสารความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับอื่น ๆ ที่รัฐสมาชิกอาเซียน ได้ให้สัตยาบัน<sup>๔๔</sup> อาทิ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)<sup>๔๕</sup> กติการะหว่างประเทศว่าด้วย สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)<sup>๔๖</sup> เป็นต้น

<sup>๔๑</sup>Ibid, 9.

<sup>๔๒</sup>ASEAN Human Rights Declaration (adopted by the Heads of State/Government of ASEAN Member States at Phnom Penh, Cambodia, 18 November 2012) (AHRD).

<sup>๔๓</sup>Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217A (III), GAOR 3<sup>d</sup> session, UN Doc. A/810 (1948) (UDHR).

<sup>๔๔</sup>Its preamble provides in relevant part, “REAFFIRMING FURTHER our commitment to the Universal Declaration of Human Rights, the Charter of the United Nations, the Vienna Declaration and Programme of Action, and other international human rights instruments to which ASEAN Member States are parties”, see AHRD, above n 69.

<sup>๔๕</sup>International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature 16 December 1966, 999 UNTS 191 (entered into force 23 March 1976) (ICCPR).

<sup>๔๖</sup>International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, opened for signature 16 December 1966, 993 UNTS 3 (entered into force 3 January 1976) (ICESCR).

กล่าวได้ว่า อาเซียนให้ความสำคัญกับการคุ้มครองหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศในทุกๆ มิติ อาทิ สิทธิในชีวิต (Right to Life) ความเป็นอิสระจากการทรมาน ตกเป็นทาสและภาวะจำยอมทุกรูปแบบ<sup>๔๗</sup> สิทธิในชีวิตดังกล่าวยังมีนัยสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิต่างๆ ในร่างกาย อาทิ สิทธิในการเข้าถึงอาหาร (Right to Food)<sup>๔๘</sup> สิทธิด้านสุขภาพ (Right to Health)<sup>๔๙</sup> สิทธิในการเข้าถึงน้ำ (Right to Water)<sup>๕๐</sup> และสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี (Right to Healthy Environment)<sup>๕๑</sup> เป็นต้น สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ปรากฏใน UDHR

<sup>๔๗</sup>UDHR, above n 70, art. 3.

<sup>๔๘</sup>*Universal Declaration of Human Rights*, art. 25, GA Res 217A (III), GAOR 3<sup>rd</sup> session, UN Doc. A/810 (1948); *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, opened for signature 16 December 1966, 993 UNTS 3, art. 11 (entered into force 3 January 1976); *Rome Declaration on World Food Security*, Rome Italy, 13 – 17 November 1996; *Substantive Issues arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 12*, UN CESCR, 20<sup>th</sup> session, UN Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

<sup>๔๙</sup>United Nations Commission on Human Rights, *Access to Medication in the Context of Pandemics such as HIV/AIDS*, UN Doc. E/CN.4/RES/2001/33, 20 April 2001, para. 1; United Nations Commission on Human Rights, *Impacts of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on Human Rights*; United Nations Commission on Human Rights, *Intellectual Property Rights and Human Rights: Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/12 (2001); United Nations Commission on Human Rights, Resolution 2001/33 (23 April 2001), 2002/32 (6 March 2002), 2003/29 (22 April 2003), and 2004/26 (16 April 2004); United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights and Intellectual Property*, UN Doc. No. E/C.12/2001/15 (2001).

<sup>๕๐</sup>*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, opened for signature 16 December 1966, 993 UNTS 3 (entered into force 3 January 1976); *Substantive Issues arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment No. 12*, UN CESCR, 20<sup>th</sup> session, UN Doc. E/C.12/1999/5 (1999); *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, opened for signature 18 December 1979, art. 24, 1249 UNTS 13 (entered into force 3 September 1981).

<sup>๕๑</sup>ดูคำอธิบายใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, (๒๕๕๘), “หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ๔๔(๒) ๔๔๓-๔๖๗.

นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต สิทธิมนุษยชนตาม UDHR ที่อาเซียนให้การรับรอง ยังครอบคลุมถึงสิทธิเสรีภาพ (Liberty) และความมั่นคง (Security)<sup>๕๒</sup> สิทธิที่จะไม่ถูกแบ่งแยก ไม่ว่าเพราะเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน ความคิดทางการเมือง<sup>๕๓</sup> สิทธิที่จะไม่ถูกกระทำการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์<sup>๕๔</sup> สิทธิในอิสรภาพทางความคิดเห็น มโนธรรม และศาสนา<sup>๕๕</sup> สิทธิและเสรีภาพ ในการแสดงออกทางความคิด<sup>๕๖</sup> ตลอดจนครอบคลุมถึงสิทธิในอิสรภาพแห่งการชุมนุม และการสมาคมโดยสันติวิธี<sup>๕๗</sup> นักกฎหมายระหว่างประเทศเรียก “สิทธิมนุษยชน” ดังกล่าวว่า สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่รองรับภายใต้ ICCPR<sup>๕๘</sup>

สิทธิมนุษยชนที่อาเซียนให้การรับรองยังครอบคลุมถึงสิทธิมนุษยชนตามที่ปรากฏ ใน ICESCR อาทิ สิทธิในการทำงาน<sup>๕๙</sup> สิทธิในเรื่องสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ<sup>๖๐</sup> สิทธิที่จะก่อตั้งสหภาพแรงงาน และเข้าร่วมสหภาพแรงงานตามที่ต้องการ และสิทธิ ในการนัดหยุดงาน<sup>๖๑</sup> สิทธิที่จะมีสวัสดิการสังคม รวมทั้งประกันสังคม<sup>๖๒</sup> สิทธิในมาตรฐานการครองชีพ ที่เพียงพอสำหรับตนเองและครอบครัว ซึ่งรวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ และสภาพการครองชีพที่ดีขึ้นอย่างต่อเนื่อง<sup>๖๓</sup> สิทธิที่จะมีสุขภาพกายและใจตามมาตรฐาน สูงสุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>๖๔</sup> สิทธิในทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมตาม ICESCR ยังครอบคลุม ถึงสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองผลประโยชน์ทางด้านศีลธรรม และทางวัตถุ ในประโยชน์อันเกิดจากการผลิตทางวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม หรือศิลปกรรมซึ่งตนเอง เป็นผู้สร้างสรรค์<sup>๖๕</sup>

<sup>๕๒</sup>UDHR, above n 70, art. 3.

<sup>๕๓</sup>Ibid, art. 2.

<sup>๕๔</sup>Ibid, art. 5.

<sup>๕๕</sup>Ibid, art. 18.

<sup>๕๖</sup>Ibid, art. 19.

<sup>๕๗</sup>Ibid, art. 20.

<sup>๕๘</sup>Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2012) ch. 2.

<sup>๕๙</sup>ICESCR, above 73, art. 6.

<sup>๖๐</sup>Ibid, art. 7.

<sup>๖๑</sup>Ibid, art. 8.

<sup>๖๒</sup>Ibid, art. 9.

<sup>๖๓</sup>Ibid, art. 11.

<sup>๖๔</sup>Ibid, art. 12.

<sup>๖๕</sup>ICESCR, art. 15(1) นักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามองว่าสิทธิดังกล่าวมีความเกี่ยวพันกับ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ดู ปวีริศร เลิศธรรมเทวี, *ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๙) บทที่ ๑.

นอกเหนือจากสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานดังกล่าว อาเซียนยังให้การเคารพสิทธิสตรี ซึ่งถูกบัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)<sup>๖๖</sup> และสิทธิของเด็ก และเยาวชนภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Children)<sup>๖๗</sup> อีกด้วย

หลักการพื้นฐานตามที่ปรากฏภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงอาเซียนดังกล่าว ข้างต้น รัฐสมาชิกจะต้องนำมาพิจารณาใช้เป็นกรอบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายในแต่ละประเทศ เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการของอาเซียน

#### ๔. หลักธรรมาภิบาล (Good Governance)

หลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เป็นหลักการหนึ่งที่ยธิบายว่ารัฐและองค์กรภาครัฐควรบริหารจัดการอย่างไร หลักธรรมาภิบาลให้ความสำคัญกับความรับผิดชอบของรัฐ และองค์กรภาครัฐในการให้บริการภาครัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน<sup>๖๘</sup>

กองทุนสำรองระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) ได้ให้สาระสำคัญของหลักธรรมาภิบาลไว้ในปี ค.ศ. ๑๙๙๖ ว่า “การส่งเสริมหลักธรรมาภิบาลในทุกภาคส่วน หมายความว่ารวมถึงการรองรับหลักนิติธรรม การส่งเสริมประสิทธิภาพและความโปร่งใสของการดำเนินงานองค์กรภาครัฐ และการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันเป็นองค์ประกอบสำคัญของการพัฒนาทางเศรษฐกิจ”<sup>๖๙</sup> จะเห็นได้ว่า หลักธรรมาภิบาลตามความหมายของ IMF เน้นหนักไปที่การพัฒนาทางเศรษฐกิจ

<sup>๖๖</sup>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, opened for signature 18 December 1979, 1249 UNTS 13 (entered into force 3 September 1981).

<sup>๖๗</sup>Convention on the Rights of the Child, opened for signature 20 November 1989, 1577 UNTS 3 (entered into force 2 September 1990).

<sup>๖๘</sup>เป็นที่น่าสังเกตว่าหลักธรรมาภิบาลในประเทศไทยปรากฏในกฎหมายอย่างน้อย ๓ ฉบับ ได้แก่ (๑) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๕ (๒) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ และ (๓) ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ไม่มีแนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

<sup>๖๙</sup>See the International Monetary Fund (IMF), *The IMF's Approach to Promoting Good Governance and Combating Corruption*, available at <http://www.imf.org/external/np/gov/guide/eng/index.htm>



**สหประชาชาติ (United Nations: UN)** ให้น้ำหนักของหลักธรรมาภิบาลไปที่ การพัฒนาคน (Human Development) โดยมีลักษณะสำคัญ ๘ ประการ ดังต่อไปนี้

๑. การมุ่งเน้นฉันทามติ (Consensus Oriented)
๒. การมีส่วนร่วมของภาคประชาชน (Participation)
๓. ดำเนินรอยตามหลักนิติธรรม (Following the Rule of Law)
๔. ประสิทธิภาพและประสิทธิภาพ (Effectiveness and Efficiency)
๕. ความรับผิดชอบ (Accountability)
๖. ความโปร่งใส (Transparency)
๗. การตอบสนองต่อภาคส่วนต่างๆ (Responsive)
๘. ความเสมอภาค (Equitability)<sup>๑๐</sup>

**ธนาคารโลก (World Bank)** ได้ให้นิยามของหลักธรรมาภิบาลว่าจะต้องประกอบด้วย สาระสำคัญ ๓ ประการ ดังต่อไปนี้

๑. ระบอบการปกครอง
๒. กระบวนการดำเนินงานขององค์กรภาครัฐในการจัดสรรทรัพยากรเพื่อเป้าหมาย แห่งการพัฒนา
๓. ความสามารถของรัฐบาลในการออกกฎระเบียบและนโยบาย และการบังคับใช้ กฎระเบียบและนโยบายเหล่านั้นให้บังเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง<sup>๑๑</sup>

เป็นที่น่าสังเกตว่าทั้ง ๓ แนวคิดที่เกิดจากองค์กรระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น มีความสัมพันธ์กับแนวคิดเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)<sup>๑๒</sup>

<sup>๑๐</sup>See United Nations, available at <http://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>

<sup>๑๑</sup>World Bank publishes the Worldwide Governance Indicators each year, which is available at <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx>

<sup>๑๒</sup>ปวีศร เลิศธรรมเทวี, รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๕๘) บทที่ ๒.

## ๕. บทสรุป

กล่าวได้ว่า หลักการพื้นฐานภายใต้เสาการเมืองและความมั่นคงของอาเซียนเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่ก่อให้เกิดการรวมกลุ่มทางการเมือง แม้ประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันในเรื่องระบบกฎหมาย ระบบการปกครอง ศาสนา ภาษา และวัฒนธรรม แต่หลักการพื้นฐานของเสาการเมืองให้สมาชิกแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับเรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งในที่นี้หมายถึงการปกครองโดยยึดโยงกับอำนาจของประชาชน ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในประเทศ นอกจากนี้ อาเซียนยังให้ความสำคัญกับหลักความเป็นกฎหมาย หรือ “หลักนิติธรรม” (Rule of Laws) หมายถึง กฎหมายต้องเป็นกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายต้องเกิดจากฉันทามติของคนส่วนใหญ่ภายในประเทศ จึงจะมีหลักความเป็นกฎหมาย มิฉะนั้น คงจะเป็นเรื่องของการปกครองโดยกฎหมายเสียมากกว่า (Rule by Law) การปกครองโดยหลักกฎหมายในที่นี้ยังต้องคำนึงถึงหลักธรรมาภิบาลของรัฐ และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หลักการพื้นฐานทั้ง ๔ ประการ คือ หัวใจสำคัญของการรวมกลุ่มประชาคมอาเซียนที่มีจุดเริ่มต้นมาจากการรวมกลุ่มทางการเมืองและการรวมกลุ่มทางการเมือง

## บรรณานุกรม

- ปวีตร เลิศธรรมเทวี. (๒๕๕๘). รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๑๐๓-๑๑๖.
- \_\_\_\_\_. (๒๕๕๘). “หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๔๔(๒) ๔๔๓-๔๖๗.
- \_\_\_\_\_. (๒๕๕๙). ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- Alston, Philip and Goodman, Ryan. (2012). *International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, ch. 2.
- Aristotle. (1992). *The Politics*. reprinted by Penguin Classics.
- Bingham, Tom. (2010). *The Rule of Law*. London: Penguin, 3-9.
- Boring, Terrence A.. (1979). *Literacy in Ancient Sparta*. Leiden: Netherlands.
- Crick, Bernard. (2002). *Democracy: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 1.
- Dicey, A. V.. (1885). *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 173.
- Gaarder, Jostein. (1991). *Sophie’s World*. Phoenix, 97.
- Hunt, Lynn. et al. (2007). *The Making of the West: Peoples and Cultures*. New York and Boston: Nedford/St. Martin’s, 44.
- Lane, Melissa. (2007). *Greek and Roman Political Ideas: A Pelican Introduction*. London: Pelican.
- Machiavelli, Niccolo. (2009). *The Prince*. reprinted by Vintage.
- Plato. (2007). *The Republic*. reprinted by Penguin Classics.

# หน้ากากอนามัย

## ใส่อย่างไรให้ถูกต้อง

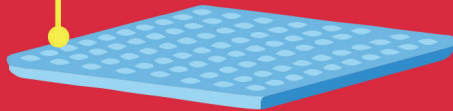
การใส่หน้ากากอนามัยถูกวิธีสามารถป้องกันเชื้อได้ถึง 80 %



กรมควบคุมโรค  
Department of Disease Control



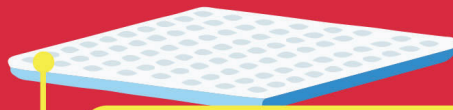
เอาด้านมัน หรือ สีเข้มไว้ด้านหน้า



ชั้นนอก  
มีสารเคลือบกันน้ำ



ชั้นกลาง  
กรองเชื้อโรค



เอาด้านนุ่ม หรือ สีอ่อนเข้าหาตัว

ชั้นใน  
เป็นวัสดุนุ่ม เพื่อสัมผัสกับผิว

### ขั้นตอนการใส่หน้ากากอนามัย



1  
ล้างมือให้สะอาด  
ก่อน-หลังสวม  
และถอดหน้ากากทุกครั้ง



2  
จับสายคล้องหู  
ทั้ง 2 ข้าง



3  
สวมคลุมจมูกและปาก  
หันด้านสีเข้มออก



4  
ดัดลวดให้แนบกับ  
สันจมูกและใบหน้า



5  
ดึงขอบล่างให้  
คลุมใต้คาง

DDC  
กรมควบคุมโรค

Department of Disease Control

ศูนย์ปฏิบัติการภาวะฉุกเฉิน กรมควบคุมโรค  
Emergency Operations Center : (DDC's EOC)



สายด่วน  
กรมควบคุมโรค

1422

official

จัดทำ : 08/02/63

## ประชาสัมพันธ์การส่งบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารรัฐสภาสาร

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ขอเชิญชวนอาจารย์ ข้าราชการ นักวิชาการ นักการศึกษา สาขาต่าง ๆ และผู้สนใจทั่วไป ส่งบทความวิชาการด้านการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม ฯลฯ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ลงตีพิมพ์ในวารสารรัฐสภาสารของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งมีกำหนดออก ๒ เดือน ๑ ฉบับ

### ข้อกำหนดบทความ

๑. บทความวิชาการ หมายถึง บทความที่เขียนขึ้นในลักษณะวิเคราะห์ วิจารณ์ หรือเสนอแนวคิดใหม่ ๆ จากพื้นฐานวิชาการที่ได้เรียบเรียงมาจากผลงานทางวิชาการของตนหรือของผู้อื่น หรือเป็นบทความทางวิชาการที่เขียนขึ้นเพื่อเป็นความรู้สำหรับผู้สนใจทั่วไป โดยบทความวิชาการจะประกอบด้วย ส่วนเกริ่นนำ ส่วนเนื้อหา ส่วนสรุป เอกสารอ้างอิง และเชิงอรรถ

๒. บทความต้องมีความยาวของต้นฉบับไม่เกิน ๒๐ หน้ากระดาษขนาด A4

๓. เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน

### การเตรียมต้นฉบับเพื่อตีพิมพ์

๑. ตัวอักษร มีขนาดและแบบเดียวกันทั้งเรื่อง โดยพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word ใช้ตัวอักษรแบบ Angsana New/UPC ขนาด ๑๖ พอยท์ ตัวธรรมดาสำหรับเนื้อหาปกติ และตัวหนาสำหรับหัวข้อ โดยจัดพิมพ์เป็น ๑ คอลัมน์ ขนาด A4 หน้าเดียว และเว้นระยะขอบกระดาษด้านละ ๑ นิ้ว

๒. การใช้ภาษาไทยให้ยึดหลักพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔

๓. ต้องระบุชื่อบทความ ชื่อ-สกุล ตำแหน่ง และสถานที่ทำงานของผู้เขียนบทความอย่างชัดเจน

### การส่งบทความ

สามารถส่งบทความได้ ๒ วิธี ดังนี้

๑. ส่งต้นฉบับในรูปแบบเอกสารจำนวน ๑ ชุด พร้อมแผ่นบันทึกไฟล์ข้อมูล ไปที่  
บรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร

กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร  
เลขที่ ๑๑๐ ถนนประดิพัทธ์ แขวงพญาไท เขตพญาไท กรุงเทพฯ ๑๐๔๐๐

๒. ส่งไฟล์ข้อมูลทาง e-mail ไปที่ rattasapasarn@yahoo.com

### ค่าตอบแทน

หน้าละ ๒๐๐ บาท หรือ ๓๐๐ บาท ซึ่งกองบรรณาธิการรัฐสภาสารจะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะจ่ายเงินค่าตอบแทนในจำนวนหรืออัตราเท่าใด โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการพิจารณาปรับอัตราค่าเขียนบทความในวารสารรัฐสภาสารได้กำหนดไว้

### ติดต่อสอบถามรายละเอียดได้ที่

กองบรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร โทร. ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๕๔ และ ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๕๑  
โทรสาร ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๕๒

## ช่องทางติดตามข่าวสาร

ของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



[www.parliament.go.th](http://www.parliament.go.th)



[TPchannel.org](http://TPchannel.org)

e-book



หนังสือและสื่อเผยแพร่

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

e-book



PR  
parliament



สำนักประชาสัมพันธ์  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



เยี่ยมชมรัฐสภา  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



กิจกรรมกลุ่มงานเผยแพร่ฯ



สภาสาร



## วารสารรัฐสภาสาร

เป็นวารสารเพื่อเผยแพร่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อเสนอข่าวสารวิชาการในวงงานรัฐสภาและอื่นๆ ทั้งภายในและต่างประเทศ

### สถานที่ติดต่อ

กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร  
เลขที่ ๑๑๐ ถนนประดิพัทธ์ แขวงพญาไท เขตพญาไท กรุงเทพฯ ๑๐๕๐๐  
โทร. ๐ ๒๒๕๔ ๒๒๕๔-๕ โทรสาร ๐ ๒๒๕๔ ๒๒๕๒ e-mail: rattasapasam@yahoo.com