



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปรีชาที่เรียกว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ”: กรณีศึกษาฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมนี สเปน ตุรกี และอินเดีย

ชื่อผู้แต่ง: ศุภณัฐ บุญสด

การอ้างอิงที่แนะนำ: ศุภณัฐ บุญสด, ‘ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปรีชาที่เรียกว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ”: กรณีศึกษาฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมนี สเปน ตุรกี และอินเดีย’ (2565) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 937.

ผู้สนับสนุนหลัก

CHANDLER MHM

SATYAPON
& PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm



Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม



SAIJO DENKI

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHENNAI & PARTNERS LTD.

CSBC
LAW OFFICES
www.csbc.law.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายที่เรียกว่า
 “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ”: กรณีศึกษาฝรั่งเศส อิตาลี
 เยอรมนี สเปน ตุรกี และอินเดีย
 Implicit Constitution Unamendment Called
 “Constitutional Identity”: Case Studies in France,
 Italy, Germany, Spain, Turkey and India

ศุภณัฐ บุญสด

อาจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์
มหาวิทยาลัยราชภัฏเพชรบุรี

Supanut Boonsod

Lecturer, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences,
Phetchaburi Rajabhat University

วันที่รับบทความ 6 มีนาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 18 ธันวาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 18 ธันวาคม 2565

บทคัดย่อ

บทความวิชาการชิ้นนี้เป็นงานที่มุ่งเน้นศึกษาข้อความคิดเรื่อง “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” ว่ามีความเกี่ยวข้องกับหลักวิชาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหัวข้ออื่น ๆ อย่างไร ซึ่งผลการศึกษาการปรากฏตัวของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศจำนวน 6 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมนี สเปน ตุรกี และอินเดีย พบว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่เผยแพร่และขยายตัวมาพร้อมกับการเติบโตของกระแสตุลาการภิวัตน์ที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและดำรงอยู่ในฐานะข้อจำกัดด้านเนื้อหาโดยปริยายในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้แทนประชาชน โดยข้อจำกัดด้านเนื้อหาดังกล่าวถือว่าเป็น



ประดิษฐกรรมทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตุลาการเข้าไปสร้างกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ และแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาล

คำสำคัญ: อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ, อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, การรัฐประหารโดยศาล

Abstract

This article aims to study the relationship between the concept of constitutional identity and the principles of constitutional law. The study reveals that the concept of constitutional identity was constructs from an ideological in an extensive time, it emerges from judicial activism era which related to the material review of the constitutionality regarding constitutional amendments. According to the study, it was found that the parliamentary that has a power to amend the constitutional amendment was interfered by judicial power known as constitutional identity. Therefore, this kind of power prescribes the constitution with some limitations called “implicit constitution unamendment”. Moreover, this article involves the exploration of the comparison of the concept of constitutional identity in six countries: France, Italy, Germany, Spain, Turkey and India.

Keywords: Constitutional Identity, Constitutional Amendment power, Judicial Coup d'état

1. บทนำ

แนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Identity) เป็นหัวข้อทางวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้รับความสนใจอย่างมากในปัจจุบันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในทวีปยุโรปเนื่องจากสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งสหภาพยุโรปขึ้นมาอย่างสนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรป (Treaty of European Union) ข้อ 4 (2) ได้มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกไว้ว่า สหภาพยุโรปต้องเคารพทั้งอัตลักษณ์ของชาติ หลักการพื้นฐานทางการเมืองและรัฐธรรมนูญที่รัฐสมาชิกมีอยู่อย่างยาวนานก่อนที่จะเข้าร่วมกับสหภาพยุโรป¹ ด้วยผลของสนธิสัญญาข้อดังกล่าวจึงเป็นการรับรองหน้าที่ของสหภาพยุโรปที่จะต้องตรากฎหมายของสหภาพโดยเคารพต่ออัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิก อย่างไรก็ตามแม้จะมีการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสหภาพยุโรปและรัฐสมาชิกไว้เช่นนี้แล้ว อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกก็ยังคงตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงที่จะถูกลบล้างลงโดยกฎหมายของสหภาพยุโรป เนื่องจากสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้มีการสร้างกลไกที่จะกำหนดให้มืองค์กรและกระบวนการค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกแต่ละรัฐขึ้นมาเป็นการเฉพาะ รวมถึงไม่ได้กำหนดผลในทางกฎหมายว่าเมื่อค้นพบอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญแล้วจะทำให้สนธิสัญญาหรือกฎหมายของสหภาพยุโรปที่ขัดหรือแย้งกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใช้บังคับกับรัฐสมาชิกไม่ได้ไว้อีกด้วย²

สำหรับการปรากฏตัวของคำว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” เกิดขึ้นครั้งแรกในฐานะข้อความคิดทางกฎหมายที่รัฐสมาชิกคิดค้นขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือปกป้องระบบกฎหมายและการเมืองของตนเองจากกฎหมายของสหภาพยุโรป ผ่านคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เลขที่ 2006-504 DC วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 โดยเนื้อหาของคำวินิจฉัยดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่าการที่จะอนุวัติการกฎหมายของสหภาพยุโรปให้เข้ามามีผลเป็นกฎหมายภายในประเทศจะกระทำไม่ได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยฉบับนี้ก็ยังไม่ได้มีการอธิบายให้ละเอียดและกระจำชัดว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญคืออะไรและอัตลักษณ์ดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสมีองค์ประกอบของรูปแบบและเนื้อหาเช่นไร³ จึงทำให้ภาพลักษณ์ของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเมื่อคราวปรากฏตัวขึ้นมาในเบื้องต้นมีลักษณะเป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่เป็นนามธรรมและคลุมเครืออย่างมาก

โดยนอกจากอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นในยุโรปอย่างคลุมเครือและไม่ชัดเจนแล้วในปัจจุบัน ข้อความคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญก็ได้เริ่มเผยแพร่และขยายตัวขึ้นอย่างคลุมเครือในประเทศไทยด้วยเช่นกัน ผ่านข้อความคิดทางกฎหมายที่มีชื่อเรียกตรงกันและเรียกชื่ออื่นซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างคำว่า

¹ สนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรป ข้อ 4 (2).

² Cristian Callies and Gerhard Van Der Schyff (Ed.), *Constitutional identity in A Europe of multilevel of constitutional*, (United Kingdom: Cambridge university press, 2020), 3-4.

³ Biljana Kostadinov, “Constitutional Identity,” *Lutianus Primus Review*, 3, 2012, .1-20.

“หลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”⁴ และคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁵ หรือคำว่า “หลักการทางรัฐธรรมนูญ คุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เป็นรากฐานและแก่นของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”⁶ ส่วนคำว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” นั้นได้ถูกกล่าวขึ้นโดยตรงครั้งแรกในระบบกฎหมายไทยผ่านบางวรรคบางตอนในคำวินิจฉัยส่วนตัวของนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยดังกล่าวก็ยังไม่ได้ให้ความหมายโดยละเอียดว่าข้อความคิดนี้มีลักษณะและองค์ประกอบเช่นใด เพียงแค่เชื่อมโยงข้อความคิดดังกล่าวเข้ากับทฤษฎีประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy)⁷ ให้เป็นเนื้อเดียวกันเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลในระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย⁸

ดังนั้น ด้วยข้อจำกัดเกี่ยวกับความเข้าใจเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว คำถามหลักของบทความชิ้นนี้จึงมุ่งสำรวจว่า ข้อความคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญคืออะไรและมีความสัมพันธ์อย่างไรกับหัวข้อศึกษาอื่น ๆ ของวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อความคิดเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อตอบคำถามดังกล่าวบทความนี้จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ หัวข้อที่ 1 ว่าด้วยการทำความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หัวข้อที่ 2 ว่าด้วยการศึกษาว่าข้อความคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญคืออะไร สามารถสืบค้นโดยวิธีการใดและมีบทบาทอย่างไรในทางรัฐธรรมนูญ หัวข้อที่ 3 ว่าด้วยการศึกษากรณีการปรากฏตัวขึ้นของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจำนวน 6 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมนี สเปน ตุรกี อินเดีย และหัวข้อสุดท้าย บทสรุป

2. ข้อความคิดว่าด้วยอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและข้อจำกัด

2.1 การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power) และอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Constituted Power) มีความเกี่ยวพันโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขณะที่อำนาจชนิดแรกมีสถานะเป็นอำนาจที่ถูกใช้เพื่อก่อตั้งรัฐธรรมนูญ อำนาจชนิดหลังกลับเป็นแต่เพียงอำนาจที่ถูก

⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556.

⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562.

⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2564.

⁷ หลักประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy) เป็นหลักที่กำหนดให้การสร้างมาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลและให้สถาบันตุลาการเข้ามาใช้มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวปราบปรามบุคคลที่ใช้ประโยชน์จากระบอบประชาธิปไตยเพื่อทำร้ายหรือโค่นล้มระบอบประชาธิปไตย โปรดดู ฐิติ พวงศ์เจริญ, “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก : ตุลาการภิวัตน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปีที่ 43, ฉบับที่ 3, (กันยายน 2557), 631-659.

⁸ ความเห็นส่วนตัวของนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 1/2563

ก่อตั้งขึ้นมาโดยรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงส่งผลให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญและมีอาจใช้อำนาจชนิดหลังไปล่วงละเมิดอำนาจชนิดแรกและขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญได้⁹

สำหรับข้อถกเถียงที่ว่าอะไรคืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและแตกต่างจากอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญอย่างไรเป็นสิ่งที่ได้รับความสนใจอย่างมากในหมู่นักกฎหมายฝรั่งเศสช่วงภายหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ในเบื้องต้นแม้ว่าอำนาจทั้งสองชนิดจะมีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือเป็นอำนาจที่เป็นบ่อเกิดให้กับความชอบธรรมของสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ และสร้างระบบกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่บุคคลที่ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างอำนาจทั้งสองชนิดได้เป็นคนแรก คือ Emmanuel Joseph Sieyès ซึ่งเขามุ่งเน้นไปที่ลักษณะที่ต่างกันสามประการที่สำคัญ ได้แก่ ประการแรกเป็นเรื่ององค์กรที่ใช้อำนาจ โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกใช้โดยองค์กรรัฐชาติปติยอย่าง “ชาติ” หรือ “ประชาชน” เท่านั้น ขณะที่อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกใช้โดยองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ประการที่สองเป็นเรื่องผลทางกฎหมาย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการปฏิวัติและการก่อตั้ง จึงส่งผลให้การใช้อำนาจชนิดนี้ส่งผลสองด้านพร้อมกัน คือ ทำลายรัฐธรรมนูญเดิมลงและก่อตั้งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมา¹⁰ ในขณะที่อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นมาและมอบอำนาจให้กับองค์กรทางรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกระทำการในกิจการของรัฐด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหาร และการกระทำทางตุลาการได้¹¹ และประการสุดท้ายคือเรื่องคุณลักษณะของอำนาจ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีลักษณะสำคัญสามประการ คือเป็นอำนาจริเริ่ม อิสระ และไร้เงื่อนไขข้อจำกัด ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ก่อนหน้าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในทางกฎหมายและข้อเท็จจริงอื่นใดดำรงอยู่ส่งผลให้การใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อกำหนดว่ารัฐธรรมนูญจะมีเนื้อหาเช่นไรย่อมขึ้นกับเจตจำนงของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้นและไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ข้อจำกัดทางกฎหมายด้านเวลา กระบวนการหรือเนื้อหาใด ๆ ทั้งสิ้น¹² ส่วนอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปในทิศทางตรงกันข้ามกับอำนาจชนิดแรกโดยสิ้นเชิง เนื่องจากอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยการจำกัดดังกล่าวถูกแสดงออกผ่านการที่รัฐธรรมนูญได้วางข้อจำกัดด้านขอบเขตอำนาจ กระบวนการ และกำหนดเนื้อหาที่จะใช้อำนาจเอาไว้¹³ โดยเมื่อเราทราบ

⁹ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), 40.

¹⁰ Lucien Jaume, “Constituent Power in France The Revolution and its consequences,” In Martin Loughlin and Neil Walker (Ed.), *The Paradox of Constitutionalism : Constituent Power and Constitutional Form*, (United Kingdom: Oxford university press, 2007), 67-86.

¹¹ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์, “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), 42.

¹² ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, 34-35.

¹³ ญัฐปคัลภ์ ลาซโรจน์, “ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ,” 43.

ความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาลำดับต่อมา คือ แม้ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะถือว่าเป็นอำนาจที่สำคัญประการหนึ่งในทางรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่ถูกนำมาจัดประเภทเป็นอำนาจพิเศษขึ้นมาเคียงข้างกับทั้งสองอำนาจข้างต้นแต่อย่างใด ดังนั้น คำถามที่ตามมาจึงมีอยู่ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีสถานะเป็นอำนาจประเภทใดระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ

2.2 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะของอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นคำภาษาไทยที่แปลมาจากคำว่า “Constitutional Amendment” ในภาษาอังกฤษซึ่งเกิดจากการผสมระหว่างคำว่า Constitutional ที่แปลว่า รัฐธรรมนูญ กับคำว่า Amendment ซึ่งหมายถึงการพัฒนาปรับปรุงให้ดีขึ้น หรือการปรับปรุงแก้ไข ข้อผิดพลาดต่าง ๆ ด้วยกระบวนการทางกฎหมาย¹⁴ โดยความหมายดังกล่าวสอดคล้องกับการตีความของศาลสูงสุดรัฐแคลิฟอร์เนียในคดี *Livermore V. Waite* เมื่อปี ค.ศ. 1984 ซึ่งให้เหตุผลว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้ดีขึ้นภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ¹⁵ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องตรงกันข้ามกับการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง และด้วยที่มาและการตีความคำว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendment Power) รวมถึงนำมาสู่ข้อถกเถียงในทางวิชาการว่าลักษณะสำคัญทางกฎหมายที่แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอำนาจทั้งสองคืออะไรซึ่งจะทำให้เราสามารถจัดวางอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้อยู่ในลำดับศักดิ์ทางอำนาจใดระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญได้อย่างถูกต้อง

สำหรับความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างโดยเกณฑ์ทางรูปแบบและเกณฑ์ทางเนื้อหา สำหรับเกณฑ์ทางรูปแบบอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถือว่าเป็นอำนาจที่อยู่นอกกระเปาะแห่งกฎหมาย มีลักษณะเป็น การใช้อำนาจในทางข้อเท็จจริงที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เนื่องจากเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นก่อนรัฐและระบบกฎหมายโดยอำนาจชนิดนี้จะปรากฏตัวขึ้นมาเฉพาะในสถานการณ์ปฎิวัติเท่านั้น ในขณะที่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังรัฐและระบบกฎหมายถูกก่อตั้งขึ้นแล้วจึงเป็นอำนาจที่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายและเป็นอำนาจในสถานการณ์ปกติ สำหรับเกณฑ์ทางเนื้อหา เริ่มจากการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญ (Constitution) และกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional law) ออกจากกัน โดยรัฐธรรมนูญหมายถึงการกระทำของ

¹⁴ Walter F. Murphy, “Merlin’s Memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Polity,” in Sanford Levinson (Ed.), *Responding to Imperfection: The theory and Practice of Constitutional Amendment*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1995), 177.

¹⁵ Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment*, (United Kingdom: Oxford university press, 2017), 154-155.

ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งรูปแบบและชนิดของหน่วยทางการเมืองขึ้นมา ในขณะที่กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นแต่เพียงกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ซึ่งจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงสามารถถูกยกเลิกหรือแก้ไขด้วยอำนาจระดับสูงสุดอย่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น ในขณะที่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้เฉพาะในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹⁶

ด้วยความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวไว้ในข้างต้นจึงทำให้มีความเห็นทางวิชาการตรงกันระดับหนึ่งแล้วว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญควรมีลำดับศักดิ์ทางอำนาจที่สูงกว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็ยังคงมีแนวคิดที่จัดให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่งเช่นกัน โดยให้เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้ง” และนอกจากแนวคิดนี้แล้วยังมีอีกแนวคิดหนึ่งที่ถือว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ¹⁷ แต่ไม่ว่าแนวความคิดทั้งสองจะมีความเห็นเรื่องสถานะของอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันอย่างไร สิ่งที่สองแนวคิดต่างก็เห็นพ้องต้องตรงกันคืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามกฎหมายจึงต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดและกระบวนการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นมา

2.3 ข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการปฏิวัติทางรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเพียงส่วนของการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Constitution Change)¹⁸ แต่สำหรับบทความนี้เมื่อกล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เราจะกล่าวถึงเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการตามรูปแบบและขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนด (Formal Amendment) เท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Amendment) ในกรณีอื่น ๆ อย่างเช่นการตีความรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ¹⁹ และการมีธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

¹⁶ ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, 105-113.

¹⁷ เฟิงอ้าง, 101-103.

¹⁸ Carl Schmitt ได้อธิบายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (Constitution Change) ให้หมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแบ่งแยกย่อยออกเป็นสองประเภท คือ 1) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และ 2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โปรดดู Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, (United State: Duke university press, 2008), 147.

¹⁹ ตัวอย่างการตีความของศาลที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญ ขอยกตัวอย่างประเทศไทย กรณีศาลรัฐธรรมนูญตีความมาตรา 68 ขอรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ให้บุคคลที่พบเห็นว่าการใช้สิทธิเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ไม่ต้องยื่นผ่านอัยการสูงสุดตามรัฐธรรมนูญ กำหนด กับกรณีศาลรัฐธรรมนูญตีความเพิ่มคำว่า “อาจจะ” ในมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551.



เมื่อเราสำรวจประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญจะพบว่าบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปรากฏตัวเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1787²⁰ โดยบิดาผู้ก่อตั้งประเทศอย่าง James Madison ได้อธิบายถึงสาเหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จำเป็นต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในเพดอร์ลิสต์เปเปอร์ หมายเลข 43 ว่าบทบัญญัติมาตรา 5 เป็นเครื่องมือทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญซึ่งจะคอยปกป้องรัฐธรรมนูญจากการเปลี่ยนแปลงอย่างสุดซึ้งที่จะนำมาสู่ความไม่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันมาตราดังกล่าวก็เป็นเครื่องมือที่สำคัญซึ่งจะทำให้ข้อผิดพลาดใด ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญไม่สามารถดำรงอยู่ได้ตลอดไปด้วย²¹ จากคำอธิบายดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีรากฐานมาจากการประสานกันให้ลงตัวของแนวคิดแรก คือ รัฐธรรมนูญจะต้องสร้างกลไกเพื่อรองรับกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจในอนาคตให้ทัน ทั้งนี้ เพื่อให้การเปลี่ยนแปลงแบบสันติเกิดขึ้นได้และป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์ปฏิวัติที่จะนำมาสู่การล้มล้างรัฐธรรมนูญ กับแนวคิดที่สอง คือ การวางกลไกแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการได้ยากกว่าแก้ไขกฎหมายทั่วไปเพื่อรักษาเสถียรภาพของรัฐธรรมนูญและระบอบการเมืองที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อตั้งขึ้น²² ด้วยเหตุเช่นนี้ บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกจึงได้วางข้อจำกัดการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างรอบด้าน ตั้งแต่ในด้านเวลาที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมห้ามการค้าทาส และการเก็บภาษีทางตรงก่อนปี ค.ศ. 1804 ในด้านกระบวนการที่กำหนดให้เสนอแก้ไขและให้สภานิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งรัฐสภาและมลรัฐด้วยเสียงข้างมากกว่าบัญญัติกฎหมายทั่วไป และสุดท้ายในด้านเนื้อหาที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิเสธสิทธิในการมีคุณสมบัติอย่างเท่าเทียมกันของมลรัฐ²³ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดเรื่องข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจาก Thomas Jefferson บิดาผู้ก่อตั้งประเทศอีกท่านว่าเป็นการเขียนบทบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่ทำให้คนรุ่นปัจจุบันหรือรุ่นอนาคตต้องอาศัยอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถูกตราขึ้นโดยคนรุ่นเก่าตลอดไป อันเปรียบเสมือนการบังคับให้คนรุ่นใหม่ต้องถูกปกครองโดย “มือที่ตายไปแล้ว” ของคนรุ่นเก่า²⁴

สำหรับข้อจำกัดการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดด้านเนื้อหา เราสามารถแบ่งประเภทได้ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทแรกที่เราเรียกว่าข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง (Explicit limitation) ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่ปรากฏหรือได้รับการบัญญัติเอาไว้ในหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัตินิรันดร์ (Eternal Clause) ที่รัฐธรรมนูญหลายฉบับจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญห้ามมิให้กระทบต่อ

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา มาตรา 5.

²¹ Alexander Hamilton, Jay Madison and James Madison, *The Federalist*, J. R. Pole (ed.), (Cambridge: Hackett Publish, 2005), 243-249.

²² Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment*, 4-5.

²³ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, *รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), 117-118.

²⁴ ปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, 117-118.

รูปของรัฐ ระบอบการปกครอง หรืออุดมการณ์หลักของรัฐ และประเภทที่สองที่สองที่เรียกว่าข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Implicit limitation) ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่ไม่ปรากฏหรือได้รับการบัญญัติเอาไว้ในหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ถูกสร้างขึ้นผ่านการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยข้อจำกัดประเภทนี้กำลังเผยแพร่และขยายตัวไปทั่วโลกสืบเนื่องมาจากการเติบโตของกระแสของตุลาการวิวัฒน์ที่เริ่มเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้านเนื้อหาที่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ²⁵ อย่างเช่นกรณีศาลรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีตัดสินให้ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยพรรครัฐบาลของ Recep Tayyip Erdogan ที่ต้องการยกเลิกการห้ามสวมใส่ฮิญาบในสถาบันการศึกษาระดับมหาวิทยาลัยว่ามีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อหลักการรัฐฆราวาส ทั้งที่รัฐธรรมนูญของตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด²⁶ สำหรับเนื้อหาของข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายที่สำคัญที่สุด คือ ข้อความคิดที่เรียกว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมองว่ารัฐธรรมนูญมิได้มีเพียงเฉพาะตัวบทกฎหมายธรรมดาหรือชุดของกฎเกณฑ์เท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกสร้างขึ้นมาจากการพัฒนาทางวัฒนธรรมของรัฐและประชาชน ส่งผลให้รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐจะมีอัตลักษณ์ หลักการและคุณค่าพื้นฐานเฉพาะของสังคมดังกล่าวอยู่เบื้องหลังเสมอ โดยข้อความคิดนี้จะปรากฏตัวขึ้นมาและมีบทบาทสำคัญในห้วงเวลาที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสมอเพื่อป้องกันแก่นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกเปลี่ยนแปลง²⁷ ทั้งนี้แม้ว่าข้อจำกัดประเภทนี้จะเติบโตขึ้นมาจากกระแสของตุลาการวิวัฒน์แต่การมอบอำนาจเช่นนี้ให้องค์กรตุลาการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการสร้างข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายก็ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีปัญหาทางทฤษฎีหลายประการเริ่มจากข้อวิจารณ์ประการแรก เรื่องสถานะและอำนาจขององค์กรตุลาการที่เป็นเพียงองค์กรทางรัฐธรรมนูญและใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เหตุใดจึงสามารถเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ข้อวิจารณ์ที่สองคือ การมอบอำนาจให้ศาลเช่นนี้จะทำให้ศาลกลายเป็นมือที่ตายไปแล้วที่มาคอยมาอุดหนุนการเปลี่ยนแปลงของคนรุ่นถัดไป และข้อวิจารณ์ที่สาม คือ ระบอบประชาธิปไตยเป็นหลักการที่เชื่อในอำนาจที่จะปกครองตนเองของประชาชนซึ่งทำให้ประชาชนมีอำนาจอย่างเต็มเปี่ยมที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นกติกาพื้นฐานของสังคมได้ การให้อำนาจศาลเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประชาชนเช่นนี้ย่อมสะท้อนถึงความไม่เป็นประชาธิปไตย เนื่องจากจะทำให้อำนาจของศาลมีสถานะเหนือกว่าอำนาจของประชาชนในท้ายที่สุด²⁸

²⁵ Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment*, 6.

²⁶ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, “An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision,” *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 1, January 2012, 175–207.

²⁷ Yaniv Roznai, *Unconstitutional constitutional amendment*, 148–150.

²⁸ *ibid*, 186–193.

อย่างไรก็ตามแม้ว่าทฤษฎีรัฐธรรมนูญซึ่งถูกคิดค้นขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ของโลก
 อย่างการปฏิวัติฝรั่งเศสจะนำมาสู่การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจ
 ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากกันอย่างชัดเจน โดยให้อำนาจแรกเป็นอำนาจที่ไร้ขีดจำกัด
 ในการก่อตั้งหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญและให้อำนาจชนิดหลังเป็นอำนาจที่มีข้อจำกัดซึ่งไม่สามารถก่อตั้ง
 หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญได้ แต่ปรากฏว่าในปัจจุบันได้มีการคิดค้นทฤษฎีที่เรียกว่าการปฏิวัติทาง
 รัฐธรรมนูญ (Constitutional Revolution) ขึ้นมาท้าทายทฤษฎีดั้งเดิมข้างต้น โดยทฤษฎีนี้มองว่า
 ในปัจจุบันการยกเลิกและก่อตั้งรัฐธรรมนูญก็สามารถกระทำได้ผ่านการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม
 รัฐธรรมนูญขององค์กรทางรัฐธรรมนูญได้ หากว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไปเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เรียกว่า
 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ²⁹ ตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศฮังการีในปี ค.ศ. 1989 ที่เปลี่ยนผ่านจาก
 ระบอบคอมมิวนิสต์สู่ระบอบเสรีประชาธิปไตยและยุติการครองอำนาจของพรรคแรงงานสังคมนิยม
 ฮังการีกว่าสี่สิบปีลงอย่างสันติด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1949 ของระบอบ
 คอมมิวนิสต์เพื่อสร้างหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้ง รับรองสิทธิเสรีภาพ
 ของบุคคลและพรรคการเมือง รวมถึงระบบตลาดแบบเสรีขึ้นมาแทนที่ระบบที่อำนาจทางการเมือง
 และเศรษฐกิจรวมศูนย์อยู่ที่พรรคแรงงานสังคมนิยมฮังการีตามขั้นตอนปกติที่กำหนดไว้ในหมวดว่าด้วย
 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว³⁰ ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้ จึงทำให้อัตลักษณ์
 ทางรัฐธรรมนูญนอกจากมีสภาพเป็นข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายแล้ว
 ยังเปรียบเสมือนกำแพงที่ขวางกั้นการปฏิวัติทางรัฐธรรมนูญและการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง
 ไปโดยปริยายในทันที ดังนั้น การพิจารณาว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญคืออะไรและมีความสัมพันธ์กับ
 อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นไรจึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับต่อไป

3. อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ

3.1 ความหมายและความเป็นมาของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ

คำถามที่ว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญคืออะไรเป็นสิ่งที่นักวิชาการซึ่งทำการศึกษารื่องนี้ยังคง
 ไม่สามารถให้คำนิยามตรงกันได้³¹ แต่อย่างไรก็ตามหากสืบรากทางทฤษฎีเกี่ยวกับอัตลักษณ์
 ทางรัฐธรรมนูญ เราจะพบว่าประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานและสามารถย้อนกลับไปถึงสมัยกรีกโบราณ
 โดยนักปรัชญากรีกคนแรกที่กล่าวถึงอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ คือ Aristotle ในหนังสือ The Politics
 เล่มที่ 3 ซึ่งมีบางวรรคตอนบรรยายว่า รัฐทั้งหมดล้วนตั้งอยู่บนอัตลักษณ์ของมันเองและหากรัฐ
 สูญเสียอัตลักษณ์ดังกล่าวไปแล้วย่อมจะทำให้รัฐดังกล่าวกลายเป็นรัฐที่แตกต่างไปจากเดิมทันที

²⁹ Gary Jeffrey Jacobsohn and Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution*, (USA: Yale University Press, 2020), pp.14-16.

³⁰ *ibid*, 75-78.

³¹ Michel Rosenfeld, "Constitutional identity," In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and Adras Sajo (Ed.), (United kingdom: Oxford university press, 2012), 756-776.

ซึ่งนำสู่วลีในหนังสือดังกล่าวที่ว่า “รัฐไม่อาจเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ เว้นเสียแต่รัฐตั้งใจจะฆ่าตัวตาย” โดย Aristotle ได้พยายามแบ่งแยกระหว่างอัตลักษณ์ทางกายภาพของรัฐออกจากอัตลักษณ์ที่แท้จริงของรัฐออกจากกัน และให้นิยามว่าอัตลักษณ์ที่แท้จริงของรัฐเป็นสิ่งที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ที่กำแพงของเมือง สำหรับคำว่ากำแพงของเมืองในที่นี้ Aristotle ได้หมายถึงรัฐธรรมนูญของรัฐดังกล่าวนั่นเอง โดยเราอาจเรียกแนวพินิจ (Approach) ในการค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญแบบนี้ว่าอัตลักษณ์รัฐธรรมนูญเชิงลึก (identity deeply constitutive) ที่เป็นผลมาจากการทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญจากรากฐานทางกฎหมายและสังคมการเมืองที่ก่อตั้งรัฐขึ้นมา³² และนอกจากนี้ก็ยังปรากฏแนวพินิจอีกประเภทที่สามารถใช้ค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกันผ่านวิธีการวิเคราะห์หาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญออกมาจากตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเอง³³

แรกเริ่มเดิมทีอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญมีความคล้ายคลึงกับเอกลักษณ์ของชาติ กล่าวคือสามารถแสดงถึงลักษณะที่มีร่วมกันของผู้คนในสังคม ซึ่งลักษณะที่มีร่วมกันสะท้อนมาจากความเหมือนกัน (Sameness) และความเป็นตัวเรา (Selfhood) โดยสามารถอธิบายอย่างเรียบง่ายได้ว่า การนิยามอัตลักษณ์ในด้านบวกสามารถทำได้ผ่านการบอกว่าฉันเป็นฉันคนเดิมเพราะฉันทำกิจวัตรในวันนี้เหมือนที่ทำฉันในเมื่อวาน หรือฉันไม่ใช่คนเดิม รู้สึกแบบเดิมและคิดเหมือนเดิมอีกต่อไป เนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลงประสบการณ์ในวัยเด็กของฉัน หรือการนิยามอัตลักษณ์ในด้านลบสามารถทำได้ผ่านการบอกว่าฉันมีความแตกต่างจากคนอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้ อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจึงถูกสร้างขึ้นบนพื้นฐานของความรู้สึกเหมือนกันและความเป็นตัวของตัวเราเช่นเดียวกัน³⁴ ซึ่งแนวคิดเรื่องเอกลักษณ์ของชาติยังได้มีนักปรัชญาชาวไอร์แลนด์อีกท่านอย่าง Edmund Burke นิยามเสริมให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความต่อเนื่อง (The idea of continuity) ของเขาว่าเป็น “(ชาติ - ผู้เขียน) เป็นแนวคิดที่ไม่ได้เป็นสิ่งที่รับรู้เฉพาะในหมู่คนกลุ่มเล็ก ๆ หรือการรับรู้ระดับท้องถิ่น แต่เป็นแนวคิดที่มีความต่อเนื่องยาวนานข้ามกาลเวลา ผู้คนและพื้นที่ รวมถึงไม่ได้เกิดขึ้นในระยะเวลานั้นซึ่งถูกเลือกขึ้นโดยกลุ่มคนเพียงกลุ่มเดียว แต่เป็นการคัดเลือกของคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่ง โดย (ชาติ-ผู้เขียน) เป็นสิ่งที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นโดยสถานการณ์พิเศษ โอกาส อารมณ์ นิสัย ศีลธรรม และพฤติกรรมของผู้คนในชาติ ซึ่งจะเผยตัวออกมาเมื่อผ่านระยะเวลายาวนานและทำหน้าที่เป็นสิ่งที่หลอมรวมตัวตนของบุคคลเอาไว้”³⁵

โดยแนวคิดสมัยใหม่เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทั้งสองไม่ว่าจะเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญหรือเอกลักษณ์ของชาติล้วนแล้วแต่เป็นสิ่งที่ Benedict Anderson เรียกว่าชุมชนจินตกรรม (Imagined Communities) โดยถือว่าชาติ รัฐธรรมนูญ และอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญต่างเป็นสิ่งที่ทำหน้าที่ยึดโยงผู้คนมากมายหลายตาให้มาอยู่ร่วมกันในชุมชนจินตกรรมซึ่งเป็นผลผลิตของยุคแห่งแสงสว่างทางปัญญา

³² Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, (Massachusetts: Harvard University Press, 2010), 7-8.

³³ *ibid*, 5.

³⁴ Michel Rosenfeld, “Constitutional identity,” In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and Andras Sajó (Ed.), (United Kingdom: Oxford University Press, 2012), 756-776.

³⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 75.

และการปฏิวัติฝรั่งเศสที่เข้ามาแทนที่อาณาจักรราชวงศ์ (The dynastic Realm) ในช่วงศตวรรษที่สิบแปด อย่างไรก็ตามแม้ว่าชุมชนจินตกรรมทั้งในส่วนของเอกลักษณ์ของชาติและอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ จะมีหลายองค์ประกอบและที่มาที่ทับซ้อน แต่ทั้งสองก็มีความแตกต่างกันอยู่ เนื่องจากหลาย ๆ ครั้ง อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญก็สามารถถูกสร้างขึ้นสอดคล้องหรือแตกต่างจากเอกลักษณ์ของชาติได้ทั้งสิ้น แต่โดยทั่วไปแล้วอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจะดำรงอยู่ในความสัมพันธ์ที่ตึงเครียดกับอัตลักษณ์ ประเภอื่น ๆ ของสังคมอย่างชาติ ศาสนา และอุดมการณ์ทางการเมือง³⁶ ด้วยเหตุนี้ เราจึงสามารถ แบ่งรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเกณฑ์จากอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อตั้งขึ้นมาได้เป็น สองประเภท คือ รัฐธรรมนูญแบบปฏิวัติ (Militant) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งก่อตั้งอัตลักษณ์ ทางรัฐธรรมนูญที่มีความแตกต่างจากความเป็นจริงของสังคมกับรัฐธรรมนูญแบบกระจกสะท้อน (Acquiescent) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งสะท้อนอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับความเป็นจริง ของสังคม³⁷

3.2 รูปแบบการสร้างของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ³⁸

เราสามารถจำแนกลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญได้จากกระบวนการสร้างอัตลักษณ์ ทางรัฐธรรมนูญผ่านเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ออกเป็น 6 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบแรก อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการปฏิวัติ (The Revolution-Based Model) คือ กระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ ผ่านการทำลายและตัดสายสัมพันธ์ทั้งหมดที่มีกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเดิมลงด้วยการใช้อำนาจ สถาปนารัฐธรรมนูญของผู้ทำการปฏิวัติและผู้ทำการปลดปล่อย จึงส่งผลให้การสร้างอัตลักษณ์ ทางรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้ไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดภายนอกและภายในใด ๆ เลย

รูปแบบที่สอง อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการปฏิรูประบบอังกฤษ (The Invisible British Model) คือ กระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างและถูก ต่อเติมอย่างต่อเนื่องอยู่ตลอดเวลาผ่านเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ความขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญครั้งสำคัญ ต่าง ๆ ซึ่งจะมีความแตกต่างจากกระบวนการรูปแบบแรกตรงที่ไม่ได้ทำลายอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ เก่าลงทั้งหมดและการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญโดยยังคงมีสายสัมพันธ์กับอัตลักษณ์ ทางรัฐธรรมนูญเก่าผ่านการปฏิรูป

รูปแบบที่สาม อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการของสงคราม (The War-Based Model) คือ กระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกถอดบทเรียนมาจาก เหตุการณ์สร้างรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นและเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ซึ่งทั้งสองกรณี

³⁶ Michel Rosenfeld, "Constitutional identity," In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and Adras Sajo (Ed.), (United kingdom: Oxford university press, 2012), 756-776.

³⁷ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, pp.22-23.

³⁸ Michel Rosenfeld, *The Identity of The Constitutional Subject : Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, (New York: Routledge, 2010), 185-209.

เกิดจากการที่นาซีเยอรมนีและจักรวรรดิญี่ปุ่นพ่ายแพ้ในสงครามและยอมจำนนแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งผลของเหตุการณ์ดังกล่าวนำมาสู่การถูกบังคับให้เปลี่ยนผ่านประเทศเข้าสู่ระบอบนิติรัฐ-ประชาธิปไตย โดยผู้ชนะสงคราม ดังนั้น รูปแบบนี้จึงมีส่วนคล้ายคลึงกับรูปแบบการปฏิวัติตรงที่ด้านหนึ่งมันสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญให้แตกต่างจากของเดิมอย่างถึงราก แต่อย่างไรก็ตามกระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใหม่นี้มีความต่างจากรูปแบบการปฏิวัติตรงที่ไม่ได้ถูกสร้างโดยประชาชนในชาติ แต่ถูกสร้างโดยชาติที่เป็นผู้ชนะสงคราม

รูปแบบที่สี่ อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการการเปลี่ยนผ่านทางการเมืองในรูปของข้อตกลง (The Pacted Transition Model) คือ กระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถอดบทเรียนมาจากการสร้างรัฐธรรมนูญและเปลี่ยนผ่านเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยของสเปนในปี ค.ศ. 1978 ซึ่งสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นมาผ่านกระบวนการเจรจาและตกลงร่วมกันระหว่างผู้นำของระบอบเดิมกับกลุ่มอำนาจใหม่ทางสังคม โดยกระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญนี้มุ่งหลีกเลี่ยงการทำลายล้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเดิม จึงทำให้การสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญในรูปแบบนี้มีข้อจำกัดทั้งภายในและภายนอกจำนวนมาก

รูปแบบที่ห้า อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการร่วมมือกันในระดับนานาชาติ (The Transnational Model) คือ กระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญผ่านการร่วมมือระหว่างนานาชาติเพื่อก่อตั้งองค์กรระหว่างประเทศขึ้นมา ตัวอย่างเช่น การก่อตั้งสหประชาชาติ หรือสหภาพยุโรป เป็นต้น ซึ่งการก่อตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมาจะต้องมีการตราสนธิสัญญาที่มีผลเป็นรัฐธรรมนูญขององค์กรขึ้นมา เช่น กฎบัตรสหประชาชาติ หรือสนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรป ซึ่งสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใหม่ให้กับรัฐสมาชิกมีส่วนร่วม โดยมีลักษณะเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่รัฐสมาชิกยึดถือร่วมกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น ทำให้อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใหม่ที่ถูกสร้างขึ้นมานี้ก็ได้ทำลายอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเดิมของรัฐสมาชิกแต่อย่างใด

รูปแบบที่หก อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างจากกระบวนการแก้ไขความขัดแย้งโดยองค์กรระหว่างประเทศ (The Internationally Grounded Model) คือ กระบวนการที่องค์กรระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การสหประชาชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการริเริ่ม ชี้นำ และให้คำปรึกษาในการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใหม่ และสันติภาพให้ประเทศในโลกที่สาม ซึ่งประสบกับความขัดแย้งภายในประเทศอย่างรุนแรงจนกลายเป็นสงครามกลางเมือง โดยกระบวนการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้มีความแตกต่างจากรูปแบบสงครามและรูปแบบของข้อตกลงเพื่อเปลี่ยนผ่านทางการเมืองตรงที่กระบวนการเจรจาทางการเมืองนี้กระทำการขึ้นโดยองค์กรระหว่างประเทศ และองค์กรระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญในการปราบปรามกลุ่มอำนาจทางการเมืองใดที่ริเริ่มสงครามและไม่ประสงค์จะเจรจาเพื่อทำข้อตกลงเปลี่ยนผ่านทางการเมือง รวมถึงสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใหม่

3.3 ที่ตั้งของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับคำถามที่ต้องพิจารณาลำดับต่อมาคือ เราจะสามารถค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญได้จากส่วนใดของรัฐธรรมนูญ นักวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญได้พยายามให้คำตอบแตกต่างกันออกไปสามแนวทาง เริ่มจากแนวทางแรก Otto Pfersmann ได้ให้คำตอบต่อคำถามดังกล่าวว่าทุกระบบกฎหมายจะมีหลักการพื้นฐานหรือคุณค่าทางรัฐธรรมนูญบางอย่างที่อยู่เหนือหรืออยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Above or Behind Constitution) เสมอ จึงส่งผลให้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือการตีความรัฐธรรมนูญเองก็ถูกจำกัดด้วยหลักการพื้นฐานหรือคุณค่าซึ่งมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ และหลักการหรือคุณค่าดังกล่าวจะมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการส่งเสริมหรือหยุดยั้งการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ³⁹ ด้วยเหตุนี้ การสืบหาที่ตั้งของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญใด ๆ ตามแนวทางนี้จึงต้องพิจารณาจากสิ่งที่อยู่ภายนอกรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

ส่วนแนวทางที่สอง Michel Troper มองว่าการสืบค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญสามารถพบได้จากในตัวบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Within the Constitution) เอง ซึ่งต้องพิจารณาจากบทบัญญัติทั้งหมดแล้ววิเคราะห์ให้เห็นถึงหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงโครงสร้างบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญทั้งระบบไว้⁴⁰

และแนวทางที่สามซึ่งเป็นแนวทางสุดท้าย Gary Jeffrey Jacobsohn มองว่าการสืบค้นหาที่ตั้งของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญได้จะต้องพิจารณาจากกระบวนการที่ไม่ลงรอยกันตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional disharmony) เนื่องจากมีแต่กระบวนการนี้เท่านั้นที่จะทำให้อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนาและเผยตัวออกมาได้ชัดเจน สำหรับความไม่ลงรอยกันตามรัฐธรรมนูญสามารถเกิดขึ้นได้จากในทั้งช่วงการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอย่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และในช่วงขณะทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Moment) ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยของประชาชน หรือการเปลี่ยนแปลงในบริบททางประวัติศาสตร์การเมืองอย่างการรัฐประหาร เป็นต้น⁴¹

3.4 การกิจอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญในฐานะข้อจำกัดทางอำนาจของผู้แทนประชาชนที่ถูกสร้างโดยองค์กรตุลาการ

โดยหลักแล้วอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจะมีภารกิจในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญอยู่ด้วยกันสามประการ คือ ประการแรก อธิบายว่าใครเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ (To Whom)

³⁹ Biljana Kostadinov, "Constitutional Identity," *Lutinius Primus Review*, 3, 2012, 1-20.

⁴⁰ Michel Rosenfeld, "Constitutional identity," In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and Adras Sajo (Ed.), (United Kingdom: Oxford university press, 2012), 756-776.

⁴¹ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 15-17.

ในเรื่องของการเสนอ การสร้างรัฐธรรมนูญ และการถูกกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญบ้าง ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1789 มีการกล่าวว่า ผู้ที่สร้างรัฐธรรมนูญดังกล่าว คือ ประชาชน (We, The People) อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจึงมีภารกิจในการตอบคำถามว่าประชาชนเป็นใครและคำถามว่าประชาชนดังกล่าวหมายความว่าความรวมถึงชาวแอฟริกัน – อเมริกันและผู้อพยพที่เข้ามาอยู่ในสหรัฐอเมริกาตลอดระยะเวลาสองร้อยปีของการก่อตั้งประเทศหรือไม่ ประการที่สอง อธิบายว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวตั้งอยู่บนหลักการหรือคุณค่าพื้นฐานอะไร (What) ในทางกฎหมาย ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญอินเดียที่ตั้งอยู่บนหลักการรับรองศาสนาที่หลากหลาย เป็นต้น และประการที่สาม บอกว่ารากฐานความชอบธรรมทางการเมืองและทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญมีที่มาจากอย่างไร (How) ตัวอย่างเช่น การอธิบายว่ารากฐานความชอบธรรมทางการเมืองและกฎหมายของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามาจากความยินยอมพร้อมใจของประชาชน⁴²

อย่างไรก็ตามภารกิจทั้งสามประการดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นภารกิจทั่วไปเท่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาจากคลื่นการเผยแพร่และขยายตัวของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่มาควบคู่กับการเติบโตของกระแสตุลาการภิวัตน์ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบเนื้อหาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของทั่วโลกแล้ว เราจะสามารถวิเคราะห์ออกมาได้ว่าภารกิจเฉพาะของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ คือ การเป็นข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายในรูปแบบประดิษฐกรรมทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นจากการรัฐประหารโดยศาล (Judicial Coup d'état)⁴³ เนื่องจากโดยทั่วไปในระบอบประชาธิปไตย เราสามารถแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญกับอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากกันได้ โดยอำนาจแรกเป็นอำนาจของประชาชนซึ่งองค์กรพิเศษที่อยู่ภายนอกรัฐธรรมนูญใช้เพื่อยกเลิกและสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาได้อย่างไร้ข้อจำกัด⁴⁴ ในขณะที่อย่างหลังเป็นอำนาจตามกฎหมายขององค์กรทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนอย่างรัฐสภาใช้เพื่อปรับปรุงหรือแก้ไขให้รัฐธรรมนูญดียิ่งขึ้นตามขั้นตอนและข้อจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญ⁴⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรูปของรัฐ ระบอบการปกครอง

⁴² Michel Rosenfeld, "Constitutional identity," In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Michel Rosenfeld and Adras Sajo (Ed.), (United kingdom: Oxford university press, 2012), 756-776.

⁴³ การรัฐประหารโดยศาล (Judicial Coup d'état) หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญอย่างถึงรากโดยการใช้อำนาจบัญญัติรัฐธรรมนูญของศาล Alec Stone Sweet ได้ยกตัวอย่างการรัฐประหารโดยศาลที่สำคัญมาสามกรณีได้แก่ กรณีศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีคำวินิจฉัยในคดี *Lüth* เมื่อปี ค.ศ. 1958 ขยายขอบเขตการมีผลบังคับของสิทธิทางมหาชนเข้าไปในพรหมแดนความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน กรณีศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปมีคำวินิจฉัยใน *Van Gend en Loos* เมื่อปี ค.ศ. 1963 ยกสถานะให้สนธิสัญญากรุงโรมเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดของรัฐสมาชิก และกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัย เลขที่ 71-44 เมื่อปี ค.ศ. 1971 ถัดมาหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาที่ระบอบกฎหมายฝรั่งเศสยึดถือมาอย่างยาวนาน โดยผนวกประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาล โปรดดู Alec Stone Sweet, "The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority," *German Law Journal*, Vol. 8, Issue 10: Special issue – 'Coup d'état in the courtroom', 01 October 2007, 915 – 927.

⁴⁴ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, 130-132.

⁴⁵ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 256, รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น มาตรา 96, กฎหมายพื้นฐานของสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 79 และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเอลเลนิก มาตรา 110 เป็นต้น

และอุดมการณ์ของรัฐซึ่งเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญหลายประเทศก็จะมี การบัญญัติขึ้นโดยขัดแย้งว่าประกอบด้วยอะไรบ้างในรูปแบบของบทบัญญัติที่ตรึงอยู่แล้ว⁴⁶ ด้วยเหตุนี้ การที่องค์กรตุลาการสร้างความเชื่อความคิดเรื่อง “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมาเป็นข้อจำกัดด้านเนื้อหา ในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายของผู้แทนประชาชนเพิ่มเติมนอกเหนือจาก ข้อจำกัดทางเนื้อหาที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้ง ผ่านคำพิพากษาและคำวินิจฉัยต่าง ๆ จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจตุลาการเข้าไปสร้างกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ของศาลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบโต้และจำกัดอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของผู้แทนประชาชน

4. กรณีศึกษาการปรากฏตัวของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

4.1 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

Michel Troper นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวฝรั่งเศส กล่าวว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ เป็นสิ่งที่ไม่ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นอกจากนี้ หากค้นลงไปให้ลึก ในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับเก่า ๆ และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศก็จะไม่พบถ้อยคำดังกล่าว เช่นกัน โดยแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญเพิ่งมาถูกกล่าวถึงในคำสอนทางนิติศาสตร์ต่าง ๆ เมื่อไม่นานนี้ สำหรับกรณีประเทศฝรั่งเศส แนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญถูกกล่าวถึง เป็นครั้งแรกในการต่อสู้เพื่อจำกัดอิทธิพลของกฎหมายสหภาพยุโรปไม่ให้เข้ามามีผลบังคับใช้สูงสุด เหนือรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ผ่านคำวินิจฉัยเลขที่ 2006-504 DC วันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นในครั้งนี้เพื่อปกป้องอำนาจ อธิปไตยของชาติ เนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้กล่าวว่าการอนุวัติการกฎหมายของสหภาพยุโรปใด ๆ ให้เข้ามามีผลในระบบกฎหมายภายในจะทำได้เท่าที่ไม่ขัดแย้งกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของ ประเทศฝรั่งเศส เว้นเสียแต่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะให้ความยินยอม แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยดังกล่าวก็มิได้มีการนิยามไว้อย่างชัดเจนว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีองค์ประกอบ ในทางรูปแบบและเนื้อหาอย่างไร โดยภายหลังจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ออกมาแล้ว Pierre Mazeaud ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดที่ทำคำวินิจฉัยดังกล่าวได้อธิบายว่าอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ เป็นมรดกที่ตกทอดมาจากทุกสาธารณรัฐที่ผ่านมา ด้วยเหตุนี้ สามารถค้นหาองค์ประกอบของ อัตลักษณ์ดังกล่าวได้จากหลักที่สำคัญและโดดเด่นซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทุกฉบับ⁴⁷ ในเวลาต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงได้อาศัยความเห็นดังกล่าวมาเป็นระเบียบวิธีหลัก

⁴⁶ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 255 กำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อเปลี่ยนแปลงความเป็นรัฐเดี่ยว ความเป็นราชอาณาจักรและความเป็นประชาธิปไตย, กฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์รัฐ สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 79 กำหนดห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นการยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 1 และมาตรา 20 ซึ่งเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักประชาธิปไตย หลักสังคมรัฐ และหลักนิติรัฐ, และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเฮลเลนิก มาตรา 110 ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทบต่อรูปแบบการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐสภา ความเป็นสาธารณรัฐ หลักความเสมอภาค เสรีภาพในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ และเสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

⁴⁷ Biljana Kostadinov, “Constitutional Identity,” *Lutinius Primus Review*, 3, 2012, 1-20.

ในการค้นหาอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญโดยมุ่งไปที่รากฐานความคิดทางกฎหมายและการเมืองนอกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลผลิตจากการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยคำวินิจฉัยที่ตอบโต้ต่อกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปต่อมาหลังจากนั้นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็เริ่มมีการให้รายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบในส่วนของรูปแบบและเนื้อหาออกมามากหลายประการ อันได้แก่ หลักการสาธารณรัฐ หลักการเสมอภาค หลักการแบ่งแยกมิได้ของสาธารณรัฐ หลักการรัฐฆราวาส หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการเคารพสิทธิในการขอลี้ภัย เป็นต้น⁴⁸

4.2 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของอิตาลี

ประเทศอิตาลีถือว่าเป็นประเทศที่มีประวัติความเป็นมาค่อนข้างสั้นเมื่อเทียบกับชาติอื่น ๆ ในยุโรป เนื่องจากอิตาลีเพิ่งสามารถรวมประเทศและก่อตั้งราชอาณาจักรอิตาลีได้สำเร็จเมื่อ ปี ค.ศ. 1861 ด้วยเหตุเช่นนี้แนวคิดเรื่องเอกลักษณ์ความเป็นชาติของประเทศอิตาลีจึงไม่ได้รับการพัฒนาและถูกกล่าวถึงมากเท่าที่ควร แต่อย่างไรก็ตามเมื่ออิตาลีประสบพบเจอกับเหตุการณ์โศกนาฏกรรมอย่างการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง จึงทำให้อิตาลีร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาโดยแตกหักกับอดีตในยุคราชอาณาจักรอย่างถึงราก เริ่มจากวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 1946 ประชาชนชาวอิตาลีลงประชามติเห็นชอบล้มเลิกสถาบันพระมหากษัตริย์และร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จะเปลี่ยนรูปของรัฐเป็นสาธารณรัฐ โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีผลประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1948 กำหนดให้อิตาลีเป็นสาธารณรัฐ มีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นครั้งแรก รวมถึงก่อตั้งสถาบันทางการเมืองใหม่ ๆ อย่างศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาขึ้นมา ด้วยเหตุนี้การสืบค้นหารากฐานใด ๆ เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลีจึงให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับหลักการสาธารณรัฐที่ถูกก่อตั้งขึ้นภายหลังการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง⁴⁹

ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 หรือภายหลังรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับเป็นเวลาสี่สิบปี ปรากฏว่าข้อความคิดเรื่อง อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลีได้ถูกสร้างขึ้นในระบบกฎหมายของอิตาลีครั้งแรกโดยศาลรัฐธรรมนูญผ่านคำวินิจฉัย เลขที่ 1146, 1988 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึงข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการตรากฎหมายของรัฐสภาที่หากฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อข้อจำกัดดังกล่าวจะส่งผลให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทันที สำหรับเนื้อหาของคำวินิจฉัยดังกล่าวมีเนื้อความว่า “รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีได้ถูกประกอบขึ้นด้วยหลักการสูงสุดบางประการอันมีอาจล่วงละเมิดได้ด้วยกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญอื่น ๆ โดยหลักการสูงสุดดังกล่าวไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะ

⁴⁸ Francois-Xavier Millet, “Constitutional identity in France vices and-above all-virtues,” In *Constitutional identity in A Europe of multilevel of constitutional*, Cristian Calliess and Gerhard Van Der Schyff (Ed.), (United kingdom: Cambridge university press, 2020), 134-152.

⁴⁹ Federico Fabbrini and Oreste Pollicino, “Constitutional Identity in Italy Institutional Disagreements at a Time of Political Change,” In *Constitutional identity in A Europe of multilevel of constitutional*, Cristian Calliess and Gerhard Van Der Schyff (Ed.), (United kingdom: Cambridge university press, 2020), 201-221.



การห้ามเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจากสาธารณรัฐไปเป็นอย่างอื่นที่เป็นข้อจำกัดทางเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้งเท่านั้น แต่หมายความว่ารวมถึงหลักการพื้นฐานอื่น ๆ ที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในฐานะข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้งอีกด้วย⁵⁰ จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่าการสร้างข้อความคิดเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยนิติวิธีที่คล้ายคลึงกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส โดยอ้างอิงหลักการที่อยู่เหนือหรือเบื้องหลังรัฐธรรมนูญและถูกสร้างขึ้นผ่านเหตุการณ์ทางการเมืองครั้งสำคัญของประเทศอย่างการก่อตั้งสาธารณรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นการสร้างอัตลักษณ์รัฐธรรมนูญผ่านการปฏิบัติ

4.3 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของเยอรมนี⁵¹

อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีมีพัฒนาการยาวนานโดยสามารถสืบย้อนกลับไปถึงจุดกำหนดปี ค.ศ. 1871 ซึ่งเป็นปีที่มีการรวมชาติเยอรมนีสำเร็จและมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการก่อตั้งรูปของรัฐที่เป็นราชอาณาจักรและเป็นสหพันธรัฐขึ้นมา โดยรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์คไม่มีการกล่าวถึงขั้นตอนและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วยเหตุนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงสามารถดำเนินการได้เช่นเดียวกับกระบวนตรากฎหมายทั่วไปของรัฐสภาและไม่มีข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามได้มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวเยอรมนีอย่าง Georg Meyer ยืนยันว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายซึ่งเป็นถือว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นรากฐานในการก่อกำเนิดรัฐธรรมนูญอย่างหลักความเป็นสหพันธรัฐ หากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อหลักการดังกล่าวได้จะต้องได้รับความยินยอมจากชาวเยอรมนีทั้งหมดเท่านั้น โดยข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่นำมาสู่การยกสถานะหลักสหพันธรัฐเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหากมองกลับไปทีประวัติศาสตร์ทางการเมืองจะพบการก่อตั้งรัฐธรรมนูญที่มีมาจากข้อตกลงร่วมกันระหว่างมลรัฐต่าง ๆ

ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับที่สองภายหลังจากการรวมชาติเยอรมนีสำเร็จอย่างรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 1919 ก็เป็นรัฐธรรมนูญที่สามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยกระบวนตรากฎหมายทั่วไปของรัฐสภาและไม่มีการกล่าวถึงข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค เนื่องจากผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์เป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ตลอดไป ด้วยเหตุนี้แนวคิดเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายของรัฐธรรมนูญไวมาร์จึงถูกพัฒนาขึ้นโดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวเยอรมนีอย่าง Carl Schmitt และ Carl Bilfinger โดยทั้งสองต่างถือว่าเป็นนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นปทัศทัตระบอบประชาธิปไตย เริ่มจากคนแรก Carl Bilfinger ได้พัฒนาข้อความคิดเกี่ยวกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายจากฐานคิดที่ว่า

⁵⁰ Biljana Kostadinov, "Constitutional Identity," *Lutinius Primus Review*, 3, 2012, 1-20.

⁵¹ Monika Polzin, "Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: The development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law," *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 2, April 2016, 411-438.

รัฐธรรมนูญเป็นระบบปิดจึงทำให้อำนาจอธิปไตยไม่มีสิทธิที่จะไปยุ่งเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้อำนาจอธิปไตยมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพต่อแก่นสารที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญด้วย และท้ายที่สุดเขาสรุปว่าสิ่งที่บ่งชี้ถึงอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญไวมาร์คือ หลักนิติรัฐ แต่ในส่วน Carl Schmitt มีความแตกต่างออกไปเนื่องจากเขาพัฒนาแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญให้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเขาจัดการแบ่งความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญออกเป็นสองประเภท คือ รัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยมองว่ารัฐธรรมนูญ (Constitution) คือผลผลิตโดยตรงจากการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการก่อตั้งระบอบการเมืองขึ้นมา ในขณะที่กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional law) เป็นแต่เพียงส่วนที่สำคัญน้อยลงมาซึ่งจะกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย หากจะเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามเขาก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงว่าองค์ประกอบของรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมว่ามีอะไรบ้างอย่างชัดเจนมากนัก โดยมีการพูดถึงเพียงครั้งเดียวเฉพาะการระบุว่าห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตยและแทนที่ด้วยระบบอื่นเท่านั้น

และส่วนรัฐธรรมนูญฉบับสุดท้าย เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ถูกสร้างขึ้นในฐานะผลสะท้อนกลับจากความเลวร้ายของการปกครองโดยนาซีเยอรมนีภายใต้รัฐธรรมนูญไวมาร์โดยตรงจึงทำให้ต้องมีการบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งในรูปแบบของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาตรา 79 (3) ที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปยกเลิกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักสหพันธรัฐ หลักสังคมรัฐ หลักนิติรัฐ และหลักประชาธิปไตย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำโดยการตรากฎหมายและมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ การพัฒนาแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นการกล่าวถึงอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีที่ได้ถูกรับรองไว้ในมาตรา 1 มาตรา 20 และมาตรา 79 (3) ของกฎหมายพื้นฐานเป็นสำคัญและไม่มีการพัฒนาข้อความคิดเรื่องข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายอีกต่อไป

4.4 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของสเปน⁵²

แนวคิดเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศสเปนถูกสร้างขึ้นโดยวัตถุประสงค์แบบเดียวกับฝรั่งเศส กล่าวคือ มุ่งคุ้มครองอำนาจอธิปไตยของรัฐ มุ่งจำกัดอำนาจของกฎหมายสหภาพยุโรปต่อระบบกฎหมายภายใน และมุ่งสร้างข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

⁵² José Martín y Pérez de Nanclares, "Constitutional Identity in Spain Commitment to European Integration without Giving Up the Essence of the Constitution," In *Constitutional identity in A Europe of multilevel of constitutional*, Cristian Callies and Gerhard Van Der Schyff (Ed.), (United Kingdom: Cambridge university press, 2020), 268-283.

โดยปริยายขึ้นมาเพื่อแก้ไขข้อด้อยที่รัฐธรรมนูญของสเปนไม่มีการบัพัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดดังกล่าวไว้ โดยองค์กรที่มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาความคิดเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายสเปน คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ผ่านคดีที่ต้องมีการตีความข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการอนุวัติการกฎหมายของสหภาพยุโรปเข้ามามีผลในระบบกฎหมายภายในตามมาตรา 93 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 ซึ่งศาลได้มีคำวินิจฉัย เลขที่ 26/2014 วินิจฉัยว่า “การอนุวัติการสนธิสัญญาให้มีผลในระบบกฎหมายภายในจะต้องเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐ โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญสเปน คุณค่าและหลักการพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นสาระสำคัญหลักของรัฐธรรมนูญสเปน” ภายหลังจากคำวินิจฉัยดังกล่าวออกมานักวิชาการของสเปนได้มีความเห็นทางวิชาการไปในทิศทางเดียวกันว่าแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศสเปนที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นมาก็คือเป็นแนวคิดที่ค่อนข้างคลุมเครืออย่างมาก

นอกจากภารกิจในการคุ้มครองระบบกฎหมายภายในจากอิทธิพลของกฎหมายของสหภาพยุโรปข้างต้นแล้ว อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของสเปนยังมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในสถานการณ์ประกาศเอกราชของแคว้นคาตาลันที่อ้างอิงกับข้อความคิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างสิทธิในการปกครองตนเอง (right to self-determination) และสิทธิในการตัดสินใจ (right to decide) ซึ่งตามทฤษฎีทางกฎหมายที่เรียกว่า “internal enlargement theory” อาจส่งผลทำให้แคว้นคาตาลันมีสถานะเป็นรัฐอิสระและกลายสภาพเป็นรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปโดยอัตโนมัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยแนวคิดอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญมาเป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญในการวินิจฉัยว่ากฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติการประกาศเอกราชของแคว้นคาตาลันที่ออกโดยรัฐสภาของแคว้นคาตาลันชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เริ่มจากคำวินิจฉัย เลขที่ 259/2015 ที่กล่าวว่า “รัฐธรรมนูญทุกส่วนสามารถถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ หากดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในหมวดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” แต่อย่างไรก็ตามในคำวินิจฉัยก่อนหน้านี้อย่างคำวินิจฉัย เลขที่ 138/2015 ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยว่าข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็นข้อจำกัดด้านกระบวนการที่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 167 และมาตรา 168 ของรัฐธรรมนูญ รวมถึงข้อจำกัดด้านเนื้อหาโดยปริยายที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อหลักการประชาธิปไตยสิทธิขั้นพื้นฐาน และสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญที่มีต่อประชาชนซึ่งเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศสเปนไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ในท้ายที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัย เลขที่ 114/2017 ประกาศให้กฎหมายเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติการประกาศเอกราชของแคว้นคาตาลันที่ออกโดยรัฐสภาของแคว้นคาตาลันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับความเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกมิได้ตามมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญสเปนโดยฝ่าฝืนต่อข้อจำกัดการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

4.5 อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของตุรกี⁵³

อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีมีความสัมพันธ์โดยตรงกับการปฏิวัติที่นำมาสู่การก่อกำเนิดขึ้นมาของสาธารณรัฐตุรกีในปี ค.ศ. 1923 โดยบิดาผู้ก่อตั้งประเทศอย่าง Mustafa Kemal Atatürk ได้สร้างสาธารณรัฐตุรกีโดยมีพื้นฐานจากการปฏิเสธต่อมรดกต่าง ๆ ของจักรวรรดิออตโตมานทั้งหมดโดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลของศาสนาอิสลาม และมุ่งสู่การปฏิรูปการเมืองและสังคมอย่างถึงรากเพื่อเปลี่ยนผ่านตุรกีเข้าสู่ความเป็นรัฐฆราวาสสมัยใหม่แบบยุโรป ด้วยเหตุนี้ หลักการรัฐฆราวาส (Secular State) ที่แบ่งแยกระหว่างรัฐกับศาสนาออกจากกันชัดเจนจึงเป็นรากฐานที่สำคัญที่สุดของสาธารณรัฐตุรกี ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 ได้รับรองหลักการนี้เอาไว้ในมาตรา 2 ด้วยประโยคที่ทรงพลังอย่างยิ่งว่า “ในการดำเนินการของรัฐและทางการเมืองไม่อาจนำเอาความรู้สึกที่เกี่ยวข้องกับหลักคำสอนทางศาสนาอันศักดิ์สิทธิ์มาเกี่ยวข้องได้”

สำหรับผลผลิตของการปฏิรูปทางสังคมที่สำคัญของ Mustafa Kemal Atatürk คือการออกกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งกายของประชาชน โดยมีการห้ามการแต่งกายของผู้ชายซึ่งเป็นมรดกตกทอดมาจากจักรวรรดิออตโตมานอย่างหมวกที่เรียกว่า the fez และบังคับให้ผู้ชายชาวตุรกีแต่งตัวแบบยุโรปสมัยใหม่ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังได้ห้ามการแต่งกายทางศาสนาในที่สาธารณะอื่น ๆ ซึ่งมีใช้สถานที่ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาอีกด้วย โดยในส่วนของ การห้ามการสวมใส่ฮิญาบซึ่งเป็นเครื่องแต่งกายของผู้หญิงตามหลักศาสนาอิสลามในมหาวิทยาลัยเริ่มขึ้นในทศวรรษที่ 1980 ด้วยคำสั่งขอสภาการศึกษาระดับสูงของตุรกี และแม้ว่าจะมีการโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวไปสู่การพิจารณาของศาลปกครอง แต่ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่าคำสั่งห้ามฮิญาบในมหาวิทยาลัยเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า “การสวมใส่ฮิญาบเป็นการแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเสรีภาพของผู้หญิงและหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐ” ผลกระทบจากนโยบายการบริหารมหาวิทยาลัยของสภาการศึกษาระดับสูงและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเช่นนี้จึงทำให้พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลที่เป็นพวกสายกลางและเป็นเสรีนิยมตอบโต้ด้วยการตรากฎหมาย เลขที่ 3511 ปรับปรุงแก้ไขมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติการศึกษาระดับสูงเพื่ออนุญาตให้สามารถสวมใส่ฮิญาบกับผ้าคลุมหน้าในมหาวิทยาลัยได้ แต่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเลขที่ E.1989/1, K.1989/12 เมื่อวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1989 ประกาศให้กฎหมายดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดต่อหลักรัฐฆราวาส ความเสมอภาคของบุคคล เสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 2 มาตรา 10 และมาตรา 24 ของรัฐธรรมนูญ รวมถึงข้อจำกัดการตรากฎหมายโดยปริยายอย่างหลักความเท่าเทียมกันทางเพศซึ่งเป็นคุณค่าประการสำคัญของสาธารณรัฐและการปฏิวัติ

⁵³ Yaniv Roznai and Serkan Yolcu, “An unconstitutional constitutional amendment—The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision,” *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 1, January 2012, 175–207.



ในท้ายที่สุด เมื่อปี ค.ศ. 2008 พรรคการเมืองที่มีชื่อว่า พรรคความยุติธรรมและการพัฒนา ที่นำโดยนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นอย่าง Recep Tayyip Erdogan ซึ่งเป็นพรรคมีความคิดทางการเมืองแบบอนุรักษนิยมที่โน้มเอียงไปทางศาสนาอิสลามได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งจะมีผลโดยตรงเป็นการยกเลิกการห้ามการสวมใส่เครื่องแต่งกายทางศาสนาและการสวมใส่ฮิญาบ ในมหาวิทยาลัยเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาซึ่งผลปรากฏว่ารัฐสภาอนุมัติร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว แต่ฝ่ายเสียงข้างน้อยที่ลงมติไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ส่งเรื่องถึงศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 148 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะการตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญใช้วิธีการตีความรัฐธรรมนูญแบบขยายอำนาจในการตรวจสอบด้านรูปแบบและกระบวนการให้รวมถึงการตรวจว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ถูกริเริ่มเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาว่าเป็นร่างที่สมบูรณ์หรือไม่ ผ่านการพิจารณาร่างดังกล่าวมีการแก้ไขเพิ่มเติมที่ไปกระทบต่อข้อจำกัดตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญที่ห้ามมิให้แก้ไขยกเลิกหลักสาธารณรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักฆราวาส และหลักนิติรัฐหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงวินิจฉัยว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกเช่นเดิม เนื่องจากเสนอร่างรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งกับหลักฆราวาสซึ่งถือว่าเป็นอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศตุรกีเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา

4.6 หลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐาน (Basic Structure) ของอินเดีย

องค์กรของรัฐที่มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย ขึ้นมาคือ ศาลฎีกาผ่านการสร้างหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานในคำพิพากษาต่าง ๆ โดยอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ได้ถูกพัฒนามาจากแนวคิดทางการเมืองและอุดมการณ์ที่เป็นลักษณะเฉพาะของอินเดียซึ่งมีรากมาจากการปะทะกันระหว่างคุณค่าแบบเสรีนิยมที่ได้รับมรดกมาจากการเคยตกเป็นประเทศอาณานิคมของอังกฤษและคุณค่าดั้งเดิมของสังคมอินเดียก่อนการตกเป็นอาณานิคม⁵⁴ สำหรับหลักการว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานในฐานะข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายถือว่าเป็นผลโดยตรงจากสงครามอันยิ่งใหญ่ระหว่างรัฐสากับองค์กรตุลาการ ซึ่งเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1967 ผ่านคดีที่มีชื่อว่า Golak Nath v. State of Punjab ที่ศาลฎีกาวางแนวคำพิพากษาว่าศาลมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยสร้างข้อจำกัดทางเนื้อหาโดยปริยายขึ้นมาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะส่งผลให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญไม่สามารถมีผลใช้บังคับไม่ได้ โดยการให้เหตุผลทางกฎหมายเช่นนี้ได้เป็นรากฐานที่สำคัญให้กับคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1973 ซึ่งคดีที่ถือว่ามีความสำคัญอย่างยิ่งในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในชื่อคดี Kesavananda Bharati v. State of Kerala เนื่องจากได้ปรากฏข้อความคิดเกี่ยวกับหลักว่าด้วยโครงสร้างพื้นฐานขึ้นมาเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาของศาลฎีกา โดยระบุว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจของรัฐสภามีอาจรทบต่อ

⁵⁴ Bidyut Chakrabarty, *India's Constitutional Identity Ideological Beliefs and Preferences*, (Oxon, Routledge, 2019), 20-21.

โครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินเดียได้ มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁵⁵

แต่สำหรับรายละเอียดว่าโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินเดียมีเนื้อหาประกอบไปด้วยหลักการใดในทางรัฐธรรมนูญบ้างเป็นสิ่งที่แม้แต่ผู้พิพากษาในศาลฎีกายังเห็นไปในทิศทางไม่สอดคล้องกัน โดยเราสามารถแจกแจงองค์ประกอบของโครงสร้างพื้นฐานได้จากข้อความคิดของผู้พิพากษาในศาลฎีกาแต่ละท่าน โดยเริ่มจากผู้พิพากษา Sikri ได้สรุปว่าโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอินเดียได้แก่ ความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักสาธารณรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักรัฐฆราวาส หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักสหพันธรัฐ ในขณะที่ผู้พิพากษา AN Grover และ SJ Shelat กลับเน้นย้ำแต่เฉพาะเรื่องนโยบายรัฐสวัสดิการและความสามัคคีของชาติเท่านั้น ส่วนผู้พิพากษา KS Hegde และ SN Mukherjea ได้กล่าวว่าโครงสร้างพื้นฐานให้แตกต่างออกไปโดยให้ประกอบไปด้วยอำนาจอธิปไตยของอินเดีย หลักประชาธิปไตยในการดำเนินนโยบาย ความสามัคคีของประเทศ สิทธิเสรีภาพของประชาชน นโยบายรัฐสวัสดิการ และสำหรับผู้พิพากษาท่านสุดท้าย ผู้พิพากษา Jaganmohan Reddy ก็ได้ระบุว่า หลักสาธารณรัฐประชาธิปไตย หลักความยุติธรรมทางสังคม เศรษฐกิจและการเมือง เสรีภาพทางความคิดและการแสดงออก และหลักความเสมอภาคในฐานะและโอกาสเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่ถือว่าเป็นแก่นกลางของรัฐธรรมนูญอินเดียเพิ่มเติมขึ้นมาอีก⁵⁶

5. บทสรุป

ในท้ายที่สุดจากผลการศึกษามาจากประเทศต่าง ๆ ข้างต้น เราสามารถกล่าวได้อย่างเรียบง่ายว่าแนวคิดเรื่องอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่เรื่องอื่นใดนอกจากข้อจำกัดด้านเนื้อหาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยายซึ่งเป็นประดิษฐกรรมทางกฎหมายที่มีจุดกำเนิดแสนเรียบง่ายมาจากการถูกสร้างขึ้นโดยศาลเพื่อใช้ในการอธิบายหรือสร้างความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจตุลาการเกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ให้ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน หรือการอนุวัติการกฎหมายขององค์กรระหว่างประเทศให้เข้ามามีผลในระบบกฎหมายภายในของประเทศเท่านั้น ดังนั้น ทางด้านที่มาและเนื้อหาของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องอัตวิสัยขององค์กรตุลาการโดยแท้ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนผ่านกรณีศึกษาของประเทศอินเดียที่ผู้พิพากษาของศาลฎีกามีการให้นิยามเนื้อหาของอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันออกไปตามความคิดของผู้พิพากษาแต่ละคน

ทำให้เกิดคำถามที่สำคัญตามมาว่าการใช้อำนาจตุลาการโดยศาลเข้าไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นนี้เป็นเรื่องที่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเพียงใด ผู้เขียนขอตอบคำถามดังกล่าวจากหลักวิชาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าการก่อตั้ง ยกเลิก และแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นภารกิจของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่

⁵⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 52-58.

⁵⁶ Bidyut Chakrabarty, *India's Constitutional Identity Ideological Beliefs and Preferences*, 155-156.

ภารกิจของอำนาจตุลาการที่มีสถานะเป็นเพียงอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากอำนาจตุลาการของศาลมีขอบเขตภารกิจจำกัดอยู่เฉพาะแค่การวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมาย คຸ້ມครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ด้วยเหตุเช่นนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นทางวิชาการว่าข้อความคิดที่เรียกว่า “อัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญ” มีสภาพเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลอันเป็นการสถาปนาตนเองของศาลให้กลายเป็นทั้งองค์กรเหนือรัฐธรรมนูญ เนื่องจากในการออกคำพิพากษาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ขัดกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลจะต้องสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาสามระดับ กล่าวคือ ระดับที่ 1 สร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นมาจากการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งเปรียบเสมือนการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ระดับที่ 2 กฎเกณฑ์ที่มาจากกรณีความบงกชบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ระดับที่ 3 ใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญออกคำวินิจฉัยเพิกถอนร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเชิงปฏิเสธไปในคราวเดียวด้วยส่งผลทำให้ศาลกลายเป็นทั้งผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญภายในองค์กรเดียวอย่างเบ็ดเสร็จซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีปัญหาในทางหลักวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างมาก ดังนั้น การค้นหาแนวทางในการที่เราจะจำกัดการสร้างอัตลักษณ์ทางรัฐธรรมนูญโดยศาลให้ได้จึงเป็นเรื่องที่สมควรได้รับการวิเคราะห์และหาคำตอบต่อไปในวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างยิ่ง