

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แนวคิดเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญนี้ เป็นการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองซึ่งมีอำนาจสูงสุดกับประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยรัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองซึ่งสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองและประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมในการปกครองหรือในการใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ทั้งนี้จะต้องมีการสร้างระบบควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจและมีการปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพ และเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก รัฐธรรมนูญอาจมีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่เป็นพลวัต จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสม เพื่อจะได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญฉบับเก่านั้นเอง ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงแนวคิดทั่วไปและทฤษฎีเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ การยกร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและแนวคิดการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประมุขของรัฐ ดังนี้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญที่สามารถจะกระทำได้ทั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันสืบเนื่องต่อมาในการจัดทำรัฐธรรมนูญหลายฉบับ แต่ทั้งนี้ต้องมีการเปิดโอกาสให้เกิดการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางจากทุกฝ่าย นับตั้งแต่การคัดเลือกบุคคลเข้ามาทำหน้าที่ ขั้นตอนในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ การรับฟังความคิดเห็น ในขั้นตอนของการจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญต้องมีการลงประชามติจากประชาชน โดยในขั้นตอนนี้ต้องเปิดโอกาสให้มีการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ การโต้แย้ง การวิพากษ์วิจารณ์ได้อย่างกว้างขวางก่อนที่จะมีการลงประชามติเกิดขึ้น เพื่อให้เป็นประชามติที่ประชาชนได้ใช้ศักยภาพของตนเองอย่างเต็มที่ นอกจากนี้อาจเป็นอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้¹

¹ จาก หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย (น. 116 – 123), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2552, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2.1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ

ความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” นั้น มีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่านด้วยกัน เช่น ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม² ได้ให้ความหมายว่า “รัฐธรรมนูญ คือ ตัวยกกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการมากบ้างน้อยบ้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์การทางการเมืองของรัฐ”

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย³ ได้ให้ความหมายของคำว่ารัฐธรรมนูญตามความหมายในทางกฎหมายว่าหมายถึง “กฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน” และให้ความหมายของคำว่ารัฐธรรมนูญตามความหมายในทางการเมืองว่าหมายถึง “รัฐธรรมนูญแห่งระบอบประชาธิปไตย”

ศาสตราจารย์ ดร. สมภพ โทตระกิตย์⁴ ได้กล่าวไว้ว่า รัฐธรรมนูญมีความหมายสองนัย คือ ความหมายอย่างกว้างและอย่างแคบ

ตามความหมายอย่างกว้าง “รัฐธรรมนูญ” ได้แก่ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Custom) และธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions) ซึ่งกล่าวถึง (1) บรรดาองคาพยพ (Organ) หรือสถาบันการเมืองของรัฐ เช่น ประมุขของรัฐ สถานิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี ศาล (2) หน้าที่ขององคาพยพหรือสถาบันการเมืองของรัฐ เช่น หน้าที่นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ (3) ความสัมพันธ์ระหว่างองคาพยพของรัฐ หรือสถาบันการเมืองซึ่งกันและกัน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสถานิติบัญญัติกับคณะรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีกับศาล และ (4) ความสัมพันธ์ระหว่างองคาพยพของรัฐหรือสถาบันการเมืองกับเอกชน เช่น การจำกัดขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองคาพยพ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน ความหมายอย่างกว้างนี้ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ และหมายถึงรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ

ส่วนความหมายอย่างแคบ หมายถึง กฎหมายฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ ซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์การปกครองประเทศขึ้นไว้ เช่น การดำรงตำแหน่งประมุขของรัฐ การทำหน้าที่นิติบัญญัติ หน้าที่บริหาร หน้าที่ตุลาการ ฯลฯ และกฎหมายนั้นได้จัดทำตามวิธีการที่กำหนดเป็นพิเศษแตกต่าง

² จาก *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป* (น. 77), โดย ไพโรจน์ ชัยนาม, 2524, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³ จาก *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (น. 39 - 40), โดย หยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴ จาก *คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1* (น. 11 - 12), โดย สมภพ โทตระกิตย์, 2512, กรุงเทพฯ: นำเชิการพิมพ์.

จากกฎหมายธรรมดา และได้รับการยกย่องให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ความหมายนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น ไทย ฯลฯ

จากคำอธิบายของนักวิชาการดังกล่าว สามารถนำมาอธิบายขยายความเป็นข้อต่าง ๆ ดังนี้ คือ

1) รัฐธรรมนูญ คือ ชื่อของกฎหมายชนิดหนึ่ง ทำนองเดียวกับชื่อกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เป็นต้น เพียงแต่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นชื่อกฎหมายชนิดหนึ่งที่มีความสำคัญ (หรือศักดิ์ฐานะของกฎหมาย) สูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง ทำให้กฎหมายทั้งหลายจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็เป็นอันใช้บังคับมิได้

2) รัฐธรรมนูญ คือ ชื่อของกฎหมายลายลักษณ์อักษรชนิดหนึ่งที่บัญญัติถึงกฎเกณฑ์การปกครองประเทศทางการเมือง หรือสถาบันทางการเมืองสูงสุดของประเทศนั้นเอง บรรดากฎเกณฑ์เหล่านี้ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่กำหนดรูปของรัฐว่าเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม สถาบันนิติบัญญัติเป็นระบบสภาเดี่ยวหรือสภาคู่ มีวาระการดำรงตำแหน่งกี่ปี รัฐบาลเป็นรูปแบบใด ระบบรัฐสภาหรือระบบประธานาธิบดี มีรัฐมนตรีจำนวนกี่คน มีวาระการดำรงตำแหน่งกี่ปี ศาลมีกี่ระบบ เป็นต้น

3) รัฐธรรมนูญเป็นชื่อของกฎหมายลายลักษณ์อักษรชนิดหนึ่งที่บัญญัติถึงสถาบันการเมืองสูงสุดของประเทศตนว่ามีสถาบันการเมืองอะไรบ้าง และรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติว่าสถาบันการเมืองเหล่านี้มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างไรด้วย

การอธิบายความหมายของคำว่า “รัฐธรรมนูญ” ดังกล่าว เป็นการบรรยายความหมายของรัฐธรรมนูญโดยทั่วไป ซึ่งอาจสรุปได้ว่า⁵ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายชนิดหนึ่งที่บัญญัติถึงกฎเกณฑ์ทางปกครองประเทศทางการเมืองหรือสถาบันการเมืองในประเทศของตนว่ามีอะไรบ้าง และยังบัญญัติถึงความสัมพันธ์ของสถาบันการเมืองเหล่านี้ในประเทศของตนว่ามีอะไรบ้าง นอกจากนี้ยังบัญญัติถึงความสัมพันธ์ของสถาบันการเมืองเหล่านี้ ว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่ ถ้ามีความสัมพันธ์กันจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไรนั่นเอง

2.1.2 ประเภทของรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกประเภทของรัฐธรรมนูญนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และรัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบาย ดังนี้

⁵ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิด และประสบการณ์ของต่างประเทศ* (น. 60 - 61), โดย ชาลนุชชัย แสงศักดิ์, 2552, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

1) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร⁶ คือ เอกสารฉบับหนึ่ง หรือหลายฉบับซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์ทางปกครองประเทศขึ้นไว้และได้จัดทำด้วยวิธีการที่แตกต่างจากการจัดทำกฎหมายธรรมดา

จากการกล่าวไว้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร คือ เอกสารฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ หมายความว่าบางประเทศนิยมรวบรวมกฎเกณฑ์การปกครองประเทศไว้ในเอกสารฉบับเดียว (รวมถึงรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วย) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่รวบรวมกฎเกณฑ์ไว้เป็นเอกสารฉบับเดียว

ส่วนบางประเทศนิยมแยกบัญญัติไว้เป็นหลายฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน ประกอบด้วยกฎหมายถึง 7 ฉบับที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยหลักการของกระบวนการแห่งชาติ ค.ศ. 1958 พระราชบัญญัติว่าด้วยประชาชนชาวสเปน พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดระเบียบของรัฐ ค.ศ. 1967 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งสถาบันบัญญัติ ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1942 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1967 เป็นต้น รัฐธรรมนูญของประเทศสวีเดน ก็ประกอบไปด้วยกฎหมายรากฐานของประเทศ 4 ฉบับ เป็นต้น

อนึ่ง เอกสารที่ได้จัดทำขึ้น โดยอาศัยอำนาจจากข้อความในรัฐธรรมนูญหรือเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการใช้รัฐธรรมนูญ เป็นเพียงเอกสารที่บัญญัติถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการปกครองของประเทศ เช่น กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายกำหนดเงินเดือนสมาชิกสภานิติบัญญัติ เป็นต้น เอกสารเหล่านี้ ไม่เรียกว่าเป็น “รัฐธรรมนูญ” เพราะเอกสารเหล่านี้มีวิธีการจัดทำเหมือนกฎหมายธรรมดา ซึ่งแตกต่างจากวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญ

จากการที่กล่าวว่าเป็นเอกสารซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์การปกครองประเทศทางด้านการเมืองหมายความว่า เป็นเอกสารที่รวบรวมกฎเกณฑ์ที่กล่าวถึงตัวประมุขของรัฐ ซึ่งอาจเป็นกษัตริย์หรือประธานาธิบดี กล่าวถึงการใช้อำนาจอธิปไตยว่าใครเป็นผู้ใช้ ใช้อะไรและใช้อำนาจอธิปไตยเหล่านี้ มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันอย่างไร การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน เป็นต้น

นอกจากนั้น จากการที่กล่าวไว้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารที่มีวิธีการจัดทำเป็นพิเศษ แตกต่างจากการจัดทำกฎหมายธรรมดา หมายความว่า ตัวผู้จัดทำรัฐธรรมนูญนั้นอาจเป็นผู้ทำการ

⁶ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 22). เล่มเดิม.

ปฏิบัติก็ได้ สภาร่างรัฐธรรมนูญหรือสภานิติบัญญัติก็ได้ ส่วนตัวผู้จัดทำกฎหมายธรรมดา โดยปกติเป็นการจัดทำโดยสภานิติบัญญัติซึ่งตัวสภานิติบัญญัตินี้เกิดขึ้น โดยรัฐธรรมนูญ⁷

ส่วนวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น มีวิธีการจัดทำเป็นพิเศษ เพื่อให้แตกต่างจากการจัดทำกฎหมายธรรมดา เช่น จะต้องมีการเรียบหรือข้อบังคับกำหนดจำนวนผู้เข้าร่วมประชุมหรือการลงคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบ จะต้องมีการกำหนดมากกว่าการให้ความเห็นชอบของกฎหมายธรรมดา เช่น มีจำนวนสองในสาม หรือสามในสี่ของสมาชิกทั้งหมด เป็นต้น ส่วนการจัดทำกฎหมายธรรมดานั้น เช่น พระราชบัญญัติ จะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและวิธีการจัดทำจะไปขัดหรือแย้งต่อหลักการ หรือกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ไม่ได้ ประเทศที่ได้ชื่อว่ามีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ไทย ญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร โดยได้ประกาศใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1787 กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกามีอายุยืนนานที่สุด

2) รัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่ารัฐธรรมนูญจารีตประเพณีนั้นหมายถึง ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี คำพิพากษาของศาลยุติธรรม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศทางด้านการเมือง ธรรมเนียมปฏิบัติต่าง ๆ ที่ยึดถือติดต่อกันมา รวมกันเข้าเป็นบทบัญญัติที่มีอำนาจเป็นกฎหมายสูงสุด กำหนดรูปการปกครองของรัฐ ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้เขียนรวบรวมไว้เป็นรูปเล่ม⁸

รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี⁹ หมายถึงรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร แต่เป็นรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเห็นจริงได้ว่ามีบทบัญญัติเช่นนั้น และได้มีการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาในรัฐ จะเห็นได้ว่าที่จะเป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีนั้น ต้องเข้าองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ

- (1) ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร
- (2) ประชาชนได้เห็นจริงว่า ข้อความนั้น ๆ เป็นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ
- (3) ได้มีการปฏิบัติต่อเนื่องกันมาในรัฐในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญ

⁷ จาก หลักการรัฐธรรมนูญทั่วไป : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (น. 8 - 9), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2535, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย (น. 124). เล่มเดิม.

⁹ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 44). เล่มเดิม.

ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร (ประเทศอังกฤษ เวลส์ สก็อตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือ) เป็นแบบฉบับของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ซึ่งรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ดังกล่าวจะไม่ปรากฏออกมาในลักษณะเป็นรูปเล่มโดยเฉพาะ แต่ได้นำเอากฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ยึดถือปฏิบัติมาแต่โบราณ คำพิพากษาของศาลยุติธรรม จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติต่าง ๆ รวมกันขึ้นเป็นกฎเกณฑ์การปกครองของประเทศ

(1) กฎหมาย ได้แก่ Magna Carta ค.ศ. 1215¹⁰ (พระราชบัญญัติว่าด้วยรัฐสภา) Petition of Right ค.ศ. 1628 (พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน) Bill of Rights ค.ศ. 1689 (พระราชบัญญัติว่าด้วยการจำกัดอำนาจของรัฐสภา) The Minister of Crown Act ค.ศ. 1437 (พระราชบัญญัติเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร) The Act of Settlement ค.ศ. 1701 (กฎหมายที่ระบุว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์) The Judicature Act ค.ศ. 1873 (พระราชบัญญัติเกี่ยวกับฝ่ายตุลาการ) เป็นต้น

(2) คำพิพากษาของศาลยุติธรรม ในบางกรณีคำพิพากษาได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ เช่น คำพิพากษาเกี่ยวกับการรับรู้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเมื่อคดีระหว่างเอกชนกับฝ่ายบริหาร เป็นต้น

(3) จารีตประเพณี ได้แก่ จารีตประเพณีของรัฐสภา เช่น การจัดระเบียบวาระของสภา การพิจารณาร่างกฎหมายหรือกฎหมายการเงิน เป็นต้น

(4) ธรรมเนียมปฏิบัติ หมายความว่า กฎข้อบังคับต่าง ๆ ที่เป็นผลของการปฏิบัติทางการเมือง กฎข้อบังคับเหล่านี้แม้จะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่ก็ไม่สามารถละเมิดได้ เพราะกฎเหล่านี้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นที่ยอมรับของมหาชนทั่วไป ตัวอย่างเช่น ธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐสภาที่ว่า เมื่อสมาชิกคนใดเข้ามาอภิปรายในสภาครั้งแรก จะไม่มีผู้หนึ่งผู้ใดหรือสมาชิกเก่าคัดค้านหรือซักถามเลยจะปล่อยให้สมาชิกผู้นั้นมีเอกสิทธิ์ในการพูดโดยไม่มีผู้ใดกล่าวอะไรทั้งสิ้น ซึ่งเป็นสิทธิของสมาชิกใหม่หรือการที่ประธานสภาจะต้องเปิดโอกาสให้สมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายข้างน้อยในสภาได้อภิปรายสลับกับสมาชิกพรรคการเมืองเสียงข้างมาก หรือธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศในเครือจักรภพ ที่ว่ารัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรจะไม่ตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประเทศในเครือจักรภพ เว้นแต่ ได้รับการขอร้องและได้รับความยินยอมจากประเทศนั้น ๆ เสียก่อน เป็นต้น

¹⁰ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 91). เล่มเดิม.

2.1.3 องค์การผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

ในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถือว่าอำนาจในการจัดให้มีกับอำนาจในการจัดทำนั้นเป็นของคู่กัน ทั้งนี้ เพราะไม่มีผู้จัดให้มี ก็ย่อมไม่มีผู้จัดทำ ยกเว้นบางกรณีที่มีอำนาจจัดให้มีกับผู้มีอำนาจจัดทำเป็นบุคคลคนเดียว เช่น ผู้ที่ทำปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จ ก็อาจนำเอารัฐธรรมนูญที่ตนร่างไว้แล้วออกประกาศใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดจากการจัดให้มีและการจัดทำโดยผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร¹¹

1) องค์การผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทุกฉบับที่ได้ประกาศใช้ต่อมานั้นเป็นผลงานอันเกิดจากผู้มีอำนาจทางการเมือง อำนาจดังกล่าวนี้ในทางวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” ในฐานะที่เป็นรัฐอธิปไตยหรือเจ้าของอำนาจอธิปไตย ผู้ที่เป็นเจ้าของอำนาจนี้ได้แก่

(1) ประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มี

ผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญชนิดนี้ เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาารมณ์ของพระมหากษัตริย์แต่ฝ่ายเดียว และโดยเฉพาะในประเทศที่มีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ในภายหลังพระมหากษัตริย์ทรงยอมจำกัดอำนาจของพระองค์เอง โดยจัดให้มีสภานิติบัญญัติขึ้น และทรงยอมรับรู้ในสิทธิเสรีภาพบางประการของราษฎร รัฐธรรมนูญชนิดนี้ยังถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจเหนือราษฎรอยู่ และรัฐธรรมนูญประเภทนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ดีที่ทรงเห็นสมควรให้จึงจะให้ เป็นเพียงก้าวหนึ่งที่จะวิวัฒนาการไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์เท่านั้น

รัฐธรรมนูญตามวิธีนี้ได้ก่อให้เกิดผลดีคือ การที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญเสียเอง เป็นการช่วยให้ประเทศรอดพ้นจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เพราะประมุขของรัฐได้รับจัดให้มีรัฐธรรมนูญก่อนที่ประชาชนจะร้องขอ หรือใช้อำนาจบังคับ และมีผลให้ประชาชนเคารพยำเกรงประมุขของรัฐมากยิ่งขึ้น

ตัวอย่างของรัฐธรรมนูญชนิดนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นฉบับแรก ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1889 และได้ยกเลิกเมื่อหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐ

¹¹ จาก *ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520* (น. 90), โดย วิษณุ เครืองาม และบรรศักดิ์ อูวรรณ โฉม, 2520, กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์.

เยอรมันเมื่อ ค.ศ. 1815 รัฐธรรมนูญของประเทศเอธิโอเปีย ค.ศ. 1931 และรัฐธรรมนูญของประเทศโมนาโก ลงวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1911¹²

สำหรับประเทศไทย พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐเคยมีพระราชดำริจะพระราชทานรัฐธรรมนูญในทำนองนี้มาแล้ว เช่น สมัยรัชกาลที่ 5 เคยถึงกับมีโครงการจัดร่างรัฐธรรมนูญขึ้นพอเป็นเค้าโครงง่าย ๆ สำหรับจัดรูปการปกครองประเทศใหม่ ดังที่เรียกว่า “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสมเด็จพระยาเทวะวงศ์วโรปการ” เพราะสมเด็จพระองค์นี้ทรงร่างขึ้นครั้งยังทรงเป็นเสนาบดีกระทรวงการต่างประเทศ แต่โครงการนี้ไม่ได้วิวัฒนาการไปมากนัก

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้ทรงมีพระราชดำรัสในเรื่องนี้อีกครั้งหนึ่ง จนถึงกับมีการร่างรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับ นับได้ว่าเป็นครั้งแรกที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ดำริเองที่จะให้มีการปกครองแบบพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกร่างโดยพระยาถวิลภักดี (ดร.ฟรานซิส บี.แซร์) เมื่อมี พ.ศ. 2467 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ร่างโดยนายเรย์มอนด์ บี. สตีเวนส์ และพระยาศรีวิศาลวาจา ในปี พ.ศ. 2474 แต่ปรากฏว่าคณะอภิรัฐมนตรีในเวลานั้นไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ แผนการที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับรัชกาลที่ 7 เพื่อพระราชทานแก่ชาวไทย ในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2474 จึงถูกระงับไป¹³

ต่อมาในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2474 คณะราษฎรก็ได้ก่อการปฏิวัติสำเร็จและประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งตนได้เตรียมร่างไว้ก่อนแล้ว สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยซึ่งมีชื่อว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” นี้ ซึ่งถือกันว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างประมุขของรัฐกับคณะบุคคล กล่าวคือ เมื่อคณะราษฎรได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยสำเร็จ เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ก็ได้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าถวายต่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 เพื่อขอให้ทรงยินยอมเป็นกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และพระองค์ท่านก็ได้ยอมรับตามคำขอร้องของคณะราษฎร ดังปรากฏตามข้อความตอนหนึ่งในพระราชปรารภ มีว่า “โดยที่คณะราษฎรได้ขอร้องให้อยู่ภายใต้ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเพื่อบ้านเมืองจะได้เจริญขึ้น และโดยที่ได้ทรงยอมรับตามคำขอร้องของคณะราษฎร จึง...”

¹² จาก เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 – 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 117), โดย วิษณุ เครืองาม, 2535, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

¹³ เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 – 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 118). เล่มเดิม.

(2) ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้จัดให้มี

ในบางคราวคณะบุคคลจะร่วมกันใช้กำลังบังคับรัฐบาล เพื่อเปลี่ยนรูปการปกครองหรือคณะรัฐบาล โดยพลการหรือไม่มีการเจรจาตกลงกับประมุขของรัฐหรือรัฐบาลชุดก่อน ซึ่งเรียกการกระทำเช่นนี้ว่า การปฏิวัติหรือรัฐประหาร ในกรณีเช่นนี้ ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จก็จะเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น และในบางครั้งก็จะเป็นผู้จัดทำกฎเกณฑ์การปกครองประเทศเสียเอง เป็นการชั่วคราว ในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ และในภายหลังก็อาจจัดให้มีกฎเกณฑ์การปกครองประเทศในรูปของรัฐธรรมนูญต่อไป¹⁴

ตัวอย่างเช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 (ประกาศฉบับนี้มีศักดิ์ฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญเพราะมีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ) ได้กำหนดว่า

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง
2. สถาปนาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ
3. ศาลทั้งหลายมีอำนาจดำเนินการพิจารณา และพิพากษาคดีตามบทกฎหมายและประกาศของคณะปฏิวัติ

เมื่อผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จ ก็เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญได้และในบางครั้งก็เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเสียเองด้วย ซึ่งออกมาในรูปของประกาศคณะปฏิวัติและบางครั้งก็นำเอารัฐธรรมนูญที่ตนได้เตรียมไว้ก่อนแล้ว มาประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญของประเทศ

(3) ราษฎรเป็นผู้จัดให้มี

คำว่าราษฎรในที่นี้ หมายถึง ราษฎรที่ร่วมกันก่อการปฏิวัติ หรือเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในประเทศได้สำเร็จ ราษฎรทั้งปวงย่อมกลายเป็นรัฐอธิปไตย เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ซึ่งตนได้ช่วงชิงมาได้ แม้แต่หัวหน้าที่ก่อการปฏิวัติก็ต้องอยู่ได้ความประสงค์ของประชาชน จะทำการใดตามความพอใจของตนเองดังในกรณีข้างต้นหาได้ไม่ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวอเมริกัน 13 รัฐใหญ่ปฏิวัติแยกตัวจากประเทศอังกฤษ เมื่อ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 หรือรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวฝรั่งเศสปฏิวัติยึดอำนาจจากพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ในปี ค.ศ. 1789 เป็นต้น

ในปัจจุบันประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต่างให้การยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยโดยแท้จริงแล้วเป็นของประชาชน ประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยย่อมสามารถใช้อำนาจในการกำหนดหรืออย่างน้อยก็มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ดังนั้น เมื่อ

¹⁴ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 (น. 90 - 93). เล่มเดิม.

ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) จึงเป็นของประชาชน แม้ว่าในปัจจุบันการที่ประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่มีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนก็มิได้ทำให้อำนาจอธิปไตยไม่ใช่เป็นของประชาชน หากแต่ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทนเป็นเพียงรูปแบบการปกครองประเภทหนึ่งเท่านั้น เมื่อประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) ประชาชนจึงมีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพราะผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญและผู้จัดทำรัฐธรรมนูญอาจเป็นบุคคลคนเดียวก็ได้¹⁵

(4) ประมุขของรัฐและราษฎรหรือคณะบุคคลมีอำนาจร่วมกันจัดให้มี

รัฐธรรมนูญชนิดนี้ คือ ข้อตกลงระหว่างกษัตริย์กับราษฎรหรือคณะบุคคลคณะหนึ่ง ซึ่งกระทำหรือถือกันว่าในนามของราษฎรจัดการร่วมกันให้มีขึ้น รัฐธรรมนูญชนิดนี้ย่อมมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยค่อนข้างมาก¹⁶

ตามรัฐธรรมนูญชนิดนี้ มักเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งเห็นความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขต่อไป เพื่อความเจริญและความสงบสุขของประเทศชาติ แต่จำกัดพระราชอำนาจของพระองค์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และพระมหากษัตริย์ก็ได้ทรงยอมรับรับรองรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญของกรีก ค.ศ. 1845 รัฐธรรมนูญของรูมาเนีย ค.ศ. 1764 รัฐธรรมนูญของบัลแกเรีย ค.ศ. 1869 ก็มีลักษณะเดียวกัน¹⁷ เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น ถือเป็นประเพณีทางการเมืองตลอดมาว่า ไม่ว่าจะมีการปฏิวัติหรือรัฐประหารเกิดขึ้นครั้งใด การตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับใหม่จะต้องถือว่าเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างประมุขของรัฐกับคณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเสมอ เช่น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นต้น

ทั้งนี้ เพราะเมื่อพิจารณาข้อความในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารมีเจตนาที่จะขอพระราชทานความเห็นชอบ และขอประกาศใช้เป็นกฎหมาย

¹⁵ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 84), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

¹⁶ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 20), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

¹⁷ *เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 - 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช* (น. 119). เล่มเดิม.

สูงสุดของประเทศ ซึ่งพระมหากษัตริย์ก็ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามคำกราบบังคมทูลของผู้ทำ
การปฏิวัติหรือรัฐประหาร

(5) ผู้มีอำนาจจากองค์กรภายนอกในฐานะผู้มีอำนาจจัดให้มี

ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้มีประเทศใหม่เกิดขึ้นมากและส่วน
ใหญ่ของประเทศเหล่านี้ เป็นประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราช ย่อมเป็นธรรมดาว่าประเทศเหล่านี้ย่อม
ปรารถนาที่จะมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการปกครองประเทศโดยเร็วที่สุด ทั้งนี้ เพราะการมี
รัฐธรรมนูญเป็นการแสดงฐานะระหว่างประเทศของตน

ผู้มีอำนาจที่จะจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศเหล่านี้ จะให้เป็นไปตามวิถีทางทั้งสี่ที่
ได้กล่าวมาแล้วย่อมเป็นการพ้นวิสัย โดยเฉพาะในช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อเปลี่ยนจากสภาพของอาณานิคมหรือเมืองขึ้นไปสู่ความเป็นเอกราช ทั้งนี้ เพราะเมื่อรัฐเจ้าอาณานิคมจะให้เอกราชคือ แก่รัฐได้
อาณานิคม รัฐเจ้าอาณานิคมมักจะตกลงเป็นเงื่อนไขก่อนเสมอว่า รัฐเจ้าอาณานิคมจะต้องจัดทำ
รัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐเจ้าอาณานิคมรับรองแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษให้เอกราชคืนแก่มลายู ในปี
พ.ศ. 2500 และประเทศสิงคโปร์ ในปี พ.ศ. 2506¹⁸

กรณีที่ได้เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ กรณีของรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ฉบับปัจจุบัน
ค.ศ. 1947 (รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าฉบับนี้คือ รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1889 ซึ่งเรียกว่า
รัฐธรรมนูญเมจิ) เมื่อกองทัพทหารฝ่ายสัมพันธมิตรเข้ายึดครองประเทศญี่ปุ่นได้ภายหลัง
สงครามโลกครั้งที่ 2 ผู้บัญชาการทหารในเวลานั้นคือ นายพลแมค อาเธอร์ ได้เสนอว่า ประเทศ
ญี่ปุ่นจะปลอดจากการถูกยึดครอง และได้เอกราชโดยสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ
ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์การปกครองจนเป็นที่พอใจแก่รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว กรณีนี้ถือ
ได้ว่า รัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจจัดให้มี ในขณะที่ นายพลแมค
อาเธอร์ ได้ตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นประกอบด้วยชาวอเมริกัน รวมทั้งสิ้น 25 นาย
โดยมีนายพลวิทนีช เป็นประธานคณะกรรมการใช้เวลาร่างเพียง 6 วัน และได้รัฐธรรมนูญซึ่งได้
ชื่อว่าสมบูรณที่สุดฉบับหนึ่ง¹⁹

รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจภายนอกรัฐเป็นผู้จัดให้มีเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดผลเสีย
คือ ทำให้ประชาชนขาดความภาคภูมิใจในรัฐธรรมนูญของตน ซึ่งเป็นเหตุผลทางจิตวิทยาการเมือง

¹⁸ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 21). เล่มเดิม.

¹⁹ เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 - 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ
รัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 120 - 121). เล่มเดิม.

และข้อเสียอีกประการหนึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญประเภทนี้ ย่อมมีบทบัญญัติบางอย่างซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะนิสัย สภาพภูมิศาสตร์ ประวัติศาสตร์และความเป็นอยู่ของประชาชน

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ประเทศที่ได้รับเอกราชใหม่ ๆ ทั้งในทวีปอเมริกา หรือในทวีปยุโรปนั้น จะหาทางแก้ไขโดยวิธีเปลี่ยนรัฐธรรมนูญที่ได้รับเสียแต่ตอนแรก ๆ หรืออาจใช้วิธีแก้ไขเพิ่มเติมเสียใหม่ เพราะบรรดาผู้นำในประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราชใหม่ ๆ นี้ ต้องการแสดงความหมายให้เห็นอย่างเต็มที่ว่าตนต้องการยุติและหลุดพ้นจากการปกครองหรือครอบงำเมืองขึ้นตามแบบเดิม เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นฉบับดังกล่าว รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นเคยตั้งคณะกรรมการขึ้นชุดหนึ่ง เพื่อพิจารณาหาทางแก้ไข แต่ในที่สุดคณะกรรมการสลายตัวไปโดยไม่ได้แสดงความเห็นว่าควรแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับก็เป็นสิ่งที่รัฐเจ้าอาณานิคมได้ให้แก่เมืองขึ้นของตนก่อนที่จะเป็นเอกราชโดยแท้จริงหลายปี เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอินเดีย ค.ศ. 1943 (ประเทศอินเดียได้รับเอกราชเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1947) รัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1935 (ส่วนประเทศฟิลิปปินส์ได้รับเอกราชเมื่อ ค.ศ. 1946)²⁰

2) องค์การผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญนอกจากจะเกิดขึ้นจากผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญดังได้กล่าวข้างต้นแล้วยังสามารถเกิดจากผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้เป็นรัฐอธิปไตยหรือเกิดจากผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งพอจะแบ่งแยกประเภทของผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ ดังต่อไปนี้

(1) โดยบุคคลคนเดียว

ในกรณีบุคคลคนเดียวจัดทำรัฐธรรมนูญ มักเกิดขึ้นจากการกระทำปฏิวัติ หรือรัฐประหารและผู้ทำปฏิวัติหรือรัฐประหาร ได้จัดร่างรัฐธรรมนูญเตรียมไว้ก่อนแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้มักมีข้อความสั้น ๆ และมุ่งหมายจะให้ป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว²¹

(2) โดยคณะบุคคล (คณะกรรมการ)

ในกรณีที่คณะบุคคลจัดทำรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กรณีที่มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นยกร่างและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการอาจมีจำนวน 10 ถึง 20 คน โดยคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาต่าง ๆ ประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือเพิ่งได้รับเอ

²⁰ เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 - 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 123). เล่มเดิม.

²¹ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 (น. 90). เล่มเดิม.

ราชใหม่ ๆ มักจัดทำรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ เช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศอินโดนีเซีย พ.ศ. 2487 รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาเลเซีย พ.ศ. 2500 หรือรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น พ.ศ. 2490 เป็นต้น²²

(3) โดยสภานิติบัญญัติ

ในกรณีที่สภานิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น มักเป็นกรณีที่ต้องการยก ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าที่บังคับ การให้สภานิติบัญญัติซึ่งเป็นสภาที่ใช้ อำนาจในการดำเนินการทางกฎหมายอยู่แล้ว เป็นผู้จัดทำเสียเองย่อมเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย แต่ผลเสียก็คือ อาจทำงานได้ล่าช้า เพราะต้องปฏิบัติหน้าที่นิติบัญญัติในเวลาเดียวกัน และสมาชิก สภาอาจขาดความรู้ความชำนาญในการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องอาศัยความรู้ทางทฤษฎีกฎหมาย รัฐธรรมนูญอยู่น้อย ตัวอย่างที่สภานิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจจัดทำ²³ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากอำนาจการจัดทำรัฐธรรมนูญของสภานิติ บัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 6²⁴

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้องค์กรใดสามารถจัดทำรัฐธรรมนูญ ได้โดยการบัญญัติข้อความไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน องค์กรนั้นก็มีอำนาจในการจัดทำ รัฐธรรมนูญได้ตามอำนาจที่ได้รับมอบ ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญกำหนดให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจ จัดทำรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างรัฐธรรมนูญได้แล้ว สภานิติบัญญัติก็จะเป็นองค์กรที่ได้รับมอบ อำนาจมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งทำให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามที่ รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจไว้ แต่ในกรณีดังกล่าวถือว่าสภานิติบัญญัติมีอำนาจจำกัด กล่าวคือ สภา นิติบัญญัติมีอำนาจเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เท่านั้น สภานิติบัญญัติไม่สามารถใช้อำนาจ ไปในทางที่ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่จะให้สภานิติบัญญัติจัดทำรัฐธรรมนูญได้แก่กรณีที่ต้องการ ยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าที่บังคับ ซึ่งการให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้จัดทำ ย่อมเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายเพราะอำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติก็มีหน้าที่พิจารณากฎหมายอยู่ แล้ว แต่เนื่องจากหน้าที่หลักที่ปฏิบัติอยู่มีจำนวนมาก การให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ

²² *รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520* (น. 91). เล่มเดิม.

²³ *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 23). เล่มเดิม.

²⁴ มาตรา 6 ให้มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติ มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญ และพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ใน การจัดทำรัฐธรรมนูญ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติคำนึงถึงการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งจะมีขึ้นภายในปีพุทธศักราช 2534.

อาจเกิดความล่าช้าและอาจขาดความชำนาญในการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ²⁵

(4) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยทั่วไป สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention) เป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีสมาชิกที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่ประชาชนทั่วทั้งประเทศได้ออกเสียงเลือกตั้งให้เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมา โดยเฉพาะ เมื่อได้สภาร่างรัฐธรรมนูญแล้วสภาฯ ก็จะแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อศึกษาและทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการที่ถูกตั้งขึ้นส่วนหนึ่งจะประกอบไปด้วยบุคคลที่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ อีกส่วนหนึ่งจะเป็นบุคคลภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญในหลากหลายสาขาวิชา เช่น สาขาวิชานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ ฯลฯ หรือบุคคลที่มีประสบการณ์ในทางการเมือง เป็นต้น เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้วรัฐธรรมนูญจะยังไม่ใช้บังคับในทันทีแต่จะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ (Referendum) เสียก่อน หากประชาชนส่วนใหญ่ที่มีสิทธิออกเสียงลงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนต่อไปก็จะนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากประชาชนนำมาประกาศเพื่อใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญต่อไป โดยปกติเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้วก็จะถูกยุบไปทันทีที่รัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้ แต่อย่างไรก็ดีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ประกาศใช้อาจให้สภาร่างรัฐธรรมนูญยังคงอยู่ต่อไปเพื่อทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติชั่วคราว จนกว่าจะมีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติขึ้นใหม่²⁶

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่เข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทุกคนมีสิทธิขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม หรือตัดทอนข้อความได้ตามใจชอบแล้ว สภาก็จะลงมติในร่างนั้น แต่เสียงที่เห็นชอบด้วยจะต้องมากกว่าธรรมดา เช่น 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เป็นต้น

ประเทศต่าง ๆ ที่ได้มีรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี อินเดีย ฯลฯ ย่อมมีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทำนองนี้ทั้งสิ้น ดังนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านี้จึงเป็นสภาที่ประกอบด้วยผู้แทนของราษฎรอย่างแท้จริง เพราะเป็น

²⁵ *ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520* (น. 85). เล่มเดิม.

²⁶ *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป* (น. 144 - 146). เล่มเดิม.

ผู้ที่ราษฎรทั่วประเทศได้ลงคะแนนเลือกตั้งขึ้นมา เพื่อให้ทำหน้าที่ร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศแทนตน²⁷

สำหรับประเทศไทย ได้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2491 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญขึ้นประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2492 โดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิก 40 คน ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2502 ได้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง เพื่อร่างรัฐธรรมนูญซึ่งประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2511 ซึ่งจะเห็นได้ว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้น จะเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีความหมายไม่ตรงกับความหมายของสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะสภาร่างรัฐธรรมนูญตามแบบฉบับแล้ว ตัวสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของราษฎร แต่สำหรับประเทศไทย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมาจากการแต่งตั้ง เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ได้บัญญัติถึงหน้าที่และที่มาของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้²⁸

ในปี พ.ศ. 2539 ได้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้ง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6 พ.ศ. 2539 ลงวันที่ 22 กันยายน พ.ศ. 2539)

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ มีสมาชิกสองประเภท

ก) สมาชิกประเภทที่ 1 ให้นุคคลผู้มีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนด สมัครรับเลือกตั้งเป็นตัวแทนในจังหวัดต่าง ๆ หากในจังหวัดใดมีผู้สมัครเกินกว่า 10 คน ให้ผู้สมัครทุกคนลงคะแนนเลือกกันเอง โดยวิธีลงคะแนนลับ และผู้สมัครแต่ละคนมีสิทธิลงคะแนนเลือกผู้สมัครด้วยตนเอง จำนวน 3 คน ต่อจากนั้น ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ส่งรายชื่อผู้สมัครที่ได้รับคะแนนสูงสุดตามลำดับ จำนวน 10 คน ต่อประธานรัฐสภา เพื่อนำมาเสนอให้รัฐสภาทำการเลือกเหลือเพียง 1 คน เพื่อเป็นตัวแทนของจังหวัดนั้น ๆ

ข) สมาชิกประเภทที่ 2 ให้สภาของสถาบันอุดมศึกษาแต่ละแห่ง เสนอรายชื่อบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายมหาชน สาขารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ และผู้มีประสบการณ์ในด้านการเมือง การบริหารราชการแผ่นดินหรือการร่างรัฐธรรมนูญ ประเภทละ

²⁷ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 24). เล่มเดิม.

²⁸ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502

มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ และให้มีฐานะเป็นรัฐสภาทำหน้าที่นิติบัญญัติด้วย”

มาตรา 8 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญตามมติของสภา ให้เป็นประธานสภาคนหนึ่ง เป็นรองประธานคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้”

ไม่เกิน 5 คน ต่อประธานรัฐสภา เพื่อนำเสนอให้รัฐสภาทำการเลือกในแต่ละสาขาให้เหลือจำนวนตามที่กำหนดไว้คือ สาขากฎหมายมหาชน จำนวน 8 คน สาขารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ จำนวน 8 คน และผู้มีประสบการณ์ในด้านการเมือง การบริหารราชการแผ่นดินหรือการร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 7 คน

ต่อจากนั้น เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ต้องนำเสนอต่อรัฐสภา เพื่อขอความเห็นชอบ และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้ประธานรัฐสภานำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้น และได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา จนกลายเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในปี พ.ศ. 2549 สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งสุดท้ายโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ซึ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิก ซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มีจำนวน 100 คน

พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญคนหนึ่ง และรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกไม่เกินสองคน ตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญ...

มาตรา 25 ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาจำนวน 25 คน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 10 คนตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ...

มาตรา 29 ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและพิจารณาให้แล้วเสร็จตามมาตรา 28 ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก

เมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งต้องจัดทำไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว...

การออกเสียงประชามติต้องกระทำภายในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

ต่อมาสภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จสิ้นและผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน ด้วยคะแนนเสียงข้างมากแล้ว ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย และได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว จนกลายมาเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

โดยทั่วไปแล้ว การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมมีผลดังนี้²⁹ คือ

ก. ทำให้ได้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจากบุคคลหลายวงการ หลายอาชีพ ทำให้ได้ความเห็นที่แตกต่างกันออกไป

ข. สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ย่อมสามารถทุ่มเทเวลาสำหรับจัดทำรัฐธรรมนูญได้ โดยไม่ต้องพะวักพะวนกับงานอื่น หากมอบหน้าที่นี้ให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้ร่างอาจต้องใช้เวลายาวนาน และอาจได้ผู้ร่างที่ขาดความรู้ ความเข้าใจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ค. เป็นการลดความตึงเครียดทางการเมือง และเป็นการประสานประโยชน์จากทุกฝ่าย การร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ประสบผลสำเร็จ เพราะมีการตั้งสมาชิกสภาร่างจากผู้แทนของรัฐทุกรัฐ หากรัฐธรรมนูญถูกร่างโดยคณะกรรมการ อาจทำให้ได้จำนวนกรรมการน้อย ซึ่งไม่อาจพิทักษ์ผลประโยชน์ของทุกฝ่ายได้

อนึ่ง โปรดสังเกตว่า การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ อาจมอบหมายให้กรรมการไปยกร่างมาก่อน แล้วให้สภาดังกล่าวเป็นผู้พิจารณาในขั้นสุดท้ายก็ได้

2.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นระเบียบพื้นฐานในการปกครองรัฐไว้ และกฎเกณฑ์จำนวนมากก็เป็นกฎเกณฑ์ที่จะขจัดขัดขวางมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงเป็นที่เห็นประจักษ์อยู่ในตัวเองว่าระบบกฎหมายจะต้องทำให้รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐ เพราะถ้ารัฐธรรมนูญไม่มีฐานะอันสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ แล้วองค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายยกเลิกกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญเสียได้ หรือคณะรัฐมนตรีก็อาจออกคำสั่งทางบริหารโดยอำเภอใจ โดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์กติกากฎในรัฐธรรมนูญ หรือศาลก็อาจพิจารณาพิพากษาคดีไปตามใจตน โดยไม่ยึดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว หลักประกันสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจ การถ่วงดุลอำนาจขององค์กรของรัฐที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญก็เป็นอันไร้ความหมาย

ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดในรัฐ โดยสร้างองค์กรและกระบวนการขึ้นมาคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น สร้างระบบการควบคุมตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งหรือตราขึ้นโดยชอบด้วยกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ หากพบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดรัฐธรรมนูญ ก็จะต้อง

²⁹ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 24). เล่มเดิม.

ดำเนินการประกาศให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวใช้ไม่ได้ หรือเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเสีย³⁰

ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น³¹ เป็นหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยที่สำคัญหลักการหนึ่ง เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างของสถาบันทางการเมือง กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านั้นกับประชาชน รวมถึงการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงถือเสมือนเป็นสัญญาประชาคมที่สมาชิกทุกคนในสังคมร่วมกันสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองและควบคุมสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย ทุกคนในสังคมไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ภายใต้การปกครองก็ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันเจตนารมณ์ของประชาชนและให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดและเพื่อมิให้หลักการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองถูกเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายเช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา จึงมีความจำเป็นต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

ส่วนประเทศต่าง ๆ ที่มีกฎเกณฑ์การปกครองประเทศที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรืออีกนัยหนึ่งว่า ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญชนิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร อังกฤษ เป็นต้น จะไม่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งปวง แต่ยอมรับนับถือว่ารัฐสภาซึ่งประกอบไปด้วยสภาสองสภา คือ สภาขุนนางและสภาสามัญ เป็นสถาบันที่มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย ซึ่งจะออกกฎหมายในลักษณะอย่างไรก็ได้ หรือในกรณีบางประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจธิปไตย ก็จะไม่ยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน เช่น ประเทศคอมมิวนิสต์ส่วนใหญ่

สำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จะยอมรับนับถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายธรรมดา เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวงต่าง ๆ เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายธรรมดาจะมีวิธีการจัดทำ หรือมีบทบัญญัติมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

³⁰ จาก คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 134), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2555, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³¹ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 53). เล่มเดิม.

2.2.1 ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุด

ความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of law)³² หมายถึง ภาวะสูงสุดของกฎหมายซึ่งแสดงให้เห็นถึงสถานะของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ว่าอยู่ในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายฉบับอื่น หรือที่เรียกกันว่า ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากว่าผู้ที่มีอำนาจในการตรากฎหมายมีความประสงค์จะให้กฎหมายแต่ละฉบับมีรูปแบบที่แตกต่างกัน เพราะเนื้อหาในกฎหมายแต่ละฉบับก็มีลักษณะที่ต่างกัน กฎหมายบางฉบับก็มีความสำคัญมากในขณะที่กฎหมายบางฉบับก็มีความสำคัญน้อย อีกทั้งหลักเกณฑ์และรูปแบบในการตรากฎหมายก็มีความแตกต่างกัน

การกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะเหตุว่าหากพิจารณาในด้านของการจัดทำก็จะได้เห็นว่า การจัดทำรัฐธรรมนูญย่อมมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากกว่าการจัดทำกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ หรือหากพิจารณาในด้านของเนื้อหาสาระแล้วก็จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่จัดตั้งสถาบันทางการเมืองโดยกำหนดโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ การใช้อำนาจและการควบคุมการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองดังกล่าว อีกทั้งยังได้การรับรองและความคุ้มครองถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองแล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะถูกลิดรอนได้โดยง่าย ทั้งนี้ เพราะการจัดทำหรือการตรากฎหมายธรรมดาจะมีความง่ายกว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญ และที่สำคัญ หากไม่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็ต้องมีการกำหนดให้กฎหมายอื่นเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่ากฎหมายแต่ละฉบับต่างมีรูปแบบที่แตกต่างกัน ซึ่งที่สุดแล้วต้องมีกฎหมายที่มีรูปแบบหนึ่งที่อยู่สูงกว่ากฎหมายอื่น และเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายอื่น

ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นไม่ว่าจะเป็นรูปแบบในการจัดทำที่มีความยุ่งยากมากกว่ากฎหมายอื่น มีเนื้อหาสาระในการกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของสถาบันการเมืองรวมถึงการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญจึงอยู่ในสถานะที่สูงกว่ากฎหมายอื่นและมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ทุกคนในสังคมต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตาม³³

³² จาก การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 40), โดย ขจรชัยชัยพัฒนานันท์, 2553, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³³ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 71). เล่มเดิม.

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีเฉพาะในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและมีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีหรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมใช้วิธีการเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้เสมอ³⁴

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้จึงได้ถูกนำมาบรรจุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรก ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวด 6 มาตรา 2 ว่า “รัฐธรรมนูญนี้ และบรรดากฎหมายสหรัฐที่จะบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้ และบรรดาสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นและจะทำขึ้นตามอำนาจแห่งสหรัฐเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันดังว่านั้น ไม่ว่าจะมิพบทใด ๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับก็ได้บัญญัติถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

2.2.2 เหตุผลและผลของความเป็นกฎหมายสูงสุด

รัฐธรรมนูญถือเป็นสัญญาประชาคม เพราะกระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญต่างจากกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาตราขึ้น ซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญจะมีกระบวนการพิเศษ เช่น เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมไม่ทางตรงก็อ้อม เพราะอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจออกกฎหมายธรรมดา แต่เป็นอำนาจที่เป็นที่มาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ไม่มีสิ่งใดอยู่เหนือและผูกมัดได้

1) เหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุด

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น ถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายธรรมดาทั้งปวง ก็ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้³⁵

³⁴ จาก *คู่มือสอบ กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 18), โดย สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³⁵ *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 53 - 55). เล่มเดิม.

(1) พิจารณาเปรียบเทียบจากการจัดทำกฎหมาย

การตรากฎหมายธรรมดานั้น (พระราชบัญญัติ) ย่อมมีวิธีการตราโดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะบัญญัติว่าใครเป็นผู้มีหน้าที่ตรา วิธีการตรากฎหมายนั้นมีขั้นตอนอย่างไรบ้าง ส่วนรัฐธรรมนูญนั้นจัดทำขึ้นยากกว่ากฎหมายธรรมดา ต้องระดมความคิดเห็นและอาศัยหลักเกณฑ์ต่างๆ มาก บางครั้งต้องตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงควรมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นที่มาของกฎหมายธรรมดานั่นเอง

(2) พิจารณาจากเนื้อหาหรือบทบัญญัติ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศ เช่น การใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และวางระเบียบการปกครองประเทศ เช่น การกำหนดครุรูปของรัฐว่าเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม กำหนดรูปของประมุขของรัฐว่าเป็นกษัตริย์หรือประธานาธิบดี หน้าที่ประมุขของรัฐ หน้าที่ของรัฐ หน้าที่ของสภานิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีและศาล ฯลฯ สถาบันต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ล้วนเป็นสถาบันสูงสุดของประเทศ ส่วนกฎหมายธรรมดามีข้อความขยายอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับสถาบันเหล่านี้ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงควรเป็นกฎหมายเหนือกว่ากฎหมายธรรมดา³⁶

(3) พิจารณาจากในแง่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถ้าไม่กำหนดให้การจัดทำกฎหมายต้องเคารพบทบัญญัติหลักการในรัฐธรรมนูญสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นจะมีลักษณะไม่มั่นคงถาวร อาจถูกเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขโดยผู้จัดทำกฎหมายธรรมดาได้ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงควรมีลักษณะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา³⁷

2) ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การกระทำของบรรดาสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ ที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะมีการกระทำใด ๆ ที่ไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งถ้าหากการกระทำของสถาบันเหล่านี้ไปขัดหรือแย้งเข้า ก็ถือว่าเป็นอันใช้บังคับมิได้ (สถาบันเหล่านี้ เช่น ประมุขของรัฐ สภานิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น) และเพื่อให้หลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ศักดิ์สิทธิ์จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีการควบคุมการกระทำของสถาบันเหล่านี้ว่ากระทำไปโดยชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเมื่อปรากฏว่ามี

³⁶ แหล่งเดิม.

³⁷ แหล่งเดิม.

การกระทำใด ๆ ที่เป็นการขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ การกระทำเหล่านั้นก็ถือว่าเป็นการเสียเปล่า หรือใช้บังคับมิได้³⁸

การกระทำของบรรดาสถาบันต่าง ๆ ที่มักจะไปขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มักจะเกิดขึ้นกับสถาบันนิติบัญญัติมากกว่าสถาบันอื่น ๆ ซึ่งการกระทำของสถาบันนิติบัญญัติ ได้แก่ การตรากฎหมาย การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน การไม่อนุมัติงบประมาณแผ่นดินของฝ่ายบริหาร เป็นต้น ในบรรดาการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การตรากฎหมายนั้นย่อมมีโอกาสที่จะไปขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ง่ายกว่าการกระทำอื่น ๆ ทั้งนี้ เพราะการตรากฎหมายเป็นการกระทำตามหลักเกณฑ์ทางนิติศาสตร์ ซึ่งไม่สามารถพิสูจน์ได้ในขณะจัดทำว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งสภานิติบัญญัติอาจเห็นว่ากฎหมายที่ตนจัดทำขึ้นนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่สำหรับนักกฎหมายอื่น ๆ อาจเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ได้ ฉะนั้น เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะเหมาะสมกับการเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงจำเป็นต้องจัดให้มีมาตรการสำหรับควบคุมและชี้ขาดว่า กฎหมายที่สภานิติบัญญัติได้จัดทำขึ้นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁹

กล่าวโดยสรุป การยอมรับความเป็นกฎหมายสูงสุดก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ และเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยผู้ใช้อำนาจปกครอง เพราะหากขาดเสียซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อำนาจปกครองสามารถเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้โดยง่าย ใช้วิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา จึงมีความจำเป็นต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด โดยนัยนี้ย่อมส่งผล 2 ประการ คือ

(1) กฎหมายอื่นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

นอกจากเหตุผลของการเป็นสัญญาประชาคมเพราะประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างนั้น เมื่อพิจารณาถึงความเป็นศักดิ์ของกฎหมายหรือชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายใน (domestic law) กฎหมายทั้งปวงไม่ว่ามีที่มา ก่อนหรือหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบททั่วไปของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น

³⁸ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 60). เล่มเดิม.

³⁹ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 55). เล่มเดิม.

เป็นอันใช้บังคับมิได้”⁴⁰ ซึ่งรับรองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ถ้ายอมให้กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายมีสถานะเหนือกว่าหรือขัดแย้งใช้บังคับได้ เท่ากับเป็นการขยายอำนาจให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นอันตรายต่อปวงชนในชาติหากฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ ดังคำกล่าวของ John Marshall ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury V. Madison ซึ่งเป็นคดีประวัติศาสตร์ในทางรัฐธรรมนูญตอนหนึ่งว่า “...เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหลายมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายทั้งหลายอื่น และไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการในการตรากฎหมายธรรมดา หรือเราจะถือว่ารัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเสมอกับกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผลก็คือหากฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตจำนงที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถทำได้ตามอำเภอใจของตนทุกเวลา...” จากคำกล่าวของ John Marshall นั้นแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญโดยเฉพาะประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย⁴¹ ซึ่งผลที่ตามมาที่สำคัญโดยสรุป คือ

ก. รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไป

ข. ต้องกำหนดให้มีวิธีการในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไปที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ต้องมีองค์กรหรือสถาบันทำหน้าที่ดูแลรักษารัฐธรรมนูญ และมีอำนาจตรวจสอบ อีกทั้งวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กระบวนการดังกล่าวเรียกว่า Judicial Review โดยมีหลักว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเรียกว่า “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ” (control of constitutional validity of legislation)⁴²

(2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทำได้ยาก

ด้วยเหตุผลของความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่กล่าวมานั้น การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยากโดยองค์กรหรือวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเรียกสภาพนี้ว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (la rigidité constitutionnelle) องค์กรทั้ง 3 ของ

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6.

⁴¹ จาก *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (น. 175 - 176), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴² แหล่งเดิม.

อำนาจอธิปไตยที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้นมาจึงมีฐานะที่ต่ำกว่าจะไปแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้น โดยแท้จริงไม่จำเป็นต้องแก้ไขได้ยากเสมอไป และการที่นักกฎหมายทั่วไปให้ความสำคัญกับการแก้ไขได้ง่ายหรือแก้ไขได้ยากก็เพื่อที่จะทำให้เข้าใจปัญหาว่ารัฐธรรมนูญของรัฐนั้นให้อำนาจแก่สภามากน้อยแค่ไหนเพียงใด ในส่วนของรัฐธรรมนูญแก้ไขยาก เข้าใจว่าผู้ที่ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะดำรงหลักการสำคัญบางประการในรัฐธรรมนูญเอาไว้จึงวางหลักในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเอาไว้ให้มีวิธีการพิเศษต่างไปจากกฎหมายธรรมดา หรืออาจมีบางมาตราที่ไม่สามารถแก้ไขได้ไม่ว่าโดยวิธีการใด ๆ นอกจากการปฏิวัติ (révolution) รัฐประหาร (Coup d' Etat) และล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้นเสีย⁴³

2.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับความเป็นกฎหมายสูงสุด

รัฐธรรมนูญนั้นจัดเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งซึ่งโดยหลักการแล้วย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอ หากเกิดความล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมกับสภาพของสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่สามารถแก้ไขได้โดยง่าย เพราะในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในประเทศ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องมีองค์การและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้เป็นพิเศษ แตกต่างกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะมีได้ก็แต่เฉพาะในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เพราะในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษหรือเครือสหราชอาณาจักร กฎหมายทุกฉบับจะมีฐานะเท่าเทียมกันไม่ว่าแม้แต่รัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถกระทำได้โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คำพิพากษาของศาลยุติธรรม จารีตประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติ ดังนั้น ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีจึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กฎหมายในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ เช่นเดียวกับกฎหมายในลำดับที่ต่ำกว่าไม่สามารถแก้ไขกฎหมายในลำดับที่สูงกว่าได้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถแก้ไขโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากกระทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติฉบับนั้นก็ขัดกับรัฐธรรมนูญ และเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีองค์การและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาทั่วไป และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่ง

⁴³ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 175 - 176). เล่มเดิม.

เป็นกฎหมายในลำดับเดียวกันกับรัฐธรรมนูญ มิใช่แก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุด บุคคลทุกคนภายในรัฐก็ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่เว้นแม้แต่ประชาชนซึ่งถือว่าเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองก็ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและไม่สามารถใช้อำนาจไปในทางที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ เช่น ประชาชนไม่สามารถใช้อำนาจไปในทางรบกวนสิทธิของผู้อื่น โดยอ้างว่าตนเองเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เพราะประชาชนทุกคนก็เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยคนละหนึ่งส่วนเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญถือเป็นสัญญาประชาคมที่ประชาชนทุกคนร่วมกันสร้างสรรค์ขึ้นมาเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปกครองประเทศ ประชาชนทุกคนจึงต้องให้ความเคารพและไม่อาจใช้อำนาจจนล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้เช่นเดียวกับผู้ปกครองก็ไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจจนล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เมื่อเป็นเช่นนี้ ในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาชนก็ดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประชาชนก็ดี ประชาชนจึงไม่สามารถจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไร้ขอบเขต แต่จะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะวัตถุประสงค์ที่สำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็คือการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง⁴⁴

2.3 หลักการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นควรให้มีการแก้ไขได้มาน้อยเพียงใด สำหรับปัญหานี้ นั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายทุกชนิด ทุกศักดิ์ ทุกฐานะ ย่อมมีความล้าสมัยในตัวของมันเองหรืออาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ของบ้านเมืองในช่วงต่อ ๆ มาก็ได้ การล้าสมัยนั้นอาจเป็นเพราะบทบัญญัตินั้นล้าสมัยเอง หรืออาจเป็นเพราะกฎหมายนั้น ๆ ไม่ได้บัญญัติหลักการที่ควรบัญญัติไว้ก็ตาม ดังนั้น รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ย่อมอยู่ในสภาพที่อาจถูกแก้ไขเพื่อให้เหมาะสมกับสภาวะของประเทศ หรือสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดาได้ และการยอมให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ ก็เท่ากับเป็นการระบาย

⁴⁴ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (น. 44). เล่มเดิม.

ความรู้สึกนึกคิดของราษฎรในแต่ละสมัยให้ปรากฏออกมา หากไม่ยินยอมให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว อาจทำให้มีการนำไปสู่การปฏิวัติ รัฐประหาร เพื่อล้มเลิกรัฐธรรมนูญในที่สุด

2.3.1 ความหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำ บทบัญญัติหรือเนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยแก้ไขบทบัญญัติหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่แล้ว หรือเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือเนื้อหาใหม่ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาก่อน ทั้งนี้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ⁴⁵ ดังเช่นกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 291

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีวิธีการจัดทำแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา และเนื้อหาหรือหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ก็มีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคง และความเจริญของประเทศ ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญจึงมักมีความหวงใยในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหา หรือหลักการในรัฐธรรมนูญและพยายามป้องกันมิให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ง่าย เหมือนกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างพร่ำเพรื่อ จนรัฐธรรมนูญหมดความสำคัญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้⁴⁶

นอกจากความต้องการที่จะให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาแล้ว ในบางคราวผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญบางประเทศ ยังมีความต้องการที่จะไม่ให้มีการแก้ไขสาระสำคัญบางประการในรัฐธรรมนูญอีกด้วย แต่ทั้งนี้จะห้ามแก้ไขทุกมาตราหาได้ไม่ เพราะในที่สุดก็จะมีกรยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยวิถีทางนอกรัฐธรรมนูญได้อยู่แน่นอน

ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคห้า บัญญัติว่า “ห้ามเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น”

โดยสรุปแล้ว บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติม มักจะเป็นเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) รูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เป็นต้น
- (2) อาณาเขตของประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เขตแดนของสาธารณรัฐจีนจะไม่มีการเปลี่ยนแปลง เว้นเสียแต่ได้รับความเห็นชอบจาก

⁴⁵ จาก สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่อง การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (น. 47), โดย ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย, 2552, กรุงเทพฯ: องค์การคำของคุรุสภา.

⁴⁶ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 35). เล่มเดิม.

สภาแห่งชาติ” หรือรัฐธรรมนูญของประเทศโปแลนด์ ค.ศ. 1952 บัญญัติว่า “ดินแดนส่วนที่เป็นโปแลนด์ได้รับมาในครั้งนี จะต้องอยู่กับโปแลนด์ตลอดไป”

(3) ศาสนาประจำชาติ เช่น โมร็อกโก เป็นต้น

(4) รูปแบบเศรษฐกิจสังคมและการเมืองแบบสังคมนิยม เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 1982 มาตรา 1 วรรคสอง บัญญัติว่า “ระบบสังคมนิยมเป็นระบบการปกครองขั้นมูลฐานของสาธารณรัฐประชาชนจีน ห้ามบุคคลใดหรือองค์กรใดมีเจตนาที่จะทำลาย”

(5) ความเป็นเอกภาพ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 1 บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวกัน จะแบ่งแยกมิได้”

(6) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลสหรัฐกับรัฐบาลกลาง เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

อนึ่ง เกี่ยวกับบทบัญญัติห้ามแก้ไขหลักการบางหลักการในรัฐธรรมนูญ ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านแสดงความคิดเห็นไว้ว่า การห้ามแก้ไขดังกล่าวเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของระบอบประชาธิปไตย เพราะว่าเจ้าของอำนาจอธิปไตยไม่ว่าจะเป็นคณะบุคคลหรือประชาชนในยุคหนึ่งสมัยหนึ่ง ย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปจำกัดสิทธิผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในอนาคต การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองตามเสียงข้างมากของประชาชน ถ้าหากประชาชนส่วนข้างมากในอนาคตประสงค์จะวางกฎเกณฑ์การปกครองในรูปใด ซึ่งหากเห็นว่าเหมาะสมและเป็นผลดีแก่ประเทศชาติเป็นส่วนรวมแล้ว ก็สามารถที่จะกระทำได้ในฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยเสรี ปราศจากข้อผูกมัดหรือข้อบังคับใดๆ ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่ดีควรจะมิบทบัญญัติให้ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแก้ไขได้ตามความเหมาะสม⁴⁷

2.3.2 กระบวนการและขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อาจมีได้ทั้งในกรณีที่ได้มีการกำหนดวิธีการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญ และกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดวิธีการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งทั้งสองกรณีมีรูปแบบและรายละเอียดในการแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกัน ซึ่งกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มี 2 แนวคิด⁴⁸ คือ

⁴⁷ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 37). เล่มเดิม.

⁴⁸ จาก รูปแบบและวิธีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (น. 16 - 22), โดย พูนศักดิ์ ใสสำรวจ, 2538, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

แนวคิดแรก⁴⁹ เนื่องจากหลักการที่ว่า การกระทำทางกฎหมายจะถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็แต่ในรูปแบบวิธีการเดียวกันที่จัดทำขึ้นมา เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญก็จะแก้ไขจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจที่จัดทำขึ้นและใช้รูปแบบกระบวนการที่จัดทำขึ้นมา แต่เป็นแนวคิดที่ยังไม่มีประเทศใดในโลกใช้ ซึ่งหมายถึงในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ จึงต้องกลับไปพิจารณาถึงรูปแบบและวิธีการเดียวกันที่ได้จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมา ส่วนอีกแนวคิดหนึ่ง⁵⁰ ที่ใช้กันโดยทั่วไปคือ ความต้องการให้สถานะของรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงพอสมควรที่จะไม่ถูกริเริ่มแก้ไขอย่างไม่เหมาะสม จึงจำกัดแต่เพียงว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาโดยที่ยังไม่ไปไกลถึงขนาดวิธีแรก ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงองค์กรและวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ แต่การแก้ไขจะต้องกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ดังนั้นจึงสามารถแบ่งประเภทของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ 2 ประเภท ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้

รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เพื่อให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา และเพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางการเมืองไม่หยุดชะงักในกรณีที่อาจเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมือง นอกจากนี้การกำหนดให้รัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยยากยังช่วยให้เกิดการป้องกันปัญหาจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่เหมาะสม โดยรัฐธรรมนูญจะมีการกำหนดบทบัญญัติ ขั้นตอน และกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน⁵¹

2) รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะได้บัญญัติถึงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ แต่รัฐธรรมนูญบางฉบับก็ไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ ซึ่งก็ไมอาจตีความได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแก้ไขได้ เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้น ไม่มีอำนาจที่จะไปผูกพันคนรุ่นหลังให้มีระบอบการปกครองตายตัวอยู่เช่นเดียวเสมอไป อีกทั้งเหตุการณ์ทางการเมืองยังเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะการณ์ในขณะนั้นเพื่อไม่ให้เกิดความตึงเครียดทางการเมือง แต่ปัญหาที่ต้องพบในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ก็คือ บุคคลใดจะเป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและวิธีการแก้ไขจะต้องทำอย่างไร

⁴⁹ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 184). เล่มเดิม.

⁵⁰ แหล่งเดิม.

⁵¹ แหล่งเดิม.

ซึ่งในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมไว้จำเป็นต้องพิจารณาถึงกำเนิดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำเนิดรัฐธรรมนูญโดยปกติมีอยู่ 3 กรณี ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญที่ประมุขแห่งรัฐเป็นผู้ให้

เมื่อกษัตริย์ของประเทศที่มีรูปการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์พิจารณาเห็นว่า ถึงเวลาที่ประชาชนของประเทศควรมีสิทธิมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ประมุขของรัฐจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ โดยกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิเลือกตั้งผู้แทนของตนทำหน้าที่นิติบัญญัติ และในขณะเดียวกันประมุขของรัฐยินยอมจำกัดอำนาจการปกครองของตนให้ลดน้อยลง แต่เนื่องจากประมุขเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญเสียเอง ประมุขจึงสงวนอำนาจการปกครองที่สำคัญไว้บางประการ ราษฎรจึงไม่มีสิทธิมีส่วนร่วมในการปกครองอย่างสมบูรณ์ รัฐธรรมนูญประเภทนี้ยังถือไม่ได้ว่าเป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ แต่ก็ เป็นก้าวหนึ่งที่จะพัฒนาการไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นตามวิธีนี้ ช่วยให้ประเทศรอดพ้นจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เพราะประมุขของรัฐได้รับ จัดให้มีรัฐธรรมนูญก่อนที่ประชาชนจะขอร้อง หรือใช้อำนาจบังคับ และมีผลให้ประชาชนเคารพ ยำเกรงประมุขของรัฐมากยิ่งขึ้น

ตัวอย่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้ก็คือ รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1889 และได้ยกเลิกเมื่อหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐธรรมนูญของรัฐโมนาโก (Monaco) ซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1911 และรัฐธรรมนูญของประเทศเอธิโอเปีย (Ethiopia) หรือแต่เดิมเรียกกันว่า ประเทศอbyssีเนีย (Abyssinia) ซึ่งพระเจ้าจักรพรรดิ Haile Selassie I พระราชทานแก่ประชาชนของพระองค์ เมื่อ ค.ศ. 1931 (ก่อนประชาชนชาวไทยจะได้รับพระราชทานรัฐธรรมนูญ 1 ปี) ในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติว่า “The Supreme power rests in the hands of the Emperor” กล่าวคือ แทนที่จะมีการรับรองว่าอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นของประชาชนพลเมืองเหมือน รัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ กลับบัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยนั้นเป็นขององค์จักรพรรดิ และ พระองค์ใช้อำนาจนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย⁵²

(2) รัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นโดยความตกลงระหว่างประมุขแห่งรัฐกับราษฎร

เมื่อราษฎรต้องการจำกัดอำนาจการปกครองของกษัตริย์ และในขณะเดียวกันก็ ยังต้องการให้กษัตริย์องค์นั้นเป็นประมุขของประเทศอยู่ต่อไป เมื่อราษฎรได้พร้อมใจกันจัดขึ้นไม่ ปฏิบัติตามความต้องการของประมุขของรัฐ เช่น กรณีประชาชนชาวอังกฤษไม่ยอมชำระภาษีให้แก่ กษัตริย์อังกฤษ และกษัตริย์เห็นว่าเหตุการณ์จะลุกลามไปสู่การปฏิวัติ ประมุขของรัฐอาจทำความ

⁵² คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 40 - 41). เล่มเดิม.

ตกลงกับราษฎรเพื่อให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ อาทิ Magna Carta 1215, Petition of Rights 1628, Bill of Rights 1688, Act of Establishment 1700.⁵³

ในบางกรณีเมื่อราชบัลลังก์ของประเทศหนึ่งว่างลง ตามกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสมบัติผู้ที่จะเป็นประมุขของรัฐ บังเอิญเป็นเจ้าของค้ำหนึ่ง รัฐสภาซึ่งทำหน้าที่แทนประชาชนอาจทำความตกลงกับผู้ที่จะเชิญมาเป็นประมุขให้ยอมรับรูปการปกครองประเทศเสียก่อนก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 และ ค.ศ. 1830 รัฐธรรมนูญแบบนี้เกิดขึ้นโดยความตกลงยินยอมระหว่างผู้ที่จะเป็นประมุขของรัฐกับประชาชน เช่น ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1830 เจ้าชายหลุยส์ฟิลลิปส์ แห่งออร์เลอ็องซ์ ก่อนขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินจะต้องทำพิธีรับรู้ข้อความในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสภาของประชาชนได้ทำขึ้นและปฏิญาณว่าจะปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญทุกประการ นอกจากนี้ก็มีรัฐธรรมนูญของประเทศแหลมบอลข่าน เช่น รัฐธรรมนูญของกรีซ ค.ศ. 1844 รומานีเย ค.ศ. 1864 บุลกาเรีย ค.ศ. 1869

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475” มีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากความตกลงระหว่างประมุขแห่งรัฐกับราษฎร กล่าวคือ เมื่อคณะราษฎรได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยสำเร็จ เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 ได้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 เพื่อขอให้ทรงยินยอมเป็นกษัตริย์ภายใต้ระบบรัฐธรรมนูญ และพระองค์ท่านได้ยอมรับตามคำขอร้องของคณะราษฎร ดังปรากฏตามข้อความตอนหนึ่งในพระราชปรารภ มีว่า

“โดยที่คณะราษฎรได้ขอร้องให้อยู่ใต้รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเพื่อบ้านเมืองจะได้เจริญขึ้น และโดยที่ได้ทรงยอมรับคำขอร้องของคณะราษฎรจึง.....”

รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงจัดเข้าอยู่ในประเภทรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากความตกลงยินยอมระหว่างประมุขของรัฐกับราษฎร⁵⁴

(3) รัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นโดยราษฎรตามวิถีทางประชาธิปไตย

การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นมีกำเนิดจากสหรัฐอเมริกา โดยปกติสภาร่างรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยผู้ซึ่งราษฎรเลือกตั้งให้มาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ก็มีบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention) ทำหน้าที่จัดทำกฎหมายธรรมดาด้วย ในประเทศไทยสภาร่างรัฐธรรมนูญสภาแรก คือ สภาร่าง

⁵³ แหล่งเดิม.

⁵⁴ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 42 - 43). เล่มเดิม.

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2491 ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งได้รับเลือกตั้งจากรัฐสภาจำนวน 40 คน และทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญหน้าที่เดียว ใน พ.ศ. 2502 สภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร เป็นสภาที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งมีจำนวน 240 คน มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญและจัดทำกฎหมายธรรมดาด้วย

การจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญมักเป็นกรณีประเทศต้องการเปลี่ยนรูปการปกครองเสียใหม่ หรือเป็นกรณีที่ประเทศใหม่เพิ่งได้รับเอกราช ยังไม่เคยมีรัฐธรรมนูญมาก่อน เช่น สหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 เชคโกสโลวาเกีย ยูโกสลาเวีย ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และอินเดีย ปากีสถาน ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

นอกจากจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว บางประเทศใช้วิธีจัดตั้งสภานิติบัญญัติให้มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญและจัดทำกฎหมายธรรมดาด้วย การจัดตั้งสภานิติบัญญัติเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญมักเป็นประเทศที่เคยมีรัฐธรรมนูญอยู่ก่อนแล้ว แต่ประสงค์จะปรับปรุงใหม่ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศ จึงได้มอบให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้จัดทำ เมื่อจัดทำเสร็จแล้วจะประกาศใช้แทนฉบับเดิม⁵⁵

2.3.3 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญอาจแก้ไขได้ 2 วิธี คือ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย และรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบาย ดังนี้

1) รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขง่าย⁵⁶ หมายถึง รัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวิธีการอย่างง่ายนี้ส่วนใหญ่จะใช้กับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เนื่องจากเนื้อหาส่วนใหญ่ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่นในรัฐธรรมนูญของอังกฤษซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากอังกฤษไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญการแก้ไขเพิ่มเติมจึงสามารถกระทำได้โดยง่ายนั่นเอง ซึ่งประโยชน์ของการที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยง่ายทำให้รัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาวการณ์ปัจจุบัน และทำให้สามารถหลีกเลี่ยงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยผิดกฎหมาย เช่น การปฏิวัติหรือรัฐประหาร แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยวิธีการอย่างง่ายนี้อาจทำให้รัฐธรรมนูญคลายความศักดิ์สิทธิ์ลงเนื่องจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอาจถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่ายจนเกินไปทำให้คุณค่าที่มีอยู่

⁵⁵ คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 45 - 46). เล่มเดิม.

⁵⁶ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 55). เล่มเดิม.

ภายในรัฐธรรมนูญลดน้อยลงไป⁵⁷ และการละเมิดต่อบทบัญญัติจารีตประเพณีย่อมสามารถกระทำ ได้โดยง่ายจนทำให้บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจได้รับความกระทบกระเทือน

2) รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก⁵⁸ หมายถึง รัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา แต่จะต้องกระทำโดยวิธีการที่พิเศษและยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา⁵⁹ ซึ่งส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะนิยมใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยากทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุด นอกจากนี้ ทำให้รัฐธรรมนูญมีคุณค่าและมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายธรรมดา และการแก้ไขได้ยากนี้เองทำให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงและแน่นอน รวมถึงสามารถให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ดีกว่ารัฐธรรมนูญแบบแก้ไขได้ง่าย เพราะมีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรทำให้เกิดความชัดเจนและแน่นอน และหากมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติดังกล่าวก็สามารถเห็นได้โดยง่าย แม้ว่าการแก้ไขได้ยากจะทำให้รัฐธรรมนูญขาดความยืดหยุ่นต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและการเมืองในปัจจุบันที่มีลักษณะเป็นพลวัตก็ตาม โดยประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและมีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบแก้ไขยาก ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศไทย เป็นต้น

2.3.4 การควบคุมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขได้ยาก

การแก้ไขรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร⁶⁰ เพื่อให้มีลักษณะเป็นการแก้ไขได้ยาก อาจใช้กระบวนการควบคุมต่อไปนี้ในการควบคุม เพื่อให้รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นมีความมั่นคงและแน่นอน และให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายกระบวนการควบคุมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขได้ยาก ดังนี้

⁵⁷ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 56). เล่มเดิม.

⁵⁸ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 191). เล่มเดิม.

⁵⁹ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (น. 39). เล่มเดิม.

⁶⁰ กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง (น. 57). เล่มเดิม.

1) การควบคุมผู้เสนอขอแก้ไข

ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ส่วนมากมักจะเป็นผู้ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายให้สภานิติบัญญัติพิจารณา ซึ่งได้แก่ ประมุขของรัฐ สมาชิกสภานิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรี และประชาชน⁶¹

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิประมุขของรัฐเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย การเสนอขอแก้ไขของประมุขของรัฐจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภานิติบัญญัติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม นอกจากนี้มีรัฐธรรมนูญยูโกสลาเวีย โปแลนด์ สำหรับประเทศฝรั่งเศสและเบลเยียม คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้เสนอแทนประมุขของรัฐ

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สิทธิสภานิติบัญญัติเป็นผู้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การเสนอขอแก้ไขเป็นไปได้ยาก ไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดยินยอมให้สมาชิกสภานิติบัญญัติเสนอการแก้ไขโดยเอกเทศ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ต้องมีสมาชิกจำนวนหนึ่งลงชื่อรับรอง เช่น รัฐธรรมนูญบุลกาเรีย ต้องมีสมาชิกจำนวนหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเป็นผู้รับรอง รัฐธรรมนูญอียิปต์จะต้องมีสมาชิกจำนวนสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ในกรณีที่รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีรูปแบบเป็นสภรัฐ จะต้องมีสมาชิกสภานิติบัญญัติของมลรัฐจำนวนสองในสามของจำนวนทั้งหมดเป็นผู้รับรอง⁶²

2) การควบคุมผู้ดำเนินการพิจารณาแก้ไข

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนมากกำหนดให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาแก้ไข โดยถือว่าสภานิติบัญญัติประกอบด้วยผู้แทนซึ่งราษฎรได้เลือกตั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถ้าหากเป็นระบบสองสภา สภาทั้งสองจะประชุมร่วมกันแก้ไข⁶³

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า ประเทศส่วนใหญ่ไม่นิยมจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการพิเศษขึ้นมา เพื่อดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญเหมือนกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ

⁶¹ เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 - 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 139). เล่มเดิม.

⁶² แหล่งเดิม.

⁶³ แหล่งเดิม.

3) การควบคุมวิธีการแก้ไข

สาระสำคัญของวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญคือ การลงมติให้ความเห็นชอบข้อเสนอขอแก้ไข การให้ความเห็นชอบผลของการแก้ไขของสภานิติบัญญัติ และการให้ความเห็นชอบเพื่อส่งให้ประมุขของรัฐประกาศใช้บังคับต่อไป

การลงมติทั้ง 3 กรณีดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นการลงมติที่มีจำนวนคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ เช่น สองในสามของจำนวนสมาชิกซึ่งมาประชุม หรืออาจมีจำนวนสองในสามของสมาชิกทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสภาเดียวหรือสองสภา แต่บางประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลียและอิตาลี กำหนดว่าต้องให้คะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด⁶⁴

4) การควบคุมระยะเวลาแก้ไข

การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น เพื่อให้มีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยยาก บางประเทศจึงได้กำหนดให้การแก้ไขต้องกระทำในระยะเวลานานพอสมควร เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และกรีซ (ค.ศ. 1864) ได้บัญญัติให้ยุบสภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่แก้ไขเรียบร้อยแล้ว เมื่อราษฎรได้เลือกสมาชิกชุดใหม่ประกอบเป็นสภานิติบัญญัติแล้ว สภานิติบัญญัติใหม่จะต้องลงความเห็นชอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของสภานิติบัญญัติ ซึ่งถูกยุบไปแล้ว สภาใหม่จะแก้ไขประการใดมิได้

ส่วนรัฐธรรมนูญของประเทศเดนมาร์ก ฟินแลนด์ และสวีเดน บัญญัติไปในทางที่ว่า จะยุบสภาเพื่อให้สภาใหม่ลงมติให้ความเห็นชอบหรือไม่ก็ได้

นอกจากบัญญัติให้สภานิติบัญญัติต้องถูกยุบ และสภานิติบัญญัติที่ได้รับเลือกใหม่ร่วมกันพิจารณาให้ความเห็นชอบในรัฐธรรมนูญที่แก้ไขแล้ว ยังมีรัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดหลักการให้มีระยะเวลาคั่นกลางระหว่างการลงมติแต่ละครั้ง เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลี บัญญัติให้การลงมติครั้งสุดท้าย ต้องกระทำภายหลัง 3 เดือนของการลงมติครั้งที่สอง ส่วนของประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (5) ได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้ว ให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป”

5) การให้ประมุขของรัฐหรือประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

หน้าที่ของประมุขของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไข คือ การลงนามในรัฐธรรมนูญที่ได้แก้ไขรัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้ให้อำนาจประมุขของรัฐที่จะลงนามในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็

⁶⁴ เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน (Public Law) หน่วยที่ 1 - 7 เรื่องความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (หน่วยที่ 3) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (น. 140). เล่มเดิม.

ได้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสได้ให้อำนาจประมุขของรัฐที่จะวินิจฉัยว่า สมควรให้ประชาชนลงคะแนนเสียงแสดงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขแล้วหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่ไม่ให้ประชาชนแสดงประชามติจะต้องนำรัฐธรรมนูญที่แก้ไวนั้นเข้าสู่รัฐสภาเพื่อพิจารณา และจะต้องได้รับคะแนนเสียง ไม่น้อยกว่าสามในห้าของสมาชิกรัฐสภา รัฐธรรมนูญดังกล่าวถึงจะมีผลใช้บังคับได้

2.4 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการออกเสียงประชามติ

การออกเสียงประชามติเป็นกลไกการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนด้วยการลงคะแนน ออกเสียงเพื่อตัดสินใจว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในเรื่องที่มีความสำคัญ ๆ และมีผลกระทบต่อประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติ หรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือเป็นโอกาสที่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงความต้องการที่แท้จริงของตนให้รัฐบาลทราบ ก่อนที่จะนำมติหรือการตัดสินใจนั้น ไปปฏิบัติหรือบังคับใช้เป็นกฎหมายทั่วไป

2.4.1 นิยามและความหมายของประชามติ

ประชามติเป็นคำนาม มีความหมายว่า มติของประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศที่แสดงออกในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือที่ใดที่หนึ่ง โดยมติของประชาชนนั้น รัฐให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนรับรองร่างกฎหมายสำคัญที่ได้ผ่านสภานิติบัญญัติแล้ว หรือให้ตัดสินใจในปัญหาสำคัญในการบริหารประเทศ⁶⁵

ส่วนนักวิชาการอีกท่านหนึ่งได้ให้ความหมายของคำว่า “ประชามติ” ว่าเป็นการรวบรวมความคิดเห็นของบุคคลต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวม ซึ่งความคิดเห็นนั้นอาจมีอิทธิพลเหนือบุคคลทั่วไป และเหนือแผนนโยบายการปกครองประเทศ⁶⁶

คำว่า “ประชามติ” ที่นิยมใช้ในภาษาอังกฤษมีอยู่ 2 คำ ดังกล่าวข้างต้น คือ ใช้คำว่า “plebiscite” และ “referendum” ซึ่งคล้าย ๆ กัน และหลาย ๆ ท่านใช้ในความหมายเดียวกันปะปนกัน บางท่านก็ให้ความหมายแตกต่างกัน ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจไขว่เขวพอสมควร ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายความหมายและความแตกต่างกันของคำว่า “plebiscite” และ “referendum” ดังนี้

⁶⁵ จาก *การนำประชามติในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ) (น. 4), โดย นพรัตน์ อภิวิมลลักษณ์, 2538, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁶⁶ จาก *ระบอบประชาธิปไตย* (น. 64), โดย ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร, 2520, กรุงเทพฯ: ครูสภาลาดพร้าว.

1) ความหมายของประชามติที่ใช้คำว่า “referendum”

โดยปกติแล้ว การให้ประชาชนมาลงคะแนนแสดงประชามติในทางรับรองร่างกฎหมายธรรมดาเรื่องใดเรื่องหนึ่งทั้งฉบับหรือเพียงหลักการบางอย่าง หรือร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการสำคัญของบางส่วนของรัฐธรรมนูญ ประชาชนจะลงคะแนนเป็นประชามติว่าจะรับร่างกฎหมายนั้นหรือไม่รับ (เห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย) และผลก็จะเป็นไปตามคะแนนเสียงของส่วนข้างมาก ตัวอย่างเช่น เมื่อรัฐสภาได้ร่างกฎหมายธรรมดาเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เป็นกฎหมายที่กระทบส่วนได้เสียสำคัญของประเทศชาติและประชาชน หรือได้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ หรือมีการแก้ไขปรับปรุงใหม่ ถ้าในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไปขอความเห็นชอบจากประชาชน ก่อนที่จะประกาศใช้ก็จะต้องมีการนำกฎหมายนั้นมาให้ประชาชนทำการออกเสียงแสดงประชามติก่อน ถ้าประชาชนส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย กฎหมายนั้นก็จะต้องทำการร่างขึ้นมาใหม่หรือต้องทำการแก้ไขปรับปรุงใหม่เสียก่อน จึงจะนำมาให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติอีกครั้ง จนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากประชาชนส่วนใหญ่จึงจะสามารถประกาศใช้ได้ประชาชนจะสามารถใช้สิทธิในการออกเสียงแสดงประชามติในเรื่องใดได้บ้างตามปกติแล้วรัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติไว้

การนำวิธีการลงประชามติมาใช้เช่นนี้ จะใช้ได้ผลดีในประเทศที่ประชาชนมีการศึกษามีความสำนึก หรือตระหนักในทางการเมืองดี มีความสนใจเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวทางการเมืองตลอดเวลา สนใจข่าวสารบ้านเมือง เช่น อ่านหนังสือพิมพ์ ฟังวิทยุ ดูโทรทัศน์ เป็นต้น และสื่อเหล่านี้จะต้องมีแพร่หลายสามารถเข้าถึงประชาชนได้ในทุก ๆ ท้องที่ ประชาชนสามารถรับรู้ข่าวสารได้ฉับไว การคมนาคมสะดวก ประชาชนมีฐานะความเป็นอยู่ดีพอสมควร มีอิสระในการแสดงความคิดเห็น และเรื่องที่จะนำมาให้ประชาชนลงประชามตินั้น ประชาชนจะต้องเข้าใจในปัญหานั้น ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วน ประชามติที่ออกมาจึงจะตรงตามข้อเท็จจริงมากที่สุด

2) ความหมายของประชามติที่ใช้คำว่า “plebiscite”

คำว่า “plebiscite” นั้นมักจะไม่ใช่เรื่องของกฎหมาย และไม่ใช่ว่าเรื่องของการประชาธิปไตย ทุกเรื่อง “plebiscite” มักเกี่ยวข้องกับการขอร้องให้ประชาชนลงคะแนนเกี่ยวกับตัวบุคคล หรือหลักการอย่างใดอย่างหนึ่งที่บุคคลผู้นั้นเสนอขึ้น คือ บางครั้งเป็นการเอาเรื่องของบุคคลมารวมกับหลักการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่าง⁶⁷

การออกเสียงประชามติ ที่เรียกว่า “plebiscite” นี้ เป็นอีกวิธีหนึ่งที่จะทราบความเห็นส่วนใหญ่ของประชาชนทั่วไปเป็นลักษณะของการหารายชื่อบุคคลเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

⁶⁷ สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป (น. 174 - 182). เล่มเดิม.

วิธีดำเนินการในการขอทราบเสียงส่วนใหญ่ของประชาชน ก็มีวิธีคล้ายคลึงกับการออกเสียงประชามติที่เรียกว่า “referendum” ก็คือ การให้ประชาชนมาออกเสียง เพื่อลงประชามติ เกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับส่วนรวมที่สำคัญบางอย่าง เช่น ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย หรือการแยกรัฐ หรือแยกออกจากสังกัดทางการเมือง ประชาชนที่เกี่ยวข้องกับปัญหาในลักษณะดังกล่าวนี้อาจจะได้รับสิทธิให้ออกเสียงลงประชามติว่าจะยังคงสังกัดอยู่กับรัฐเดิม หรือต้องการแยกตัวเองตั้งเป็นรัฐอิสระ หรือผนวกกับรัฐอื่น การออกเสียงแสดงประชามติที่เรียกว่า “plebiscite” นี้ จะแตกต่างจากประชามติที่เรียกว่า “referendum” โดยทั่วไป คือ ลักษณะของประเด็นหรือปัญหาที่ให้ประชาชนแสดงความคิดเห็น⁶⁸ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองคำนี้การนำมาใช้บางครั้งก็ไม่สามารถแยกให้ความแตกต่างกันได้โดยเด็ดขาด

การลงคะแนนประชามติแบบ “plebiscite” นิยมทำกันบ่อย ๆ ในประเทศฝรั่งเศส ตั้งแต่สมัยปฏิวัติใหญ่ โดยทั่วไปแล้วจะเห็นว่ามีลักษณะแตกต่างกับการลงคะแนนประชามติแบบ “referendum” ถึงแม้ว่าในการปฏิบัติหลายครั้งจะเป็นประชาธิปไตย คือ ยินยอมให้ประชาชนมาลงคะแนนประชามติได้อย่างถูกต้อง มีอิสระเสรี ไม่มีการใช้อิทธิพลหรืออำนาจมืดข่มขู่ ประชาชนมีความสะดวกในการลงคะแนน แต่ก็มิใช่เป็นเรื่องของการให้ความเห็นชอบแก่ร่างกฎหมายธรรมดาหรือร่างรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว มักจะมีเรื่องอื่นแอบแฝงอยู่ด้วยเสมอไม่มากนัก้อย เกี่ยวกับการให้การยอมรับนับถือ หรือทำเพื่อบุคคลบางคน เป็นต้นว่าให้ความสนับสนุนหรือยอมรับนับถือ นายพล เดอ โกลล์ ของประเทศฝรั่งเศส สนับสนุนประธานาธิบดีเฟอร์ดินานด์ มาร์คอส ของประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น มีเรื่องหลายเรื่องรวมกันอยู่ในการที่ราษฎรจะต้องลงคะแนนรวม ๆ ลงไป ไม่มีทางแยกได้ว่าเรื่องใดจะรับหรือเรื่องใดไม่รับ⁶⁹

กล่าวโดยสรุปแล้ว ความหมายของคำว่า “ประชามติ” นิยมใช้กันในความหมายหลัก ๆ อยู่ 2 ความหมายด้วยกัน กล่าวคือใช้ในคำว่า “referendum” ซึ่งหมายถึงการให้ประชาชนลงคะแนนรับรองร่างกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายธรรมดาหรือเรื่องใดเรื่องหนึ่งทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการบางอย่าง หรือรับรองร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการบางส่วนของรัฐธรรมนูญ ซึ่งปกติแล้วจะเป็นการรับรองร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติมาแล้ว แต่ในบางครั้งอาจจะมีการนำหลักการใหญ่ ๆ ของกฎหมายมาขอให้ประชาชนลงคะแนนเห็นชอบก่อนนำเข้าสู่การพิจารณาของสภาก็ได้ และนอกจากนั้นยังน่าจะหมายความรวมถึงการให้ประชาชนลงคะแนน

⁶⁸ จาก *มติมหาชนกับประชาธิปไตย* (น. 202), โดย เสถียร หอมขจร, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁶⁹ *การนำประชามติมาใช้ในประเทศไทย* (น. 8), เล่มเดิม.

รับรองเพื่อให้ยกเลิกกฎหมายธรรมดาเรื่องใดเรื่องหนึ่งทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการบางอย่าง รวมทั้งการรับรองการยกเลิกรัฐธรรมนูญด้วย

ส่วนอีกความหมายหนึ่งของประชามติใช้คำว่า “plebiscite” ซึ่งหมายถึง การให้ประชาชนลงคะแนนเพื่อต้องการทราบความเห็นชอบของประชาชนส่วนใหญ่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อาจจะเป็นการลงคะแนนเพื่อรับรองตัวบุคคล หรือหลักการอย่างใดอย่างหนึ่งที่บุคคลนั้นเสนอขึ้น หรือบางครั้งอาจจะเป็นการลงคะแนนรับรองให้กับทั้งตัวบุคคล และหลักการของเขาไปพร้อม ๆ กัน รวมทั้งเป็นการขอความเห็นจากประชาชนส่วนใหญ่ในเรื่องอื่น ๆ เรื่องใดเรื่องหนึ่งทุกเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับเรื่องกฎหมาย นอกจากนั้นคำว่า “plebiscite” ยังใช้คาบเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย กล่าวคือ เป็นการใช้เพื่อที่จะขอความเห็นชอบจากประชาชนในดินแดนของประเทศหนึ่งที่จะต้องถูกตัดออกไปพร้อมกับอีกประเทศหนึ่งว่าเขาพร้อมที่จะถูกเอาไปพร้อมกับประเทศอื่นหรือไม่เพียงไร⁷⁰

นอกจากการนำประชามติมาใช้ใน 2 ความหมายหลัก ๆ ดังกล่าวแล้ว การแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยของประชาชน โดยวิธีการอื่น ๆ เช่น การออกเสียงเลือกตั้ง (election) การริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย (initiative) และการถอดถอนผู้แทน (recall) เหล่านี้บางครั้งอาจจะมีการนำมาใช้ปะปนกันกับการใช้ประชามติใน 2 ความหมายดังกล่าวข้างต้นพอสมควร ตัวอย่างเช่น การให้ประชาชนออกเสียงเลือกตั้งในบางประเทศได้มีการนำมาใช้ปะปนกับการใช้ประชามติในความหมายของ “referendum” เช่น ในประเทศเคนมาร์ก ได้นำวิธีการเลือกตั้งมาใช้ในการให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อสภาได้ลงมติผ่านข้อเสนอที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ถ้ารัฐบาลต้องการที่จะดำเนินเรื่องต่อไปก็ต้องทำการยุบสภา จัดให้มีการประกาศเลือกตั้งสมาชิกสภาใหม่ เมื่อได้สภาใหม่แล้วก็นำร่างรัฐธรรมนูญนั้นเข้าสู่การพิจารณาของสภาที่ตั้งใหม่อีกครั้ง ถ้าสภาใหม่เห็นด้วยให้ผ่านร่างรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ถึงจะสามารถนำร่างรัฐธรรมนูญนั้นเสนอให้ประชาชนลงประชามติได้ ซึ่งการที่รัฐบาลจำเป็นต้องมีการยุบสภาเพื่อทำการเลือกตั้งสมาชิกสภาชุดใหม่ก่อน ถึงจะสามารถนำกฎหมายไปให้ประชาชนลงประชามติได้

ปกติแล้ว การให้ประชาชนมีสิทธิริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย (initiative) นั้น เป็นการให้สิทธิประชาชนจำนวนหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละเรื่องมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายเพื่อให้สภาพิจารณาหรือออกกฎหมายหรือเพื่อให้ประชาชนลงประชามติรับรองโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านสภา ถ้าผู้ริเริ่มเสนอร่างกฎหมายไม่ใช่เสียงส่วนใหญ่แล้ว ก็อยู่ในความหมายนี้ แต่ในบางกรณีถ้าเป็นการนำวิธีการนี้มาใช้ในมลรัฐเล็ก ๆ ถ้าประชาชนสามารถรวบรวมชื่อผู้สนับสนุนให้มีการเสนอ

⁷⁰ การนำประชามติมาใช้ในประเทศไทย (น. 14 - 15). เล่มเดิม.

ร่างกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง มีจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนทั้งหมดก็เป็นการเสนอกฎหมายโดยประชามติ ซึ่งการเสนอเช่นนี้ก็เท่ากับเป็นการที่ประชาชนรับรองร่างกฎหมายไปในตัวเลย ไม่จำเป็นต้องนำมาลงประชามติอีกครั้งหนึ่ง หรืออาจจะมีการนำมาลงประชามติอีกครั้งหนึ่งก็ได้ เพื่อเป็นการยืนยันว่าที่ประชาชนได้ลงลายมือชื่อมานั้นไม่ได้เกิดจากการข่มขู่ หรือเป็นการเสนอโดยลายมือชื่อปลอม เป็นการรับรองกฎหมายที่ใช้ในความหมาย “referendum” เช่นกัน เป็นการรับรองร่างกฎหมายโดยไม่มี การนำเข้าสู่การพิจารณาของสภาเพราะเท่ากับเป็นการใช้สิทธิเสนอกฎหมายโดยวิธีการใช้ประชาธิปไตยโดยตรงแล้ว

นอกจากนั้น การให้ประชาชนจำนวนหนึ่งสามารถขอให้มีการถอดถอนผู้แทนออกจากตำแหน่งที่เรียกว่า “recall” นั้น ถ้าประชาชนที่เสนอในขั้นแรกให้ถอดถอนมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ก็น่าจะอยู่ในความหมายนี้ แต่ถ้ากรณีที่ผู้เสนอให้ถอดถอนในขั้นแรกมาจากเสียงส่วนใหญ่ของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ก็น่าจะเท่ากับเป็นการให้ประชาชนลงคะแนนแสดงประชามติ เพื่อไม่รับรองตัวบุคคลไปเลยนั่นเอง⁷¹

2.4.2 การลงประชามติในประเทศไทย

การลงประชามติในประเทศไทยมีการกำหนดสิทธิของประชาชนเพื่อเสนอให้มีการลงประชามติ รวมทั้งมีการกำหนดสิทธิในการเสนอร่างกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายถึงการลงประชามติในประเทศไทย ดังนี้

การลงประชามติเป็นวิธีการวัดมติมหาชนอย่างหนึ่งเนื่องจากมติมหาชน คือ ความคิดเห็นพ้องต้องกันในเรื่องหนึ่งเรื่องใดของประชาชนเป็นจำนวนมากโดยไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องเอกฉันท์ ความคิดเห็นของประชาชนที่แสดงออกได้มากเนื่องจากความไม่เป็นเอกฉันท์ในหนังสือพิมพ์ ในวงการสนทนา ซึ่งจะเห็นว่ายังพบกับความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันอยู่เสมอ ฉะนั้น การที่จะตัดสินใจว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายข้างมากจึงเป็นเรื่องยาก ในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการแสดง “ประชามติ” ด้วยการเดินขบวนเพื่อเรียกร้องดินแดนฝั่งซ้ายของแม่น้ำโขง การเดินขบวนดังกล่าวรัฐบาลของ จอมพล ป. พิบูลสงคราม กลับกล่าวว่าประชามตินั้นวัดไม่ได้โดยทางพฤตินัย เช่นเดียวกับเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2516 ได้มีการเดินขบวนและมีการชุมนุมต่อต้านรัฐบาลของจอมพลถนอม กิตติขจร กันอย่างแข็งขัน แต่รัฐบาลจอมพลถนอมหาได้ยอมรับอย่างแท้จริงไม่ว่านั่นคือ “ประชามติ”⁷² รวมทั้งการชุมนุมเรียกร้องให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญและเรียกร้องให้พลเอก

⁷¹ การนำประชามติมาใช้ในประเทศไทย (น. 16). เล่มเดิม.

⁷² จาก ความรู้เรื่องประชาธิปไตยสำหรับประชาชน (น. 158), โดย คณะอนุกรรมการอุดมการณ์ของชาติ, 2527, กรุงเทพฯ: คณะอนุกรรมการ.

สุจินดา คราประยูร ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535 ที่ผ่านมาซึ่งรัฐบาลในขณะนั้นหรือบรรดาเหล่าทัพหาได้ยอมรับว่านั่นคือ ประชามติที่แท้จริงไม่เนื่องจากว่าไม่ได้มีการลงประชามติกันทั้งประเทศว่าคนส่วนใหญ่ต้องการหรือมีความเห็นด้วยหรือไม่กับข้อเรียกร้องนั้น ถ้ามีการวัดประชามติโดยการนำวิธีการลงประชามติมาใช้ก็จะสามารถสรุปได้ว่ามติมหาชนนั้นเป็นประชามติที่แท้จริงหรือไม่ ฝ่ายที่ถูกขับไล่ก็จะหายเคลือบแคลงสงสัยและยอมรับแต่โดยดี ถึงแม้ว่าจะไม่เห็นด้วยแต่ก็ต้องปฏิบัติตามประชามติ

1) การลงประชามติตามที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในประเทศไทย ได้เคยมีบัญญัติเรื่องประชามติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาแล้วถึง 3 ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ

(1) การลงประชามติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492

การบัญญัติให้สิทธิของประชาชนในการออกเสียงประชามติไว้ในรัฐธรรมนูญ หมวด 4 หมวดหน้าที่ปวงชนชาวไทยโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 50 ว่า “ในการใช้สิทธิเลือกตั้งและสิทธิออกเสียงประชามติ บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำโดยสุจริตและมุ่งถึงประโยชน์ส่วนรวม”⁷³ โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติให้สิทธิประชาชนในการออกเสียงเป็นประชามติ ในกรณีที่ทำให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ถ้าพระมหากษัตริย์เห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นกระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน และต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของพระมหากษัตริย์อีกว่าจะเห็นสมควรให้มีการออกเสียงแสดงประชามติหรือไม่ ถึงแม้ว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นจะกระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชนก็ตามแต่ถ้าพระองค์เห็นว่า ไม่สมควรจะให้มีการออกเสียงประชามติก็ไม่สามารถทำได้โดยบัญญัติไว้ในหมวด 10 หมวดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 174 ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ตามมาตรา 173 กระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชนและทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้ประชาชนทั่วประเทศ ออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญในการให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวัน นับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายในพระราชกฤษฎีกานั้น ต้องกำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงภายในเก้าสิบวัน ซึ่งต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรและให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492.

ในเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามมาตรานี้ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 173 (7) มาใช้บังคับ

มาตรา 175 ในการให้ประชาชนออกเสียงตามมาตรา 174 ถ้ามีเสียงข้างมากเป็น ประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์จะได้ทรงลงพระปรมาภิไธยภายใน สามสิบวันนับแต่วันประกาศผลประชามติและเมื่อได้ประกาศรัฐธรรมนูญนั้นในราชกิจจานุเบกษา แล้วให้ใช้บังคับได้

ถ้าไม่มีเสียงข้างมากเป็นประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ ก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับนั้นตกไป

มาตรา 176 บุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน ย่อมมีสิทธิออกเสียงประชามติ หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น⁷⁴

(2) การลงประชามติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 ได้มีการบัญญัติเรื่องการลงประชามติไว้ในหมวด 4 หน้าหนึ่งของชนชาวไทย มาตรา 49 ว่า “ในการใช้สิทธิเลือกตั้งและสิทธิออกเสียงประชามติ บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำโดยสุจริตและมุ่งถึงประโยชน์ส่วนรวม”⁷⁵ และได้บัญญัติไว้ในหมวด 10 หมวด แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 170 ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายตามมาตรา 169 กระทั่งถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชนและทรง พระราชดำริเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัยพระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะ ให้ประชาชนทั่วประเทศ ออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบด้วยหรือไม่เห็นชอบด้วยร่าง รัฐธรรมนูญ

ในการให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติจะได้มีการประกาศพระบรมราชโองการใน แก้วสิบวันนับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายและให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับ สอนองพระบรมราชโองการ

เมื่อมีประกาศพระบรมราชโองการ ตามวรรคสองให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวัน ให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศพระบรมราชโองการ และ วันออกเสียงประชามติต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

⁷⁴ แหล่งเดิม.

⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511.

ในเมื่อพระมหากษัตริย์ใช้พระราชอำนาจตามมาตรานี้ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 169 (7) มาใช้บังคับ

มาตรา 171 บุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน ย่อมมีสิทธิออกเสียงประชามติ หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 172 ในการให้ประชาชนออกเสียงตามมาตรา 170 ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ ถ้ามีประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์จะได้ทรงลงพระปรมาภิไธย ภายในสามสิบวันนับแต่วันประกาศผลประชามติและเมื่อได้ประกาศรัฐธรรมนูญนั้นในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ ถ้ามีประชามติไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นตกไป⁷⁶

(3) การลงประชามติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2517

รัฐธรรมนูญฉบับสุดท้ายที่บัญญัติถึง เรื่องการออกเสียงประชามติของประชาชนไว้คือ ฉบับปี พ.ศ. 2517 โดยบัญญัติไว้ในหมวด 4 หมวดหน้าที่ของชาวไทย มาตรา 58 ว่า “ในการใช้สิทธิเลือกตั้งและออกเสียงประชามติ บุคคลมีหน้าที่กระทำโดยสุจริต”⁷⁷ ซึ่งก็บัญญัติไว้ทำนองเดียวกับ ฉบับปี พ.ศ. 2492 และปี พ.ศ. 2511 จะแตกต่างกับรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับแรกบ้างก็ตรงที่ได้มีการตัดข้อความในตอนท้ายของมาตราช่วงข้อความว่า “และมุ่งถึงประโยชน์ส่วนรวมออก” เท่านั้น ซึ่งก็ไม่ได้ทำให้ความหมายเปลี่ยนแปลงไปมากนัก และก็ได้บัญญัติให้สิทธิในเรื่องเดียวกันไว้ในหมวด 11 หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 229 ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายตามมาตรา 228 กระทบถึงผลประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชนและทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ ที่จะให้ประชาชนทั่วประเทศออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญนั้น

ในการให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ จะได้มีการประกาศพระบรมราชโองการ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายและให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

⁷⁶ แหล่งเดิม.

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517.

เมื่อมีพระบรมราชโองการตามวรรคสองให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศพระบรมราชโองการและวันออกเสียงประชามติต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

ในเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามมาตรานี้ มิให้นำบัญญัติมาตรา 228 (7) มาใช้บังคับ

มาตรา 230 บุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมมีสิทธิออกเสียงประชามติ

หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

มาตรา 231 ในการให้ประชาชนออกเสียงตามมาตรา 229 ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณถ้ามีประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญพระมหากษัตริย์จะได้ทรงลงพระปรมาภิไธยภายในสามสิบวันนับแต่วันประกาศผลประชามติและเมื่อได้ประกาศรัฐธรรมนูญนั้นในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ ถ้ามีประชามติไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นตกไป⁷⁸

จากหลักการเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติที่บัญญัติไว้คล้าย ๆ กัน ทั้ง 3 ฉบับ กล่าวคือ บัญญัติให้สิทธิประชาชนในการออกเสียงประชามติได้ก็แต่เฉพาะเพื่อความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้นและที่กำหนดให้เป็นพระราชดำริของพระมหากษัตริย์ว่าเห็นสมควรจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา แล้วไปให้ประชาชนแสดงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญนั้นอีกชั้นหนึ่งหรือไม่ ซึ่งจะมีความแตกต่างกันบ้างก็แต่เฉพาะในเรื่องวิธีการนำไปให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติเท่านั้น คือ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ส่วนรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 และ ฉบับปี พ.ศ. 2517 ให้ทำเป็นประกาศพระบรมราชโองการและให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสียก่อน จากนั้นให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกากำหนดวันลงประชามติอีกทีหนึ่ง

2) กระบวนการในการออกเสียงประชามติตามที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁷⁹

ในรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ ได้กำหนดขั้นตอนในการออกเสียงประชามติไว้ ดังนี้

⁷⁸ แหล่งเดิม.

⁷⁹ การนำประชามติมาใช้ในประเทศไทย (น. 131 - 132). เล่มเดิม.

(1) ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นสมควรที่จะให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติในเรื่องใดก็ได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาภายในกำหนดเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย และในพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องกำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงประชามติภายใน 90 วัน หรือถ้าตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 และ ฉบับปี พ.ศ. 2517 ก็จะต้องมีการประกาศพระบรมราชโองการภายใน 90 วัน นับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายก่อนต่อจากนั้น ถึงจะได้ตราพระราชกฤษฎีกา กำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติภายใน 90 วัน นับแต่วันประกาศพระบรมราชโองการ

(2) กำหนดวันออกเสียงประชามติจะต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

(3) ผู้ที่มีสิทธิออกเสียงประชามติ ก็คือ บุคคลผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั่นเอง

(4) หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายพิเศษที่ว่าด้วยการออกเสียงประชามติที่จะบัญญัติขึ้น โดยเฉพาะ

(5) การออกเสียงประชามติให้ถือเอามติเสียงข้างมากของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเป็นการตัดสินว่า ประชาชนเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญในกรณีที่ประชามติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญนั้น ก็เป็นอันตกไปในกรณีที่ประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญต่อไป เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในกำหนดเวลา 30 วัน นับแต่วันประกาศผลประชามติ และเมื่อได้ประกาศรัฐธรรมนูญนั้นในราชกิจจานุเบกษา

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่ประชาชนได้มีประชามติเห็นชอบนี้ พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยได้ทันที เพราะถือว่าผู้กราบบังคมทูลถวายร่างรัฐธรรมนูญที่ลงประชามตินั้นคือประชาชนนั่นเอง

3) สาเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องประชามติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา⁸⁰

ในการร่างรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งที่มีความเป็นประชาธิปไตยพอสมควร เนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วย ก็ได้มีการถกเถียงกันในชั้นกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญว่าเห็นควรที่จะเปิดโอกาสให้ประชาชนแสดงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

ฝ่ายที่เห็นด้วยว่าควรให้มีบทบัญญัติที่ให้ประชาชนแสดงประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2492, 2511 และ 2517

⁸⁰ การนำประชามติมาใช้ในประเทศไทย (น. 132 - 133). เล่มเดิม.

ให้เหตุผลว่าจะเป็นโอกาสที่รัฐจะได้ฟังเสียงประชาชนทั่วไป และเป็นการเหมาะสมสำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ให้อิสระส่วนใหญ่ จึงเห็นควรให้มีมาตราที่มีบทบัญญัติให้มีการแสดงประชามติไว้ด้วย ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ให้เหตุผลว่า ตามสภาพความเป็นจริงในประเทศไทยยังไม่จำเป็นที่จะให้สิทธิประชาชนแสดงประชามติเพราะเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจดีพอ และการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องยากสำหรับประชาชนในการที่จะออกเสียงแสดงประชามติมากกว่าการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้ง ฉะนั้น จะทำให้ประชาชนไม่มาใช้สิทธิแสดงประชามติและจะไม่ได้เสียงประชามติที่แท้จริง อีกกรณีหนึ่งหากมีการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายคณะรัฐมนตรีและหากประชาชนแสดงประชามติว่าไม่เห็นด้วยย่อมจะกระทบกระเทือนองค์พระมหากษัตริย์ เพราะเป็นพระราชอำนาจของพระองค์ที่จะทรงเห็นสมควรให้มีการแสดงประชามติ ฉะนั้น จึงไม่สมควรจะนำวิธีการประชามติมาใช้กับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีกรรมวิธีการบางท่านได้เสนอวิธีแก้ไขไว้ดังนี้

(1) เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญ จึงสมควรให้แก้ไขได้ยาก ควรใช้วิธีการที่ให้สภาผ่านร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 4 แล้วรอไว้ระยะหนึ่งจนกว่าจะมีสภาชุดต่อไป จึงส่งให้สภาใหม่พิจารณาถ้อยแถลงและยืนยันด้วยคะแนนเสียง 3 ใน 4 เช่นเดียวกัน วิธีการนี้จะเหมาะสมกว่าการให้ประชามติ เพราะสภาชุดใหม่อาจมีข้อพิจารณาได้กว้างกว่า ถ้าพิจารณาเฉพาะสภาชุดเดียวอาจแคบไปไม่ทันหรือไม่เหมาะสมกับภาวะบ้านเมือง และหากสภาชุดใหม่เห็นด้วยกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับเป็นการยืนยันมติสภาชุดเดิมโดยเสียงของประชาชนเช่นเดียวกัน

(2) ควรให้มีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญทุก ๆ 3 ปี เพื่อจะได้พิจารณาถึงจุดบกพร่องที่จะสมควรแก้ไข เพื่อให้ถูกต้องและสอดคล้องกับสภาพบ้านเมืองในทุกขณะและจะได้ช่วยผ่อนคลายความรู้สึกของสมาชิกว่าจะได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เท่ากับเป็นการสร้างประชามติในสภา

ในที่สุดที่ประชุมได้ลงมติว่า สมควรที่จะให้มีการแสดงประชามติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งปรากฏว่า เห็นควรให้มีการแสดงประชามติ 9 ท่าน ไม่เห็นด้วย 15 ท่าน ฉะนั้น รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2521 จึงไม่มีบทบัญญัติที่ให้ประชาชนแสดงประชามติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ส่วนในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 ก็ไม่มีบทบัญญัติให้ประชาชนสามารถแสดงประชามติได้เช่นกัน เนื่องจากว่ารัฐธรรมนูญนี้ได้ร่างขึ้นในขณะที่ประเทศไม่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วย ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึง

ถูกร่างขึ้นเพื่อสนับสนุนผู้มีฐานอำนาจทางการเมืองในขณะนั้นมากกว่าที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือให้สิทธิแก่ประชาชนในการใช้ประชาธิปไตยอย่างกว้างขวางเป็นการร่างขึ้น เพื่อให้มีอำนาจสถาปนาความสงบแห่งชาติ (ร.ส.ช.) มากกว่า

ส่วนตามร่างรัฐธรรมนูญตามแนวทางคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาแนวทางแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สภาผู้แทนราษฎรได้นำบทบัญญัติให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ด้วย แต่จะส่งให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติได้ก็เฉพาะแต่กรณีที่มีการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้ายในการให้ความเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญได้คะแนนเสียง น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา แต่มีคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ก็ให้สามารถนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในการเลือกตั้งทั่วไปออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยได้ ภายในหกสิบวัน ทั้งนี้หลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงเป็นประชามติให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ดังนั้นตามแนวทางของคณะกรรมการจึงขอเพิ่มเติมข้อความในมาตรา 211 (6) อีกหนึ่งวรรค ดังนี้

ในกรณีที่คะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมีจำนวนน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา แต่มีมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดที่มีอยู่ ก็ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปให้ประชาชนลงประชามติภายใน 60 วัน โดยใช้กระบวนการเลือกตั้งทั่วไปโดยอนุโลม”

กล่าวโดยสรุปก็คือ จะให้ใช้ระบบ referendum ได้ก็เฉพาะในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาขัดแย้งกันและมีมติไม่ผ่าน แต่คะแนนเสียงของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ลงมติเห็นชอบเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติได้

4) การลงประชามติในทางปฏิบัติในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักการที่เกี่ยวกับการปกครองในระบบรัฐสภา โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น มีหลักเกณฑ์สำคัญอันเป็นที่ยอมรับอยู่ว่า “ประมุขของประเทศไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายรัฐบาลรับผิดชอบทางการเมืองร่วมกันต่อรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน อำนาจอธิปไตยและอำนาจบริหาร รัฐสภาและรัฐบาลต้องร่วมมือกัน รัฐสภาเป็นผู้ตราพระราชบัญญัติและควบคุมการปกครองบริหารประเทศของรัฐบาลแทนประชาชน รัฐบาลเห็นผู้ดำเนินการปกครองบริหารประเทศให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้วางไว้ อำนาจที่แยกกันอยู่นี้ยังต้องร่วมมือกันและสามารถกันกันได้โดยมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ รัฐบาลสามารถเปิดอภิปรายลงมติ

ไม่ไว้วางใจรัฐบาลมีผลให้รัฐบาลต้องลาออกได้⁸¹ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวเข้าเกณฑ์ที่ระบุไว้ทุกประการและในหมวดพระมหากษัตริย์ก็ยืนยันในแนวคิดที่ว่าพระมหากษัตริย์ย่อมถูกเสมอ พระมหากษัตริย์ไม่สามารถจะทำผิดได้ หลัก “The King can do no wrong” อันเป็นแนวคิดหลักอันหนึ่งของระบบรัฐสภา กล่าวคือ ประมุขย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองใด ๆ ทั้งสิ้น

เพื่อแสดงให้เห็นว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง หรือเพื่อให้การจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยรัฐธรรมนูญซึ่งจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือสภานิติบัญญัติจะถูกนำมาให้ประชาชนทั้งประเทศลงคะแนนเสียงแสดงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญนั้น วิธีการนำรัฐธรรมนูญมาขอความเห็นชอบจากประชาชนเริ่มมีขึ้นในสมัยที่มลรัฐจัดทำรัฐธรรมนูญประจำมลรัฐ และการจัดทำรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และประเทศต่าง ๆ ได้ยึดถือเป็นแบบอย่างมาจนถึงปัจจุบันนี้⁸²

ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจพระมหากษัตริย์ต้องเป็นผู้ใช้พระราชวินิจฉัยเองว่าจะเห็นสมควรหรือไม่เช่นนั้น ย่อมทำให้พระองค์อยู่ในฐานะลำบากที่จะทรงตัดสินพระทัยที่จะใช้พระราชอำนาจดังกล่าวนี้อยู่น้อย ในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นประมุขของชาติ หากทรงเห็นผลกระทบที่สำคัญอันเกิดขึ้นจากการประกาศใช้กฎหมายและทรงโปรดให้ประชาชนลงมติ ซึ่งโดยหลักแล้วย่อมเป็นสิ่งที่ถูกต้องไม่มีอะไรเสียหาย แต่ในทางปฏิบัติแล้วผลของการลงประชามตินั้นอาจจะคลาดเคลื่อนไปจากที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ เพราะเป็นที่ทราบกันอยู่ทั่วไปแล้วว่า พระมหากษัตริย์จะทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้รัฐธรรมนูญอยู่เสมอ โดยมีได้คัดค้านแต่ถ้าเกิดมีกรณีที่พระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้นี้ ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้ไปให้ประชาชนวินิจฉัยลงประชามติเช่นนี้เกิดขึ้น ประชาชนก็จะทราบได้ทันทีว่าพระองค์ท่านไม่ทรงเห็นด้วยกับรัฐสภา ยิ่งถ้าผู้คัดค้านแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาจากคณะรัฐมนตรีก็ยิ่งทำให้มองไปอีกได้ว่าทรงไม่เห็นด้วยกับคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา จริงอยู่แม้จะมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและให้ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการมีทั้งประธานรัฐสภา (พระบรมราชโองการ) ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2511 และ พ.ศ. 2517 หรือ

⁸¹ จาก *เรื่องของรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้ง* (น. 38), โดย โกสินทร์ วงศ์สุววัฒน์, 2522, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

⁸² *คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 46). เล่มเดิม.

ประธานองคมนตรี (พระราชกฤษฎีกา) ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 ก็ตาม แต่ในทางความเป็นจริงคงจะต้องมีการกระทบกระเทือนแน่ ๆ

แม้ความเห็นอีกฝ่ายจะเห็นว่า การที่จะให้พระมหากษัตริย์ประกาศกระแสพระบรมราชโองการ ไม่ใช่เป็นการดึงพระมหากษัตริย์ลงมาเล่นกับการเมืองและการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจพระองค์ไว้เช่นนั้น เป็นการมอบหมายสิ่งสำคัญให้แก่พระองค์ในฐานะที่เป็นประมุขของชาติ ให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ประการใดก็จะต้องปฏิบัติตามเท่านั้นเอง พระมหากษัตริย์เป็นเพียงประธานจัดให้มีการลงประชามติเท่านั้น ถ้าประชาชนเอาอย่างไร ท่านก็เอาอย่างนั้นไม่ใช่ท่านไม่เห็นด้วยกับกฎหมายแต่ความเห็นว่เรื่องนี้มีความสำคัญต่อประโยชน์ได้เสียของประเทศ ควรจะให้ประชาชนวินิจฉัยอีกเท่านั้นซึ่งท่านก็วางตัวเป็นกลาง ถ้าประชาชนเห็นอย่างไรท่านก็เอาอย่างนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้พระมหากษัตริย์ก็ไม่ต้องทรงรับผิดชอบเป็นส่วนพระองค์จะว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อราชบัลลังก์ก็เป็นไปไม่ได้ มิเช่นนั้นแล้วในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าการที่จะประกาศสงคราม ก็ต้องประกาศในกระแสพระบรมราชโองการ ดังนั้น ถ้าเกิดแพ้สงครามแล้ว พระมหากษัตริย์จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบกับสละราชสมบัติเช่นนั้นหรือ ถ้าหากถือว่าต้องรับผิดชอบซึ่งเรื่องนี้น่าจะเป็นการที่ท่านปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 จึงต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่ โดยให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญมากที่สุด ได้ยกร่างขึ้นมาจากฐานเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อาศัยหลักว่า "ลดการผูกขาดอำนาจรัฐเพิ่มอำนาจประชาชน" - "ของดีคงอยู่ ส่วนที่บกพร่องต้องแก้ไข และให้สิทธิประโยชน์แก่ประชาชนมากขึ้น" และกำหนดเป็นมาตรฐานบังคับเอาไว้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะต้องผ่านการลงประชามติของประชาชนทั่วประเทศเสียก่อน โดยได้มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ต้น มีการปรับปรุงแก้ไขตัดทอนและเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญตามความคิดเห็นของประชาชน อาทิ หลังจากรับฟังความคิดเห็น ได้รับข้อเสนอแนะจากประชาชนจำนวนมากว่า ให้มีการกำหนดโทษสำหรับคนทำผิดชื่อเสียงหรือโกงเลือกตั้ง โดยเฉพาะกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่รู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย ไม่ป้องกันดูแลหรือแก้ไขเยียวยา ให้พรรคการเมืองนั้นได้รับโทษถึงยุบพรรค สภาฯร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดบทลงโทษในมาตรา 237 วรรคสองนั่นเอง

ต่อมาก่อนการลงประชามติ นอกจากจะมีการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดชัดแจ้งแล้ว โดยพิมพ์รัฐธรรมนูญแจกให้อ่านทุกครัวเรือน ยังได้มีการจัด

เวทีถกแถลงเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ เพื่อประกอบการพิจารณาว่า ควรรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

ในที่สุด เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ได้จัดให้มีการลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งผลปรากฏผล ดังนี้

1. ภาคกลาง เห็นชอบ 5,714,973 คน (ร้อยละ 66.53) ไม่เห็นชอบ 2,874,674 คน (ร้อยละ 33.47)
2. ภาคใต้ เห็นชอบ 3,214,506 คน (ร้อยละ 88.30) ไม่เห็นชอบ 425,883 คน (ร้อยละ 11.70)
3. ภาคอีสาน เห็นชอบ 3,050,182 คน (ร้อยละ 37.20) ไม่เห็นชอบ 5,149,957 คน (ร้อยละ 62.80)
4. ภาคเหนือ เห็นชอบ 2,747,645 คน (ร้อยละ 54.47) ไม่เห็นชอบ 2,296,927 คน (ร้อยละ 45.53) โดยผลเท่ากับว่า ประชาชนเสียงข้างมาก 14,727,306 เสียง หรือคิดเป็น 57.81% มีมติเห็นชอบ ประชาชนทั่วประเทศ จึงยอมรับในผลของประชามติดังกล่าว และให้บังคับใช้รัฐธรรมนูญ 2550 “ทั้งฉบับ”⁸³

2.5 ทฤษฎีการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นกระบวนการทางการเมืองอันเป็นเงื่อนไขสำคัญในระบบประชาธิปไตย เพราะตามระบอบประชาธิปไตยต้องเป็นการปกครองโดยประชาชน หรือโดยความยินยอมของประชาชน กล่าวคือ แม้ประชาชนทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ไม่สามารถจัดการหรือดำเนินการได้ด้วยตนเองโดยตรง แต่ก็ต้องมีโอกาสที่จะแสดงเจตนารมณ์ตามความต้องการของเขาว่า ต้องการบุคคลใดเป็นตัวแทนในการตัดสินใจในทางการเมืองต่าง ๆ ในทางการบริหาร มีสิทธิถอดถอนผู้แทน เสนอกฎหมาย มีโอกาสที่จะติดตามข่าวสารทางการเมือง แสดงความคิดเห็น เสนอข้อเรียกร้องไม่เห็นด้วยกับนโยบาย มาตรการ หรือการดำเนินการต่าง ๆ ของผู้บริหารทั้งระดับท้องถิ่นและระดับชาติ กระบวนการเหล่านี้คือ การมีส่วนร่วมทางการเมือง⁸⁴

⁸³ จาก เจิมศักดิ์ ปิ่นทอง . (2550). 19 สิงหาคม - 1 ปี ประชาธิปไตย "เห็นชอบ"รัฐธรรมนูญ 2550 (เจิมศักดิ์ ขอคิดด้วยคน) หนังสือพิมพ์แนวหน้า. สืบค้น 20 พฤษภาคม 2556 จาก <http://www.pantown.com/market.php?id=20352&name=market4&area=3&topic=26&action=view>.

⁸⁴ จาก การมีส่วนร่วมของประชาชนในการกำหนดแผนพัฒนาท้องถิ่น (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 14), โดย ชัยพร ชมกุล, 2552, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจำเป็นต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมือง ทั้งนี้ เนื่องจากการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองจะช่วยทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีการพัฒนามากขึ้น สาเหตุเพราะจะทำให้ผู้ใช้อำนาจปกครองและผู้ถูกปกครองมีการสื่อสารหรือมีความสัมพันธ์ระหว่างกันเกิดขึ้น เนื่องจากประชาชนสามารถแสดงถึงความต้องการของตนต่อผู้ใช้อำนาจปกครองทำให้การปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนมากขึ้นอันเป็นตัวชี้วัดถึงความเป็นประชาธิปไตย นอกจากนี้การมีส่วนร่วมของประชาชนยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระจายอำนาจ หากไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองการใช้อำนาจก็จะรวมศูนย์อยู่ที่นักการเมือง แต่หากเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองการใช้อำนาจก็จะไม่รวมศูนย์อยู่ที่นักการเมืองและก่อให้เกิดความรู้สึกในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเพราะประชาชนมีส่วนในการดำเนินงานของรัฐบาล ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นการยืนยันหลักการในเรื่องของอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนอีกทั้งยังทำให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ดังนั้น การมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนจึงเป็นหัวใจของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁸⁵

2.5.1 ความหมายของการมีส่วนร่วมทางการเมือง

คำว่า การมีส่วนร่วม (Participation) นั้น ตามพจนานุกรมอังกฤษฉบับออกฟอร์ด ได้ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นการมีส่วนร่วม (ร่วมกับคนอื่น) ในการกระทำบางอย่างหรือบางเรื่อง คำว่า การมีส่วนร่วมโดยมากมักจะใช้ในความหมายตรงกันข้ามกับคำว่า การเมินเฉย (Apathy) ฉะนั้น คำว่าการมีส่วนร่วมตามความหมายข้างต้น จึงหมายถึง การที่บุคคลร่วมกันกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือในประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่บุคคลนั้นสนใจ ไม่ว่าเขาจะได้ปฏิบัติการเพื่อแสดงถึงความสนใจอย่างจริงจังหรือไม่ก็ตาม และไม่จำเป็นที่บุคคลนั้นจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมนั้นโดยตรงก็ได้ เพียงแค่มีทัศนคติ ความคิดเห็น ความสนใจ ความหวังใฝ่ ก็เพียงพอแล้วที่จะเรียกว่าเป็นการมีส่วนร่วมได้⁸⁶

กระบวนการการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นกระบวนการสื่อสารสองทางที่มีเป้าหมายโดยรวมเพื่อที่จะให้เกิดการตัดสินใจที่ดีขึ้นและได้รับการสนับสนุนจากสาธารณชน ซึ่งเป้าหมายของกระบวนการการมีส่วนร่วมของประชาชน ก็คือ การให้ข้อมูลต่อสาธารณชนและ

⁸⁵ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (น. 45). เล่มเดิม.

⁸⁶ จาก การมีส่วนร่วมของประชาชนในอำนาจตุลาการ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 6 - 7), โดย กัทราวุธ มกรเวส, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ให้สาธารณชนแสดงความคิดเห็นต่อโครงการที่นำเสนอหรือนโยบายของรัฐ และมีส่วนร่วมในการแก้ปัญหาเพื่อหาทางออกที่ดีที่สุดสำหรับทุก ๆ คน การมีส่วนร่วมของประชาชนยังจัดเป็นรูปแบบหนึ่งของแนวความคิดในการกระจายอำนาจจากส่วนกลางมาสู่ส่วนท้องถิ่น เพราะประชาชนในท้องถิ่น คือ ผู้ที่รู้ปัญหาและความต้องการของตนเองดีกว่าผู้อื่น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นการเปิดกว้างในความคิดเห็น โดยการสื่อสารสองทางในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน ซึ่งในแต่ละประเด็นนั้นไม่สามารถใช้เกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งมาตัดสินใจได้เหมือนกัน ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชน จึงเป็นการกระจายโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง และการบริหารเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งการจัดสรรทรัพยากรของชุมชนและของชาติ

จากคำกล่าวข้างต้น อาจสรุปหลักการหรือองค์ประกอบสำคัญของคำว่าประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ได้ดังนี้ คือ การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการเมืองและการบริหาร มีการกระจายอำนาจในการตัดสินใจและการจัดสรรทรัพยากรต่าง ๆ ในระหว่างประชาชนให้เท่าเทียมกัน อำนาจในการตัดสินใจและการจัดสรรทรัพยากรต่าง ๆ นั้น จะส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน มีการเพิ่มการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีความยืดหยุ่นได้ กล่าวคือ มีโครงสร้างการทำงานที่สามารถตรวจสอบได้ มีความโปร่งใส และคำนึงถึงความต้องการทรัพยากรของผู้มีส่วนร่วม และการมีส่วนร่วมของประชาชนมีทั้งในระดับท้องถิ่นและระดับชาติ⁸⁷

การมีส่วนร่วมทางการเมืองจึงเป็นหัวใจของการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะในสังคมประชาธิปไตยแบบตะวันตก แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าประชาชนทั้งหมดต้องการที่จะมีส่วนร่วมในทางการเมือง เพราะยังมีประชาชนอีกจำนวนหนึ่งที่พอใจที่จะเป็นผู้สังเกตการณ์ทางการเมืองมากกว่าจะเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองโดยตรง และหากเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองมากเกินไป ก็อาจจะไม่เกิดผลดีได้ เนื่องจากในบริบทของการมีส่วนร่วมในทางการเมืองนั้น ประชาชนจะมีสิทธิมีส่วนร่วมในทางการเมืองทั้งรูปแบบหรือวิธีการ และขอบเขต กลุ่ม หรือจำนวนของประชาชนผู้มีสิทธิมีส่วนร่วมในทางการเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพมากนักน้อยเพียงใดนั้น ยังขึ้นอยู่กับระดับของพัฒนาการทางการเมือง ความตื่นตัวทางการเมือง และวุฒิภาวะทางการเมืองหรือภูมิปัญญาทางการเมืองของรัฐนั้น ๆ เป็นสำคัญด้วย⁸⁸

⁸⁷ จาก *ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม* (น. 25), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, และฉวีลวดี บุรีกุล, 2548, นนทบุรี: ศูนย์สันติวิธีและธรรมาภิบาล สถาบันพระปกเกล้า.

⁸⁸ *การมีส่วนร่วมของประชาชนในการกำหนดแผนพัฒนาท้องถิ่น* (น. 15). เล่มเดิม.

ความหมายของการมีส่วนร่วมทางการเมืองนั้น ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายไว้ ดังนี้

Frankly Lisk (1985) ให้ความหมายการมีส่วนร่วมในมุมมองที่กว้างว่าเป็นการเข้าร่วมอย่างแข็งขันของประชาชน ในการดำเนินการตัดสินใจในทุกระดับและทุกรูปแบบของกิจกรรมต่าง ๆ ทางด้านเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง และโดยเฉพาะในบริบทของกระบวนการวางแผนที่มีการกำหนดรูปแบบแนวคิดการมีส่วนร่วมสัมพันธ์กับการเข้าร่วมของมวลชนอย่างกว้างขวางในการเลือก การบริหาร และการประเมินผลของแผนงานและโครงการต่าง ๆ ที่จะนำมาซึ่งการยกระดับความเป็นอยู่ให้สูงขึ้น

Mibrath and Goel⁸⁹ ได้ให้ความหมายว่าการมีส่วนร่วมทางการเมือง หมายถึง การกระทำของบุคคลเพื่อพยายามมีอิทธิพลหรือสนับสนุนต่อรัฐบาลและระบบการเมือง และยังรวมถึงบทบาทของประชาชนในการกระทำใด ๆ เพื่อมีอิทธิพลต่อผลทางการเมือง โดยพฤติกรรมการมีส่วนร่วมทางการเมืองนั้นจะเพิ่มความสนใจทางการเมืองไปสู่กิจกรรมทางการเมืองที่ต้องการความสนใจและแรงจูงใจมากขึ้นเป็นลำดับ

Herbert McClosky⁹⁰ เห็นว่า การมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นกิจกรรมที่กระทำโดยสมัครใจ ซึ่งสมาชิกทั้งหลายที่อยู่ในสังคมได้มีส่วนร่วมกระทำร่วมกันในอันที่จะเลือกผู้นำของตนและกำหนดนโยบายของรัฐ การกระทำนั้นอาจกระทำโดยตรงหรือทางอ้อมก็ได้ ซึ่งบุคคลที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองนั้นได้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่าง ๆ ต่อไปนี้ คือ การใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง การแสวงหาความรู้ทางการเมือง การอภิปรายหรือพูดคุยเกี่ยวกับการเมือง การเข้าร่วมชุมนุมทางการเมือง ฯลฯ เพราะการเข้าร่วมทางการเมืองเป็นการกระตุ้นเตือนให้ผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองได้สำนึกถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของตน ทั้งยังเป็นการช่วยขยายขอบข่ายของความรู้ทางด้านการเมืองให้กว้างขวางขึ้นอีกด้วย

Erwin (1976)⁹¹ กล่าวว่า การมีส่วนร่วมของประชาชน คือ กระบวนการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินงานพัฒนา ร่วมคิด ร่วมตัดสินใจแก้ปัญหาของตนเอง ร่วมใช้

⁸⁹ จาก *โครงการการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์การอิสระ* (รายงานผลการวิจัย) (น. 59 - 60), โดย ถวิลวดี บุรีกุล, และคณะ, 2547, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

⁹⁰ แหล่งเดิม.

⁹¹ จาก *โครงการศึกษาพัฒนาการดำเนินงานการมีส่วนร่วมของประชาชน ในกระบวนการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม* (รายงานผลการวิจัย) (น. 2 - 1), โดย สถาบันวิจัยสังคมและสถาบันสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ความคิดสร้างสรรค์ ความรู้และความชำนาญร่วมกับวิทยาการที่เหมาะสม และสนับสนุนติดตามผลการปฏิบัติงานขององค์กรและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

คะเนิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ ให้ความหมายการมีส่วนร่วมของประชาชนว่า หมายถึง การกระจายโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง และการบริหารเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้ง การจัดสรรทรัพยากรของชุมชนและของชาติ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน โดยการให้ข้อมูลแสดงความคิดเห็น ให้คำแนะนำปรึกษา ร่วมวางแผนร่วมปฏิบัติ รวมตลอดจนการควบคุมโดยตรงจากประชาชน⁹²

การมีส่วนร่วมยังอธิบายได้ในหลายมิติ ทั้งในแง่ของมิติความลึกทั้งในเชิงกว้าง⁹³

1) การมีส่วนร่วมในความหมายที่แคบ คือ การพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมช่วยเหลือโดยสมัครใจโดยประชาชนต่อโครงการใดโครงการหนึ่งของโครงการสาธารณะต่าง ๆ ที่คาดว่าจะส่งผลต่อการพัฒนาชาติแต่ไม่ได้หวังว่าจะให้ประชาชนเปลี่ยนแปลงโครงการหรือวิจารณ์เนื้อหาของโครงการ

2) การมีส่วนร่วมในความหมายที่กว้าง หมายถึง การให้ประชาชนในชนบทรู้สึกตื่นตัวเพื่อที่จะทราบถึงการรับความช่วยเหลือและตอบสนองต่อโครงการพัฒนา ขณะเดียวกันก็สนับสนุนความคิดริเริ่มของคนในท้องถิ่น

3) ในเรื่องของการพัฒนาชนบท การมีส่วนร่วม คือ การให้ประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจ กระบวนการดำเนินการ และร่วมรับผลประโยชน์จากโครงการพัฒนา นอกจากนี้ยังเกี่ยวข้องกับความพยายามที่จะประเมินผลโครงการนั้น ๆ ด้วย

4) การมีส่วนร่วมของประชาชนในการพัฒนานั้นอาจเข้าใจอย่างกว้าง ๆ ได้ว่า คือ การที่ประชาชนได้เข้าร่วมอย่างแข็งขันในกระบวนการตัดสินใจต่าง ๆ ในเรื่องที่จะมีผลกระทบต่อเขา

5) การมีส่วนร่วมในชุมชน หมายถึง การที่ประชาชนจะมีทั้งสิทธิและหน้าที่ที่จะเข้าร่วมในการแก้ปัญหาของเขา มีความรับผิดชอบมากขึ้นที่จะสำรวจตรวจสอบความจำเป็นในเรื่องต่าง ๆ การระดมทรัพยากรท้องถิ่น และเสนอแนวทางแก้ไขใหม่ ๆ เช่นเดียวกับการก่อตั้งและดำรงรักษาองค์กรต่าง ๆ ในท้องถิ่น

⁹² จาก การมีส่วนร่วม : แนวคิด ทฤษฎี และกระบวนการ เอกสารประกอบการศึกษาดูงานของคณะกรรมการการพัฒนาทางการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน (น. 6), โดย ถวิลวดี บุรีกุล, 2551, กรุงเทพฯ: วุฒิสภา.

⁹³ การมีส่วนร่วม : แนวคิด ทฤษฎี และกระบวนการ เอกสารประกอบการศึกษาดูงานของคณะกรรมการการพัฒนาทางการเมืองและการมีส่วนร่วมของประชาชน (น. 5), เล่มเดิม.

6) การมีส่วนร่วมนั้นจะต้องเป็นกระบวนการดำเนินการอย่างแข็งขัน ซึ่งหมายถึงว่า บุคคลหรือกลุ่มที่มีส่วนร่วมนั้น ได้เป็นผู้มีความริเริ่มและได้มุ่งใช้ความพยายามตลอดจนความเป็น ตัวของตัวเองที่จะดำเนินการตามความริเริ่มนั้น

7) การมีส่วนร่วม คือ การที่ได้มีการจัดการที่จะใช้ความพยายามที่จะเพิ่ม ความสามารถที่จะควบคุมทรัพยากรและระเบียบในสถาบันต่าง ๆ ในสภาพสังคมนั้น ๆ ทั้งนี้โดย กลุ่มที่ดำเนินการและความเคลื่อนไหวที่จะดำเนินการนี้ไม่ถูกควบคุมโดยทรัพยากรและระเบียบ ต่าง ๆ

กล่าวโดยสรุป การมีส่วนร่วมทางการเมืองจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ เนื่องจาก จะต้องเป็นไปตามความต้องการอันแท้จริงของประชาชนในการกำหนดความเป็นไปของสังคม ทั้งนี้เพราะตนเป็นส่วนหนึ่งของสังคมไม่ว่าจะใช้วิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดย มีความมุ่งหมายเพื่อที่จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานสาธารณะ หรือการ เลือกผู้นำทางการเมืองทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น แม้ว่าความมุ่งหมายในทางการเมืองนั้นใน ความเป็นจริงอาจไม่มีผลต่อการตัดสินใจของรัฐบาลก็ตาม ซึ่งในทางตรงกันข้ามหากการกระทำนั้น ไม่มีความมุ่งหมายในทางการเมืองแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมในทางการเมือง แต่อย่างใด ดังนั้น พื้นฐานของการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างน้อยต้องมีความสมัครใจที่จะ เข้าร่วมในกิจกรรมนั้นโดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ มิเช่นนั้นก็ไม่อาจถือว่าเป็นการมีส่วนร่วม อีกทั้งประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมจะต้องมีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลอื่น นั่นหมายถึงจะต้องมีความ เสมอภาคในระหว่างประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมด้วยกันเองโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ และ ประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมจะต้องมีความรู้ความสามารถพอที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนั้น ๆ กล่าวคือ ประชาชนที่เข้าร่วมในกิจกรรมจะต้องมีความรู้ในเรื่องนั้น ๆ เพราะหากกิจกรรมที่เข้ามามี ส่วนร่วมมีความสลับซับซ้อนเกินความสามารถของผู้เข้าร่วมกิจกรรมการมีส่วนร่วมย่อมเกิดขึ้น ไม่ได้ นอกจากนี้ประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมตัดสินใจในกิจกรรมนั้น ๆ ก็จะต้องยอมรับถึง ผลกระทบของเรื่องที่ได้ตัดสินใจดังกล่าวด้วย⁹⁴

⁹⁴ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (น. 45 - 46). เล่มเดิม.

2.5.2 เงื่อนไขและรูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชน ต้องมีเงื่อนไขสำคัญดังนี้ คือ⁹⁵

1. ประชาชนต้องมีอิสรภาพในการที่จะมีส่วนร่วม (Freedom to Participate) หมายถึง ประชาชนมีอิสระที่จะเข้าร่วมหรือไม่ก็ได้ การเข้าร่วมต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ การถูกบังคับให้ร่วมไม่ว่าจะในรูปแบบใดไม่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วม

2. ประชาชนต้องสามารถที่จะมีส่วนร่วม (Ability to Participate) ประชาชนหรือกลุ่มเป้าหมายจะต้องมีความสามารถพอที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมนั้น ๆ หมายความว่า ในบางกิจกรรมแม้จะกำหนดว่าผู้เข้าร่วมมีเสรีภาพและเสมอภาค แต่กิจกรรมที่กำหนดไว้มีความซับซ้อนเกินความสามารถของกลุ่มเป้าหมาย การมีส่วนร่วมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้

3. ประชาชนต้องเต็มใจที่จะมีส่วนร่วม (Willingness to Participate) ประชาชนที่จะเข้าร่วมในกิจกรรมใดต้องเกิดจากความสนใจที่สอดคล้องกับการมีส่วนร่วมนั้น

รูปแบบของการมีส่วนร่วมของประชาชน มีดังนี้⁹⁶

1. การมีส่วนร่วมแบบเป็นกันเอง ซึ่งเป็นไปโดยการอาสาสมัคร หรือการรวมตัวกันเองเพื่อแก้ปัญหของตัวเอง เป็นการกระทำที่ไม่ได้รับความช่วยเหลือจากภายนอก

2. การมีส่วนร่วมแบบชักนำ เป็นการเข้าร่วมโดยต้องการความเห็นชอบหรือการสนับสนุนโดยรัฐบาล ซึ่งเป็นรูปแบบที่เป็นลักษณะทั่วไปของประเทศกำลังพัฒนา

3. การมีส่วนร่วมแบบบังคับ เป็นการเข้าร่วมภายใต้การดำเนินการตามนโยบายของรัฐ ภายใต้การจัดการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยการบังคับโดยตรง รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่ส่งผลให้ผู้กระทำได้รับผลทันที แต่จะไม่ได้ผลในระยะยาว หรืออาจเกิดผลเสียที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนในที่สุด

⁹⁵ จาก แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 : ปัญหา อุปสรรค และทางออก.(รายงานผลการวิจัย) (น. 3), โดย คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม, และคณะ, 2545, กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

⁹⁶ แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 : ปัญหา อุปสรรคและทางออก (น. 5). เล่มเดิม.