

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ
ตามมาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

กิตติพร สุดประเสริฐ
ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์

**ปัญหาบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ถูกลบออกเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8)
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560***
**Issues Concerning Provisions Enjoying Special Protection under Article 256(8)
of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560**

กิตติพร สูดประเสริฐ**
Kittitorn Sudprasert
ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์***
Professor Dr.Somkit Lertpaithoon

บทคัดย่อ

“แนวความคิดบทบัญญัติที่ถูกลบออกเป็นพิเศษ” เป็นกลไกหนึ่งที่รัฐธรรมนูญสมัยใหม่นำมาใช้เพื่อปกป้องตัวมันเองตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเกี่ยวกับอำนาจและข้อจำกัด” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม คือ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต, ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริญญ์ เทวานฤมิตรกุล.

The article is a part of dissertation “Problems Concerning Constitutional Amendment: Study of Amending Power and Limitations.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Doctor of Laws at Thammasat University. Professor Dr.Somkit Lertpaithoon is advisor and Professor Dr.Banjerd Singkaneti is co advisor. Professor Dr.Udom Rathamarit, Professor Dr.Somkit Lertpaithoon, Professor Dr.Banjerd Singkaneti, Professor Dr.Taweekiat Meenakanit and Assistant Professor Dr.Prinya Thaewanarumitkul are examiners.

*นักศึกษาลัทธิสุตธรรมาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: ksudprasert@gmail.com

LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University.

***อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; D.E.A. de droit public interne, Paris II University, France; Doctorat en droit, Paris II, France. E-mail: somkit1959@yahoo.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Thammasat University; LL.B. Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. D.E.A. de droit public interne, Paris II University, France; Doctorat en droit, Paris II, France.

วันที่รับบทความ (received) 12 มิถุนายน 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 สิงหาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 สิงหาคม 2566.

ที่ช่วยทำให้รัฐธรรมนูญดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน ด้วยการผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติชั่วคราวหรือเรื่องพื้นฐานของการปกครองหรือส่วนประกอบของความเป็นประชาธิปไตย เรื่องที่สำคัญสามารถถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยวิถีทางของรัฐธรรมนูญ แต่ขณะเดียวกันยังคงคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ด้วยเช่นเดียวกัน ด้วยการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเหล่านั้นให้ต้องใช้กระบวนการพิเศษ ซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนจนในความเป็นจริงแล้วแทบไม่สามารถแก้ไขได้เลย เพราะเหตุว่าการจะแก้ไขหลักการเรื่องดังกล่าวได้สำเร็จต้องอาศัยเสียงเห็นพ้องต้องตรงกันของกลุ่มการเมืองทุกฝ่ายในชาติร่วมกัน โดยเฉพาะต้องได้รับความเห็นชอบจาก “ประชาชน” โดยตรงหรืออย่างน้อยที่สุดก็ต้องโดยอ้อมในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจอธิปไตย

คำสำคัญ: รัฐธรรมนูญ, บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม

Abstract

“The concept of Provisions Enjoying Special Protection” is considered one of the mechanisms that the modern constitution has adopted to protect itself under the democratic regime. Being applied as a tool for maintaining the constitution that reflects the general will of the public, those provisions will ease rigidity of the eternal clauses or basic elements of the government or major components of democracy that are amendable according to the constitutional process while at the same time, preserving the supremacy of the constitution by stipulating specific amendment processes which in general, requires special and complicated procedures to the extent that it would be least likely to succeed in practice as in order to achieve the amendment of such provisions, it needs consensus of all political groups in the country and in particular, it needs to be endorsed by “the people” whether directly or at least indirectly as a source of sovereign power.

Keywords: constitution, provisions enjoying special protection, procedural amendment

1. บทนำ

ปัจจุบันนี้มีอาจปฏิเสธได้เลยว่า เรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ โดยภาพรวมมีความหลากหลายอย่างมาก แม้ว่าองค์ประกอบพื้นฐานที่สร้างสิ่งกีดขวางเป็นพิเศษในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่แล้วจะเหมือนกันก็ตาม เช่น ต้องได้เสียงส่วนใหญ่ตามที่กำหนด มีการลงมติมากกว่าหนึ่งครั้ง มีการยัดเวลาลงมติ มีการทำประชามติ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการออกแบบโดยใช้วิธีการเดียวหรือหลายวิธีการร่วมกัน ทำให้สูตรการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแทบจะไม่ซ้ำกันเลยในแต่ละประเทศ² ขณะเดียวกันในบางครั้งรัฐธรรมนูญก็ต่อต้านการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเอง เพราะไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม องค์ประกอบบางอย่างของรัฐธรรมนูญก็จะถูกป้องกันไม่ให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขได้ แม้ว่าประชาชนส่วนใหญ่ต้องการที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบเหล่านี้ก็ตาม นักวิชาการเรียกองค์ประกอบเหล่านี้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ (Unamendability)³ หรือที่เรียกว่า “บทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause)” อันถือเป็นรากฐานแนวความคิดเรื่องข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁴ ซึ่งวิธีการปกป้ององค์ประกอบเหล่านี้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแสดงออกให้เห็นอย่างเป็นทางการผ่านการกำหนดเป็นข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดแจ้งไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ (Formal Unamendability) ปัจจุบันนี้ข้อห้ามแก้ไขของรัฐธรรมนูญกลายเป็นบรรทัดฐานในยุคสมัยใหม่ของรัฐธรรมนูญนิยมไปเสียแล้ว และปรากฏว่าเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของประเทศที่ปกครองที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดไปแล้ว⁵

²European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), **Report on Constitutional Amendment study no. 469/2008** [Online], available URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), 2010 (January, 19).

³Richard Albert, **Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions** (New York: Oxford University Press, 2019), p. 140.

⁴บุญเทพ ศิริพงษ์ค์, รายงานผลการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 8.

⁵Roznai Y., **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers** (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 20–21 cited by Richard Albert and Bertil Emrah Oder, “The Forms of Unamendability,” in **An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)**, eds. Richard Albert and Bertil Emrah Oder (Cham: Springer, 2018), p.3.

ขณะที่ตามหลักการประชาธิปไตยแล้วยอมรับว่ารัฐธรรมนูญถือเป็นพันธสัญญาสังคม (Social Contract)⁶ ที่ประชาชนแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมือง (Popular Will) ในการสร้างระบอบการเมืองและระบบกฎหมายของประเทศขึ้นมาในสังคมร่วมกัน⁷ ประชาชนจึงเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในการปกครอง หรือที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) ด้วยเหตุดังกล่าว รัฐธรรมนูญเองต้องดำรงคงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนในแต่ละยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปเสมอ ดังนั้นแล้ว ประชาชนควรมีสติที่ดีขาดและความชอบธรรมในการแก้ไขพันธสัญญานี้ได้ เหตุผลที่ว่า มันควรจะเป็นการตัดสินใจของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือผ่านผู้แทนที่จะพิจารณาว่าองค์ประกอบในรัฐธรรมนูญในเรื่องใดสำคัญต่อระบอบรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸ การมีข้อกำหนดที่จำกัดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้น ด้านหนึ่งก็เป็นที่น่ากังวลว่า ยิ่งขอบเขตของการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญกว้างขวางมากเท่าไร นั่นคือมีหลักการ สถาบัน หรือหลักเกณฑ์ที่เสียงส่วนใหญ่ไม่สามารถแตะต้องได้เป็นจำนวนมาก ก็ยิ่งทำให้เกิดแรงตึงเครียดในระบอบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นเท่านั้น⁹ เมื่อพลเมืองไม่สามารถจะแก้ไขปรับเปลี่ยนคุณค่าพื้นฐานของสังคมได้ แรงจูงใจของประชาชนในการเข้าร่วมกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ก็ย่อมเสื่อมถอยลงไป เมื่อเป็นเช่นนั้น การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญย่อมเสี่ยงต่อการบั่นทอนการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย¹⁰ ไม่ว่าจะเป็นช่องทางทางมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนเองหรือทางอ้อมโดยผ่านผู้แทนก็ตาม สุดท้ายรัฐธรรมนูญนิยมก็มีสภาพเป็นเพียงรัฐธรรมนูญอำนาจนิยมเท่านั้น

แม้ว่าบทบัญญัติขั้วนี้รันดร์นั้น จะเป็นแนวความคิดหนึ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญหลายประเทศทั่วโลกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญมิให้ถูกทำลายหรือล้มล้างจากการแผ้วถางกับการใช้อำนาจ

⁶ไพโรจน์ ไชยนาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495), หน้า 15.

⁷วรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี* (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 19.

⁸Bernal C., “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine,” *Int J Const Law* 11 (2013): 339, 349 cited by Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability* [Online], available URL: https://www.researchgate.net/publication/327400015_Necrocracy_or_Democracy_Assessing_Objections_to_Constitutional_Unamendability_Unamendability_in_Constitutional_Democracies, 2007 (Jun, 15).

⁹Fabrice Hourquebie, *Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites* [Online], available URL: www.enelsyn.gr/.../Paper%20by%20Fabrice%20Hourq..., 2007 (Jun, 15).

¹⁰Sapir G., *The constitutional revolution—past, present and future* (Miskal: Yedioth Ahronoth Books, 2010), pp. 178–179. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ก็ตาม แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีบทบัญญัติป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญเช่นนี้ มีผู้โต้แย้งว่าย่อมไม่เป็นธรรม เนื่องจากการไปผูกมัดคนยุคหลังว่า ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านี้ซึ่งล้าแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานการปกครองทั้งสิ้น ทั้ง ๆ ที่คนยุคหลังอาจไม่ได้มีส่วนร่วมในเจตจำนงในการกำหนดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องใดบ้างที่ห้ามเปลี่ยนแปลง¹¹ ดังนี้ ถ้าหากคนยุคหลังปรารถนาที่จะเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องดังกล่าวแล้วจะดำเนินการด้วยวิธีการใดได้บ้าง นอกเสียจากจะยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมแล้วร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยกำหนดหลักการใหม่เรื่องนั้นมาแทนที่ จนกล่าวได้ว่าการเปลี่ยนแปลงหลักการในเรื่องเหล่านั้นมีลักษณะที่ตายตัว ซึ่งอาจส่งผลให้หลักการในเรื่องหนึ่งเรื่องใดดำรงคงอยู่โดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชนในยุคหลัง การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนี้ แม้ในด้านหนึ่งจะเป็นการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) ก็ตาม แต่อีกด้านหนึ่งทำให้ตัวรัฐธรรมนูญเองดำรงคงอยู่ไปโดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงที่แท้จริงของประชาชนและตกอยู่ภายใต้การปกครองของคนที่ยาไปแล้ว (Necrocracy) ได้ในที่สุด ดังนั้นแล้วจึงปรากฏแนวความคิดที่มาผ่อนคลายความตายตัวดังกล่าวให้น้อยลง แต่ขณะเดียวกันก็ยังคงคุ้มครองหลักการเรื่องเหล่านั้นมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งแนวความคิดที่กล่าวมานี้เรียกว่า “บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)”¹²

บทความนี้จะกล่าวถึงแนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ ตัวอย่างของรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่บัญญัติให้มีบทบัญญัติดังกล่าว ตลอดจนวิเคราะห์มาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในปัญหาบางประการพร้อมข้อเสนอแนะ

2. แนวความคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

2.1 อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มีข้อเขียนทางวิชาการที่เสนอแนวความคิดเพื่อแสดงให้เห็นเด่นชัดว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant dérivé) นั้นมิใช่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ล้นพ้น อิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ โดยอาจพิจารณาจากมุมมองต่าง ๆ ประกอบกันได้ดังนี้

¹¹ปิยบุตร แสงกนกกุล, เกร็ดเล็กเกร็ดน้อยว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง [Online], available URL: <https://blogazine.pub/blogs/piyabutr-saengkanokkul/post/3755,2555> (พฤษภาคม, 10).

¹² European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), op. cit.

2.1.1 พิจารณาจากมุมมองที่มาแห่งอำนาจและหน้าที่แห่งอำนาจ

ถึงแม้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจต่อเนื่องมาจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นเพียงอำนาจที่ถูกก่อตั้งและได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ Carl Schmitt จึงเห็นว่า อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมเหมือนกับอำนาจอื่น ๆ ที่มีที่มาหรือเกิดจากรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอำนาจที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ดังนั้น อำนาจนี้จึงถูกจำกัดตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจดังกล่าวไม่สามารถถูกใช้ให้เกินกว่ากรอบระเบียบแบบแผนของรัฐธรรมนูญ (Constitutional order) กำหนดไว้ได้¹³ เมื่อเป็นเช่นนี้ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจตามกฎหมายที่ต้องเคารพต่อระเบียบแบบแผนของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบ่อเกิดของตัวมันเอง

ส่วนมุมมองหน้าที่แห่งอำนาจ (Function of Power) แล้ว Murswiek เห็นว่า รัฐธรรมนูญถูกสถาปนาขึ้นโดยอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญ และรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นเพียงหนึ่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญของรัฐเท่านั้น ดังนั้น ผู้สถาปนารัฐธรรมนูญและผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่เพียงต่างกันในเรื่องที่มาเท่านั้น แต่ยังต่างกันในเรื่องหน้าที่อีกด้วย โดยทั้งสองเรื่องดังกล่าวมีความสัมพันธ์เชิงลำดับชั้นที่เกี่ยวข้องกันนั่นคือ ผู้ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องขึ้นตรงกับรัฐธรรมนูญและต้องใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹⁴ ดังนั้นแล้ว ถ้าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมได้กำหนดห้ามมิให้หลักการบางเรื่องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ไม่มีสิทธิเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องนั้นได้ เนื่องจากเป็นหน้าที่ของอำนาจหรือองค์กรที่ถูกก่อตั้งจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมซึ่งเป็นอำนาจสูงสุด ที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องแสดงความเคารพต่อเจตจำนงแห่งอำนาจสูงสุดดังกล่าว มิฉะนั้นแล้ว ถ้าอำนาจในการแก้ไขต่อการมีอยู่ของอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม¹⁵

¹³Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham and London: Duke University, 2008), pp. 150, 152.

¹⁴Murswiek D (2008) *Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen*. Unpublished paper presented in Bilkent University, Ankara, p 3, 10 Nov 2008. <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/murswiek/ewigkeitsgarantie.>, cited by: Sağlam F (2010) *Anayasa ve Değişmez Kurallar*. In: Prof. Dr Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan. Adalet Yayınevi, Ankara, p. 575. cited by Serkan Köybaşı, "Amending the Unamendable: The Case of Article 20 of the German Basic Law" in *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)*, op. cit., p. 265.

¹⁵Dmitri Georges Lavroff, *Le Droit Constitutionnel de la Ve République*. (Daloz 1995) 99–100 cited by Serkan Köybaşı, op. cit., p. 263.

ด้วยเหตุนี้เอง อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้จะทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย รัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ก็ยังเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น จึงเปรียบได้ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้นและได้รับมอบอำนาจ มาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) ดังนี้แล้ว รัฐธรรมนูญเองอาจกำหนดข้อกำหนดในการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวถือเป็น “การแก้ไข เพิ่มเติมตัวมันเอง (“self-amendments”)” และข้อกำหนดในการแก้ไขเพิ่มเติมต่าง ๆ ถูกใช้เป็น เงื่อนไขสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมตัวมันเอง หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใดไม่เป็นไปตามข้อกำหนด ข้อหนึ่งข้อใดแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ สิ่งที่พยายามแก้ไขเพิ่มเติมก็มี อาจเป็นส่วนหนึ่งหรือทำให้เนื้อหาของรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปได้แต่อย่างใด¹⁶

2.1.2 พิจารณาจากมุมมองทฤษฎีการมอบอำนาจ

ปัจจุบันมีการศึกษาค้นคว้าโดยการนำทฤษฎีมอบอำนาจ (Theory of Delegation) ซึ่งได้รับความสัมพันธ์ระหว่าง “ตัวการ” และ “ตัวแทน” มาใช้เพื่อนำมากำหนดขอบเขตของอำนาจ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดย Yaniv Roznai อธิบายเรื่องนี้ซึ่งสรุปได้ว่า¹⁷

ในที่นี้ผู้ที่มีมอบอำนาจหรือตัวการ คือ อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม และผู้รับ มอบอำนาจหรือตัวแทน คือ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา ซึ่งตัวแทนพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดจะเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ เมื่อ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็นการทำหน้าที่แทนประชาชน ในฐานะตัวการ เช่นนี้แล้ว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจมา จึงมีสถานะต่ำกว่าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม ซึ่งให้สิทธิทางกฎหมายแก่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ดังนี้แล้วอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีข้อจำกัดบางประการโดยธรรมชาติ เนื่องจากขอบเขตทางกฎหมายของการมอบอำนาจนั้นมีลักษณะที่มีข้อจำกัดโดยตัวมันเอง¹⁸

เมื่ออำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิม ได้มอบให้โดยมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการที่ประชาชนมอบอำนาจให้องค์กรที่ได้รับมอบ ไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะสามารถ แก้ไขเพิ่มเติมได้นั้นก็ต้องเป็นไปตามความสามารถตามกฎหมายที่ได้รับมอบมาจากอำนาจดั้งเดิม¹⁹

¹⁶Ulrich K. Preuss, “The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience,” *Israel Law Review* 44, 3 (2011): 429, 434.

¹⁷Yaniv Roznai, *Towards a Theory of Unamendability* [Online], available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 2015 (February, 24).

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

กล่าวได้ว่า การมอบอำนาจและความไว้วางใจเป็นหลักแนวคิดของขอบเขตของอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่ผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสิทธิครอบครองอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความไว้วางใจที่เจ้าของอำนาจมอบให้ โดยมีเงื่อนไขว่าผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีข้อผูกมัดในการปฏิบัติตามสิ่งที่ได้รับมอบหมาย ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขทางกระบวนการหรือเงื่อนไขทางเนื้อหาก็ตาม จนกว่าจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพื่อความก้าวหน้า ด้วยเหตุนี้ธรรมชาติของผู้รับมอบอำนาจมักจะมีเงื่อนไขเสมอ ดังนั้นอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบจึงมีข้อจำกัด²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มอบอำนาจและผู้รับมอบอำนาจมีลำดับชั้นอยู่เสมอ ตัวแทนไม่มีทางเท่ากับตัวการ²¹

2.1.3 พิจารณาจากมุมมองหลักการกำหนดถึงสิ่งใดแล้วย่อมตัดสิ่งอื่นออกไป

กรณีถ้าอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญแต่เดิมกำหนดห้ามมิให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้อย่างชัดเจนแล้ว หากเราพิจารณาจากหลักการกำหนดถึงสิ่งใดแล้วย่อมตัดสิ่งอื่นออกไป (*Expressio Unius Est Exclusio Alterius*) แล้วนั้น ย่อมไม่มีประเด็นถกเถียงกันว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องดังกล่าวได้หรือไม่ เพราะองค์กรที่ใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีอาจฝ่าฝืนข้อจำกัดนั้นได้อยู่แล้ว ในทางกลับกันถ้าหากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมมิได้กำหนดห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องใด ๆ เอาไว้เลย ก็ย่อมมีข้อควรพิจารณาว่า องค์กรดังกล่าวมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงทุก ๆ เรื่องได้ทั้งหมดในรัฐธรรมนูญใช่หรือไม่ ซึ่งลำพังการมีอยู่โดยนัยของการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญยังเป็นเรื่องที่สามารถโต้แย้งกันได้ หากผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการจะห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องหนึ่งเรื่องใด เราก็น่าจะคาดหมายได้ว่าผู้ร่างควรได้กำหนดบทบัญญัติเรื่องนั้นไว้เพื่อให้มีผลเช่นนั้น²² ปัญหาที่ปรากฏชัดโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขอยู่ และจะยิ่งยุ่งยากขึ้นอีกหากรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขรวมอยู่ด้วย ตามหลักการของ *expressio unius est exclusio alterius* การมีอยู่ของข้อจำกัดที่ระบุไว้อย่างชัดเจนเป็นหลักฐานว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อจำกัดของอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว และการไม่ได้กำหนดข้อจำกัดอื่น ๆ ไว้เป็นสิ่งที่จงใจให้เป็นเช่นนั้น และดังนั้น จึงไม่ควรต้องมีข้อกำหนดห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปริยายอีก²³

²⁰Yaniv Roznai, *Towards a Theory of Unamendability*, op. cit.

²¹Ibid.

²²การปฏิเสธหลักการโครงสร้างพื้นฐานของอินเดียในสิงคโปร์อิงกับข้อโต้แย้งนี้ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู *Teo Soh Lung v. The Minister for Home Affairs [1989] 2M.L.J. 449, 456–457. cited by Yaniv Roznai, “Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability,” op. cit., p. 49.*

²³Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability*, op. cit.

เมื่อพิจารณาจากมุมมองทั้งสามข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต่างจากอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่เป็นอำนาจที่ไม่ถูกผูกมัดโดยกฎหมายหรือข้อจำกัดใด ๆ แต่เป็นอำนาจก่อตั้งรัฐมอบข้อบังคับทางกฎหมายและการเมือง และร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมนี้อาจเกิดขึ้นเองและเป็นอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงความเคารพต่อวิธีการหรือข้อจำกัดตามระเบียบแบบแผนที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นท่ามกลางสถานการณ์ที่ว่างเปล่า (Tabula Rasa Situation)²⁴ จากความแตกต่างดังกล่าว อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด (Competence Limit) และใช้อำนาจได้เท่าที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีความสามารถใช้อำนาจได้เท่าที่อำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมมอบให้แต่เพียงเท่านั้น นอกจากนี้แล้ว แนวความคิดดังกล่าวยังสะท้อนให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน ดังนี้คือ

ประการที่หนึ่ง องค์กรผู้รับมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามวิธีการขั้นตอนหรือเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อันเป็นข้อจำกัดทางกระบวนการ

ประการที่สอง ถ้าเจ้าของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้มอบอำนาจหรือห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาเรื่องใดในรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน องค์กรที่รับมอบอำนาจไปนั้นก็ไม่มีความสามารถแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาเรื่องนั้น ๆ ได้อย่างใด อันเป็นข้อจำกัดทางเนื้อหา

2.2 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับความเป็นประชาธิปไตย

ข้อถกเถียงในทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่องข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมากก็คือ ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีความสอดคล้องกับหลักการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งอาจแบ่งความเห็นออกเป็นฝ่ายที่ได้แย้งและฝ่ายสนับสนุนได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการประชาธิปไตย

ฝ่ายที่ได้แย้งการมีอยู่ของข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมนี้มีนักวิชาการหลายคนได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจ ตัวอย่างเช่น Richard Albert เห็นว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการทำลายพันธสัญญาพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยมในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากไปจำกัด

²⁴Robert J., “La Forme Républicaine du Gouvernement,” *Revue du Droit Public* 2 (2013): 362. cited by Serkan Köybaşı, op. cit., p. 266.

ทางออกตามรัฐธรรมนูญที่ประชาชนซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญพึงมี การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ เป็นเหมือนการจับเอาสิทธิพื้นฐานตามระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายไว้เป็นตัวประกัน²⁵ ส่วน Elisha Mulford เห็นว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกดขี่ด้วยเวลาที่แย่ที่สุด หรือใช้เวลาเป็นเครื่องกดขี่เสรีชน และเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่กำหนดชะตาโดยไม่ที่สิ้นสุด ให้เสรีชน อยู่ภายในกำมือของคนซึ่งตายไปแล้ว²⁶

ข้อโต้แย้งสำคัญที่มีต่อการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ คือ มีลักษณะเหมือน ไม่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากประชาชนซึ่งปกครองตนเองควรมีสิทธิในการโต้แย้งหรือขอแก้ไขพันธะ พื้นฐานนี้ได้โดยความสามารถในการแก้ไขรัฐธรรมนูญน่าจะเป็นพื้นฐานสำคัญของสังคมประชาธิปไตยใด ๆ ก็ตาม การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญทำให้เกิดกฎเกณฑ์หรือคุณค่าบางอย่างที่ไม่เพียงอยู่เหนือ การเมืองตามปกติทั่วไป แต่ยังอยู่เหนือการเมืองในเชิงรัฐธรรมนูญและเจตจำนงของประชาชน (Popular Will) ด้วย²⁷

ตามความเห็นฝ่ายนี้ การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญถือเป็นการทรยศ ต่อหนึ่งในมรดกที่น่าชื่นชมมากที่สุดของระบอบประชาธิปไตย คือ ความสามารถในการแก้ไขกฎหมาย²⁸ หรือปฏิเสธสิทธิในทางประชาธิปไตยของพลเมืองในการแก้ไขรัฐธรรมนูญของตนเอง และทำให้พวกเขา ต้องเสียสิทธิในอำนาจอธิปไตยพื้นฐานของประชาชนในการเลือกและเป็นสิ่งที่ต้องการ²⁹ แม้กระทั่ง การไม่ยอมให้เสียงส่วนใหญ่ หรือแม้แต่เสียงข้างมากแบบพิเศษทำการแก้ไขกฎเกณฑ์หรือคุณค่าดังกล่าว และโดยการเพิกเฉยต่อความสำคัญของกระบวนการทางการเมืองที่เป็นอยู่ในปัจจุบันอันเป็นพื้นฐาน ของการปกป้องการใช้อำนาจอธิปไตยในการปกครองตนเอง

²⁵Richard Albert, “Constitutional Handcuffs, Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 225,” *Arizona State Law Journal* 42, (2010): 663, 667. cited by Yaniv Roznai, *Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability*, op. cit.

²⁶Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁷Roznai Y. and Suteu S. “Eternal territory? The crimean crisis and Ukraine’s territorial integrity as an unamendable principle,” *German Law J* 16, 3 (2015): 542. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁸Schwartzberg M., *Democracy and legal change* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 2. cited by Yaniv Roznai, *ibid*.

²⁹Richard Albert, ‘Constitutional Handcuffs, op. cit. cited by Yaniv Roznai, “Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability,” op. cit., p. 37.

2.2.2 ข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย

สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนนั้น เห็นว่า ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือสำคัญในการปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย เนื่องจากว่าในส่วนเนื้อหาของเรื่องที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ไม่มีคำตอบสำเร็จรูป และแต่ละกรณีต้องมีการพิจารณาไปตามเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ แน่นอนว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญสามารถปกป้องประเด็นที่เป็นคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยที่เราเห็นว่าเหมาะสม เช่น เรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กระบวนการทางประชาธิปไตย หรือเรื่องหลักนิติธรรม รวมถึงข้อกำหนดที่ไม่สามารถแก้ไขได้อื่น ๆ โดยมุมมองทางประชาธิปไตยแล้ว ล้วนให้ความสำคัญกับหลักการทั้งหลายเหล่านี้ นอกจากนี้แล้ว การไม่สามารถแก้ไขได้นั้นยังป้องกันปัญหาความโต้แย้งในเชิงประชาธิปไตยในสังคมที่มีการแบ่งแยกอย่างรุนแรงเมื่อเข้าไปก้าวล่วงอัตลักษณ์ของชาติพันธุ์ หรือความเชื่อทางศาสนา และทำให้คนส่วนน้อยถูกมองข้ามไป³⁰ และหากเราเห็นว่าระบบรัฐธรรมนูญนิยมเป็นระบบของกฎหมายที่อยู่สูงกว่า ซึ่งตามระบบนี้ ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากจะต้องหลีกเลี่ยงให้กับข้อผูกพันในหลักการบางอย่าง หรือเป็นขีดจำกัดทางกฎหมายที่จำเป็นต่ออำนาจในการปกครอง³¹

นอกจากการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญจะช่วยปกป้องหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยแล้วนั้น อีกด้านหนึ่งยังเป็นการสร้างสถานะเย็นตัว (Chilling Effect)³² ซึ่งทำให้เกิดความลังเลก่อนจะเพิกถอนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญส่วนที่ไม่สามารถแก้ไขได้ จึงทำให้มีเวลาสำหรับเจตจำนงทางการเมืองและของสาธารณะเกี่ยวกับเนื้อหารัฐธรรมนูญส่วนที่ได้รับการปกป้อง และทดแทนเนื้อหาส่วนนั้นด้วยความต้องการของสาธารณะอย่างแท้จริง โดยเราไม่อาจหนีความจริงว่าการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญเป็นการบังคับเจตจำนงทางการเมืองว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ๆ สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของสังคมหรือไม่³³ ดังนั้น การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ และการบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าวอาจจะให้เวลาเพิ่มเติมที่เพียงพอสำหรับผู้คนได้พิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงการสนับสนุนต่อการเปลี่ยนแปลงที่ตรงข้ามกับคุณค่าพื้นฐานที่ตนเคยยึดถือและคอยห่วงเหี่ยวจากการปฏิบัติ³⁴

³⁰Mazen Masri, “Unamendability in Israel: A Critical Perspective” (this volume) cited by Yaniv Roznai, op. cit.

³¹Yaniv Roznai, ibid.

³²Mark Tushnet, “Amendment theory,” in Comparative constitutional theory, eds. Jacobsohn G. and Schor M. (Edward Elgar, 2018), p. 332. cited by Yaniv Roznai, ibid.

³³Yaniv Roznai, ibid.

³⁴Ackerman B., **We the people: foundations** (Cambridge: Harvard University Press, 1993), pp. 20–22. cited by Yaniv Roznai, ibid.

ตามความเห็นฝ่ายหลังนี้กล่าวได้ว่า การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญ จึงอาจมองได้ว่าไม่ใช่สิ่งที่ไม่เป็นประชาธิปไตยแต่น่าจะมองว่าเป็นเครื่องมือช่วยป้องกันโอกาสเกิดการทำลายตัวเองของระบอบประชาธิปไตย³⁵ ดังนั้น ความเห็นที่ว่าข้อผูกมัดที่ตั้งไว้ล่วงหน้าใด ๆ ที่จำกัดอำนาจในการแก้ไขทำให้เกิดปัญหาเรื่องความเป็นประชาธิปไตย เป็นมุมมองที่ค่อนข้างแคบที่มีต่อประชาธิปไตย

จากความเห็นของทั้งสองฝ่ายที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ทำให้เห็นว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนเหรียญที่มีสองด้าน ด้านหนึ่งอาจเป็นตัวปัญหาต่อการปกครองต่อระบอบประชาธิปไตย แต่ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นเครื่องมือที่ใช้แก้ปัญหาในการปกครองที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตจากประชาธิปไตยเสี่ยงข้างมากที่ฉ้อฉล เช่นนี้แล้ว ประเด็นที่สำคัญในเรื่องนี้อยู่ที่ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะออกแบบรัฐธรรมนูญอย่างไร เพื่อให้การไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญดำรงอยู่เป็นเครื่องมือปกป้องหลักการประชาธิปไตย และในเวลาเดียวกันก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการเปลี่ยนแปลงหลักการปกครอง สถาบันการเมือง หรือคุณค่าทางประชาธิปไตยเดิม ที่ประชาชนยุคหลังต้องการสถาปนาหลักการ สถาบัน หรือคุณค่าทางประชาธิปไตยใหม่มาแทนที่ตามเจตจำนงของคนในชาติร่วมกัน

3. แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

3.1 ลักษณะของบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

หากตั้งคำถามว่า อาศัยเหตุผลอะไรที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในยุคก่อนมีความชอบธรรมที่จะให้ผู้มีอำนาจในยุคหลังต้องสละอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบางอย่างได้ ถึงแม้ว่าผู้ทรงอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญดั้งเดิมจะได้สงวนบางเรื่องไว้เป็นข้อจำกัดทางเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ก็ตาม กล่าวคือหลักการหรือบทบัญญัติที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของรัฐธรรมนูญหรือการปกครองประเทศทั้งหลาย เป็นต้นว่าในเรื่องรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง หรือที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐนั้น หากยอมให้ความเชื่อความศรัทธาทางการเมืองของคนยุคก่อนต้องผูกพันหรือบังคับกับคนยุคหลังไปตลอดกาลแล้วโดยไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลยก็ย่อมขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมืองโดยสิ้นเชิง ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญในยุคก่อนย่อมไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะบังคับคนในยุคหลังให้ต้องผูกพันกับรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง หรือที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยอันตายตัวท่ามกลางฐานะความเป็นอยู่ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป³⁶ อาจกล่าวได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

³⁵Yaniv Roznai, *ibid*.

³⁶ไพโรจน์ ชัยนาม, *สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย* (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 197, 207 อ้างถึงใน ปุนเทพ ศิริพงษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 4.

ให้มีบทบัญญัติป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ย่อมไม่เป็นธรรม เนื่องจากการไปผูกมัดคนยุคหลังว่า ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเหล่านี้ซึ่งล้าแล้วแต่เป็นหลักการพื้นฐานการปกครองทั้งสิ้น ทั้ง ๆ ที่คนยุคหลังอาจไม่ได้มีส่วนร่วมในเจตจำนงในการกำหนดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องใดบ้างที่ห้ามเปลี่ยนแปลงด้วยเลย³⁷ และถ้าพิจารณาในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีหลักการหรือบทบัญญัติเรื่องใดในรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างแท้จริง เนื่องจากว่ามีอาจมีหลักการหรือบทบัญญัติใด ๆ รอดพ้นการเปลี่ยนแปลงจากการปฏิบัติหรือรัฐประหารไปได้เลยนั่นเอง³⁸ แต่แทนที่จะให้หลักการเหล่านั้นถูกเปลี่ยนแปลงโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญเช่นนั้นได้ซึ่งมิได้มาจากเจตจำนงของประชาชนเลย ก็ควรยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวด้วยวิถีทางตามรัฐธรรมนูญซึ่งสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนในยุคนั้น ๆ อย่างแท้จริงมากกว่า

บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)³⁹ เป็นแนวความคิดที่ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติขั้นบันไดและเพื่อให้บทบัญญัติหรือหลักการเรื่องต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของคนยุคหลังได้อย่างแท้จริง แต่ขณะเดียวกันก็ยังคุ้มครองหลักการเรื่องเหล่านั้นมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปไปพร้อม ๆ กันด้วย ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการพิเศษ⁴⁰ มาใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเหล่านั้นเป็นกระบวนการและมีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องทั่วไป แต่ทั้งนี้ต้องให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยทางตรงหรืออย่างน้อยก็ต้องทางอ้อมซึ่งเป็นขั้นตอนที่จะขาดเสียมิได้ในสังคมประชาธิปไตย⁴¹ กรณีทางตรง รัฐธรรมนูญมักจะกำหนดบังคับให้เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเหล่านี้แล้วต้องให้นำข้อเสนอเหล่านั้นมาให้ประชาชนออกเสียงตัดสินใจชี้ขาดให้ความเห็นชอบโดยการทำประชามติก่อนประกาศใช้⁴² ส่วนกรณีทางอ้อมนั้น รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้มีการตั้งองค์กรพิเศษมาทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

³⁷ปิยบุตร แสงกนกกุล, เรื่องเดิม.

³⁸Jeffrey Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press 2010) 70. cited by Richard Albert, op. cit., p. 141.

³⁹European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), op. cit.

⁴⁰Ibid.

⁴¹Markus Böckenförde, *Constitutional Amendment Procedures* [Online], available URL: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf>, 2014, p. 12.

⁴²ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997 มาตรา 235 รัฐธรรมนูญยูเครน ฉบับปี 1996 มาตรา 154 มาตรา 155 และมาตรา 256 วรรคหนึ่ง หรือรัฐธรรมนูญเมียนมาร์ ฉบับปี 2008 มาตรา 436 A และ B.

หลักการเหล่านั้นแทนประชาชนก็ได้⁴³ หรือบางกรณีอาจกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมทั้งทางตรงและทางอ้อมร่วมกันก็ได้⁴⁴ หรือถ้ามิได้กำหนดบังคับให้ประชาชนต้องมีส่วนร่วมทางตรงหรือทางอ้อม รัฐธรรมนูญนั้นก็จะกำหนดให้เลือกใช้ระหว่างการต้องได้รับมติให้ความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงข้างมากพิเศษสามในสี่ของสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภา หรือได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการทำประชามติ⁴⁵

เหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ต้องใช้มติด้วยเสียงข้างมากพิเศษ (Qualified Majority) ของรัฐสภา ร่วมกับการต้องได้รับสัตยาบันจากประชาชนในการให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเหล่านั้น ก็เพราะว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวในแต่ละครั้งย่อมกระทบต่อหลักการพื้นฐานในการปกครองหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบในประเด็นเรื่องนั้นจากทั้งกลุ่มการเมืองที่ครองเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภาาร่วมกัน แต่ทั้งนี้ส่วนใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญเองมักจะกำหนดให้ความเห็นชอบจากองค์กรสภาดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการลงมติในการเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องเหล่านั้นในขั้นแรกหรือเบื้องต้นเท่านั้น และจะต้องมีกระบวนการให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้ายจากประชาชนด้วยการทำประชามติ (Referendum) เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรง ในการตัดสินใจชี้ขาดว่าหลักการพื้นฐานเรื่องนั้น ๆ ควรมีการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือไม่ ดังนั้น การต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากทั้งฝ่ายเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภา และจากประชาชนโดยการทำประชามติ ก็เพื่อให้เกิดความเห็นพ้องต้องตรงกันของทุกฝ่ายหรือกลุ่มการเมืองในประเทศร่วมกันอย่างแท้จริง ส่วนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่ในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องพื้นฐานแทนรัฐสภานั้น เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าอำนาจที่จะนำมาใช้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเรื่องดังกล่าวมิใช่เป็นของอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ที่รัฐสภาจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมได้เองเพียงองค์กรเดียวโดยลำพัง

⁴³ซึ่งอาจเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993 มาตรา 136 หรือรัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ฉบับปี 1999 มาตรา 347 และมาตรา 348 เป็นต้น หรือเป็นสภา Grand National Assembly ตามรัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ฉบับปี 1991 มาตรา 157 และมาตรา 158.

⁴⁴ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978 มาตรา 168 ซึ่งกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ดำเนินการเช่นเดิม แต่จะต้องให้มีการยุบสภาชุดเก่าโดยทันทีหลังจากที่มีการลงมติให้ความเห็นชอบข้อเสนอขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญครั้งแรกแล้วให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาชุดใหม่เข้ามาพิจารณาให้ความเห็นชอบข้อเสนออันนี้อีกครั้งหนึ่งเมื่อผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาชุดใหม่แล้วจึงนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้าย.

⁴⁵รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับปี 2014) มาตรา 268.

ตามที่กล่าวมานั้น การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการและเงื่อนไขพิเศษในการเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษให้ยุ่งยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่องทั่วไป มากน้อยเท่าไร ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้ความสำคัญกับบทบัญญัติเรื่องเหล่านั้น มากน้อยเท่านั้น กล่าวคือ หากให้ความสำคัญน้อยแล้ว กระบวนการและข้อจำกัดในการเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษอาจไม่เข้มงวดกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติ เรื่องทั่วไปมากนัก แต่หากให้ความสำคัญมาก การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวจะใช้กระบวนการ และข้อจำกัดที่เข้มงวดกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องทั่วไปนั้นมากยิ่งขึ้น ซึ่งเปรียบได้กับ ในกรณีหากให้ความสำคัญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมากเท่าไร การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญย่อมต้องใช้กระบวนการที่ยุ่งยากกว่ากฎหมายธรรมดาตามากเท่านั้น⁴⁶ จะอย่างไรก็ตาม จากความเข้มงวดของกระบวนการและเงื่อนไขพิเศษดังกล่าว ในทางปฏิบัติแล้วเกือบจะเหมือนการทำให้ บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นไม่อาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เลย⁴⁷

3.2 ขอบเขตเนื้อหาของบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ

หากตั้งคำถามต่อไปว่า เนื้อหาที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ให้การปกป้องเป็นพิเศษ มีเรื่องอะไรบ้างนั้น ย่อมไม่มีคำตอบสำเร็จรูปในเรื่องนี้แต่จะขึ้นอยู่กับผู้ทรงอำนาจก่อตั้งรัฐธรรมนูญ ฉบับนั้น ๆ ว่าจะให้ความสำคัญกับบทบัญญัติหรือหลักการเรื่องไหนมากน้อยเพียงใด ภายใต้ประวัติศาสตร์ ทางการเมืองของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไปซึ่งไม่มีสูตรตายตัว อย่างไรก็ตาม การมีข้อกำหนด ที่จำกัดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้น ด้านหนึ่งก็เป็นที่น่ากังวลว่า ยิ่งขอบเขตของการไม่สามารถ แก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญกว้างขวางมากเท่าไร นั่นคือมีหลักการ สถาบัน หรือหลักเกณฑ์ที่เสียส่วนใหญ่ ไม่สามารถแตะต้องได้เป็นจำนวนมาก ก็ยิ่งทำให้เกิดแรงตึงเครียดในระบบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น เท่านั้น⁴⁸ เมื่อพลเมืองไม่สามารถจะแก้ไขปรับเปลี่ยนคุณค่าพื้นฐานของสังคมได้ แรงจูงใจของประชาชน ในการเข้าร่วมกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ก็ย่อมเสื่อมถอยลงไป เมื่อเป็นเช่นนั้น การไม่สามารถแก้ไข ได้ของรัฐธรรมนูญย่อมเสี่ยงต่อการบั่นทอนการมีส่วนร่วมในกระบวนการประชาธิปไตย⁴⁹ จึงกล่าวได้ว่า ข้อกำหนดที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้นั้นอาจเป็นฉนวนที่ก่อให้เกิดวิกฤตทางรัฐธรรมนูญ ได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากการไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการไปขัดขวางช่องทาง ตามรัฐธรรมนูญในการแก้ไขหลักการพื้นฐานบางอย่าง จึงมีโอกาที่จะเป็นอันตราย เพราะประชาชน อาจจะมองว่าการไม่สามารถแก้ไขได้ของรัฐธรรมนูญเป็นอุปสรรคที่ไม่อาจยอมรับได้ต่อการเปลี่ยนแปลง

⁴⁶Fabrice Hourquebie, op. cit.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Ibid.

⁴⁹Sapir G., op. cit., p. 79 cited by Yaniv Roznai, op. cit.

ทางการเมืองและสังคม จึงหันไปสู่การปฏิบัติแบบใช้กำลังเพื่อจะเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานเหล่านั้นแทน⁵⁰ ซึ่งเหมือนกับว่าประชาชนในยุคหลังมีความรู้สึกว่าตนถูกกดขี่บังคับให้ต้องตกอยู่ภายใต้หลักการบางอย่างตามเจตจำนงของประชาชนยุคก่อนทั้งที่ตนไม่ต้องการ ดังนั้นแล้ว เพื่อเป็นการลดความตึงเครียดและป้องกันการเกิดวิกฤตดังกล่าว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงลดความเข้มงวดของข้อห้ามแก้ไขบางหลักการหรือบางบทบัญญัติจากเดิมที่แก้ไขไม่ได้เลยโดยเด็ดขาดเป็นให้สามารถแก้ไขได้ภายใต้กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับใดที่เลือกใช้แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection) แล้ว ปกติก็มักจะปรากฏบทบัญญัติขั้วนิรันดร์ (Eternity Clause) ในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นอีก ซึ่งบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษอาจปรากฏให้เห็นในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ทุกบทบัญญัติในหมวดใดหมวดหนึ่งได้รับการปกป้องทั้งหมด ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญโปแลนด์ได้กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวด 1 สาธารณรัฐ หมวด 2 สิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของบุคคลและพลเมือง และหมวด 12 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵¹ หรือรัฐธรรมนูญรัสเซียได้กำหนดว่า ถ้าข้อเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการแก้ไขบทบัญญัติในหมวด 1 หลักการพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญ หมวด 2 สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์และพลเมือง และในหมวด 9 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการทบทวนรัฐธรรมนูญ⁵² หรือรัฐธรรมนูญสเปนได้กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยหลักการพื้นฐาน (Preliminary) เช่น หลักประชาธิปไตย เป็นต้น หมวด 1 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน ในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางมหาชน (Fundamental rights and public liberties) เช่น หลักความเสมอภาค สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและการสมาคม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการศึกษา สิทธิเลือกตั้งเป็นการทั่วไป เป็นต้น และหมวด 2 ว่าด้วยประมุขของรัฐ (The Crown) เช่น การสืบราชสันตติวงศ์ เป็นต้น⁵³

ขณะที่รัฐธรรมนูญบางประเทศได้มีการปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการพื้นฐานโดยกำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ อย่างชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญภูฏานได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งรวมถึงการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานในสองเรื่องดังต่อไปนี้ได้ ประกอบด้วย เรื่องที่ว่าด้วยสถาบันกษัตริย์ และเรื่องที่ว่าด้วยราชอาณาจักรภูฏานซึ่งรับรองว่าภูฏานปกครองด้วยรัฐธรรมนูญ

⁵⁰Yaniv Roznai, *ibid.*

⁵¹รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997, มาตรา 235.

⁵²รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993, มาตรา 136.

⁵³รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978, มาตรา 168.

ราชาธิปไตย⁵⁴ แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์เองที่มีฐานะเป็นกฎหมายธรรมดาและสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ในทุกบทบัญญัติด้วยกระบวนการอย่างเดียวกับกฎหมายธรรมดา ก็ยังได้มีการกำหนดให้มีการปกป้องบทบัญญัติบางเรื่องซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ให้ได้รับการปกป้องเป็นพิเศษเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวาระของรัฐสภา ตามมาตรา 17(1) แห่งกฎหมายว่าด้วยรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 1986, เรื่องที่เกี่ยวกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง (the Representation Commission) เรื่องนิยามของคำว่า “ประชากรซึ่งมีสิทธิเลือกตั้ง” การแบ่งเขตเลือกตั้งหลังจากสำรวจจำนวนประชากรแต่ละครั้ง อายุของบุคคลซึ่งมีสิทธิเลือกตั้ง วิธีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น ซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่ต้องใช้กระบวนการที่ยุ้งยากกว่าการแก้ไขกฎหมายเรื่องอื่น ๆ⁵⁵

อย่างไรก็ตาม มีรัฐธรรมนูญบางประเทศได้บัญญัติให้มีทั้งบทบัญญัติชั่วคราวและบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษร่วมกัน เหตุที่รัฐธรรมนูญยังคงต้องรับรองบทบัญญัติชั่วคราวไว้เช่นนี้เนื่องจากหลักการบางเรื่องของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องพื้นฐานอย่างแท้จริง และเป็นสิ่งที่ไม่อาจก้าวล่วงไปเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้ และด้วยเหตุนี้จึงทำให้หลักการดังกล่าวดำรงอยู่เหนืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵⁶ ซึ่งหลักการเรื่องดังกล่าวอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยรัฐสภา แต่ต้องให้อำนาจพิเศษที่มาจากประชาชนอันเป็นเจ้าของเจตจำนงทางการเมืองสูงสุดในรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงหลักการทั้งหลายเหล่านี้ ส่วนหลักการเรื่องไหนที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีคามสำคัญรองลงมา แต่ยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างทางการเมืองอย่างใกล้ชิดหรือเป็นส่วนประกอบที่ทำให้ประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากขึ้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็จะกำหนดปกป้องเรื่องนั้นเป็นพิเศษมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

อนึ่งรัฐธรรมนูญยูเครนเป็นตัวอย่างของกรณีนี้ ซึ่งได้กำหนดห้ามมิให้มีการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ “ที่คาดหมายได้ว่าจะเป็นการล้มล้างหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของมนุษย์หรือพลเมือง” หรือ “ที่มีความมุ่งหมายเป็นการบั่นทอนอิสรภาพหรือละเมิดบุรณภาพเหนือดินแดน” ได้แต่อย่างใด จึงกล่าวได้ว่าหลักการพื้นฐานทั้งสองเรื่องดังกล่าวนี้อยู่ในฐานะบทบัญญัติชั่วคราว (Eternity Clause) ซึ่งไม่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยเด็ดขาดไม่ว่าจะอยู่ในช่วงเวลาหรือสถานการณ์ใด ๆ ก็ตาม⁵⁷ ส่วนหลักการเรื่องพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญยูเครนแม้จะปกป้องไว้เป็นพิเศษมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ขณะเดียวกันก็ได้กำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงหลักการเรื่องเหล่านั้นได้โดยต้องใช้กระบวนการที่ยุ้งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไป

⁵⁴รัฐธรรมนูญภูฏาน ฉบับปี 2008, มาตรา 35(1) ประกอบมาตรา 1(2) และมาตรา 2(26).

⁵⁵รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับปี 2014), มาตรา 268.

⁵⁶Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitution Amendment: a Comparative study* (Bursa: Ekin Press, 2008), p. 74.

⁵⁷รัฐธรรมนูญยูเครนฉบับปี 1996, มาตรา 157 วรรคหนึ่ง.

ในฐานะที่หลักการเรื่องดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ ซึ่งประกอบด้วย บทบัญญัติในหมวด 1 หลักการทั่วไป เช่น การรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ ความเป็นรัฐเดี่ยวอันแบ่งแยกมิได้ รับรองว่าอำนาจอธิปไตยอยู่เหนือดินแดนทุกแห่งของยูเครน รวมถึงรับรองสิทธิมนุษยชนและพลเมือง เป็นต้น หมวดที่ 3 การเลือกตั้งและการทำประชามติ โดยได้รับรองการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนทางตรงโดยผ่านการใช้สิทธิเลือกตั้งและการออกเสียงลงประชามติ ระบบและวิธีการเลือกตั้ง กระบวนการและเงื่อนไขในการทำประชามติ เป็นต้น และในหมวด 13 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งรับรองถึงกระบวนการและข้อจำกัดต่าง ๆ ในการเปลี่ยนแปลงหลักการอันเป็นพื้นฐานและที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย รวมถึงบทบัญญัติเรื่องทั่วไปในรัฐธรรมนูญด้วย ตลอดจนได้รับรองอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในแต่ละครั้งว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นต้น⁵⁸ กล่าวได้ว่าเนื้อหาในบทบัญญัติทั้งสามหมวดดังกล่าวล้วนแต่เป็นเรื่องหลักการอันเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญหรือในการปกครองประเทศ รวมทั้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงของประชาชนด้วยกันทั้งสิ้น

จากที่ยกตัวอย่างเนื้อหาเรื่องที่แตกต่างกันที่ประเทศต่าง ๆ ซึ่งเห็นตรงกันว่าต้องให้การปกป้องเป็นพิเศษกว่าเรื่องหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่เป็นพื้นฐานของความเป็นรัฐ ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย หรือของรัฐธรรมนูญเอง หากได้รับผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วย่อมทำให้โครงสร้างพื้นฐานหรือความเป็นอัตลักษณ์ของสิ่งเหล่านั้นถูกบั่นทอนหรือทำลายจนถึงแก่ัน ซึ่งทำให้หมดความเป็นรัฐ ความเป็นประชาธิปไตย หรือความเป็นรัฐธรรมนูญนั้นถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิง แล้วเกิดสิ่งเหล่านั้นแบบใหม่มาแทนที่ ดังนั้นแล้วการจะแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวผู้ร่างรัฐธรรมนูญมักจะออกแบบกระบวนการพิเศษมาใช้สำหรับกรณีนี้ซึ่งยุ่งยากซับซ้อนกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้

4. บทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อได้พิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 256(8)⁵⁹ แล้วจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้นำเอาแนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)

⁵⁸รัฐธรรมนูญยูเครนฉบับปี 1996, มาตรา 156 วรรคหนึ่ง.

⁵⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(8) “ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือ

มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก กล่าวอีกนัยหนึ่ง เนื้อหาตามมาตรา 256(8) ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีครั้งแรกในรัฐธรรมนูญไทย ฉบับปี 2560 อันเป็นหลักการใหม่ที่สร้างขึ้นมาเพื่อใช้เป็นกลไกปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการบางเรื่องที่คณะกรรมการฯ เห็นว่าสำคัญรองลงมาจากบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) แต่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน เนื่องจากว่าบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษเมื่อแก้ไขเพิ่มเติมแล้วมีผลกระทบต่อรูปแบบของรัฐหรือโครงสร้างทางการเมืองอย่างมาก⁶⁰ จึงต้องให้การคุ้มครองบทบัญญัติหรือหลักการเรื่องสำคัญทั้งหลายเหล่านั้นมากยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติและหลักการเรื่องที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นรัฐธรรมนูญอนุญาตให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีความยุ่งยากซับซ้อนกว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นบทบัญญัติในเรื่องทั่ว ๆ ไป โดยกำหนดให้เมื่อผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาในวาระที่ 3 แล้ว ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติก่อนจึงจะประกาศใช้ต่อไปได้⁶¹

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หลักการที่มาตรา 256(8) ให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้น เมื่อพิจารณาจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วแท้จริงหลักการเหล่านั้นควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษหรือไม่ หรือมีหลักการเรื่องอื่นที่ควรได้รับการปกป้องมากกว่าที่กำหนดไว้ ตลอดจนมีหลักการเรื่องใดที่ควรให้การปกป้องเพิ่มเติม ซึ่งจะได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

4.1 เนื้อหาเรื่องที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษจริงหรือไม่

สำหรับบทบัญญัติในหมวดและเรื่องต่าง ๆ ที่มาตรา 256(8) ได้บัญญัติให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้น ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วบทบัญญัติหรือเรื่องเหล่านั้นควรได้รับการปกป้องมากกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ จริงหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาโดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เป็นการปกป้องบทบัญญัติในหมวดนั้นทั้งหมด ซึ่งสามารถรู้ได้อย่างชัดเจนแน่นอนว่ามีมาตราจำนวนเท่าไรและเนื้อหาเรื่องอะไรที่ได้รับการปกป้อง ซึ่งประกอบด้วยสามหมวดดังนี้

เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาล หรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป.”

⁶⁰สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), หน้า 453.

⁶¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(1) ถึง (8).

หมวด 1 บททั่วไป (มาตรา 1 ถึงมาตรา 5) ได้แก่ ความเป็นรัฐราชอาณาจักร (มาตรา 1) การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 2) เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย (มาตรา 3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และการประกาศหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 5)

หมวด 2 พระมหากษัตริย์ (มาตรา 6 ถึงมาตรา 24) ได้แก่ สถานะขององค์พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะ (มาตรา 6) ทรงเป็นพุทธมามกะ (มาตรา 7) ทรงเป็นจอมทัพไทย (มาตรา 8) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ (มาตรา 9) พระราชอำนาจแต่งตั้งองคมนตรีและให้พ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 10 ถึงมาตรา 14) พระราชอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในพระองค์และการให้พ้นจากตำแหน่ง (มาตรา 15) พระราชอำนาจแต่งตั้งคณะหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (มาตรา 16 ถึงมาตรา 19) การสืบราชสันตติวงศ์ (มาตรา 20 ถึงมาตรา 23) การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ (มาตรา 24)

หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (มาตรา 255 และมาตรา 256) ได้แก่ บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานเรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและรูปแบบของรัฐ (มาตรา 255) และกระบวนการขั้นตอนและเงื่อนไขการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง (มาตรา 256)

กล่าวในกรณีการปกป้องบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป และหมวด 2 พระมหากษัตริย์ ทั้งสองหมวดดังกล่าวนี้เป็นเนื้อหาที่ขยายรายละเอียดของ “การปกครองในระบอบประชาธิปไตย” “การปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และ “ความเป็นรัฐเดี่ยว” ให้มีความสมบูรณ์แบบ ส่วนบทบัญญัติในหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ยอมรับว่าบทบัญญัติที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของความเป็นรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ที่จะขาดเสียมิได้⁶² ซึ่งบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวจะกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และกระบวนการที่ใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกัน ก็จะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย ด้านหนึ่งก็เพื่อให้การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีขั้นตอนที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน และอีกด้านหนึ่ง ก็เพื่อควบคุมมิให้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกลับมาลบล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การปกป้องบทบัญญัติในทั้งสามหมวดตามที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้นั้นย่อมสอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทการปกครองของประเทศไทยและระบอบประชาธิปไตย และจะเห็นได้ว่ามีรัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่กำหนดปกป้องบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยหลักการทั่วไปของการปกครอง หมวดที่ว่าด้วยสถาบันกษัตริย์ ในกรณีที่ประเทศนั้นปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และหมวดที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน

⁶²Ulrich K. Preuss, op. cit., pp. 429, 430.

กลุ่มที่ 2 เป็นการกำหนดเรื่องที่จะปกป้องคุ้มครองไว้กว้าง ๆ หรือเป็นนามธรรม (Abstract) ซึ่งมีได้กำหนดเจาะจงเป็นบทบัญญัติในหมวดหนึ่งหมวดใดหรือมาตราหนึ่งมาตราใดไว้อย่างชัดเจนแน่นอน ซึ่งประกอบด้วยบทบัญญัติในสามเรื่องดังนี้

เรื่องที่ 1 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” กรณีนี้จะเห็นว่าย่อมครอบคลุมบทบัญญัติแทบทุกมาตราในหมวด 10 ศาล⁶³ หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ และหมวด 12 องค์กรอิสระ⁶⁴ ซึ่งตามทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วทั้งศาล และองค์กรอิสระต่างเป็นสถาบันที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitué) เช่นเดียวกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ทั้ง ๆ ที่ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบระบบรัฐสภา (Parliamentary System) แต่จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการแก้ไข เพิ่ม ลดทอน เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกหน้าที่หรืออำนาจบางอย่างของรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีกลับถูกสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการอย่างเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ในเมื่อศาลและองค์กรอิสระเป็นอำนาจในระนาบเดียวกันกับรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีผลเป็นการเพิ่ม ลดทอน เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระนี้ก็ควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยวิธีการอย่างเดียวกับกรณีหน้าที่หรืออำนาจของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีด้วยเช่นเดียวกัน เพราะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนี้แล้วย่อมทำให้บทบัญญัติเรื่องหน้าที่หรืออำนาจของสถาบันที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นนั้นมีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่สูงต่ำไม่เท่ากัน ซึ่งบทบัญญัติเรื่องที่มีลำดับชั้นหรือคุณค่าต่ำกว่าย่อมอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติเรื่องที่มีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่สูงกว่าได้แต่อย่างใด ทำนองเดียวกับบทบัญญัติเรื่องทั่วไปย่อมมีลำดับชั้นหรือคุณค่าที่ต่ำกว่าบทบัญญัติชั้นวินัยหรือที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีอาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องทั่วไปซึ่งมีลำดับชั้นต่ำกว่าให้ไปขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติชั้นวินัยหรือซึ่งมีลำดับชั้นที่สูงกว่าได้ฉันทัดฉันทันนั้น สิ่งที่ตกอย่า

⁶³ประกอบด้วย ศาลยุติธรรม ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลปกครอง และศาลทหาร

⁶⁴นอกจากองค์กรอิสระทั้ง 5 องค์กรแล้ว ในหมวดนี้ยังปรากฏหน้าที่และอำนาจของศาลฎีกาในการตัดสินเรื่องเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เฉพาะที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตามมาตรา 235(1) และหน้าที่และอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในการวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตามมาตรา 235.

ให้เห็นชัดเจนตามที่ได้กล่าวมานี้ก็คือ ในมาตรา 256(9) ได้กำหนดให้มีการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ “เรื่อง ที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” หรือไม่ แต่ถ้าเกิดข้อสงสัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของรัฐสภา สมาชิกผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรี” ก็ไม่ปรากฏว่ามีช่องทางใดที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้เลยนั่นเอง⁶⁵

เรื่องที่ 2 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติ ตามหน้าที่หรืออำนาจได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีความชัดเจนแน่นอนหรือทำให้รู้ล่วงหน้าก่อนได้ว่า หากรัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญบทบัญญัติใดแล้วจะไปกระทบต่อการปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจของ องค์กรดังกล่าวเหล่านั้นหรือไม่ แม้จะจริงอยู่ว่ามาตรา 256(9) จะได้กำหนดให้มีช่องทางยื่นเรื่องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม⁶⁶ ยิ่งทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะตีความรัฐธรรมนูญขยาย ไปครอบคลุมบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ อันมีผลเป็นการเพิ่มข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐสภามีอาจรู้ล่วงหน้ามาก่อน ขณะเดียวกันก็จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจ ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้โดยปริยายโดยผ่านการตีความรัฐธรรมนูญไว้ในคำวินิจฉัย ดังที่ปรากฏให้เห็นมาแล้วในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550⁶⁷ และตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560⁶⁸ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญอย่างไรที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้นั่นเอง และ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ว่าศาลและองค์กรอิสระต่างก็เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับ รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี รวมทั้งประเทศไทยปกครองด้วยประชาธิปไตยระบบรัฐสภา (Parliamentary System) แต่กลับไม่มีการปกป้องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องที่ทำให้รัฐสภา สมาชิกผู้แทนราษฎร

⁶⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 256(8) “ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกันแล้วแต่กรณีมีสิทธิ เข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณีว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้.”

⁶⁶เรื่องเดียวกัน.

⁶⁷คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

⁶⁸คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564.

วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรืออำนาจได้เอาไว้เลย เช่น แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยยกเลิกอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีได้อีกต่อไป หรือยกเลิกอำนาจของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวย่อมกระทบต่อระบบรัฐสภาอย่างถึงแก่นแต่มีลักษณะเป็นระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ซึ่งสิ่งเหล่านี้ควรต้องให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบ แต่มาตรา 256(8) ก็ได้กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใด

กล่าวถึงตรงนี้ หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้ว หลักการพื้นฐานสำคัญของการก่อตั้งศาลหรือองค์กรอิสระขึ้นมานั้นก็เพื่อให้องค์กรเหล่านั้นสามารถปฏิบัติหน้าที่และใช้อำนาจได้อย่างอิสระ ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำหรือแทรกแซงจากองค์กรอื่นตาม “หลักความเป็นอิสระ” ทำนองเดียวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีภายใต้ระบบรัฐสภาที่แต่ละองค์กรต่างมีเครื่องมือในการถ่วงดุล หรือคานอำนาจและล้มล้างอีกองค์กรหนึ่งได้ จะอย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เกิดสภาวะการฉกฉวยและในขณะเดียวกันก็สามารถปกป้ององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กรมิให้ถูกทำลายหลักการพื้นฐานขององค์กรนั้น ๆ ลงโดยผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่ปกป้องแต่เพียงศาลหรือองค์กรอิสระเท่านั้น รวมทั้งเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความชัดเจนแน่นอนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะไปกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอย่างไรที่มีอาจกระทำได้นั้น ก็ควรกำหนดปกป้องไว้เฉพาะเฉพาะหลักการที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจริง ๆ

เรื่องที่ 3 การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” กรณีนี้ย่อมหมายความว่าทั้งผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี⁶⁹ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁷⁰ สมาชิกวุฒิสภา⁷¹ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใน หมวด 12⁷² นอกจากนี้แล้วยังรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในหมวด 11⁷³ อีกด้วย การที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษนั้นอาจสืบสาวได้จากเจตจำนงของคณะรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ซึ่งได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราว ฉบับปี 2557 ด้วยการกำหนดกรอบให้กับคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญต้องร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรให้ครอบคลุมถึงเรื่องกลไกที่มีประสิทธิภาพ

⁶⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 160 ประกอบมาตรา 98.

⁷⁰รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 97 และมาตรา 98.

⁷¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 108.

⁷²หมายถึงรวมถึงคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการเลือกตั้ง (มาตรา 222) ผู้ตรวจสอบแผ่นดิน (มาตรา 228) กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 232) กรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 238 และมาตรา 241 แล้วแต่กรณี) และกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 246 และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ).

⁷³รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 200 ถึงมาตรา 202.

ในการป้องกันและตรวจสอบมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอบด้วยกฎหมายว่ากระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ หรือเคยกระทำการอันทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรม เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองอย่างเด็ดขาด⁷⁴ นอกจากนี้แล้วยังได้กำหนดตอกย้ำเอาไว้อีกชั้นหนึ่งให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องบัญญัติให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้มีการทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะได้วางไว้⁷⁵ แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมานั้น ไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญของประเทศใดที่กำหนดปกป้องเรื่องดังกล่าวไว้เป็นพิเศษแต่อย่างใดเลย ตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญของหลายประเทศกลับให้ความสำคัญและให้การปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เป็นเรื่องที่ต้องแก้ไขได้ยากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ การที่มาตรา 256(8) กำหนดไว้เช่นนี้ย่อมสะท้อนให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญของไทยให้ความสำคัญกับตัวบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญมากกว่าการปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ย่อมเป็นการสวนทางกับหลักการพื้นฐานประชาธิปไตย กล่าวเฉพาะสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งรัฐธรรมนูญหลายประเทศให้ความสำคัญและปกป้องเป็นพิเศษกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้ว่าหากจะแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องใช้กระบวนการพิเศษในการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าว⁷⁶ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญของไทย⁷⁷ กลับสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการปกติซึ่งประชาชนไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการตัดสินใจให้ความเห็นชอบในการเปลี่ยนแปลงเรื่องดังกล่าวได้เลย ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในฐานะที่เป็นสิทธิพลเมืองเนื่องจากหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเพิ่มคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยนัยนี้ก็ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิเลือกตั้งของประชาชนมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย เหตุดังกล่าว “เรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” จึงมิใช่เรื่อง “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใดที่ควรจะได้รับการปกป้องเป็นพิเศษกว่าบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ

ยิ่งไปกว่านั้น การที่มาตรา 256(8) บัญญัติไว้เช่นนี้อาจเป็นดาบสองคม กล่าวคือ หากมีการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย

⁷⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 35(4).

⁷⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, มาตรา 35(9).

⁷⁶ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญรัสเซีย กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้งเป็นอำนาจของสภารัฐธรรมนูญมิใช่รัฐสภา หรือรัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ กำหนดให้ถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องเกี่ยวกับสิทธิการเลือกตั้ง ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษสามในสี่ของรัฐสภาหรือให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้ความเห็นชอบ เป็นต้น.

⁷⁷รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 95 และมาตรา 96.

ซึ่งเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยที่มีผลมาจากการเรียกร้องของประชาชนในเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ⁷⁸ ซึ่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ได้ยกเลิกคุณสมบัติของนายกรัฐมนตรีดังกล่าวนี้ไป⁷⁹ จะเห็นได้ว่าการแก้ไขเรื่องดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับประชาธิปไตยซึ่งควรจะทำให้ได้ง่ายแต่กลับทำได้ยากมาก เนื่องจากนอกจากต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วยังต้องนำไปให้ประชาชนทำประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายอีก ซึ่งทำให้การแก้ไขเรื่องนี้มีต้นทุนที่สูงเกินความจำเป็น⁸⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่มาตรา 256(8) ให้การปกป้องเรื่องดังกล่าวย่อมเป็นเครื่องมือที่ใช้รักษาสິงที่อาจไม่เป็นประชาธิปไตยให้อยู่ต่อไปได้นั่นเอง

จากที่กล่าวทั้งสามเรื่องที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องเป็นพิเศษไว้นั้น เห็นว่าเป็นการกำหนดมุ่งปกป้ององค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงบางองค์กรเท่านั้น รวมทั้งยังกำหนดด้วยข้อความที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน ตลอดจนเรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดนั้นมิได้เป็นเรื่อง “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจริง ๆ ด้วยเหตุดังกล่าว มาตรา 256(8) ควรกำหนดให้การปกป้องเรื่องที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองประชาธิปไตยในสามเรื่องดังต่อไปนี้คือ “ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภา” “หลักความเป็นอิสระของศาลและองค์กรอิสระ” และ “การจำกัดสิทธิเลือกตั้งของประชาชน” แทนสามเรื่องเดิมที่มาตรา 256(8) ได้กำหนดปกป้องไว้

4.2 เนื้อหาเรื่องที่ควรได้รับการปกป้องตามมาตรา 256(8) เพิ่มเติม

มีรัฐธรรมนูญหลายประเทศที่นำเอาแนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษมาใช้เพื่อปกป้องบทบัญญัติหรือหลักการบางอย่างซึ่งล้วนแล้วเป็นเรื่องที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม หากจะกล่าวถึงเนื้อหาเรื่องรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เห็นว่าเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องให้การปกป้องเป็นพิเศษจริง ๆ มากกว่าเรื่องหรือบทบัญญัติอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันที่น่าสนใจและอาจใช้เป็นแนวทางให้กับมาตรา 256(8) เพื่อบัญญัติปกป้องเรื่องเหล่านั้นเพิ่มเติมได้ดังนี้

⁷⁸รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2535, มาตรา 159 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 วรรคสอง และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคสอง.

⁷⁹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 158 วรรคสอง.

⁸⁰เช่นเดียวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวในรัฐธรรมนูญ, “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวในรัฐธรรมนูญ,” ในหนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 3 หัวข้อ “ทบทวน/ถกเถียง/ท้าทาย นิติศาสตร์ในห้วงยามของความเปลี่ยนแปลง” [Online], available URL: <https://drive.google.com/file/d/1RjXNCMd0CVhdSJUXQ6vgKRoiExgLdD49/view>, 2566 (พฤษภาคม, 1).

เรื่องที่ 1 เรื่องที่เกี่ยวกับ “สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของประชาชน” กรณีเรื่องดังกล่าว หากวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2560 แล้วอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้านต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยนั้นมิได้เป็นบทบัญญัติที่ได้รับการปกป้องเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8) เลยแต่อย่างใด กล่าวคือ ถ้าในกรณีที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการลดทอนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเรื่องหนึ่งเรื่องใดให้น้อยลงจากเดิม เช่น ตามมาตรา 25 วรรคสอง⁸¹ ได้กำหนดให้ประชาชนสามารถอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการตรากฎหมายของรัฐสภาออกมาใช้บังคับก่อนแต่อย่างใด แต่หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตัดบทบัญญัติดังกล่าวออกไปทั้งหมด ย่อมมีผลทำให้แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเรื่องหนึ่งเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม ประชาชนก็ยังมีอาจอ้างสิทธิหรือเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นได้โดยตรง จนกว่าจะมีการตรากฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องดังกล่าวออกมาใช้บังคับเสียก่อน ซึ่งประชาชนไม่สามารถคาดหมายได้เลยว่ารัฐสภาจะตรากฎหมายเรื่องนั้นออกมาใช้บังคับเมื่อไร รวมถึงมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพอย่างไร ด้วยเหตุดังกล่าว ในเมื่อประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตนโดยตรง ประชาชนก็ควรมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตนได้โดยตรงด้วยเช่นเดียวกัน

เรื่องที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวกับ “การเปลี่ยนแปลงวาระการดำรงตำแหน่งของสถาบันต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจแทนประชาชน” หากวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 แล้ว บทบัญญัติที่กำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งในสถาบันการเมืองหรือองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในหมวด 7 รัฐสภา⁸² หมวด 8 คณะรัฐมนตรี⁸³ หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ⁸⁴ หมวด 12

⁸¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 25 วรรคสอง “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายตราขึ้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ.”

⁸²สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปี ตามมาตรา 99 และสมาชิกวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละห้าปี ตามมาตรา 109.

⁸³คณะรัฐมนตรีมีวาระการดำรงตำแหน่งเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 167(2) ส่วนนายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งรวมกันแล้วเกินแปดปีมิได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการดำรงตำแหน่งติดต่อกันหรือไม่ แต่มีให้นับวาระระยะเวลาในระหว่างที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหลังพ้นจากตำแหน่ง ตามมาตรา 158 วรรคสี่.

⁸⁴ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 207.

องค์กรอิสระ⁸⁵ นั้น ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) โดยพื้นฐานแล้วบุคคลที่เข้าไปดำรงตำแหน่งในสถาบันหรือองค์กรเหล่านั้นต้องได้รับมอบอำนาจจากประชาชนโดยตรงหรือโดยอ้อม และต้องมีวาระการดำรงตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างชัดเจนแน่นอน เนื่องจากการที่ประชาชนมอบอำนาจให้บุคคลในสถาบันหรือองค์กรดังกล่าวไปใช้แทนตนนั้นเป็นเพียงการมอบอำนาจให้ใช้ชั่วคราว เมื่อครบวาระแล้วก็ต้องคืนอำนาวดังกล่าวให้แก่ประชาชนเพื่อให้ตัดสินใจใหม่อีกครั้ง ซึ่งถือเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของประชาชนรูปแบบหนึ่งในระบอบประชาธิปไตย⁸⁶ แต่จะเห็นได้ว่า กรณีเกิดสถานะที่ผู้ปกครองคนใดหากได้รับการสนับสนุนจากทั้งสองสภาในจำนวนเสียงที่มากเพียงพอในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็นผลสำเร็จ มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มหรือขยายวาระการดำรงตำแหน่งของตนให้ยาวขึ้นหรือย่นวาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรอื่นที่ตนเห็นว่าอาจขัดขวางการใช้อำนาจของตนให้สั้นลง ก็สามารถกระทำได้ เพราะเพียงแค่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาเท่านั้น โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบในขั้นตอนสุดท้ายก่อนประกาศใช้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ปกครองที่ลู่แก่อำนาจอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการยกเลิกวาระการดำรงตำแหน่งของตนเพื่อให้ตนสามารถดำรงตำแหน่งได้ไปตลอดโดยไม่มีการวาระ สถานะเช่นนี้ก็จะทำให้ประเทศตกอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการ ดังนั้น การที่จะขยายวาระให้ยาวขึ้นหรือย่นวาระให้สั้นลง หรือยกเลิกวาระไปเสียทั้งหมดของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ดังกล่าวนั้น ด้านหนึ่ง ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนในการแสดงเจตจำนงของตนว่าจะมอบอำนาจให้กับบุคคลใดไปใช้อำนาจแทนตนภายใต้วาระการดำรงตำแหน่งที่ชัดเจนแน่นอน รวมทั้งขัดต่อหลักการ “พื้นฐาน” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อีกด้านหนึ่งย่อมอาจนำมาสู่การปกครองแบบเผด็จการได้ในที่สุด ดังนั้นแล้ว เพื่อป้องกันมิให้เกิดสถานะดังกล่าว จึงควรปกป้องบทบัญญัติเรื่องเหล่านี้ไว้เป็นพิเศษด้วยเช่นกัน

เรื่องที่ 3 เรื่องที่เกี่ยวกับ “การปรับเปลี่ยนวิธีการหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยตรง” เมื่อทำการวิเคราะห์ภายใต้บริบทของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องการปรับเปลี่ยนวิธีการหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนโดยตรง ซึ่งหมายความถึงการประชามติและการเลือกตั้งนั้น กล่าวเฉพาะ “การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน

⁸⁵ กรรมการการเลือกตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 223, ผู้ตรวจการแผ่นดินมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 229, กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 233, กรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ตามมาตรา 239.

⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 193.

ราษฎร” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁸⁷ ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรถือได้ว่าเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยสูงที่สุดหากเทียบกับองค์กรอื่น ๆ เนื่องจากมาจากการ “แต่งตั้ง” ของประชาชนโดยตรงโดยผ่านการเลือกตั้ง ขณะเดียวกันการเลือกตั้งเป็นเงื่อนไขพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) ที่จะขาดเสียมิได้เนื่องจากเป็นวิธีการที่ประชาชนมอบอำนาจให้แก่บุคคลที่จะเข้าไปใช้อำนาจแทนตน⁸⁸ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การเลือกตั้งจึงเป็นวิธีการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนโดยตรง ดังนั้นแล้ว การที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการปรับเปลี่ยนระบบการเลือกตั้งหรือที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้ง เช่น คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง วิธีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น ประชาชนซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวโดยตรงก็ควรได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในการปรับเปลี่ยนในเรื่องนี้ด้วยเช่นเดียวกัน มิใช่กำหนดให้เป็นเรื่องของฝ่ายการเมืองที่จะกำหนดกันเองเพียงฝ่ายเดียว

ทั้งสามเรื่องที่กำลังมาขำขันนั้นจะเห็นได้ว่า ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่อง “พื้นฐาน” หรือที่เป็น “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมด้วยกันทั้งสิ้น แต่มาตรา 256(8) กลับมีได้บัญญัติรับรองปกป้องเรื่องเหล่านี้เอาไว้เลย ดังจะเห็นได้ว่า “หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” “เรื่องเกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของบุคคลในองค์กรต่าง ๆ” และ “เรื่องเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ก็สามารถทำได้โดยเพียงแต่ผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น โดยไม่ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบก่อนประกาศใช้แต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่เป็นเรื่องที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง ดังนั้น มาตรา 256(8) จึงควรบัญญัติปกป้องทั้งสามเรื่องดังกล่าวไว้ด้วยเช่นกัน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

นับตั้งแต่ช่วงทศวรรษสุดท้ายของศตวรรษที่ 20 รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ได้สร้างกลไกใหม่ ๆ ขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือปกป้องตัวเองจากการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หนึ่งในเครื่องมือดังกล่าวนี้ก็คือ “แนวความคิดเรื่องบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษ (Provisions Enjoying Special Protection)” ซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์ดังนี้

⁸⁷ซึ่งประกอบด้วยเรื่องต่าง ๆ เช่น ประเภทและจำนวนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 83) วิธีการเลือกตั้ง (มาตรา 85) การกำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในแต่ละจังหวัดจะพึงมีและการแบ่งเขตเลือกตั้ง (มาตรา 86) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการส่งสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ (มาตรา 90) วิธีการคำนวณสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อของแต่ละพรรคการเมือง (มาตรา 91) คุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 95) ลักษณะของบุคคลผู้ที่ไม่ได้สิทธิเลือกตั้ง (มาตรา 96) คุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (มาตรา 97) เป็นต้น.

⁸⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 185.

ประการแรก เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้ผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ (Eternity Clause) ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่ประกาศใช้ก่อนปี 1990 นั้น ส่วนใหญ่เลือกใช้วิธีการปกป้องหลักการเรื่องพื้นฐานสำคัญในระดับสูงสุดด้วยการกำหนดเป็นข้อห้ามแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นไว้อย่างเด็ดขาดในฐานะที่เป็นบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ แต่รัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้หลังจากปี 1990 หลายประเทศเลือกใช้วิธีการปกป้องหลักการเรื่องดังกล่าวโดยลดระดับความเข้มงวดในการปกป้องลงมาเป็นการปกป้องเป็นพิเศษหรือได้รับการปกป้องมากกว่าบทบัญญัติเรื่องทั่วไปอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นต้องใช้กระบวนการพิเศษที่มีความยุ่งยากซับซ้อนกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ โดยจะออกแบบให้ต้องได้รับความเห็นพ้องต้องตรงกันของทุกกลุ่มการเมืองทั้งเสียงข้างมากและเสียงข้างน้อยในสภา ตลอดจนต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม รวมทั้งต้องใช้องค์กรพิเศษแก้ไขเพิ่มเติมแทนรัฐสภาหรือร่วมกับรัฐสภา ซึ่งความยุ่งยากดังกล่าวในทางปฏิบัติแล้วแทบไม่สามารถแก้ไขได้เลย

ประการที่สอง เป็นเครื่องมือที่นำมาใช้สร้างความสมดุลระหว่างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับหลักประชาธิปไตยให้เกิดขึ้น แม้แนวความคิดบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั้นจะผ่อนคลายความตายตัวของบทบัญญัติชั่วนิรันดร์ ซึ่งจากเดิมที่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเรื่องเหล่านั้นได้โดยเด็ดขาด เปลี่ยนเป็นหลักการเรื่องเหล่านั้นสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนได้อย่างแท้จริง ขณะที่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ยังได้รับการคุ้มครองให้มีความมั่นคงไปในเวลาเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการกำหนดกระบวนการพิเศษที่ใช้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษนั่นเอง

ทั้งนี้ เนื้อหาที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ กำหนดให้การปกป้องเป็นพิเศษนั้นไม่มีสูตรตายตัว แต่ขึ้นอยู่กับผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ เห็นว่าหลักการหรือบทบัญญัติเรื่องใดที่เป็น “พื้นฐาน” ของความเป็นรัฐ ของรัฐธรรมนูญ หรือของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ควรได้รับการปกป้องเป็นพิเศษ เนื่องจากหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวแล้วย่อมทำให้สิ่งเหล่านั้นถูกระทบกระเทือนหรือบั่นทอนจนถึง “แก่น” และอาจถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิงได้ แต่ถ้าหากไม่มีการกำหนดช่องทางให้แก้ไขเรื่องเหล่านั้นได้เลยก็ย่อมทำให้รัฐธรรมนูญดำรงอยู่โดยไม่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนในยุคหลังที่ต้องการเปลี่ยนแปลงมัน ซึ่งสภาวะดังกล่าวย่อมเกิดการปกครองของคนตายไปแล้ว (Necrocracy) แทนที่ของการปกครองแบบประชาธิปไตย (Democracy)

สำหรับบทบัญญัติที่ถูกปกป้องเป็นพิเศษตามมาตรา 256(8) ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2560 ของไทยนั้น ตามที่ได้ทำการวิเคราะห์เนื้อหาเรื่องที่มาตรา 256(8) ควรให้การปกป้องเป็นพิเศษมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้พบว่า นอกจากบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ และ

หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แล้วนั้น การปกป้องบทบัญญัติ “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ” และ “เรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้” ทั้งสามเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีได้มีลักษณะเป็นหลักการ “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง รวมทั้งข้อความที่ใช้ก็ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนซึ่งเปิดช่องให้มีการตีความขยายครอบคลุมบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ได้เป็นจำนวนมากโดยศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนมุ่งให้ความสำคัญกับเพียงองค์กรศาลและองค์กรอิสระมากกว่าองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจทำให้เกิดความลักลั่นระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง ด้วยเหตุดังกล่าวเพื่อให้หลักการเรื่องที่เป็น “พื้นฐาน” หรือ “แก่น” ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงได้รับการปกป้องซึ่งประกอบด้วย สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในหมวด 3 เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภา หลักความอิสระของศาลหรือองค์กรอิสระ วาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบการเลือกตั้งและสิทธิเลือกตั้งของประชาชน

ดังนั้น มาตรา 256(8) จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมจากเดิมเป็นว่า

“(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามระบบรัฐสภาหรือหลักความเป็นอิสระของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องเกี่ยวกับการขยายหรือย่นวาระการดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบบการเลือกตั้ง หรือคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป”

บรรณานุกรม

- กิตติพร สุดประเสริฐ. “การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติชั่วคราวที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ.” ในหนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติ ครั้งที่ 3 หัวข้อ “ทบทวน/ถกเถียง/ท้าทาย นิติศาสตร์ในห้วงยามของความเปลี่ยนแปลง [Online]. Available URL: <https://drive.google.com/file/d/1RjXNCMd0CVhdSJUxQ6vgKRoiExgLdD49/view>, 2566 (พฤษภาคม, 1).
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. **เกร็ดเล็กเกร็ดน้อยว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งระบอบการเมือง** [Online]. Available URL: <https://blogazine.pub/blogs/piyabutrsaengkanokkul/post/3755>, 2555 (พฤษภาคม, 10).
- ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. **รายงานผลการวิจัย เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ**. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ ไชยนาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2495.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.
- Albert, Richard. **Constitutional Amendments Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019.
- Albert, Richard and Bertil Emrah Oder, eds. **An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice Volume 68)**. Cham: Springer, 2018.
- Böckenförde, Markus. **Constitutional Amendment Procedures**, [Online]. Available URL: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitutional-amendment-procedures-primer.pdf>, 2014.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). **Report on Constitutional Amendment study no. 469/2008** [Online]. Available URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)001-e), 2010 (January, 19).

Fabrice Hourquebie. **Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites** [Online]. Available URL: www.enelsyn.gr/.../Paper%20by%20Fabrice%20Hourq..., 2007 (June, 15).

Gözler, Kemal. **Judicial Review of Constitution Amendment: a Comparative study**. Bursa: Ekin Press, 2008.

Preuss, Ulrich K. "The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience." **Israel Law Review** 44, 3 (2011): 429, 434.

Roznai, Yaniv. **Necrocracy or Democracy? Assessing Objections to Constitutional Unamendability**[Online]. Available URL: https://www.researchgate.net/publication/327400015_Necrocracy_or_Democracy_Assessing_Objections_to_Constitutional_Unamendability_Unamendability_in_Constitutional_Democracies, 2007 (Jun, 15).
_____. **Towards a Theory of Unamendability**. New York University School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12 [Online]. Available URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 2015 (February, 24).

Schmitt, Carl. **Constitutional Theory**. Durham and London: Duke University, 2008.

รัฐธรรมนูญนิวซีแลนด์ ฉบับปี 1852 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับปี 2014).

รัฐธรรมนูญภูฏาน ฉบับปี 2008.

รัฐธรรมนูญบัลแกเรีย ฉบับปี 1991.

รัฐธรรมนูญโปแลนด์ ฉบับปี 1997.

รัฐธรรมนูญเมียนมาร์ ฉบับปี 2008.

รัฐธรรมนูญยูเครน ฉบับปี 1996.

รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี 1993.

รัฐธรรมนูญเวเนซุเอลา ฉบับปี 1999.

รัฐธรรมนูญสเปน ฉบับปี 1978.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พุทธศักราช 2535.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564.