วารสารธรรมศาสตร์ ปีที่ 39 ฉบับที่ 3 พ.ศ.2563 (1-11)

[บทความรับเชิญ]

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่

อุดม รัฐอมฤต *

ผู้อำนวยการศูนย์กฎหมายมหาชน และศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บทคัดย่อ

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (ฉบับปี พ.ศ.2560) ได้เกิดข้อถกเถียงกันว่ารัฐธรรมนูญเปิดช่องให้สามารถใช้บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามหมวด 15 ให้มีการตราบทบัญญัติที่กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้หรือไม่ โดยที่ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบทแก้ไขเพิ่มเติมมิได้ห้ามการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้ใหม่ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เป็นสิ่งที่ต้องห้ามเพราะจะเท่ากับเป็นการตราบทบัญญัติให้มีการล้มล้างตัวรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งไม่น่าจะชอบด้วยเหตุผลของการสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่เป็นที่มาของอำนาจอธิปไตยทั้งหลายที่ใช้ในการจัดการบ้านเมือง

ในบทความนี้มุ่งที่จะหาคำตอบโดยการพิจารณาจากหลักการในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญประกอบกับการแสดงเหตุผลที่มาของการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ: รัฐธรรมนูญ, กฎหมาย

***ผู้รับผิดชอบบทความ: udom@tu.ac.th** **DOI: 10.14456/tujournal.2020.19**

ความเป็นมาของหลักการให้แก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากในรัฐธรรมนูญ 2560

โดยหลักการทั่วไป ประเทศที่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมแสดงให้เห็นตรรกะแห่งอำนาจใน 2 ระดับในตัวเอง นั่นคือ ระดับแรก อำนาจของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituent) และระดับที่สอง อำนาจขององค์กรที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué)[1] ในส่วนของอำนาจของผู้สถาปนารัฐธรรมนูญมักแสดงร่องรอยในคำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญนั้นเองว่าอำนาจนี้เป็นมาอย่างไร เป็นองค์พระมหากษัตริย์ที่พระราชทาน หรือคณะบุคคลที่เข้ายึดอำนาจเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือประชาชนที่เข้าล้มล้างเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเดิม หรือเป็นการดำเนินการร่วมกันของผู้ที่เกี่ยวข้องมากกว่าฝ่ายเดียวหรือกลุ่มเดียว ในขณะที่อำนาจขององค์กรที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าประสงค์จะให้ใช้อำนาจจัดการบ้านเมืองในขอบเขตมากน้อยเพียงใด และไม่ว่าจะวางขอบเขตไว้อย่างไร ก็คงไม่อาจถึงขั้นให้องค์กรที่ใช้อำนาจในระดับที่สองนี้กระทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญได้เอง ดังจะเห็นได้ว่าจะมีการกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ มีการห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ หรือให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการบัญญัติกฎหมายโดยทั่วไป

แม้ที่ผ่านมาประเทศไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 จะมีตารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับรวมถึง 20 ฉบับด้วยปัญหาความผันผวนทางการเมืองภายในประเทศ และไม่ว่าจะเป็นการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยคณะราษฎรในปี พ.ศ.2475 หรือการรัฐประหารยึดอำนาจโดยคณะทหารตำรวจในเวลาต่อๆ มา ซึ่งรวมถึงการยึดอำนาจโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2557 ทุกครั้งจะตามมาด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ยืนยันอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจระดับที่หนึ่งอันเป็นอำนาจร่วมกันระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับคณะบุคคลที่ทำการยึดอำนาจการปกครองเพื่อสถาปนาองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในระดับที่สอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมา รวมถึงฉบับปัจจุบันจึงมีฐานะเป็นกฎหมาย

[1] อาจดูเพิ่มเติมการอภิปรายปัญหาการแยกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 , ปทุมธานี : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560, น.100-116

สูงสุดที่รับรองอำนาจในสองระดับอย่างชัดเจน เพราะวางกรอบในการใช้อำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ให้กระทำได้อย่างจำกัดด้วย

กล่าวเฉพาะในกรณีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่มุ่งให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าในอดีตที่ผ่านมานั้น จะพบว่าภายหลังการยึดอำนาจของ คสช. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2558 บัญญัติให้มีคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศ และเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น โดยมีแนวทาง 10 ประการตามที่มาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 บัญญัติรายละเอียดไว้ หนึ่งในบรรดาแนวทางที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับนี้บัญญัติไว้คือหลักการที่ให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต้องมีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้มีการทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะได้วางไว้ บทบัญญัติข้อนี้เป็นสิ่งที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ยึดถือสำหรับการวางหลักในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 255[2] และมาตรา 256[3] ต่อมานั่นเอง

---

[2] มาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้

[3] มาตรา 256 ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกวาห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

แต่เพื่อยืนยันที่มาของการกำหนดหลักการป้องกันการทำลายหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ คงจะต้องย้อนให้เห็นข้อเท็จจริงในอดีตอย่างน้อย 2 เรื่องที่นำมาซึ่งหลักการนี้ กล่าวคือ เรื่องแรกมีความพยายามของพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลที่จะใช้เสียงข้างมากในรัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนเรื่องที่สองเป็นการใช้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อ

---

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอ ต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป

(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

ดำเนินการให้มีการนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดจนเกิดข้อขัดแย้งทางการเมืองที่บานปลายไปสู่วิกฤตทางการเมือง

เรื่องแรก เกิดขึ้น 2 ครั้ง ครั้งแรกในปี พ.ศ.2555 เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายรัฐบาลยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และอีกครั้งหนึ่งในปี พ.ศ.2556 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายรัฐบาลยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ในประเด็นเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาจากระบบสรรหาให้เปลี่ยนไปเป็นระบบเลือกตั้ง อันนำมาซึ่งข้อโต้แย้งของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555[4] ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 และคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556[5] เห็นว่าเนื้อความที่ขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสาระสำคัญที่ขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้ถูกร้องทั้งหมดซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายเสียงข้างมากได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ฝ่าฝืนมาตรา 68 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

ส่วนครั้งที่สอง ในปี พ.ศ.2556 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายเสียงข้างมากเสนอร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องจากการชุมนุมทางการเมือง การแสดงออกทางการเมืองของประชาชน และได้อาศัยการเป็นพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาแปรญัตติและพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมการนิรโทษกรรมไปถึงอดีตนายกรัฐมนตรี ทักษิณ ชินวัตร ซึ่งต้องคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลด้วย หรือที่เรียกกันว่า “นิรโทษกรรมฉบับสุดซอย หรือนิรโทษกรรมเหมาเข่ง” จนทำให้เกิดการชุมนุมประท้วงของประชาชนครั้งใหญ่ และนำมาซึ่งความขัดแย้งและการใช้ความรุนแรง

[4] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 29 ตอนที่ 118 ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555, น.1-26.

[5] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 5 ก วันที่ 8 มกราคม 2557, น.1-31.

ระหว่างฝักฝ่ายทางการเมืองและเกิดวิกฤตในการบริหารบ้านเมือง อันนำมาซึ่งการยึดอำนาจโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติในที่สุด[6]

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในชาติ

เป็นที่ยอมรับกันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องยากกว่ากฎหมายทั่วไปเพราะสถานะของรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นกฎหมายของกฎหมาย หรือเป็นกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราขึ้น ไม่ว่าจะเป็นพระราชกำหนด หรือกฎหมายในระดับอนุบัญญัติที่อาศัยอำนาจวางกฎที่ได้รับจากกฎหมายในระดับสูงกว่าอีกทีหนึ่ง ในขณะที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วยเสียงข้างมากธรรมดา แต่รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจของรัฐสภาอีกทีหนึ่ง หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้แตกต่างไปจากเดิมจึงต้องมีหลักเกณฑ์ตลอดจนขั้นตอนกระบวนการพิจารณาและจำนวนเสียงเห็นชอบให้มีการเปลี่ยนแปลงที่มากขึ้นไปกว่ากฎหมายปกติธรรมดา

ในกรณีตัวอย่างของรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐต้องใช้เสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกทั้งสองสภาคือสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และต้องมีการให้สัตยาบันโดยรัฐสภาของมลรัฐไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนมลรัฐทั้งหมดด้วย[7] หรือในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต้องเห็นชอบเนื้อหาที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเหมือนกันแล้ว ยังจะต้องใช้การลงประชามติของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หรือถ้าประธานาธิบดีไม่ใช้วิธีการลงประชามติก็ต้องให้สภาทั้งสองประชุมร่วมกันและต้องได้เสียงเห็นชอบเป็นเสียงข้างมากสามในห้า[8] กรณีตัวอย่างข้างต้นทำให้เห็นว่าประเทศต้นแบบเหล่านี้ก็ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเขาไว้แตกต่างจากกฎหมายทั่วไปเช่นกัน

---

[6] ดูรายละเอียดใน สถาบันพระปกเกล้า เรียบเรียงโดย ฐิติกร สังข์แก้ว และ อรรถสิทธิ์ พานแก้ว, นิรโทษกรรมเหมาเข่ง, wiki.kpi.ac.th>title = นิรโทษกรรมเหมเข่ง

[7] รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา หมวด 5

[8] รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 89 วรรคสอง และวรรคสาม

ในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กำหนดสถานะของรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างจากกฎหมายทั่วไปเช่นกัน กล่าวคือ กำหนดให้การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ ทั้งขั้นตอนที่ต้องทำเป็น 3 วาระ และในวาระรับหลักการจะต้องมีเสียงสนับสนุนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ วาระที่สองในชั้นแปรญัตติใช้เสียงข้างมากธรรมดาในการเห็นชอบเนื้อหารายมาตรา และในวาระที่สามที่ให้ความเห็นชอบเนื้อหาทั้งหมดต้องใช้เสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ซึ่งเท่ากับมีความแตกต่างอยู่บ้างแต่ไม่มาก และที่ผ่านมาหากพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรก็อาจเพียงพอที่จะทำให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาได้

ประสบการณ์ในทางการเมืองของประเทศไทยทำให้เห็นดังได้กล่าวข้างต้นแล้วทำให้เห็นว่าการใช้เสียงข้างมากธรรมดาของจำนวนสมาชิกทั้งหมดในรัฐสภาอาจทำให้มีการทำลายหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญได้ และโดยตรรกะที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของหลักเกณฑ์ทั้งหลาย เมื่อจะมีการเปลี่ยนแปลงควรคำนึงถึงทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อันเป็นการป้องกันมิให้ใช้เสียงข้างมากโดยไม่คำนึงถึงเสียงข้างน้อยอย่างที่เคยปรากฏในอดีต และเมื่อใดก็ตามเสียงของผู้แทนประชาชนไปในทิศทางเดียวกันอย่างเห็นได้ชัด การแก้ไขเพิ่มเติมก็ย่อมดำเนินการได้ และไม่ใช่สิ่งที่ยากเย็นอีกต่อไป[9]

ข้อโต้แย้งที่เห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมถูกวางเกณฑ์ไว้ให้ทำได้ยากมาก ด้วยการกำหนดให้มีเสียงของสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในเสียงให้ความเห็นชอบในวาระแรก และสัดส่วนของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาเดิมรวมกับจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มิได้สังกัดพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้เป็นรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบในวาระที่สามนั้น จะเห็นว่าเป็นเช่นนั้นจริงเฉพาะในช่วงที่สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกของ คสช.ตามบทเฉพาะกาลมาตรา 269 ในช่วง 5 ปีแรกของการเมืองในระบบเลือกตั้งเท่านั้น แต่เมื่อสมาชิกวุฒิสภากลับเข้าสู่ระบบปกติคือได้มาจากบุคคลที่เลือกกันเองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 107 แล้ว เงื่อนไขที่กำหนด

[9] คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560. กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร, น.453-454

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าในวาระแรกหรือวาระที่สามก็จะเป็นเงื่อนไขที่ไม่ยากเกินไป แต่เป็นเงื่อนไขธรรมดาที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญควรเป็นประโยชน์ที่ทุกฝ่ายมีร่วมกัน

ส่วนการที่มาตรา 256 (8) บัญญัติให้ต้องมีการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ แม้รัฐสภาจะพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามกระบวนการพิจารณาทั้งสามวาระแล้ว ก็เป็นเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเนื้อหาบางเรื่องแม้จะไม่ถึงกับต้องห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเด็ดขาดอย่างเรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 แต่ก็เป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอันควรได้รับการไตร่ตรองเป็นพิเศษก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เปลี่ยนไปจากที่ได้บัญญัติไว้เดิม เรื่องเหล่านี้ได้แก่ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเหล่านี้จึงบัญญัติให้ต้องมีการขอความเห็นชอบจากประชาชนด้วย ไม่ใช่อาศัยเฉพาะเสียงข้างมากของผู้แทนประชาชนในรัฐสภาเท่านั้น

มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าเนื้อหาในรัฐธรรมนูญอีกหลายเรื่องมีความสำคัญไม่น้อย เช่น หากต้องการเปลี่ยนให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีแต่สภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว หรือเปลี่ยนวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา การกำหนดวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาให้เปลี่ยนจากวิธีเลือกกันเองมาเป็นการเลือกตั้งหรือเปลี่ยนเป็นการสรรหา อย่างไรก็ดี เมื่อมิได้มีการกำหนดไว้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมจะทำมิได้ หรือจะทำได้ต้องผ่านขั้นตอนการออกเสียงประชามติด้วย ขั้นตอนการดำเนินการจึงอยู่ที่ผู้มีอำนาจเกี่ยวข้องโดยเฉพาะรัฐบาลที่คุมเสียงข้างมากในรัฐสภาว่าจะดำเนินการไปตามปกติที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 หรืออาจใช้การออกเสียงประชามติก่อนการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 166 บัญญัติไว้ก็สามารถทำได้

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่การล้มล้างรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุผลที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายใดๆ ทั้งยังเป็นที่มาของหน้าที่และอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร จึงไม่อาจมีองค์กรใดเลยซึ่งจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเหนือรัฐธรรมนูญได้ ไม่ว่าในทางใดๆ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจนอกรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติจึงจำเป็นต้องมีองค์กรที่คอยพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ ไม่ให้องค์กร

ใดของรัฐใช้อำนาจไปในทางมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประเทศต่างๆ มักจะใช้ศาล อาจเป็นศาลยุติธรรม หรือศาลรัฐธรรมนูญ และมีกลไกหรือมาตรการอย่างอื่นเพื่อคอยตรวจตราในเชิงป้องกันหรือตรวจตราไม่ให้เกิดการการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย หรือองค์กรที่ใช้อำนาจในฝ่ายปกครองโดยทั่วไป

การเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2560 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติต่างๆ คงต้องพิจารณาตามกรอบของมาตรา 255 และมาตรา 256 ว่าสามารถดำเนินการได้หรือไม่เพียงใด อย่างไรก็ดี ความซับซ้อนของเรื่องเกิดเมื่อมีพรรคการเมืองทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านเสนอญัตติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมวด 15 เพื่อต้องการแก้ไขทั้งมาตรา 256 และเพิ่มบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญสำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ข้อเสนอเช่นนี้ทำให้มีประเด็นว่าเข้าตามหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือตรงกันข้ามเข้าลักษณะเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแบบเงียบๆ

หากพิจารณาตามตัวบทรัฐธรรมนูญ หมวด 15 ไม่มีบทบัญญัติเขียนห้ามการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ไว้โดยตรง คงมีแต่มาตรา 255 บัญญัติห้ามเด็ดขาดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ซึ่งในเบื้องต้นทำให้อาจคิดต่อไปได้ว่าเรื่องอื่น ๆ นอกเหนือจากที่บัญญัติในมาตรา 255 แม้จะสำคัญก็แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากได้ดำเนินการตามที่บัญญัติในมาตรา 256 จนทำให้ลืมคิดไปว่ากรอบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำถึงขั้นล้มล้างรัฐธรรมนูญไม่ได้ แม้ในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติถ้อยคำนี้ไว้ก็ตาม

แม้ดูเหมือนว่าการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ว่าในสังกัดพรรคร่วมรัฐบาล หรือของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในสังกัดพรรคฝ่ายค้าน จะเห็นว่าการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะนำมาใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยมีการกำหนดเงื่อนไขของการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ว่ายังคงบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 พระมหากษัตริย์ ไว้คงเดิมไม่มีการเปลี่ยนแปลง ซึ่งเท่ากับเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกรอบของมาตรา 255 แล้ว แต่ในความเป็นจริงสาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามญัตติดังกล่าวก็ยังอยู่นอกกรอบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะการเสนอบทบัญญัติเพื่อให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ย่อมเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ก่อนนั่นเอง ผลในทางกฎหมายจึงไม่ต่างจากการล้มล้าง

รัฐธรรมนูญโดยการรัฐประหาร เป็นแต่เพียงมิได้กระทำโดยองค์กรนอกรัฐธรรมนูญให้เกิดความตื่นตระหนกตกใจ แต่กระทำโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นเองแต่ใช้อำนาจนอกรัฐธรรมนูญ จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แบบเนียนๆ

จริงอยู่ที่ว่าในอดีตรัฐสภาไทยเคยมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2534 โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อนำมาใช้แทนรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่เดิม จนในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมสามารถยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบจนมีการประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ในที่สุด แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวในขณะนั้นเป็นช่วงของการตื่นตัวของประชาชนที่ประสงค์จะให้มีการปฏิรูปทางการเมือง จนอาจกล่าวได้ว่ากระแสของประชาชนส่วนใหญ่ประสงค์ที่จะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทนรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2534 โดยไม่มีฝ่ายใดขึ้นมาโต้แย้งถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว และแม้จะมีแนวปฏิบัติดังกล่าวก็เป็นการดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2534 ซึ่งไม่อาจอาศัยเป็นบรรทัดฐานในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่มีบริบทที่แตกต่างกันไปอย่างมาก

บทสรุป

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่อาจเป็นความประสงค์ของประชาชนจำนวนหนึ่ง แต่ไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่ามีจำนวนเท่าใด แต่รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่มีที่มาจากความเห็นชอบของประชาชนที่ไปออกเสียงประชามติเป็นจำนวนกว่าสิบหกล้านเสียง ซึ่งมากกว่าเสียงของประชาชนฝ่ายที่ไม่เห็นชอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่มีความชอบธรรม แม้เมื่อมีการใช้บังคับมาระยะหนึ่งอาจมีข้อขัดข้องในบางประเด็นจนทำให้เกิดกระแสของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบางมาตราไปจนกระทั่งถึงมีข้อเสนอของบางฝ่ายที่ต้องการให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ไม่ว่ามีเงื่อนไขสอดคล้องกับมาตรา 255 หรือไม่ก็ตาม เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญคือห้ามการล้มล้างรัฐธรรมนูญ ทางออกที่จะทำได้หากมีกระแสทางการเมืองที่ไม่อาจเจรจากันได้จริงๆ กระบวนการทางกฎหมายก็ไม่ได้ถึงกับปิดทางการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เสียทีเดียว แต่โดยอาศัยหลักการที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนเป็นผู้ถืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำ

รัฐธรรมนูญใหม่จะต้องเกิดขึ้นจากความเห็นชอบของประชาชนเท่านั้น ช่องทางเดียวที่เปิดให้มีการรับทราบความต้องการของประชาชนจริงๆ จึงอยู่ที่การจัดให้มีการออกเสียงประชามติด้วยบทบาทของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 166 เท่านั้น[10] และหากผลของการออกเสียงประชามติเป็นไปในทางใด ความชอบธรรมในการดำเนินการของรัฐบาลที่สอดคล้องกับเสียงของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่ไม่มีฝ่ายใดปฏิเสธได้ ไม่ว่าจะในทางยืนยันให้ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นอยู่เดิม หรือแม้กระทั่งเปิดช่องให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อขอความเห็นชอบจากประชาชน

[10] แนวทางให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อความชอบธรรมที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยประเด็นที่สองของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 29 ตอนที่ 118 ก วันที่ 13 ธันวาคม 2555