

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม : ศึกษากรอบในทางทฤษฎี



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2559
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CONSTITUTIONAL COURT'S AUTHORITY IN REVIEWING CONSTITUTIONAL AMENDMENTS
: STUDY IN THEORIES

Miss Orapan Limriantong



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2016
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่าง

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม : ศึกษากรอบในทางทฤษฎี

โดย

นางสาวอรพรรณ ลิ้มเหรียญทอง

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุ่มปา

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุ่มปา)

.....กรรมการ

(อาจารย์ ดร. วรัญญา ทศนิตศรีวงศ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ)

อรรถพรณ ลิมหะริยญทอง : อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติม : ศึกษากรอบในทางทฤษฎี (CONSTITUTIONAL COURT'S AUTHORITY
IN REVIEWING CONSTITUTIONAL AMENDMENTS : STUDY IN THEORIES) อ.ที่ปรึกษา
วิทยานิพนธ์หลัก: รศ. มานิตย์ จุ่มปา, 270 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติม จากเดิมที่ประเทศต่าง ๆ ให้การยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซน ต่อมาได้มีการเพิ่มเติม
หลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อีกด้วย โดยวิเคราะห์
แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องพร้อมศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศที่ยอมรับและไม่
ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศ
เนเธอร์แลนด์ ประเทศสโลวีเนีย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศโรมาเนีย ประเทศฮังการี และประเทศ
เยอรมนี เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางของประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีสถานะที่ไม่มั่นคงถูกเปลี่ยนแปลงได้
ตลอดเวลาตามสถานการณ์ทางการเมืองและผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศในขณะนั้น ผลการศึกษา
บ่งชี้ว่าตลอดระยะเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับนั้นเป็นไปในลักษณะการเป็น
เครื่องมือทางการเมืองทำให้รัฐธรรมนูญจนสูญเสียจิตวิญญาณแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ต้องอ้าง
ไว้ซึ่งหลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองและสิทธิเสรีภาพของปวงชน รวมถึงหลักการ
ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งนี้ ไม่ปรากฏบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับใดที่ให้อำนาจแก่ศาล
รัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยเหตุนี้ จึง
ก่อให้เกิดปัญหาการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจรับประกันความแน่นอนชัดเจนในการ
บังคับใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปโดยชัดแจ้ง เพื่อแก้ไขสภาพ
ปัญหาในทางทฤษฎีในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง
ตลอดจนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5686037434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS:

ORAPAN LIMRIANTONG: CONSTITUTIONAL COURT'S AUTHORITY IN REVIEWING CONSTITUTIONAL AMENDMENTS : STUDY IN THEORIES. ADVISOR: ASSOC. PROF. MANIT JUMPA, 270 pp.

This thesis aimed to study constitutional court's authority in reviewing constitutional amendments. Originally, Hans Kelsen established the constitutional court to review laws which many countries accepts this principle. Later, there was new principle which empowers constitutional court in reviewing constitutional amendments. The study was conducted by analyzing the concepts, theories, and models from foreign countries including the countries which accept the principle of constitutional court's authority in reviewing constitutional amendments and the countries which do not accept this principle, such as the Netherlands, Slovenia, France, Romania, Hungary, and Germany, and comparing with Thailand's trend.

According to the study, it can be found that the constitutions of Thailand have an insecure status because of the political situations and the current ruler of the country. This study indicates that the enforcement of every Thailand's constitution tends to be the political tool which results in lacking of the supremacy of the constitution, the principles of the state's regime and fundamental rights of people, and the monitoring the state's exercise of power. Anyways, there are none of constitutions which empowers the constitutional court in reviewing constitutional amendments. Consequently, this situation causes the problem in interpreting the constitutional provisions which the enforcement of constitution cannot be guaranteed the legal certainty.

Therefore, the author suggests that there should be legislated explicitly in the constitution to empower the constitutional court in reviewing the constitutionality of constitutional amendments so that it will solve the theoretical problems in empowering the constitutional court in reviewing constitutional amendments. It will help conforming the relating principles of constitutional laws and the constitutional will as well.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากไม่ได้รับความอนุเคราะห์จาก รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษาและแนะนำทั้งทางด้านวิชาการและแหล่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ชี้แนะการหาคำตอบของปัญหาต่าง ๆ ตลอดจนให้คำแนะนำวิธีการเขียนงานวิชาการอย่างถูกต้องให้แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีตลอดมาจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ และอาจารย์ ดร. วรัญญา ทักษิศรีวงศ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำชี้แนะ และให้ข้อคิดที่เป็นแนวทางการเขียนและปรับปรุงแก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ชมพูนุท ตั้งถาวร ที่เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มเข้าเรียนในปีแรก และเชื่อมั่นในตัวผู้เขียนเสมอมา พร้อมให้ความรู้และแนวทางในการเขียนผลงานทางวิชาการ หากมิได้ อาจารย์ชมพูนุทแล้ว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้

ขอขอบคุณ คุณกนกกร ป้อมปลั่ง และเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่าน ที่สละเวลาให้คำแนะนำและความช่วยเหลือในด้านกระบวนการจัดทำวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณพี่ต๋อยและคุณแนน เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ ที่ช่วยติดต่อประสานงานและนัดหมายเวลาในการเข้าพบประธานกรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา รวมถึงขอขอบคุณพี่บุศ บรรณารักษ์ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ ที่คอยช่วยเหลือและให้บริการด้านการค้นคว้าเป็นอย่างดีตลอดมา นับตั้งแต่ผู้เขียนได้เข้าเรียนในระดับปริญญาตรีจนถึงระดับปริญญาโทที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยแห่งนี้

ขอขอบคุณเพื่อน ๆ และพี่ ๆ ที่ปฏิบัติงานร่วมกันที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน (สำนักตรวจสอบการบริหารพัสดุและสืบสวนที่ 5) ที่เป็นกำลังใจและรับฟังปัญหาของผู้เขียนอยู่เสมอ รวมถึงการช่วยเหลือและสนับสนุนผู้เขียนให้เดินหน้าและไม่ท้อถอยจากปัญหาที่เกิดขึ้น

ขอขอบคุณ คุณปณิธิศร์ ปทุมวัฒน์ สำหรับคำแนะนำและความรู้ที่ได้ชี้แนะผู้เขียนเป็นอย่างดี รวมถึงเพื่อน ๆ พี่ ๆ น้อง ๆ ร่วมชั้นเรียนหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชนทุกคน ที่เป็นกำลังใจและช่วยเหลือผู้เขียนตลอดมา

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาผู้ให้กำเนิดและรักผู้เขียนโดยปราศจากเงื่อนไข รวมถึงขอขอบพระคุณพี่สาวทั้งสามของผู้เขียน ที่คอยอบรมสั่งสอนและรักผู้เขียนยิ่ง ทั้งให้คำแนะนำเป็นกำลังใจ และไม่เคยสิ้นศรัทธาในตัวผู้เขียนแม้สักขณะเดียว ขอขอบคุณครอบครัวลิ้มเหรียญทองที่อยู่เคียงข้างผู้เขียนเสมอ ทำยนี้ ผู้เขียนขอมอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอาวจริยบูชาพระคุณของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและคณาจารย์ทุกท่านผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนได้พัฒนาตนเองทั้งความรู้ด้านวิชาการและการดำรงชีวิตให้ดียิ่งขึ้น เพื่อที่ผู้เขียนจะได้เป็นอีกกำลังหนึ่งที่มีคุณภาพของสังคมและประเทศไทยนี้สืบไป

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ด
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐาน	7
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	7
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	8
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	10
2.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	13
2.1.1 ทฤษฎีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ.....	14
2.1.2 วิธีการทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด	18
2.1.3 ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	22
2.1.3.1 กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้	22
2.1.3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก	23
2.1.4 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของนักวิชาการ	24
2.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม.....	25

2.2.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน	25
2.2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.....	26
2.2.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาล	26
2.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ	27
2.3.1 รูปแบบการแบ่งแยกอำนาจ	27
2.3.1.1 การปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด	27
2.3.1.2 การปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด	28
2.3.2 ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ	29
2.3.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร	29
2.3.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ.....	29
2.3.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ	29
2.3.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของนักวิชาการ	30
2.4 หลักนิติรัฐ	32
2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง	33
2.4.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	33
2.4.3 หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ	33
2.5 หลักนิติธรรม.....	34
2.6 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	36
2.6.1 กระบวนการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	38
2.6.1.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการและเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ	38
2.6.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	40
2.6.2 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	41

2.6.2.1	รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขได้ง่าย.....	41
2.6.2.2	รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขได้ยาก.....	42
2.7	แนวคิดเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	42
2.7.1	แนวคิดแรกเริ่มของการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	43
2.7.1.1	องค์กรที่มีใช้องค์กรตุลาการ.....	43
2.7.1.2	องค์กรตุลาการ.....	44
2.7.1.2.1	ศาลยุติธรรมที่ไม่ได้แบ่งแยกผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ.....	44
2.7.1.2.2	ศาลยุติธรรมที่แบ่งแยกผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ.....	49
2.7.1.2.3	ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ.....	51
2.7.1.2.3.1	ที่มาของแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	52
2.7.1.2.3.2	แนวคิดที่สนับสนุนการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	60
2.7.2	หลักการตีความรัฐธรรมนูญกับการกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	69
บทที่ 3	การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศ.....	77

3.1 ประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	78
3.1.1 กรณีที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	78
3.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	79
3.1.2.1 ประเทศสโลวีเนีย	79
3.1.2.1.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย.....	79
3.1.2.1.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย	81
3.1.2.1.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาล รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียที่เกี่ยวข้อง	81
3.1.2.1.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาล รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียในประเด็นการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม	87
3.1.2.1.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย.....	89
3.1.2.1.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ U-I-214/00 (กรณีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แก้ไขมาตรา 80 แห่ง รัฐธรรมนูญ).....	89

3.1.2.1.3.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ U-I-259/07 (กรณีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจัดตั้งศาล รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 55a มาตรา 55b และพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาล รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 38).....	90
3.1.2.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	90
3.1.2.2.1 ความเป็นมาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส.....	91
3.1.2.2.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่ง ฝรั่งเศส.....	92
3.1.2.2.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้อง	92
3.1.2.2.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของคณะตุลา การรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสในประเด็นการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	95
3.1.2.2.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส.....	96
3.1.2.2.3.1 คดีหมายเลข 62-20 DC เมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962.....	96
3.1.2.2.3.2 คดีหมายเลข 2003-469 DC เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003.....	97
3.2 ประเทศที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	98
3.2.1 ประเทศโรมาเนีย	98
3.2.1.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย	98

3.2.1.2	โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย.....	103
3.2.1.2.1	บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียที่เกี่ยวข้อง	103
3.2.1.2.2	วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	107
3.2.1.3	ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย.....	110
3.2.1.3.1	คำวินิจฉัยที่ 799 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2011 (กรณีการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม) ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 440 เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2011	110
3.2.1.3.2	คำวินิจฉัยที่ 727 เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 (กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย (กฎหมายเลขที่ 47/1992 มาตรา 27 (1))	111
3.2.2	ประเทศฮังการี.....	113
3.2.2.1	ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี	113
3.2.2.2	โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี	118
3.2.2.2.1	บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีที่เกี่ยวข้อง.....	118
3.2.2.2.2	วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	123
3.2.2.3	ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี	123
3.2.2.3.1	คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2013 (กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4).....	123

3.2.2.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2012 (การวินิจฉัยตรวจสอบกรณีบัพทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยมีคำขอให้ยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว).....	126
3.2.3 ประเทศเยอรมนี	129
3.2.3.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	129
3.2.3.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	136
3.2.3.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีที่เกี่ยวข้อง	136
3.2.3.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	142
3.2.3.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	146
3.2.3.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ละเมิดบทนิรันตรที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 79 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐาน (คดี Acoustic Surveillance of Homes / Electronic Eavesdropping) วินิจฉัยเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004	146
3.2.3.3.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบปริยาย (คดี Southwest State Case) วินิจฉัยเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951	147
บทที่ 4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในประเทศไทย	152
4.1 ความเป็นมาก่อนการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	152

4.2 เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ.....	164
4.2.1 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 เรื่อง ประธานรัฐสภาแสดงความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่	164
4.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68.....	166
4.2.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68	173
4.3 การกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2557.....	182
4.3.1 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 (ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ).....	182
4.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	189
บทที่ 5 การใช้อำนาจแก้ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	208
5.1 วิเคราะห์อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกรณีไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน	209
5.1.1 วิเคราะห์คำสั่งและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีผู้ร้องอ้างบทบัญญัติการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 154)	210
5.1.2 วิเคราะห์คำสั่งและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีผู้ร้องอ้างบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (มาตรา 68)	211
5.1.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555	211

5.1.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556	216
5.1.3 สรุปผลการวิเคราะห์กรณีการไม่กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน	220
5.2 วิเคราะห์อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกรณีที่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน	229
5.2.1 วิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน	229
5.2.1.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	230
5.2.1.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม	230
5.2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	231
5.2.1.4 หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม	231
5.2.1.5 แนวคิดการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	232
5.2.1.6 หลักการตีความรัฐธรรมนูญ.....	234
5.2.2 ขอบเขตของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดเจน	235
5.2.2.1 วิเคราะห์ขอบเขตของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	235
5.2.2.2 วิเคราะห์ขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	236
5.2.2.2.1 ช่วงเวลาของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม	236
5.2.2.2.2 ลักษณะการตรวจสอบแบบนามธรรมหรือรูปธรรม.....	237

5.2.2.2.3 ลักษณะการตรวจสอบในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	237
5.2.3 กระบวนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดเจน.....	239
5.2.3.1 รูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.....	239
5.2.3.2 ผู้มีสิทธิเสนอคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	240
5.2.3.3 ขั้นตอนของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ.....	242
5.2.3.4 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม.....	244
5.3 สรุปผลการวิเคราะห์ประเด็นการกำหนดให้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ.....	247
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	252
6.1 บทสรุป.....	252
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	258
รายการอ้างอิง.....	262
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	270

สารบัญตาราง

- ตาราง 1 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ.
2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 198
- ตาราง 2 เปรียบเทียบขั้นตอนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญของ
รัฐธรรมนูญแต่ละประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการ
ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 243
- ตาราง 3 เปรียบเทียบผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญใน
การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 245



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติขณะที่อยู่ในขั้นตอนกระบวนการพิจารณาในสภา โดยจะต้องมีผู้เสนอความเห็นขึ้นมาเสียก่อน ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับพิจารณาวินิจฉัยได้ และศาลสามารถตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการตรากฎหมาย และเนื้อความในกฎหมาย ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามนัยมาตรา 262 อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตรวจสอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลใช้บังคับแล้วอีกด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เพียงเนื้อหาสาระของกฎหมายนั้นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ตามนัยมาตรา 264 โดยไม่อาจตรวจสอบในส่วนของการได้ถือ เนื่องจากได้มีการประกาศใช้กฎหมายนั้นแล้ว ถือได้ว่ากระบวนการที่ผ่านมาถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ โดยสามารถตรวจสอบได้ทั้งก่อนการประกาศใช้และหลังประกาศใช้ และตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาสาระของกฎหมายนั้น แต่ในการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้นั้น มีรายละเอียดที่แตกต่างกับมาตรา 262 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2540 บางส่วน คือ ตามมาตรา 141 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 กำหนดให้สภามีหน้าที่ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอ โดยไม่ต้องรอให้มีสมาชิกสภาเข้าชื่อกันเสนอความเห็นไปยังประธานสภาเพื่อส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแต่อย่างใด ในลักษณะเช่นนี้เรียกว่า Ex officio หรือการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยไม่ต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องสู่ศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากมีรัฐธรรมนูญกำหนดขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ในช่วงเวลาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีประเด็นเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นสู่การ

พิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยสภาเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 93-98 และมาตรา 190 ซึ่งมีผู้ร้องไปยังประธานรัฐสภาให้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามนัยรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ว่าด้วยการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 154 ไม่อาจนำมาปรับใช้กับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องทำเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีกระบวนการเฉพาะตามมาตรา 291 อยู่แล้ว คำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 154 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาได้¹ ซึ่งภายหลังจากนั้น มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกสองครั้ง คือ การแก้ไขมาตรา 291² และมาตรา 115³ ตามลำดับ โดยผู้ร้องได้ยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ อ้างมูลเหตุแห่งคดีโดยปรับใช้รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ในเรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อเท็จจริงในคำร้องมิได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรามุ่งเน้นไปที่การกระทำการอันเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่ประการใด

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น มีนักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ โดยกลุ่มแรกมีความเห็นในกรณีนี้ว่า การที่ผู้ร้องใช้มาตรา 68 เป็นมูลแห่งคดีในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญรับไว้พิจารณานั้น เห็นว่า มาตรา 68 เป็นเรื่องของสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดของประเทศเยอรมนีตามหลัก Militant Democracy มิใช่การพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อไม่ให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่หลักการที่แท้จริงคือ เพื่อพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย เพื่อป้องกันประเทศกลับสู่ระบอบอำนาจนิยมดังเช่นในยุคนาซีเรืองอำนาจ จึงวางกลไกเพื่อป้องกันพรรคการเมืองหรืออื่น ๆ มาล้มล้าง "ประชาธิปไตย" จึงเกิดเป็นกลไกการยุบพรรค การเพิกถอนสิทธิทางการเมือง เป็นต้น และมาตรา 68 จะใช้กับกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ไม่ได้ แต่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้าง

¹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่," (ศาลรัฐธรรมนูญ).

² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68," (ศาลรัฐธรรมนูญ).

³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68," (ศาลรัฐธรรมนูญ).

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น จึงไม่สามารถนำมาตรา 68 มาปรับใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้⁴

อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจในการรับเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาด้วยเหตุผลหลายประการด้วยกัน ประการที่สำคัญที่สุดก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ มีอำนาจจำกัดเฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้⁵ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการ ไม่ควรแทรกแซงหรือก้าวล่วงการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาที่แม้จะมีได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติอันเป็นอำนาจทั่วไปของรัฐสภาก็ตาม แต่เป็นการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจที่ได้รับมอบจากอำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant Dérivé) ซึ่งเป็นอำนาจที่มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชน นั่นคือรัฐธรรมนูญย่อมถูกก่อตั้งโดยเจตจำนงร่วมกันของปวงชน การให้รัฐสภาผู้เป็นผู้แทนของประชาชนทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงชอบธรรมแล้ว

แต่กลุ่มที่สองมีความเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะอนุญาตให้แก้ไขปรับปรุงได้ ก็จะต้องแก้ไขปรับปรุงอยู่ภายในกรอบของหลักการพื้นฐานการปกครองตามรัฐธรรมนูญนั้น ๆ เท่านั้น เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไป ในหลักเรื่อง ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ คือ กฎหมายที่ให้อำนาจย่อมมีกรอบวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายกำกับอยู่ด้วยเสมอ การดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจจะอ้างอำนาจเกินขอบวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายไม่ได้ หากเกินขอบเขตไปก็เป็นกรณีปราศจากอำนาจ ในกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากมีปัญหว่าเป็นการดำเนินการภายในกรอบอำนาจหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้จำเป็นต้องมีคนกลาง คือฝ่ายตุลาการมาวินิจฉัยชี้ขาด และการแก้ไขมาตรา 291 โดยไปเพิ่มเติมบทว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับนั้น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนความมุ่งหมายสำคัญของรัฐธรรมนูญ คือ กระทบต่อความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการล้มล้างระบอบการปกครองหรือทำการให้ได้มาซึ่งอำนาจนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ ตามนัยรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ได้⁶ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นเพียงองค์กรเดียวที่ผูกขาดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากการตรวจสอบจากองค์กรอื่นหรือแม้แต่ประชาชน ก่อให้เกิด

⁴ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, "ดร.พรสันต์"วิพากษ์ 40 สว. เข้าใจมาตรา 68 แคไหน ? ศาลธน.ต้องระมัดระวัง !!!," [Online]. Available from: <https://goo.gl/nv28M7>

⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "บทบรรณาธิการ [Http://www.Public-Law.Net](http://www.Public-Law.Net) ครั้งที่ 296," [Online]. Available from: <https://goo.gl/EEUKW0>

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ปัญหาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ," [Online]. Available from: <https://goo.gl/1bkMsO>

ความเสี่ยงที่รัฐสภาจะใช้อำนาจไปในทางมิชอบ (Abuse of power) ดังที่ปรากฏในสมัยอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ หัวหน้าพรรคนาซีได้เป็นรัฐบาลแห่งประเทศเยอรมนี ที่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพียงมาตราเดียวคือการมอบอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาให้กับฝ่ายบริหารคือฮิตเลอร์ที่เป็นนายกรัฐมนตรีเพียงวันเดียวหลังจากแก้กฎหมาย วันต่อมาฮิตเลอร์ออกกฎหมายยกเลิกพรรคการเมืองทั้งหมด ยกเลิกองค์กรที่เคลื่อนไหวคัดค้าน ยกเลิกสหภาพแรงงาน ทำให้ฮิตเลอร์ได้ขึ้นสู่อุดมของเผด็จการ โดยอาศัยบันไดของประชาธิปไตย⁷

ความคิดเห็นของนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนทั้งสองฝ่าย เกิดเป็นปัญหาสำคัญในหลักการของกฎหมายมหาชน นั่นคือ ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าตนมีอำนาจในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นนั้นได้ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญตีความมาตรา 68 เรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักการของระบอบประชาธิปไตย โดยพบว่ามี การลงคะแนนเสียงแทนกันของสมาชิกรัฐสภา จึงเป็นกรณีที่น่าศึกษาว่า เมื่อรัฐสภาใช้อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่มีชอบ องค์กรใดสมควรที่จะเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นนั้นของรัฐสภา

จากการศึกษาแนวคิดการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศนั้น มีที่มาที่เป็นที่แพร่หลายและมีชื่อเสียงที่สุดคือ คำวินิจฉัยของศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา ในคดี Marbury v. Madison ซึ่งศาลยืนยันถึงอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญว่าเป็นอำนาจทั่วไปของศาลเนื่องจากศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ศาลก็ย่อมมีอำนาจตีความ และหากพบว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็สามารถวินิจฉัยมีให้นำกฎหมายนั้นใช้บังคับแก่คดีได้ โดยระบบนี้เรียกว่าระบบ Decentralized หรือ Diffused system of Judicial Review หมายถึงการให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาคดีความทั่วไปและคดีความที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างจากระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการของประเทศในกลุ่มทวีปยุโรปที่ใช้ระบบ Centralized หรือ Concentrated system of Judicial Review เนื่องจากได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีของ Hans Kelsen นักปรัชญาและนักกฎหมายชาวออสเตรีย ทำให้ออสเตรียเป็นประเทศแรกของโลกที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, "ระบอบทักษิณ" กำลังเดินตามรอย "ระบอบนาซี", [Online]. Available from: <https://goo.gl/7BP2SV>

89 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศออสเตรีย ค.ศ. 1919 แม้รัฐธรรมนูญของออสเตรียจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าตนมีอำนาจในการวินิจฉัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁸ ต่อมาแนวคิดนี้ได้แพร่หลายไปทั่วยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศตุรกี ประเทศโรมาเนีย และประเทศฮังการี เป็นต้น

สาเหตุที่ประเทศในทวีปยุโรปนำระบบการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการไปปรับใช้ โดยจัดตั้งเป็นองค์กรพิเศษเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เนื่องจากข้อเท็จจริงตามสภาพอันแท้จริงของการปกครอง ซึ่งประเทศในทวีปยุโรปส่วนใหญ่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่มีการแบ่งแยกกฎหมายเป็นกลุ่มกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน ซึ่งนิติวิธีของทั้งสองกลุ่มกฎหมายมีความแตกต่างกันในหลายประการ ทำให้ผู้พิพากษาจะต้องมีความเชี่ยวชาญในสาขาใดสาขาหนึ่ง จึงมีการแยกประเภทศาลเป็นระบบศาลคู่ เพื่อให้ผู้พิพากษานั้นได้พิจารณากรณีคดีที่ตนมีความรู้ความเชี่ยวชาญ ทำให้ผลการวินิจฉัยเป็นไปอย่างถูกต้อง⁹

การศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้ศึกษารูปแบบของต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตุลาการในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสโลวีเนีย และประเทศฝรั่งเศส กับประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ประเทศฮังการี และประเทศเยอรมนี

ในส่วนของประเทศเยอรมนี มีประวัติศาสตร์ครั้งสำคัญในการนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ภายหลังจากที่ประเทศออสเตรียได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ประเทศเยอรมนีได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของเคลเซนและซมิตต์ ซึ่งซมิตต์มีความเห็นว่า ผู้ที่สมควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญคือประมุขแห่งรัฐ (หรือในแง่มุมมองของประเทศเยอรมนีคือ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐนั่นเอง) เนื่องจากเป็นผู้มีความชอบธรรมเพราะได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน และมีความเป็นกลางทางการเมือง แต่เคลเซนได้โต้แย้งว่า การปกป้อง

⁸ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2556). หน้า 311-316

⁹ Gagik Harutyunyan and Arne Mavcic, The Constitutional Review and Its Development in the Modern World (a Comparative Constitutional Analysis) (Hayagitak, 1999).

รัฐธรรมนูญเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะการวินิจฉัยข้อขัดแย้งในประเด็นรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการตีความตัวบทกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาล และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเสียงข้างน้อย โดยเปิดโอกาสให้เสียงข้างน้อยสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยการกระทำอันน่าเชื่อว่าเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ย่อมเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอีกด้วย เพราะรัฐธรรมนูญไว้มาร์ได้กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีอย่างมาก (มาตรา 48) อาจก่อให้เกิดเป็นเผด็จการรัฐสภาได้ ซึ่งในเวลาต่อมาได้เกิดเผด็จการพรรคนาซีของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ที่ใช้มาตรา 48 เป็นฐานสู่อำนาจ¹⁰ ดังนั้น ในทัศนะของเคลเซน การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นการปกป้องประชาธิปไตย หรือเป็นหลักการระบอบประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy) แม้กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี (Basic Law) มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าตนมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาสาระในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย¹¹

ในรายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะนำเสนอถึงเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยควรมีอำนาจในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ เมื่อศึกษาค้นคว้ารูปแบบของต่างประเทศแล้ว ผู้วิจัยจะนำมาเปรียบเทียบกับขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทย โดยมุ่งเน้นศึกษาร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย เพื่อพิจารณาว่าการกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแตกต่างอย่างไรกับการไม่บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญนั้นมีประโยชน์อย่างไร

¹⁰ ต่พงษ์ กิตติยานุพงศ์, "“ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิตต์และอัลลิส เคลเซน," [Online]. Available from: <https://goo.gl/YBuZ56>

¹¹ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 300-304

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาทฤษฎีและแนวคิดอันเป็นรากฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ
2. เพื่อศึกษาที่มาและรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของต่างประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับประเทศที่ยอมรับหลักการเช่นนั้น
3. เพื่อศึกษาความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
4. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยกรณีประเทศไทยไม่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจากคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง
5. เพื่อศึกษาว่าการกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนส่งผลดีอย่างไรต่อประเทศไทย เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีไม่กำหนดบทบัญญัติเช่นนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.3 สมมติฐาน

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งแรก โดยพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อสังเกตบางประการที่เห็นสมควรปรับปรุงแก้ไขให้มีความชัดเจนและสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีการศึกษารูปแบบและขอบเขตการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของต่างประเทศ โดยศึกษาจากประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการเช่นนั้น รวมถึงการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับสถานการณ์ของประเทศไทยระหว่าง

ไม่กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญกับการกำหนดบทบัญญัติเช่นนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การค้นคว้าวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และศึกษาแนวทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจองค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสโลวีเนีย และประเทศฝรั่งเศส กับประเทศที่ยอมรับหลักการดังกล่าว ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ประเทศฮังการี และประเทศเยอรมนี รวมไปถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งจากประเทศไทยและต่างประเทศ โดยวิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบเอกสาร (Documentary Research) จากหนังสือ บทความ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ เอกสารและตำราของต่างประเทศ เพื่อใช้ในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหา ข้อดี และข้อเสียของกฎหมายต่างประเทศเพื่อทำความเข้าใจถึงผลดีของการกำหนดให้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบทฤษฎีและแนวคิดอันเป็นรากฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ
2. ทำให้ทราบที่มาและรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของต่างประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกับประเทศที่ยอมรับหลักการเช่นว่านั้น
3. ทำให้ทราบความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
4. ทำให้เข้าใจถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยกรณีที่ประเทศไทยไม่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจากคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

5. ทำให้ทราบว่าข้อกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนส่งผลดีอย่างไรต่อประเทศไทย เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ไม่กำหนดบทบัญญัติเช่นนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญ



บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะยึดหลักการลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย หรือ Hierarchy of Laws โดยจะยึดว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะมีเนื้อหาสาระเกี่ยวข้องกับโครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศและสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยหลักการของประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยแล้ว รัฐธรรมนูญจะต้องถูกตราขึ้นโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนลงประชามติ หรือมีการมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ หรือวิธีการอื่นใดก็ตาม เพื่อให้รัฐธรรมนูญได้แสดงถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน (General Will) ได้อย่างแท้จริง ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม ของ Jean Jacques Rousseau ซึ่งทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เริ่มจากต้นกำเนิดของรัฐธรรมนูญจะอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir Constituant หรือภาษาอังกฤษเรียกว่า Constituent Power) และทฤษฎีว่าด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้ส่งผลต่อหลักการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสิ่งที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อันจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ก่อนที่จะเข้าใจว่า รัฐธรรมนูญมีที่มาอย่างไร เราจำเป็นต้องเข้าใจเสียก่อนว่ารัฐธรรมนูญแท้จริงแล้วคืออะไร ซึ่งคำว่า รัฐธรรมนูญ นั้น มีนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนให้คำนิยามไว้หลายท่าน ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม¹² ได้อธิบายว่า พจนานุกรมกฎหมายอเมริกันเล่มหนึ่งได้ให้ความหมายคำว่ารัฐธรรมนูญว่าหมายถึง “กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์และเป็นกฎหมายพื้นฐานของชาติหรือรัฐซึ่งอาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยกำหนดลักษณะและแนวทางเกี่ยวกับรัฐบาล วางหลักพื้นฐานสำหรับให้รัฐบาลดำเนินตามจัดรูปแบบของ

¹² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530).

รัฐบาล และกำหนดกฎเกณฑ์กระจาย และจำกัดบทบาทหน้าที่ของแต่ละหน่วยงาน และวางหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยว่ามีขอบเขตมากน้อยแค่ไหนเพียงไร”

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ¹³ ได้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญ (Constitution) มีความหมายในสองลักษณะ ความหมายแรกคือ ความหมายอย่างกว้าง ด้วยการพิจารณาเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญว่ามีเนื้อหาเกี่ยวกับโครงสร้างอำนาจของรัฐ รูปแบบรัฐ ลักษณะการปกครอง รวมไปถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งในความหมายอย่างกว้างนี้จะไม่จำกัดรูปแบบตราบใดที่บัญญัติหรือประเพณีใดที่ว่าด้วยโครงสร้างอำนาจของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรรัฐด้วยกัน และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน และการกำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมาย จาริตประเพณีอย่างใดก็ตาม แม้แต่คำพิพากษาของศาลก็ถือเป็นรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างได้

ความหมายแบบที่สองคือ ความหมายอย่างแคบ โดยจะพิจารณาจากรูปแบบของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร องค์กรและกระบวนการบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบจะหมายถึงความถึงรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งบางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ จึงถือว่าไม่มีรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุด แต่ประเทศอังกฤษถือว่าพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเป็นกฎหมายสูงสุดตามหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) กระนั้น ประเทศอังกฤษมีกฎหมายอันก่อปรด้วยโครงสร้างการปกครอง องค์กรใช้อำนาจรัฐ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยปรากฏอยู่ในจาริตประเพณี กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แม้แต่คำพิพากษาของศาล จึงถือว่า ประเทศอังกฤษมีรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างที่พิจารณาความเป็นรัฐธรรมนูญในเนื้อหาสาระเป็นหลัก

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์¹⁴ ได้ให้คำนิยาม “รัฐธรรมนูญ” ไว้ว่า รัฐธรรมนูญคือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเลือกสรรผู้ปกครอง การจัดองค์กรและการใช้อำนาจทางการเมืองภายในรัฐ

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556). หน้า 7-9

¹⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557). หน้า 64

ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์¹⁵ ให้ความหมายว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบของรัฐและการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กร การสรรหาบุคคลเข้าไปใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร ความสัมพันธ์ระหว่างแต่ละองค์กรเพื่อให้เกิดดุลยภาพกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์¹⁶ ให้นิยามว่า คำว่า รัฐธรรมนูญ เป็นการผสมระหว่างคำว่า รัฐ และ ธรรมนูญ แปลตามตัวอักษร หมายถึง กฎเกณฑ์ของรัฐหรือกฎเกณฑ์ว่าด้วยรัฐ ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Constitution หมายถึง การสร้าง การร่าง การประกอบ อันจะเห็นได้ว่ามีความหมายไม่ตรงกัน ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่น่าคำว่า Constitution มาใช้ในบริบทของรัฐธรรมนูญในความหมายปัจจุบัน ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นผลผลิตจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ของการสร้างชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก่อตั้งโดย 13 มลรัฐแรกแห่งชายฝั่งนิวอิงแลนด์ร่วมกันสร้างขึ้น จึงเลือกใช้คำว่า Constitution กับบทกฎหมายสูงสุดของรัฐ และโดยนัยนี้ก็มีมุ่งหมายให้มีรัฐธรรมนูญเพียงฉบับเดียวอีกด้วย ส่วนการให้ความหมายในทางกฎหมายนั้นหมายถึง กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดรูปแบบการปกครอง โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุด ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับประชาชน โดยเฉพาะเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน

รองศาสตราจารย์ ดร. สมยศ เชื้อไทย¹⁷ ให้นิยามว่า รัฐธรรมนูญ หมายถึง บรรดา กฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองภายในรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือบรรดา กฎเกณฑ์แบบแผนที่สถาปนาองค์กร ซึ่งจะ เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ กำหนดกระบวนการในการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครองในนามของรัฐ รวมถึงการกำหนดหลักการทั่วไปว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร โดยนัยนี้รัฐธรรมนูญย่อมจะต้องกล่าวถึงอำนาจรัฐ

¹⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551). หน้า 7

¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558). หน้า 201

¹⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535). หน้า 3

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดโครงสร้างการเมืองการปกครองของประเทศ การกำหนดหลักการเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยและผู้ใช้ อำนาจเช่นว่านั้น รวมถึงการกำหนดบทบาทหน้าที่ที่เป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอีกด้วย โดยมีความหมายอย่างกว้างที่มุ่งเน้นในส่วนของเนื้อหาสาระเป็นสิ่งสำคัญ ว่าได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานะและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐต่อกันหรือต่อประชาชน โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบว่าจะกลายเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ล้วนเป็นรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างได้ ส่วนความหมายอย่างแคบจะมุ่งเน้นถึงรูปแบบของรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสำคัญ นั่นคือจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และมีกระบวนการจัดทำที่พิเศษและแตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา

2.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยมีเนื้อหาสาระอันเกี่ยวข้องกับโครงสร้างอำนาจการเมืองการปกครองของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรรัฐกับประชาชน และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยหลักทั่วไปจึงกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ด้วยเนื้อหาที่มีความสำคัญมากที่สุด เพราะได้รวมไว้ซึ่งการกำหนดรูปแบบ โครงสร้างอำนาจอธิปไตย และเหนือสิ่งอื่นใดคือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของประเทศ นอกเหนือจากเหตุผลดังกล่าวแล้ว ยังมีเหตุผลในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสำคัญยิ่งยวดที่สุดในบรรดากฎหมายทั้งปวง กระบวนการจัดทำจะต้องมีความยากและซับซ้อนเป็นพิเศษยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดา

มนุษย์รู้จักหลักการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายมาช้านาน โดยในอดีตได้มีความเชื่อว่ากฎหมายธรรมดาอยู่เหนือกฎหมายบ้านเมือง ถือว่ากฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายสูงสุดในโลก หรือการเชื่อว่ากฎหมายทางศาสนาอยู่เหนือกว่ากฎหมายบ้านเมืองในยุคที่คริสตจักรมีอำนาจมาก ต่อมาเมื่อคริสตจักรหมดอำนาจลง ก็เกิดความเชื่อว่า กฎหมายบ้านเมืองที่ตราโดยกษัตริย์อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง เป็นต้น ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดในอดีตเกิดจากการยอมรับนับถือโดยทั่วไป โดยส่วนใหญ่เกิดจากความเชื่อและความศรัทธาในศาสนาที่เชื่อว่าพระเจ้าคือผู้มีอำนาจสูงสุด โองการของพระเจ้าย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดตามไปด้วย ต่อมาในยุคสมัยการประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการตรารัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรก ซึ่งมีการบัญญัติไว้ประการหนึ่งว่า “รัฐธรรมนูญนี้... จะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ...” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้ปลอดภัยจากการถูกปรับเปลี่ยนแก้ไขให้บ่อยครั้งจนขาดความศักดิ์สิทธิ์ของเนื้อหาสาระอันว่าด้วยโครงสร้างอำนาจของรัฐ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

2.1.1 ทฤษฎีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นที่รู้จักครั้งแรกคือกฎบัตรแม็กนาคาร์ตา (Magna Carta) ของประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 ในสมัยพระเจ้าจอห์น กฎบัตรแม็กนาคาร์ตาเป็นการเจรจาระงับข้อพิพาทระหว่างพระเจ้าจอห์นและกลุ่มขุนนาง ฝ่ายราชวงศ์ต้องการเงินทุนในการสงคราม จึงขึ้นภาษีเกินกว่าที่เรียกเก็บตามปกติ แต่กลุ่มขุนนางระดับบารอนได้คัดค้านและมีจำนวนมากขึ้น พระเจ้าจอห์นจึงยินยอมลงนามออกกฎบัตรดังกล่าว ซึ่งกฎบัตรแม็กนาคาร์ตามี 63 ข้อ โดยมีเนื้อหาให้กษัตริย์อยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนคนอื่น ซึ่งข้อกฎหมายที่สำคัญอยู่ที่ข้อ 12 ที่ระบุว่า การเรียกเก็บภาษีจะต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนเป็นการทั่วไปก่อน และข้อ 14 ระบุเกี่ยวกับความยินยอมของประชาชนที่ว่านั้นให้มาจากการยื่นหนังสือยินยอมของกลุ่มบาทหลวง สาธุคุณ อธิการวัด เอิร์ล และบารอน รวมไปถึงข้อ 39 และ 40 ที่แสดงออกชัดเจนถึงการให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชน เพื่อเป็นหลักประกันว่ากษัตริย์จะปฏิบัติตามกฎบัตร กลุ่มบารอนจึงเลือกสมาชิก 25 คน เพื่อรักษาความสงบสันติที่ได้รับจากกฎบัตรดังกล่าวที่ได้มอบสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชน

หลังจากที่พระเจ้าจอห์นได้ลงนามในกฎบัตรแล้ว ประมาณหนึ่งเดือนต่อมา พระเจ้าจอห์นขอให้พระสันตะปาปาเพิกถอนกฎบัตรนี้เสีย แต่กลุ่มบารอนที่คัดเลือกทั้ง 25 คน ได้ปลดพระองค์ออกจากราชบัลลังก์ และยกเจ้าชายหลุยส์แห่งฝรั่งเศส โอรสของพระเจ้าฟิลิป ออแกสต์ ขึ้นครองราชย์แทน ในที่สุด เมื่อปี 1225 รัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ได้ลงนามในกฎบัตรแม็กนาคาร์ตาฉบับสุดท้ายและเป็นฉบับที่อธิบายเนื้อความไว้อย่างละเอียดชัดเจน ซึ่งกฎบัตรฉบับของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ยังคงอยู่ในหนังสือรวมกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน¹⁸

แต่กระนั้น เนื้อหาสาระของกฎบัตรแม็กนาคาร์ตาก็ยังไม่ได้มีความเป็นรัฐธรรมนูญตามรูปแบบของรัฐธรรมนูญในยุคปัจจุบัน เพียงมีเนื้อหาในลักษณะการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง แต่ก็ยังคงไม่ได้รับรองครอบคลุมไปยังสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ รวมถึงยังไม่ได้กำหนดรูปแบบการปกครองให้เป็นสมัยใหม่ชัดเจนเหมือนรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ซึ่งประเทศอังกฤษได้พัฒนารัฐธรรมนูญในรูปแบบที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญอาจอยู่ในกฎหมาย คำพิพากษา หรือจารีตประเพณีต่าง ๆ ได้ เนื่องจากประเทศอังกฤษยึดหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ทำให้กฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุดคือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หากใช้รัฐธรรมนูญไม่

¹⁸ David Carpenter and David Prior, "Magna Carta and Parliament Booklet " ใน The Parliamentary Archives, ed. Houses of Parliament(London, UK: Houses of Parliament, 2015).

ในส่วนของการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1787 ภายหลังจากการประกาศอิสรภาพของอาณานิคมทั้ง 13 มลรัฐแรกของฝั่งนิวอิงแลนด์จากประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ซึ่งการร่างรัฐธรรมนูญนับจากวันที่ประกาศอิสรภาพก็มีข้อขัดแย้งมากมายของแต่ละมลรัฐ ทั้งในด้านรูปแบบการปกครอง แนวคิดในการตั้งองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญที่สะท้อนปรัชญาความคิดของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงจำนวนมาก เช่น จอห์น ล็อก ฌ็อง ฌาคส์ รูสโซ มงเตสกีเออ เป็นต้น

จากเหตุการณ์ประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ทำให้เกิดมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นฉบับแรกของโลกที่ผู้ร่างนั้นบัญญัติคำศัพท์สำหรับเอกสารฉบับนี้ว่า “Constitution” ถือเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่มีความทันสมัย ไม่ใช่เพียงแค่การจำกัดอำนาจผู้ปกครองดังเช่นกฏบัตรแม็กนาคาร์ตาเท่านั้น แต่แม้จะมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นแล้วในปี 1787 แต่ทฤษฎีที่เกี่ยวกับกำเนิดรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ในทางวิชาการได้มีทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ นักนิติศาสตร์ได้เรียกอำนาจเช่นว่านี้หลากหลายชื่อ เช่น อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ¹⁹ อำนาจในการก่อตั้งระบอบและองค์กรทางการเมือง²⁰ เป็นต้น โดย Sieyès นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส เป็นผู้เสนอขึ้นเป็นครั้งแรกโดยซิเอเยส์กล่าวว่า สังคมทุกสังคมจะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Pouvoir Constituant หรือ Constituent Power) อีกทั้งชาติอยู่มาก่อนทุกสิ่งเป็นต้นกำเนิดทุกอย่าง เจตจำนงของชาติชอบด้วยกฎหมายเสมอ เพราะชาติคือกฎหมายในตัวเอง²¹ กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังไม่ได้ตกลงกันว่าจะมีการปกครองอย่างไร ก็จะมีอำนาจหนึ่งคืออำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร ก่อตั้งองค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา ซึ่งอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองนั้นแสดงออกมาโดยผ่านทางรัฐธรรมนูญ จึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญ เป็นสิ่งที่อยู่เหนือรัฐและมีอยู่ได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีรัฐและสามารถมาจากภายนอกรัฐได้ เช่น ประเทศ

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน; นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทางกรแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557); สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 123

²¹ Yaniv Roznai, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers" (Doctor of Philosophy, Law, London School of Economics, 2014). 82-83

เจ้าอาณานิคมออกรัฐธรรมนูญให้แก่ประเทศอาณานิคมของตน เมื่อที่มาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การทางการเมืองนี้มีที่มาแตกต่างกัน จะนำไปสู่ระบอบการปกครองที่แตกต่างกันด้วย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากการล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 โดยการปฏิวัติของประชาชน ทำให้ระบบกฎหมายถูกล้มเลิกไปทั้งหมด ประชาชนได้ก่อตั้งระบบกฎหมายใหม่และออกรัฐธรรมนูญขึ้น ประชาชนจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การทางการเมือง ซึ่งนำไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นต้น²²

คาร์ล ชมิตต์ (Carl Schmitt) พัฒนาแนวคิดเรื่องหลักอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญในอีก 140 ปีต่อมา ปรากฏในหนังสือ *Verfassungslehre* เมื่อปี ค.ศ. 1928 ที่ว่า “รัฐธรรมนูญมิได้เกิดขึ้นด้วยตนเอง” ซึ่งชมิตต์เสนอว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นเจตจำนงทางการเมือง ที่ประกอบด้วยแนวคิดพื้นฐานทางการเมือง การจัดตั้งรัฐบาล โครงสร้างของรัฐ หลักการสูงสุดของสังคมและค่านิยมในเชิงสัญลักษณ์ ชมิตต์ยอมรับแนวคิดของซิเอเยสที่แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและอำนาจที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constituted Power) และยอมรับว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ปราศจากข้อจำกัดและไม่ถูกตีกรอบด้วยกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ²³

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายเกี่ยวกับอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญไว้ว่า มีอำนาจหนึ่งที่ใช้อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจนั้นไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติธรรมดา เนื่องจากอำนาจนิติบัญญัติเกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือตรารัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจอย่างอื่น เป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนและเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญ อันเป็นอำนาจสูงสุดล้นพ้นไม่มีข้อจำกัดที่ตรารัฐธรรมนูญขึ้น แล้วตัวรัฐธรรมนูญเป็นผู้สถาปนาระบอบและองค์การทางการเมืองอีกชั้นหนึ่ง ได้แก่ องค์การนิติบัญญัติ องค์การบริหาร และองค์การตุลาการ ซึ่งลักษณะของอำนาจก่อตั้งองค์การทางการเมืองแตกต่างจากอำนาจที่องค์การทางการเมืองรับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจในการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ใช่อำนาจสูงสุดเพราะอำนาจเหล่านี้เกิดจากรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ไม่อาจตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ก่อให้เกิดลำดับศักดิ์ทางกฎหมาย (Hierarchy of Laws) อันเป็นผลให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่ามิได้ ดังนั้น อำนาจขององค์การทางการเมือง

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 178-179

²³ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.", 86

อื่น ๆ ย่อมถูกจำกัดด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งองค์กรทางการเมืองจะใช้อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหาได้ไม่ เนื่องจากอำนาจของต้นนั้นได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดขึ้นจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองหรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญอีกต่อหนึ่ง หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยองค์กรที่ใช้อำนาจพิเศษ อันเป็นอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจเช่นว่านั้น ในทางวิชาการเรียกว่า “อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร”²⁴ หรืออำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดมาแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir Constituant Dérivé)²⁵ ในระบบที่ถือว่ารัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดของประเทศจึงมีระบบควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้จึงแตกต่างกับประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นประเทศอังกฤษที่ถือว่าอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ดังนั้น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติจึงเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หากใช้รัฐธรรมนูญไม่²⁶

เมื่ออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจที่สถาปนารัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญก่อตั้งระบอบการเมืองการปกครองและองค์กรทางการเมือง ผลคือ การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ซึ่งอาจจะเป็นอำนาจอธิปไตยหรือไม่ก็ได้ เมื่อพิจารณาประเทศที่เกิดขึ้นจากการเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย เป็นต้น เหล่านี้ไม่มีอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงเนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของประเทศเจ้าอาณานิคม การที่เจ้าอาณานิคมให้รัฐธรรมนูญและเอกราชแก่ประเทศอาณานิคม ถือเป็นอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ที่ได้มอบรัฐธรรมนูญและเอกราชให้แก่ประเทศเหล่านี้ ถือได้ว่าเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นก่อนการมีรัฐ และเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นด้วย แต่ประเทศที่เป็นเอกราชอยู่แล้ว เช่น ประเทศไทย ซึ่งมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองอยู่แล้ว อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองคืออำนาจอธิปไตยนั่นเอง²⁷

เมื่ออำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนี้ได้สร้างรัฐธรรมนูญขึ้นและรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้ว ก็ถือได้ว่าอำนาจนี้ได้บรรลุเป้าหมายสำเร็จลุล่วงไปแล้ว ส่งผลให้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญต้องหยุดการใช้บังคับไป แต่

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538). หน้า 20

²⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 179

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 124

²⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 125

รัฐธรรมนูญยังสร้างกลไกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตนเองได้ ซึ่งอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งภาคออกเป็นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรียกอีกอย่างว่าอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองที่ได้รับมอบหมายมาให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir Constituant Dérivé) ที่คาร์ล ชมิตต์ ได้ให้นิยามไว้ว่า เป็นอำนาจเฉพาะแตกต่างจากอำนาจในการร่างกฎหมายทั่วไป ที่ไม่อาจอธิบายให้เข้าใจได้ถ่องแท้ในมุมมองของลำดับศักดิ์ของกฎหมาย²⁸ ตามที่กล่าวไปแล้วในข้างต้นว่า รัฐธรรมนูญนั้นสามารถแก้ไขได้ แต่ต้องกระทำโดยยากหรือเป็นพิเศษยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ส่วนอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดที่มอบอำนาจให้แก้ไขรัฐธรรมนูญจึงเรียกใหม่เป็นอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิม (Le Pouvoir Constituant Originaire) ซึ่งอำนาจทั้งสองนี้คือสิ่งเดียวกัน แต่จะเรียกให้แตกต่างกันเพื่อทำให้เห็นภาพได้ชัดเจนว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองนั่นเอง ซึ่งมีผู้กล่าวถึงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า “เป็นอำนาจซึ่งอยู่ในแดนสนธยาระหว่างผู้ทรงอำนาจกับผู้รับอำนาจ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจที่วางกรอบและถูกตีกรอบ อนุญาตและถูกอนุญาต ดั้งเดิมและมาจากรัฐธรรมนูญ สูงกว่าและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญไปในขณะเดียวกัน” จึงนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหาได้เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เป็นอำนาจที่มีลักษณะพิเศษซึ่งมีสถานะด้อยกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันก็มีสถานะเหนือกว่าอำนาจตามรัฐธรรมนูญ²⁹

2.1.2 วิธีการทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด³⁰

หากเราจะยึดมั่นในหลักการของกฎหมายธรรมชาติ ความเป็นจริงแล้วเราไม่จำเป็นต้องกำหนดเป็นบทบัญญัติชัดเจนแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรว่ารัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะโดยเนื้อหาสาระแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่เอง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดรูปแบบการปกครอง โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญ และการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่กระนั้น การกล่าวอ้างเพียงเท่านั้นก็จะเป็นการกล่าวในเชิงนามธรรมจนเกินไป ซึ่งขัดแย้งกับหลักการของนักวิชาการฝั่งกฎหมายบ้านเมือง หรือสำนักปฏิฐานนิยมที่ยึดมั่นในหลักการที่ว่า กฎหมายจะต้องถูกตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจาก

²⁸ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.", 91

²⁹ ปูนเทพ ศิริพงษ์ศ์, "ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ," รัฐสภาสาร ฉบับที่ 4, (2556).

³⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 675-676

รัฐอธิปไตย เพื่อเป็นการป้องกันการโต้เถียงหรือปัญหาข้อขัดแย้งในประเด็นดังกล่าวในอนาคต จึงมีการกำหนดสถานะของรัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายสูงสุดให้ขัดแย้งด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

1) การรับรองโดยชัดแจ้งว่าเป็นกฎหมายสูงสุด เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา

2) การบัญญัติว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 6

3) การกำหนดองค์กรและกระบวนการต่างๆ ในการดูแลและควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ที่อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ตั้งสภารัฐธรรมนูญและกำหนดกระบวนการตามมาตรา 61 ว่า ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับกฎหมายให้ส่งกฎหมายดังกล่าวไปให้สภารัฐธรรมนูญพิจารณาว่า ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือรัฐธรรมนูญประเทศออสเตรีย เยอรมนี อิตาลี และตุรกี ได้กำหนดให้มีองค์กรพิเศษเช่นศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

4) การกำหนดกระบวนการและเงื่อนไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา อันจะได้กล่าวในส่วนของผลของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประการถัดไป

ตามความเห็นของ Franz-Joseph Peine เห็นว่า การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายได้นั้น จะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 6 ประการ³¹ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์สำหรับการออกกฎหมาย ถ้าหากไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าว กฎหมายไม่สามารถที่จะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้และด้วยเหตุนี้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ไม่มีผลจำเป็นอย่างใด ภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลักของรัฐธรรมนูญอาจแสดงออกได้ใน 2 กรณี กรณีแรก รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ของเงื่อนไขในทางรูปแบบสำหรับกระบวนการในการออกกฎหมาย กรณีที่สอง ในรัฐธรรมนูญนั้นอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการตรวจสอบในทางภาววิสัย ซึ่งมีความมุ่ง

³¹ Franz-Joseph Peine, "Normenkontrolle Und Konstitutionelles System," *Der Staat* Vol. 22, (1983). 529 (อ้างถึงใน บรรณเจตน์ สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544).

หมายเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อต้องการให้เกิดหลักประกันต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในรูปแบบและในทางเนื้อหา

ประการที่สอง การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎเกณฑ์หลักโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น จะต้องเป็นกรณีที่สามารถจะเป็นไปได้ ถ้าสันนิษฐานว่าองค์กรนิติบัญญัติจะไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ เพราะเข้าใจว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นอิสระจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแล้ว กรณีนี้ก็ไม่ใช่เป็นที่จะต้องทำการป้องกันรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น เงื่อนไขประการที่สองจึงวางอยู่บนบทสันนิษฐานที่ว่า จำเป็นที่จะต้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ ในกรณีเช่นนี้ จึงทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มีการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย³²

ประการที่สาม การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่สูงที่สุด การทำให้รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงที่สุดก็ต่อเมื่อในโครงสร้างของระบบกฎหมายมีลักษณะเป็นปิรามิต โดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ที่จุดสูงสุดของปิรามิต ในกรณีเช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หลักในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า หลักดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “หลักความขัดแย้ง” (ein Kollisionsprinzip) ในขณะเดียวกันด้วย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมต้องการหลักประกันเพื่อมิให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ และสูญเสียภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลักของระบบกฎหมาย³³

ประการที่สี่ การที่จะทำให้เกิดหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดบรรลุความมุ่งหมายได้ก็ต่อเมื่อ ในทางทฤษฎีจะต้องทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (verfassunggebende Gewalt) หรืออำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (verfassungsändernde Gewalt) กับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา (normale Gesetzgebungsgewalt) และทำให้เกิดความแตกต่างไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์กรดังกล่าว และกระบวนกรในการกระทำดังกล่าวด้วย เพราะหากพิจารณาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการแก้ไขกฎหมายธรรมดา และองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่แก้ไขกฎหมายธรรมดาสามารถที่จะทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนได้ ในกรณีนี้ก็จะทำให้เกิดความอ่อนด้อยลงของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งท้ายที่สุดจะนำไปสู่การสูญเสียความเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการออกกฎหมายธรรมดา หลักของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่เพียงจะต้องทำให้เกิดหลักประกันต่อ

³² บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 26-27

³³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 27

รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะต้องทำให้เกิดบรรลุความมุ่งหมายในทางปฏิบัติด้วย การทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวกระทำได้โดยองค์กรตุลาการ³⁴

ประการที่ห้า เงื่อนไขประการต่อมาคือ ในระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “สิทธิในการตรวจสอบของตุลาการ” (das richterliche Prüfungsrecht) ถ้าขาดองค์กรที่สามารถตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวได้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะไม่มี ความหมายในทางปฏิบัติแต่อย่างใด เพราะจะไม่มีองค์กรอิสระอื่นใดที่อาจดำเนินการดังกล่าวให้บรรลุความมุ่งหมายได้ องค์กรนิติบัญญัติเองไม่อาจเป็นผู้ตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นการตรวจสอบในเรื่องของตนเอง³⁵

ประการที่หก เงื่อนไขประการสุดท้ายในการทำให้หลักดังกล่าวบรรลุความมุ่งหมายได้จะต้องมีหลักประกันที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการทั้งหลาย ซึ่งยอมหมายความว่า คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย ถ้าคำวินิจฉัยของศาลไม่มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย ในกรณีนี้ การมอบหมายให้ศาลทำหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญก็ไม่มี ความหมายแต่อย่างใด เพราะอำนาจในทางตุลาการในกรณีนี้ไม่มีผลในทางปฏิบัติ³⁶

กล่าวโดยสรุป หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับ การมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายนั้นยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดนอกเหนือจากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันแล้ว ในอีกด้านหนึ่งยอมเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่าง ๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้เกิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการออกกฎหมาย การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นกรณีที่เป็นไปได้ การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงสุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา ระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วย

³⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน

³⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน

³⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 28

รัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ องค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

2.1.3 ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

2.1.3.1 กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

เมื่อพิจารณาถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญจะมีลำดับศักดิ์สูงสุดในบรรดากฎหมายภายในทั้งปวง ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญก็จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากยอมให้กฎหมายอื่นมีสถานะเหนือกว่า รัฐธรรมนูญ หรือขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ก็เท่ากับเป็นการขยายอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นอันตรายต่อปวงชนในชาติ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้อำนาจออกกฎหมายตามอำเภอใจ³⁷ อันอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกละเมิด จึงจำเป็นต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายและการกระทำขององค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กระบวนการตรวจสอบเช่นนี้เรียกว่า Judicial Review หรือการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ โดยบางประเทศอาจครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารที่อาจจะกระทำการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ซึ่งกระบวนการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารจำเป็นมากสำหรับประเทศที่ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจชัดเจนอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะสภาไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ เมื่อไม่มีมาตรการควบคุมทางการเมืองจึงต้องอาศัยมาตรการทางกฎหมาย และต้องให้องค์กรที่มีความเป็นกลางที่สุดทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ อีกทั้งการใช้อำนาจในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนั้น จะไม่วินิจฉัยเป็นการออกกฎหมายให้ใหม่แทนกฎหมายเก่าที่มีคำวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและจะไม่สั่งการแทนฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายหรือการกระทำในทางบริหาร เพียงแต่ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายหรือการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร และผลที่ตามมาคือกฎหมายหรือการกระทำนั้นจะใช้บังคับต่อไปไม่ได้เท่านั้น³⁸ ลักษณะการควบคุมตรวจสอบเช่นนี้เรียกว่า เป็นการควบคุมในเชิงปฏิเสธ (Negative Legislator) ซึ่งจะได้กล่าวถึงในส่วนของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในหัวข้อต่อไป

ผลของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สรุปได้ดังนี้

³⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 181

³⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 677-678

1) รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตนเองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไป

2) ต้องกำหนดให้มีวิธีการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

2.1.3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก

เพื่อการรักษาสถานะการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งคือการทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยาก เรียกสภาพนี้ว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (La Rigidité Constitutionnelle)” แต่ไม่จำเป็นว่าประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญแบบหลายลักษณะอักษรจะต้องกำหนดให้รัฐธรรมนูญของตนแก้ไขได้ยากเสมอไป การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากนั้นอาจเป็นเพราะต้องการคงหลักการสำคัญมิให้ถูกแก้ไขได้โดยง่าย โดยองค์กรภายใต้อำนาจอธิปไตยทั้งสาม แต่กระนั้น ในทางความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญก็อาจถูกฉีกทิ้งได้โดยง่ายจากการปฏิวัติรัฐประหาร

แต่ประเทศส่วนใหญ่ก็ยังคงถือหลักการให้รัฐธรรมนูญมีกระบวนการและเงื่อนไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ทำได้ยาก เมื่อรัฐธรรมนูญมีที่มาจากอำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir Constituant) อันจะได้กล่าวต่อไปนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องแก้ไขด้วยองค์กรพิเศษที่มีสถานะเหนือรัฐธรรมนูญ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ชัดเจนให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อันเป็นการมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่เหนือกว่าอำนาจนิติบัญญัติที่ใช้ออกกฎหมายธรรมดาทั่วไป เป็นต้น ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการด้วยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจเป็นพิเศษจากรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และองค์กรเช่นว่านั้นจะต้องมีจุดยึดโยงมาจากประชาชน เพราะประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม ส่วนการแก้ไขง่ายหรือยากขึ้นกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

ผลของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตามความเห็นของ Rainer Wahl³⁹ ประการแรก คือ รัฐธรรมนูญย่อมเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความในชั้นศาล โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจะต้องมีความแน่นอนชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เกี่ยวกับขอบเขตของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญจะต้องแตกต่างกับกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอิสระแยกจากการตีความกฎหมายธรรมดา หลักการนี้มีความเชื่อมโยงอย่าง

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 24-26

ใกล้ชิดกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งห้ามมิให้อำนาจการตีความทำให้ขอบเขตและความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดาเกิดความไม่ชัดเจน

ประการที่สอง คือ การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรนิติบัญญัติด้วย การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องจึงมิใช่เป็นเพียงการตีความโดยมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิเรียกร้องในทางสารบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเอกสิทธิ์ที่มีคุณค่าสูงสุด และตีความขยายสิทธิเรียกร้องดังกล่าว และประการสุดท้าย คือ การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางนั้นเป็นการกำหนดโครงสร้างของรัฐที่มีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญและกระบวนการทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ทำให้กระบวนการทางการเมืองมีลักษณะเป็นกฎหมายมากขึ้น โดยการทำให้ความผูกพันในทางกฎหมายของกระบวนการทางการเมืองมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงถึงการเป็นทางเลือกของรัฐที่เลือกจะปกครองโดยรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นมงกุฎของหลักนิติรัฐ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

2.1.4 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของนักวิชาการ

คดี *Marbury v Madison* ได้วินิจฉัยในประเด็นของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง ฉะนั้นกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะ⁴⁰ เมื่อพิจารณาอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะและถูกจำกัดไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญช่วยรับรองให้กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยชอบธรรมเนื่องจากฝ่ายตุลาการต้องปกป้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกฝ่ายนิติบัญญัติกระทำละเมิดโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการต่างก็ไม่มีฝ่ายใดเหนือกว่ากัน

เมื่อปี ค.ศ. 1931 กาเร เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) เสนอแนวความคิดว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยฝ่ายตุลาการมีความเชื่อมโยงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ การที่ฝ่ายตุลาการเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เป็นเงื่อนไขหนึ่งของการทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยาก และเป็นหลักประกันในการ

⁴⁰ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 176

คุ้มครองเจตจำนงสูงสุดของปวงชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเจ้าของอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ หรือกล่าวได้ว่าการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการหรือในที่นี่คือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้อีกทางหนึ่ง⁴¹

2.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม

หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เกิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 18 เพื่อให้รัฐทั้งหลายมีรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดเป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้จำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม (Social contract) คือ มาจากการยอมรับของสมาชิกในสังคมร่วมกัน หากมีการละเมิดต้องมีกระบวนการเยียวยาความเสียหาย หลักรัฐธรรมนูญนิยมนี้นี้มีปัจจัยหลายประการ คือ การมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะกฎหมายสูงสุดที่เป็นสัญญาประชาคม การยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองอย่างแท้จริง การมีกลไกควบคุมหรือดูแลและคานอำนาจมิให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต และการยอมรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน⁴²

หลักรัฐธรรมนูญนิยมตั้งอยู่บนหลักการ 3 ประการ คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล⁴³ ซึ่งสรุปสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวได้ดังนี้

2.2.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

สิทธิเสรีภาพของประชาชนมี 2 ลักษณะ คือ สิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และสิทธิเสรีภาพทางการเมือง สิทธิเสรีภาพทั้งสองลักษณะจะต้องได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญอย่างเป็นรูปธรรม โดยให้ประชาชนในฐานะผู้ทรงสิทธิในอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศด้วย และรัฐธรรมนูญจะต้องสร้างหลักประกันสิทธิเสรีภาพดังกล่าวให้มีผลใช้บังคับได้จริงและได้รับความคุ้มครองกรณีที่ประชาชนถูกกระทำละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยการเยียวยาจากหน่วยงานของรัฐได้ หลักการนี้ถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักรัฐธรรมนูญนิยม เพราะ

⁴¹ เรื่องเดียวกัน. 177

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550). หน้า 82

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 142

เป็นการให้คำรับรองแก่ประชาชนว่ารัฐจะไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากมีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น รัฐจะต้องมีความรับผิดชอบชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ประชาชนด้วย⁴⁴

2.2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักการนี้สอดคล้องกันกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐจะต้องไม่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นรัฐจึงต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อให้บรรลุหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากตรวจสอบแล้วพบว่ามีการใช้อำนาจในทางที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่จะต้องสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยมจะต้องสร้างองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบองค์การทางการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มิใช่เพียงตรารัฐธรรมนูญเพื่อให้มีองค์กรทางการเมืองที่มาจาก การเลือกตั้งและบัญญัติให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนเท่านั้น ตัวอย่างขององค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น⁴⁵

2.2.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาล

รัฐบาลเป็นองค์กรทางการเมืองที่เป็นฝ่ายบริหาร ในสภาวะการณ์ที่การเมืองเต็มไปด้วยผลประโยชน์และการแก่งแย่งอำนาจ หลักรัฐธรรมนูญนิยมในประการที่สามนี้ได้ให้ความสำคัญในการกำหนดมาตรการที่มุ่งหมายให้องค์กรทางการเมืองมีประสิทธิภาพเพื่อให้การบริหารนโยบายแห่งรัฐบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การบริหารประเทศจึงจำต้องอาศัยความเป็นผู้นำทางนโยบายของผู้บริหารประเทศด้วย ในทางปฏิบัติแล้ว การกำหนดมาตรการหรือกลไกในการสร้างประสิทธิภาพให้แก่รัฐบาลนั้นต้องอาศัยการเทียบเคียงกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เพื่อแสวงหาแนวทางที่เหมาะสมกับประเทศไทย เมื่อมีการปฏิบัติตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมนี้แล้ว ผลประโยชน์สุดท้ายก็เป็นของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง⁴⁶

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 151

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 152

2.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 Montesquieu นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ได้เสนอแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยทั้งสามอำนาจสามารถคานและดุลอำนาจกันได้ (check and balance) เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ และมงเตสกีเออเสนอให้มีการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกัน⁴⁷ โดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย องค์กรบริหารมีอำนาจในการปกครองประเทศ และองค์กรตุลาการมีอำนาจในการอำนวยการความยุติธรรมเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น⁴⁸

โดยหลักการและทฤษฎีนั้น ไม่จำเป็นเสมอไปว่าจะต้องให้องค์กรทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งได้ แต่มีใช้อยู่เหนือกว่าในลักษณะเด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องมีการที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจแต่ละองค์กร คือ มีการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน เช่น อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติมีที่มาจากประชาชน ส่วนอำนาจบริหารไม่มีที่มาจากประชาชน ความสำคัญของอำนาจนิติบัญญัติจึงมีมากกว่าอำนาจบริหาร แต่มีได้หมายความว่าไม่มีการตรวจสอบควบคุมอำนาจนิติบัญญัติแต่อย่างใด เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ ในทางกลับกัน ฝ่ายบริหารย่อมสามารถตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติได้เช่นกัน⁴⁹

ระบบการปกครองที่มีการแบ่งแยกอำนาจ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด กับ การแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด

2.3.1 รูปแบบการแบ่งแยกอำนาจ

2.3.1.1 การปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด

ระบบนี้ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศต่าง ๆ ในทวีปอเมริกา ในทางทฤษฎีถือว่าเป็นระบบการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการอย่างเด็ดขาด เนื่องจากที่มาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ทำให้ทั้งสองฝ่ายมีอำนาจเต็มที่ในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนฝ่ายบริหาร เพราะฝ่ายบริหารมีที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน ขณะเดียวกันฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีก็ไม่มีอำนาจยุบสภาเพราะฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งของประชาชน

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 99

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 103

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 104

เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติจะไม่ได้แบ่งแยกเด็ดขาด เช่น การออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ประธานาธิบดีต้องให้ความเห็นชอบด้วย และอาจออกเสียง Veto กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้อีกด้วย ในการให้บุคคลที่ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) สมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้เริ่มกล่าวหา ส่วนสภาสูงจะเป็นผู้วินิจฉัยลงโทษให้ออก ส่วนการใช้อำนาจตุลาการในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา ในกรณีมีเหตุอันควร ประธานาธิบดีสามารถถ้อยโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาได้ จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แบ่งแยกอำนาจออกอย่างเด็ดขาด และอาจใช้อำนาจโดยผสมกันได้ ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการกระจายอำนาจเพื่อการคานและดุลกันระหว่างสามอำนาจ⁵⁰

2.3.1.2 การปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด

ระบบนี้เป็นระบบการกระจายอำนาจหน้าที่ให้รวมอยู่ที่บุคคลคนเดียว แต่จะกระจายอำนาจให้เกิดความสมดุลในกลไกของรัฐ โดยเน้นหลักการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดในรัฐธรรมนูญถึงขอบเขตการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไว้อย่างชัดเจน นอกเหนือจากที่ระบุไว้ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร หรือประเทศอังกฤษที่พบว่าในทางปฏิบัติแล้วทั้งสามอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องกันได้ มีการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เช่น รัฐสภาสามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ หรือฝ่ายบริหารมีอำนาจในการยุบสภาได้ เป็นต้น⁵¹

นอกจากการแบ่งแยกอำนาจขององค์กรออกเป็นสามอำนาจแล้ว มงเตสกีเออได้เสนอให้มีการแบ่งแยกตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจเป็นคนละคนด้วย เนื่องจากหลัก Conflict of Interests หรือหลักผลประโยชน์ขัดกันนี้ ห้ามบุคคลเดียวกันดำรงตำแหน่งในองค์กรซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในขณะเดียวกัน เพราะอาจเกิดผลประโยชน์ขัดกันจากการใช้อำนาจระหว่างองค์กรได้

ชื่

น

การที่รัฐมนตรีดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกรัฐสภาด้วยในขณะเดียวกันอาจลงคะแนนเสียงในฐานะสมาชิกรัฐสภาเพื่อสนับสนุนพรรคพวกของตนเองได้ ทำให้การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจเป็นอันเสียไป⁵²

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้น เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจนั้นในความเป็นจริงแล้วมิได้แบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด แต่ละอำนาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกัน โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 104-105

⁵¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 105-106

⁵² เรื่องเดียวกัน. หน้า 106

2.3.2 ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ

2.3.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

แม้โดยหลักแล้วอำนาจบริหารจะแยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติชัดเจน แต่ในความเป็นจริงแล้ว อำนาจนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารได้ เช่น การตั้งกระทู้ถามในสภา การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐบาล หรือการวินิจฉัยกรณี Impeachment ในขณะเดียวกัน ฝ่ายบริหารก็มีอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายได้ หรือการ Veto และการที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ก็เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารอีกด้วย ในทางปฏิบัติจึงเห็นได้ชัดว่าไม่สามารถแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหารได้เลย การคานและดุลอำนาจจึงควรเน้นการจัดอำนาจและข้อจำกัดขององค์กรมากกว่าจะมุ่งเน้นการแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกัน⁵³

2.3.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ

อำนาจในการจัดทำกฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กรณีกฎหมายไม่ชัดเจนหรือมีประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ได้มีการยอมรับแนวคิดให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคดี Marbury v Madison ของศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา โดยคดีดังกล่าวได้แสดงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมาย การให้ผู้ออกกฎหมายตีความกฎหมายที่ตนเองออกมานั้นย่อมเป็นการไม่เหมาะสม เพราะถือเป็นการรวบอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการไว้ที่ตนเองเพียงฝ่ายเดียว อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น ศาลซึ่งเป็นองค์กรกลางที่เป็นผู้ใช้กฎหมายอยู่ในฐานะที่ควรทราบว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและบังคับใช้ได้หรือไม่เป็นผู้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการป้องกันระบบเผด็จการรัฐสภา (tyranny by assembly) แต่ศาลก็ถูกควบคุมได้ในประเด็นเกี่ยวกับการให้ออกจากตำแหน่งกรณีทำผิดร้ายแรงในหน้าที่ เป็นต้น เพื่อป้องกันการใช้อำนาจมากเกินไปหรือใช้ในทางมิชอบของศาลนั่นเอง⁵⁴

2.3.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ

หลักการแบ่งแยกอำนาจถือหลักประการสำคัญประการหนึ่งคือ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมายและนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้

⁵³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 107

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 107-108

กับคดีด้วยความรอบคอบตามวิชาชีพของตน แสดงให้เห็นว่าฝ่ายบริหารไม่สามารถก้าวก้าวการปฏิบัติหน้าที่ของศาลได้ ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้น พบว่า ฝ่ายตุลาการสามารถตรวจสอบความชอบธรรมของฝ่ายบริหารได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้หากพบว่ามีพฤติการณ์จงใจไม่ยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สิน หรือจงใจยื่นเอกสารดังกล่าวด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ หรือกรณีของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองสามารถวินิจฉัยประเด็นที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองร้ายว่ผิดปกติ หรือกระทำผิดกฎหมายอาญาเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้น⁵⁵

2.3.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามแนวคิดของนักวิชาการ

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้กล่าวไว้เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่น่าสนใจว่า “ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามนั้นมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ อำนาจใดอำนาจหนึ่งไม่อาจอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งได้โดยเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งรับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว”⁵⁶

การแบ่งแยกอำนาจสามารถแยกได้เป็นสองลักษณะ คือ การแบ่งแยกอำนาจตามอำนาจหน้าที่ และการแบ่งแยกอำนาจตามตัวบุคคล ซึ่งการแบ่งแยกอำนาจตามตัวบุคคลต้องการให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่ถูกแบ่งแยกนั้นมีเจ้าหน้าที่เป็นของตนเอง รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่นมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรของอำนาจใดอำนาจหนึ่ง หรือการกำหนดให้อำนาจหนึ่งมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นได้ หรือมีสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามอำนาจหน้าที่และตามตัวบุคคล ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตุลาการนั้นจะต้องเป็นไปโดยอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรอื่นใด จึงจำเป็นต้องตัดอำนาจการควบคุมตรวจสอบจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตามอำนาจหน้าที่ เพื่อคงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาซึ่งถือเป็นสาระสำคัญขององค์กรตุลาการที่จะต้องมีอิสระในการปฏิบัติ

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 109-110

⁵⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548). หน้า 85

ภารกิจในทางตุลาการ แต่ในการใช้อำนาจกรณีอื่น ๆ ที่มีใช้ในทางตุลาการของผู้พิพากษาย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารได้⁵⁷

หากพิจารณาเพียงผิวเผิน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นแลดูแล้วเหมือนจะละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจเสียมากกว่าจะเป็นการส่งเสริม⁵⁸ แต่เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่การทำลายรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่เป็นกลางถือเป็นการให้หลักประกันว่าองค์กรใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด ด้วยเหตุนี้ แนวคิดที่ว่าด้วยการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นการคุ้มครองหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁵⁹

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ กล่าวไว้อีกว่า “ความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น มิได้มุ่งหมายที่จะให้อำนาจในการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่องค์กรที่ใช้อำนาจใดเป็นภาระขององค์กรที่ใช้อำนาจนั้น ๆ เท่านั้น หากตั้งอยู่บนหลักการที่ว่า การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจแต่ละอำนาจจะต้องให้องค์กรที่ใช้อำนาจอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการแต่งตั้งนั้นด้วย อันถือว่าเป็นวิธีการหนึ่งในการควบคุมตรวจสอบ และจากการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจ และก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ กับประชาชนซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจอธิปไตย”⁶⁰

ถ้อยคำดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการให้ความเคารพต่อหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย โดยหลักการนี้เป็นหลักการที่ให้ความเกี่ยวพันในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย จากประชาชนเชื่อมโยงความสัมพันธ์ไปยังองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินการกิจของรัฐ แต่ในขณะเดียวกันก็ได้หมายความว่าทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเสมอไป แต่ไม่ควรมืองค์รัฐใดที่ปราศจากความเกี่ยวพันกับหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 85-87

⁵⁸ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 173

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน. 174

⁶⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 87

การใช้อำนาจตุลาการมีความแตกต่างจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติและบริหาร เนื่องจากไม่ได้มีลักษณะการใช้อำนาจในเชิงนโยบาย แต่เป็นการใช้อำนาจที่ผูกพันต่อกฎหมาย เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยองค์กรของรัฐซึ่งมีผลเป็นการผูกพันคู่กรณีโดยไม่จำต้องคำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีที่จะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลหรือไม่ ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาล จะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการเป็นสำคัญ แต่กระนั้น ศาลก็ยังอยู่ภายใต้หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในแง่ของการแต่งตั้งผู้พิพากษาตุลาการ ดังนั้น การประกันความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการสามารถกระทำได้โดยการให้องค์กรอื่นมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชน เข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะอำนาจรัฐจะต้องใช้เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่ จึงต้องคำนึงถึงพื้นฐานที่มาจากประชาชนเสมอ⁶¹ การที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาจากประชาชนหรือตัวแทนของประชาชน จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในหลักการประชาธิปไตยได้เป็นอย่างดี

2.4 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) นั้น เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของรัฐซึ่งกระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้นโดยประชาชน การเร เดอ มัลแบร์ (Carré de Malberg) กล่าวไว้ซึ่งสรุปได้ว่า “นิติรัฐคือการที่รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ จำกัดอำนาจของรัฐ โดยรัฐไม่สามารถใช้วิธีอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หลักนิติรัฐจึงมีผลกับรัฐสองประการ คือ เมื่อรัฐมีนิติสัมพันธ์กับเอกชน รัฐจะฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายมิได้ และรัฐไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยปราศจากความยินยอมได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นการให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักการนี้ ปัจเจกชนสามารถขอให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลงหรือให้เลิกการกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่มี

⁶¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 89-90

วัตถุประสงค์ในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยประชาชนจะต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐที่มีชอบได้ทุกประเภทที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”⁶²

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ให้ความหมายคำว่าหลักนิติรัฐไว้ว่า⁶³ หลักนิติรัฐหมายถึง หลักการของรัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยหลักนิติรัฐเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ดังนี้

2.4.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักการนี้หมายความว่า การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ นั่นคือเจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจกับประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด

2.4.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ตามหลักนี้หมายความว่า กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรบริหารล่วงล้ำไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎร จะต้องมีความระบอบอย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจเช่นนั้นได้ในกรณีใด และมีขอบเขตอย่างไร และต้องจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรบริหารมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

2.4.3 หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

หลักการนี้หมายความว่า การควบคุมมิให้องค์กรบริหารใช้อำนาจขัดต่อกฎหมายหรือการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นอิสระจากองค์กรบริหารและนิติบัญญัติ โดยอาจเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกออกจากองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไป เช่น ศาลปกครองที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีที่เป็นข้อพิพาทด้านรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

⁶² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. หน้า 279-280 (อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 113-114)

⁶³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 129 (อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. หน้า 21-22)

เมื่อรัฐนั้นยอมรับหลักนิติรัฐ ก็หมายความว่ารัฐนั้นจะต้องยอมตนผูกพันภายใต้กฎหมาย นั่นคือการที่รัฐจะต้องกระทำการใด ๆ ภายใต้กรอบของกฎหมาย และกฎหมายคือกรอบจำกัดการใช้ อำนาจรัฐ นอกจากนี้ การใช้อำนาจรัฐจะต้องสอดคล้องกับความเป็นธรรมตามกฎหมาย คือ ต้องใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมกับทุกคนในรัฐโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงต้องมีหลักนิติธรรม (Rule of Law) ในหลักนิติรัฐ หากผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายที่กำหนดแต่เป็นการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามหลักนิติรัฐมิได้ เพราะการเคารพหลักนิติรัฐมิใช่เพียงการใช้อำนาจภายใต้กฎหมายเท่านั้น แต่ต้องใช้อำนาจตามกฎหมายอย่างเป็นธรรมด้วย⁶⁴

2.5 หลักนิติธรรม

คำว่า "หลักนิติธรรม" มาจากคำในภาษาอังกฤษว่า The Rule of Law นักกฎหมาย รัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey ตำราของเขาที่ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution อธิบาย ความหมายของหลักนิติธรรม โดย Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับควมมีอำนาจอ สูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกัน ต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าวหลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิ ให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้ กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้⁶⁵

ความหมายในเบื้องต้นของหลักนิติธรรม หมายถึง การเคารพเชื่อฟังกฎหมาย หรือ หมายถึงการที่รัฐบาลต้องปกครองด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมาย ใดซึ่ยไม่ได้ให้นิยาม ความหมายของหลักนิติธรรมไว้โดยตรง แต่เขาบอกว่าหลักนิติธรรมนั้นแสดงออกโดยนัย 3 ประการ⁶⁶ คือ

⁶⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 152

⁶⁵ A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885) (London, UK: MacMillan, 1959). (อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, "หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม," [Online]. Available from: <http://www.enlightened-jurists.com/page/100/The-Rule-of-Law.html>)

⁶⁶ จริฎุ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550).

1) การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติของแผ่นดิน

2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ๆ ทุก ๆ คนล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน

3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐมีข้อแตกต่างกัน โดยหลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งและพัฒนาความคิดโดยนักกฎหมายที่ชื่อ Dicey ซึ่งมีอิทธิพลต่อประเทศที่อยู่ในกลุ่มคอมมอนลอว์ องค์ประกอบที่สำคัญมี 3 ประการ⁶⁷ คือ

ประการแรก หลักนิติธรรม (Rule of Law) ยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย (Supremacy of Law) หมายความว่า กฎหมายของแผ่นดินย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจอย่างกว้างขวางของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง ความหมายของ Supremacy of Predominance of Regular Law เปรียบเทียบของประเทศอังกฤษกับประเทศอื่นที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดกว่ากฎหมายอื่นของประเทศที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาตามปกติ แต่ประเทศอังกฤษที่ถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ทำให้กฎหมายที่เป็นรูปพระราชบัญญัติที่รัฐสภาอังกฤษตราขึ้นมีฐานะที่สูงสุดกว่าสิ่งอื่น ไม่ว่าจะมิใช่ฐานะเป็นคำพิพากษาของศาลหรือธรรมเนียมปฏิบัติใด ๆ ที่มีค่าเช่นกฎหมาย

ประการที่สอง หลักความเสมอภาคกันทางกฎหมาย (Equality before the Law) หมายความว่า ทุกคนจะอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง ข้าราชการ หรือราษฎรธรรมดา ก็ต้องใช้กฎหมายเดียวกันและอยู่ภายใต้บังคับของศาลเดียวกัน ทำให้ในอังกฤษไม่มีระบบศาลซึ่งแยกออกเป็นหลาย ๆ ศาล

ประการที่สาม คือ ส่วนหนึ่งที่ได้กล่าวแล้วในประการแรกว่า รัฐธรรมนูญอังกฤษเป็นผลที่เกิดจากกฎหมาย (Ordinary law) ที่พัฒนาโดยศาลยุติธรรม ผ่านวิธีการที่รู้จักกันในประเทศอังกฤษว่าคอมมอนลอว์ซึ่งจะให้ความคุ้มครองทางกฎหมายกับประชาชนทั่วไปไม่เหมือนกับในประเทศอื่น ๆ

⁶⁷ อักษราทร จุฬารัตน, "บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย," นิติรัฐในสังคมไทย, (2522). หน้า 40-43 (อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 120-121)

ที่จะมีการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยกฎหมายที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ Rule of Law เป็นส่วนหนึ่งของคอมมอนลอว์กล่าวคือ หลักกฎหมายของอังกฤษจะเกิดขึ้นและพัฒนาการมาจากคำพิพากษาคัดสินของศาลที่ดำเนินการต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลายาวนานตลอดมา จนสามารถสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่าคอมมอนลอว์ให้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ

ส่วนในประเทศต่าง ๆ ในแถบยุโรปและประเทศอื่น ๆ ที่ส่วนใหญ่ไม่ได้อยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์จะมีหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะตรงกับหลักนิติธรรมในประการแรก คือ การยอมรับความสูงสุดของกฎหมายและพัฒนาหลักดังกล่าวมาเป็นแนวความคิดทางการเมือง และพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายที่เรียกว่า หลักนิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstaat) ซึ่งถือว่า กฎหมายนั้นเป็นกรอบแห่งการใช้อำนาจของรัฐ หรือเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐโดยกฎหมาย มีหลักสำคัญว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐจะดำเนินการใดที่มีผลกระทบต่อประชาชน จะต้องมีความที่มาจากอำนาจหรือมีกฎหมายให้อำนาจไว้เสมอ

2.6 หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นกฎหมาย ซึ่งลักษณะทั่วไปของกฎหมายจะต้องมีความเป็นพลวัต หรือทันต่อยุคสมัย เพราะกฎหมายจะต้องตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมอยู่เสมอ แม้รัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ก็ต้องมีความยืดหยุ่นให้สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระบางประการ โดยไม่ทำลายเจตนารมณ์อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า มีอำนาจหนึ่งซึ่งแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ อันเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง หรือที่ในทางวิชาการเรียกว่า อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (Le Pouvoir Constituant Dérivé)⁶⁸

ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น จะให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคม เมื่อประชาชนคือผู้สร้างระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ประชาชนก็สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องผ่านตัวแทนของประชาชน อันเป็นหลักการของประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) โดยอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยตรง ให้ประชาชนเข้าชื่อกันเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดโดยไม่ต้องผ่านผู้แทนของประชาชน กับการขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอ้อม โดยประชาชนขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝ่ายองค์กรนิติบัญญัติ เพื่อให้ผ่านความเห็นชอบ หากองค์กรนิติบัญญัติไม่ให้ความ

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. หน้า 20

เห็นชอบ ประชาชนต้องออกเสียงลงคะแนนว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธความเห็นขององค์กรนิติบัญญัติ และการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เป็นต้น⁶⁹

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขถ้อยคำ หรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญ⁷⁰ ซึ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะกำหนดให้ยากหรือง่าย มีขั้นตอนวิธีการอย่างไร และให้แก้ไขในเรื่องใดได้บ้างนั้น ย่อมเป็นไปตาม ความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ⁷¹ โดยปกติแล้ว รัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักเกณฑ์ องค์กร และวิธีการแก้ไขไว้ชัดเจน หากไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ จะต้องพิจารณาถึงที่มาของอำนาจในการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จากที่ได้ศึกษาแล้วพบว่า อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีที่มาจากอำนาจ ก่อตั้งองค์กรสูงสุดในทางการเมือง ดังนั้น อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเหนือกว่า อำนาจขององค์กรทางการเมืองที่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถ กระทำได้โดยวิธีการและโดยองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาได้ แต่จะต้องมีองค์กร และกระบวนการที่พิเศษกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา⁷² แต่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั้นมีลักษณะที่ด้อยกว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ หมายความว่า อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญ จะต้องอยู่ภายใต้กรอบ ของรัฐธรรมนูญเดิม⁷³ จะแก้ไขเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ก็แต่ภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญ เดิมวางไว้เท่านั้น

รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรส่วนใหญ่จะกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ชัดเจน แต่ก็มีรัฐธรรมนูญบางประเทศที่ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีได้หมายความว่าประเทศที่

⁶⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 186-187

⁷⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 733

⁷¹ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: โครงการศึกษานโยบาย สาธารณะ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529). หน้า 68 (อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐาน กฎหมายมหาชน. หน้า 187)

⁷² ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษา กรณีมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553). หน้า 29 (อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลัก พื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 187)

⁷³ ปูนเทพ ศิริบุษงค์, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดย องค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)," [Online]. Available from: <https://goo.gl/bZ80YZ>. หน้า 8

ไม่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เพราะรัฐธรรมนูญคือกฎหมายประเภทหนึ่ง ที่มีจุดยึดโยงกับประชาชนและสภาพสังคม เพื่อให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตของประชาชน กฎหมายจึงต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ แต่ก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการที่ว่า รัฐธรรมนูญจะต้องไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่าย เพื่อคงความศักดิ์สิทธิ์ของการเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ในการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้น อาจจะมีการกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขพิเศษ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 กำหนดห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก่อนระยะเวลา 4 ปี เนื่องจากต้องการสร้างความมั่นคงและเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างรีบด่วนจนเกินไป แต่กระนั้นบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่อาจนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้จริง เนื่องจากเมื่อเกิดความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญก็สามารถกระทำได้อยู่ดี⁷⁴ ส่วนประเทศไทยได้กำหนดข้อจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ไม่สามารถกระทำได้ หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า Eternity Clauses หรือบทนิรันดร์⁷⁵ นั่นเอง

2.6.1 กระบวนการและขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.6.1.1 กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการและเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการและเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน เป็นการช่วยให้รัฐธรรมนูญมีความทันสมัยต่อสภาพสังคม เศรษฐกิจ และ

⁷⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 189

⁷⁵ Eternity clauses เป็นถ้อยคำที่ถูกลำเอียงมาใช้ในวงการวิชาการของต่างประเทศ Yaniv Roznai ได้กล่าวไว้ในการวิจัยเรื่อง Unamendability and the Genetic Code of the Constitution ว่า Eternity clauses ก็คือบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในทางวิชาการมีคำเรียกบทบัญญัติในลักษณะนี้หลายคำ เช่น immutable, unchangeable, unalterable, irrevocable, และ perpetual ส่วนคำว่า Eternity clauses ได้รับความนิยมนามากที่สุดจากวงการวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมนี โดยมาจากคำในภาษาเยอรมันว่า "ewigkeitsgarantie" หรือคือคำว่า "eternal" ในภาษาอังกฤษ ซึ่งมีตัวอย่างการใช้คำว่า Eternity clauses หรือ Eternal clauses ในงานวิจัยระดับดุษฎีบัณฑิตของ Sharon Weintal จากมหาวิทยาลัย Hebrew University of Jerusalem เมื่อปี ค.ศ. 2005 ได้ใช้ชื่องานวิจัยว่า "Eternal Clauses in the Constitution" (ที่มา : Yaniv Roznai, "Unamendability and the Genetic Code of the Constitution," New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, (2015). 4-5)

การเมืองในขณะนั้น อีกทั้งยังลดปัญหาการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบนอกระบบด้วยการปฏิวัติรัฐประหารได้อีกด้วย

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมจึงต้องทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา โดยอาจกำหนดให้บุคคลบางประเภทที่สามารถริเริ่มให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น กษัตริย์ (รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1889) ประธานาธิบดี (รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1875) คณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภา เป็นผู้มสิทธิริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่จะกำหนดจำนวนสมาชิกให้มากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ยิ่งไปกว่านั้น บางประเทศได้กำหนดให้ประชาชนสามารถเป็นผู้ริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น รัฐธรรมนูญประเทศสวีตเซอร์แลนด์ ค.ศ. 1999 เป็นต้น

หลังจากผู้ริเริ่มขอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญได้เสนอเรื่องแล้ว รัฐสภา หรือประชาชนจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะแก้ไขหรือไม่ และแก้ไขในเรื่องใดบ้าง ตามแต่รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ กำหนดให้เป็น รัฐสภา เป็นผู้ตัดสินใจ หรือ ประชาชน ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้ริเริ่มในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรหรือบุคคลผู้ทำการแก้ไขอาจจะเป็นรัฐสภา ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยอำนาจนั้นมิใช่อำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นอำนาจในการจัดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่ละประเทศจะกำหนดความยากง่ายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญสำหรับกระบวนการนี้ไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ บางประเทศจะกำหนดให้รัฐสภาทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบกับญัตติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจะแก้ไขเรื่องใดบ้าง ผลที่เกิดขึ้นคือการแก้ไขจะต้องเป็นไปตามที่ลงมติเท่านั้น ห้ามแก้ไขในเรื่องอื่นใดเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ได้ลงมติไว้เป็นอันขาด และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วจะต้องยุบสภาทันที และให้มีการเลือกตั้งใหม่ โดยที่รัฐสภาชุดใหม่จะต้องทำหน้าที่เป็นผู้แก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่ได้ลงมติให้ความเห็นชอบกันไว้ตั้งแต่สมัยรัฐสภาชุดก่อน เป็นต้น

บางประเทศอาจกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น การตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่รัฐสภาตัดสินใจแก้ไขรัฐธรรมนูญ และสมาชิกสภานิติบัญญัติของมลรัฐต่าง ๆ จำนวนสองในสามร้องขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต่อมาจะต้องมีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้น เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องนำไปให้สภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐลงมติให้ความเห็นชอบ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้คะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนมลรัฐทั้งหมด

นอกเหนือจากการให้รัฐสภา ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรพิเศษเช่นสภาร่างรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนก็สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน โดยอาจจะเป็นการให้ประชาชนมาลงประชามติ เช่นประเทศฝรั่งเศส ให้ประชาชนลงประชามติว่าเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ หากประชาชนให้ความเห็นชอบ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก็สามารถใช้บังคับได้ หรือแม้แต่การให้ประชาชนสามารถเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติได้โดยตรง และให้สภานิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบ หากข้อเสนองของประชาชนไม่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติ หรือสภานิติบัญญัติแก้ไขข้อเสนองของประชาชน จะต้องมีการให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนองของสภานิติบัญญัติ ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นที่นิยมมากในประเทศสวิตเซอร์แลนด์และบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา⁷⁶

2.6.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

แม้รัฐธรรมนูญของบางประเทศจะไม่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้บุคคลหรือองค์กรใดทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ ก็มีได้หมายความว่าแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เลยตามที่ได้กล่าวไว้ในช่วงแรกว่า รัฐธรรมนูญคือกฎหมายประเภทหนึ่ง ซึ่งการที่จะทำให้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกแก่สังคมนั้น จะต้องทำให้กฎหมายมีความพลวัตไปตามสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา แต่กระนั้น หลักการสำคัญของกฎหมายจะต้องดำรงคงอยู่เพียงปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัยในส่วนของรายละเอียดบางประการเท่านั้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายสามารถขับเคลื่อนต่อไปได้

เมื่อรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้กำหนดวิธีการหรือเงื่อนไขในการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ผู้ใดสามารถริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ประเด็นนี้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า รัฐธรรมนูญนั้นมีที่มาอย่างไร ผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ด้วยหลักการนี้สามารถปรับใช้กับการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ นั่นคือ ผู้ใดก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญ ผู้นั้นก็สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ตนก่อให้เกิดขึ้นได้เช่นกัน เช่น รัฐธรรมนูญที่ประมุขแห่งรัฐเป็นผู้มอบให้ ตามหลักการเช่นว่านั้น ก็จะต้องสงวนสิทธิการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แก่ประมุขแห่งรัฐ แต่กระนั้นประมุขแห่งรัฐก็ไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจมิได้ มิฉะนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญอาจจะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น จึงควรให้มีการให้ประชาชนออกเสียงลงมติรับรองการแก้ไขรัฐธรรมนูญของประมุขแห่งรัฐไว้ด้วย เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1814 ซึ่งไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และถือว่ากษัตริย์เป็นผู้พระราชทาน

⁷⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 192-193

รัฐธรรมนูญให้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกระทำได้โดยความเห็นชอบร่วมกันระหว่างกษัตริย์และรัฐสภาเสียก่อนจึงจะสามารถแก้ไขได้ หรือรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ค.ศ. 1899 รัฐธรรมนูญโมนาโก ค.ศ. 1911 เป็นต้น⁷⁷

รัฐธรรมนูญบางประเทศก็อาจเกิดขึ้นจากการร่วมกันของประมุขแห่งรัฐกับประชาชน หรือคณะบุคคลจัดให้มีขึ้นโดยอ้างว่าเป็นตัวแทนของประชาชน วิธีการนี้มักเกิดขึ้นจากการปฏิวัติรัฐประหารที่ยังคงให้ความสำคัญกับสถาบันพระมหากษัตริย์แต่ต้องการจำกัดอำนาจของพระองค์ลงให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประชาชนทั้งแผ่นดิน โดยที่กษัตริย์ยอมรับในรัฐธรรมนูญเช่นนั้น เช่น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้มีการบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และได้ถูกยกเลิกไปโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง โดยสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติม แต่ร่างขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับและให้ประกาศใช้โดยความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์ หรืออาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่ราชบัลลังก์ว่างลง ราษฎรจึงเชิญเชื้อพระวงศ์ขึ้นเสวยราชสมบัติโดยจะต้องยอมรับหลักเกณฑ์ของราษฎร เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1830 ที่เป็นการปรองดองกันระหว่างคณะปฏิวัติกับเจ้าชาย Louis-Philippe d'Orléans ที่ทรงสาบานตนว่าจะยอมตนอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และจะเป็นกษัตริย์ของชาวฝรั่งเศส (roi des Français) มีใช้กษัตริย์ของประเทศฝรั่งเศส (roi de France) ทรงครองราชย์เป็นเวลา 18 ปี จนประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคของสาธารณรัฐที่ 2 เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1848

ส่วนรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประชาชนตามครรลองของประชาธิปไตยนั้น ประชาชนจะเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ประชาชนมักจะไม่ลืมนี่จะบัญญัติในส่วนของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแล้วในรัฐธรรมนูญ⁷⁸

2.6.2 วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.6.2.1 รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขได้ง่าย

หมายถึง รัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ส่วนใหญ่แล้วจะใช้กับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี เช่น ประเทศอังกฤษ ที่ยึดหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 195

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 196

Parliament) ทำให้รัฐสภาสามารถออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้ง่ายนั้น ส่งผลดีในการปรับปรุงให้รัฐธรรมนูญสอดคล้องกับสภาพสังคมอยู่ตลอดเวลา แต่ผลเสียคือ ทำให้รัฐธรรมนูญลดความศักดิ์สิทธิ์ลงได้เพราะแก้ไขง่ายตายเกินไป อาจทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกระทบกระเทือนจากการแก้ไขตามอำเภอใจได้

2.6.2.2 รัฐธรรมนูญแบบแก้ไขได้ยาก

โดยส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร มักจะกำหนดเงื่อนไข วิธีการ กระบวนการที่พิเศษ ให้แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา เพื่อเป็นการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้คงความศักดิ์สิทธิ์ ทำให้หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญคงอยู่ได้อย่างมั่นคงถาวรยิ่งกว่า และเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอีกด้วย แม้ว่าจะทำให้รัฐธรรมนูญขาดความยืดหยุ่น เนื้อหาอาจจะไม่มีความทันสมัยต่อสภาพสังคมและสภาวะการณของประเทศในขณะนั้นก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว เนื้อหาในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักจะบรรจุเรื่องสำคัญ หลักการสำคัญที่มีความเป็นสากลไว้เป็นหลัก รายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยลงก็มักจะนำไปบรรจุไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแทน เพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญเกิดความเย็นเยื่อ และทำให้แก้ไขได้ยาก ไม่ทันต่อสภาพการณที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคม ซึ่งบางประเทศก็อาจลงเอยด้วยการฉีกรัฐธรรมนูญ แทนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามครรลองของประชาธิปไตยก็ได้

2.7 แนวคิดเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ก่อนการศึกษาแนวคิดของการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น จะต้องศึกษาถึงแนวคิดการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเสียก่อน ด้วยหลักการและทฤษฎีที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นเป็นเหตุผลที่ชัดเจนว่า เหตุใดจึงต้องมีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กล่าวคือ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายซึ่งเกิดขึ้นจากองค์กรนิติบัญญัติที่เป็นองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญย่อมต้องมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ กฎหมายจึงไม่สามารถมีเนื้อหาหรือกระบวนการตราที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่กระนั้น องค์กรนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายที่มีกระบวนการหรือเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เพื่อพิทักษ์และคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการและองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเหล่านั้น

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเกิดขึ้นกับประเทศที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็มักจะเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบไว้อย่างชัดเจน เมื่อเป็นการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการตรวจสอบกฎหมายประเทศส่วนใหญ่จึงมอบให้เป็นที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการที่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางมากที่สุด ไม่มีความเกี่ยวพันทางการเมืองลึกซึ้งเหมือนฝ่ายบริหาร และองค์กรตุลาการคือผู้ใช้กฎหมายในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี จึงเป็นผู้เชี่ยวชาญในการตีความกฎหมาย ฉะนั้นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้เป็นองค์กรตุลาการ ซึ่งในภาษาอังกฤษเรียกว่า Judicial Review ในเวลาต่อมาก็ได้มีการกำหนดให้องค์กรพิเศษอื่นที่มีอิสระเป็นผู้ตรวจสอบองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

คำว่า Judicial Review มีความหมายตามพจนานุกรมว่า เป็นกระบวนการขององค์กรตุลาการในการทบทวน ตรวจสอบ ควบคุมกฎหมาย หรือวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองว่าตนเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ย่อมเกิดมีอำนาจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและอำนาจในการควบคุมกฎหมายอื่นมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ⁷⁹

ก่อนการศึกษาถึงแนวคิดในการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จะศึกษาแนวคิดการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเสียก่อน ดังนี้

2.7.1 แนวคิดแรกเริ่มของการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายเกี่ยวกับประเภทขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ โดยแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ องค์กรที่ไม่มีใช้องค์กรตุลาการ หรือก็คือองค์กรทางการเมือง กับองค์กรตุลาการ⁸⁰ ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

2.7.1.1 องค์กรที่ไม่มีใช้องค์กรตุลาการ

ประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1799 ตั้งสภาเซนาตหรือสภาอนุรักษ์นิยมขึ้น คูณวิเนนเหมือนกับว่าสภานี้จะมีอิสระ เพราะสมาชิกสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีวิต ไม่สามารถ

⁷⁹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 685

⁸⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 48-54

ปลดหรือไล่ออกได้ ทั้งสมาชิกของสภาเซนาตนี้ไม่อาจดำรงตำแหน่งอื่นได้อีก แต่กระนั้น ในความเป็นจริงแล้ว สภาเซนาตเป็นเพียงเครื่องมือของนโปเลียน โบนาปาร์ต เท่านั้น⁸¹

2.7.1.2 องค์กรตุลาการ

ลักษณะขององค์กรตุลาการ คือ ต้องใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท อรรถคดี คำวินิจฉัยจะต้องเป็นที่สุดและเป็นเด็ดขาด ไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยองค์กรอื่นอีก (res judicata) เว้นแต่โดยองค์กรตุลาการในลำดับสูงขึ้นไปตามกระบวนการพิจารณาตามปกติเท่านั้น ซึ่งกระบวนการพิจารณาทำคำวินิจฉัยจะต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน การพิจารณาลับอาจกระทำได้ต่อเมื่อมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรือการพิจารณาโดยเปิดเผยจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ โดยกระบวนการพิจารณาจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำสืบพยานหลักฐานเพื่อรักษาสិทธิประโยชน์ของตนได้ด้วย และการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องเป็นไปโดยอิสระ ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรใดไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม องค์กรใดที่เข้าลักษณะเช่นว่ามาทั้งหมดนี้ย่อมเป็นองค์กรตุลาการ ไม่ว่าองค์กรนั้นจะมีชื่อว่าเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่ก็ตาม ซึ่งองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ศาลยุติธรรมที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั่วไป ที่แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ศาลยุติธรรมที่ผู้พิพากษาสามารถพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้เหมือนคดีลักษณะอื่นโดยไม่แบ่งแยกผู้พิพากษาไว้เป็นการเฉพาะ กับศาลยุติธรรมที่มีการแบ่งแยกผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ และประเภทที่สองคือ ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นในลักษณะองค์กรตุลาการให้อำนาจหน้าที่พิจารณาเฉพาะกรณีพิพาทด้านรัฐธรรมนูญเท่านั้น

2.7.1.2.1 ศาลยุติธรรมที่ไม่ได้แบ่งแยกผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ

รัฐธรรมนูญบางประเทศได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมไว้อย่างชัดแจ้ง แต่โดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญมักเปิดช่องว่างว่าให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้แต่ไม่เจาะจงถึงตัวองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงมักอ้างว่าเป็นอำนาจของตนเองโดยการตีความจากรัฐธรรมนูญที่เปิดช่องไว้ คดี Marbury v Madison⁸² ที่ศาล

⁸¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พานิชสุภผล, 2495). หน้า 375 (อ้างถึงใน สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 54)

⁸² "Marbury V Madison," (Supreme Court of the United States of America, 1803). ความตอนหนึ่งกล่าวว่า "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret

ฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาโดยผู้พิพากษา John Marshall วินิจฉัยว่า ศาลทั้งหลายทั่วประเทศย่อมมีอำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยมาร์แชลให้ความเห็นในคดีดังกล่าวว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจควบคุมกฎหมายในลักษณะขัดขวาง แต่ในทางกลับกัน ก็มีข้อความอันนำมาซึ่งอำนาจนี้อย่างแจ่มชัดโดยรัฐธรรมนูญให้อำนาจตุลาการแก่ศาล จึงน่าจะเป็นขอบเขตและหน้าที่สำคัญของศาลยุติธรรมที่กล่าวว่กฎหมายคืออะไร นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายพิเศษ เป็นกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง ดังที่ปรากฏในมาตรา 6 ที่บัญญัติให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ในวิถีทางของศาลที่จะทำให้คดีระหว่างคู่กรณีเสร็จสิ้นลงนั้น ศาลย่อมต้องตกลงใจว่ากฎหมายคืออะไร หากพบว่ามีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายสองฉบับ ศาลต้องตัดสินใจใช้กฎหมายฉบับหนึ่งในระหว่างกฎหมายที่ขัดแย้งกันนั้นบังคับแก่คดี และหากกรณีกฎหมายของสภาองเกรสขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักการของมาตรา 6 ย่อมต้องใช้รัฐธรรมนูญบังคับแก่คดี ดังนั้น ผู้พิพากษามาร์แชลจึงยกเหตุผลที่ว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทั้งหมด ซึ่งมีผลให้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมเสียเปล่าหรือเป็นโมฆะไปเสีย⁸³

that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply.” ซึ่งผู้วิจัยแปลความได้ดังนี้ “องค์กรตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นกฎหมาย เป็นผู้พิพากษาตัดสินคดีความจะต้องเป็นผู้ตีความกฎหมายที่บังคับใช้แก่คดีนั้น หากกฎหมายขัดแย้งกัน ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าจะบังคับใช้กฎหมายอย่างไร เช่นกัน หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ และทั้งกฎหมายและรัฐธรรมนูญต่างนำไปใช้ในการพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาว่า คดีนั้นต้องใช้กฎหมายบังคับโดยไม่ต้องพิจารณาในส่วนของรัฐธรรมนูญ หรือต้องใช้รัฐธรรมนูญบังคับ โดยไม่ต้องพิจารณาในส่วนของกฎหมาย ศาลจะต้องวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ใดจะต้องนำไปใช้บังคับแก่คดีนั้น นี่คือนิติหน้าที่หลักของฝ่ายตุลาการ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งศาลต้องเคารพหลักการนี้ รัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่กฎหมายธรรมดา จะต้องนำไปบังคับใช้แก่คดีทั้งปวง” คำวินิจฉัยในตอนท้ายนี้ สรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายธรรมดา หากกฎหมายธรรมดาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายธรรมดานั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้กับคดีนั้นเท่านั้น

⁸³ วิจิตรา ฟุ่งลัดดา, "ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ" (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523). หน้า 67

รวมไปถึงข้อเขียนของ Alexander Hamilton ใน The Federalist ในหมวดองค์การตุลาการไว้ตอนหนึ่งที่น่าสนใจว่า "ไม่มีกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับต่อไปได้ เช่นเดียวกันกับรองหัวหน้าจะใหญ่กว่าหัวหน้าไม่ได้ คนใช้จะอยู่เหนือนายไม่ได้ ผู้แทนของปวงชนจะอยู่เหนือปวงชนก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน ... และการให้ศาลสามารถตีความกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ก็มีได้หมายความว่าศาลจะมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ มีเพียงประชาชนเท่านั้นที่จะมีอำนาจเหนือกว่าทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการ ... เมื่อเราเข้าใจหลักการที่ว่า กฎหมายลำดับสูงกว่าย่อมอยู่เหนือกฎหมายลำดับต่ำกว่า หากพบว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นหน้าที่ของศาลที่จะยึดหลักการตามรัฐธรรมนูญและไม่นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับ"⁸⁴

โดยมุมมองทางกฎหมายของมาร์แชลและแฮมิลตันเป็นการจุดประกายแนวคิดที่ให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

หลักการเช่นนี้สามารถพบได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489⁸⁵ ในคดีอาชญากรรมสงคราม ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลในฐานะเป็นผู้ใช้กฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นหรือไม่เป็นกฎหมาย แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเพียงผู้เดียวก็ตาม ประเทศที่ใช้ระบบนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และโคลัมเบีย⁸⁶

รัฐธรรมนูญแห่งญี่ปุ่นยอมรับหลักการให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นของศาลยุติธรรม โดยมาตรา 81 แห่ง

⁸⁴ Alexander Hamilton, John Jay, and James Madison, *The Federalist*, eds. George W. Carey and James McClellan (Indiana, US: Liberty Fund, Inc., 2001). 403-405

⁸⁵ "คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489." เป็นคดีที่ศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ.2488 ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อาจกล่าวได้ว่าศาลฎีกาทำหน้าที่เป็นศาลอาชญากรรมสงครามนั่นเอง คดีนี้จึงมิได้อยู่ในสารบบความของศาลฎีกา ซึ่งมีคำวินิจฉัยบางส่วนกล่าวไว้ดังนี้ "รัฐธรรมนูญมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เป็นข้อบัญญัติตัดอำนาจศาลที่จะตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจึงมีอำนาจตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความหมายของกฎหมาย หากไม่ให้ศาลแปล ศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้"

⁸⁶ สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 51-52

รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นที่มีผลใช้บังคับในวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1947 นั้น กำหนดไว้ว่า "ศาลสูงสุดเป็นศาลแห่งหนทางสุดท้ายด้วยอำนาจที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ คำสั่ง กฎข้อบังคับ หรือการกระทำของข้าราชการ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้ร่างขึ้นโดยนายพลดักลาส แม็คอาเธอร์ (General Douglas MacArthur) โดยเอาแบบอย่างของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามาบัญญัติไว้ แม้ในอดีตสมัยที่รัฐธรรมนูญเมจิใช้บังคับจะไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการตรวจสอบการใช้อำนาจของสภาไดเอทก็ตาม ด้วยสาเหตุที่ว่า กฎหมายของสภาไดเอทนั้นชัดเจนแจ่มแจ้งแล้ว ไม่จำเป็นต้องให้ศาลมาควบคุมตรวจสอบอีก แต่ภายหลังจากการพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ญี่ปุ่นต้องยอมรับหลักการดังกล่าวที่สหรัฐอเมริกาวางไว้ให้ แม้ญี่ปุ่นจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ก็ตาม⁸⁷

แต่กระนั้น แนวคิดในการให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีผู้คัดค้าน โดยฝ่ายที่คัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มี 2 สำนัก⁸⁸ คือ

1) สำนัก Self-restraint ที่เน้นให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมที่เกิดจากตัวผู้พิพากษาเองในส่วนที่เกี่ยวกับชื่อเสียงและความเสียหายอันจะเกิดแก่ภาพลักษณ์ของผู้พิพากษา โดยอ้างว่า ปัญหาการขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้เป็นเรื่องเหนือวัตถุประสงค์แห่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากผู้พิพากษาดูแลการไปเกี่ยวข้องด้วยจะเป็นที่ถกเถียงกันถึงสถานภาพของผู้พิพากษาได้ เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาของนักรบการเมือง มิใช่ปัญหาที่ผู้พิพากษาจะเข้าไปเกี่ยวข้อง เพราะอาจทำให้ความเชื่อมั่นและความเคารพต่อสถาบันตุลาการหมดไปได้

2) สำนัก Activism ที่เห็นว่า ผู้พิพากษาที่มีความคิดก้าวหน้าอาจคำนึงถึงผลประโยชน์ในการใช้สิทธิโต้แย้งว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยอ้างสิทธิอันชอบธรรมในการวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม เพราะผู้พิพากษาอาจพิจารณาโดยขาดความระมัดระวัง หรือมีเจตนาที่ต้องการกำจัดกฎหมายที่ตนเห็นว่ามิมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมจนไม่คำนึงถึงว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่

นอกจากสองสำนักความคิดนี้แล้ว ยังมีเหตุผลอื่น ๆ ที่คัดค้านการให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁸⁹ ดังนี้

⁸⁷ วิจิตรา พุ่งลัดดา, "ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ." หน้า 101-102

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 104-105

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 105-107

1) การให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยยอมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะการแบ่งแยกอำนาจ ศาลยุติธรรมมีอำนาจเพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจพิจารณาการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หากให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมเป็นการให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการก้าวก้าวหรือแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้ศาลยุติธรรมมีสถานะที่สูงกว่าองค์กรอื่น ๆ Judge Gibson แห่งศาลฎีกาอเมริกันวิลเฮียม ดี. บราวเนอ ได้ให้ความเห็นว่า กรณีนี้อาจเป็นการแย่งชิงอำนาจนิติบัญญัติของผู้พิพากษา ซึ่งความเป็นจริงแล้ว หากกฎหมายเกิดข้อผิดพลาดขึ้น ก็สามารถทำให้ถูกต้องใหม่ได้โดยผ่านการให้ประชาชนใช้สิทธิออกเสียงแสดงประชามติ (Referendum) ได้ หรืออาจโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น สภาคองเกรสและประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาแก้ไขรัฐธรรมนูญจากคดีที่เกี่ยวกับการแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยภาษี เมื่อปี ค.ศ. 1913 เพื่อประโยชน์ของมหาชน

2) ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยอิสระ เนื่องจากการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้ง ทำให้พรรคการเมืองที่สนับสนุนผู้พิพากษานั้นอาจเข้ามาแทรกแซงการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอันเสียเปล่าไป

3) การพิจารณาของผู้พิพากษาอาจขาดความระมัดระวังและความรอบคอบเนื่องจากเชื่อในความเห็นของตนฝ่ายเดียว อาจเกิดความผิดพลาดในการวินิจฉัยคดีได้

4) การที่ศาลยุติธรรมทุกประเภทมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทำให้ขาดความแน่นอนและความน่าเชื่อถือ เนื่องจากเมื่อศาลชั้นต้นตัดสินแล้ว อาจมีการเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยโดยศาลสูงกว่าได้ ดังนั้น หากจะให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมก็ควรให้เป็นอำนาจของศาลสูงสุดเพื่อความชัดเจนแน่นอนของคำวินิจฉัย

5) การให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา ทำให้ศาลยุติธรรมกลายเป็นเครื่องมือสนับสนุนให้สหรัฐมีอำนาจเหนือมลรัฐ

6) การให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจเป็นอุปสรรคในการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจได้ เช่น คำวินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วย track-system เป็นกฎหมายที่ขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของประชาชน หรือการไม่ยอมรับโครงการ New Deal ของประธานาธิบดี Franklin D. Roosevelt ซึ่งเป็นโครงการปฏิรูปสังคมและโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่สำคัญยิ่งในช่วงเศรษฐกิจตกต่ำอย่างหนัก (The Great

Depression) ทำให้ประชาชนรู้สึกว้าวน่ากลัว การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร มากจนเกินไป ทำให้ภายหลังจากนั้น ศาลยุติธรรมรับรู้ต่อมาตรการใหม่ทางเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น จึงใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายน้อยลง

2.7.1.2.2 ศาลยุติธรรมที่แบ่งแยกผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ

รัฐธรรมนูญของประเทศสวีตเซอร์แลนด์ได้กำหนดให้การพิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญถูกแยกไว้เป็นแผนกต่างหากจากคดีอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการตั้งศาลชำนาญพิเศษของไทย เนื่องจากคดีรัฐธรรมนูญเป็นคดีที่มีความสำคัญและละเอียดอ่อน มีความเกี่ยวพันกันในด้านผลประโยชน์ของรัฐและเอกชน ทั้งยังต้องใช้นิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างจากกฎหมายเอกชน หากให้ผู้พิพากษาที่เชี่ยวชาญเฉพาะคดีทั่วไปมาพิจารณาวินิจฉัย ก็อาจนำวิธีคิดหรือการตีความกฎหมายแพ่งหรืออาญามาใช้กับคดีรัฐธรรมนูญและอาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการจัดตั้งแผนกพิเศษดูแลคดีรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่ก็กำหนดให้มีแผนกดังกล่าวเฉพาะในศาลชั้นต้นเท่านั้น ในลำดับชั้นที่สูงขึ้นไปคือชั้นอุทธรณ์และฎีกา ยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามปกติ⁹⁰

ในการศึกษาระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการนี้ ระบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบเรียกว่า การตรวจสอบในระบบ Decentralized หรือ Diffused หรือแปลได้ว่าศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวสามารถใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้ทุกประเภทคดี หรือก็คือการให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมสามารถวินิจฉัยคดีได้ทุกอย่าง ซึ่งมีลักษณะของการตรวจสอบอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1) ผู้พิพากษาทุกคนมีหน้าที่ตีความกฎหมายในคดีที่พ้องหมายความว่า ผู้พิพากษาของศาลทุกศาล ไม่เพียงเฉพาะศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะมีอำนาจหน้าที่ในการตีความและตรวจสอบกฎหมาย แต่รวมไปถึงผู้พิพากษาในศาลล่างทุกศาล และผู้พิพากษาของทุกมลรัฐอีกด้วย

2) การตีความกฎหมายของศาลในสหรัฐอเมริกา นั้น จะเป็นการที่มีประเด็นพิพาทว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ ผู้พิพากษาจะต้องถือเอาหลักการและบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ กรณีที่พบว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องเพิกเฉยไม่ใช้กฎหมายนั้นและปฏิบัติตามบทบัญญัติของ

⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้าเดียวกัน

รัฐธรรมนูญ (La premiere des lois) หรือหลักการที่ว่า “รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายทั้งหมด” และในกรณีที่กฎหมายสองฉบับขัดหรือแย้งกันเอง ผู้พิพากษาจะต้องตีความกฎหมายตามหลักการต่อไปนี้

2.1) กรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับตราขึ้นด้วยอำนาจในการตรากฎหมายที่มีระดับเดียวกัน (Equal Normative Force) จะใช้หลักการ Lex posterior derogat legi priori (กฎหมายที่ตราขึ้นภายหลังเป็นอันยกเลิกกฎหมายที่ตราขึ้นก่อน) และหลัก Lex specialis derogat legi generali (กฎหมายเฉพาะเป็นการยกเลิกกฎหมายทั่วไป) เพื่อพิจารณาว่า จะต้องยึดกฎหมายใดในการตีความและบังคับใช้แก่คดี

2.2) กรณีที่กฎหมายทั้งสองฉบับตราขึ้นโดยอำนาจในการตรากฎหมายที่มีระดับแตกต่างกัน (Different Normative Force) นั้น โดยปกติจะใช้หลัก Lex superior derogat legi inferiori (กฎหมายลำดับสูงกว่ายกเลิกกฎหมายลำดับต่ำกว่า)⁹¹

3) ผลของการตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้พิพากษาเพียงคู่ความในคดี ไม่มีผลเป็นการทั่วไป (inter partes) ให้องค์กรอื่นต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยเช่นนั้น แต่กระนั้น สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ซึ่งยึดหลักการที่ว่า ศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายได้ และต้องยึดถือคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานเสมือนหลักกฎหมาย (หลัก stare decisis) ทำให้ศาลล่างจะต้องยึดถือหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลสูง⁹² ก็เปรียบเสมือนเป็นการผูกพันศาลล่างและองค์กรอื่นไปโดยปริยาย แต่กระนั้น หลักการเช่นว่าก็มีได้ทำให้ผลผูกพันของคำวินิจฉัยที่จะผูกพันแก่องค์กรอื่นมีความเข้มข้นเท่ากับการกำหนดไว้ชัดแจ้งให้คำพิพากษาของศาลมีลักษณะเป็น erga omnes แต่กระนั้น การนำหลัก stare decisis ไปใช้โดยศาลของสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีความเข้มงวดมากเท่าอังกฤษ ซึ่งเห็นได้ชัดจากการตีความกฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทำให้เกิดความคิดสร้างสรรค์ในการตีความรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น⁹³

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ Decentralized นี้ ยึดถือหลักการที่ว่า ศาลมิได้เป็นองค์กรที่อยู่เหนือกว่ารัฐบาล แต่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะศาลต้องนำกฎหมายใช้บังคับแก่

⁹¹ Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (United States of America: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971). 52-53

⁹² เรื่องเดียวกัน. 56

⁹³ เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน

คดี ศาลจึงต้องตีความกฎหมาย เมื่อกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับแก่คดีมิได้ และเนื่องจากศาลเป็นเพียงผู้ใช้และแสดงความเป็นอยู่ของกฎหมาย (Declaration) เท่านั้น คำพิพากษาของศาลจึงมีผลเฉพาะคู่ความเท่านั้น (Inter partes)⁹⁴

ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมตรวจสอบในรูปแบบ Decentralized หรือการให้ศาลยุติธรรมทั่วไปทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมักจะกำหนดกระบวนการตรวจสอบให้เป็นไปในลักษณะรูปธรรม หรือที่เรียกว่าการตรวจสอบแบบ Incidenter⁹⁵ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบรูปธรรม (concrete judicial review) รูปแบบการตรวจสอบแบบรูปธรรมหมายถึง การให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายแล้ว โดยศาลได้นำกฎหมายใช้บังคับแก่คดีและมีการขอให้ศาลวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เนื่องจากมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ภายใต้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายคดีไป ประเทศที่ใช้กระบวนการตรวจสอบแบบรูปธรรมนี้ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ญี่ปุ่น นอร์เวย์ สวีเดน และเดนมาร์ก

2.7.1.2.3 ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีพิพาทด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

แม้จะมีคดีที่แสดงให้เห็นชัดถึงอำนาจของศาลในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่กระนั้นก็ยังมีความปัญหาให้ถกเถียงในทางวิชาการว่า กฎหมายนั้นเกิดขึ้นจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน กฎหมายเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกันของปวงชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซ การที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายให้แก่ฝ่ายตุลาการย่อมเป็นการมอบอำนาจให้องค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่ง ก้าวล่วงการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่งได้ แต่ผลพวงจากประวัติศาสตร์โลกในยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 ทำให้ประเทศในทวีปยุโรปต่างเล็งเห็นความสำคัญของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลังจากได้พิจารณาถึงความเหมาะสมเป็นระยะเวลาอันนาน จึงได้ตกลงใจให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาได้แตกแขนงความคิดออกไปตามระบบกฎหมายและระบบศาลที่แตกต่างกันไปทั่วโลก

⁹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540," [Online]. Available from: http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_14.pdf. หน้า 7

⁹⁵ Cappelletti, M., *Judicial Review in the Contemporary World*. 69-71

2.7.1.2.3.1 ที่มาของแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

แนวคิดของ Hans Kelsen นักกฎหมายชาวออสเตรีย ที่เป็นผู้ก่อกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกของโลก โดยปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรัฐธรรมนูญออสเตรีย ปี ค.ศ. 1920 และเคลเซนก็ได้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1920 ถึง 1929 ซึ่งเดิม George Jellinek เคยแสดงความเห็นให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรียขึ้นก่อนหน้านั้น เมื่อปี ค.ศ. 1885 ในช่วงเวลานั้น ความเห็นส่วนใหญ่ของนักวิชาการเห็นว่ารัฐสภาเป็นผู้ให้หลักประกันแก่กฎหมายรัฐธรรมนูญและคำสั่งทั้งปวงอย่างไม่มีข้อผิดพลาด แต่ Jellinek เห็นว่าในกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจในทางมิชอบ ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน กรณีนี้สมควรให้มีองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา โดย Jellinek เสนอให้เป็นองค์กรตุลาการทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งต่อมา เคลเซนและลูกศิษย์ของเขา Adolf Julius Merkl ได้แสดงความเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวของ Jellinek และเคลเซนเองก็ปฏิเสธหลักการแบ่งแยกอำนาจแบบเด็ดขาด โดยให้เหตุผลว่าหลักการดังกล่าวไม่ใช่ธรรมชาติของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังที่เคลเซนได้กล่าวไว้เมื่อปี ค.ศ. 1920 ว่า "มีเพียงการให้เหตุผลในทางทฤษฎีหรือเจตจำนงในทางการเมืองที่ไม่สุขุมรอบคอบเท่านั้นที่จะสามารถอธิบายหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าเป็นหลักการของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย"⁹⁶

ภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญออสเตรีย ปี ค.ศ. 1920 กระแสการให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแผ่ขยายไปทั่วทวีปยุโรป โดยในการจัดบรรยายพิเศษของคณาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนทั่วทวีปยุโรปเมื่อปี ค.ศ. 1928 ที่บรรยายในหัวข้อเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมี Heinrich Triepel และ Hans Kelsen อภิปราย โดยทั้งสองเห็นสมควรให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเคลเซนเสนอการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะนามธรรม กล่าวคือ ให้ตรวจสอบก่อนการประกาศใช้กฎหมาย โดยให้รัฐสภาหรือรัฐบาลเป็นผู้เสนอเรื่องสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอของเคลเซนมาจากหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Laws) ที่อธิบายได้ว่า การ

⁹⁶ Tamara Ehs, "Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review," [Online]. Available from: <https://goo.gl/LL6ONz>. 459

ตรากฎหมายจะต้องได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญเสียก่อน หรือแปลความได้ว่า กฎหมายนั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง⁹⁷

หลังจากการสัมมนาอาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนแห่งทวีปยุโรป Carl Schmitt ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนในประเทศเยอรมนี ได้เขียนหนังสือเรื่อง “The Guardian of The Constitution (ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ)” ขึ้น เมื่อปี ค.ศ. 1931 โดยมีเนื้อหาสาระสรุปได้ว่า สมิตต์เห็นว่า ผู้ที่สมควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ คือประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ (Reich) เนื่องจากประธานาธิบดีเป็นผู้ได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน มีความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งประธานาธิบดีมีความเป็นกลางทางการเมือง (Neural power) ซึ่งสมิตต์ได้แย้งหลักการให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยกล่าวพาดพิงถึงกระบวนการตรวจสอบในรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาทำหน้าที่ตรวจสอบ สมิตต์เห็นว่าระบบดังกล่าวเป็นระบบกฎหมายแบบ Anglo-Saxon ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของภาคพื้นทวีปยุโรป แนวคิดในการตั้งศาลเฉพาะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในความเห็นของสมิตต์เห็นว่าเป็นการลากเอาผู้พิพากษามายู่กับประเด็นปัญหาทางการเมือง แต่ประเด็นที่ว่ากฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดีขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น สมิตต์เห็นว่าศาลแห่งคดีสามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ เพราะลักษณะของข้อพิพาทในศาลปกติกับศาลพิเศษแตกต่างกัน กลางคือ เมื่อเกิดประเด็นในศาลว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่ารัฐบัญญัติที่ใช้แก่คดีขัดกับ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” หรือไม่ ไม่ใช่ประเด็นว่ารัฐบัญญัติขัดกับ “รัฐธรรมนูญ” หรือไม่ ดังนั้น ศาลจึงไม่มีทางแตะต้องถึงรัฐธรรมนูญ ศาลทำได้เพียงเทียบรัฐบัญญัติกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่หากจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้นมาย่อมเกิดเป็นปัญหา เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาล ผู้พิพากษาตัดสินใจและใช้ดุลพินิจโดยแท้ คำพิพากษาไม่ได้เกิดจากการนำกฎหมายมาสกัดให้เป็นรูปธรรมแก่คดี สำหรับการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ศาลมีโอกาสใช้และตีความรัฐธรรมนูญเพื่อบอกว่ารัฐธรรมนูญเป็นอย่างไร ย่อมทำให้ศาลสามารถแตะต้องแก่นของรัฐธรรมนูญ ศาลจึงกลายเป็นผู้มีอำนาจกำหนดว่ารัฐธรรมนูญคืออะไร ทำให้ศาลเข้ามาวินิจฉัยประเด็นการเมืองและอยู่เหนือกฎหมายทั้งหมดผ่านการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ⁹⁸

⁹⁷ Lars Vinx, The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2015). 7

⁹⁸ ปิยบุตร แสงกนกกุล, "ทฤษฎีรัฐธรรมนูญ" ของ Carl Schmitt, รัฐศาสตร์สาร ปีที่ 35, ฉบับที่ 3 (2557). หน้า 118-119

นอกจากนั้น ชมิตต์ยังเห็นว่าการจัดตั้งศาลเฉพาะเพื่อทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดต่อต้านประชาธิปไตย เพราะเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการ ซึ่งประกอบด้วยข้าราชการอาชีพที่อยู่ในตำแหน่งไม่อาจถูกโยกย้ายได้ใช้อำนาจโต้แย้งกับสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ทำให้ตุลาการเปรียบเสมือนอภิสิทธิ์ชนที่ใช้อำนาจตรวจสอบองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจจากเสียงข้างมากของประชาชน หากปล่อยศาลให้อยู่เหนือองค์กรอื่น ๆ เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญแล้วไซ้ หมายความว่าศาลเฉพาะได้ไปแตะต้องการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว⁹⁹ อีกทั้งผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องมีความเป็นอิสระ และเป็นกลางทางการเมือง โดยชมิตต์นำหลักการของ Benjamin Constant เรื่อง Pouvoir neuter (อำนาจที่เป็นกลาง) มาใช้ในการสนับสนุนความคิดของตน ทักษะของชมิตต์นั้นเห็นว่าสมควรให้เป็นประธานาธิบดีทำหน้าที่ดังกล่าว เพราะรัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้เป็นผู้แต่งตั้งข้าราชการ (มาตรา 46) การพิจารณาอภัยโทษ (มาตรา 49) และการลงนามในกฎหมาย (มาตรา 70) จึงเป็นตำแหน่งที่มีความเป็นไปได้มากที่สุดในการคานอำนาจรัฐสภา¹⁰⁰ อีกทั้งประธานาธิบดียังมีหน้าที่ในการเดินหน้าระบบรัฐธรรมนูญในยามที่บรรดาพรรคการเมืองไม่สามารถรักษาเสถียรภาพในการบริหารประเทศไว้ได้ ซึ่งชมิตต์ได้แนวคิดเรื่องอำนาจที่เข้มแข็งของประธานาธิบดีมาจาก Max Weber ที่มีอิทธิพลอย่างสูงในรัฐธรรมนูญไวมา¹⁰¹ ชมิตต์แสดงทัศนะต่อไปว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการกระทำในทางการเมือง เป็นการให้เหตุผลในทางการเมือง มิใช่การให้เหตุผลในทางกฎหมายดังที่เคลเซนเข้าใจ แม้กระทั่งการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงเป็นการกระทำในทางการเมือง ไม่ใช่ประเด็นปัญหาที่ฝ่ายตุลาการจะเข้ามาใช้อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบแต่อย่างใด เมื่อฝ่ายตุลาการไม่ใช่องค์กรทางการเมืองย่อมไม่ควรมาวินิจฉัยกรณีพิพาทในเชิงการเมือง และหากให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าวจริง สุดท้ายศาลรัฐธรรมนูญก็จะถูกบีบให้ต้องใช้เหตุผลทางการเมืองในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยไม่สามารถใช้เหตุผลทางกฎหมายประกอบการวินิจฉัยได้¹⁰² นอกจากนี้ ชมิตต์อ้างมาตรา 42 ในรัฐธรรมนูญไวมา¹⁰³ ว่ามีเนื้อหาชัดเจนให้ประธานาธิบดีแห่ง

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 119-120

¹⁰⁰ ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, "ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิตต์และฮัลส์ เคลเซน."

¹⁰¹ Vinx, L., The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. 12

¹⁰² เรื่องเดียวกัน. 9

¹⁰³ Article 42 "On assuming office, the Reich President shall take the following oath before the Reichstag:

สหพันธ์ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยชมิตต์เห็นว่า ฝ่ายตุลาการของเยอรมนีนั้นเป็นข้าราชการที่ได้รับแต่งตั้งมาจากประธานาธิบดีอีกต่อหนึ่ง และการให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” ย่อมเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่เหมาะสมและไม่เป็นประชาธิปไตยตามแนวคิดของเขา เพราะไม่เป็นการสะท้อนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนที่ชมิตต์เห็นว่า เป็นเจตนารมณ์แห่งประชาธิปไตยที่แท้จริงเพียงหนึ่งเดียว¹⁰⁴

ในเวลาต่อมา เคลเซนได้เขียนบทความโต้ตอบบทความของชมิตต์ในชื่อเรื่องว่า “Who Ought to be the Guardian of the Constitution? (ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ)” โดยยืนยันแนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเคลเซนมองว่า การยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่ใช่การใช้อำนาจในการตรากฎหมาย แต่เป็นการทำลายมันลง โดยศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็น “ฝ่ายนิติบัญญัติเชิงปฏิเสธ” (Negative Legislator)

เคลเซนเห็นว่า การใช้ระบบเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ให้ศาลยุติธรรมทั่วไปทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยไม่ปรับใช้กฎหมายนั้นแก่คดีและยกเลิกเสีย ผลของคำวินิจฉัยจะมีผลผูกพันเพียงคู่ความในคดีนั้นเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากการให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าวที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันทุกองค์กร

นอกจากนั้น เคลเซนไม่เชื่อถือในข้อโต้แย้งของชมิตต์ที่กล่าวว่า ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีความเป็นกลางทางการเมือง โดยเฉพาะเหตุผลของชมิตต์ที่ว่า ประธานาธิบดีมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ซึ่งเคลเซนเห็นว่า คำว่าประชาชนนั้นหมายถึงเสียงข้างมากเท่านั้นที่เลือกประธานาธิบดีขึ้นมาดำรงตำแหน่ง ไม่ได้แสดงถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนทั้งชาติแต่อย่างใด และการอ้างว่าประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และจะทำให้ประธานาธิบดีมีความชอบธรรมในการเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญก็เห็นจะเป็นการไม่เหมาะสม เนื่องจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนในกรณีนี้ไม่ได้เกิดขึ้นแต่ประการใด¹⁰⁵ ความ

I swear to devote my energies to the well-being of the German people, to further their interests, to guard them from injury, to maintain the Constitution and the laws of the Reich, to fulfill my duties conscientiously, and to administer justice for all.

It is permissible to add religious affirmation.”

¹⁰⁴ Vinx, L., The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. 15

¹⁰⁵ เรื่องเดียวกัน. 14

ตั้งใจของเคลเซนในการให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกระทำของฝ่ายรัฐบาลนั้นมีเจตนาต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่คุ้มครองและให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของเสียงข้างน้อยในการต่อสู้กับเสียงข้างมาก ในกรณีที่เสียงข้างมากไม่ได้ปฏิบัติตามหลักนิติธรรมและใช้อำนาจในทางมิชอบ ทำให้เสียงข้างน้อยได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น

เคลเซนได้โต้แย้งขมิตต์ที่อ้างถึงรัฐธรรมนูญไว้มาร์ มาตรา 42 ที่กล่าวว่า ในการสาบานตนเข้ารับตำแหน่งของประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ ประธานาธิบดีจะต้องเป็นผู้รักษารัฐธรรมนูญ นั้น เคลเซนเห็นว่า ถ้อยคำดังกล่าว ประธานาธิบดีจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่ากับว่า ประธานาธิบดีเป็นทั้งผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและเป็นผู้พิทักษ์กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย และการที่ขมิตต์เห็นว่าประธานาธิบดีแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญก็เป็นการเข้าใจคลาดเคลื่อน เนื่องจากไม่มีองค์กรใดที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว แต่โดยทุกองค์กรซึ่งรวมถึงประชาชน สามารถเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น¹⁰⁶

สิ่งที่ขมิตต์ละไว้ไม่กล่าวถึงในส่วนของอำนาจของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์คือ อำนาจตามมาตรา 48 วรรคสอง ที่ให้ประธานาธิบดีสามารถใช้กองกำลังติดอาวุธในการรักษาความสงบเรียบร้อยในประเทศได้ ในกรณีที่ความปลอดภัยของสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยของอาณาจักรถูกทำลายหรือตกอยู่ในอันตราย โดยประธานาธิบดีสามารถยกเว้นการใช้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ได้อีกด้วย ซึ่งเคลเซนเห็นว่าอำนาจดังกล่าวของประธานาธิบดี แสดงให้เห็นชัดถึงความไม่เป็นกลางทางการเมือง ทำให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจดังกล่าวเกินขอบเขตและผันตัวให้กลายเป็นเผด็จการได้ในที่สุด และด้วยอำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 48 วรรคสอง จึงเป็นที่มาของเผด็จการรัฐสภาโดย ฮอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ที่ได้ออกรัฐกำหนดฉุกเฉิน (Emergency decree) และสถาปนาอาณาจักรไรช์ที่สามขึ้นในปี ค.ศ. 1933 สูดท่ายฮิตเลอร์ก็เป็นผู้นำเยอรมนีเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สองในเวลาต่อมา¹⁰⁷ และจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สองทำให้เยอรมนีได้รับความเสียหายจากระบอบนาซีของฮิตเลอร์ เยอรมนีได้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือกฎหมาย

¹⁰⁶ Ehs, T., "Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review." 460

¹⁰⁷ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, "ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ขมิตต์และฮัลส์ เคลเซน."

พื้นฐานขึ้น ในปี ค.ศ. 1949 กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และประเทศในทวีปยุโรปอีกหลายประเทศได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

จากข้อโต้แย้งระหว่างเคลเซนและซมิตต์ นำไปสู่ข้อยุติด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรียขึ้น และต่อมาหลังจากนั้น ประเทศในทวีปยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ได้ยอมรับแนวคิดของเคลเซนและจัดตั้งศาลหรือองค์กรพิเศษให้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ จนกระทั่งปัจจุบัน ประเทศทั่วโลกที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ต่างจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นการยืนยันได้เป็นอย่างดีว่า แนวคิดของเคลเซนเป็นที่ยอมรับจากวงการนิติศาสตร์ทั่วโลกอย่างแท้จริง

แนวคิดของการจัดตั้งองค์กรพิเศษทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของเคลเซนนั้น มีหลักการสำคัญประการหนึ่งคือหลักประกันความเที่ยงตรงของกติกาหลักทางการปกครอง (Legal certainty)¹⁰⁸ ที่เคลเซนให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยเคลเซนให้ความเห็นว่า หากศาลทั้งปวงมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำพิพากษาของศาลก็จะเกิดความแตกต่างกันไปตามแต่ละศาล ปัญหานี้ย่อมไม่เกิดในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์เช่น สหรัฐอเมริกา เนื่องจากศาลของสหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติตามหลักคำพิพากษาสร้างกฎหมาย (Doctrine of Precedent) อยู่แล้ว ทำให้คำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ย่อมไม่อาจใช้รูปแบบการตรวจสอบเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งเป็นไปไม่ได้เลยทั้งในแง่ของโครงสร้างของศาลและวัฒนธรรมทางกฎหมาย

ในแง่ของโครงสร้างของศาลในประเทศระบบซีวิลลอว์หรือศาลของกลุ่มประเทศในทวีปยุโรปจะแบ่งตามประเภทของคดี ผู้พิพากษามีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง ส่วนแง่ของวัฒนธรรมทางกฎหมายนั้น ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ไม่ได้รับอิทธิพลจากหลักคำพิพากษาสร้างกฎหมายแบบสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาจึงสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างกว้างขวาง แนวคิดที่ให้ผู้พิพากษาจำกัดกรอบความคิดด้วยการปรับตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องแก่คดีเท่านั้นมีอิทธิพลสำคัญกับประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เพราะกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติถือได้ว่าเป็นความชัดเจนเพียงพอแล้วและไม่มีความจำเป็นอย่างใดที่ต้องให้ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่อีก

¹⁰⁸ เขาวนระ ไตรมาศ, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ," [Online].

ด้วยสาเหตุทั้งสองประการนี้ การจัดตั้งองค์กรพิเศษหรือศาลพิเศษขึ้นเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นการคุ้มครองหลักประกันความเที่ยงตรงของกติกาหลักทางการปกครอง เมื่อกำหนดให้อำนาจแก่ศาลใดศาลหนึ่งให้มีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ปัญหาคำพิพากษาขัดแย้งกันระหว่างศาลจะหมดไป¹⁰⁹

ประเทศที่ใช้รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบยุโรปหรือแบบเคลเซนนี้ การตรวจสอบในเชิงนามธรรมย่อมเชื่อมโยงกับหลักประกันความเที่ยงตรงของกติกาหลักทางการปกครองได้ หากให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี (ตรวจสอบในเชิงรูปธรรม) ด้วยประเทศในกลุ่มทวีปยุโรปไม่ได้ใช้หลักคำพิพากษาสร้างกฎหมาย อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้น คือ ศาลวินิจฉัยคดีหนึ่งว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ และในอีกคดีหนึ่งอาจวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ได้ เมื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ได้เชื่อมโยงเข้ากับคดีพิพาทใดเป็นการเฉพาะ ย่อมสามารถลดปัญหาความขัดแย้งกันของคำวินิจฉัยได้อีกทางหนึ่ง¹¹⁰

อย่างไรก็ดี บางครั้งกฎหมายก็ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ในกรณีที่มีการบังคับใช้กฎหมายนั้นกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ทำให้ระบบการตรวจสอบแบบเคลเซนที่มุ่งเน้นการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้และเป็นการตรวจสอบแบบนามธรรมนั้นไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ จึงมีการปรับแนวทางของเคลเซนให้สามารถแก้ไขปัญหานี้โดยการสร้างกลไกใหม่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นรายคดีไป กลไกนี้คือการให้ประชาชนผู้ต้องเดือดร้อนเสียหายจากการถูกระงับโดยการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง (Constitutional Complaint) และการให้ตรวจสอบในรูปแบบรูปธรรมซึ่งก็คือการตรวจสอบที่มีที่มาจากคำร้องของศาลทั่วไปที่พิจารณาคดีโดยนำกฎหมายที่เห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก่คดี และศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงยื่นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น¹¹¹

¹⁰⁹ Victor Ferreres Comella, "The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?," [Online]. Available from: <https://goo.gl/SUojoS>. 465-466

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน. 466-467

¹¹¹ M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing, Incorporated, 2014). 52-53

รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญที่เคลเซนนำเสนอนี้ ภาษาอังกฤษเรียกว่าเป็นระบบการตรวจสอบแบบ Centralized judicial review มีความหมายว่า การให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการรวมศูนย์ของการใช้อำนาจในการตรวจสอบไว้ที่องค์กรเดียว ระบบ Centralized มีลักษณะสำคัญดังนี้

1) เป็นการให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพียงศาลเดียว ไม่ได้มอบให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป

2) ผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการทั่วไป ผูกพันทุกองค์กร ในลักษณะ erga omnes เพราะเป็นศาลพิเศษ ไม่ใช่ศาลทั่วไปที่โดยหลักการแล้ว คำวินิจฉัยจะต้องผูกพันเพียงคู่ความในคดีเท่านั้น

3) การวินิจฉัยของศาลในระบบ Centralized นี้ อาจเป็นการตรวจสอบได้ทั้งในรูปแบบนามธรรม (abstract judicial review หรือระบบ Principaliter¹¹²) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ โดยสามารถตรวจสอบได้ทั้งในส่วนของกระบวนการตรา และเนื้อหาในส่วนของหลักการของร่างกฎหมายโดยไม่มีข้อเท็จจริงในลักษณะที่นำมาปรับใช้แก่คดีเป็นการเฉพาะ และการตรวจสอบในรูปแบบรูปธรรม ในลักษณะเดียวกันกับ Decentralized system ที่จะต้องมีการนำคดีขึ้นสู่ศาลในการวินิจฉัย และปรากฏว่ากฎหมายที่ศาลจะนำมาใช้บังคับแก่คดีมีข้อโต้แย้งว่ามีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป แตกต่างจากระบบ Decentralized ที่จะตรวจสอบได้เพียงรูปแบบรูปธรรม แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น การตรวจสอบแบบนามธรรมแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะย่อย คือ

(1) Ex officio หรือการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ในการร่างกฎหมายใด ๆ ให้มีกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น โดยไม่ต้องให้มีผู้ใดยื่นคำร้องขอ เช่น ประเทศฮังการี รัฐธรรมนูญฮังการีบัญญัติไว้ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ โดยไม่ต้องให้บุคคลหรือองค์กรใดยื่นคำร้องขอ หมายความว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหนึ่งในกระบวนการร่างกฎหมายนั่นเอง

¹¹² Cappelletti, M., *Judicial Review in the Contemporary World*. 71-72

(2) Non- ex officio หรือ การที่

รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่า การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทำได้โดยบุคคลหรือองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาล เช่น ประเทศออสเตรีย คำร้องที่ผ่านเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องมาจากการร้องขอโดยตรงขององค์กรทางการเมือง และอื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องเป็นคำร้องในกรณีที่กฎหมายของรัฐบาลสหพันธ์หรือกฎหมายของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐบาลกลางจะแทรกแซงก้าวล่วงการใช้อำนาจของมลรัฐไม่ได้ ในทางกลับกัน มลรัฐจะก้าวล่วงการใช้อำนาจของรัฐบาลกลางไม่ได้เช่นเดียวกัน กรณีที่เป็นกฎหมายเกี่ยวเนื่องด้วยสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐบาลกลางและมลรัฐไม่มีความผูกพันที่จะต้องส่งคำร้องขอไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยแม้จะเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทำให้องค์กรทางการเมืองยื่นคำร้องขอไปยังศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่เห็นว่าเป็นกรณีสำคัญจริง ๆ เท่านั้น เพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีภาระในการพิจารณาคดีมากเกินไป กรณีนี้จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากไม่มีการยื่นคำร้องขอไปยังศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายนั้นก็ยังมีผลใช้บังคับต่อไปได้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralized system) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ที่จัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการประกาศใช้ ซึ่งในปี ค.ศ. 2008 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสครั้งใหญ่ ที่ขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงการตรวจสอบกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ด้วย จึงทำให้รูปแบบการตรวจสอบของฝรั่งเศสมีความใกล้เคียงกับการตรวจสอบแบบเยอรมันมากยิ่งขึ้น¹¹³

2.7.1.2.3.2 แนวคิดที่สนับสนุนการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

แนวคิดของเคลเซนที่ถือเป็นแนวคิดหลักของการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดให้รวมถึงการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่คณะที่สนับสนุนการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

¹¹³ Tom Ginsburg and Mila Versteeg, "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?," [Online]. Available from: <https://goo.gl/2gkvr8>. 8

1) หน้าที่สำคัญของฝ่ายตุลาการ

ตามที่ปรากฏในคดีที่มีชื่อเสียงที่สุดที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ศึกษาวิจัยคือคดี *Marbury v Madison* ที่ผู้พิพากษา Marshall ย้ำถึงหลักที่ให้ศาลมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งเคลเซนเห็นว่า หากรัฐธรรมนูญไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้ใดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรที่มีความชอบธรรมที่สุดคือศาล เพราะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นศาลจึงควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้¹¹⁴ อัลริช พรูซ (Ulrich Preuss) กล่าวว่า “องค์กรที่มีความเหมาะสมที่สุดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมคือศาลรัฐธรรมนูญ ที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”¹¹⁵

2) กฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

การดำเนินการใด ๆ ของรัฐบาล รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีความจำเป็นหรือมีความสำคัญอย่างมากที่สุดในการคงไว้ซึ่งการตรวจสอบพฤติกรรมและการกระทำของรัฐบาล ซึ่งหากเรามีความห่วงใยในรัฐธรรมนูญจริง ๆ แล้ว เราจะยินยอมให้หน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญตกเป็นขององค์กรที่อาจจะละเมิดรัฐธรรมนูญได้กระนั้นหรือ? ด้วยเหตุที่ว่าฝ่ายตุลาการจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความลำเอียงเลือกข้างเมื่อมีการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายตุลาการ ดังนั้น ฝ่ายตุลาการจึงมีความเหมาะสมมากที่สุดในการทำหน้าที่ดังกล่าว กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยฝ่ายตุลาการเป็นการพิทักษ์ไว้ซึ่งกฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญทั้งในแง่

¹¹⁴ Hans Kelsen, *On the Pure Theory of Law* (California, US: University of California Press, 1978). (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 175)

¹¹⁵ Ulrich K. Preuss, "The Implication of "Eternity Clauses": The German Experience," (2011). 429. (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 175)

รูปแบบและเนื้อหา ในแง่รูปแบบ กลไกนี้จะสร้างข้อจำกัดของการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่จะผูกพันการใช้ อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และในแง่เนื้อหา กลไกนี้จะพิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ¹¹⁶

3) ความล้มเหลวของระบบการเมือง

จอห์น ฮาร์ท อีไล (John Hart Ely) เห็นว่า การ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยฝ่ายตุลาการนั้น เป็นสิ่งที่ดีที่ ควรใช้กับการตรวจสอบกระบวนการทางการเมือง เพราะศาลรัฐธรรมนูญควรแทรกแซงกระบวนการ การเมืองได้หากกระบวนการทางการเมืองล้มเหลวเนื่องจากเสียงข้างมากปฏิเสธเสียงข้างน้อย อย่างไม่ชอบธรรม โดยการเข้าแทรกแซงของฝ่ายตุลาการนี้ เป็นการทำหน้าที่ป้องกันเผด็จการรัฐสภา ได้อีกทางหนึ่ง¹¹⁷

แต่ความเห็นนี้ก็มีผู้โต้แย้งว่า ในสังคมระบอบ ประชาธิปไตยจะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจเพิกถอนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ตราขึ้นโดย องค์กรที่มีความเป็นประชาธิปไตยดังเช่นรัฐสภาได้อย่างไร? กรณีนี้จะต้องพิจารณาสองเงื่อนไข เงื่อนไขแรกคือ การใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานของการปกครอง ระบอบประชาธิปไตย และความล้มเหลวที่เกิดขึ้นไม่อาจเยียวยาได้โดยกระบวนการทางการเมือง¹¹⁸ แต่ควรดำเนินการโดยหน่วยงานอื่นที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรทางการเมือง เช่น ศาล

การใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ ไม่ชอบธรรม เช่น การแก้ไขให้รัฐสภามีวาระนานกว่าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีนี้เกิดขึ้นจริงใน ประเทศเบนินเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2006 ที่รัฐสภาเสนอขอแก้ไขมาตรา 80 แห่งรัฐธรรมนูญเพื่อ ยืดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของสมาชิกรัฐสภา (โดยให้มีผลย้อนหลัง) จากสี่ปีเป็นห้าปี เดือนต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเบนินพิพากษาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาศัยเหตุผลว่า

¹¹⁶ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 176

¹¹⁷ John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (Massachusetts, US: Harvard University Press, 1980). (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 178)

¹¹⁸ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 178

การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดต่อฉันทามติของคนในชาติ¹¹⁹ ดังนั้น ศาลควรมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ต้องพิจารณาแต่เพียงถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงซึ่งถึงหลักการสำคัญพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญด้วย¹²⁰

แนวคิดในการให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อให้เกิดข้อขัดแย้งในประเด็นของเสียงข้างมาก ซึ่งเป้าหมายของการให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเช่นว่านั้นเพื่อปกป้องเสียงข้างน้อยจากการใช้อำนาจในทางมิชอบของฝ่ายเสียงข้างมาก ผู้ที่คัดค้านเห็นว่า การคุ้มครองเสียงข้างน้อยดังกล่าวจำกัดอยู่เพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดของการแก้ไขกฎหมายไม่ได้เขียนขึ้นเพื่อให้ใช้บังคับกับการแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย¹²¹ ตามที่เดนิส บาแรงเจอร์ (Denis Baranger) กล่าวไว้เกี่ยวกับประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสว่า สิทธิมนุษยชนย่อมตกต่ำลงเมื่อวัฒนธรรมในทางกฎหมายเชิงปทัสสถานไม่เข้าใจถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปวงชน ในขณะที่ศาลยอมรับว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถจำกัดหรือยกเลิกสิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นได้ หากกรณีเป็นเช่นนี้ รัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่อาจพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปวงชนไว้ได้¹²²

เดวิด แลนเดา (David Landau) เห็นว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมักถูกละเมิดซึ่งเป็นการบ่อนทำลายระบอบประชาธิปไตยและนับวันจะเกิดเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยปกป้องประชาธิปไตยจากเสียงข้างมากที่ใช้อำนาจในทางมิชอบ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมีคุณค่าอย่างยิ่งใน

¹¹⁹ โปรดดู "Decision Dcc 06-074," (The Beninese Constitutional Court, 8 July 2006). (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 179)

¹²⁰ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 179

¹²¹ เรื่องเดียวกัน. 179

¹²² Denis Baranger, "The Language of Eternity: Constitutional Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)," (2011). (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 180)

ประเทศที่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอ่อนแอ¹²³ แซมมวล อีสซาคารอฟ (Samuel Issacharoff) กล่าวไว้ว่า “ในการปกป้องประชาธิปไตยจากการเป็นคอมมิวนิสต์ ต้องอาศัยสายตาอันกว้างไกลของศาลรัฐธรรมนูญในการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสภาวะอันไร้สมรรถภาพที่ถูกซ่อนเร้นไว้ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”¹²⁴

4) บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญ

อาจพิจารณาได้จากอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของเนื้อหา ประเทศที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบในส่วนของเนื้อหาว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ยูเครน คีร์กีซสถาน และโคโซโว¹²⁵

รัฐธรรมนูญอาจกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะรูปแบบหรือกระบวนการร่างเท่านั้น สำหรับรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้จะมองว่าการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาไปถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศตุรกี ช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งตุรกีวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจพิจารณาตรวจสอบเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ต่อมา ในช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 มาตรา 148 ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่เพียงกระบวนการร่างเท่านั้น ก่อนปี ค.ศ. 2008 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งตุรกีมีคำวินิจฉัยสามครั้งที่ศาลพิจารณาว่าตนไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยศาลรัฐธรรมนูญตีความมาตรา 148 อย่างเคร่งครัด จนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญได้กลับคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 ซึ่งคดีดังกล่าวมีประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิในการศึกษา

¹²³ David Landau, *Abusive Constitutionalism* (California, US: University of California (Davis), 2013). 189. (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 180)

¹²⁴ Samuel Issacharoff, *Managing Conflict through Democracy. Rights in Divide Societies* (Hart Publishing, 2012). 33. (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 180)

¹²⁵ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 181

แม้จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษา แต่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาละเมิดหลักการที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง จึงมีผลเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญและต้องถูกเพิกถอน¹²⁶ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับตีความว่าอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรวมถึงการพิจารณาว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่ เช่น การพิจารณากรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่กำหนดห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงความเป็นสาธารณรัฐตามมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญตุรกี ซึ่งการตีความของศาลเช่นนี้ย่อมเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง เพราะการตรวจสอบกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหมายความว่าศาลจะไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาในส่วนของเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งรัฐธรรมนูญตุรกีได้บัญญัติไว้ในมาตรา 148 ว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเฉพาะรูปแบบของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งแสดงให้เห็นชัดถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 ว่าต้องการให้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญถูกจำกัดเพียงการตรวจสอบกระบวนการร่างเท่านั้น

ยิ่งกว่านั้น แกรี่ เจคอบซอห์น (Gary Jacobsohn) กล่าวไว้ว่า เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกจำกัดเฉพาะการตรวจสอบกระบวนการร่างย่อมขัดแย้งกับการตีความขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ก้าวล่วงวินิจฉัยไปถึงเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการร่างและเนื้อหาของกฎหมายทั่วไป แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาไตร่ตรองแล้วถึงการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว (ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน) และตัดสินใจที่จะไม่บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ¹²⁷

นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีกว่า รัฐสภาเป็นองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ จะต้องใช้อำนาจภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดและไม่เกินเลยไปจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ได้ใช้อำนาจเกินขอบเขต

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน. 182

¹²⁷ Gary Jacobsohn, "If an Amendment Were Adopted Declaring the United States a Christian Nation, Would It Be Constitutional? Well...Let's Look at Turkey, Schmooze 'Tickets' Papers 103," [Online]. Available from: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/103 (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 183)

ที่รัฐธรรมนูญกำหนด แสดงว่าศาลรัฐธรรมนูญก็ถือว่าตนเองก็เป็นเพียงองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับรัฐสภาเช่นเดียวกัน อาจกล่าวโดยสรุปสำหรับกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งตุรกีได้ว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความขยายอำนาจของตนจากที่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะกระบวนการร่าง ก่อให้เกิดข้อสงสัยถึงความชอบธรรมในการตรวจสอบในส่วนของเนื้อหาว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอย่างยิ่ง¹²⁸

หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ แต่กระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศก็ตีความว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของเนื้อหาได้ เช่น ประเทศเยอรมนี บราซิล และสาธารณรัฐเช็ก แต่ศาลรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ เช่น ฮังการี วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่าตนไม่มีอำนาจวินิจฉัยถึงหลักการแห่งรัฐธรรมนูญในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญไม่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในอนาคตได้ จึงมีแนวคิดเกี่ยวกับบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญ (Unamendable provisions) อฮารอน บาร์ค (Aharon Barak) กล่าวว่า “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือกลไกตามธรรมชาติในการคุ้มครองบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญ เปรียบเสมือนเป็นเชือกเส้นของบทบัญญัตินั้น จึงไม่มีความแตกต่างใดระหว่างการที่กฎหมายทั่วไปขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กับการที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไข เมื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นที่ยอมรับทั่วไปแล้ว ก็ควรยอมรับการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย”¹²⁹ หากมิให้บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงมีผลใช้บังคับ หน้าที่ในการพิทักษ์หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญย่อมไร้ผล ยกตัวอย่างประเทศเยอรมนี ที่กำหนดบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงในรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏในมาตรา 79 (3) ที่ห้ามการแยกสหพันธรัฐเป็นมลรัฐย่อย เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ระเบียบที่ออกภายใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของเยอรมนี

¹²⁸ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 183

¹²⁹ Aharon Barak, "Unconstitutional Constitutional Amendments," (2011). 321. (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 186)

ช่วงเวลาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เยอรมนี มีแนวคิดในการปรับใช้หลักกฎหมายธรรมชาติ โดยเห็นว่าหลักการรัฐธรรมนูญก็ยังคงจำกัดจากหลักกฎหมายที่อยู่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ภายหลังปี ค.ศ. 1953 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ปฏิเสธหลักการที่อยู่นอกเหนือรัฐธรรมนูญและสนใจเฉพาะหลักการที่เป็นข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ปรากฏแจ้งชัดในรัฐธรรมนูญเท่านั้น¹³⁰

จากตัวอย่างที่ปรากฏ จะเห็นได้ว่า ถึงแม้จะ บัญญัติบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือบทนิรันดร์ไว้ก็ตาม ก็ไม่อาจรับประกันได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเนื้อหา ได้เสมอไป¹³¹ บางประเทศถึงแม้จะมีบทบัญญัตินิรันดร์ไว้แต่ก็มีคุณค่าเพียงในเชิงการเมืองหรือสังคม แต่ไม่มีผลในเชิงกฎหมายหรือการพิจารณาของศาล เช่น ประเทศฝรั่งเศส ที่เป็นต้นกำเนิดของบท นิรันดร์ ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 89 ที่บัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงความเป็นสาธารณรัฐ ซึ่งนักวิชาการบางกลุ่มเห็นว่า ถ้อยคำในมาตรา 89 เป็นเพียงถ้อยคำในกระดาษที่อาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา แต่นักวิชาการอีกกลุ่มหนึ่งโต้แย้งว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นเพียง ถ้อยคำขู่กลวง ๆ แต่มีผลใช้บังคับได้จริง ในปี ค.ศ. 1992 นักวิชาการกลุ่มที่สองคาดคะเนว่าคณะตุลา การรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสจะนำแนวคิดของพวกเขาไปใช้ในการพิจารณาคดี แต่การคาดคะเน ดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากในปี ค.ศ. 2003 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสวินิจฉัย ชัดแจ้งว่าตนไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติม¹³²

ข้อโต้แย้งต่อแนวคิดการให้อำนาจแก่ศาล รัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ที่สำคัญคือ การ กล่าวอ้างว่ากระบวนการดังกล่าวไม่มีความเป็นประชาธิปไตย เพราะแนวคิดการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยโดยแท้จะอนุญาตให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้เสมอ การกำหนดบทนิรันดร์ เพื่อเป็นข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการปฏิเสธสิทธิเสรีภาพของพลเมืองในการแก้ไข รัฐธรรมนูญของตนเอง เปรียบได้กับ “เผด็จการรัฐธรรมนูญ”¹³³ แต่ความเห็นสนับสนุนแนวคิด ดังกล่าวเห็นว่า การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ

¹³⁰ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers.". 186

¹³¹ เรื่องเดียวกัน. 189

¹³² เรื่องเดียวกัน. 90-191

¹³³ เรื่องเดียวกัน. 226

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือไม่ นั้น มิใช่พฤติการณ์ที่จะเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายเสียงข้างมากแต่อย่างใด แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับมอบอำนาจจากอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ หรือก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลย่อมเป็นการแสดงออกถึงความเป็นประชาธิปไตยผ่านรัฐธรรมนูญที่เป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชนที่เป็นหลักการทางกฎหมายที่สูงยิ่งกว่าถ้อยคำในตัวบท¹³⁴ เจตจำนงร่วมกันของปวงชนที่แท้จริงที่แสดงออกผ่านรัฐธรรมนูญกลับตรงข้ามกับกระบวนการทางการเมืองในทุกวันนี้นี้ โดยเฉพาะเจตจำนงร่วมกันของปวงชนขัดแย้งกับเจตจำนงของฝ่ายเสียงข้างมากทางการเมืองที่แสดงออกผ่านการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออธิบายได้ว่าเป็นความขัดแย้งระหว่างเจตจำนงของปวงชนที่จัดให้มีรัฐธรรมนูญและแสดงออกอย่างชัดเจนในหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ และเจตจำนงของปวงชนที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราวโดยผ่านการแสดงออกของตัวแทนของปวงชนด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลนี้ การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมิใช่การไม่เป็นประชาธิปไตย แต่กลับเป็นการแสดงออกถึงเจตจำนงของปวงชนที่แสดงออกอย่างเด่นชัดผ่านหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ¹³⁵

นอกจากนั้น ผู้คัดค้านแนวคิดดังกล่าวเห็นว่า การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการขยายขอบเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการมากเกินไป¹³⁶ ซึ่งในความเป็นจริงก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นการขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรตุลาการ แต่กระนั้น องค์กรตุลาการก็มีใจองค์อธิปัตย์และอำนาจอาจถูกลบล้างได้โดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่อยู่เหนือกว่า ทั้งการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็อาจสร้างความไม่ชอบธรรมให้แก่การทำงานของศาลได้ ดังนั้น ศาลจะต้องใช้อำนาจอย่างเคร่งครัด โดยทั่วไปแล้วศาลมีอำนาจในการตีความร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งในภายหลังก็จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หากศาลมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญและตีความรัฐธรรมนูญไว้แคบเกินไปหรือกว้างเกินไปหรือแตกต่างจากเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติ ย่อมส่งผลกระทบยิ่งกว่าการออกกฎหมายยกเลิก (act of annulment) เสียอีก ซึ่งออกโตเฟอร์สมานน์ (Otto Pfersmann) อธิบายไว้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ถูกตีความแตกต่างจาก

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน. 228

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน. 229

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้าเดียวกัน

ความเป็นจริงในลักษณะที่เป็นหลักการลอย ๆ ปรากฏจากบทบัญญัติรองรับหลักการนั้น ย่อมขัดต่อหลักความมั่นคงของกฎหมายและหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹³⁷

จากการศึกษาแนวคิดที่สนับสนุนและโต้แย้งการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยอาศัยบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงนี้ สามารถพิจารณาได้ว่าหลักการของบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงสามารถใช้เป็นกลไกในการคลายปมความขัดแย้งที่กล่าวมาข้างต้นได้ เพราะการบังคับใช้บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความหลักการที่ได้รับการคุ้มครองได้และสามารถให้ความหมายได้อย่างทันสมัยในทุกช่วงเวลา เช่น คำว่า สาธารณรัฐนิยม (Republicanism) ของประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี ค.ศ. 1848 ย่อมมีความหมายแตกต่างจากปัจจุบัน แน่นนอนว่ารัฐธรรมนูญมีสิ่งที่จะเปลี่ยนแปลงมิได้ รัฐธรรมนูญจะต้องตีความและปรับปรุงใหม่ได้เสมอ การให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมย่อมเกิดประโยชน์มากยิ่งขึ้น¹³⁸ โดยเป็นการรักษาแก่นของหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้มีการตีความถ้อยคำในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับยุคสมัย เป็นไปตามพลวัตของสังคม และลดความยากลำบากในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้อีกทางหนึ่ง¹³⁹

2.7.2 หลักการตีความรัฐธรรมนูญกับการกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาในหัวข้อข้างต้น พบว่ามีทฤษฎีและหลักการที่รองรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวให้ขยายความไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจะสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้หรือไม่ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเดิม (Judicial Review of Constitutional Amendments) แต่กระนั้น บางประเทศก็ไม่ได้ยอมรับหลักการดังกล่าวมาใช้ หรือบางประเทศที่ยอมรับหลักการดังกล่าวแต่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตุลาการมีเขตอำนาจในการตรวจสอบร่าง

¹³⁷ Otto Pfersmann, *Ontological and Epistemological Complexity in Comparative Constitutional Law, New Directions in Comparative Law* (Edward Elgar Publishing, 2009). 81. (cited in Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 231-232)

¹³⁸ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 232

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน. 233

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อาศัยเพียงการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ตีความว่าตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นหลักการใหม่ มิได้มีมาตั้งแต่สมัยเริ่มแรกของการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อาจกล่าวได้ว่า แม้แต่หลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ยังเป็นหลักการที่ไม่ได้มีมาตั้งแต่กำเนิดของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด ด้วยเหตุที่หลักการนี้เป็นของใหม่ จึงมีกลุ่มประเทศที่เห็นควรกำหนดบทบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรลงในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนของหลักการและการตีความรัฐธรรมนูญหลากหลายรูปแบบ บางประเทศไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแต่ยอมรับหลักการดังกล่าวโดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ตีความให้อำนาจตนเองในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงเป็นที่น่าศึกษาต่อไปว่า ประเทศกลุ่มที่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยอาจจะยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว มีหลักการในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อนำมาประกอบเป็นเหตุผลสนับสนุนแนวปฏิบัติของตนอย่างไร

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรย่อมสามารถถูกตีความเพื่อนำไปใช้บังคับได้ ซึ่งการตีความกฎหมายแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ คือ การตีความตามตัวอักษร การตีความตามเจตนารมณ์ และการตีความโดยมุ่งต่อผลให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และความเป็นธรรม รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ย่อมถูกตีความได้ทั้งสามรูปแบบ ด้วยสถานะของการเป็นกฎหมายมหาชน การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องมีพื้นฐานมาจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลัก¹⁴⁰

หลักการทั่วไปของการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้ 4 หลัก ดังนี้

1) หลักการตีความกฎหมายตามหลักไวยากรณ์ (Grammatical Interpretation) หลักการนี้ถือเอาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักในการตีความ โดยตีความจากถ้อยคำในตัวบทและพิจารณาหลักไวยากรณ์โดยศึกษารูปประโยคที่ใช้ ซึ่งต้องคำนึงถึงรูปแบบการใช้ภาษาตามปกติเป็นเกณฑ์และหากมีนิยามเฉพาะก็ให้เป็นไปตามความหมายที่พึงเข้าใจกันตามรูปศัพท์นั้น ดังนั้น การ

¹⁴⁰ กองบรรณาธิการ, "บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ," วารสารจลนิตี ปีที่ 7, ฉบับที่ 4 (เดือนกรกฎาคม - สิงหาคม 2553) หน้า 29.

จะตีความตามหลักการนี้ได้ก็ต่อเมื่อถ้อยคำของตัวบทกฎหมายไม่ชัดเจน หรือมีความคลุมเครือ หากถ้อยคำนั้นชัดแจ้งดีแล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความตามหลักการนี้แต่อย่างใด¹⁴¹

2) หลักการตีความกฎหมายตามหลักประวัติศาสตร์ (Historical Interpretation)¹⁴² หลักการนี้หมายถึงการตีความที่ต้องไปค้นหาประวัติของกฎหมายนั้น ๆ ว่ามีความเป็นมาอย่างไร มีต้นกำเนิดจากสิ่งใด เพราะการบัญญัติกฎหมายขึ้นสักฉบับนั้นจะต้องมีเหตุผลของการบัญญัติว่าบัญญัติเพื่ออะไร มีทฤษฎีใดเป็นพื้นฐานของบทบัญญัตินั้น การจะตีความกฎหมายด้วยหลักการนี้จะต้องศึกษาค้นคว้าจากบันทึกหลักการและเหตุผล รายงานการประชุม รวมถึงบันทึกความคิดเห็นของบุคคลที่ร่วมสมัยที่มีส่วนร่วมในการพิจารณาออกกฎหมายนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึงในการตีความกฎหมายตามหลักประวัติศาสตร์ ได้แก่¹⁴³

(1) การพิจารณาบริบททางสังคม โดยมองย้อนกลับไปตรวจสอบว่าขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น กลุ่มผลประโยชน์ทางสังคมมีลักษณะอย่างไร เกิดความขัดแย้งใดในเวลานั้น และกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์ใดในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

(2) การพิจารณาบริบททางทฤษฎี คือการมองย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในขณะที่มีการร่างกฎหมาย ทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานของกฎหมายนั้นคือทฤษฎีใด

(3) การพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย หรือการตีความตามทฤษฎีอำเภोजิต คือการย้อนกลับไปตรวจสอบว่าผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์อย่างไร มีการอภิปรายแสดงความคิดเห็นอย่างไรในการร่างกฎหมายนั้น Ballot-Beaupré มีความเห็นว่า การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างมีความไม่เหมาะสมเพราะค้นหาได้ยากและผู้ร่างกฎหมายแต่ละคนก็มีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน ปัจจุบัน การตีความกฎหมายจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งจะต้องพิจารณาบริบททางสังคม วัฒนธรรม และสภาพเศรษฐกิจ ทำให้กฎหมายสามารถเป็นพลวัตและใช้ได้ทุกยุคสมัย

3) หลักการตีความกฎหมายตามหลักความสอดคล้องกันเป็นระบบ (Systematic Interpretation) หมายถึง การตีความตัวบทกฎหมายจะต้องคำนึงถึงว่าถ้อยคำของกฎหมายนั้นอยู่ในบริบทของกฎหมายสาขาใดและดำรงอยู่ในระบบกฎหมายใด โดยพิจารณาจากเหตุผลแวดล้อมของตัวบทนั้นและความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของบทกฎหมายนั้นกับกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน

¹⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 343-344

¹⁴² เรื่องเดียวกัน. หน้า 344-345

¹⁴³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, "การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน," วารสารจันนิติ ปีที่ 7 ฉบับที่ 4, (กรกฎาคม - สิงหาคม 2553). หน้า 68-69

ดังนั้น การตีความตามหลักการนี้จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่นที่มีความเกี่ยวเนื่องกันเพื่อประกอบ การตีความให้ครอบคลุมและมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4) หลักการตีความกฎหมายตามหลักตรรกวิทยา (Logical Interpretation) หมายถึง การตีความกฎหมายจากการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทำให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นการตีความตามความมุ่งหมายหรือคุณค่าหรือเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายนั้น มิได้ขึ้นกับวัตถุประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายแต่อย่างใด ขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นตามทฤษฎีอำเภอกาณณ์¹⁴⁴

นอกจากหลักเกณฑ์ 4 ประการนี้ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไป ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง การตีความรัฐธรรมนูญจะมีความแตกต่างจากกฎหมายเอกชนที่มุ่งเน้นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนเท่านั้น กฎหมายมหาชนมีความมุ่งหมายในการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวม อีกทั้งรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความซับซ้อนในการตีความเป็นพิเศษ เนื่องจากการร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นภายในระยะเวลาจำกัด ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่อาจตกลงในรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้จึงต้องบัญญัติเป็นหลักการกว้าง ๆ ไว้ และปล่อยรายละเอียดให้เป็นเรื่องของอนาคต และด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ว่าด้วยโครงสร้างทางการเมืองการปกครอง จึงพัวพันกับปัญหาทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เมื่อการเมืองเป็นเรื่องของพรรคพวกและผลประโยชน์ จึงพบว่าบ่อยครั้งที่การตีความรัฐธรรมนูญเกิดเป็นประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ของสังคม ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่ง การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องใช้หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปด้วย แต่ในทางตำราได้กำหนดหลักการตีความรัฐธรรมนูญนอกเหนือไปจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการตีความกฎหมายเอาไว้เป็นหลักการพิเศษเฉพาะการตีความรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ คือเจตนารมณ์ของตัวรัฐธรรมนูญเอง มิใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาลึกซึ้งในถ้อยคำของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นประกอบกับบริบททางสังคมในขณะนั้นว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายที่แท้จริงเป็นประการใด รัฐธรรมนูญนั้นมีวัตถุประสงค์ใดหรือมีทฤษฎีใดเป็นพื้นฐาน รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับก็มีเจตนารมณ์เป็นของตนเองซึ่งจะเป็นกรอบกำหนดแนวทางการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น โดย

¹⁴⁴ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 345

ส่วนใหญ่แล้วเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญจะพบได้ในส่วนของคำปรารภ (Preamble) ของ รัฐธรรมนูญ¹⁴⁵

2) การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ ความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญหมายถึง ความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของ กฎหมาย เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การใช้และการตีความ กฎหมายจึงต้องสอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แปลความได้ว่า การตีความ รัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดยหลีกเลี่ยงการทำให้บทบัญญัติอื่นไร้ผลบังคับ หากบทบัญญัติใดสามารถ ตีความได้หลายนัย ให้หลีกเลี่ยงการตีความที่จะทำให้บทบัญญัติอื่นใช้บังคับไม่ได้¹⁴⁶ หรืออาจสรุปได้ว่า การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้เกิดการขัดแย้งกันเอง¹⁴⁷

3) การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความมั่นคงในนิติฐานะของรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ ที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดอย่าง แท้จริง และจะต้องตีความไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง¹⁴⁸ มิใช่ก่อให้เกิดความแคลง ใจในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประชาชนไม่มั่นใจต่อบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพ เป็นต้น¹⁴⁹

4) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพ อำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐสภาว่าตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายของรัฐสภานั้นขัดต่อ รัฐธรรมนูญเนื่องจากตนเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสมในทางนิตินโยบายไม่ได้ เพราะเท่ากับว่าศาล รัฐธรรมนูญได้ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในทางนิตินิติบัญญัติด้วยนั่นเอง¹⁵⁰

5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หมายถึง การตีความรัฐธรรมนูญจะต้องตีความให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลบังคับในทาง

¹⁴⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 347-348

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 348-349

¹⁴⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน," วารสารจตุรนิติ. หน้า 83-84

¹⁴⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 84

¹⁴⁹ เกரியงกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. หน้า 349

¹⁵⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน," วารสารจตุรนิติ. หน้า 83-84

กฎหมายมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ พึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร¹⁵¹

เมื่อศึกษาหลักการตีความรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า ประเทศที่ไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเทศที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ กับประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการเช่นนั้น โดยพิจารณาได้ดังนี้

1) ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว

ประเทศในกลุ่มนี้อาศัยหลักการตีความรัฐธรรมนูญโดยมุ่งเน้นไปที่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเป็นข้อกำหนดมาตราขึ้นเป็นถ้อยคำที่ชัดเจนแจ่มแจ้งว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ก็ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้มีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากการตีความตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศกลุ่มนี้ยังถือว่าการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปในแนวทางที่เคารพต่อการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ด้วย แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศกลุ่มนี้จะไม่ตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่จะเป็นการก้าวล่วงไปใช้อำนาจที่เป็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ในที่นี้คือองค์กรนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจที่ได้รับจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประเทศกลุ่มนี้จะไม่ตีความรัฐธรรมนูญของตนว่าตนสามารถใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ประเทศสโลวีเนีย และประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

2) ประเทศไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ยอมรับหลักการดังกล่าว

ประเทศในกลุ่มนี้กลับตีความรัฐธรรมนูญแตกต่างจากกลุ่มแรกตรงที่ประเทศกลุ่มนี้จะตีความรัฐธรรมนูญโดยยึดถือหลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น หลักการนี้ ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีสถานะที่มั่นคง โดยส่วนใหญ่แล้ว

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 84

รัฐธรรมนูญของประเทศกลุ่มนี้จะบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้แต่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจกรณีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการสร้างความมั่นคงให้แก่รัฐธรรมนูญได้ในทางหนึ่ง คือ ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ที่ตรวจตราการใช้ อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่เข้ามาทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจว่า ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางที่จะเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นการให้ หลักประกันแก่รัฐธรรมนูญว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ถูกแก้ไขไปในทิศทางที่มีชอบด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ทำให้รัฐธรรมนูญคงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและหลักการ สำคัญของรัฐธรรมนูญไม่ถูกแตะต้องโดยผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศเยอรมนี ที่ไม่ได้ บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญตีความจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเนื่องกัน คือ บทบัญญัติที่กำหนดให้การ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นรูปแบบของกฎหมาย เมื่อรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ ทำเป็นกฎหมาย และรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงตีความโดยอาศัยความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงของ บทบัญญัติ ให้อำนาจแก่ตนเองในการตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้จะไม่ได้ บัญญัติไว้อย่างชัดเจนก็ตาม

ส่วนประเทศที่กำหนดให้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการ ตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่จำเป็นต้องตีความรัฐธรรมนูญตามหลักการดังกล่าว เพราะ บทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนแล้ว อาจต้องปรับใช้บางหลักการตีความเท่านั้น เช่น การตีความโดย เคารพต่อภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น เพราะบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญก็จะ กำหนดขอบเขตการใช้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจะตีความให้เกินขอบเขตที่ บทบัญญัติกำหนดไว้ไม่ได้ กรณีนี้อาจยกเว้นให้กับบางประเทศที่ยังกำหนดขอบเขตของอำนาจศาล รัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวไม่ชัดเจนเพียงพอ ก็อาจเกิดเป็นปัญหาในการตีความรัฐธรรมนูญว่าศาล รัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจมากน้อยเพียงใด มีขอบเขตในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ถึงขั้นไหน ซึ่งจะต้องย้อนกลับไปพิจารณาหลักการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้ข้างต้นเพื่อให้การ บังคับใช้รัฐธรรมนูญเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด

จากการศึกษาหลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งทฤษฎีความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักรัฐธรรมนูญนิยม หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ จนถึง การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือ Judicial

review ที่ต่อมาได้มีพัฒนาการเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีแนวคิดที่สนับสนุนและคัดค้านการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงกรณีของประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีหลักการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อสนับสนุนแนวปฏิบัติของตนอย่างไร ซึ่งในบทถัดไปจะเป็นการศึกษาถึงระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศต่าง ๆ โดยจะศึกษาวิเคราะห์ว่าประเทศใดบ้างที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ และประเทศใดบ้างที่ไม่ยอมรับหลักการเช่นว่านั้น เพื่อเปิดมุมมองของต่างประเทศเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้กว้างขวางยิ่งขึ้น



บทที่ 3

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยองค์กรตุลาการของต่างประเทศ

จากการศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยองค์กรตุลาการในบทที่ 2 พบว่า แนวคิดเริ่มแรกของการตรวจสอบนั้นมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Marbury v Madison ที่ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกามีคำวินิจฉัยที่ชัดเจนว่าตนสามารถตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต่อมาแนวคิดดังกล่าวได้กระจายออกไปอย่างกว้างไกลในทวีปยุโรปจนเกิดเป็นการตรวจสอบด้วยองค์กรพิเศษที่มีใช้ศาลยุติธรรมทั่วไป โดยมีความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่าง Hans Kelsen และ Carl Schmitt ในประเด็นที่ว่า ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งภายหลังความคิดของ Kelsen ที่เสนอให้มีการตั้งองค์กรพิเศษ (หรือก็คือศาลรัฐธรรมนูญ) ที่มีใช้ศาลยุติธรรมทั่วไป (Ordinary Courts) ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ได้แผ่กระจายไปทั่วทวีปยุโรปและประเทศอื่น ๆ ในโลกที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์โดยประเทศออสเตรียเป็นประเทศแรกที่ทำให้กำเนิด “ศาลรัฐธรรมนูญ” และกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ และมีการพัฒนาต่อเนื่องเรื่อยมา เกิดเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญของแนวคิดที่มีสาเหตุมาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ

ต่อมา แนวคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ขยายออกไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่นักวิชาการจากหลากหลายประเทศให้ความสนใจและโต้แย้งเป็นจำนวนมาก แต่ละประเทศล้วนอาศัยแนวคิดอันเป็นที่มาของแนวทางการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่แตกต่างกัน ในบทนี้จะศึกษาวิจัยโดยแบ่งประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ ประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กับประเทศที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นนั้น

3.1 ประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

แม้กระแสของโลกในยุคปัจจุบันจะให้ความสำคัญกับแนวคิดการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่กระนั้นก็ยังมีความบางประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว โดยบางประเทศได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ และบางประเทศไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้แต่อย่างใด และศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าตนไม่มีอำนาจจะพิจารณาข้อพิพาทเช่นนั้นด้วย เช่น ประเทศสโลวีเนีย โดยปกติแล้ว ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศในทวีปยุโรปจะใช้แนวทางของการจัดตั้งองค์กรพิเศษ ซึ่งเรียกเป็นการทั่วไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งปวง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรพิเศษ มิใช่ศาลยุติธรรมทั่วไป จึงต้องกำหนดเขตอำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเขตอำนาจเช่นนี้จะต้องถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ หากไม่ได้บัญญัติไว้ก็ไม่สามารถตีความขยายความว่าศาลมีอำนาจเช่นนั้นได้ ส่วนใหญ่แล้วศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่แล้ว แต่ประเด็นที่มีปัญหามักจะเป็นกรณีของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ยังไม่ได้กำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน แต่กระนั้นแต่ละประเทศในทวีปยุโรปก็ได้ยึดถือแนวทางที่แตกต่างกันไป โดยฝ่ายแรกเห็นว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถตีความขยายขอบเขตการใช้อำนาจของตนให้ครอบคลุมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ส่วนฝ่ายที่สองที่เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีสถานะเป็นกฎหมายเช่นกัน แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ

3.1.1 กรณีที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ประเทศที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีจำนวนน้อย เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว และบัญญัติเป็นข้อห้ามมิให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสนธิสัญญา

ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1848 ที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน¹⁵² โดยปรากฏในมาตรา 120 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว¹⁵³ ที่บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ศาลใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติและสนธิสัญญาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา” เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเนเธอร์แลนด์ พบว่ามาตรา 137 (1) แห่งรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์¹⁵⁴ ได้กำหนดไว้ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) จึงอาจตีความได้ว่า กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง เมื่อมาตรา 120 บัญญัติห้ามศาลยุติธรรมใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติและสนธิสัญญา ก็ย่อมหมายความว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นพระราชบัญญัติประเภทหนึ่งด้วย

3.1.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

3.1.2.1 ประเทศสโลวีเนีย

3.1.2.1.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย

เมื่อปี ค.ศ. 1848 นักวิชาการของประเทศสโลวีเนียได้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรียเป็นภาษาสโลวีเนียเป็นครั้งแรก จากแถลงการณ์เดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1917 กำหนดให้ชาวสโลวีเนีย ชาวโครเอเชีย และชาวเซอร์เบีย อยู่ภายใต้กฎแฮบสเบิร์ก (Habsburg Rule) โดยเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1921 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งยูโกสลาเวียเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1929 กษัตริย์อเล็กซานเดอร์ยกเลิกรัฐธรรมนูญดังกล่าวและประกาศใช้กฎหมายของพระองค์เองในรูปแบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ภายหลังจากการลอบสังหารกษัตริย์อเล็กซานเดอร์ ได้มีการจัดตั้งสภารีเจนซี โดยมีอายุตั้งแต่ปี ค.ศ. 1934-1941

¹⁵² ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, หน้า 210-212

¹⁵³ Article 120

“The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.”

¹⁵⁴ Article 137

“ 1. An Act of Parliament shall be passed stating that an amendment to the Constitution in the form proposed shall be considered.”

ในช่วงปี ค.ศ. 1941 ที่กลุ่มอักษะได้เข้าแทรกแซง สโลวีเนีย ถูกแบ่งส่วนระหว่างประเทศอิตาลี ฮังการี และเยอรมนี ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1945 สภาแห่งชาติ ก่อตั้งรัฐสภาแห่งสโลวีเนียและประกาศให้สโลวีเนียเป็นส่วนหนึ่งของยูโกสลาเวีย ในช่วงปี ค.ศ. 1945-1980 รู้จักกันในนาม Tito's Yugoslavia รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐยูโกสลาเวียกำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นการรวมตัวกันในรูปแบบสหพันธรัฐของสาธารณรัฐจำนวน 6 ประเทศที่รวมถึงสโลวีเนีย ด้วย โดยในปี ค.ศ. 1963 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้มีการกระจายอำนาจและให้สาธารณรัฐ ภายใต้สหพันธ์สามารถปกครองตนเองได้ ดังนั้นในปีเดียวกัน สโลวีเนียจึงมีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น แต่ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักการของฝ่ายตุลาการไปจากเดิม เปลี่ยนแปลงเฉพาะ บทบัญญัติของฝ่ายรัฐสภาเท่านั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญที่ดำเนินรอยตามหลักการของประเทศเยอรมนี หรือที่เรียกว่าการตรวจสอบแบบ รวมศูนย์อำนาจ (concentrated system) หรือการตรวจสอบรูปแบบเคลเซน (Kelsen's model of constitutional review)¹⁵⁵

ภายหลังจากการได้รับเอกราชและมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1991 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1991 โดยกำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญและปกป้องสิทธิเสรีภาพ ของปวงชน รวมถึงคุ้มครองหลักนิติธรรมและหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย นั่นคือศาล รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดในฝ่ายตุลาการที่มีหน้าที่ตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และ ควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐมิให้เกินขอบเขตตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เพื่อมิให้มีการใช้ อำนาจเกินขอบเขตหรือใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง ทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เป็นอิสระ มีงบประมาณและ หน่วยงานธุรการเป็นของตนเอง โดยรายละเอียดเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญรวมถึงบทบัญญัติเขตอำนาจ พร้อมหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1994¹⁵⁶

¹⁵⁵ Arne Marjan Mavčič, *The Slovenian Constitutional Review* (Postojna, Slovenia: Edo Milavec, MV d.o.o., 2009).

¹⁵⁶ "Constitutional Court of the Republic of Slovenia: An Overview of the Work for 2013," [Online]. Available from: <http://www.us-rs.si/media/annual.report.for.2013.pdf>

3.1.2.1.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย

3.1.2.1.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย หมวด 7 มาตรา 160 กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ดังนี้¹⁵⁷

“มาตรา 160 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณา
วินิจฉัย

1. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
2. ความชอบด้วยสนธิสัญญาที่ได้ให้สัตยาบันและหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปของกฎหมายและกฎอื่น ๆ
3. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของ
กฎ

¹⁵⁷ Article 160 “Powers of the Constitutional Court

The Constitutional Court decides:

- on the conformity of laws with the Constitution;
- on the conformity of laws and other regulations with ratified treaties and with the general principles of international law;
- on the conformity of regulations with the Constitution and with laws;
- on the conformity of local community regulations with the Constitution and with laws;
- on the conformity of general acts issued for the exercise of public authority with the Constitution, laws and regulations;
- on constitutional complaints stemming from the violation of human rights and fundamental freedoms by individual acts;

...

Unless otherwise provided by law, the Constitutional Court decides on a constitutional complaint only if legal remedies have been exhausted. The Constitutional Court decides whether to accept a constitutional complaint for adjudication on the basis of criteria and procedures provided by law.”

4. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของ
กฎระเบียบในชุมชนท้องถิ่น
5. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และกฎ
ของการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ
6. คำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ยื่นโดยบุคคล
ที่ถูกกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ...

...

ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคำร้องที่ยื่นต่อศาล
รัฐธรรมนูญกรณีและผู้ร้องถูกกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจากการบังคับใช้
บทบัญญัติของกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อผู้ร้องได้ใช้ทุกวิถีทางเพื่อเยียวยาความเสียหายแล้วแต่ไม่ประสบ
ผล และศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องเช่นนั้นหรือไม่ ให้พิจารณาตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่
บทบัญญัติของกฎหมายกำหนด”

นอกจากนั้น กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ
แห่งสโลวีเนีย มาตรา 21 (3) กำหนดเงื่อนไขในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมาย¹⁵⁸ ตามมาตรา 21 (1) ในข้อ 1-5 ที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกันกับมาตรา 160 แห่งรัฐธรรมนูญ
ว่าจะต้องเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้วแต่ยังไม่
ประกาศใช้ และให้ตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการร่างกฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
เท่านั้น ไม่รวมถึงเนื้อหาของร่างกฎหมาย

กรณีที่คำร้องที่เข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขต
อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียกำหนด
มาตรา 21a แห่งกฎหมายจัดตั้ง¹⁵⁹ กำหนดให้เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาชี้

¹⁵⁸ Article 21 (3) When deciding on the matters referred to in indents one to five of the first paragraph of this article, the Constitutional Court also decides on the constitutionality and legality of the procedures by which these acts were adopted.

¹⁵⁹ Article 21a

(1) Applications addressed to the Constitutional Court for which the Constitutional Court does not have jurisdiction in accordance with the provisions of the preceding article, are resolved by the Secretary General of the Constitutional Court.

ขาดและชี้แจงให้ผู้ยื่นคำร้องว่าคำร้องนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้แจงข้อโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำร้องใด ๆ ที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญที่มีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไปแล้ว

กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งฯ ข้อ 1-5 มีรายละเอียด เป็นไปตามที่กฎหมายจัดตั้งฯ กำหนด ตั้งแต่มาตรา 22-49 โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งฯ บัญญัติผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสำหรับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 161 ดังนี้

มาตรา 161 รัฐธรรมนูญกำหนดผลของคำ วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ¹⁶⁰ ดังนี้

(2) In the instances referred to in the preceding paragraph, the Secretary General explains to the applicant why the application is not among the types of cases which the Constitutional Court has jurisdiction to decide and states the conditions under which it is possible in accordance with the law to initiate proceedings before the Constitutional Court.

(3) The Secretary General of the Constitutional Court responds with explanations also to complaints and objections against Constitutional Court decisions and to applications regarding which the Constitutional Court so decides.

¹⁶⁰ Article 161 Abrogation of a Law

If the Constitutional Court establishes that a law is unconstitutional, it abrogates such law in whole or in part. Such abrogation takes effect immediately or within a period of time determined by the Constitutional Court. This period of time may not exceed one year. The Constitutional Court annuls or abrogates other regulations or general acts that are unconstitutional or contrary to law. Under conditions provided by law, the Constitutional Court may, up until a final decision, suspend in whole or in part the implementation of an act whose constitutionality or legality is being reviewed.

If in deciding on a constitutional complaint the Constitutional Court establishes the unconstitutionality of a regulation or general act, it may in accordance with the provisions of the first paragraph of this article annul or abrogate such regulation or act.

The legal consequences of Constitutional Court decisions shall be regulated by law.

“กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยให้การยกเลิกนั้นมีผลทันทีหรือในช่วงเวลาใดตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด แต่ไม่เกินหนึ่งปี กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกเพิกถอนกฎหมายหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งระงับการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญก่อนการพิพากษาคดีก็ได้

กรณีการพิจารณาคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีผู้ร้องถูกกระทำละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้นำถ้อยคำตามวรรคหนึ่งของมาตรานี้มาใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าวโดยอนุโลม

ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นกฎหมาย”

และตามกฎหมายจัดตั้งฯ มาตรา 43-48¹⁶¹ สรุปเฉพาะมาตราที่กำหนดผลของคำวินิจฉัยในลักษณะทั่วไป (มาตรา 43-45) ได้ดังนี้

¹⁶¹ Article 43

The Constitutional Court may in whole or in part abrogate a law which is not in conformity with the Constitution. Such abrogation takes effect the day following the publication of the decision on the abrogation, or upon the expiry of a period of time determined by the Constitutional Court.

Article 44

The abrogation of a law or a part thereof by the Constitutional Court applies to relations that had been established before the day such abrogation took effect, if by that day such relations had not been finally decided.

Article 45

(1) The Constitutional Court annuls or abrogates regulations or general acts issued for the exercise of public authority that are unconstitutional or unlawful.

(2) The Constitutional Court annuls regulations or general acts issued for the exercise of public authority that are unconstitutional or unlawful when it determines that it is necessary to remedy harmful consequences arising from such unconstitutionality or unlawfulness. Annulment has retroactive effect.

มาตรา 43 กำหนดว่า “กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกกฎหมายทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้การยกเลิกกฎหมายมีผลนับตั้งแต่วันที่ได้ออกคำวินิจฉัย หรือเมื่อพ้นระยะเวลาตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด”

มาตรา 44 กำหนดว่า “กรณีที่มีการปรับใช้กฎหมายที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนการยกเลิกกฎหมายนั้น ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ให้ยกเลิกกฎหมายนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนมีผลกับการปรับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนการยกเลิกกฎหมาย เมื่อการปรับใช้กฎหมายนั้นยังไม่มี การพิจารณาเป็นที่สุด”

มาตรา 45 กำหนดผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายหรือกฎที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 45 (2) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า จำเป็นต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกฎหมายหรือกฎที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากจำเป็น ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้การยกเลิกกฎหมายนั้นมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศใช้กฎหมาย ส่วนกรณีอื่น ๆ เป็นไปตามมาตรา 45 (3) ที่ให้คำวินิจฉัยยกเลิกกฎหมายมีผลนับตั้งแต่วันที่ตีพิมพ์คำวินิจฉัยของศาล หรือเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด

ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 163-167 เป็นการกำหนดคุณสมบัติและวาระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย¹⁶² โดยสรุปคือ ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวนทั้งสิ้น 9 คน ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้คัดเลือกจากความเห็นของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามที่กฎหมายกำหนด ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากผู้เชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ ประธานศาลรัฐธรรมนูญได้รับการเลือกตั้งจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงครั้งเดียว และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติอีกด้วย

(3) In other instances, the Constitutional Court abrogates regulations or general acts issued for the exercise of public authority that are unconstitutional or unlawful. Abrogation takes effect the day following the publication of the Constitutional Court decision on the abrogation, or upon the expiry of a period of time determined by the Constitutional Court. In instances of abrogation, Article 44 of this Act is applied mutatis mutandis.

¹⁶² ผู้สนใจโปรดศึกษาต่อในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสโลวีเนีย มาตรา 163-167

จากบทบัญญัติข้างต้นที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังไม่พบว่ามีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด และเมื่อค้นคว้าบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ไม่พบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีขั้นตอนของการให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น เป็นไปตามมาตรา 168-171¹⁶³ ดังนี้

“มาตรา 168 ผู้มีสิทธิเสนอขอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน รัฐบาล หรือผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสามหมื่นคน

คำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งชาติจะต้องผ่านการลงมติในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

มาตรา 169 กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดของสภา

¹⁶³ Article 168 Proposal to Initiate the Procedure

A proposal to initiate the procedure for amending the Constitution may be made by twenty deputies of the National Assembly, the Government or at least thirty thousand voters.

Such proposal is decided upon by the National Assembly by a two-thirds majority vote of deputies present.

Article 169 Acts Amending the Constitution

The National Assembly adopts acts amending the Constitution by a two-thirds majority vote of all deputies.

Article 170 Confirmation of Constitutional Amendments by Referendum

The National Assembly must submit a proposed constitutional amendment to voters for adoption in a referendum, if so required by at least thirty deputies.

A constitutional amendment is adopted in a referendum if a majority of those voting voted in favour of the same, provided that a majority of all voters participated in the referendum.

Article 171 Promulgation of Constitutional Amendments

Constitutional amendments enter into force upon their promulgation in the National Assembly.

มาตรา 170 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านความเห็นชอบของประชาชนโดยการลงประชามติ

กรณีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่า 30 คน เข้าชื่อเสนอขอให้มีการลงประชามติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสภานิติบัญญัติแห่งชาติต้องนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ประชาชนผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งทำการลงประชามติ

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ถูกนำมาใช้ในการลงประชามติ ถ้าเสียงส่วนใหญ่ของผู้มาลงคะแนนเสียงเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ถือเป็นเสียงข้างมากของผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งหมดมีส่วนร่วมในการลงประชามติ

มาตรา 171 การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีผลใช้บังคับภายหลังการประกาศใช้จากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ”

3.1.2.1.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียที่ได้ศึกษามาข้างต้นนั้น ไม่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด กำหนดให้มีเพียงอำนาจในตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขปรากฏในกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 22-25 กล่าวโดยสรุป คือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั่วไปและกฎที่เจ้าหน้าที่รัฐบังคับใช้กับปัจเจกบุคคล โดยปัจเจกบุคคลนั้นสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (กฎหมายจัดตั้งฯ มาตรา 22) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบรูปธรรม (กฎหมายจัดตั้งฯ มาตรา 23) โดยทั้งสองกรณีเป็นการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้ ซึ่ง

มาตรา 23 (1)¹⁶⁴ กำหนดชัดเจนว่า ระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญกำลังพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้ศาลที่กำลังพิจารณาคดีที่นำกฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่คดีนั้น ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป แต่ให้รอผลการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งกฎหมายจัดตั้งฯ มาตรา 23 (1) บัญญัติไว้ในลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 156¹⁶⁵

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียที่เป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น มีผลย้อนหลังได้ หรือที่เรียกว่า *ex tunc* ซึ่งเป็นกรณีตรงกันข้ามกับ *ex nunc* ที่ไม่ให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลัง หากกฎหมายนั้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ายังไม่ถึงขนาดต้องยกเลิกหรือเพิกถอนไปทั้งหมด คงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพียงบางมาตราเท่านั้น ให้รัฐสภาดำเนินการนำกฎหมายกลับไปแก้ไขให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย¹⁶⁶

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้น แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (*acts amending the constitution*) แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนและเคร่งครัดในคำวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ นั่นคือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียตีความ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ไว้อย่างแคบ แม้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ไม่ถือเป็นกฎหมายในลักษณะทั่วไป ซึ่งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียเองก็ได้ใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติหลายมาตราว่า *general acts* ซึ่งแปลความหมายได้ว่า เป็นกฎหมายทั่วไป แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

¹⁶⁴ Article 23 (1) When in the process of deciding a court deems a law or part thereof which it should apply to be unconstitutional, it stays the proceedings and by a request initiates proceedings for the review of its constitutionality.

¹⁶⁵ Article 156 Constitutional Review

If a court deciding some matter deems a law which it should apply to be unconstitutional, it must stay the proceedings and initiate proceedings before the Constitutional Court. The proceedings in the court may be continued after the Constitutional Court has issued its decision.

¹⁶⁶ Constitutional Court of the Republic of Slovenia: An Overview of the Work for 2013, The Constitutional Court of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 2014. 13-15

จัดตั้งฯ ว่าประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะกฎหมายทั่วไปเท่านั้น กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ขยายขอบเขตการใช้อำนาจของตนให้ครอบคลุมไปถึงกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.1.2.1.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย¹⁶⁷

3.1.2.1.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ U-I-214/00 (กรณีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แก้ไขมาตรา 80 แห่งรัฐธรรมนูญ)

คดีนี้ ผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 1 และ 2 ที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 80 และขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบที่ให้ประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว รวมถึงขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วมีคำวินิจฉัยทั้งสามประเด็นว่า กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสาระในการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการแก้ไขหลักการทางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญหาอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของหลักการรัฐธรรมนูญที่ถูกแก้ไขโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญได้ไม่ และประเด็นที่สองที่กล่าวถึงระเบียบที่ประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ก็มีใช้กฎหมายหรือกฎที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องสองประเด็นดังกล่าวไว้พิจารณาด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์

ส่วนประเด็นที่สาม ที่กล่าวถึงรัฐกำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้ตรารื้อฟื้นภายใต้หลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงยกคำร้องของผู้ร้องในประเด็นที่สามด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์

¹⁶⁷ "Constitutional Court of Slovenia: Case Law," [Online]. Available from: <http://www.us-rs.si/en/>

3.1.2.1.3.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ U-I-259/07 (กรณีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 55a มาตรา 55b และพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 38)

คดีนี้ ผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนีย มาตรา 30 เนื่องจากบทบัญญัติของทั้งสองมาตราละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่เป็นบทเฉพาะกาลของมาตรา 38 แห่งกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งฯ โดยอ้างว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับมาตรา 23 และ 25 ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น ผู้ร้องยังขอให้พิจารณา มาตรา 55a และ 55b ของกฎหมายจัดตั้งฯ ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อีกด้วย

ผู้ร้องเห็นว่า มาตรา 55a แห่งกฎหมายจัดตั้งฯ ที่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงกรณีที่ผู้ร้องถูกระทำละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพตามที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญนั้นมีความกำกวม เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ร้องต้องได้รับความเดือดร้อนเสียหายอย่างยิ่งจากการนั้นจากการถูกบังคับใช้ บทบัญญัติกฎหมายอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพ โดยผู้ร้องในคดีนี้เห็นว่า บทบัญญัติที่กล่าว ว่า “เดือดร้อนเสียหายอย่างยิ่ง” มิใช่บทบัญญัติอันเป็นนิยามในทางกฎหมาย การใช้บทบัญญัติในลักษณะนี้ย่อมไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

จากประเด็นที่ต้องพิจารณาทั้งสิ้นสามประเด็น ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ทั้งสามประเด็นนั้นไม่มีมูลความจริงอันเชื่อถือได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ยกคำร้องของผู้ร้องทุกประเด็นด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์

3.1.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

แม้ประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประเทศแรก ๆ ของโลกที่จัดตั้งองค์กรพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในลักษณะการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้ บังคับ ทั้งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติ แต่ภายหลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008¹⁶⁸ ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

¹⁶⁸ ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 (อ้างถึงใน ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, หน้า 214)

กฎหมายภายหลังการประกาศใช้ในลักษณะเดียวกันกับประเทศเยอรมนี แต่การให้อำนาจตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้นี้ไม่รวมถึงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ยังคงไว้ซึ่งรูปแบบการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้เท่านั้น

3.1.2.2.1 ความเป็นมาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส

ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 ปี ค.ศ. 1795 Siéyès เสนอให้มี “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ (jurie constitutionari)” ทำหน้าที่เป็นหลักประกันของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ สมควรจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำใด หรือกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับหลักการเรื่องอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant หรือ Constituent Power) เป็นคนละอำนาจกันกับอำนาจที่เกิดจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constitue หรือ Constituted Power) องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยลูกขุนรัฐธรรมนูญนี้เป็นองค์กรแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการ ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายและการกระทำต่าง ๆ มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวคิดนี้ของซิเอเยส์ถูกวิพากษ์วิจารณ์มาก โดยผู้คัดค้านเห็นว่า ลูกขุนรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่อยู่สูงกว่าอำนาจรัฐทั้งหมด หากลูกขุนรัฐธรรมนูญใช้อำนาจเกินขอบเขตก็จะมีผู้ใดตรวจสอบได้ ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังไม่มี การจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่อย่างใด¹⁶⁹

ต่อมา รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 จัดตั้ง “สภาเซนาตผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (senat conservateur) ในสมัยของนโปเลียน โบนาปาร์ต ตามแนวคิดของซิเอเยส์ แต่กระนั้นไม่ปรากฏว่าสภาดังกล่าวได้เคยวินิจฉัยว่าการกระทำหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเลย ทั้ง ๆ ที่นโปเลียนได้สถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดิซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹⁷⁰

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 มาตรา 91 กำหนดให้มี “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (comite constitutional) ทำหน้าที่ตรวจสอบว่า ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามีบทบัญญัติที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องนำกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ โดยในช่วงเวลาของ

¹⁶⁹ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 6-7

¹⁷⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 7-8

การบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ปรากฏว่ามีเพียงครั้งเดียวที่คณะกรรมการสง่างกฎหมายกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่¹⁷¹

จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหรือรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้มีแนวคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า แม้กฎหมายคือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย จึงไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ก็ตาม แต่การตรวจสอบกฎหมายก่อนการประกาศใช้หรือร่างกฎหมาย ที่ยังไม่ผ่านการลงนามโดยประธานาธิบดีผู้เป็นประมุขแห่งรัฐ จึงสามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อหลักการดังกล่าว จึงได้กำหนดให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) ซึ่งมีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง มิใช่องค์กรตุลาการ ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล และไม่มีวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด¹⁷²

3.1.2.2.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส

3.1.2.2.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้อง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ประกอบด้วยตุลาการที่มาจากแต่งตั้ง 9 คน และตุลาการโดยตำแหน่ง ตามมาตรา 56 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สาม ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาสูงและประธานสภาแห่งชาติ จะแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายละ 3 คน โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี แต่ละคนจะดำรงตำแหน่งได้คราวเดียว และทุกสามปีแต่ละฝ่ายข้างต้นจะแต่งตั้งตุลาการคนใหม่ฝ่ายละ 1 คน เข้ามาแทนที่ตุลาการที่หมุนเวียนกันครบวาระ แต่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ได้รับแต่งตั้งไว้แต่อย่างใด แต่ละฝ่ายจึงสามารถแต่งตั้งตุลาการได้อย่างเสรี ส่วนตุลาการโดยตำแหน่งนั้น มาตรา 56 อนุมาตรา 2 กำหนดให้อดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีพ

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในยุคแรก ๆ มีการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเคร่งครัด โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 8

¹⁷² เรื่องเดียวกัน. หน้า 8-10

วินิจฉัยกระบวนการพิจารณาตามมาตรา 61 อนุมาตรา 1 ให้บทบัญญัติในข้อบังคับการประชุมของสภาแห่งชาติหลายบทบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ และนำเสนอเห็นว่า ทุกคำร้องของฝ่ายบริหารตามกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 อนุมาตรา 2 ในช่วง ค.ศ. 1959-1970 ทุกคำร้องได้รับการวินิจฉัยให้เป็นไปตามคำร้อง

ต่อมา ในช่วงปลายทศวรรษที่หกสิบ ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเริ่มปรับบทบาทตนเองให้มีลักษณะเปิดกว้างมากขึ้น จนในปี ค.ศ. 1971 ได้มีคำวินิจฉัยในด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยศาลรัฐธรรมนูญนำเอาคำปรารภ (Preamble) ของรัฐธรรมนูญมาใช้ประกอบการพิจารณา ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า คำปรารภของรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า คำปรารภของรัฐธรรมนูญซึ่งมีเนื้อหาโยงไปถึงปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ทำให้เอกสารทั้งสองชิ้นมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ

โดยสาระของคำวินิจฉัยนั้น เป็นการวินิจฉัยในเรื่องของเสรีภาพในการตั้งสมาคม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายของสาธารณรัฐ เสรีภาพดังกล่าวเป็นพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสมาคม ฉบับปี 1901 สาระสำคัญ คือ ต้องสามารถก่อตั้งสมาคมได้อย่างเสรี และการขอลงทะเบียนสมาคมจะต้องมีเงื่อนไขที่ประกาศล่วงหน้าเท่านั้น การก่อตั้งสมาคมจึงไม่อาจอยู่ภายใต้การควบคุมไม่ว่าโดยหน่วยงานของรัฐหรือศาลได้ แม้ว่าการรวมกลุ่มกันเป็นสมาคมดังกล่าวจะเป็นโมฆะ หรือมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายก็ตาม กฎหมายตามคำร้องนี้จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

กรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้นำคำปรารภของรัฐธรรมนูญมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญ ทำให้เป็นการเพิ่มการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้อ้างอิงในคำปรารภนั้น ถือได้ว่าเป็นการปฏิวัติทางนิติศาสตร์ เนื่องจากการขัดต่อเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง

ภายหลังจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 1974 ในมาตรา 61 อนุมาตรา 2 เพิ่มประเภทของผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตามกระบวนการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ นอกเหนือจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และประธานสภาสูงแล้ว ยังเปิดโอกาสให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ 60 คน หรือสมาชิกสภาสูง 60 คน สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ถือเป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายค้านสามารถใช้สิทธิเช่นนี้ได้

อีกด้วย และเป็นโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้มากยิ่งขึ้น¹⁷³

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ของฝรั่งเศสนั้น ต้องมาจากการร้องขอของ 1) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ 2) นายกรัฐมนตรี 3) ประธานรัฐสภา 4) ประธานวุฒิสภา 5) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน หรือ 6) สมาชิกวุฒิสภา จำนวน 60 คน¹⁷⁴ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบแล้วพบว่าร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะประกาศใช้ไม่ได้¹⁷⁵

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ ตามที่ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008 ซึ่งถือเป็นการปฏิวัติแนวคิดการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝรั่งเศสครั้งยิ่งใหญ่ ปรากฏหลักการดังกล่าวตามความในมาตรา 61-1 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส¹⁷⁶ ให้อำนาจแก่คณะตุลาการ

¹⁷³ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 7. (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556). หน้า 106-113

¹⁷⁴ ARTICLE 61

Institutional Acts, before their promulgation, Private Members' Bills mentioned in article 11 before they are submitted to referendum, and the Rules of Procedure of the Houses of Parliament shall, before coming into force, be referred to the Constitutional Council, which shall rule on their conformity with the Constitution.

To the same end, Acts of Parliament may be referred to the Constitutional Council, before their promulgation, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators.

In the cases provided for in the two foregoing paragraphs, the Constitutional Council must deliver its ruling within one month. However, at the request of the Government, in cases of urgency, this period shall be reduced to eight days.

In these same cases, referral to the Constitutional Council shall suspend the time allotted for promulgation.

¹⁷⁵ ARTICLE 62

A provision declared unconstitutional on the basis of article 61 shall be neither promulgated nor implemented.

¹⁷⁶ ARTICLE 61-1

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ได้ ในลักษณะการตรวจสอบแบบรูปธรรม กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลใด ๆ จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่คดี และมีคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเห็นว่าบทบัญญัตินั้นละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ให้คู่ความยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีของตน หากศาลเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ให้ศาลส่งคำร้องไปยังศาลฎีกา (Court of Cassation หรือ Cour de Cassation) ในกรณีศาลนั้นเป็นศาลยุติธรรม ส่วนกรณีที่เป็นศาลปกครองเสนอเรื่อง ให้ยื่นเรื่องต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เพื่อให้ศาลสูงทั้งสองประเภทนี้ทำหน้าที่กลั่นกรองเรื่องก่อนนำเสนอต่อไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องจากศาลสูงและวินิจฉัยแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้บทบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปนับแต่วันที่ประกาศคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐกิจจานุเบกษา หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดวันสิ้นผลของบทบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นอย่างอื่นในคำวินิจฉัยก็ได้เช่นกัน¹⁷⁷

3.1.2.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

สำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ได้มีคำวินิจฉัยว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการลงประชามติ และไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มาจากความเห็นชอบของรัฐสภา

จากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส พบว่าไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่มีเขตอำนาจเช่นว่านั้น ถือได้ว่ามาตรา 61 นี้ให้อำนาจแก่

If during proceedings in progress before a court of law, it is claimed that a statutory provision infringes the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, the matter may be referred by the Conseil d' état or by the Cour de Cassation to the Constitutional Council, within a determined period.

An Institutional Act shall determine the conditions for the application of the present article.

¹⁷⁷ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 216-218

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (lois) เท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (constitutional laws หรือ lois constitutionnelles) เนื่องด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสตีความเขตอำนาจของตนอย่างเคร่งครัดเป็นอย่างยิ่ง นำมาสู่บทสรุปที่ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม¹⁷⁸

3.1.2.2.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส

3.1.2.2.3.1 คดีหมายเลข 62-20 DC เมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962¹⁷⁹

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าอำนาจของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญถูกจำกัดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 โดยเมื่อพิจารณามาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญที่ให้ อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย ก็อาจตีความขยายความไปถึงบทบัญญัติทั้งหลายของกฎหมายไม่ว่าจะมาจาก การลงประชามติหรือจากรัฐสภา หรือในทางตรงกันข้าม เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญ อำนาจวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 61 ถูกจำกัดเพียง กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ไม่รวมถึงกฎหมายที่ผ่านการลงประชามติของประชาชน เพราะกฎหมายที่ผ่านการลงประชามติของประชาชนเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของ ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

เมื่อพิจารณากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับ ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 17 เห็นได้ชัดว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้เพียงกฎหมาย ที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้นที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญได้ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างกฎหมายดังกล่าวขัดต่อ รัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอาจประกาศใช้กฎหมายโดยยกเว้นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อ รัฐธรรมนูญนั้น หรือส่งคืนให้รัฐสภาเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

จากเหตุผลทั้งปวงที่กล่าวมาข้างต้นนี้ การที่ ประธานวุฒิสภายื่นคำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างกฎหมายที่ผ่านการลงประชามติ

¹⁷⁸ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study* (Turkey: Ekin Press, 2008). 14-15

¹⁷⁹ "Decision No. 62-20 Dc," (Constitutional Council of France, 6 November 1962).

ของประชาชนเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1952 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้อำนาจไว้

3.1.2.2.3.2 คดีหมายเลข 2003-469 DC เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003¹⁸⁰

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถูกจำกัดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจเกินขอบเขตไปจากที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวกำหนดไว้ได้ มาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั่วไป โดยไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ การที่สมาชิกรัฐสภาเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยองค์กรกระจายอำนาจแห่งสาธารณรัฐ (The Decentralized Organization of the Republic) ที่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภาเมื่อวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 2003 จึงไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้อำนาจไว้

จากการศึกษาแนวทางของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสโลวีเนีย และประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า ประเทศเหล่านี้ไม่ยอมรับหลักการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยประเทศเนเธอร์แลนด์ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบทั้งกฎหมายและสนธิสัญญา ซึ่งสามารถตีความรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศสโลวีเนียและฝรั่งเศส นั้น แม้จะยอมรับแนวคิดของเคลเซนให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ทั้งตัวองค์กรพิเศษเองก็ไม่ได้ตีความขยายขอบเขตการใช้อำนาจให้ครอบคลุมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่เฉพาะ การตีความเขตอำนาจขององค์กรพิเศษนี้จะต้องตีความโดยเคร่งครัด ฉะนั้น ศาล

¹⁸⁰ "Decision No. 2003-469 Dc," (Constitutional Council of France, 26 March 2003).

รัฐธรรมนูญของสโลวีเนียและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึงปฏิเสธการใช้อำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้

3.2 ประเทศที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

กระแสของการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่แล้ว รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมแทนการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่แก้ไขข้อความหรือบทบัญญัติไม่ก็มาตรา ด้วยเหตุผลในลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอาจเป็นการละเมิดและทำให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ และเมื่อพิจารณาต่อไปว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีค่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมต้องให้ความสำคัญมากกว่ากฎหมายธรรมดา ประเทศเหล่านี้ที่ได้นำมาศึกษาวิจัย เล็งเห็นถึงเหตุประการดังกล่าว จึงกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ โดยประเทศที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในที่นี้ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย และประเทศฮังการี ส่วนประเทศที่ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศเยอรมนี แต่กระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้วางหลักว่า ตนมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป ดังนี้

3.2.1 ประเทศโรมาเนีย

3.2.1.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย¹⁸¹

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศโรมาเนียประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1991 โดยการลงประชามติเห็นชอบของประชาชน โดยกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้น มีวัตถุประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และปกป้องสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำละเมิด

¹⁸¹ Mihaela Serban, "The Romanian Constitutional Court: Law, Politics and Judicial Activism," [Online]. Available from: <https://www.ramapo.edu/sshs/files/2013/02/Pdf-1.pdf>

ศาลรัฐธรรมนูญถูกตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (กฎหมายฉบับที่ 47 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1992) เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 1992¹⁸²

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของโรมาเนียนั้น ในขั้นแรกไม่ได้ให้ความสนใจในหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยเท่าที่ควร เช่น หลักแบ่งแยกอำนาจ การให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Judicial review) หลักรัฐธรรมนูญนิยมและสิทธิมนุษยชน ถึงกระนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำเอาหลักการของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์กลาง (Centralized judicial review) มาใช้เพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบกฎหมายในเชิงป้องกัน (Preventive review of statutes) และการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้กฎหมายนั้น จะเป็นลักษณะการตรวจสอบรูปแบบการอ้างอิงเท่านั้น (Referral system) ในช่วงเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของโรมาเนียได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศสค่อนข้างมาก แต่กระนั้นสมาชิกส่วนใหญ่ของสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ยังขาดความรู้ความเข้าใจในหลักการแนวคิดของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทำให้กระบวนการตรวจสอบดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียมีความลึกลับและเข้าใจได้ยาก เมื่อบรรดานักกฎหมายด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญเกิดความกลัวในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญสืบเนื่องจากความไม่แน่นอนในหลักเกณฑ์และกระบวนการในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง จึงมีการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น

ช่วงเวลาภายหลังจากปี ค.ศ. 1989 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียต้องปรับตัวเป็นอย่างมาก เพราะรัฐธรรมนูญในขณะนั้นยังไม่มีสถานะที่มั่นคงดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและกลุ่มประเทศในยุโรปตะวันตก อิทธิพลของหลักรัฐธรรมนูญนิยมค่อย ๆ ได้รับการยอมรับมากขึ้น ตั้งแต่แนวคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญต้องอยู่เหนือองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดของประเทศ และกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการคัดค้านและต่อต้านการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารในกรณีที่สององค์กรดังกล่าวใช้อำนาจอันเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ

ความเป็นพลวัตหรือการปรับตัวของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามสมดุลระหว่างกฎหมายและการเมือง หลักรัฐธรรมนูญนิยมในระยะแปรเปลี่ยนของรูที เทอเทิล (Ruti

¹⁸² Nicolae Popa, "The Constitutional Court of Romania Twelve Years of Activity: 1992-2004 - Evolutions over the Last Three Years -," [Online]. Available from: <https://goo.gl/Kw4ebi>

Teitel) รวมไปถึงพัฒนาการของรัฐธรรมนุญที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาใดช่วงเวลาหนึ่งที่แปรผันไปอย่างฉับพลันไปตามการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง โดยพิจารณาถึงความแปรเปลี่ยนของรัฐธรรมนุญนิยมได้จากบทบาทของศาลรัฐธรรมนุญ ตรงข้ามกับสหรัฐอเมริกา ที่ศาลยุติธรรมต้องเผชิญกับความยากลำบากในการคัดค้าน “เสียงส่วนใหญ่” ที่ระบอบประชาธิปไตยเริ่มมีแนวโน้มไปสู่การต่อต้านการเมือง ปัญหาที่สำคัญของสหรัฐอเมริกาคือ การทำให้การเมืองโปร่งใสและชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การทำให้ศาลโปร่งใสหรือชอบด้วยกฎหมายแต่ประการใด

ภารกิจหลักของศาลรัฐธรรมนุญโรมานีเยซึ่งเป็นเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนุญของกลุ่มประเทศยุโรปตะวันออก คือ การประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ และการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนและการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ปัจเจกบุคคลกรณีทีสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลนั้นถูกระงับโดยรัฐ แต่ศาลรัฐธรรมนุญโรมานีเยในช่วงเริ่มแรกยังขาดประสบการณ์การวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทระหว่างกฎหมายและการเมือง ซึ่งการขาดประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายรัฐธรรมนุญอาจทำให้ศาลใด ๆ ก็ตามติดกับดักของการวินิจฉัยข้อพิพาทด้านการเมืองด้วยหลักการที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของการเมือง

ตามรัฐธรรมนุญแห่งโรมานีเย ปี ค.ศ. 1991 มาตรา 144 และตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนุญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนุญ (กฎหมายหมายเลข 47/1992) มาตรา 1 ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนุญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย ข้อบังคับของรัฐสภา และร่างรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติม ในรูปแบบของการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับ และกำหนดให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายและคำสั่งใด ๆ ภายหลังการประกาศใช้ในรูปแบบการอ้างอิง (Referral system) หรือกรณีข้อยกเว้นของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนุญ

อำนาจของศาลรัฐธรรมนุญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการประกาศใช้บังคับนั้นก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงความเหมาะสมและสอดคล้องกับแนวคิดในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก เนื่องจากการตรวจสอบกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับนั้นทำให้ศาลรัฐธรรมนุญแปรสภาพตนเองจากเดิมที่เป็น “ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเชิงปฏิเสธ (Negative legislator) เป็น “ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเชิงรุก (Positive legislator)” และทำให้เส้นแบ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจเกิดความคลุมเครือไม่ชัดเจน รวมถึงยังทำให้ศาลรัฐธรรมนุญมีความเป็น “การเมือง” มากยิ่งขึ้น ข้อเสียอีกประการหนึ่งคือ การตรวจสอบกฎหมายของศาลรัฐธรรมนุญก่อนการประกาศใช้นั้น เกิดขึ้นก่อนที่กฎหมายนั้นจะมีผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้หรือการตรวจสอบในเชิง

ป้องกันนี้ก็ยังมีความกระบวนการสำรอง กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ยังมีกระบวนการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้ได้อีกเช่นเดียวกัน แต่กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จะสามารถตรวจสอบได้เฉพาะก่อนการประกาศใช้บังคับเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียหลีกเลี่ยงการปะทะกับอำนาจนิติบัญญัติและบริหารด้วยการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของตนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับ โดยการไม่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายญัตติเสนอกฎหมายหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ยังไม่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา รวมถึงการไม่วินิจฉัยในประเด็นของการตีความและการปรับใช้กฎหมาย เพราะการตีความและการปรับใช้กฎหมายเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม¹⁸³ นอกจากนั้นศาลรัฐธรรมนูญยังประกาศตนไว้อย่างชัดเจนที่จะไม่วินิจฉัยในประเด็นของการละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁸⁴ ดังเช่นคำวินิจฉัยที่ 62/1995 ที่มีประเด็นเกี่ยวกับการปฏิเสธไม่รับร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เสนอโดยคณะกรรมการด้านการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าการวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวจะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญแปรสภาพเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเชิงรุก (Positive legislator) ไปเสีย

¹⁸³ กรณีดังกล่าวสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก "Decision No. 42/1993," (Constitutional Court of Romania, 23 July 1993).

¹⁸⁴ การละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือ Legislative Omission นั้น มีนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ของประเทศสาธารณรัฐเช็ก (V. Šimiček) ให้ความหมายว่า “การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายถือเป็นการงดเว้นกระทำการตามอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายนั้นมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่บัญญัติให้ตนทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางนิติบัญญัตินั้น แต่กลับเพิกเฉยละเลยไม่ปฏิบัติเสีย”

นอกเหนือจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ได้วินิจฉัยถึงกรณีดังกล่าวไว้ว่า “ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ผลกระทบจากช่องว่างของกฎหมาย (หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบและข้อบังคับ) เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ชั้นแรกคือ กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายตั้งใจร่างกฎหมายและบัญญัติเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น แต่กลับไม่ร่างกฎหมายหรือข้อบังคับที่ควรร่างในกรณีที่อาจคาดเห็นได้ว่าควรมีกฎหรือข้อบังคับเช่นนั้น กรณีดังกล่าวมีบทสรุปอย่างเดียวกันกับกรณีที่รัฐสภาประกาศใช้กฎหมายแล้ว แต่กฎหมายนั้นถูกเพิกถอนไปเนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยผู้ร่างกฎหมายไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ” (ที่มา: "Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence: Questionnaire for the Xivth Congress of the Conference of European Constitutional Courts," [Online]. Available from: http://www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report_Czech_en.pdf)

นอกจากนั้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียยังมีความเห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ หรือการตรวจสอบในเชิงป้องกัน (Preventive review) นี้ เป็นการปกป้องกลุ่มการเมืองเสียงข้างน้อย แต่กระนั้น กระบวนการภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ร่างกฎหมายนั้นตกไปเนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐสภาจะต้องดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด หากรัฐสภายืนยันร่างกฎหมายฉบับเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยมติเสียงข้างมากเด็ดขาด (สองในสามของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ของแต่ละสภา) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นอันตกไป และร่างกฎหมายต้องผ่านการประกาศใช้โดยสถานเดียว

กระบวนการดังกล่าวเห็นได้ชัดว่าเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงแล้วก็เป็นที่ยากที่สภาทั้งสองจะสามารถรวบรวมเสียงข้างมากในการคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น กระบวนการนี้จึงเป็นการสร้างสมดุลให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญและรัฐสภา และทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

อำนาจหน้าที่อื่น ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียนั้น รวมไปถึงการดูแลการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งโรมาเนียในขณะที่ประธานาธิบดีคนก่อนรักษาการเป็นการชั่วคราว และให้คำแนะนำกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอถอดถอนประธานาธิบดีต่อศาลรัฐธรรมนูญในข้อหาอุกฉกรรจ์ เช่น การทรยศชาติ เป็นต้น อีกทั้งยังให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบการลงประชามติ การเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชน และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง

เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียนั้นมีพื้นฐานมาจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งมีความอ่อนแอมากที่สุดในบรรดาประเทศในทวีปยุโรป แม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียจะมีเขตอำนาจที่กว้างขวางกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ข้อแตกต่างที่ชัดเจนที่สุดคือกระบวนการยืนยันร่างกฎหมายเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย มาตรา 145) ศาลรัฐธรรมนูญแทบไม่มีโอกาสใช้อำนาจที่ตนได้รับจากรัฐธรรมนูญได้ทั้งหมด ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็มีอำนาจทางการเมืองเข้าแทรกแซงเสมอ รวมถึงการวินิจฉัยกรณีการยื่นถอดถอนประธานาธิบดีแห่งโรมาเนียที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องเข้าไปอยู่ในวังวนของการเมืองอย่างชัดเจน แม้แต่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเองก็เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นกลางและกฎหมายในเวลาเดียวกัน แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะยืนยันความเป็นอิสระและเป็นกลาง แต่บางครั้งบางคราวสังคมเกิดความสงสัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยภายใต้แรงกดดันทางการเมืองในหลากหลายรูปแบบ

ความเป็น “การเมือง” ของศาลรัฐธรรมนูญยิ่งเห็นได้ชัดเจนขึ้นจากผู้มีสิทธิยื่นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิแก่องค์กรทางการเมืองเกือบทั้งหมด ได้แก่ รัฐสภา ประธานสภาทั้งสอง รัฐบาล ประธานาธิบดีแห่งโรมาเนีย และศาลฎีกา ส่วนการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นสิทธิของศาลยุติธรรมที่กำลังพิจารณาวินิจฉัยคดีเพียงผู้เดียวในการยื่นเรื่องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับสร้างบรรทัดฐานให้การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมนั้นยากมากขึ้น

บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียที่มีความเป็นการเมืองและกฎหมายในขณะเดียวกัน แสดงให้เห็นถึงการพยายามแสดงออกถึงความสมดุลในทางการเมืองและกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ จนนำไปสู่ความล้มเหลวในการวินิจฉัยคดีและส่งผลกระทบต่อภารกิจสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรอง ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญขาดความเป็นอิสระและเป็นกลาง

อำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญเห็นได้ชัดในหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญประกาศตนชัดเจนว่าตนไม่อยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ¹⁸⁵ และในการใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นหน้าที่ที่พึงกระทำในการจำกัดอำนาจของทั้งสามองค์กรไว้ให้อยู่ในขอบเขต ยิ่งไปกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ เพื่อหลีกเลี่ยงการปะทะกันระหว่างองค์กรทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องให้การคุ้มครองเสียงข้างน้อยทางการเมืองและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการแสดงออกและสื่อ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญจะคอยดูแลกระบวนการในทางนิติบัญญัติและรัฐสภาให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง เช่น กระบวนการวิโต้ เป็นต้น¹⁸⁶

3.2.1.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย

3.2.1.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียที่เกี่ยวข้อง

องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียประกอบด้วย ตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน มีวาระการดำรงตำแหน่งเป็นเวลา 9 ปี เพียงวาระเดียว โดยตุลาการจำนวน 3 คนมาจากการแต่งตั้งของสภาผู้แทนราษฎร 3 คนจากการแต่งตั้งของวุฒิสภา และอีก 3

¹⁸⁵ กรณีอำนาจตุลาการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญประกาศอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยหมายเลข 21 เมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1994 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้เป็นส่วนหนึ่งของระบบศาลยุติธรรมทั่วไป

¹⁸⁶ Serban, M., "The Romanian Constitutional Court: Law, Politics and Judicial Activism."

คน มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งโรมาเนีย ซึ่งจะมีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุก ๆ สามปี และการเลือกตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญจะมาจากการลงคะแนนลับของตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี¹⁸⁷

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 146 (a) และ (d)¹⁸⁸ ดังนี้

“ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

a. ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ โดยมาจากการร้องขอของประธานาธิบดีแห่งโรมาเนีย หรือประธานของแต่ละสภา รัฐบาล ศาลฎีกา อัยการสูงสุด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 50 คนหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 25 คน ในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ต้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยก่อนการประกาศใช้ทุกครั้งโดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอ

¹⁸⁷ Article 42 Structure

1. The Constitutional Court is the guarantor of the supremacy of the Constitution.
2. The Constitutional Court is composed of 9 justices, appointed for a nine-year term, which cannot be extended or renewed.
3. Three justices are appointed by the Chamber of Deputies, three by Senate, and three by the President of Romania.
4. The members of the Constitutional Court elect a president by secret ballot for a three-year term.
5. Every three years one-third of the membership of the Constitutional Court is renewed in accordance with the terms of the Court's organic law.

¹⁸⁸ Article 146 Functions

“The Constitutional Court has the following functions:

- a. to pronounce on the constitutionality of laws before their promulgation upon request of the President of Romania, one of the presidents of the two Chambers, the Government, the High Court of Cassation and Justice, the People's Attorney, at least 50 deputies or 25 senators, as well as on its own initiative [ex officio] on proposals for the amendment of the Constitution;
- d. to decide on objections as to the unconstitutionality of laws and ordinances brought u before courts of law or commercial arbitration tribunals; the objection of unconstitutionality may also be brought up directly by the People's Attorney;”

d. พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับกรณีที่กฎหมายและระเบียบข้อบังคับหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่กำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรมหรืออนุญาโตตุลาการด้านกฎหมายพาณิชย์ โดยข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องเสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญโดยอัยการสูงสุด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนและหลังการประกาศใช้ตามมาตรา 146 (a) และ (d) แต่สำหรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเฉพาะก่อนการประกาศใช้โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเท่านั้น โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์ขั้นตอนการตรวจสอบเป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย หรือกฎหมายเลขที่ 47/1992 นั้น ที่เน้นย้ำเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการประกาศใช้ ตามมาตรา 11 (1) (a) ซึ่งรายละเอียดของกระบวนการนับตั้งแต่การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้มีสิทธิเสนอเรื่องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดนั้น ปรากฏตามหมวดที่ 2 ของบทที่ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้นั้น เป็นไปตามมาตรา 15 – 18¹⁸⁹ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นไปตามมาตรา 19 – 23¹⁹⁰ สรุปกระบวนการตรวจสอบได้ดังนี้

¹⁸⁹ ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย มาตรา 15 – 18

¹⁹⁰ Article 19. - Before submission to the Parliament in order to initiate the legislative procedure for the revision of the Constitution, the bill or the legislative proposal, accompanied by the opinion of the Legislative Council, shall be handed in to the Constitutional Court, which shall have to pronounce on the observance of constitutional provisions in regard of such revision within ten days.

Article 20. - On receiving the bill or legislative proposal, the President of the Court shall designate a Judge-Rapporteur and set the date for adjudication proceedings.

Article 21. –

(1) The Constitutional Court shall pronounce on the bill or legislative proposal by the vote of two thirds of the number of Judges.

(2) The decision of the Constitutional Court shall be notified to the initiators of the bill or legislative proposal, or to their representative, as the case may be.

“มาตรา 19 ก่อนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสู่การพิจารณาให้ความเห็นชอบของรัฐสภา ให้ผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตรวจสอบให้แล้วเสร็จภายในสิบวัน

มาตรา 20 ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญผู้รับผิดชอบและกำหนดวันเวลาในการพิจารณา

มาตรา 21

(1) การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ใช้มติสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด

(2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องประกาศให้ผู้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าว แล้วแต่กรณี

มาตรา 22 รัฐสภาจะพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็ต่อเมื่อมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแนบไปด้วย ตามนัยมาตรา 21(2)

มาตรา 23

Article 22. - The bill or legislative proposal can be presented to the Parliament only together with the decision of the Constitutional Court, notified according to Article 21, paragraph (2).

Article 23. -

(1) The Constitutional Court shall ex officio pronounce on the law for the revision of the Constitution within five days from its passage, the provisions under Articles 20 and 21 being applied accordingly.

(2) The decision which ascertains that constitutional provisions concerning revision have not been complied with shall be sent to the Chamber of Deputies and to the Senate in order to re-examine the law for the revision of the Constitution and bring it into accord with the decision of the Constitutional Court.

(1) ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาก่อนการประกาศใช้บังคับให้แล้วเสร็จและประกาศผลคำวินิจฉัยภายใน ห้าวันนับตั้งแต่วันที่รับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยกระบวนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามมาตรา 20 และ 21 แห่งกฎหมายนี้

(2) กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้นขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นเสียใหม่ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย”

3.2.1.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง โรมาเนียในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย มาตรา 146 (a) นั้น จะเห็นได้ ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” และ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อน การประกาศใช้นั้น ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง ได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งโรมาเนีย ประธานสภาโตสภาหนึ่ง รัฐบาล ศาลฎีกา อัยการสูงสุด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 50 คน หรือสมาชิกวุฒิสภาไม่ น้อยกว่า 25 คน

ในตอนท้ายของมาตรา 146 (a) ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาล รัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในลักษณะ Ex officio หรือการไม่จำเป็นต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่สภามีหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ในมาตรา 146 (d) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมี อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและกฎที่ศาลทั่วไปหรือ อนุญาโตตุลาการในทางพาณิชย์นำไปปรับใช้แก่คดี และมีข้อโต้แย้งถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เสนอคำร้องผ่านอัยการสูงสุด

มาตรา 146 (d) นี้ เห็นได้ชัดว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ได้ ซึ่งเป็นลักษณะ Concrete judicial review หรือการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม ซึ่งไม่รวมถึงการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเนื่องจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ

ประเทศโรมาเนียนั้น จะต้องให้ประชาชนลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของสภาทั้งสองแล้ว ตามมาตรา 151 (3) แห่งรัฐธรรมนูญโรมาเนีย¹⁹¹

จากกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย มาตรา 19 – 23 นั้น จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้มีขั้นตอนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถึง 2 ช่วงเวลาด้วยกัน คือ ก่อนการนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา โดยผู้เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้นำส่ง และภายหลังจากที่รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ก่อนการประกาศใช้บังคับ ให้รัฐสภานำส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง¹⁹² ในลักษณะ ex officio หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เป็นหน้าที่ของรัฐสภาในการนำส่งร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง โดยต้องนำส่งทุกครั้งเพราะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่

ส่วนอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยทั้งก่อนการประกาศใช้และภายหลังการ

¹⁹¹ ARTICLE 150. AMENDMENT INITIATIVE

1. Constitutional amendments can be initiated by the President of Romania upon proposal by the Government, at least one-fourth of the deputies or senators, as well as at least 500,000 citizens eligible to vote.

2. Citizens who initiate a constitutional amendment must represent at least half the counties of the country, and in each of these counties and in the Bucharest Municipality, at least 20,000 signatures supporting this initiative must be obtained.

ARTICLE 151. AMENDMENT PROCEDURE

1. The amendment draft or proposal must be approved in the Chamber of Deputies and the Senate by at least a two-thirds majority of the members of each Chamber.

2. If no agreement can be reached by a mediation procedure, the Chamber of Deputies and the Senate will decide in joint session by a vote of at least three-fourths of the deputies and senators.

3. The revision is final after being approved by a referendum organized within 30 days of the approval of the draft of the recommendation for revision.

¹⁹² ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. หน้า 240-241

ประกาศใช้บังคับ ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับนั้น จะต้องมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ตามมาตรา 15 – 18 ในรูปแบบของ Abstract judicial review หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะนามธรรม ส่วนการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้นั้น นอกจากรัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 146 (d) แล้ว ยังย้ำถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 (d) โดยบัญญัติกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในหมวด 2 ว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 29 – 31¹⁹³ ซึ่งเป็นการตรวจสอบในลักษณะ Concrete judicial review หรือการตรวจสอบในลักษณะรูปธรรม นั่นคือ จะต้องมีการขอพิพาทในศาลยุติธรรมหรือศาลอนุญาโตตุลาการด้านพาณิชย์เสียก่อน ซึ่งคู่ความแห่งคดีสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีนั้น หรือเป็นกรณีที่ศาลผู้พิจารณาคดีนั้นเห็นเองให้นำส่งคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย หรืออัยการผู้ดำเนินคดีอาญาในศาลอาญานั้นเห็นประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ปรับใช้แก่คดีด้วยตนเอง ให้เสนอคำร้องต่อศาลที่กำลังพิจารณาคดีดังกล่าวเพื่อนำส่งเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไป¹⁹⁴

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมานีเย เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 147¹⁹⁵ โดยสรุปคือ จะมีผลผูกพันทุกองค์กร และไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactive effect / ex nunc)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁹³ ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมานีเย มาตรา 29 – 31

¹⁹⁴ Article 29

“(2) The exception shall be raised at the request of either party or ex officio, by the court of law or of commercial arbitration hearing the case. Likewise, the prosecutor is entitled to raise this exception before the court in cases where he attends trial proceedings.”

¹⁹⁵ Article 147. Decisions of the Constitutional Court

“1. The provisions of the laws and ordinances in force, as well as those of the regulations which are found to be unconstitutional shall cease to be legally effective 45 days after the publication of the decision of the Constitutional Court if Parliament or the Government do not bring the unconstitutional provisions into conformity with the Constitution before the end of this period. During this period the application of the provisions found to be unconstitutional shall be suspended by law [de jure].

จากการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียจะเห็นได้ว่า ทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของโรมาเนีย ไม่ได้มีข้อกำหนดชัดเจนให้ตรวจสอบเฉพาะ “รูปแบบ/กระบวนการร่าง” หรือ “เนื้อหา” จึงตีความได้ว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งสองกรณี คือสามารถตรวจสอบว่ากระบวนการและเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เห็นได้ว่า โรมาเนียยอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ดังจะได้ศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียต่อไป

3.2.1.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย¹⁹⁶

3.2.1.3.1 คำวินิจฉัยที่ 799 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2011 (กรณีการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม) ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ฉบับที่ 440 เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2011

ตามที่ประธานาธิบดีแห่งโรมาเนียได้ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา ตามหนังสือหมายเลข 1.172 ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 2011 ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอขอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบของรัฐบาล กรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) การตัดทอนถ้อยคำที่บัญญัติว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นเป็นผู้มีสิทธิครอบครองตามกฎหมาย” ของมาตรา 44 (8) ของรัฐธรรมนูญ เป็น

2. In the case of the unconstitutionality of a law, Parliament is obliged to reconsider the provisions in question before the promulgation of the law in order to bring them into conformity with the Constitution.

3. If the constitutionality of a treaty or international agreement has been pronounced in accordance with Article 146(b), such treaty or agreement cannot be the object of an objection of unconstitutionality. A treaty or international agreement found to be unconstitutional shall not be ratified.

4. Decisions of the Constitutional Court shall be published in the Monitorul Oficial al Romăniei. As from their publication decisions shall be generally binding and effective only for the future.”

¹⁹⁶ "The Constitutional Court of Romania: Case Law," [Online]. Available from: <https://www.ccr.ro/jurisprudenta-decizii-de-admitere>

การขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการระงับซึ่งการรับรองสิทธิในทรัพย์สิน และละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 (2) (ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก)

2) การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 72 (2) และการตัดทอนถ้อยคำตามมาตรา 72 (3) แห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการระงับซึ่งสิทธิในการดำรงตำแหน่งระดับสูง (มาตรา 72 เป็นกรณีการได้รับสิทธิคุ้มกันของสมาชิกวุฒิสภา) และละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 (2) (ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก)

3) การยกเลิกมาตรา 109 (2) และการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 109 (3) แห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการระงับซึ่งสิทธิในการดำรงตำแหน่งระดับสูง (มาตรา 109 ว่าด้วยความรับผิดชอบของสมาชิกในรัฐบาล) และละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 (2) (ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก)

4) การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 126 (6) แห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 126 (6) นั้นบัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎและการกระทำของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ไม่รวมถึงการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำของกองทัพ ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ให้มีการยกเว้นการกระทำในทางปกครองกรณีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาลเกี่ยวกับการเงินและการงบประมาณของโรมานีเย) และละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 (2) (ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก)

5) การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 133 (2) (a) และ (b) และมาตรา 133 (3) แห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 133 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสภาสูงของฝ่ายตุลาการ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ มีสมาชิกจำนวน 19 คน) เนื่องจากการละเมิดต่อบทบัญญัติความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ และขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 152 (1) อีกด้วย (ตัดสินโดยมติเสียงข้างมาก)

6) ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้ ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (ตัดสินโดยมติเอกฉันท์)

3.2.1.3.2 คำวินิจฉัยที่ 727 เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2012 (กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมานีเย (กฎหมายเลขที่ 47/1992 มาตรา 27 (1))

กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมานีเย มาตรา 27 (1) นั้น ถูกนำเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาโดยเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคเสรีประชาธิปไตย จำนวน 67 คน เข้าชื่อเสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 146 (a) แห่งรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ประกอบ

มาตรา 15 (1) และ (4) แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย เนื่องจากเป็นการตัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติที่ประชุมใหญ่แห่งสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา

คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียมีคำวินิจฉัยว่า การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม เพราะอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ไม่เพียงแต่เป็นการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่เป็นการพิทักษ์หลักการแบ่งแยกอำนาจและสมดุลแห่งอำนาจในรัฐที่เป็นประชาธิปไตย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติที่ประชุมใหญ่ของรัฐสภานั้น มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากมติที่ประชุมใหญ่แห่งรัฐสภาละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการพิทักษ์หลักการแห่งรัฐธรรมนูญ และให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยตรวจสอบว่ามติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁹⁷

คดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้แจ้งประธานาธิบดีแห่งโรมาเนีย ประธานของสภาทั้งสอง และนายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับคำวินิจฉัยดังกล่าว และให้ประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ในส่วนที่ 1

¹⁹⁷ ถ้อยคำของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ มีความน่าสนใจและเห็นสมควรเผยแพร่ในจุดที่สำคัญตามที่ได้คัดลอกมา ดังนี้

“The constitutional review, as a whole, and, integrated thereto, the constitutional review of Parliament Resolutions questioning constitutional principles and values, is not only a fundamental legal guarantee for the supremacy of the Constitution. It represents a means to endow the Constitutional Court with a coherent capacity of expression, likely to efficiently ensure the separation and balance of powers in a democratic state. ...

Therefore, the Court emphasizes the importance of constitutional review of Parliament resolutions for the proper operation of the rule of law and for the observance of the separation and balance of state powers so that when it comes to the breach of constitutional values and principles by means of certain resolutions of Parliament, besides the political conflicts characterizing the relations between the majority and the Opposition, the Court may be required to ensure compliance with those values and principles, intrinsic to democracy, as sole political model compatible with the Basic Law. ...”

3.2.2 ประเทศฮังการี

3.2.2.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี¹⁹⁸

ก่อนปี ค.ศ. 1990 ฮังการียังไม่มีประเพณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แม้จะมีการจัดตั้งสภากฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1983 แต่ไม่ได้กำหนดให้มีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 1989 รัฐสภาตัดสินใจจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น มีการเจรจกันระหว่างรัฐบาลสังคมนิยมและฝ่ายตรงข้ามที่เป็นประชาธิปไตย ซึ่งการเจรจานั้น เรียกว่า “การเสวนาโต๊ะกลมแห่งชาติ (National round table)” ในประเด็นของโครงสร้างและเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ในขั้นแรก ฝ่ายตรงข้ามที่เป็นประชาธิปไตยสงสัยในเจตนาที่แท้จริงของรัฐบาล และเกรงว่าศาลรัฐธรรมนูญจะทำให้กระบวนการร่างกฎหมายเป็นไปโดยช้าลง แต่ถึงกระนั้น ทั้งสองฝ่ายต่างก็เห็นชอบให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ทั้ง ๆ ที่ทั้งสองฝ่ายต่างรู้และเข้าใจถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญน้อยมาก ทั้งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเองประกาศใช้โดยไม่ได้มีการอภิปรายอย่างเพียงพอ

กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีฉบับแรก หรือรัฐบัญญัติเลขที่ 32 ในปี ค.ศ. 1989 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1989 และมีผลใช้บังคับในวันถัดมา เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 รัฐสภาเลือกผู้พิพากษา 5 คนแรกของศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญเปิดทำการเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1990 ก่อนที่รัฐบาลฝ่ายประชาธิปไตยจะได้รับเลือกตั้ง ซึ่งมีการคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมอีก 5 คนโดยรัฐสภาชุดใหม่ที่ได้รับเลือกตั้งมาในช่วงกลางปี ค.ศ. 1990 ต่อมาในปี ค.ศ. 2011 ฮังการีได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2012 ซึ่งรวมไปถึงการประกาศใช้กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีฉบับใหม่ ด้วย หรือกฎหมาย CLI ฉบับปี ค.ศ. 2011 ที่เปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญในประการสำคัญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีนั้น มีที่มาและแนวคิดจากศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีที่ได้รับอิทธิพลจากเคลเซน ถือเป็นสถาบันแห่งแรกที่ก่อตั้งขึ้นภายหลังยุคสมัยแห่งการเป็นรัฐสังคมนิยมแบบเลนินนิสต์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มทำงานในทันทีที่มีการก่อตั้ง เพียงหกปีผ่านไป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีได้มีคำวินิจฉัยในข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญราว 1,500 คดี และเพิก

¹⁹⁸ Zoltán Szente, "The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court : A Critical View," *German Law Journal* 14, 08 (2013).

ถอนกฎหมายของรัฐสภาไปราวหนึ่งในสามของกฎหมายที่ผ่านรัฐสภา เช่น การระงับโทษประหารชีวิต โดยขัดกับเสียงข้างมากของประชาชนและสมาชิกรัฐสภา

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีมีลักษณะเป็นตุลาการเพียงบางส่วน (a quasi-judicial organ) ซึ่งมีบทบาทบางประการที่เหมือนกับองค์กรฝ่ายตุลาการ เช่น โครงสร้างที่เป็นอิสระ เป็นต้น แต่หลักการดั้งเดิมของความเป็นฝ่ายตุลาการนั้นไม่ปรากฏลักษณะเช่นว่านั้นในศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากของสมาชิกรัฐสภา โดยคัดเลือกจากนักกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิ เช่น อาจารย์มหาวิทยาลัย หรือนักเรียนทุนที่ได้วุฒิปริญญาเอกจากมหาวิทยาลัยแห่งฮังการี และนายความที่มีประสบการณ์ในวิชาชีพไม่น้อยกว่า 20 ปี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้อีกเพียงครั้งเดียว ซึ่งการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภานี้ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญหลีกเลี่ยงที่จะเกี่ยวพันกับพรรคการเมืองได้ยาก ในความเป็นจริงที่เกิดขึ้น พบว่ามีตุลาการเพียงสองหรือสามคนเท่านั้นที่เป็นตัวแทนของพรรคการเมืองทั้งหมด ขณะที่ตุลาการส่วนใหญ่ได้รับการเสนอชื่อโดยรัฐบาลหรือพรรคฝ่ายค้าน

อำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ โดยบุคคลใด ๆ ก็ตามสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่นำมาใช้แก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (action popularis) โดยไม่จำเป็นต้องแสดงให้ศาลเห็นถึงความเสียหายส่วนตน ทำให้มีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก นอกจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการตรวจสอบกรณีฝ่ายนิติบัญญัติละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการร่างกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบได้ทันทีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าองค์กรนิติบัญญัติละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองกรณีนั้นล้วนเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะที่เป็นนามธรรมเท่านั้น ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบรูปธรรมก็มีสองกรณีเช่นกัน กรณีแรก ศาลยุติธรรมสั่งระงับการพิจารณาคดีเป็นการชั่วคราวและเสนอคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากศาลเห็นด้วยตนเองว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีที่สอง คือ บุคคลใด ๆ สามารถยื่นคำร้อง (constitutional complaint) ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง เนื่องจากการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายมีผลเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของตน และตนได้ใช้ความพยายามแก้ไขเยียวยาความเสียหายทุกวิถีทางแล้วแต่ไม่ประสบความสำเร็จ

แต่เดิมนั้น การพิจารณาคำร้องของปัจเจกบุคคลที่ถูกกระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงเยียวยาบุคคลผู้ต้องเสียหายด้วยการยับยั้งมิให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นต่อไปในอนาคตเฉพาะกรณีของบุคคลผู้ต้องเสียหายเท่านั้น จากข้อจำกัดนี้ ทำให้มีคดีที่มีที่มาจากคำร้องของผู้เสียหายที่เป็นกรณีถูกกระทำละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้เพียง 2% จากจำนวนคำร้องทั้งหมด เห็นได้ชัดว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีนั้นไม่ได้กว้างขวางเท่าศาลรัฐธรรมนูญของประเทศในทวีปยุโรปอื่น ๆ ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคำพิพากษาของศาลทั่วไป หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐได้ ซึ่งภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2011 ได้เปลี่ยนแปลงแนวทางในประเด็นดังกล่าวแล้ว

จำนวนคดีที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเสนอเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณานั้น ในปี ค.ศ. 2007 ตลอดทั้งปีมีคดีลักษณะดังกล่าวรวมกันไม่เกิน 30 คดี แต่ในสองปีต่อมาจำนวนคดีกลับพุ่งสูงขึ้นอย่างน่าประหลาดใจ โดยประเด็นที่พิพาทมากที่สุดคือ การจอตกรโดยฝ่าฝืนกฎหมาย รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยเชิงนโยบายของศาลฎีกา (Normative Decisions of the Supreme Court) ที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาความเป็นเอกภาพของการตีความกฎหมายของฝ่ายตุลาการโดยไม่มีกรรณการยับยั้งข้อพิพาทในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมาวินิจฉัยเป็นการเฉพาะ อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยเชิงนโยบายของศาลฎีกาโดยศาลรัฐธรรมนูญนี้ได้เริ่มใช้อย่างจริงจังเมื่อปี ค.ศ. 2005 ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เพิกถอนคำวินิจฉัยเชิงนโยบายของศาลฎีกาไปหนึ่งคดี และได้ตัดสินในลักษณะเดียวกันในปีถัดมา¹⁹⁹

แนวคิดในการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำวินิจฉัยเชิงนโยบายของศาลฎีกานั้นก่อให้เกิดความตึงเครียดระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรมทั่วไป แต่กระนั้นศาลทั้งสองก็มิได้แสดงท่าทีขัดแย้งกันอย่างชัดเจน

นอกจากนั้น การยื่นคำร้องสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาของปัจเจกบุคคลที่ถูกกระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้น แต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญสามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลดังกล่าวได้เฉพาะกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐออกโดยอาศัยพื้นฐานกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั้นแสดงว่า หากคำวินิจฉัยของศาลทั่วไปนั้นละเมิดหลักกระบวนการพิจารณา

¹⁹⁹ Péter Paczolay, "Changes in the Competences of the Hungarian Constitutional Court (Presented at the International Symposium on the Occasion of the 50th Anniversary of the Constitutional Court of Turkey, Ankara, April 25-26)," [Online]. Available from: <https://goo.gl/zUQldj>

ที่ดี (Due process of law) แต่คำวินิจฉัยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจในการตรวจสอบและเยียวยาผู้เสียหายเนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ ซึ่งข้อจำกัดนี้ยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญที่แก้ไขใหม่เมื่อปี ค.ศ. 2011

เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประการสุดท้ายที่ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลง คือ การตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งบรรทัดฐานในการตรวจสอบกฎหมายเหล่านี้คือ กฎหมายแม่บท มิใช่รัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงกลายเป็น “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ กฎที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร” เท่านั้น และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีลักษณะนี้เพียงคดีแรกและคดี สุดท้าย เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งยิ่งใหญ่ในปี ค.ศ. 2011 อำนาจนี้ตกไปอยู่ในมือของ ศาลทั่วไป ตามมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลทั่วไปมีอำนาจในการเพิกถอนกฎหมายของฝ่าย บริหารที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย

ภายหลังจากการเลือกตั้งเมื่อปี ค.ศ. 2010 รัฐสภาใหม่ได้ลงคะแนนเสียง ข้างมากเด็ดขาด (มติสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ในรัฐสภา) เสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญใน ประเด็นของการจำกัดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเจตนารมณ์ของรัฐสภาคือ ต้องการจำกัด อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบางประเภท เช่น กฎหมายว่าด้วยงบประมาณ กฎหมายภาษี เป็นต้น หนึ่งเดือนต่อมา รัฐสภาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยงบประมาณหรือกฎหมายภาษีได้นั้น จะต้องมีคำร้องที่ ระบุสาเหตุไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ร้องถูกระงับละเมิดต่อสิทธิในการมีชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในอิสระทางความคิด จิตสำนึก และศาสนา หรือสิทธิในการ เป็นพลเมืองฮังการีเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญที่แก้ไขใหม่นี้ก็ย้ำแนวคิดดังกล่าวในการจำกัดอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น สิทธิของประชาชนในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายที่ได้ ประกาศใช้บังคับแล้วนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นเป็นคดีความต่อ ศาลทั่วไปก่อน สิทธิเช่นว่านี้ถูกตัดออกจากรัฐธรรมนูญใหม่ แต่รัฐธรรมนูญใหม่ได้บัญญัติสิทธิของ ปัจเจกบุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการ กระทำเจ้าหน้าที่ของรัฐ

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญใหม่ได้เปลี่ยนแปลงจำนวนของตุลาการศาล รัฐธรรมนูญ จากเดิมมีสมาชิกทั้งสิ้น 11 คน เพิ่มเติมเป็น 15 คน และให้มีวาระในการดำรงตำแหน่ง จากเดิม 9 ปี เป็น 12 ปี รวมถึงเปลี่ยนแปลงขั้นตอนกระบวนการเลือกตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ จากเดิมให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเลือกกันเอง ก็เปลี่ยนเป็นให้รัฐสภาเป็นผู้เลือกโดยใช้คะแนนเสียง สองในสามของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ และให้ดำรงตำแหน่งไปตลอดจนครบวาระ อีก

ทั้งยังมีการเปลี่ยนแปลงกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากคัดเลือกของรัฐสภา แต่เดิมคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของรัฐสภาประกอบด้วยตัวแทนของพรรคการเมืองที่มีสมาชิกในรัฐสภาพรรคละหนึ่งคน ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญใหม่กำหนดให้การสรรหาตัวแทนจะต้องพิจารณาจากสัดส่วนของจำนวนสมาชิกของแต่ละพรรคการเมืองที่เป็นสมาชิกของรัฐสภา เจตนารมณ์เบื้องหลังการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ว่างเป็นเวลานานในระหว่างที่ยังตกลงหาตัวแทนของแต่ละพรรคไม่ได้ ซึ่งต่อมารัฐสภาได้เสนอชื่อผู้พิพากษาจำนวน 2 คน ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างรวดเร็ว ซึ่งคนส่วนใหญ่มีความกังวลว่าผู้พิพากษา 2 คนนี้จะมียศโดยลำเอียงเข้าข้างพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาล²⁰⁰

แต่ปรากฏว่า ผู้พิพากษาทั้งสองนั้นกลับแสดงความเห็นอย่างชัดเจนในการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่เสนอขึ้นโดยรัฐบาลใหม่ ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกกฎหมายภาษีที่กำหนดกฎเกณฑ์ค่าปรับเชิงลงโทษสูงถึง 98% จากการจ่ายค่าภาคหลวงโดยใช้เงินงบประมาณของรัฐ ซึ่งรัฐสภาประกาศตนชัดเจนว่าจะไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลักษณะดังกล่าวต่อไป จากเดิมที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยเมื่อปี ค.ศ. 1990²⁰¹ ในเวลาเดียวกัน รัฐสภาได้ออกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยให้เรียกเก็บภาษีย้อนหลังได้นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2010 ต่อมาในภายหลัง ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติที่ให้มีการเรียกเก็บภาษีย้อนหลังนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญใหม่ และให้ยกเลิกกฎหมายนั้นเสีย²⁰²

²⁰⁰ เรื่องเดียวกัน.

²⁰¹ ผู้สนใจสามารถค้นคว้า "Decision No. 903/B/1990," (Constitutional Court of Hungary, 1990).
เพิ่มเติมเพื่อประกอบการศึกษาค้นคว้าต่อไป

²⁰² Paczoly, P., "Changes in the Competences of the Hungarian Constitutional Court (Presented at the International Symposium on the Occasion of the 50th Anniversary of the Constitutional Court of Turkey, Ankara, April 25-26)."

3.2.2.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งอังการี

3.2.2.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งอังการีที่เกี่ยวข้อง

องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งอังการีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งอังการี มาตรา 24 (8)²⁰³ ที่กำหนดไว้ว่า

“ศาลรัฐธรรมนูญแห่งอังการีประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 15 คน วาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี ได้รับการสรรหาจากรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของรัฐสภา สมาชิกรัฐสภามีหน้าที่คัดเลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียงสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของรัฐสภา โดยผู้ได้รับคัดเลือกเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญจะต้องอยู่ในตำแหน่งจนกว่าจะครบวาระการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในทางการเมืองมิได้”

ในส่วนของรายละเอียดของคุณสมบัติผู้ที่จะเข้าดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งอังการี หรือรัฐบัญญัติ CLI ปี ค.ศ. 2011 มาตรา 5 – 16 ซึ่งมาตรา 8 (1) กำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้ลงมติในการเสนอชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหลังจากที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้เสนอชื่อบุคคลที่เหมาะสมกับตำแหน่งเพื่อให้รัฐสภาลงมติเห็นชอบ²⁰⁴ นอกจากนั้น

²⁰³ Article 24 (8)

“ The Constitutional Court shall be a body composed of fifteen members, each elected for twelve years with the votes of two-thirds of the Members of the National Assembly. The National Assembly shall, with the votes of two-thirds of the Members of the National Assembly, elect a member of the Constitutional Court to serve as its President until the expiry of his or her term of office as judge of the Constitutional Court. Members of the Constitutional Court may not be members of political parties or engage in political activities.”

²⁰⁴ Section 7

“ (1) Members of the Constitutional Court shall be proposed by a Nominating Committee, made up of at least nine and at most fifteen members, appointed by the parliamentary fractions of the parties represented in the Parliament. The Committee shall contain at least one member from each of the parliamentary fractions.

รัฐสภายังเป็นผู้ลงมติสองในสามเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 24 (8) ส่วนขอบเขตอำนาจหน้าที่ของประธานศาลรัฐธรรมนูญและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี มาตรา 17 – 21²⁰⁵

เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ปรากฏในรัฐธรรมนูญฮังการี มาตรา 24 (2) – (7) โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีดังนี้

“มาตรา 24 (2) ศาลรัฐธรรมนูญ

a. พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วแต่ยังไม่ประกาศใช้

b. พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือกฎใด ๆ ที่ประกาศใช้แล้ว โดยผ่านคำร้องที่เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่เป็นผู้พิจารณาคดี และเห็นว่ากฎหมายที่บังคับใช้แก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยผู้พิพากษาจะต้องยื่นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยเร็วที่สุด อย่างช้าไม่เกิน 90 วัน

c. พิจารณาคำร้องที่เสนอโดยประชาชนในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือกฎใด ๆ ที่บังคับใช้ในคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ

d. พิจารณาคำร้องที่เสนอโดยประชาชนในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล

e. พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือกฎใด ๆ ที่มีการยื่นคำร้องโดยรัฐบาล สมาชิกรัฐสภาจำนวน 1 ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมด ประธาน Curia อัยการสูงสุด หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน

(2) The candidates shall be heard by Parliament's standing committee dealing with constitutional matters.”

Section 8 (1)

“ Members of the Constitutional Court shall be elected by Parliament after obtaining the opinion of its standing committee dealing with constitutional matters”

²⁰⁵ ผู้สนใจสามารถศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวได้จากรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ค.ศ. 2011 "Act Cli of 2011 on the Constitutional Court," (Hungary 2011).

f. พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของกฎหมายหรือกฎใด ๆ ในกรณีที่กฎหมายหรือกฎนั้นมีความขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ

g. มีอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพระ

มาตรา 24 (3) ศาลรัฐธรรมนูญ

a. มีอำนาจในการยกเลิกกฎหมายหรือกฎใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 24 (2) (b) (c) และ (e)

b. มีอำนาจในการเพิกถอนคำพิพากษาของศาลที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 24 (2) (d)

c. มีอำนาจยกเลิกเพิกถอนกฎหมายหรือกฎใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ตามนัยมาตรา 24 (2) (f)

และ/หรือมีอำนาจพิจารณาผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นตามรัฐบัญญัติว่าด้วยพระ

มาตรา 24 (4) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบและ/หรือยกเลิกเพิกถอนบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่ไม่ได้มีการเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาในกรณีที่บทบัญญัตินั้นมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติที่มีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

มาตรา 24 (5)²⁰⁶ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา นี้ ได้แก่

²⁰⁶ Article 24 (5) The Constitutional Court may review the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law only in relation to the procedural requirements laid down in the Fundamental Law for its making and promulgation. Such examination may be initiated by:

a. the President of the Republic in respect of the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, if adopted but not yet published;

b. the Government, one-fourth of the Members of the National Assembly, the President of the Curia, the Prosecutor General or the Commissioner for Fundamental Rights within thirty days of promulgation.

a. ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ สามารถยื่นคำร้องได้ในกรณี
ที่ร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วแต่ยังไม่
ประกาศใช้

b. รัฐบาล สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของ
สมาชิกทั้งหมด ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุด หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สามารถยื่นคำร้อง
ได้ภายใน 30 วัน ก่อนการประกาศใช้บังคับร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

มาตรา 24 (6)²⁰⁷ ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาคำร้องที่ยื่นต่อ
ศาลตามมาตรา 24 (5) เป็นการด่วน ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว
เห็นว่ากระบวนการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมไม่เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 24 (5) ให้ปฏิบัติดังนี้

a. ให้รัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมไปพิจารณาใหม่ ในกรณีที่กระบวนการร่างหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามมาตรา 24 (5)
(a) อ้างถึง

b. ให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกเพิกถอนร่างรัฐธรรมนูญหรือร่าง
รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ในกรณีที่กระบวนการร่างหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่มาตรา
24 (5) (b) อ้างถึง

มาตรา 24 (7) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับฟังความเห็นของ
ผู้ร่างกฎหมายพระ ผู้เสนอร่างกฎหมายพระหรือตัวแทน หรือให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจแสดง

²⁰⁷ Article 24 (6) The Constitutional Court shall decide on the motion pursuant to Paragraph (5) with priority but within thirty days at the latest. If the Constitutional Court finds that the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law does not comply with the procedural requirements referred to in Paragraph (5), the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law:

a. shall again be debated in the National Assembly in the case laid down in Paragraph (5)a);

b. shall be annulled by the Constitutional Court in the case laid down in Paragraph (5)b).

ความเห็น กรณีที่กฎหมายพระดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสังคม กรณีนี้ให้นำเสนอความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญต่อสาธารณชนด้วย”

แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้แล้ว แต่ในส่วนของขั้นตอนและวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ได้กำหนดไว้อย่างละเอียดในกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี โดยแบ่งเป็นหมวดต่าง ๆ กัน ได้แก่ หมวด 2 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและผลของคำวินิจฉัย ตั้งแต่มาตรา 23 – 46²⁰⁸ โดยบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีดังนี้

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ในรูปแบบนามธรรม (Ex ante Review of Conformity with the Fundamental Law (Preliminary Norm Control)) (มาตรา 23)

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ในรูปแบบนามธรรม (Ex post Review of Conformity with the Fundamental Law (Posterior Norm Control)) (มาตรา 24)

3. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังประกาศใช้บังคับในรูปแบบรูปธรรม (Judicial Initiative for Norm Control in Concrete Cases) (มาตรา 25)

4. คำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Complaint) (มาตรา 26-31)

12. การตีความรัฐธรรมนูญ (Interpretation of the Fundamental Law) (มาตรา 38)

13. ผลในทางกฎหมายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (Legal Consequences of the Decisions of the Constitutional Court) (มาตรา 39-46)

²⁰⁸ ผู้สนใจสามารถศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวได้จากรัฐธรรมนูญจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ค.ศ. 2011 "Act Cxi of 2011 on the Constitutional Court."

3.2.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง
ฮังการีในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการีตาม
รัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ค.ศ. 2011 จะเห็นได้ว่า การตรวจสอบ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น รัฐธรรมนูญแห่งฮังการีได้กำหนด
บทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนในมาตรา 24 (5) และ (6) แต่ไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายจัดตั้ง
ศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ค.ศ. 2011 ดังเช่นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
กล่าวโดยสรุป คือ รัฐธรรมนูญแห่งฮังการีกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก่อนการประกาศใช้บังคับ และสามารถตรวจสอบได้
เฉพาะกรณีที่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องมีผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาล
รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หรือ Non ex officio รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้การตรวจสอบของศาล
รัฐธรรมนูญเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการร่างหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญ (ex officio) ซึ่งผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้อง
ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ รัฐบาล สมาชิกรัฐสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1
ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมด ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุด หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน สามารถ
ยื่นคำร้องได้ภายใน 30 วัน ก่อนการประกาศใช้บังคับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หากศาล
รัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ
แก้ไขเพิ่มเติมไม่เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 24 (5) แห่งรัฐธรรมนูญ ให้ศาลมีคำสั่ง
อย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีแรก คือ กรณีที่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามมาตรา 24 (5)
(a) อ้างถึง ให้รัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไปพิจารณาใหม่ กรณีที่สอง คือ กรณีที่
กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่มาตรา 24 (5) (b) อ้างถึง ให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกพิง
ถอนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

3.2.2.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี

3.2.2.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2013 (กรณีการ
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4)²⁰⁹

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งฮังการียื่นคำร้องต่อศาล
รัฐธรรมนูญให้พิจารณาว่าบทบัญญัติตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่ง
ตามปกติประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนจะไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

²⁰⁹ "Hun-2013-2-005," ใน *Magyar Közlöny (Official Gazette)*(Constitutional Court of
Hungary, 2013).

เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้ว
หน้าที่ดังกล่าวเป็นของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการพิทักษ์กระบวนการในทางประชาธิปไตย
ของประเทศ แต่กรณีนี้ ประมุขแห่งรัฐไม่ดำเนินการยื่นคำร้องเช่นว่าต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนผู้มีหน้าที่ในการพิทักษ์หลักนิติธรรม จึงเป็นผู้ยื่นคำร้องแทน

เนื้อหาของคำร้อง กล่าวโดยสรุปคือ เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์
ค.ศ. 2013 มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ในรายละเอียด ซึ่งการประชุมใน
วาระที่สาม คณะกรรมาธิการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจำนวน 4
ประเด็นด้วยกัน ซึ่ง 2 ประเด็นนั้น เสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยพระ โดย
เพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา 4 ของกฎหมายดังกล่าว ดังนี้ “กำหนดให้บุคคลสามารถยื่นคำร้องต่อศาล
รัฐธรรมนูญได้ในประเด็นเกี่ยวกับการรับรองสถานะของโบสถ์”²¹⁰ “และความเหมาะสมของการ
แสดงออกซึ่งจิตสำนึกร่วมกันของชุมชน”²¹¹ และเพิ่มเติมถ้อยคำในรัฐธรรมนูญมาตรา 21 (1) (e) ว่า
“และการเฝ้าดูของสังคม”²¹²

รัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวที่มีข้อเสนอ
ของคณะกรรมาธิการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสนอกลับเข้าสู่วาระการพิจารณา โดยไม่มีการลงมติใน
วาระที่สามซึ่งเป็นวาระสุดท้าย (closing debate)²¹³ และรัฐสภาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมฉบับที่ 4 ในที่สุด

²¹⁰ The provisions of a Cardinal Act concerning the recognition of churches may be the subject of a constitutional complaints

²¹¹ And suitability for cooperation to promote community goals

²¹² And social catching-up

²¹³ การประชุมใหญ่ของรัฐสภาเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายหรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของฮังการี
นั้น มี 3 วาระด้วยกัน ได้แก่

1. General debate หรือวาระขั้นรับหลักการ ซึ่งเป็นหลักการทั้งหมดโดยภาพรวมของร่าง
รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

2. Detailed debate หรือวาระขั้นพิจารณารายมาตรา ในวาระที่สองนี้ สมาชิกรัฐสภา
สามารถเสนอความเห็นในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

3. Final/Closing debate หรือวาระขั้นลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม
คณะกรรมาธิการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะทำรายงานเสนอความเห็นต่อรัฐสภา และรัฐสภาจะนำเข้าสู่การพิจารณาใน
วาระที่สามโดยอาศัยความเห็นของคณะกรรมาธิการเป็นหลัก และให้สมาชิกรัฐสภาลงมติในร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไข
เพิ่มเติมต่อไป

ผู้ร้องโต้แย้งว่า การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวของรัฐสภาเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการรัฐธรรมนูญในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย เช่น การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นในการประชุมของรัฐสภา ซึ่งรัฐสภานั้นมิได้มีการจัดประชุมพิจารณาข้อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวในการประชุมใหญ่ของรัฐสภาแต่อย่างใด

ผู้ร้องโต้แย้งอีกว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 24 (5) ไม่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนเนื้อหา แต่ในกรณีนี้ ผู้ร้องเห็นว่าหากการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักการในรัฐธรรมนูญ และทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญถูกทำลายในแก่นแท้ของความเป็นรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งผู้ร้องเห็นว่ากรณีที่เกิดขึ้นนี้ ความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญได้ถูกทำลายลงแล้วเนื่องจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 ขัดแย้งต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในอดีต ผู้ร้องจึงมีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 24 (5) นั้น ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะกระบวนการร่างหรือกระบวนการแก้ไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งคดีนี้ ผู้ร้องยื่นคำร้องโดยกล่าวหาว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 นี้ รัฐสภามิได้เปิดสมัยประชุมใหญ่สามัญเพื่อพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า สมาชิกรัฐสภามีโอกาสในการแสดงความคิดเห็น ไม่ได้ถูกจำกัดจากการยื่นญัตติให้เปิดวาระการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สอง หรือการพิจารณารายมาตรา และไม่ได้ถูกจำกัดในการยื่นข้อเสนอแนะของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นก่อนการพิจารณาในวาระที่สามหรือวาระให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งคดีดังกล่าวไม่มีการพิจารณาลงมติในวาระที่สามเนื่องจากไม่มีการเสนอคำร้องหรือความเห็นโดยสมาชิกรัฐสภา เนื่องจากสมาชิกรัฐสภาเห็นว่าไม่มีความจำเป็น ดังนั้น ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 (1), 4 (2) และ 21 (1) (e) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเด็นว่าด้วยการแก้ไขและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

ส่วนประเด็นที่สองของคำร้อง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะกระบวนการร่างหรือกระบวนการแก้ไขตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ไว้ ซึ่งอำนาจเช่นว่านั้นเป็นอำนาจที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด เป็นอำนาจที่จำกัดตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจขยายขอบเขตการใช้อำนาจไปยังการตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนขอเนื้อหาได้ แม้ผู้ร้องจะยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบความไม่สมบูรณ์ในกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าขัดแย้งต่อ หลักกฎหมายมหาชน โดยคำร้องมีเป้าหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมกับบทบัญญัติที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ และเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยในอดีตของศาลรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบลักษณะเช่นนั้นได้และมีคำสั่งให้ ยกคำร้องของผู้ร้อง

แม้ศาลจะไม่มีอำนาจพิจารณาตามที่ผู้ร้องมีคำร้องขอ แต่ศาล ยังคงมีอำนาจเช่นว่านั้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติให้อำนาจไว้ ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรหลักที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจ หน้าที่ในการตีความและใช้บังคับรัฐธรรมนูญ โดยนำรัฐธรรมนูญมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณา ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศ ยกตัวอย่างเช่น สนธิสัญญา หรือกฎหมาย ระหว่างประเทศอื่น ๆ ของสหภาพยุโรป และหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

3.2.2.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 45/2012 (การวินิจฉัยตรวจสอบ กรณียกเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยมีคำขอให้ยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว)²¹⁴

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาล รัฐธรรมนูญ อาศัยอำนาจตามมาตรา 24 (2) ของรัฐธรรมนูญจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ปี ค.ศ. 2011 โดยประเด็นแรก ผู้ร้องมีคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2011 และให้ ยกเลิกบทเฉพาะกาลดังกล่าว เนื่องจากขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา B (1)²¹⁵ (บทบัญญัติว่าด้วยเรื่องหลักนิติธรรมและหลักประกันความเที่ยงตรงของกฎหมายหรือกฎกติกาใน สังคม) และมาตรา S²¹⁶

²¹⁴ "Decision 45/2012. On the Unconstitutionality and Annulment of Certain Provisions of the Transitional Provisions of the Fundamental Law of Hungary," (Constitutional Court of Hungary, 2012).

²¹⁵ Article B

"1. Hungary shall be an independent, democratic rule-of-law State."

²¹⁶ Article S

ส่วนประเด็นที่สอง ผู้ร้องขอให้เพิกถอนบทบัญญัติในบทเฉพาะกาลที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้ระบุไว้ในคำร้องนี้ โดยระบุอีกว่า มาตรา 31 (2) ของบทเฉพาะกาลดังกล่าว ขัดแย้งกับมาตรา B (1) มาตรา R (1)²¹⁷ และมาตรา T (3)²¹⁸ รวมถึงบทส่งท้ายของรัฐธรรมนูญ ข้อ 3²¹⁹

“1. A proposal for the adoption of a new Fundamental Law or any amendment of the present Fundamental Law may be submitted by the President of the Republic, the Government, any parliamentary committee or any Member of the National Assembly.

2. For the adoption of a new Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, the votes of two-thirds of the Members of the National Assembly shall be required.

3. The Speaker of the National Assembly shall sign the adopted Fundamental Law or the adopted amendment of the Fundamental Law within five days and shall send it to the President of the Republic. The President of the Republic shall sign the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law sent to him within five days of receipt and shall order its promulgation in the official gazette. If the President of the Republic finds that any procedural requirement laid down in the Fundamental Law with respect to adoption of the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law has not been met, he or she shall request the Constitutional Court to examine the issue. Should the examination by the Constitutional Court not verify the violation of such requirements, the President of the Republic shall immediately sign the Fundamental Law or the amendment of the Fundamental Law, and shall order its promulgation in the official gazette.

4. The designation of the amendment of the Fundamental Law made during publication shall include the title, the serial number of the amendment and the date of publication.”

²¹⁷ Article R

“ 1. The Fundamental Law shall be the foundation of the legal system of Hungary.”

²¹⁸ Article T

“3. No legal regulation shall conflict with the Fundamental Law.”

²¹⁹ CLOSING AND MISCELLANEOUS PROVISIONS:

“ 3 . The transitional provisions related to the entry into force of the Fundamental Law are contained in Points 8 to 26.”

ผู้ร้องระบุเพิ่มเติมอีกว่า อาร์มภท มาตรา 1-4, 11, (3) – (4), 21, 22, 27, 28 (3), 29, 30, และมาตรา 32 ของบทเฉพาะกาล ชัดแย้งกับ item 3 และมาตรา B (1) ของบทส่งท้ายของรัฐธรรมนูญ และขัดแย้งกับหลักนิติธรรมและหลักประกันความเที่ยงตรงของกฎหมายหรือกฏกติกาในสังคม

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การจะวินิจฉัยว่าบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญตามที่ผู้ร้องระบุมาตามนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันดับแรก ศาลจะต้องพิจารณาก่อนว่า บทเฉพาะกาลนั้นมีลักษณะเป็นบทเฉพาะกาลหรือไม่ โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ร่างบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ และหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการเป็นบทเฉพาะกาล²²⁰ ดังนี้

1. บทเฉพาะกาลต้องเชื่อมโยงกับรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้
2. พิจารณาตามปกติประเพณีในทางกฎหมายแล้วว่าเป็นบทบัญญัติลักษณะเฉพาะกาล
3. เป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงเทคนิคในทางกฎหมาย
4. เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงข้อขัดแย้งในการตีความรัฐธรรมนูญ

หลักการเงื่อนไขสำคัญที่สุดของบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ คือ จะต้องเป็นบทบัญญัติที่หลีกเลี่ยงความขัดแย้งในการตีความรัฐธรรมนูญที่เป็นบทบังคับบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติใดที่ขยายความเกินขอบเขตของหลักเกณฑ์ที่กล่าวมานี้ ไม่ถือว่าเป็นบทเฉพาะกาล เนื่องจากบทเฉพาะกาลเป็นบทบัญญัติที่เชื่อมโยงในเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้แล้ว ซึ่งคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า รัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญให้แก่เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (constituent power) ได้ละเมิดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการร่างบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจในกระบวนการ

²²⁰ The following provisions are considered to be transitional, the ones that:

- a) are connected to the entry into force of the Fundamental Law,
- b) can be traditionally regarded as transitional,
- c) are of legal-technical character
- d) serve the purpose of avoiding debates on interpreting the law

นิติบัญญัติเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักประกันความเที่ยงตรงของรัฐธรรมนูญ และเป็นการทำลายความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญอีกด้วย

คดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิเคราะห์แล้วและมีคำวินิจฉัยว่า อารัมภบท มาตรา 1-4, 11, (3) – (4), 21, 22, 27, 28 (3), 29, 30, และมาตรา 32 ของบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งสัการี ประกาศเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2011 ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีคำสั่งให้ยกเลิกเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศใช้บทบัญญัตินั้น คือให้มีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันประกาศใช้ คือวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2011 และวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2012 ที่เป็นวันประกาศใช้บทเฉพาะกาล มาตรา 23 (3) – (5)

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ยกเลิกบทเฉพาะกาลที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ให้รัฐสภามีหน้าที่แก้ไขบทบัญญัติที่ถูกเพิกถอนให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยในคดีนี้พบว่า บทเฉพาะกาลได้มีผลต่อกฎหมายและข้อบังคับอีกหลายฉบับ เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะพิจารณากฎหมายที่มีเนื้อหาเชื่อมโยงกับบทเฉพาะกาลที่ถูกเพิกถอนว่า จะแก้ไขบทบัญญัติเหล่านั้นหรือยกเลิกบทบัญญัติเช่นนั้นไปให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่บท

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียและสัการี ตลอดจนลักษณะโครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า ทั้งสองประเทศต่างมีข้อเหมือนกัน คือ รัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่รายละเอียดของกระบวนการและหลักเกณฑ์เงื่อนไขแตกต่างกันออกไปตามบริบททางกฎหมายและทางสังคมของทั้งสองประเทศ

3.2.3 ประเทศเยอรมนี

3.2.3.1 ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²²¹

ประเทศเยอรมนีมีความเป็นมาอันยาวนานนับตั้งแต่การก่อตั้งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์เมื่อ ค.ศ. 800 จนกระทั่งปี ค.ศ. 1815 ประมุขของรัฐอิสระต่าง ๆ ของชาวเยอรมันได้รวมตัวกันประชุมที่กรุงเวียนนา เมืองหลวงของจักรวรรดิออสเตรียที่เป็นรัฐอิสระของชาวเยอรมันที่มีอิทธิพลที่สุดในยุคนั้น ดำเนินการก่อตั้งสมาพันธ์รัฐเยอรมัน (Deutscher Bund) เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1815 ต่อมาในปี ค.ศ. 1848 ประมุขของรัฐอิสระที่เป็นสมาชิกสมาพันธ์ได้มาประชุม

²²¹ Martin Borowski, "The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court," *Ratio Juris* 16, 2 (2003). 155-186

กันที่เมือง แฟรงก์เฟิร์ตเพื่อพิจารณาเห็นชอบในการก่อตั้งสหพันธรัฐเยอรมัน และที่ประชุมได้ร่าง รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ขึ้น แต่การประชุมดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากประมุขของ ออสเตรียและปรัสเซียแก่งแย่งกันขึ้นเป็นประมุขสหพันธ์ที่จะจัดตั้งขึ้นจนไม่สามารถประนีประนอมกัน ได้ โดยสมาพันธรัฐเยอรมันดำรงอยู่จนถึงปี ค.ศ. 1866 จึงมีการก่อตั้งสหพันธรัฐเยอรมันเหนือเมื่อปี ค.ศ. 1867 โดยแคว้น ปรัสเซียสามารถรวบรวมชาวเยอรมันเชื้อสายต่าง ๆ ทางตอนเหนือเข้าด้วยกัน และมีรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1867 ที่บิสมาร์กเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่าง รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ต่อมาในปี ค.ศ. 1871 พระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 ประมุขของปรัสเซีย ได้ยก สถานะของสหพันธ์ให้เป็นอาณาจักร เรียกว่า อาณาจักรเยอรมัน (Das Deutsche Reich) และเปลี่ยน สถานะของประมุขอาณาจักรเป็นไกเซอร์ (Kaiser) ถือเป็นจุดกำเนิดของประเทศเยอรมนีในเวลาต่อมา และเนื่องจากในบรรดารัฐอิสระทั้ง 25 รัฐที่เข้าร่วมกันในสหพันธ์มีรัฐปรัสเซียเป็นรัฐที่มีอำนาจมากที่สุด ไกเซอร์จึงมาจากประมุขแห่งรัฐปรัสเซีย และบิสมาร์กได้เป็นนายกรัฐมนตรีของปรัสเซียอีกด้วย

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ไกเซอร์วิลเฮล์มที่ 2 เป็นผู้ประกาศสงคราม และประเทศเยอรมนีเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ ทำให้ประเทศเยอรมนีต้องเปลี่ยนการปกครองเป็นรูปแบบ สาธารณรัฐตามแนวทางของสนธิสัญญาแวร์ซายส์ (Versailles Treaty) รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์กถูก ยกเลิกและมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimar Constitution) เมื่อปี ค.ศ. 1919 โดยกำหนดให้รูปของรัฐเป็นสาธารณรัฐ แต่รูปแบบการปกครองยังเป็นระบบ สหพันธรัฐที่แตกต่างไปจากรูปแบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ก โดยฉบับไวมาร์เพิ่ม ช่องทางสำหรับประยุกต์หลักรวมอำนาจ นำพาเข้าสู่รูปแบบเอกรัฐ (Unitary State) ที่ให้อิน อำนาจส่วนใหญ่เข้าสู่ส่วนกลาง รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์นำรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาของ ประเทศอังกฤษมาปรับใช้ และบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ด้วย โดยนำหลักการ บางส่วนจากรัฐธรรมนูญบทปฏิวัติประชาชน ค.ศ. 1849 ที่ไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งหลักการสำคัญต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ต้องการลดอำนาจของรัฐอิสระปรัสเซีย โดยการเพิ่มอำนาจให้กับผู้แทนของ สหพันธ์ หรือสภา Reichstag ลดอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องได้รับความ ไว้วางใจจากสภา Reichstag แต่เมื่อเวลาผ่านไป เกิดปัญหาทางการเมือง การขาดศูนย์กลางอำนาจ ทางการเมืองอย่างแท้จริง เปิดช่องให้พรรคนาซีถือกำเนิดขึ้นและเข้าแก้ไขปัญหาและเข้ากุมอำนาจใน สภา Reichstag ในเวลาต่อมา

เมื่อปี ค.ศ. 1933 ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ผู้นำพรรคนาซี ชนะการเลือกตั้งและ เข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของเยอรมนี ฮิตเลอร์ได้ใช้ข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญเพื่อสร้าง อำนาจให้กับตนเอง ในปี ค.ศ. 1934 ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ถึงแก่อสัญกรรม ฮิตเลอร์ฉวยโอกาส ให้สภาผู้แทนของสหพันธ์อนุมัติอำนาจพิเศษให้แก่ตน เนื่องจากพรรคนาซีมีเสียงข้างมากในสภา จึงมี

การประกาศใช้กฎหมายมอบอำนาจ (Act of Authority) ที่ให้อำนาจแก่อิตเลอร์ในด้านนิติบัญญัติเป็นอย่างมาก อิตเลอร์อาศัยกฎหมายฉบับนี้ในการออกกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้มาร้อยอย่างสิ้นเชิง ทำให้รัฐสภาในขณะนั้นกลายเป็นเผด็จการภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย เพราะอิตเลอร์สามารถกุมอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการไว้ที่บุคคลคนเดียว ต่อมา อิตเลอร์นำประเทศเยอรมนีเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่สอง และพ่ายแพ้อีกครั้งหนึ่ง เป็นการสิ้นสุดของจักรวรรดิไรช์ที่ 3 ของเยอรมนี ซึ่งเงื่อนไขเมื่อปี ค.ศ. 1945 ที่กำหนดโดยประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรที่เป็นผู้ชนะสงครามเข้ากุมอำนาจเด็ดขาด ทำให้เยอรมนีไม่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และส่งเสริมการปกครองในเยอรมนีจากหน่วยปกครองท้องถิ่นไล่ระดับขึ้นมาจากระดับแคว้น และในระดับประเทศ เมื่อรวมตัวกันอีกครั้งในรูปแบบสหพันธรัฐ เรียกว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (The Federal Republic of German) โดยจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law หรือ Grundgesetz)²²²

ฝ่ายสัมพันธมิตรต้องการให้เยอรมนีมีรัฐธรรมนูญโดยเร็ว ซึ่งมีการประชุมร่วมกันของนักวิชาการและผู้แทนของเยอรมนี และตัวแทนของชาติพันธมิตร โดยการประชุมเป็นการตกลงให้มีคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐธรรมนูญขึ้น เรียกว่า Herrenchiemsee Conference หรือ “สภาบุรุษแห่งทะเลคิมเซ” เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1948²²³ ซึ่งประเด็นสำคัญที่ถกเถียงกันคือ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสมควรมีหรือไม่ หากมี ควรเป็นอำนาจของผู้ใด ระหว่างศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญ Otto Küster เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในแบบประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เหมาะสมกับประเทศเยอรมนี ที่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

ความจริงแล้ว ประเด็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีที่มาตั้งแต่สมัยรัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ตในปี ค.ศ. 1848-1849 เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญไว้มาร์ ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับไว้มาร์กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมในมาตรา 13 (2) เฉพาะกฎหมายของมลรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายของสหพันธ์ และให้อำนาจเฉพาะศาลสูงสุดของศาลยุติธรรม มิใช่ศาลรัฐธรรมนูญ (Staatsgerichtshof) แต่กฎหมายพื้นฐานปรับเปลี่ยนให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นของศาล

²²² อภิญญา แก้วกำเหนิด, "การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูป : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายเปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544). หน้า 84-110

²²³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 68

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (The Federal Constitutional Court หรือ Bundesverfassungsgericht) และให้ตรวจสอบได้ทั้งกฎหมายของสหพันธ์และมลรัฐ ทั้งในรูปแบบนามธรรมและรูปธรรม โดยรูปแบบรูปธรรมคือ กรณีที่ศาลยุติธรรมทั่วไปพบว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลไม่สามารถวินิจฉัยได้ด้วยตนเองว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องยื่นเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อพิจารณาวินิจฉัย และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ผูกพันทั้งคู่ความในคดีนั้น (inter partes) และมีผลผูกพันทุกองค์กร (erga omnes) แต่หลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรที่แสดงถึงเจตนารมณ์ในการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสองรูปแบบของการประชุมของคณะกรรมการชุดนี้ไม่ปรากฏอย่างชัดเจนแต่อย่างใด แต่กระนั้นทุกคนก็ให้ความเห็นชอบด้วยดีในการให้มีการตรวจสอบทั้งสองลักษณะเนื่องจากทุกคนเห็นพ้องจากประสบการณ์ในการปกครองสมัยพรรคสังคมนิยมที่ใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขต และจากการเปรียบเทียบรูปแบบการตรวจสอบแบบการกระจายอำนาจ (Diffused system) คณะกรรมการชุดนี้เห็นว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะอ่อนแอลงหากให้อำนาจแก่ฝ่ายตุลาการที่เป็นศาลยุติธรรมทั่วไปมาทำหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเห็นชอบกับแนวทางการตรวจสอบแบบรวมอำนาจ (Concentrated system) นั่นคือ การจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นทำหน้าที่ดังกล่าวนั่นเอง

นอกจากนั้น กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดกระบวนการรูปแบบใหม่ในการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยการให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ (constitutional complaint) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิดในสมัยรัฐธรรมนูญฉบับแฟรงก์เฟิร์ต และแคว้นบาวาเรียก็ได้มีการบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งบาวาเรียถึงการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เมื่อปี ค.ศ. 1919 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นบาวาเรียที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1946 มาตรา 98 วรรค 4 และมาตรา 120 คือต้นแบบให้แก่กฎหมายพื้นฐานในเวลาต่อมา

สองสัปดาห์ภายหลังการร่างรัฐธรรมนูญของสภา Herrenchiemsee มีการเลือกผู้แทนจำนวน 65 คน ของสภานิติบัญญัติ (Parliamentary Council) ซึ่งเป็นนักการเมืองที่มากประสบการณ์และเป็นนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐธรรมนูญ โดยสภานิติบัญญัตินี้แบ่งออกเป็นคณะอนุกรรมการย่อยอีก 7 คณะ ซึ่งคณะที่สำคัญที่สุดคือคณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญ และกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Committee for the Constitutional Court and the Administration of Justice) สภานิติบัญญัตินี้ทำหน้าที่พิจารณาทบทวนร่างรัฐธรรมนูญ โดยวิเคราะห์ข้อพิพาทด้านการเมือง ข้อวิพากษ์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญใหม่ ๆ ประเด็นสำคัญที่สภานิติบัญญัติต้องพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ควรเป็น

อำนาจของศาลใด ในการประชุมสภา Herrenchiemsee ยังไม่สามารถหาทางออกให้กับประเด็นดังกล่าวได้แต่อย่างใด

การประชุมของสภานิติบัญญัติในประเด็นดังกล่าว ได้เกิดเป็นความเห็นสองทางแยกจากกัน โดยทางแรกเห็นว่า สมควรให้เป็นอำนาจของศาลสหพันธ์ที่เป็นอิสระโดยไม่มีการให้ยื่นอุทธรณ์ต่อไปได้อีก ทางที่สองคือ ให้ศาลสหพันธ์หลาย ๆ ศาลที่มีเขตอำนาจแตกต่างกัน และศาลสูงแห่งสหพันธ์ มีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย โดยไม่มีการให้ยื่นอุทธรณ์ต่อไปได้อีก จากความเห็นที่แตกต่างกันสองทาง ก่อให้เกิดรูปแบบศาล 4 รูปแบบย่อย ดังนี้

- 1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่เป็นอิสระ และให้มีเขตอำนาจสองระดับ
- 2) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่เป็นอิสระ และให้มีเขตอำนาจเพียงระดับเดียว
- 3) ไม่ให้มีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่เป็นอิสระ แต่ให้มีเขตอำนาจสองระดับ นั่นคือ ให้เป็นอำนาจของศาลฎีกาแห่งสหพันธ์
- 4) ไม่ให้มีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่เป็นอิสระ และให้มีเขตอำนาจเพียงระดับเดียว นั่นคือ ให้เป็นอำนาจของศาลสหพันธ์ศาลใดศาลหนึ่ง

Georg-August Zinn มีความเห็นว่า สมควรให้มีศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นอิสระ โดยกล่าวว่า ภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญคือการสร้างสมดุลระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร (หรือฝ่ายปกครอง) และฝ่ายตุลาการ และไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งกับรูปแบบศาลแบบที่ 4 และให้ความเห็นเกี่ยวกับรูปแบบที่ 3 ว่า การให้ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญหรือประเด็นพิพาททางการเมืองนั้น จะต้องให้ผู้พิพากษาสมทบ (lay judges) ทำหน้าที่แทน ส่วนประเด็นอื่น ๆ ก็ยังคงเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาประจำ รวมถึงความเห็นของ Ernst Wolff ประธานศาลสูงแห่งเขตปกครองพิเศษอังกฤษประจำเยอรมนีที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะประเด็นพิพาทกรณีดังกล่าวมีความเป็นประเด็นทางการเมือง ไม่มากนักน้อย การให้ฝ่ายตุลาการอย่างศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลยุติธรรมทั่วไปมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง แม้แต่ Max Becker และ Paul de Chapeaurouge ต่างก็สนับสนุนความคิดที่ให้แยกศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญออกจากกันเด็ดขาด

ในการประชุมครั้งที่ 7 ของคณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ยุติลงซึ่งกลายเป็นรูปแบบการตรวจสอบตามกฎหมายพื้นฐานจนทุกวันนี้ ร่างรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นดังกล่าวที่จัดทำขึ้นโดย Zinn, Strauß, และ Thomas Dehler นั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้ถูกนำมารวมกันไว้เป็นหมวดเดียวกันในร่างกฎหมายพื้นฐาน ในตอนแรก ผู้ร่างมีเจตนาให้ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์อยู่เหนือกว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ แต่สุดท้ายแล้วเหตุการณ์กลับเป็นตรงกันข้าม คือ ให้แยกบทบัญญัติของศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญออกจากกัน แม้คณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองจะเห็นว่าศาลทั้งสองมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกันก็ตาม

คณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้วิเคราะห์ในประเด็นข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์และมลรัฐ และข้อพิพาทระหว่างองค์กรระดับสูงของสหพันธ์ ในการประชุมครั้งที่ 5 Strauß ไม่เห็นด้วยที่ให้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปรวมกับอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเนื่องจากข้อพิพาทเหล่านี้ไม่ใช่ข้อพิพาทด้านกฎหมาย แต่เป็นข้อพิพาทด้านการเมือง ซึ่ง Otto Heinrich Grave เห็นด้วยกับ Strauß แต่ Elisabeth Selbert เห็นด้วยกับแนวคิดให้นำข้อพิพาทดังกล่าวไปรวมกับอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 7 ของคณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ได้ยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาถกเถียงอีกครั้งเป็นเวลานาน โดยประเด็นสำคัญของการประชุมครั้งนี้คือ ระหว่างบุคคลหรือสถาบัน นอกเหนือจากองค์กร จะสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นข้อพิพาทระหว่างองค์กรได้หรือไม่ ต่อมา ในการประชุมครั้งที่ 23 ของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหญ่ ได้มีมติชี้ขาดเกี่ยวกับข้อพิพาทดังกล่าว

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับของสภา Herrenchiemsee ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบรูปธรรมไว้ในมาตรา 98 nr.4, 137 และรูปแบบนามธรรมในมาตรา 98 nr.5 ซึ่งในการประชุมของคณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้เน้นย้ำถึงหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มิใช่อำนาจของศาลยุติธรรมทั่วไป ในการประชุมครั้งที่ 5 Strauß เห็นว่าอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนั้นควรเป็นอำนาจการพิจารณาของศาลฎีกาแห่งสหพันธ์ ต่อมา ในการประชุมครั้งที่ 6 ที่ประชุมมีมติเห็นชอบให้ตัดถ้อยคำในมาตรา 98 nr.5 ออกไปเสียเนื่องจากเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ฟุ่มเฟือย

คณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (General Editorial Committee) เสนอร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ทั้งการตรวจสอบแบบรูปธรรมและแบบนามธรรมไว้ในมาตราเดียวคือมาตรา 128b (1) nr.3 ที่กำหนดให้รัฐบาลแห่งสหพันธ์หรือ

ในทางกลับกันคือรัฐบาลของมลรัฐมีอำนาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบนามธรรม ต่อมาในการประชุมครั้งที่ 7 ของคณะอนุกรรมการด้านศาลรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง Strauß ยังคงยืนยันหัดต่อความเห็นให้ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว แต่กระนั้นก็ไม่อาจเอาชนะความเห็นของ Zinn และ de Chapeaurouge ได้ ซึ่ง de Chapeaurouge สนับสนุนแนวความคิดการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบนามธรรม โดยกำหนดให้ผู้ที่สามารถขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยข้อพิพาทเช่นนั้นได้ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ (Bundestag) จำนวนหนึ่งในสาม สามารถยื่นคำขอดังกล่าวได้ ในการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหญ่ครั้งที่ 37 เมื่อวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1949 Hans-Christoph Seeböhm ได้ขยายบทบัญญัติดังกล่าวให้รวมถึงประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐจำนวนหนึ่งในห้า สามารถยื่นคำขอต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ ในที่สุด กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้มีการตรวจสอบแบบนามธรรมโดยให้รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์จำนวนหนึ่งในสาม สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้ ตามมาตรา 93 (1) nr.2 และให้มีการตรวจสอบแบบรูปธรรมได้โดยให้ศาลทั่วไปเป็นผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 100 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน

ส่วนผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ การสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ และโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญนั้น กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ประกาศใช้เมื่อวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1951 ภายหลังจากการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949²²⁴

²²⁴ Borowski, M., "The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court," Ratio Juris.

3.2.3.2 โครงสร้างและเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.3.2.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีที่เกี่ยวข้อง

โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น เป็นไปตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 94 กำหนด ดังนี้

“(1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และตุลาการอื่น ๆ โดยตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนครึ่งหนึ่งได้รับการคัดเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และอีกครึ่งหนึ่งมาจากวุฒิสภาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) โดยห้ามตุลาการดำรงตำแหน่งทั้งในสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐบาล หรือองค์กรอื่นใดในระดับมลรัฐ

(2) ให้ออกรัฐบัญญัติของสหพันธ์กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและรายละเอียดของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และให้กำหนดว่ากรณีใดที่ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย และกรณีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้เยียวยาความเสียหายนั้น จะต้องผ่านการร้องขอให้เยียวยาความเสียหายทุกวิถีทางแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนั้นอาจกำหนดรายละเอียดเงื่อนไขของการรับคำร้องไว้พิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นการเฉพาะด้วย”

ที่มาและจำนวนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแห่งสหพันธ์เป็นผู้คัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการซึ่งเป็นอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยด้วย

สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแห่งสหพันธ์มีหน้าที่เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญสลับกัน ส่วนรองประธานศาลรัฐธรรมนูญให้คัดเลือกจากองค์คณะที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นสมาชิกอยู่ โดยในการเลือกตั้งครั้งแรก กฎหมายกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญ และให้วุฒิสภาเป็นผู้เลือกรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่ปรากฏในมาตรา 9 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระในการดำรงตำแหน่ง 12

ปี แต่ต้องไม่เกินกำหนดเกษียณอายุ (68 ปีบริบูรณ์) ตามมาตรา 4 (1) ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ โดยจะต้องดำรงตำแหน่งเพียงวาระเดียว²²⁵

บทบัญญัติมาตรา 94 ไม่ได้บัญญัติว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องมีตุลาการจำนวนกี่คน รายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างของศาล ตุลาการ และวิธีพิจารณาคดี ได้บัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht (BverfGG) โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีตุลาการ 2 องค์คณะ ในช่วงเริ่มต้นกำหนดให้แต่ละองค์คณะมีตุลาการจำนวน 12 คน แต่ต่อมาภาระหน้าที่ของตุลาการจะมากยิ่งขึ้นแต่กลับมีการแก้ไขรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ ให้มีจำนวนตุลาการแต่ละองค์คณะลดลงเหลือเพียงองค์คณะละ 10 คนเมื่อปี ค.ศ. 1956 และลดเหลือ 8 คน เมื่อปี ค.ศ. 1963 แต่ละองค์คณะมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกันตามรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 14 โดยองค์คณะที่มีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายคือองค์คณะแรก ทั้งในรูปแบบรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 100 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน และมาตรา 13 nr.11 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ และตรวจสอบรูปแบบนามธรรม ตามมาตรา 93 (1) ข้อ 2 ของกฎหมายพื้นฐาน และมาตรา 13 nr.4 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ และพิจารณาคำร้องที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 93 (1) ข้อ 4a และ 4b ของกฎหมายพื้นฐาน และมาตรา 13 nr.8a ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ²²⁶

นอกจากนั้น ทั้งสององค์คณะยังมีการประชุมในลักษณะองค์คณะร่วม ตามมาตรา 16 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบข้อบังคับของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ พิจารณาว่าควรเสนอใครเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดพ้นจากตำแหน่งแต่ยังไม่มีแต่งตั้งตุลาการคนใหม่แทน หรือกรณีตุลาการพ้นจากตำแหน่งก่อนหมดวาระ และพิจารณากรณีการแบ่งงานระหว่างองค์คณะให้แตกต่างไปจากรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ กำหนด

เมื่อปี ค.ศ. 1956 มีการแก้ไขรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ โดยเพิ่มองค์คณะกลั่นกรองคดี (Kammer) ขึ้น ให้ทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องที่ประชาชนมาร้องเรียนต่อศาลรัฐธรรมนูญว่ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการแก้ไขอีกครั้งเมื่อปี ค.ศ. 1986 ในลักษณะขยายขอบเขตการใช้อำนาจขององค์คณะกลั่นกรองให้กว้างขวางยิ่งขึ้น²²⁷

²²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 95-100

²²⁶ เรื่องเดียวกัน., หน้า 77-79

²²⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 81-82

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ดังนี้

“มาตรา 93 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์²²⁸

(1) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังต่อไปนี้

2. กรณีที่มีความเห็นแตกต่างหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐ ทั้งในรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย หรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายสหพันธ์ของกฎหมายมลรัฐ โดยการร้องขอของรัฐบาลสหพันธ์ รัฐบาลของมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม”

“มาตรา 100 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบรัฐธรรมนูญ²²⁹

(1) เมื่อศาลยุติธรรมทั่วไปเห็นว่า กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้รอการพิจารณาไว้ก่อน โดยคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวจะต้องมาจากศาลของมลรัฐที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญของมลรัฐ หรือคำวินิจฉัยมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กรณีที่กฎหมายดังกล่าว

²²⁸ Article 93 [Jurisdiction of the Federal Constitutional Court]

(1) The Federal Constitutional Court shall rule:

2. in the event of disagreements or doubts concerning the formal or substantive compatibility of federal law or Land law with this Basic Law, or the compatibility of Land law with other federal law, on application of the Federal Government, of a Land government, or of one fourth of the Members of the Bundestag;

²²⁹ Article 100 [Concrete judicial review]

1. If a court concludes that a law on whose validity its decision depends is unconstitutional, the proceedings shall be stayed, and a decision shall be obtained from the Land court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a Land is held to be violated, or from the Federal Constitutional Court where this Basic Law is held to be violated. This provision shall also apply where the Basic Law is held to be violated by Land law and where a Land law is held to be incompatible with a federal law.

ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน และให้รวมถึงกรณีที่กฎหมายของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายพื้นฐาน หรือกรณีที่กฎหมายของมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายของสหพันธ์ด้วย”

นอกจากจะกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้ในกฎหมายพื้นฐานแล้ว ยังกำหนดไว้อีกครั้งในรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ ด้วย โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายปรากฏในรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ มาตรา 13²³⁰ ซึ่งผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ย่อมผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรของสหพันธ์ และมลรัฐ องค์กรศาลทั้งหมดและเจ้าหน้าที่ของรัฐเท่าที่คำวินิจฉัยมีผลต่อองค์กรเหล่านั้น ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 31 แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ²³¹ และในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (มาตรา 13 ข้อ 6 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (มาตรา 13 ข้อ 11 ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ) หากศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลบังคับเป็นกฎหมาย (ตามมาตรา 31 (2) ของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ)

²³⁰ Article 13

The Federal Constitutional Court shall decide

6. in case of disagreements or doubts regarding the formal or substantive compatibility of federal or Land law with the Basic Law, or the compatibility of Land law with other federal law, upon request by the Federal Government, a Land government, or one quarter of the members of the Bundestag (Art. 93 sec. 1 no. 2 of the Basic Law),

11. on the compatibility of a federal or Land statute with the Basic Law, or the compatibility of a Land statute or other Land law with a federal statute, at the request of a court (Art. 100 sec. 1 of the Basic Law)

²³¹ Article 31

(1) The decisions of the Federal Constitutional Court shall be binding upon federal and Land constitutional organs as well as on all courts and administrative authorities.

(2) In the cases referred to in § 13 nos. 6, 6a, 11, 12, and 14, the decision of the Federal Constitutional Court shall have the force of law. This shall also apply in the cases referred to in § 13 no. 8a if the Federal Constitutional Court declares a law to be compatible or incompatible with the Basic Law or if it voids the law. If a law is declared to be compatible or incompatible with the Basic Law or other federal law, or if it is voided, the relevant operative part of the decision shall be published in the Federal Law Gazette by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. This shall apply accordingly to the operative part of the decision in the cases referred to in § 13 nos. 12 and 14.

ต้องประการในรัฐกิจจานุเบกษา และให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลย้อนหลัง (retroactive / ex tunc) คือให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ แต่ไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาที่ถึงที่สุดที่ได้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่คดี²³²

กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (รัฐบัญญัติจัดตั้งฯ มาตรา 13 ข้อ 6) ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ มาตรา 76-79²³³ และแบบรูปธรรม (รัฐบัญญัติจัดตั้งฯ มาตรา 13 ข้อ 11) ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ มาตรา 80-82a²³⁴ จากการศึกษาบทบัญญัติของรัฐบัญญัติจัดตั้งฯ ทั้งมาตรา 76-79 และมาตรา 80-82a พบว่า รัฐบัญญัติจัดตั้งฯ ได้กำหนดเป็นลักษณะหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการตรวจสอบมากกว่า จะกำหนดขั้นตอนของการตรวจสอบไว้ให้ละเอียดชัดเจน

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น กฎหมายพื้นฐานกำหนดบทบัญญัติไว้ ตามมาตรา 79²³⁵ สรุปได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องทำเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนในลักษณะการแก้ไขหรือเสริมข้อความที่มีอยู่เดิมเท่านั้น โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์จำนวนสองในสามและสมาชิกวุฒิสภาแห่งสหพันธ์จำนวนสองในสามเป็นผู้ยื่นเสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และประการสำคัญที่สุด คือ หาก

²³² นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 124-126

²³³ ผู้สนใจสามารถศึกษาได้ด้วยตนเองได้ที่รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Constitutional Court Act [BVerfGG]) ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1951 มาตรา 76-79

²³⁴ ผู้สนใจสามารถศึกษาได้ด้วยตนเองได้ที่รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Constitutional Court Act [BVerfGG]) ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1951 มาตรา 80-82a

²³⁵ Article 79 [Amendment of the Basic Law]

1. This Basic Law may be amended only by a law expressly amending or supplementing its text. In the case of an international treaty regarding a peace settlement, the preparation of a peace settlement, or the phasing out of an occupation regime, or designed to promote the defence of the Federal Republic, it shall be sufficient, for the purpose of making clear that the provisions of this Basic Law do not preclude the conclusion and entry into force of the treaty, to add language to the Basic Law that merely makes this clarification.

2. Any such law shall be carried by two thirds of the Members of the Bundestag and two thirds of the votes of the Bundesrat.

3. Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.

การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับรูปแบบของรัฐ การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือมีผลกระทบต่อบทบัญญัติมาตรา 1 และ 20 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมไม่อาจรับไว้พิจารณาแก้ไขได้

มาตรา 1²³⁶ แห่งกฎหมายพื้นฐานนั้น เป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยบัญญัติว่าสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้

มาตรา 20²³⁷ แห่งกฎหมายพื้นฐานนั้น เป็นบทบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการปกครอง รูปแบบของรัฐ และโครงสร้างขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตยในลักษณะทั่วไปสรุปได้ดังนี้

(1) ว่าด้วยรูปแบบการปกครองของรัฐที่จะต้องเป็นการปกครองรูปแบบประชาธิปไตยและเป็นสหพันธ์

(2) เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องมีที่มาจากประชาชนโดยการเลือกตั้งหรือการลงคะแนนเสียงแบบอื่น

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันตนภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ฝ่ายบริหารและตุลาการต้องผูกพันตนภายใต้กฎหมายและคำสั่ง และ

²³⁶ Article 1. [Human dignity - Human rights - Legally binding force of basic rights]

“1. Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

2. The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

3. The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”

²³⁷ Article 20. [Constitutional principles - Right of resistance]

“1. The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state.

2. All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and judicial bodies.

3. The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.

4. All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available.”

(4) ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิต่อต้านบุคคลใด ๆ ที่มุ่งทำลาย
บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ในกรณีที่ไม่มีความเสียหายด้วยทางอื่นแล้ว

บทบัญญัติทั้งมาตรา 1 และ 20 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ล้วน
เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือบทนิรันดร (eternity clauses) ซึ่งบทบัญญัติมาตรา
79 (3) ที่ว่าด้วยเงื่อนไขการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ละเมิดบทบัญญัตินี้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ
แห่งสหพันธ์จะทำหน้าที่ตรวจสอบว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวหรือไม่

3.2.3.2.2 วิเคราะห์บทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง
เยอรมนีในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติจัดตั้งศาล
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการ
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในแบบรูปธรรมและนามธรรม แต่ไม่ได้กำหนดให้
มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้²³⁸ แต่ไม่ได้กำหนดเป็น
บทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ประเด็นนี้จึงทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง
รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศเยอรมนีมีความแตกต่างจากประเทศโรมาเนียและฮังการีที่ได้
ศึกษาและกล่าวไว้ข้างต้น

แต่กระนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนี
กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดไว้ให้การแก้ไขนั้นมีลักษณะเป็น “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” มิใช่
“รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ตามที่กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) บัญญัติไว้ ซึ่งกรณีนี้ ศาล
รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ตีความว่า ตนมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เพราะกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายประเภท
หนึ่งซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ตนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว แม้จะไม่มี
บทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจนก็ตาม กระนั้น การตีความเช่นนี้ก็ถือเป็นจุดอ่อนประการ

²³⁸ กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้น เป็นไปตามกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 70-78 ซึ่ง
จากการศึกษาไม่พบว่ามีการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
ร่างกฎหมายแต่ประการใด แตกต่างจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฮังการีที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ
ในการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับได้ ในลักษณะ non-ex officio ปรากฏตามมาตรา 6 แห่ง
รัฐธรรมนูญฮังการี

หนึ่ง เนื่องจากกฎหมายทั่วไปกับกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้จะมีกระบวนการและการประกาศใช้บังคับในลักษณะเดียวกันคือ เป็นกฎหมาย แต่การใช้อำนาจโดยข้อเท็จจริงแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายทั่วไปตามหลัก Hierarchy of Laws หรือลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นกรณีพิเศษในการตรวจสอบ “กฎหมาย” อำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับจากรัฐธรรมนูญจะต้องถูกใช้และตีความโดยเคร่งครัด ไม่อาจตีความขยายความเพื่อขยายขอบเขตการใช้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ เป็นไปตามหลักการ exception est strictissimae interpretationis²³⁹ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ตอบปัญหาเกี่ยวกับจุดอ่อนดังกล่าวไว้ ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1970 (Klass Case), 23 เมษายน ค.ศ. 1991 (Land Reform Case), 18 เมษายน ค.ศ. 1996 (Land Reform Case 2), 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1996 (Asylum Case) และ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 (Electronic Eavesdropping Case / Acoustic Surveillance Homes Case) ที่ตีความโดยปริยายว่าตนเองมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่า กฎหมายของสหพันธ์ (federal legislation) นอกเหนือจากกฎหมายทั่วไปของสหพันธ์แล้ว ยังรวมถึงกฎหมายที่แสดงชัดแจ้งถึงการเสริมเพิ่มเติมถ้อยคำหรือแก้ไขถ้อยคำของบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน หรือก็คือกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง หากไม่แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องตีความว่าตนไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน

นอกจากนั้น ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับหลักการจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกเหนือจากบทบัญญัติที่ “ห้าม” แก้ไขอย่างชัดแจ้งแล้ว ยังมีความเห็นของนักวิชาการบางท่าน²⁴⁰ ที่เห็นว่า นอกจากบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง ยังมีหลักการกฎหมายรัฐธรรมนูญบางประการที่ห้ามมิให้แก้ไขเพิ่มเติม จึงเป็นหลักการจำกัดอำนาจการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย (Implicit Substantive Limits) ซึ่งความเห็นที่สนับสนุนการมีอยู่ของข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบปริยายนี้ มี 3 กลุ่มด้วยกัน กลุ่มแรกนั้น นักวิชาการชื่อ

²³⁹ Gözler, K., *Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study*. 20-22

²⁴⁰ ความเห็นของ Marie-François Rigaux เรียกการจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ว่า เป็น “ข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Substantive limits inferred from a doctrinal interpretation)” (อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน. หน้า 68)

Walter F. Murphy เห็นว่า คำว่า “Amend” ที่แปลว่าการแก้ไขนั้น ไม่ได้หมายถึงการเปลี่ยนแปลงหรือทำใหม่ทั้งฉบับ เช่นเดียวกับกับ William L. Marbury เมื่อปี ค.ศ. 1919 ที่กล่าวรับรองไว้อย่างชัดเจนว่า อำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญมิใช่การทำลายหรือยกเลิกเสียทั้งฉบับ สรุปได้ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มิใช่การยกเลิกหรือทำลายบทบัญญัติอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญซึ่งถือได้ว่าเป็นจิตวิญญาณของรัฐธรรมนูญนั้น โดยฝ่ายตรงข้ามได้โต้แย้งถึงความเป็น “จิตวิญญาณ” ของรัฐธรรมนูญ ที่พวกเขาถือว่าเป็นแนวคิดที่เลื่อนลอยเพื่อฝัน ไม่มีความเป็นรูปธรรมแต่อย่างใด และการนำคำนิยามของคำว่า “Amend” มาอธิบายนั้นก็เป็นการไม่ครอบคลุมทุกกรณี บางประเทศไม่ได้มีข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (Total revision) และนิยามของคำว่า “Amend” ก็เป็นนิยามในภาษาอังกฤษ มิใช่คำนิยามของภาษาอื่น ๆ อย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส เรียกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเป็นการ “Revision” ไม่ใช่ “Amendment” หรือประเทศตุรกีใช้คำว่า “Değişiklik” ซึ่งแปลว่า “เปลี่ยนแปลง” มิใช่ “แก้ไข” แต่อย่างใด²⁴¹

นักวิชาการกลุ่มที่สองออกมาให้ความเห็นสนับสนุนข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบปริยายว่า มีหลักการบางประการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมละเมิดหลักการเช่นว่านี้ก็จะมีผลทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถูกยกเลิกเพิกถอนไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ แต่เมื่อนักวิชาการที่สนับสนุนแนวคิดดังกล่าวจะรวบรวมหลักการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญกลับไม่สามารถตกลงกันได้ เพราะแต่ละคนมีมุมมองที่แตกต่างกันไปในการตีความหลักการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น Serge Arné จากประเทศฝรั่งเศส เห็นว่า หลักการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญได้แก่ หลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การไม่เลือกปฏิบัติ หลักพหุนิยม เป็นต้น แต่ Stéphanie Rials กลับเห็นว่าหลักการเหนือรัฐธรรมนูญแบ่งเป็น 4 ประเภท (1) รัฐธรรมนูญต้องเขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร (2) ชาติเป็นหนึ่งเดียวกันและทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดและเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ และ (4) สิทธิขั้นพื้นฐานอยู่เหนือกว่าเจตนารมณ์การร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับหลักการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญถูกโต้แย้งอย่างมาก เนื่องจากหลักการนี้ไม่มีพื้นฐานที่จับต้องได้ ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรใดให้การสนับสนุน หลักการนี้เป็นที่ยอมรับได้ยากเพราะทุกคนต่างตีความหลักการที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญในมุมมองของตนเองทั้งสิ้น ไม่อาจหาข้อยุติที่เป็นหนึ่งเดียวกันได้²⁴²

ส่วนความเห็นฝ่ายที่สามที่สนับสนุนการมีอยู่ของข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบปริยายนั้น เห็นว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญด้วยกันเองก็มีลำดับชั้นที่แตกต่างกัน

²⁴¹ เรื่องเดียวกัน. 68-71

²⁴² เรื่องเดียวกัน. 71-74

บางบทบัญญัติก็มีค่าบังคับสูงกว่าบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ดังนั้นจึงไม่อาจแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีลำดับชั้นสูงกว่าบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญนั้นได้ บทบัญญัติเหล่านี้ได้แก่บทบัญญัติเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิขั้นพื้นฐานบางประการหรือทั้งหมด หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐ เช่น รูปของรัฐ การปกครอง โครงสร้างและอำนาจรัฐ Robert Badinter อดีตประธานตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสได้กล่าวว่า “ในระบบรัฐธรรมนูญของเรานี้ ยังมีเสรีภาพที่ไม่อาจจับต้องได้ที่อำนาจการสถาปนารัฐธรรมนูญไม่อาจลบล้าง” Dominique Turpin ให้การรับรองว่าสิทธิมนุษยชนเช่น เสรีภาพ ความมั่นคงปลอดภัยของบุคคล สิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิในการต่อต้านการกดขี่ข่มเหงเป็นสิทธิที่อยู่เหนือสิทธิอื่นใดที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ดังนั้นจึงไม่อาจถูกทำลายโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเช่นนั้นได้ Maryse Baudrez ให้ความเห็นว่า “บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทุกบทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” Olivier Beaud เห็นว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยของปวงชนอยู่เหนือบทบัญญัติทุกบทของรัฐธรรมนูญ ฉะนั้นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจแตะต้องบทบัญญัติเช่นนั้นได้

มีผู้โต้แย้งความเห็นของฝ่ายที่สาม โดยโต้แย้งว่า การตีค่าให้บทบัญญัติบางประการในรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นที่สูงกว่าบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญเดียวกันเป็นเพียงการตีค่าตีความหมายในเชิงศีลธรรมเป็นสำคัญ เช่น รัฐธรรมนูญของสวิตเซอร์แลนด์เมื่อปี ค.ศ. 1999 มาตรา 7 บัญญัติให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องได้รับการเคารพและคุ้มครอง หากตีความตีความเห็นของฝ่ายที่สามแล้ว บทบัญญัตินี้ย่อมอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติมาตรา 88 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ที่บัญญัติเรื่องการสร้างบาทวิถีและเส้นทางเดินป่า แต่หากตีความในเชิงกฎหมายโดยแท้แล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองต่างอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ค่าบังคับของบทบัญญัติทั้งสองย่อมเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับกับแนวคิดของฝ่ายที่สองเกี่ยวกับหลักการเหนือรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหลักการของฝ่ายที่สามก็ปราศจากแนวคิดที่เป็นรูปธรรมหรือจับต้องได้จริง อีกทั้งหากผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้แก้ไขบทบัญญัติใดก็ย่อมกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบทบัญญัตินั้นห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง เช่น กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนี มาตรา 1 และ 20 รัฐธรรมนูญตุรกี ค.ศ. 1982 มาตรา 1-3 เป็นต้น การที่รัฐธรรมนูญนั้นไม่กำหนดบทนิรันดร์ไว้อย่างชัดเจนย่อมตีความได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทุกมาตรา²⁴³

ในช่วง ค.ศ. 1950 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้วินิจฉัยไว้ในคดี The Southwest State Case (1951) และในคดี The Article 117 Case (1953) ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นการละเมิดข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญแบบปริยายไม่สามารถกระทำได้ แต่อธิบาย

²⁴³ เรื่องเดียวกัน. 66-76

ไว้ในรายละเอียดปลีกย่อย (obiter dictum) มิใช่ในส่วนของบทสรุปคำวินิจฉัยแต่อย่างใด แต่หลังจาก ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ปฏิเสหหลักการดังกล่าว คงไว้แต่หลักการที่เป็น ข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 79 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐาน เท่านั้น²⁴⁴

3.2.3.3 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.3.3.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ละเมิดบทนิรันตรที่บัญญัติไว้ อย่างชัดเจนในมาตรา 79 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐาน (คดี Acoustic Surveillance of Homes / Electronic Eavesdropping) วินิจฉัยเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004

คดีนี้เกี่ยวข้องกับ การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 45 ในมาตรา 13 (3)²⁴⁵ เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1998 ที่บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการดักฟัง โทรศัพท์ในที่รโฐานที่มีข้อสงสัยว่าเป็นสถานที่ประกอบอาชญากรรมเพื่อประกอบการฟ้องคดีอาญา โดยต้องได้รับการอนุมัติจากศาลเสียก่อน ผู้ร้องเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 13 (3) แห่งกฎหมายพื้นฐาน ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้รับความคุ้มครองตาม กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติอันเป็นบทนิรันตรตามนัยมาตรา 79 (3) แห่งกฎหมาย พื้นฐาน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยยกคำร้องและระบุว่า การดักฟังโทรศัพท์ในที่รโฐานไม่กระทบต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาตรา 13 (3) จึงไม่ขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด²⁴⁶

²⁴⁴ เรื่องเดียวกัน. 83

²⁴⁵ Article 13. [Inviolability of the home]

“3. If particular facts justify the suspicion that any person has committed an especially serious crime specifically defined by a law, technical means of acoustical surveillance of any home in which the suspect is supposedly staying may be employed pursuant to judicial order for the purpose of prosecuting the offence, provided that alternative methods of investigating the matter would be disproportionately difficult or unproductive. The authorisation shall be for a limited time. The order shall be issued by a panel composed of three judges. When time is of the essence, it may also be issued by a single judge.”

²⁴⁶ Gözler, K., Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study.

แต่กระนั้น ศาลการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้เหตุผลต่อไปในประเด็นดังกล่าวว่า ไม่ใช่การดักฟังโทรศัพท์ในทีร์โฮฐานจะเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกกรณีเสมอไป หากการดักฟังดังกล่าวก้าวล่วงไปถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ การดักฟังดังกล่าวจะต้องหยุดลงทันทีและข้อมูลที่อัดได้นั้นจะต้องถูกทำลาย การนำข้อมูลเสียงที่ดักฟังได้ไปใช้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ถือเป็นกรณีต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งความเสี่ยงของการดักฟังในทีร์โฮฐานที่จะต้องถูกจำกัดได้แก่การพูดคุยส่วนบุคคล การพูดคุยของสมาชิกในครอบครัว การพูดคุยที่เป็นการลับ เช่น การให้คำแนะนำด้านศาสนาและความเชื่อ การให้คำแนะนำของวิชาชีพแพทย์ หรือการให้คำปรึกษาของทนายความ เป็นต้น การดักฟังทางโทรศัพท์ในทีร์โฮฐานจะกระทำได้เฉพาะกรณีมีหลักฐานที่แน่นหนาเพียงพอว่าในเวลาที่เกิดการดักฟังโทรศัพท์ บุคคลที่กำลังพูดโทรศัพท์เป็นการส่วนตัวนั้นเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญา²⁴⁷

3.2.3.3.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบปริยาย (คดี Southwest State Case) วินิจฉัยเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ. 1951

คดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่า ก่อนการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานเมื่อปี ค.ศ. 1949 มลรัฐจำนวน 3 มลรัฐ ประกาศใช้รัฐธรรมนูญของตนเองและตั้งตนขึ้นเป็นรัฐอิสระภายหลังการบังคับใช้กฎหมายพื้นฐานแล้วได้มีบทบัญญัติปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดิน (Reorganization provisions) ซึ่งมลรัฐไม่ได้ตกลงเห็นชอบกับการปรับปรุงการบริหารราชการระดับมลรัฐแต่อย่างใด รัฐบาลสหพันธ์จึงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ออกกฎหมายปรับปรุงการบริหารราชการของมลรัฐทั้งสามจำนวน 2 ฉบับ โดยฉบับแรกว่าด้วยการขยายระยะเวลาให้แก่มลรัฐทั้งสามให้คงใช้ระบบเดิมต่อไปได้จนกว่าจะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นสำเร็จ กฎหมายฉบับที่สองว่าด้วยการปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดินของมลรัฐทั้งสาม มลรัฐ Baden ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายทั้งสองฉบับและนำเรื่องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสอง

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า บทบัญญัติที่เป็นการขยายระยะเวลานั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากปัญหาการปรับปรุงระบบราชการของมลรัฐย่อม

²⁴⁷ Jutta Stender-Vorwachs, "The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space," *German Law Journal* 5, 11 (2004). 1337-1348

แก้ไขได้โดยมลรัฐนั่นเอง ไม่จำเป็นต้องให้รัฐบาลสหพันธ์เข้าแทรกแซง และกฎหมายจะต้องไม่ตีความให้เป็นในทางปฏิเสธกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 72²⁴⁸ กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐบาลสหพันธ์จะเข้าแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อำนาจของมลรัฐได้ก็ต่อเมื่อรัฐบาลมลรัฐไม่อาจแก้ไขหรือไม่มีความสามารถที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งศาลยังวินิจฉัยต่อไปว่า กฎหมายปรับปรุงระบบการบริหารราชการแผ่นดินนั้นยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่ ในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวจะชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นพิจารณาได้จากความจำเป็นของมลรัฐที่จะให้รัฐบาลสหพันธ์เข้ามาช่วยเหลือหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ หากกฎหมายปรับปรุง

²⁴⁸ Article 72. [Concurrent legislative powers]

“ 1. On matters within the concurrent legislative power, the Länder shall have power to legislate so long as and to the extent that the Federation has not exercised its legislative power by enacting a law.

2. The Federation shall have the right to legislate on matters falling within clauses 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 and 26 of paragraph (1) of Article 74, if and to the extent that the establishment of equivalent living conditions throughout the federal territory or the maintenance of legal or economic unity renders federal regulation necessary in the national interest.

3. If the Federation has made use of its power to legislate, the Länder may enact laws at variance with this legislation with respect to:

1. hunting (except for the law on hunting licenses);
2. protection of nature and landscape management (except for the general principles governing the protection of nature, the law on protection of plant and animal species or the law on protection of marine life);
3. land distribution;
4. regional planning;
5. management of water resources (except for regulations related to materials or facilities);
6. admission to institutions of higher education and requirements for graduation in such institutions.

Federal laws on these matters shall enter into force no earlier than six months following their promulgation unless otherwise provided with the consent of the Bundesrat. As for the relationship between federal law and law of the Länder, the latest law enacted shall take precedence with respect to matters within the scope of the first sentence.

4. A federal law may provide that federal legislation that is no longer necessary within the meaning of paragraph (2) of this Article may be superseded by Land law.”

การบริหารราชการแผ่นดินของมลรัฐมีความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือมลรัฐแล้วไซ้ กฎหมายนั้นย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากบทบัญญัติที่บังคับให้มลรัฐต้องปฏิบัติตามขั้นตอนของรัฐบาลสหพันธ์ก็จะเป็นการมอบอำนาจที่เกินขอบเขตความจำเป็น และเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 80 แห่งกฎหมายพื้นฐาน²⁴⁹ ในเวลาต่อมา ได้มีการแก้ไขมาตรา 80²⁵⁰ เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1994 เป็นกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 42 โดยมาตรา 80 (4) กำหนดว่า มลรัฐจะต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขบังคับของกฎหมายของสหพันธ์

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า “บทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญจะต้องตีความไปในทางที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ” และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กล่าวว่าตนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นบาวาเรียที่วินิจฉัยว่า “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็สามารถถูกยกเลิกเพิกถอนได้ มิใช่จะเป็นไปไม่ได้เสียทีเดียวด้วยเหตุที่บทบัญญัตินั้นเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังมีหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญนี้ และเป็นหลักการที่ผูกพันผู้ร่าง

²⁴⁹ Richard Davis and D Jeffrey Burnham, The Role of the Federal Judiciary in the Development of Federalism in West Germany and the United States, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 12 No. 1, 1989. 71-72

²⁵⁰ Article 80. [Issuance of statutory instruments]

“ 1. The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorised by a law to issue statutory instruments. The content, purpose and scope of the authority conferred shall be specified in the law. Each statutory instrument shall contain a statement of its legal basis. If the law provides that such authority may be further delegated, such subdelegation shall be effected by statutory instrument.

2. Unless a federal law otherwise provides, the consent of the Bundesrat shall be required for statutory instruments issued by the Federal Government or a Federal Minister regarding fees or basic principles for the use of postal and telecommunication facilities, basic principles for levying of charges for the use of facilities of federal railways, or the construction and operation of railways, as well as for statutory instruments issued pursuant to federal laws that require the consent of the Bundesrat or that are executed by the Länder on federal commission or in their own right.

3. The Bundesrat may submit to the Federal Government drafts of statutory instruments that require its consent.

4. Insofar as Land governments are authorised by or pursuant to federal laws to issue statutory instruments, the Länder shall also be entitled to regulate the matter by a law.”

รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติอื่นใดในรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้มีค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ที่สูงเพียงพอก็อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้หากขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่เป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ”

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่ามีข้อจำกัดในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมากกว่าที่ปรากฏในมาตรา 79 (3) และศาลสามารถใช้หลักการเช่นว่านั้นในการวินิจฉัยว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่กระนั้นก็ยังไม่อาจเห็นได้อย่างชัดเจนถึงลำดับชั้นของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่ามีความแตกต่างหรือสูงต่ำอย่างไรและเพียงใด แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายถึงหลักลำดับชั้นของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไว้ในรายละเอียดของคำวินิจฉัย (obiter dictum) อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ไม่ได้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ศาลวิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นการขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่อยู่เหนือบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญเดียวกัน²⁵¹

จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของต่างประเทศ โดยพิจารณาจากประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการเช่นว่านั้น โดยประเทศที่ให้การยอมรับหลักการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ตามที่ได้ศึกษา ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ฮังการี และเยอรมนี โดยที่รัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียและฮังการีบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน แต่ประเทศเยอรมนีแม้จะยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้กลับไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน แต่กระนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนีต้องจัดทำเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แม้จะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนก็ตาม ส่วนประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว อาจแบ่งได้เป็นประเทศที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญในลักษณะห้ามองค์กรตุลาการมีหน้าที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ หรือบางประเทศไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในลักษณะห้ามองค์กรตุลาการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและตีความว่าตนเองไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

²⁵¹ Gözler, K. , Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study.

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น ประเทศสโลวีเนีย และฝรั่งเศส โดยการศึกษานี้จะประโยชน์ในการวิเคราะห์ต่อไปถึงแนวทางของประเทศไทยว่าสมควรหรือไม่ที่จะให้มีการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้ต่อไป



บทที่ 4

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในประเทศไทย

ประเทศไทยได้รับแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ภายหลังจากการปฏิรูปการปกครองประเทศเมื่อปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา นับแต่มีการพระราชทานรัฐธรรมนูญโดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 และมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแนวคิดเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยประเทศไทยดำเนินรอยตามประเทศในกลุ่มทวีปยุโรปที่ใช้ระบบ Centralized Judicial Review นั่นคือ การกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันไม่มีการโต้แย้งในการให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบ “กฎหมาย” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กระนั้น ก็เกิดข้อเท็จจริงอันเป็นคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกลายเป็นข้อโต้แย้งในวงนักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง ในบั้นนี้ จะศึกษาประวัติศาสตร์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศไทย นับตั้งแต่การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฉบับแรก จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้งยังศึกษาไปจนถึงร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังปี พ.ศ. 2557 ที่กำหนดแนวทางการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกด้วย

4.1 ความเป็นมาก่อนการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

นับตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute monarchy) เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional monarchy) เมื่อปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกขึ้นคือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2475 นับแต่นั้นจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 รวมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยทั้งสิ้น 19 ฉบับ ยังไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญฉบับใดกำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ คงมีเพียงการให้อำนาจแก่องค์กรพิเศษทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรพิเศษเช่นนี้คือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งอาจสรุปรายละเอียดของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ดังต่อไปนี้²⁵²

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย กรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 88) ส่วนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญกรณีอื่นเป็นของรัฐสภา (มาตรา 86)

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ไม่มีคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อยู่ รวมทั้งมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาว่าสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วย นับเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติคณะกรรมการรัฐธรรมนูญใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ส่วนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องอันอยู่ในวงงานของวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร หรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา เป็นของรัฐสภา

4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ไม่มีคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสองฉบับนี้ ได้เพิ่มอำนาจในการควบคุมก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมาย ในระหว่างที่ร่างกฎหมายนั้นอยู่ในกระบวนการตราของรัฐสภา ขึ้นมาอีกด้วย รวมทั้งอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีหลักการเดียวกัน หรือคล้ายกันกับหลักการของพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ด้วย และเพิ่มอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่การวินิจฉัยการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรี และการให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่นอีกด้วย

²⁵² สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. หน้า

5) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับสุดท้ายที่กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ก่อนที่จะพัฒนาเป็นศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความกรณีการกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ในการตราพระราชกำหนด และอำนาจในการตีความข้อบังคับของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และอำนาจในการตีความปัญหารัฐธรรมนูญตามที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่งมาด้วย²⁵³

6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในช่วงเวลาที่มีการยกร่างรัฐธรรมนูญปี 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ในการเปลี่ยนจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรวินิจัยชี้ขาดกิจการเมือง ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกโดยตำแหน่ง คือ ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา และอัยการสูงสุด ซึ่งตำแหน่งประธานรัฐสภาและประธานวุฒิสภานี้เองที่ถือเป็นองค์กรกิจการเมืองโดยองค์ประกอบ เนื่องจากกำหนดให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาโดยสภาพหรือกำลังดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาดำรงตำแหน่ง จะทำให้องค์กรดังกล่าวนี้ใช้ข้อพิจารณาทางการเมืองมากกว่าข้อพิจารณาทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมาย คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ จึงหันไปยึดแนวทางซึ่งให้องค์ประกอบตลอดจนองค์กรที่จะชี้ขาดรัฐธรรมนูญเป็นศาล ซึ่งเป็นแนวทางที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันใช้อยู่ รวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังจะต้องเป็นตำแหน่งประจำ กล่าวคือ ไม่สามารถดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตำแหน่งทางราชการ หรือตำแหน่งอื่นในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญด้วย และการกำหนดให้องค์กรวินิจัยนี้ มีสถานะเป็นศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตามรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับศาลที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปด้วย²⁵⁴

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น ได้กำหนดไว้ทั้งสองลักษณะ คือ ในรูปแบบนามธรรม ตามมาตรา 262 ที่กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่

²⁵³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, "องค์กรพิจารณาวินิจัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย," ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต, (2541). หน้า 7-15 (อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. หน้า 19)

²⁵⁴ "รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม 2540." หน้า 160 (อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, การพิจารณาวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. หน้า 19)

นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นกราบทูลฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หากปรากฏว่า 1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 1/10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสองสภา เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญกำหนด ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

หรือกรณีที่ 2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันไม่น้อยกว่า 20 คน เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญกำหนด ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

หรือกรณีที่ 3) หากนายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอความเห็นเอง ว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ นายกรัฐมนตรีสามารถเสนอความเห็นของตนส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แล้วแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อมีการเสนอความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาแล้ว ระหว่างศาลวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเสียก่อนจนกว่าจะมีคำวินิจฉัย หากศาลวินิจฉัยว่าการตราหรือข้อความของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างนั้นเป็นอันตกไป หากศาลวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ข้อความนั้นไม่ใช่สาระสำคัญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือ 94 แล้วแต่กรณี ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายยังนำไปใช้บังคับกับข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา ให้ความเห็นชอบแล้วแต่ยังไม่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยอนุโลม (มาตรา 263)

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบรูปธรรมนั้น ปรากฏในรัฐธรรมนูญมาตรา 264 โดยมีหลักการที่ไม่แตกต่างจากหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 207 นั่นคือ หากศาลที่กำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเห็นเองหรือมีคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดต่อมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นดังกล่าวเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความไม่เป็นสาระอันควรแก่การได้รับวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องไว้พิจารณาได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ (มาตรา 268) แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว นั้นหมายถึงว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactive)²⁵⁵ ซึ่งกรณีการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีข้อความหรือกระบวนการร่างที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 262 หากพบว่าข้อความในร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นถ้อยคำที่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินั้น ให้ร่างนั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ กรณีนี้จะรวมถึงกระบวนการร่างพระราชบัญญัติที่กระทำโดยไม่ถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดอีกด้วย ส่วนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพบว่าข้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิใช่สาระสำคัญ ให้ข้อความเช่นนั้นเป็นอันตกไป แต่ร่างพระราชบัญญัติไม่ได้ตกไปทั้งฉบับเหมือนกรณีแรก และในกรณีการตรวจสอบกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ โดยศาลยุติธรรมเป็นผู้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามมาตรา 264 ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันคดีทั้งปวง แต่ไม่มีผลย้อนหลังไปถึงคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว

นอกจากการกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้มี "สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ตามมาตรา 63 และ 65 ซึ่งมีสาเหตุสืบเนื่องมาจากการปฏิวัติรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2534 โดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) และการชุมนุมประท้วงเมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2535

²⁵⁵ การกำหนดให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากในสหรัฐอเมริกา ที่ให้ถือว่ากฎหมายเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น ต่อมาศาลได้กลับคำพิพากษาเสียใหม่ เช่น ในคดีเดิมศาลพิพากษาให้กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีเป็นโมฆะเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ จำเลยในคดีจึงไม่มีความผิด แต่ต่อมามีการกลับคำพิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเกิดเป็นปัญหาว่าศาลจะต้องย้อนกลับไปลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งจะขัดกับหลัก Double Jeopardy ในเวลาต่อมาศาลสหรัฐอเมริกาจึงเปลี่ยนแปลงหลักผลย้อนหลังของกฎหมาย โดยวางหลักว่า ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยผลย้อนหลังของกฎหมายเอง โดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียเป็นรายคดีไป (อ้างใน บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, "ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540." หน้า 7)

หรือเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ เป็นเหตุให้พลเอก สุจินดา คราประยูร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นต้องลาออกจากตำแหน่ง ในเวลาต่อมาจึงเกิดเป็นแนวคิดการปฏิรูปการเมืองไทย โดยรัฐสภาแต่งตั้งคณะทำงานชุดหนึ่ง เรียกว่า คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.) ที่เสนอปัญหาเชิงโครงสร้างที่กระทบต่อเสถียรภาพทางการเมืองและระบบการเมืองของประเทศไทย โดย คพป. พบว่าประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง แต่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงหลักการที่มีนัยสำคัญเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กรหรือกลไกใดที่จะช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างแท้จริง รวมไปถึงการขาดศรัทธาในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย เนื่องจากมีการซื้อสิทธิ์ขายเสียงเป็นจำนวนมาก และมีการทำผิดกฎหมายการเลือกตั้งอยู่บ่อยครั้ง²⁵⁶

เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ คณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า สมควรกำหนดให้มีสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญสำหรับกรณีการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการปฏิวัติรัฐประหารและการก่อกบฏ โดยบทบัญญัติมาตรา 63 และ 65 เป็นการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการทำรัฐประหาร มาตรา 63 เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนการใช้สิทธิของบุคคล โดยให้เสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงก่อนว่า บุคคลหรือพรรคการเมืองที่ได้รับการร้องเรียนนั้น มีการกระทำที่เป็นไปในลักษณะการปฏิวัติรัฐประหารหรือไม่ หากอัยการสูงสุดเห็นชอบก็จะส่งเรื่องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไป กรณีผู้ถูกกล่าวหาเป็นพรรคการเมืองและศาลรัฐธรรมนูญพบว่ามี การกระทำดังที่ถูกระบุข้อเท็จจริง ก็จะมีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ส่วนมาตรา 65 เป็นกรณีที่บุคคลสามารถใช้สิทธิต่อต้านการทำรัฐประหารได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบจากองค์กรใด ๆ แต่การต่อต้านรัฐประหารตามมาตรานี้จะต้องเป็นไปโดยสันติวิธีเท่านั้น²⁵⁷

ในส่วนของบทบัญญัติในหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมวดที่ 12 นั้น ยังไม่ได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งในการยื่นเรื่องเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่การลงมติรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยการลงประชามติ และยังไม่มีการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ประการใด

7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งใช้บังคับแทนรัฐธรรมนูญปี 2540 ที่ต้องสิ้น

²⁵⁶ เกรียงไกร รอดู, "ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553). หน้า 39-42

²⁵⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 62-67

สภาพการบังคับใช้ไปตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 เมื่อเกิดเหตุการณ์รัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่นำโดย พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน ซึ่งตามข้อ 1 ของประกาศฯ ฉบับที่ 3 ได้ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 สิ้นสุดลง และในข้อ 2 ก็ได้ประกาศให้วุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญด้วย

ภายหลังเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ตามบทบัญญัติ มาตรา 35 ได้กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่แทนศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวของไทยได้มีบทบัญญัติถึงองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้

8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกิดขึ้นภายใต้สภาวะการณบ้านเมืองที่เผชิญปัญหาภัยคุกคามความขัดแย้งรุนแรงทางการเมืองโดยส่วนหนึ่งอาจกล่าวได้ว่ามีสาเหตุจากปัญหาความไม่สมบูรณ์ของรัฐธรรมนูญปี 2540 เอง ซึ่งประเด็นของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นอีกเรื่อง ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้ความใส่ใจเป็นพิเศษโดยยืนยันถึงหลักการสำคัญที่ต้องมีศาลรัฐธรรมนูญแต่จะต้องมีการปรับปรุงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าเดิม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดวิธีการตรวจสอบในลักษณะ ex officio ตามมาตรา 141 “กรณีที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง” ซึ่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่พบว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งเป็นอันตกไป แต่หากข้อความนั้นเป็นสาระสำคัญ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปทั้งฉบับ (มาตรา 141 วรรคสอง) ซึ่งผลของการให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตกไป คือ ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ โดยมติการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง (Absolute majority) ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี (มาตรา 141 วรรคสาม)

สาเหตุที่ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใช้วิธีการตรวจสอบแบบ *ex officio* เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Laws) เป็นกฎหมายที่บัญญัติรายละเอียดเพิ่มเติมของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสำคัญเป็นรองจากรัฐธรรมนูญและอยู่เหนือบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป เมื่อเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญและลำดับศักดิ์ที่สูง ย่อมมีผลกระทบต่อประชาชนได้มากยิ่งขึ้นไปด้วย การให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดเป็นผู้ร้องขอ หมายความว่า ทุกครั้งที่มีการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย จะต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาก่อนเสมอ เป็นการประกันว่า รัฐสภาจะใช้อำนาจร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและเป็นไปตามครรลองของประชาธิปไตย

นอกจากการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามความในมาตรา 154 กรณีนี้จะต้องมีผู้ยื่นคำขอให้มีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว แบ่งเป็น 2 กรณี 1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา 2) นายกรัฐมนตรี เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ กรณีที่ 1) ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานสภาดังกล่าวส่งความเห็นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และประธานสภาต้องแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า ส่วนกรณีที่ 2) นายกรัฐมนตรีสามารถส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาได้ทันที และแจ้งประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติก็มีความคล้ายคลึงกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเป็นข้อความที่เป็นสาระสำคัญ หรือเป็นกรณีที่ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไปทั้งฉบับ (มาตรา 154 วรรคสาม) แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่มิใช่ข้อความที่เป็นสาระสำคัญ ให้ข้อความนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือ 151 แล้วแต่กรณีต่อไป (มาตรา 154 วรรคสี่) และที่สำคัญ มาตรา

154 ให้นำมาใช้กับร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ที่ได้รับความเห็นชอบแล้วอีกด้วย (มาตรา 155)

จากบทบัญญัติมาตรา 141 และ 154 เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับในรูปแบบนามธรรม (Pre-promulgation & Abstract Judicial Review) ซึ่งคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มาตรา 262 ที่รวมไว้ทั้งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่มีข้อแตกต่างในส่วนของการละเอียดและเงื่อนไข โดยการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2540 ใช้เงื่อนไขเดียวกันกับร่างพระราชบัญญัติ กล่าวคือ ต้องมีผู้เสนอเรื่องร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา แต่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดให้เป็นเงื่อนไขในการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้ หากไม่ดำเนินการตามบทบัญญัติดังกล่าวย่อมส่งผลให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและถูกยกเลิกเพิกถอนได้²⁵⁸

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ในรูปแบบรูปธรรมไว้ โดยผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรม ตามมาตรา 211 ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 264 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 แต่มีข้อแตกต่างในเรื่องของรายละเอียด เช่น การให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราว มาตรา 264 บัญญัติไว้เพียงสั้น ๆ แต่มาตรา 211 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ชัดเจนยิ่งขึ้น ให้ศาลรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ระหว่างนั้นให้ดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ สาเหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ชัดเจนยิ่งขึ้นเนื่องจากในช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มีผลใช้บังคับ เมื่อมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 พบว่ามีการประวิงคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลโดยการยื่นคำร้องเสนอต่อศาลโดยคู่ความที่ได้แย้งว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีต้องด้วยมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจะหยุดการพิจารณาคดีไปด้วย ทำให้คดีล่าช้า และคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจากการยื่นคำร้องของคู่ความฝ่ายที่ได้แย้งโดยอาศัยมาตรา 264 ดังกล่าว

²⁵⁸ นอกจากนั้น บทบัญญัติมาตรา 262 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และมาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็มีข้อแตกต่างกันในรายละเอียดของกระบวนการยื่นคำร้องซึ่งเป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่ผู้สนใจสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จากรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนมากกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือ การให้ประชาชนสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยมาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่ประชาชนถูกระทำละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ และการใช้สิทธิตามมาตรา 212 นี้ จะต้องปรากฏว่าเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 นี้ รัฐธรรมนูญของต่างประเทศเรียกการตรวจสอบเช่นนี้ว่า Constitutional Complaint เป็นการให้สิทธิแก่ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐผ่านทางบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทย ถือได้ว่ามาตรา 212 นี้ สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏถ้อยคำในอารัมภบทแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 216 วรรคห้า นั้น เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 268 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 คือ คำวินิจฉัยเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ หรือผลในลักษณะ Erga omnes มิใช่มีผลเฉพาะคู่ความในคดี หรือ Inter partes ส่วนผลของคำวินิจฉัยที่เป็นการเฉพาะกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ในรูปแบบรูปธรรม ตามมาตรา 211 หรือมาตรา 264 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้เหมือนกันว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยยังคงยึดหลักการไม่ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลย้อนหลัง (Non-retroactive effect) เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ตามมาตรา 291 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังคงไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งหลักการในบทนิรันดร คือ ห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เฉพาะสองกรณีนี้เท่านั้นที่เป็นข้อห้ามอย่างชัดเจน เป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีอื่น ๆ ไม่มีข้อจำกัดอย่างชัดเจน จึงอาจตีความได้ว่า รัฐสภาสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทุกกรณีที่มิใช่เข้าหลักการในบทนิรันดรนี้ แต่ด้วยการตีความเช่นนี้ ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่สำคัญที่เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ในวงกว้าง ถึงกรณีการนำบทบัญญัติมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญมาเป็น

ช่องทางในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

มาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เป็นการวางหลักเกณฑ์ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแปลคำว่า "สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" เป็นภาษาอังกฤษว่า "Right to Protect Constitution" เป็นการแปลความที่ตรงตัวตามอักษร คือ เป็นสิทธิของบุคคลที่จะปกป้องรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการรัฐประหาร และการเลือกตั้งที่ไม่สุจริต แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่ไม่มีการบัญญัติชื่อสิทธินี้อย่างเป็นทางการ คงมีเพียงการเรียกชื่อสิทธิในทางวิชาการว่า "สิทธิในการต่อต้านการปฏิวัติรัฐประหารโดยสันติวิธี" เท่านั้น²⁵⁹

สาเหตุที่ทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญนำเรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้อีกครั้ง แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 คือ มีการขยายเจตนารมณ์ให้มีความกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยเชื่อว่าเป็นการพิทักษ์รักษากฎหมายสูงสุดของรัฐให้มีความมั่นคงยิ่งขึ้น นอกเหนือจากการต่อต้านการรัฐประหาร ยังเพิ่มการต่อต้านการเลือกตั้งที่มีได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมด้วย²⁶⁰

มาตรา 68 เป็นการเปิดช่องให้บุคคลหรือพรรคการเมืองสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่พบว่ามีการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการล้มล้างการปกครองประเทศตามมาตรา 68 นี้ คือ การต่อต้านการใช้สิทธิเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไปสู่ระบอบอื่น เช่น คอมมิวนิสต์ เป็นต้น หรือเปลี่ยนแปลงการปกครองที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไปสู่ประมุขรูปแบบอื่น เช่น ประธานาธิบดี เป็นต้น ส่วนการใช้สิทธิเพื่อต่อต้านการได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองที่มีใช้วิถีทางของระบอบประชาธิปไตยนั้น ให้หมายถึง การทำรัฐประหารและการทุจริตการเลือกตั้ง ตามที่ปรากฏในเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หากพบว่ามีการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการล้มล้างการปกครองฯ หรือเป็นการทำให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ สามารถยื่นเรื่องเสนอต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบและส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อ

²⁵⁹ เกรียงไกร รอบรู้, "ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)." หน้า 84-85

²⁶⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 72-79

พิจารณาวิวินิจฉัยต่อไป โดยไม่บัญญัติถึงผลที่เกิดขึ้นกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับคำร้องของผู้ร้องแต่อย่างใด ซึ่งความไม่ชัดเจนนี้ก่อให้เกิดเป็นปัญหาตามมาในภายหลัง

พฤติการณ์ของการกระทำความผิดตามมาตรา 68 วรรคแรกนี้ เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ แต่ได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นเพื่อการมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การใช้เสรีภาพในการชุมนุมย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แต่หากเป็นการใช้เสรีภาพในการชุมนุมโดยการชุมนุมเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยให้เปลี่ยนแปลงเป็นประธานาธิบดี ย่อมเป็นการกระทำอันเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 68 วรรคแรก แม้บุคคลดังกล่าวใช้สิทธิเสรีภาพตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญไม่อาจให้ความคุ้มครองได้เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ที่มีชอบด้วยกฎหมาย²⁶¹

ส่วนมาตรา 69 เป็นการให้สิทธิแก่ประชาชนชาวไทยรวมถึงนิติบุคคล เพื่อต่อต้านโดยสันติวิธีต่อการทำรัฐประหารยึดอำนาจ และต่อต้านการทุจริตเลือกตั้ง เช่น การรณรงค์ป้องกันการทุจริตเลือกตั้ง การจัดเสวนาต่อต้านการรัฐประหาร เป็นต้น ซึ่งการต่อต้านโดยสันติวิธีมีรากฐานมาจากทฤษฎีอารยะขัดขืน (Civil Disobedience) หมายถึง การไม่ใช้ความรุนแรง ไม่ก่อให้เกิดความสูญเสีย ไม่ใช้กำลังประทุษร้ายทางกายภาพเพื่อแก้ไขปัญหา และต้องอยู่ภายในขอบเขตของสันติวิธี โดยแท้จริง เช่น การไม่เสียภาษี การไม่พกพาบัตรประชาชน หรือการฉีกบัตรเลือกตั้ง เป็นต้น หากบุคคลได้กระทำในสถานการณ์ปกติก่อให้เกิดความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมาย แต่หากในขณะที่กระทำความผิด เป็นช่วงเวลาที่คุณสมบัติการปกครองประเทศ การกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นการผิดกฎหมายแต่หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายทั่วไป²⁶²

9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ตามมาตรา 45 แต่กระนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 5 และมาตรา 44 และให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกรณีตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่กรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินจะมีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เห็นว่า

²⁶¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 130-132

²⁶² เรื่องเดียวกัน. หน้า 134-140

บทบัญญัติของกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ ส่วนกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อวาระหนึ่งหรือรัฐธรรมนูญนี้

4.2 เหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ

ในช่วงเวลาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ต่อมาคำวินิจฉัยเหล่านี้ของศาลรัฐธรรมนูญได้กลายเป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์ในกลุ่มนักวิชาการนิติศาสตร์และวงสังคมอย่างกว้างขวาง ซึ่งได้แก่คำสั่งและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

4.2.1 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของนายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และนายเรืองไกร ลีภิพัฒน์ สมาชิกวุฒิสภา กับคณะ รวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของทั้งสองสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1)²⁶³ ว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 ได้พิจารณา

²⁶³ มาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า...

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 ฉบับ โดยที่ประชุมมีมติเห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ซึ่งผู้ร้องอ้างว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 86 วรรคสาม²⁶⁴ เพราะไม่ได้ระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกไว้ในหลักการและเหตุผล ซึ่งการดำเนินกิจการของแต่ละสภาและรัฐสภา ต้องเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยการประชุมตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 125²⁶⁵ และมาตรา 134²⁶⁶ เมื่อการเสนอร่างรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามข้อบังคับ ย่อมมีผลให้การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ผู้ร้องจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

นอกจากนี้ ประธานรัฐสภาเห็นว่า กรณีตามความเห็นของผู้ร้องไม่เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ประธานรัฐสภาจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า ตามบทบัญญัติมาตรา 154 นั้น ประธานรัฐสภาสามารถใช้ดุลพินิจในการส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้หรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

²⁶⁴ ข้อ 86 ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต้องแบ่งเป็นมาตรา และต้องมีบันทึกประกอบดังต่อไปนี้

...การแก้ไขเพิ่มเติม หรือการยกเลิกมาตราใดของรัฐธรรมนูญให้ระบุมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกไว้ในหลักการหรือจะระบุไว้ในเหตุผลด้วยก็ได้

²⁶⁵ มาตรา 125 ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของสภานั้น ๆ ให้เป็นไปตามข้อบังคับ รองประธานมีอำนาจหน้าที่ตามที่ประธานมอบหมายและปฏิบัติหน้าที่แทนประธานเมื่อประธานไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และผู้ทำหน้าที่แทน ต้องวางตนเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่

เมื่อประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานและรองประธานวุฒิสภาไม่อยู่ในที่ประชุม ให้สมาชิกแห่งสภานั้น ๆ เลือกกันเองให้สมาชิกคนหนึ่งเป็นประธานในคราวประชุมนั้น

²⁶⁶ มาตรา 134 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจตราข้อบังคับการประชุมเกี่ยวกับการเลือกและการปฏิบัติหน้าที่ของประธานสภา รองประธานสภา เรื่องหรือกิจการอันเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการธิการ สามัญแต่ละชุด การปฏิบัติหน้าที่และองค์ประชุมของคณะกรรมการธิการ วิธีการประชุม การเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ การเสนอญัตติ การปรึกษา การอภิปราย การลงมติ การบันทึกการลงมติ การเปิดเผยการลงมติ การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปรายทั่วไป การรักษาระเบียบและความเรียบร้อย และการอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจตราข้อบังคับเกี่ยวกับประมวลจริยธรรมของสมาชิกและกรรมการธิการ และกิจการอื่นเพื่อดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเบื้องต้นว่าคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 154 เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 291 บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้... (2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ... (7) เมื่อการลงมติเป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 15 มาตรา 291 โดยให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องเสนอผู้ตัดเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ “ร่างพระราชบัญญัติ” ทั้งมาตรา 291 (7) บัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์วินิจฉัย มาใช้บังคับ ดังนั้น กรณีตามคำร้องจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

4.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 เรื่องคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

กรณีนี้ ผู้ร้อง ได้แก่ พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ (ผู้ร้องที่ 1) นายวันธงชัย ชำนาญกิจ (ผู้ร้องที่ 2) นายวิรัตน์ กัลยาศิริ (ผู้ร้องที่ 3) นายวรินทร์ เทียมจรัส (ผู้ร้องที่ 4) นายบวรยสินธร กับคณะ (ผู้ร้องที่ 5) ยื่นคำร้องรวม 5 คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 68 ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นเป็นประเด็นแห่งคดีเดียวกันจึงมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาคดี สรุปสาระสำคัญของคำร้องแต่ละฉบับได้ดังนี้

คำร้องฉบับที่ 1 (เรื่องพิจารณาที่ 18/2555)

ผู้ร้องที่ 1 กล่าวอ้างว่า ผู้ถูกร้องที่ 2-4 ได้แก่ คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย และพรรคชาติไทยพัฒนา ตามลำดับ ได้ยื่นญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ต่อผู้ถูกร้องที่ 1 (ประธานรัฐสภา) โดยผู้ร้องที่ 1 เห็นว่า มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่หลักเกณฑ์และวิธีการที่จะยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ดังนั้น การที่ผู้ถูกร้องทั้งสามเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ

เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 นอกจากนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา แต่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอซึ่งรัฐสภาให้ความเห็นชอบในวาระที่สองแล้ว ได้กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยไม่ต้องนำกลับมาให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้ง จึงเป็นการโอนถ่ายอำนาจให้แก่สภาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นการทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะรัฐมนตรีที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศด้วยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ โดยผู้ร้องที่ 1 ได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว

คำร้องฉบับที่ 2 (เรื่องพิจารณาที่ 19/2555)

ผู้ร้องที่ 2 กล่าวอ้างว่า ผู้ถูกร้องที่ 1-3 (ประธานรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และพรรคเพื่อไทย ตามลำดับ) ใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยผู้ถูกร้องที่ 2-3 จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญเป็นการจัดทำมีร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเพิ่มเติมถ้อยคำในหมวด 16 มาตรา 291 ได้แก่ มาตรา 291/1 ถึง มาตรา 291/16 ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ผู้ร้องที่ 2 เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการล้มล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ขัดกับหลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวจะส่งผลให้มีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบพรรคการเมืองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ โดยเป็นการทำลายหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ มุ่งคุ้มครอง และขัดต่อมาตรา 68 นอกจากนี้ มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นประเด็น ไม่มีเจตนารมณ์ให้ตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยเสียงข้างมาก ซึ่งผู้ร้องที่ 2 ได้ใช้สิทธิเสนอความเห็นดังกล่าวต่ออัยการสูงสุด ตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2555 แต่ยังไม่ทราบผลการดำเนินการแต่อย่างใด และเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2555 ผู้ถูกร้องที่ 1 มีมติด้วยเสียงข้างมากให้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่ผู้ถูกร้องที่ 2-3 เป็นผู้เสนอ ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาเรียงลำดับมาตราในวาระที่ 2 และผู้ถูกร้องที่ 1 จะพิจารณาในวาระที่สามในวันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2555 หากร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่สาม และมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ย่อมไม่สามารถยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาได้อีก โดยผู้ร้องที่ 2 เห็นว่า มาตรา 68 วรรคสอง มีความหมายว่า ผู้ร้องที่ 2 ในฐานะผู้ทราบการกระทำอันต้องห้าม ย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ และมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้อีกทางหนึ่งด้วย เมื่ออัยการสูงสุดไม่ดำเนินการตามที่ผู้ร้องที่ 2 เสนอเรื่อง ผู้ร้องที่ 2 จึงจำเป็นต้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา

คำร้องฉบับที่ 3 (เรื่องพิจารณาที่ 20/2555)

ผู้ร้องที่ 3 เห็นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องที่ 2-3 ในการเสนอญัตติแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยไม่มีการสงวนมาตราใดไว้ นั้นเป็นการเปิดช่องให้กลุ่มบุคคลสามารถทำการยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ และเป็นการทำลายหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 291 และไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ประกอบมาตรา 136 (16)²⁶⁷ เพราะมาตรา 291 ไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แต่มีเจตนารมณ์เพื่อเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นเท่านั้น การมอบหมายให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะแม้รัฐสภาจะมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่การแก้ไขนั้นรัฐสภาจะต้องกระทำภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด เมื่อมาตรา 291 ประกอบมาตรา 136 (16) บัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ การที่รัฐสภาจะแต่งตั้งหรือมอบหมายให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงไม่สามารถกระทำได้อีกทั้งผู้มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ต้องเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งไม่ใช่องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐสภา เมื่อรัฐสภาไม่มีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐสภาย่อมไม่สามารถโอนหน้าที่หรือมอบหมายให้ผู้อื่นร่างรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งคำร้องนี้ไต่ยื่นเสนอต่ออัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว

คำร้องฉบับที่ 4 (เรื่องพิจารณาที่ 21/2555)

ผู้ร้องที่ 4 กล่าวอ้างว่า บุคคล คณะบุคคล คณะรัฐมนตรีและพรรคการเมือง ได้เสนอญัตติพร้อมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีคณะบุคคลทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ อันเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 291 โดยผู้ร้องที่ 4 ได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงเมื่อวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2555 แต่ไม่ทราบผลการดำเนินการแต่อย่างใด

²⁶⁷ มาตรา 136 ในกรณีต่อไปนี้ ให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน

...(16) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291

คำร้องฉบับที่ 5 (เรื่องพิจารณาที่ 22/2555)

ผู้ร้องที่ 5 กล่าวอ้างว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องที่ 2 ผู้ร้องที่ 5 และผู้ร้องที่ 6 ที่ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปวงชนชาวไทย เพราะมาตรา 291 ไม่ใช่การขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 291 เพราะไม่มีญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งต้องแสดงข้อขัดข้องของรัฐธรรมนูญมาตราใดที่ไม่สามารถบังคับหรือมีปัญหาใด ๆ และเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีที่มาจากการลงประชามติ การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ต้องทำประชามติ นอกจากนั้น ร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อมีอำนาจพิเศษในการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นแทน และให้อำนาจรัฐสภาในการเลือกคณะบุคคลเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ด้วย การกระทำได้กล่าวจึงเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ร้องที่ 5 ได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วเมื่อวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ. 2555 แต่ยังไม่ทราบผลการดำเนินการแต่อย่างใด

ผู้ร้องทั้งหกยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาพร้อมเอกสารประกอบภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในเบื้องต้นว่าคำร้องทั้งห้าขึ้นต้องด้วยหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 สรุปได้ว่า ผู้ร้องทั้งห้าใช้สิทธิเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและมีความเห็นเป็นที่ยุติแล้ว การที่ผู้ร้องทั้งห้าใช้สิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาในเรื่องเดียวกันจึงเป็นการไม่ชอบ และการที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาจึงเป็นการดำเนินการกระบวนพิจารณาที่ผิดระเบียบ อีกทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย แต่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงมิใช่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย แต่เป็นอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีลำดับชั้นสูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น หากได้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิใช่การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง และมีใช้กรณีรัฐสภาใช้สิทธิเสรีภาพเนื่องจากสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ต้องเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในหมวด 3 ส่วนที่ 1 ถึงส่วนที่ 12 เท่านั้น จะตีความเกินเลยไปถึงการดำเนินการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เพื่อป้องกันการใช้สิทธิเสรีภาพหรือการใช้กำลังล้มล้างการปกครอง เช่น การทำรัฐประหาร การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเทียบไม่ได้กับการทำรัฐประหารเนื่องจากเป็นการดำเนินการของรัฐสภา หากต้องด้วยเงื่อนไขและไม่มีลักษณะต้องห้ามในเรื่องการเปลี่ยนแปลงการปกครอง หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ

แล้วย่อมถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐสภา องค์กรอื่นใดรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจตรวจสอบ

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาวินิจฉัย รวม 4 ประเด็น ได้แก่

1) คำร้องทั้งห้านั้นต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 68²⁶⁸ วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองที่กระทำการตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ให้ตรวจสอบได้ 2 ประการ คือ (1) เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง และ (2) ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว โดยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีผู้ร้องใช้สิทธิตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดมีหน้าที่เพียงตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หากได้ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ เมื่อผู้ร้องเคยเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดตรวจสอบแล้วแต่ยังไม่ได้ผลเป็นที่น่าพอใจ จึงชอบที่จะใช้สิทธิประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ทั้งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้คนไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นมาตรการไว้ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้การกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วย่อมสุวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนมาได้

²⁶⁸ มาตรา 68 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว

อีกทั้งเจตนารมณ์ของมาตรา 68 มิได้มุ่งหมายให้ลงโทษทางอาญา หรือลงโทษทางรัฐธรรมนูญโดยการยุบพรรคการเมืองเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการสั่งให้เลิกการกระทำโดยมิชอบตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งเสียก่อนที่การกระทำนั้นจะบังเกิดผล การมีอยู่ของมาตรา 68 และ 69 แห่งรัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นไปเพื่อรักษาหรือคุ้มครองตัวรัฐธรรมนูญเอง ตลอดจนหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดกรอบไว้ให้เป็นเจตนารมณ์หลักทางการเมืองของชาติ คือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และป้องกันการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญประการนี้ต่างหากจึงเป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญที่จะต้องยึดถือไว้เป็นสาระสำคัญยิ่งกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ เพราะความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งก็มีใช้เจตนารมณ์ทั้งหมดของรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น การให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญผ่านกลไกของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 เป็นสำคัญยิ่งกว่าเรื่องตัวบุคคลผู้มีสิทธิเสนอคำร้อง การตีความต้องตีความไปในแนวทางยอมรับสิทธิ มิใช่การจำกัดสิทธิ เพื่อใช้ชนชาวไทยและศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำที่อาจมีปัญหามาตรา 68 วรรคหนึ่ง เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้สมเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว

กรณีอัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงตามมาตรา 68 วรรคสองแล้ว แต่ยังไม่มีความสั่งประการใดของอัยการสูงสุด หากปล่อยให้กระบวนการลงมติในวาระที่สามลุล่วงไปแล้ว แม้ต่อมาอัยการสูงสุดจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เป็นไปโดยมิชอบด้วยมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ให้เลิกการกระทำนั้น ก็จะไม่สามารถบังคับตามคำวินิจฉัยในทางใดได้อีก รวมถึงไม่อาจย้อนคืนแก้ไขผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้รับคำร้องทั้งห้าพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (2)²⁶⁹

2) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

²⁶⁹ ข้อ 17 ศาลมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยคดี ดังต่อไปนี้

(2) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญไปแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น เหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา อีกทั้งการตรารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เป็นกระบวนการที่ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะให้ประชาชนได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราย่อมเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะกระทำได้ เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291

3) การกระทำของผู้ร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้มีวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นรายมาตราเพื่อปฏิรูปการเมืองและปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่สอง และกำลังเข้าสู่การลงมติในวาระที่สาม จะเห็นได้ว่ากระบวนการดังกล่าวยังไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ ดังที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง อีกทั้งขั้นตอนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญยังมิได้เป็นรูปธรรม การกล่าวอ้างของผู้ร้องจึงเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าซึ่งยังไม่ปรากฏผลประการใด อีกทั้งจากการพิจารณาคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา บันทึกล้อยคำยืนยันข้อเท็จจริง และการไต่สวนผู้ร้องของศาล ล้วนต่างเบิกความถึงเจตนารมณ์ในการดำเนินการเพื่อให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่า มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงยังรับฟังไม่ได้ว่า การกระทำของผู้ร้องทั้งหมดเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น

ประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้แต่อย่างใด ข้อกล่าวอ้างทั้งหมดจึงเป็นเพียงการคาดการณ์ หรือเป็นความหวังโยต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งยังห่างไกลต่อการที่จะเกิดเหตุตามที่กล่าวอ้าง ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นยังไม่พอพียงได้ว่าเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้แต่อย่างใด จึงให้ยกคำร้องในประเด็นนี้

4) หากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องในประเด็นที่ 3 แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นที่ 4 แต่อย่างใด

4.2.3 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

กรณีนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องจำนวน 4 คำร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องทั้งสี่มีประเด็นแห่งคดีเป็นอย่างเดียวกัน จึงมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาและวินิจฉัยคดี สรุปสาระสำคัญของแต่ละคำร้องได้ดังนี้

คำร้องฉบับที่ 1 (เรื่องพิจารณาที่ 36/2556)

ผู้ร้องที่ 1 (พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม และคณะ) อ้างว่า ผู้ถูกร้องที่ 3 ถึง 310 (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา) ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยแก้ไขมาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และมาตรา 114 โดยผู้ร้องเห็นว่า กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง โดยผู้ร้องที่ 1 เห็นว่า

1) ผู้ถูกร้องที่ 1 (ประธานรัฐสภา) เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อที่ประชุมรัฐสภาเป็นคนละฉบับกับที่ผู้ถูกร้องที่ 3 ถึง 310 ได้ยื่นต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

2) ผู้ถูกร้องที่ 1 (ประธานรัฐสภา) ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ ในการประชุมวาระที่หนึ่ง ชั้นรับหลักการ โดยสั่งการให้กำหนดระยะเวลายื่นคำแปรญัตติภายใน 15 วัน นับจากวันที่รัฐสภารับหลักการ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 3²⁷⁰ มาตรา 26²⁷¹ และมาตรา 27²⁷² และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 96²⁷³

3) ผู้ถูกร้องที่ 1 (ประธานรัฐสภา) และผู้ถูกร้องที่ 2 (รองประธานรัฐสภา) ผิดกัน ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมโดยตัดสิทธิการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้สงวนคำแปรญัตติ



²⁷⁰ มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม

²⁷¹ มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

²⁷² มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

²⁷³ ข้อ 96 การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นคณะกรรมการธิการ สมาชิกสภาผู้ใดเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ให้เสนอคำแปรญัตติล่วงหน้าเป็นหนังสือต่อประธานคณะกรรมการธิการภายในกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เว้นแต่รัฐสภาจะได้กำหนดเวลาแปรญัตติ สำหรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้เป็นอย่างอื่น

การแปรญัตติ โดยปกติต้องแปรเป็นรายมาตรา

การแปรญัตติเพิ่มมาตราขึ้นใหม่ หรือตัดตอน หรือแก้ไขมาตราเดิม ต้องไม่ขัดกับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เว้นแต่การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราที่เกี่ยวข้องกับหลักการนั้น

และผู้สงวนความเห็น เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 130²⁷⁴ และมาตรา 291 (4)²⁷⁵ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 ข้อ 99²⁷⁶

4) ผู้ถูกร้องที่ 2 (รองประธานรัฐสภา) มีพฤติการณ์ที่ไม่เป็นกลางและมีผลประโยชน์ทับซ้อนจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้ทำให้ผู้ถูกร้อง

²⁷⁴ มาตรา 130 ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ที่ประชุมวุฒิสภา หรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา สมาชิกผู้ใดจะกล่าวถ้อยคำใดในทางแถลงข้อเท็จจริง แสดงความคิดเห็น หรือออกเสียงลงคะแนน ย่อมเป็นเอกสิทธิ์โดยเด็ดขาด ผู้ใดจะนำไปเป็นเหตุฟ้องร้องว่ากล่าวสมาชิกผู้นั้นในทางใดมิได้

เอกสิทธิ์ตามวรรคหนึ่งไม่คุ้มครองสมาชิกผู้กล่าวถ้อยคำในการประชุมที่มีการถ่ายทอดทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ หากถ้อยคำที่กล่าวในที่ประชุมไปปรากฏนอกบริเวณรัฐสภา และการกล่าวถ้อยคำนั้นมีลักษณะเป็นความผิดทางอาญาหรือละเมิดสิทธิในทางแพ่งต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่รัฐมนตรีหรือสมาชิกแห่งสภานั้น

ในกรณีตามวรรคสอง ถ้าสมาชิกกล่าวถ้อยคำใดที่อาจเป็นเหตุให้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่รัฐมนตรีหรือสมาชิกแห่งสภานั้นได้รับความเสียหาย ให้ประธานแห่งสภานั้นจัดให้มีการโฆษณาคำชี้แจงตามที่บุคคลนั้นร้องขอตามวิธีการและภายในระยะเวลาที่กำหนดในข้อบังคับการประชุมของสภานั้น ทั้งนี้ โดยไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลในการฟ้องคดีต่อศาล

เอกสิทธิ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ ย่อมคุ้มครองไปถึงผู้พิมพ์และผู้โฆษณารายงานการประชุมตามข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี และคุ้มครองไปถึงบุคคลซึ่งประธานในที่ประชุมอนุญาตให้แถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุม ตลอดจนผู้ดำเนินการถ่ายทอดการประชุมสภาทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่ได้รับอนุญาตจากประธานแห่งสภานั้นด้วยโดยอนุโลม

²⁷⁵ มาตรา 291 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

²⁷⁶ ข้อ 99 ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว ให้รัฐสภาพิจารณาเริ่มต้นด้วยชื่อร่าง คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และให้สมาชิกรัฐสภาอภิปรายได้เฉพาะถ้อยคำ หรือข้อความที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือที่มีการสงวนคำแปรญัตติ หรือที่มีการสงวนความเห็นไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ประชุมรัฐสภาจะลงมติเป็นอย่างอื่น

ที่ 2 มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้ทันที เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 89²⁷⁷ และ มาตรา 122²⁷⁸

นอกจากนั้น เนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม คำร้องของผู้ร้องที่ 1 มี ประเด็นดังต่อไปนี้

1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง โดยตรงของประชาชนเช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทำให้วุฒิสภาไม่อาจทำหน้าที่ตรวจสอบ การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร และทำให้หลักการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐถูก ทำลาย

2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5 กำหนดให้เปลี่ยนแปลงคุณสมบัติและ ลักษณะต้องห้ามตามความในมาตรา 115 (5) ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ทำให้บุคคลที่เป็น บุพการี คู่สมรส หรือบุตรของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือผู้ดำรงตำแหน่งทาง การเมืองสามารถรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้

3) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 7 ยังทำให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถดำรง ตำแหน่งเกินกว่า 1 วาระได้

4) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 ตัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁷⁷ มาตรา 89 ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภาเป็นรองประธาน รัฐสภา

ในกรณีที่ไม่มีประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานสภาผู้แทนราษฎรไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติ หน้าที่ประธานรัฐสภาได้ ให้ประธานวุฒิสภามาทำหน้าที่ประธานรัฐสภาแทน

ประธานรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และดำเนินการของรัฐสภา ในกรณี ประชุมร่วมกันให้เป็นไปตามข้อบังคับ

ประธานรัฐสภาและผู้ที่ทำหน้าที่แทนประธานรัฐสภาต้องวางตนเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ รองประธานรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และตามที่ประธานรัฐสภา มอบหมาย

²⁷⁸ มาตรา 122 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยโดยไม่อยู่ ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อ ประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

5) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 12 ทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา ที่มาจากการสรรหาที่จะครบวาระในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 ต้องสิ้นสุดลงในวันที่มีการเลือกสมาชิกวุฒิสภาตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในเดือนเมษายน พ.ศ. 2557

คำร้องฉบับที่ 2 (เรื่องพิจารณาที่ 37/2556)

ผู้ร้องที่ 2 (นายวิรัตน์ กัลยาศิริ) เห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ มิใช่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ และเปลี่ยนแปลงรูปแบบการได้มาของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งคำร้องของผู้ร้องที่ 2 มีประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ส่วนของเนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในประเด็นที่ 1)-5) และในส่วนของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ในประเด็นที่ 1) และ 3) โดยเพิ่มเติมในส่วนของผู้ร้องที่ 2 ในประเด็นดังนี้

- 1) การพิจารณาในชั้นคณะกรรมการการซึ่งมีลักษณะเป็นการยกเลิกและแก้ไขสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้แตกต่างไปจากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เคยรับหลักการไว้ ในระหว่างการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 มีการเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11/1 และลงมติไปพร้อมกันโดยยังมีได้มีการอภิปรายรายมาตรา
- 2) ในวาระที่ 2 การพิจารณารายมาตรา มีสมาชิกวุฒิสภาใช้บัตรแสดงตนและลงคะแนนแทนผู้อื่น

คำร้องฉบับที่ 3 (เรื่องพิจารณาที่ 41/2556)

ผู้ร้องที่ 3 (นายสาย กังเวดิน และคณะ) ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ในส่วนของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 2) และข้อ 3) ในส่วนของเนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ข้อ 1) และข้อ 2)

คำร้องฉบับที่ 4 (เรื่องพิจารณาที่ 43/2556)

ผู้ร้องที่ 4 (นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค และคณะ) ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ในส่วนของเนื้อหาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ข้อ 1) ข้อ 2) และข้อ 3) ในส่วนของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มีประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 1 ข้อ 2) และข้อ 3) และมีประเด็นเดียวกันกับผู้ร้องที่ 2 ข้อ 2)

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเบื้องต้นว่า คำร้องของผู้ร้องทั้งสองต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 68 วรรคสอง เป็นสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ประกอบกับเรื่องนี้มิมีมูลกรณีพอรับฟังได้ว่า การ

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในประการที่อาจเข้าข่ายเป็นการทำลายระบบตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจอันเป็นคุณลักษณะระหว่างสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเดิมเป็นหน้าที่ของวุฒิสภาที่มาจากการออกแบบตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ระบุไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งหมายให้รัฐธรรมนูญนี้เป็นแนวทางในการปกครองประเทศโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวางทุกขั้นตอน ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คำร้องทั้งสี่มีมูลกรณีที่น่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงมีคำสั่งให้รับคำร้องของผู้ร้องทั้งสี่ไว้พิจารณา

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเพิ่มเติมด้วยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม มีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย อีกทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองหยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้างในการสนับสนุน คำจูน ในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้น ๆ ถึงแม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะถือมติเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ แต่หากทะเลเยหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจกดขี่ข่มเหงเสียงข้างน้อย จนทำให้เสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้ จะถือว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากแต่จะกลับเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมากขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศไปอย่างชัดแจ้ง จึงจำเป็นต้องมีมาตรการป้องกันการใช้อำนาจปิดเปื้อน หรืออำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน เพราะหากปล่อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลแล้ว ย่อมเป็นความเสียหายอย่างยิ่งที่จะทำให้เกิดความเสียหายและทำให้ประเทศชาติเสื่อมโทรมลง เพราะความผิดหลงและมัวเมาของผู้ใช้อำนาจรัฐ

องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จะต้องถูกจำกัดขอบเขตในด้านกระบวนการและเนื้อหา จึงมีผลทำให้องค์กรเหล่านี้ไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่ไปด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการ

ใช้อำนาจรัฐเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาในการปกครองระบอบประชาธิปไตย²⁷⁹ ในอันจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการดำรงรักษาซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วมีความเห็นว่า กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

จากการพิจารณาคำร้อง เอกสารประกอบของผู้ร้อง และการไต่สวนพยานหลักฐาน ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นวินิจฉัยไว้ 2 ประเด็น ดังนี้

1) กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่

ประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแยกเป็นประเด็นตามที่ผู้ร้องเสนอ ดังนี้

1.1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ใช้ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เป็นคนละฉบับกับที่ได้ยื่นญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบพยานหลักฐาน เชื่อได้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอให้สมาชิกรัฐสภาพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการมีใจฉบับเดียวกันกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่นายอุดมเดช รัตนเสถียร ยื่นต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2556 แต่เป็นร่างฉบับที่จัดพิมพ์ขึ้นใหม่ มีข้อความแตกต่างจากร่างเดิมหลายประการ จากการตรวจสอบข้อความของร่างที่มีการแก้ไขปรากฏว่า มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญจากร่างเดิมหลายประการ จึงมีผลเท่ากับว่าการดำเนินการในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภารับหลักการตามคำร้องนี้เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 (1) วรรคหนึ่ง²⁸⁰

²⁷⁹ คำวินิจฉัยดังกล่าวระบุว่า ประชาธิปไตยคือ การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และมีใช้การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจากการชนะเลิศเลือกตั้งเท่านั้น

²⁸⁰ มาตรา 291 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วย การเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

1.2) การกำหนดวันแปรญัตติของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานปรากฏว่า ในการพิจารณาวาระที่ 1 และวาระที่ 2 ผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 ผลัดกันทำหน้าที่ประธานในที่ประชุม ได้มีการตัดสิทธิผู้ขออภิปรายในวาระที่ 1 และตัดสิทธิผู้ยื่นแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็น เป็นจำนวนถึง 57 คน ทั้ง ๆ ที่ยังมีได้มีการฟังคำอภิปราย และผู้ถูกร้องที่ 1 และ 2 ได้ใช้เสียงข้างมากในการปิดอภิปราย แม้การปิดอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธานและมีเสียงข้างมากขอให้ปิดการอภิปรายก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภา หรือละเลยไม่ฟังเสียงข้างน้อย การรวบรัดปิดอภิปรายเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียงจึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางมิชอบ ขัดต่อหลักนิติธรรม

นอกจากนั้น เมื่อวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2556 มีผู้เสนอกำหนดเวลาในการขอแปรญัตติ 15 วัน และ 60 วัน ซึ่งองค์ประชุมในขณะนั้นไม่ครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงยังมิได้มีการลงมติ ผู้ถูกร้องที่ 1 สั่งให้กำหนดเวลายื่นคำแปรญัตติภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐสภารับหลักการ แต่มีผู้ทักท้วง ผู้ถูกร้องที่ 1 จึงนัดประชุมอีกครั้งในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2556 ในการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมลงมติให้กำหนดระยะเวลาแปรญัตติ 15 วัน แต่ผู้ถูกร้องที่ 1 ได้สรุปให้เริ่มต้นนับระยะเวลาโดยให้นับระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2556 ทำให้สมาชิกวุฒิสภาเหลือระยะเวลายื่นคำขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าการแปรญัตติเป็นสิทธิของสมาชิกในการเสนอความเห็น จึงต้องมีเวลาพอสมควรเพื่อให้สมาชิกได้ทราบระยะเวลาที่แน่นอนในการยื่นคำขอแปรญัตติ การนับระยะเวลาแปรญัตติไม่อาจนับเวลาย้อนหลังได้ แต่ต้องนับตั้งแต่วันที่ที่ประชุมมีมติเป็นต้นไป การเริ่มนับระยะเวลาย้อนหลังจนเหลือระยะเวลาขอแปรญัตติเพียง 1 วัน เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125²⁸¹ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 อีกด้วย

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

²⁸¹ มาตรา 125 ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของสภานั้น ๆ ให้เป็นไปตามข้อบังคับ รองประธานมีอำนาจหน้าที่ตามที่ประธานมอบหมายและปฏิบัติหน้าที่แทนประธานเมื่อประธานไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้

ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และผู้ทำหน้าที่แทน ต้องวางตนเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่

1.3) วิธีการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาขอด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

จากพยานหลักฐานและคำเบิกความที่ปรากฏ พบว่า มีสมาชิกวุฒิสภาหลายรายที่ไม่ได้มาออกเสียงลงมติ แต่ได้มอบให้สมาชิกวุฒิสภาบางรายออกเสียงลงคะแนนแทน การดำเนินการดังกล่าวนอกจากเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกวุฒิสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของวุฒิสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกวุฒิสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามมาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน มีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนในการประชุมนั้น ๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริต ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย

2) การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ร่างขึ้นโดยใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 เป็นแม่แบบ โดยได้แก้ไขหลักการเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาหลายประการ กล่าวคือ บัญญัติให้มีสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากสรรหาเข้ามาเป็นองค์ประกอบร่วมกับสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน เพื่อให้โอกาสแก่ประชาชนทุกภาคส่วน ทุกสาขาอาชีพ ได้มีส่วนร่วมในการทำหน้าที่ของวุฒิสภา ทั้งยังกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาให้เป็นอิสระจากการเมืองและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เช่น ห้ามบุพการี คู่สมรส หรือบุตรของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้ามาเป็นสมาชิกวุฒิสภา และกำหนดเวลาห้ามเกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้เป็นเวลา 5 ปี เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาแล้ว เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง จึงบัญญัติห้ามความสัมพันธ์ดังกล่าว เพราะหากยอมให้สมาชิกทั้งสองสภามีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกันย่อมไม่อาจหวังได้ว่า จะมีการตรวจสอบอย่างตรงไปตรงมา อันเป็นการขัดกับหลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน อันเป็นหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้เป็นการแก้ไขกลับไปสู่จุดบกพร่องเดิมที่เคยปรากฏในอดีต เปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้กลับมามีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

เมื่อประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานและรองประธานวุฒิสภาไม่อยู่ในที่ประชุม ให้สมาชิกแห่งสภานั้น ๆ เลือกกันเองให้สมาชิกคนหนึ่งเป็นประธานในคราวประชุมนั้น

อีกทั้งการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว เหมือนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมเป็นเหมือนสภาเดียวกัน ไม่เกิดความแตกต่างและเป็นอิสระซึ่งกันและกันของทั้งสองสภา เป็นการทำลายลักษณะและสาระของระบบสองสภาให้สูญสิ้นไป นอกจากนี้ เนื้อหาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 11 และมาตรา 11/1 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยรวบรัดให้มีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งโดยไม่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ที่จะต้องส่งร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งขัดกับหลักการดูแลและคานอำนาจอันเป็นหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทำให้ฝ่ายการเมืองสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ โดยอาศัยเสียงข้างมากปราศจากการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยเหตุผลข้างต้น วินิจฉัยโดยมติเสียงข้างมาก 6 ต่อ 3 ว่า การดำเนินการพิจารณาและลงมติแก้ไขรัฐธรรมนูญของผู้รื้อทั้งหมดในคดีนี้ เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 มาตรา 125 วรรคหนึ่ง มาตรา 126 วรรคสาม มาตรา 291 (1) (2) และ (4) และมาตรา 3 วรรคสอง และวินิจฉัยโดยมติเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 ว่า มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 อันเป็นการกระทำเพื่อให้ผู้รื้อทั้งหมดได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง ส่วนที่ผู้รื้อที่ 1 มีคำขอให้ยุบพรรคการเมืองที่เกี่ยวข้องและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ยังไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสามและวรรคสี่ จึงให้ยกคำร้องในส่วนนี้

4.3 การกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2557

4.3.1 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 (ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ)

ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีผลใช้บังคับ นายเทียนฉาย กีระนันทน์ ประธานสภาปฏิรูปแห่งชาติได้ลงนามคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยแต่งตั้งศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานกรรมการ เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2557 ซึ่งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญชุดนี้ได้ดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ เดิมจัดทำร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวน

มาตรา 315 มาตรา ภายหลังคณะกรรมการฯ ได้ปรับแก้เหลือ 285 มาตรา ตามคำแนะนำของสภาปฏิรูปแห่งชาติ ต่อมาเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 สภาปฏิรูปแห่งชาติมีมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการฯ ทำให้สภาปฏิรูปแห่งชาติและคณะกรรมการฯ เป็นอันสิ้นสุดลงในวันเดียวกันนั่นเอง

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงไว้ซึ่งหลักการการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนการประกาศใช้และภายหลังการประกาศใช้บังคับลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยการควบคุมก่อนการประกาศใช้เป็นไปตามมาตรา 157-158 ซึ่งมาตรา 157 เป็นการควบคุมตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ยังคงหลักการ ex officio หรือการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องมีผู้ใคร่ขอ ถือเป็นเงื่อนไขที่จะต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนมาตรา 158 เป็นการควบคุมตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ ที่มีถ้อยคำในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้ ยังคงหลักการตามมาตรา 211 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 220 แห่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และกรณีการยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ก็ยังคงปรากฏในมาตรา 221 แต่ตัดทอนถ้อยคำตามที่ปรากฏในวรรคสองของมาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ที่ว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ” และร่างรัฐธรรมนูญนี้ได้ตัดอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญกรณีที่พบว่า มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 245 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550²⁸²

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาตินี้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งแรก ปรากฏตามมาตรา 268-272 สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

²⁸² มาตรา 245 “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

มาตรา 268 เป็นการกำหนดบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะบทนิรันตร สอดคล้องกับมาตรา 291 (1) วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550

มาตรา 269 เป็นการกำหนดรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์การร่างรัฐธรรมนูญของไทย โดยเป็นการแบ่งประเภทของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ หลักการที่แก้ไขได้ง่าย และหลักการที่แก้ไขได้ยาก โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้หลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญอันเป็นรากฐานในการกำหนดโครงสร้าง รูปแบบการบริหารประเทศ เช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพระมหากษัตริย์และประชาชน ถูกแก้ไขได้ยาก ซึ่งหลักการตามมาตรา 269 ได้แก่

(1) บททั่วไป ภาค 1 รากฐานของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) หลักการพื้นฐานสำคัญ ได้แก่

1) หลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชนทางการเมือง

2) โครงสร้างของสถาบันการเมือง ซึ่งได้แก่การมีสองสภา องค์ประกอบของแต่ละสภา การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ

3) กลไกเพื่อการรักษาวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ

4) สาระสำคัญของบทบัญญัติในภาค 3 หลักนิติธรรม ศาล และองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

5) สาระสำคัญของบทบัญญัติในภาค 4 การปฏิรูปและการสร้างความปรองดอง

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 จะต้องดำเนินไปตามกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 271 โดย “หลักการพื้นฐาน” มีข้อยกเว้นปรากฏตามความในวรรคท้ายของมาตรา 269 ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายหรือเพิ่มสิทธิเสรีภาพหรือการมีส่วนร่วมของประชาชนทางการเมือง หรือเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินการของศาลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ไม่ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 นี้

กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการทั่วไป ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 269 ให้ดำเนินกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 270 โดยแบ่งเป็น 8 อนุมาตรา ซึ่งอนุมาตรา (1) เป็นการกำหนดเงื่อนไขและผู้มีสิทธิขอยื่นญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

- 1) คณะรัฐมนตรี
- 2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร
- 3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือ
- 4) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ส่วนอนุมาตรา (2) กำหนดให้ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเสนอเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ในการกำหนดเช่นนี้ก็จะเป็นไปในทิศทางเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ของประเทศไทยที่จะกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องทำเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ “ร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ดังเช่นประเทศเยอรมนี

การออกเสียงของสมาชิกรัฐสภาในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการนั้น ให้ใช้จำนวนคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของทั้งสองสภา ส่วนวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียกลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ โดยหากเป็นการยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประชาชนแล้ว ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้ที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นด้วย เมื่อพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

วาระที่สามต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบในการให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของทั้งสองสภา โดยประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อที่ศึกษาวิจัย อยู่ที่มาตรา 270 (7) นั่นคือ การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาครบทั้งสามวาระและก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้ตราขึ้นโดยเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือ
- 2) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 หรือไม่ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 หรือไม่

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วพบว่าร่างรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป แต่ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการแก้ไขหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ศาลรัฐธรรมนูญส่งร่างรัฐธรรมนูญกลับคืนให้รัฐสภาเพื่อพิจารณาดำเนินการตามมาตรา 271 ต่อไป

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้วว่าร่างรัฐธรรมนูญตราขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายฯ ภายใน 20 วัน นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 151 และมาตรา 152²⁸³ มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่มติยืนยันต้องมีคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา (อนุมาตรา 8)

จากบทบัญญัติมาตรา 270 (7) เห็นได้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้การใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเงื่อนไขในการตรารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั่นคือใช้หลักการ *ex officio* เช่นเดียวกับการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ไม่จำเป็นต้องให้มีผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ สาเหตุที่เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาสาระที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อโครงสร้างทางการเมืองการปกครองและสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็คือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั่นเอง ถือได้ว่ามีลำดับศักดิ์ที่สูงยิ่งไปกว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเสียอีก ดังนั้น กระบวนการแก้ไขต้องมีความยากกว่าร่างพระราชบัญญัติทั่วไปและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และต้องให้มีการตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญเสมอเพื่อเป็นการประกันว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการตราหรือเนื้อหาสาระก็ตาม

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ดำเนินกระบวนการตามมาตรา 271 ที่กำหนดไว้ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา

²⁸³ มาตรา 152 เป็นกรณีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการใช้สิทธิยับยั้งร่างพระราชบัญญัติโปรดศึกษาเพิ่มเติมใน "เอกสารเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558," [Online]. Available from: http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution/more_news.php?cid=67

271 (1) (2) (3) (4) (5) (6) และ (7) แล้วให้ประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมส่งให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อดำเนินการให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงลงประชามติก่อนนำ ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายฯ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ออกเสียงประชามติ นั้นแสดงให้เห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ ยังใช้ กระบวนการของการแก้ไขรัฐธรรมนูญในหลักทั่วไป แต่เพิ่มเติมในขั้นตอนภายหลังศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญนั้นแล้วเสร็จ ให้นำไปให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกเสียงประชามติอีก ครั้งหนึ่ง เนื่องจากหลักการพื้นฐานสำคัญมีผลกระทบต่อโครงสร้างการเมืองการปกครอง สิทธิเสรีภาพ ของประชาชน และหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ จึงต้องให้ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นผู้ คัดกรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอีกครั้งหนึ่ง (วาระแรก) อีกทั้งการกำหนดให้มีหลักการที่แก้ไขได้ ยากและหลักการแก้ไขได้ง่าย แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่มีมุมมองที่ว่า บทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญย่อมมีลำดับศักดิ์ที่แตกต่างกันไปแม้จะอยู่ในรัฐธรรมนูญเดียวกันก็ตาม เป็นแนวคิด เช่นเดียวกับทฤษฎีที่สนับสนุนให้มีการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีที่ ไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยหลักการของบทนิรันดร์มาเป็นเกณฑ์ในการจัดลำดับชั้นของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เดียวกันเพื่อพิเคราะห์ว่า บทบัญญัติใดที่สมควรแก้ไขได้ยาก เนื่องจากมีความสำคัญและส่งผลกระทบต่อ โครงสร้างพื้นฐานและสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในวรรคสองกำหนดไว้ กรณีที่ประชาชนผู้มาออกเสียงประชามติเสียงข้างมากไม่ เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญนั้น ให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอันตกไป แต่ถ้าประชาชนผู้มา ใช้สิทธิออกเสียงประชามติเสียงข้างมากเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญนั้น ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายฯ ภายใน 20 วัน นับแต่วันที่มีการออกเสียงประชามติ และเมื่อ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

นอกจากการกำหนดหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งแรกของประวัติศาสตร์การร่างรัฐธรรมนูญไทยแล้ว ยังมีการ กำหนดเรื่องการทบทวนรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกอีกด้วย ปรากฏตามความในมาตรา 272 โดยให้มี การทบทวนรัฐธรรมนูญทุกกรอบ 5 ปี นับแต่วันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ การทบทวนนี้คือการ ประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ผู้ประเมินคือ ผู้ทรงคุณวุฒิอิสระที่ประกอบด้วยผู้แทนของสภา ผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด และองค์กรตาม รัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ที่ได้รับการแจ้งจากสำนักงานเลขาธิการสภา ผู้แทนราษฎรเพื่อให้ประธานรัฐสภาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งองค์กรดังกล่าวเสนอฝ่ายละ 1 คน ประกอบ กันเป็นผู้ทรงคุณวุฒิอิสระที่มีอำนาจหน้าที่รายงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับการใช้บังคับและการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ได้รับการแต่งตั้ง (มาตรา 272 วรรคหนึ่ง)

กรณีที่คณะผู้ทรงคุณวุฒิอิสระเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมพร้อมรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณา ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป และประกาศให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไปด้วย (มาตรา 272 วรรคสอง)

จะเห็นได้ว่า มาตรา 272 นี้ ได้กำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อีกช่องทางหนึ่ง โดยมีที่มาจากการประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ หากคณะผู้ทรงคุณวุฒิอิสระเห็นว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตราใด ให้เสนอได้ทันที ถือเป็นกรณีการยื่นญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญในช่องทางที่ 5 นอกเหนือจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาารวมกัน และประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ที่สามารถยื่นญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้

ในส่วนหลักการเรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 34 วรรคแรก ว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้” โดยบทบัญญัติมาตรานี้ในวรรคสองให้สิทธิแก่ประชาชนที่ทราบการกระทำดังกล่าวสามารถร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้ เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการให้สิทธิแก่ประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องผ่านการตรวจสอบจากอัยการสูงสุดก่อนเหมือนดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 68

ภายหลังจากการลงมติของสภาปฏิรูปแห่งชาติ เมื่อวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2558 ผลปรากฏว่า คะแนนเสียงไม่เห็นชอบจำนวน 135 เสียง คะแนนเสียงเห็นชอบจำนวน 105 เสียง และงดออกเสียง 7 เสียง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ นำโดย ศาสตราจารย์ กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นอันตกไป ต่อมา เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2558 พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี ได้ลงนามคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ นำโดยนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 39/1 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

4.3.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 มาตรา 39/1 วรรคแรกกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ประกอบด้วยประธานคนหนึ่งและสมาชิกอีกไม่เกิน 20 คน เพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 180 นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ซึ่งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2559 นายรชิต สิงหเสนี โฆษกคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ แถลงว่าคณะกรรมการได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้วโดยมีเนื้อหาจำนวนทั้งสิ้น 279 มาตรา ต่อมาเมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2559 สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติเป็นเอกฉันท์เห็นชอบให้เพิ่มคำถามพ่วงในการลงประชามติ นอกเหนือจากการถามประชาชนว่าเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ด้วยคำถามดังนี้ “ท่านเห็นชอบหรือไม่ว่า เพื่อให้การปฏิรูปประเทศเกิดความต่อเนื่องตามแผนยุทธศาสตร์แห่งชาติ สมควรกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลว่า ในระหว่าง 5 ปีแรกนับแต่วันที่รัฐสภาชุดแรกตามรัฐธรรมนูญนี้ ให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี”

คำถามพ่วงดังกล่าว มีผู้อธิบายว่า การคัดเลือกนายกรัฐมนตรีตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งเป็นผู้ลงมติเลือกนายกรัฐมนตรี ส่วนวุฒิสภาไม่เกี่ยวข้องกับการเลือกนายกรัฐมนตรี แต่หลักการของคำถามพ่วงที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเสนอไปนั้น เขียนว่าให้ “ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา” พิจารณาเลือกนายกรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาต่อไปในมาตรา 269 แห่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดไว้ว่า ในวาระเริ่มแรกให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) มีอำนาจในการตัดสินใจเลือกสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 250 คน ซึ่งระบบการเลือกตั้งตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดวิธีการป้องกันไม่ให้พรรคการเมืองใหญ่มีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมากเกินไป จึงเป็นไปได้ยากมากที่จะมีพรรคการเมืองใดได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมากกว่า 250 ที่นั่ง ดังนั้น หากสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 250 คนลงคะแนนเสียงไปทางเดียวกันทั้งหมด ก็ย่อมมีโอกาสสูงที่คะแนนเสียงของวุฒิสภาเพียงอย่างเดียวก็จะเป็นเสียงชี้ขาดในการเลือกนายกรัฐมนตรี การที่คำถามพ่วง กำหนดว่าให้ใช้ “ในระหว่าง 5 ปีแรก” หมายความว่า ให้ทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ร่วมกันเลือกนายกรัฐมนตรี ในช่วง 5 ปีแรกนับตั้งแต่มีการเลือกตั้งและมีรัฐสภาชุดแรก โดยไม่จำกัดว่าจะให้เลือกนายกรัฐมนตรีกี่คน

ตามร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 99 กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรทุกชุดมีวาระ 4 ปี ดังนั้น หากประชาชนเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญและคำถามพ่วงนี้ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรชุดแรกที่มาจากการเลือกตั้งอยู่ครบวาระ และมีการเลือกตั้งใหม่ การเลือกนายกรัฐมนตรีคนต่อไปก็ยังคงเลือกโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ร่วมกัน เท่ากับว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิก

วุฒิสภาจะร่วมกันเลือกนายกรัฐมนตรีได้อย่างน้อย 2 คน และหากนายกรัฐมนตรีทั้งสองคนอยู่ครบวาระ ประเทศไทยก็จะได้นายกรัฐมนตรีที่มาจาก การเลือกโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเป็นเวลา 8 ปี หรือหากภายในระยะเวลา 5 ปีแรกนายกรัฐมนตรีที่เข้ารับตำแหน่งลาออก หรือต้องยุบสภาเพื่อเลือกตั้งใหม่ หรือต้องพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอื่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาก็ยังจะร่วมกันเลือกนายกรัฐมนตรีคนต่อไปภายในระยะเวลา นี้ ไม่ว่าจะต้องเลือกกี่คนก็ตาม²⁸⁴

จากคำอธิบายนี้แสดงให้เห็นว่า คำถามพ่วงในการลงประชามติ ปี พ.ศ. 2559 มีการชื่อนัยในการให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรี แต่สมาชิกวุฒิสภา 250 คน มาจากการแต่งตั้งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) แม้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะมีจำนวนถึง 500 คน แต่จากคำอธิบายดังกล่าวข้างต้นระบุว่า โอกาสที่พรรคการเมืองพรรคใหญ่จะ ได้เสียงในสภาผู้แทนราษฎรเป็นเสียงข้างมากเด็ดขาดเป็นไปได้ยาก ผลที่เกิดขึ้นคือ คะแนนเสียงในสภาผู้แทนราษฎรมีแนวโน้มที่จะไม่สอดคล้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่คะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้งของ คสช. ทั้งหมดนั้น ย่อมมีโอกาสสูงที่จะลงคะแนนเสียงไปในทิศทางเดียวกัน เมื่อรวมจำนวนสมาชิกสภาทั้งสองในวาระเริ่มแรกจะได้จำนวนสมาชิกทั้งสิ้น 750 คน ซึ่งกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดคือ 375 คน หากเสียงข้างมากของรัฐสภาเลือกบุคคลใดเป็นนายกรัฐมนตรี โดยมีคะแนนเสียงเกิน 375 เสียง บุคคลนั้นย่อมได้เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า หากคะแนนเสียงของสมาชิกวุฒิสภาเป็นไปในทิศทางเดียวกันให้เลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลดังกล่าวย่อมได้รับคะแนนเสียง 250 เสียง ซึ่งขาดจำนวนคะแนนเสียงเพียง 126 เสียงจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสมาชิกทั้งหมดถึง 500 คน เท่านั้น บุคคลดังกล่าวจะได้เป็นนายกรัฐมนตรี เรียกได้ว่า คำถามพ่วงดังกล่าวมีนัยให้วุฒิสภาในวาระเริ่มแรกมีอิทธิพลต่อการคัดเลือกนายกรัฐมนตรีเป็นอย่างมาก ถึงขั้นเป็นผู้ชี้ขาดว่าผู้ใดจะได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีก็อาจกล่าวเช่นนั้นได้

ในวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2559 คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดให้วันอาทิตย์ที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 เป็นวันออกเสียงประชามติ ซึ่งผลการลงประชามติปรากฏว่า ร่างรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบพร้อมกับคำถามพ่วง ในเวลาต่อมา คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้นำร่างรัฐธรรมนูญไปปรับปรุงแก้ไขบางมาตราและในบทเฉพาะกาลเพื่อให้เข้ากับคำถามพ่วง ซึ่งในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

²⁸⁴ เว็บไซต์ iLaw, "คำถามพ่วง: เห็นชอบให้ส.ว.ที่มาจาก การแต่งตั้ง ร่วมกับ ส.ส.เลือกนายกฯหรือไม่?" [Online]. Available from: <https://ilaw.or.th/node/4195>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นี้ ยังคงไว้ซึ่งหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนการประกาศใช้และภายหลังการประกาศใช้ในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้เป็นไปตามมาตรา 148 ซึ่งตามมาตรา 149 กำหนดให้นำความในมาตรา 148 ไปใช้บังคับกับร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ เป็นไปตามมาตรา 212 ซึ่งมีใจความในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 211 แต่ได้เพิ่มหลักการใหม่ ปรากฏตามวรรคสาม

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และ 2550 พบว่าผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่มีผลย้อนหลัง (Non-retroactive effect / ex nunc) แต่ในร่างรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดให้คำวินิจฉัยไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลัก แต่มีข้อยกเว้นว่า ในคดีอาญาให้ถือว่า ผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ

บทบัญญัติมาตรา 212 วรรคสาม ตีความได้ว่า โดยหลักการแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามไม่มีผลย้อนหลัง ยกเว้นแต่ในคดีอาญา หากพบว่ากฎหมายที่ใช้บังคับและลงโทษผู้นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้มีผลย้อนหลังได้เนื่องจากการย้อนหลังเป็นคุณแก่จำเลยหรือผู้ต้องโทษ เป็นการนำเอาหลักการในรูปแบบเดียวกันกับศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาที่ให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังได้ โดยผู้พิพากษาจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากรณีใดสมควรให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลัง จะไม่พิจารณาให้มีผลย้อนหลังกับทุกคดี ถือได้ว่าบทบัญญัตินี้เป็นการเปิดประตูให้แก่การช่วยเหลือผู้ถูกดำเนินคดีอาญาที่อาจได้รับความไม่เป็นธรรมจากกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้พ้นจากความผิดและการลงโทษตามกฎหมายดังกล่าวได้ แต่กระนั้น การให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังได้ยังไม่อาจรับรองได้ตลอดไปว่ากฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปตลอดหรือไม่ ในกาลภายหน้าอาจมีการเปลี่ยนแปลงบริบททางสังคมและทางกฎหมาย อาจทำให้กฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็เป็นได้ จึงเป็นประเด็นที่นาศึกษาค้นคว้าต่อไป

นอกจากนั้น บทบัญญัติการให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือ Constitutional Complaint ยังคงปรากฏอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญนี้ ตามมาตรา 213 โดยกำหนดในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีได้

กำหนดเงื่อนไขในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ให้ผู้คัดค้านกล่าวจะต้องใช้ทุกวิถีทางในการเยียวยาความเสียหายแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จเสียก่อนจึงจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นบุคคลผู้ถูกระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายในทางอื่นและไม่ประสบผลสำเร็จมาก่อนที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

กระบวนการสุดท้ายของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายคือ กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการตีความบทบัญญัติของกฎหมายมีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และกรณีที่กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของเจ้าหน้าที่รัฐมีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550

ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น มีการบัญญัติไว้แตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ตามมาตรา 132 (2) และ (3) แห่งรัฐธรรมนูญนี้ โดยมาตรา 132 (2) กำหนดไว้ว่า ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ให้รัฐสภาส่งร่างฯ ดังกล่าวไปยังศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความเห็น กรณีที่องค์กรดังกล่าวไม่มีข้อทักท้วงภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างฯ ดังกล่าว ให้รัฐสภาดำเนินการต่อไป ส่วนมาตรา 132 (3) กำหนดว่า กรณีที่ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ให้เสนอความเห็นไปยังรัฐสภา และให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว และรัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอขององค์กรเหล่านั้นตามที่เห็นสมควรได้

มาตรา 132 (2) และ (3) ไม่ได้กำหนดให้นำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ส่งให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แต่กลับให้ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา และองค์กรอิสระ ให้ความเห็นในร่างดังกล่าว มิใช่เป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะเป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยหาได้ไม่ แต่การให้ข้อทักท้วงขององค์กรเหล่านี้ อาจระบุว่าร่างดังกล่าวมีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในเนื้อหาสาระของร่างเท่านั้น ทั้งในประเด็นของข้อความ (context) ของร่าง และประเด็น

ของการนำไปใช้บังคับ (enforcement) คือการที่ไม่สามารถปฏิบัติให้ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็เป็นการทักท้วงในขอบเขตของการใช้บังคับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงไว้ซึ่งหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 255 กำหนดหลักการอันเป็นข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

ประเด็นเกี่ยวกับข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255 นี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขว่าจะตีความเพียงใด อย่างไรก็ดีคือการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ ให้ความเห็นว่า นับตั้งแต่การประกาศใช้บังคับธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ได้มีการรับรองหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนไว้อย่างแจ่มชัด (มาตรา 1) แต่ขณะเดียวกันก็ยืนยันว่า พระมหากษัตริย์เป็นใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชน ร่วมกันกับองค์กรอื่น ๆ อันได้แก่สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี และศาล (มาตรา 2) และรับรองหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและถ่วงดุลกันระหว่างพระมหากษัตริย์กับองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย โดยมีพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐเป็นศูนย์กลางไว้อย่างแจ่มชัด ว่ากษัตริย์เป็นประมุขสูงสุดของประเทศ พระราชบัญญัติกิติ คำวินิจฉัยของศาลกิติ การอื่น ๆ ซึ่งจะมีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะกิติ จะต้องกระทำในนามของกษัตริย์ (มาตรา 4) แต่การกระทำของพระมหากษัตริย์จะมีผลก็ต่อเมื่อมีผู้สนองพระบรมราชโองการ (มาตรา 7) และนับแต่นั้นมา หลักสองประการที่ว่า หนึ่ง ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และสอง อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ก็เป็นหลักที่ดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับเรื่อยมา トラบจนกระทั่งทุกวันนี้

สถานะความเป็นรัฐอธิปไตยของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย ยังปรากฏให้เห็นในหลักการสำคัญที่เป็นหลักแสดงสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ซึ่งแสดงความคงอยู่ของรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติที่วางข้อจำกัดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญ หมายความว่า การเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐไปเป็นรูปแบบอื่นใด นอกจากรูปแบบราชาอาณาจักร อันเป็นรัฐที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ หรือระบอบการปกครองอื่นใด อันนอกเหนือไปจากระบอบการ

ปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ย่อมมีผลเป็นการล้มล้างหรือการทำ ให้รัฐธรรมนูญนี้เสียสภาพไป พระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นทั้งประมุขของรัฐ และประมุขของระบอบ การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงเป็นหลักที่สะท้อนให้เราเห็นได้ว่า พระมหากษัตริย์เป็นศูนย์รวม เป็นสาระสำคัญสูงสุดที่แสดงออกในรูปแบบของรัฐและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับ ปัจจุบันพร้อมกันไป เมื่อเกิดเหตุจำเป็นที่จะต้องป้องกันภัยอันตรายอันมีมาโดยฉุกเฉิน หรือใน ภาวะจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือในยามที่ต้องใช้อำนาจสูงสุดในการแก้ไขปัญหาบ้านเมือง พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของระบอบการปกครอง และในฐานะประมุขของรัฐ หรือในฐานะที่ ทรงเป็นรัฐอธิปัตย์ในนามของปวงชน ก็ย่อมจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดนี้ ทั้งในทางกฎหมาย และในทางข้อเท็จจริง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หรือในฐานะผู้ทรงอำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญในนามของปวงชนชาวไทย²⁸⁵

จึงสรุปได้ว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น ประมุข คือการปกครองที่ปวงชนกับพระมหากษัตริย์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยพระมหากษัตริย์ใน ฐานะประมุขของระบอบการปกครองนี้ เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดที่แสดงเจตจำนงออกมาในนาม ของปวงชน ทั้งนี้โดยในยามปกติย่อมมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และในยามวิฤตติ หรือในยามฉุกเฉิน ย่อมมีพระราชอำนาจที่จะทรงใช้อำนาจสูงสุดในฐานะผู้สถาปนารัฐธรรมนูญในนามของปวงชนเพื่อ ประโยชน์สุขของปวงชน ตามที่องค์กรประมุขของรัฐ และประมุขของระบอบการปกครองจะทรงเห็น ว่าเหมาะสม ควรแก่เหตุตามกาลและเทศะนั้น ๆ²⁸⁶

ส่วนกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติม เป็นไปตามมาตรา 256 ซึ่งมีจำนวนถึง 9 อนุมาตราด้วยกัน มาตรา 256 บัญญัติไว้ดังนี้

“ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตาม หลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ผู้ติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือ จากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิก ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

²⁸⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "กิตติศักดิ์ : การปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข," [Online]. Available from: https://www.isranews.org/isranews-article/item/29143-ktt_29143.html

²⁸⁶ เรื่องเดียวกัน.

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วย ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่ เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอ ต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(5) เมื่อการพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามชั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

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

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

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

จากบทบัญญัติในมาตรา 256 นี้ จะพิจารณาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งปรากฏตามความในอนุมาตรา 9 โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีความแตกต่างจากบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ยื่นคำร้องขอ ไม่ใช่ในลักษณะที่กฎหมายบังคับว่าการตรวจสอบร่างฯ ของศาลรัฐธรรมนูญคือเงื่อนไขหนึ่งในกระบวนการตราทั้งหมด หรือ Non-ex officio

ส่วนอนุมาตรา 8 นั้น เป็นการกำหนดให้มีการลงประชามติ กรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีบทบัญญัติเป็นการแก้ไขหมวดบททั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ มิได้กำหนดเช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติที่จะกำหนดเป็นบทบัญญัติอันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญแยกเป็นอีกมาตราหนึ่งที่จะต้องแก้ไขได้ยากและผ่านกระบวนการลงประชามติเสียก่อนจึงจะใช้บังคับได้ แต่ก็ได้กำหนดไว้โดยสุดท้ายก็มีผลเช่นเดียวกับการกำหนดบทบัญญัติหลักการพื้นฐานสำคัญนั่นเอง คือให้มีการลงประชามติก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย และประกาศใช้ต่อไป

นอกจากนั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 49 ดังนี้

“บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้”

ผู้ใดทราบว่ามีกรกระทำตามวรรคหนึ่ง ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้

การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการตามวรรคหนึ่ง”

มาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ แตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ มาตรา 68 โดยมาตรา 49 นี้บัญญัติเฉพาะกรณีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเท่านั้น ไม่รวมถึงการใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีต่อการกระทำเพื่อให้ได้อำนาจการปกครองประเทศที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางแห่งประชาธิปไตยแต่อย่างใด โดยมีกระบวนการในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แต่กำหนดวิธีการไว้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ มาตรา 49 แห่งร่างรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดกรณีที่อัยการสูงสุดไม่ดำเนินการตามคำร้องขอ บุคคลผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่มาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดไว้เฉพาะกรณีให้อัยการสูงสุดเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติผลที่เกิดขึ้นกรณีอัยการสูงสุดปฏิเสธไม่รับคำร้องของผู้ร้องทำให้เกิดเป็นความไม่ชัดเจนและโดยหลักการแล้วก็เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เหมาะสมอีกด้วย ซึ่งสามารถสรุปความแตกต่างของบทบัญญัติในหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ดังนี้

ตาราง 1 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560²⁸⁷

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
<p>มาตรา 268 การขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะกระทำมิได้</p>	<p>มาตรา 255 ไม่มีการแก้ไข</p>
<p>มาตรา 269 การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบททั่วไป ภาค 1 รากฐานของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา 271</p> <p>หลักการพื้นฐานสำคัญตามวรรคหนึ่ง หมายถึง</p> <p>(1) หลักประกันเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชนในทางการเมือง</p> <p>(2) โครงสร้างของสถาบันการเมือง ซึ่งได้แก่การมีสองสภา องค์ประกอบของแต่ละสภา การ</p>	

²⁸⁷ นาดะ ดวงวิชัย, "ความต่างของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น และร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (ปี 59)," ed. ว่าที่ร้อยตำรวจโท เสกสรรค์ เอกวิริยะวิทย์, *et al.* (กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559).

<p>ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558</p>	<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560</p>
<p>ตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ</p> <p>(3) กลไกเพื่อการรักษาวินัย การเงิน การคลัง และการงบประมาณ</p> <p>(4) สาระสำคัญของบทบัญญัติ ในภาค 3 หลักนิติธรรม ศาล และ องค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ</p> <p>(5) สาระสำคัญของบทบัญญัติ ในภาค 4 การปฏิรูปและการสร้างความ ปรองดอง</p> <p>(6) หลักเกณฑ์การแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทสุดท้ายนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายหรือ เพิ่มสิทธิเสรีภาพหรือการมีส่วนร่วมของ ประชาชนทางการเมือง หรือเพื่อเพิ่ม ประสิทธิภาพในการดำเนินการของศาล หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ไม่ถือเป็น การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญ ตามมาตรา</p>	
<p>มาตรา 270 การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการดังต่อไปนี้</p> <p>(1) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้อง มาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของ จำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของ สภาผู้แทนราษฎร หรือจาก</p>	<p>มาตรา 256 ภายใต้บังคับ มาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ และวิธีการ ดังต่อไปนี้</p> <p>(1) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้อง มาจากคณะรัฐมนตรี หรือจาก สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อย กว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด</p>

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
<p>สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย</p> <p>(2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ</p> <p>(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา</p> <p>(4) การพิจารณาในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ถ้าเป็นกรณีที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นด้วย</p> <p>การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ</p>	<p>เท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมาย</p> <p>(2) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภา และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ</p> <p>(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา</p> <p>(4) การพิจารณาในวาระที่สองชั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอ ต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของ</p>

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
<p>(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป</p> <p>(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา</p> <p>(7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่รัฐสภาเห็นชอบแล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้ตราขึ้นโดยเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้หรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 หรือไม่ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 หรือไม่ ซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 ให้ร่างรัฐธรรมนูญ</p>	<p>ประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความเห็นด้วย</p> <p>(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป</p> <p>(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา</p> <p>(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม</p> <p>(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด</p>

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
<p>นั้นเป็นอันตกไป แต่ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ศาลรัฐธรรมนูญส่งร่างรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนให้รัฐสภาเพื่อพิจารณา</p> <p>ดำเนินการตามมาตรา 271 ต่อไป</p> <p>(8) ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วว่าได้ตรารัฐธรรมนูญขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่มีข้อขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 151 และมาตรา 152 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่มติในชั้นนี้ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา</p>	<p>1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์การอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์การอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม</p> <p>(7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ ตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป</p> <p>(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณีมีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน</p>

<p>ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558</p>	<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560</p>
	<p>สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ใน ระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้น ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อ พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย มิได้</p>
<p>มาตรา 271 การแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญตามมาตรา 269 ให้กระทำ ได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมาตรา 270 (1) (2) (3) (4) (5) (6) และ (7) แล้วให้ประธานรัฐสภานำร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ส่งให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อ ดำเนินการให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ออกเสียงประชามติก่อนนำร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้า ทูลกระหม่อมถวาย ทั้งนี้ ตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่า ด้วยการออกเสียงประชามติ</p> <p>ในกรณีที่ประชาชนผู้มาใช้สิทธิ ออกเสียงประชามติโดยเสียงข้างมากไม่ เห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็น รัฐธรรมนูญ ให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมนั้นเป็นอันตกไป แต่ถ้า ประชาชนผู้มาใช้สิทธิออกเสียง ประชามติโดยเสียงข้างมากเห็นชอบด้วย ในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ให้</p>	

<p>ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558</p>	<p>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560</p>
<p>นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้น ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายในยี่สิบ วันนับแต่วันที่มีการออกเสียงประชามติ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระ ปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราช กิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้</p>	
<p>มาตรา 272 ทุกรอบห้าปีนับแต่ วันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้สำนักงาน เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรแจ้งไปยัง สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุด และองค์กรตาม รัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้ อำนาจรัฐ เพื่อให้ประธานรัฐสภาแต่งตั้ง ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งองค์กรดังกล่าวเสนอ ฝ่ายละหนึ่งคน ประกอบกันเป็นคณะ ผู้ทรงคุณวุฒิอิสระประเมินผลการบังคับ ใช้รัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ทำ รายงานเสนอความเห็นเกี่ยวกับการใช้ บังคับและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน หนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับ แต่งตั้ง</p> <p>ในกรณีที่คณะผู้ทรงคุณวุฒิ อิสระตามวรรคหนึ่งเห็นสมควรแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้เสนอร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมพร้อมรายงาน ต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และ</p>	

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
คณะรัฐมนตรี พิจารณาดำเนินการตาม อำนาจหน้าที่ต่อไป และประกาศให้ ประชาชนทราบเป็นการทั่วไปด้วย	

จากการศึกษาค้นคว้าความเห็นของนักวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่ามีแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ต่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ พ.ศ. 2559²⁸⁸ โดยคณะนิติราษฎร์มีความเห็นว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในลักษณะที่ยากแก่การแก้ไขอย่างยิ่ง กล่าวคือ ในวาระที่หนึ่งซึ่งรับหลักการจะต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาารวมกัน และจะต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ซึ่งหมายความว่า แม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่วนใหญ่หรือทั้งหมดจะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่หากสมาชิกวุฒิสภาที่เห็นชอบด้วยมีจำนวนน้อยกว่าหนึ่งในสามของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ไม่อาจผ่านวาระที่หนึ่งไปได้

หากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบในวาระที่หนึ่งและสองไปได้แล้ว ในวาระที่สามนั้น นอกจากจะต้องได้คะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาารวมกันแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังกำหนดไว้ด้วยว่า ในจำนวนผู้เห็นชอบนั้นจะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวารวมกัน และต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกด้วย ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด เข้าชื่อกันยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญ

²⁸⁸ คณะนิติราษฎร์, "แถลงการณ์คณะนิติราษฎร์ เรื่อง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับออกเสียงประชามติ," (2559). หน้า 7-8

กลายเป็นองค์กรซึ่งทรงอำนาจผูกขาดการให้ความหมายของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเรื่องใดไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และแม้จะมีการกำหนดให้ทำประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในบางกรณี แต่ประชามติดังกล่าวไม่ได้สะท้อนถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของปวงชน เนื่องจากยังถูกจำกัดโดยข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ให้ความหมายอยู่นั่นเอง

อีกทั้ง โดยเหตุที่ในวาระห้าปีแรก สมาชิกวุฒิสภาจะมาจากการคัดเลือกตามวิธีการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติจะมีบทบาทสำคัญในการคัดเลือก จึงประจักษ์ชัดแจ้งว่าในวาระห้าปีแรกของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ยากยิ่งขึ้นไปอีก เพราะแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่สมาชิกวุฒิสภาที่มีที่มาจากการคัดเลือกของคสช. จะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม ซึ่งหากสมาชิกวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยแล้ว แม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดจะเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีโอกาสตกไปตั้งแต่ชั้นการพิจารณาของรัฐสภาในวาระที่หนึ่ง เพราะเหตุที่ไม่มีสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามเห็นพ้องด้วย

การกำหนดให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากเช่นนี้ ย่อมขัดต่อสภาพของรัฐธรรมนูญที่ต้องมีความสมดุลกันระหว่างการแก้ไขได้ยากเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ กับการแก้ไขได้ง่ายเพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของบ้านเมืองและความเป็นพลวัตของการเมือง ซึ่งคณะนิติราษฎร์เห็นว่า การกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เช่นนี้จะส่งผลให้โอกาสในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศลดลงมาก และอาจเกิดความพยายามเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญด้วยวิถีทางที่จะก่อให้เกิดความรุนแรงขึ้นต่อไป โดยที่ไม่มีผู้ใดสามารถรับผิดชอบต่อความรุนแรงที่เกิดขึ้นได้

จากการศึกษาประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญไทย นับตั้งแต่ฉบับแรก เมื่อปี พ.ศ. 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 20 จะเห็นได้ว่าประเด็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ เริ่มมีขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 แม้จะมีการจัดตั้งองค์กรพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา อย่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ตาม ซึ่งหลักการดังกล่าวยังคงอยู่สืบเนื่องจนถึงร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ผ่านความเห็นชอบของประชาชนแล้ว โดยมีความแตกต่างในรายละเอียดบางประการ แต่หลักการอันเป็นแนวคิดพื้นฐานยังคงเป็นเช่นเดิมตลอดมา นั่นคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและกฎหมาย

ประกอบรัฐธรรมนูญ ทั้งก่อนการประกาศใช้ (รูปแบบนามธรรม) และภายหลังการประกาศใช้ (รูปแบบรูปธรรม) แต่กระนั้น ไม่เคยมีรัฐธรรมนูญใด นับตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับที่ 19 ที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ จนในช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เกิดมีคดีพิพาทในศาลรัฐธรรมนูญถึง 3 คดี ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งในคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาได้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 68 เป็นช่องทางในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากวงการนักวิชาการนิติศาสตร์และประชาชนอย่างกว้างขวาง ถึงการตีความขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นการตีความขยายขอบเขตอำนาจอันเป็นอำนาจเฉพาะกรณีมากเกินไปโดยปราศจากบทบัญญัติกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมรองรับ

แนวคิดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกิดเป็นรูปธรรมขึ้น ปรากฏขึ้นภายหลังรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ที่บัญญัติหลักการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งแรก อย่างไรก็ตาม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 กลับมีรายละเอียด เงื่อนไขการแก้ไข และกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่แตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะแนวทางการให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 กำหนดให้การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นเงื่อนไขหนึ่งของกระบวนการตรา โดยจะต้องนำส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสมอ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้น กลับเปลี่ยนแนวทางไปโดยสิ้นเชิง กำหนดให้ต้องมีผู้ยื่นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ บทต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมถึงจะวิเคราะห์ทฤษฎีที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 พร้อมแนวทางของต่างประเทศในบทที่ 3 และปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เพื่อตอบคำถามที่ว่า ประเทศไทยสมควรกำหนดบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่

บทที่ 5

การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้น เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ โดยเริ่มแรกกำหนดให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นประการต่อมา และการศึกษาแนวทางของต่างประเทศ ทั้งประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญ และประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าว โดยศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศพร้อมคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อนำมาพิจารณาเป็นแนวทางให้แก่ประเทศไทยที่อยู่ในช่วงเวลาของต้นกำเนิดแห่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ประกอบกับการศึกษาความเป็นมาของรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งประเทศไทยได้ศึกษาจากตัวอย่างของต่างประเทศและเห็นสมควรให้มีองค์กรพิเศษทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทด้านรัฐธรรมนูญ โดยรวมไปถึงการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และไม่เห็นด้วยในการให้องค์กรตุลาการโดยแท้ (ศาลยุติธรรม) มีอำนาจเช่นว่านั้น เพราะจะเป็นการแทรกแซงก้าล่วงการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยที่ไม่สมดุล ไม่เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ แต่องค์กรพิเศษที่รัฐธรรมนูญไทยวางกรอบแนวทางไว้คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่เห็นได้ชัดว่าได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส เมื่อนำมาใช้กับประเทศไทยกลับเกิดปัญหาในเชิงโครงสร้างและการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบองค์กรให้กลายเป็นศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับอิทธิพลจากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ซึ่งยังไม่เคยมีรัฐธรรมนูญไทยฉบับใดบัญญัติให้อำนาจแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาก่อน แต่กระนั้น ในช่วงเวลาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 พบว่ามีประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 154 และมาตรา 68 ตามลำดับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องของผู้ร้องที่ยื่นผ่านช่องทางมาตรา 68 ได้ อันเป็นการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตและไม่ถูกต้องตามหลักการและทฤษฎี ทำให้เสียงวิพากษ์วิจารณ์เกิดขึ้นในลักษณะโจมตีการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่

ตีความอำนาจหน้าที่ของตนอย่างไม่ชอบธรรม ก้าวล่วงไปใช้อำนาจตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ

ภายหลังจากรัฐประหาร พ.ศ. 2557 มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นฉบับแรกเพื่อเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2558 ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญนี้เป็นฉบับแรกที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มเติมหลักการเรื่องการทบทวนผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ผ่านความเห็นชอบของสภาปฏิรูปแห่งชาติ ทำให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติเมื่อปี พ.ศ. 2559 โดยคงไว้ซึ่งหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ได้เปลี่ยนแปลงในส่วนของรายละเอียดให้แตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ ซึ่งในเวลาต่อมาประชาชนได้ลงประชามติเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2559 นายกรัฐมนตรีได้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2559 ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560²⁸⁹

5.1 วิเคราะห์อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกรณีไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง

จากที่ได้ศึกษามาในบทก่อนหน้า พบว่าประเทศไทยไม่เคยมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาก่อน เนื่องจากไม่เคยมีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรก ยังไม่มีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในมูลคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาก่อน จนกระทั่งในช่วงเวลาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีคดีพิพาทในประเด็นดังกล่าวตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 จำนวน 3 คดี

²⁸⁹ "รัชกาลที่ 10 ทรงรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านการลงประชามติ เรื่องพระราชอำนาจ," [Online]. Available from: <https://prachatai.com/journal/2017/01/69572>; "ส่องสถานการณ์ "ปี 2560" ปัจจัยชัยปโรดแม่ป "รบ.-คสช.", " [Online]. Available from: https://www.matichonweekly.com/column/article_20633

5.1.1 วิเคราะห์คำสั่งและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีผู้ร้องอ้างบทบัญญัติการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 154)

จากคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 สามารถวิเคราะห์ในประเด็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ได้หรือไม่ ดังนี้

มาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย โดยกำหนดให้มีบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีของเคสเซนที่เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษคือศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก็ต้องพิจารณาก่อนว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นกฎหมายหรือไม่ ในความหมายของรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 291 กำหนดไว้อย่างชัดเจน ให้การเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ทำเป็น “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” แตกต่างจากประเทศเยอรมนีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำเป็นรูปแบบของ “กฎหมาย” ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญมอบให้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนีก็เป็น “กฎหมาย” อีกประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ในระดับเดียวกัน คือ รูปแบบของ “กฎหมาย” ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจึงมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องทำเป็น “กฎหมาย” แต่รัฐธรรมนูญไทยกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ทำเป็น “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ซึ่งสถานะของเอกสารทั้งสองนี้แตกต่างกัน โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีลำดับที่สูงกว่ากฎหมาย และการแก้ไขก็ทำได้ยากกว่ากฎหมายทั่วไป อีกทั้ง มาตรา 291 มิได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับโดยอนุโลม หากรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ต้องการให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วไซ้ หากไม่บัญญัติไว้ในมาตรา 291 อย่างชัดแจ้งถึงกระบวนการแล้ว ก็ย่อมต้องบัญญัติให้นำถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 154 มาใช้บังคับโดยอนุโลม เช่นเดียวกับการบัญญัติในมาตรา 291 ให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และ 151 มาใช้โดยอนุโลม ถือเป็น การบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในการให้นำบทบัญญัติมาตราใดมาใช้บังคับได้ แต่

เมื่อมาตรา 291 ไม่ได้บัญญัติให้นำถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 154 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงไม่อาจตีความขยายขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 154 ได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเป็นกรณีพิเศษ ทำหน้าที่วินิจฉัยเฉพาะข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่านั้น การตีความบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด มิใช่ตีความขยายความ

ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไม่รับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณานั้นชอบแล้ว กรณีนี้ มีความเห็นของนักวิชาการที่เห็นว่า คดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญยืนยันชัดเจนว่าภายใต้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการและลักษณะไว้เฉพาะ กล่าวคือ ต้องทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากร่างกฎหมายตามความหมายแห่งรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมาเป็นฐานในการรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ตรวจสอบได้ อีกทั้งรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้นำกระบวนการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติก่อนประกาศใช้มาใช้บังคับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนประกาศใช้ด้วย การยื่นคำร้องดังกล่าวจึงไม่เข้าเงื่อนไขตามเขตอำนาจที่ศาลจะรับไว้วินิจฉัยได้ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอว่า ศาลรัฐธรรมนูญมองความสัมพันธ์ระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นไร²⁹⁰

5.1.2 วิเคราะห์คำสั่งและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กรณีผู้ร้องอ้างบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (มาตรา 68)

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 ที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 4 สามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

5.1.2.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ได้หรือไม่

²⁹⁰ ปูนเทพ ศิริบุบผะ, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments).", หน้า 44

สาเหตุสำคัญที่ทำให้ผู้ร้องอ้างถึงมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นช่องทางในการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของรัฐสภานั้น คือ การไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อบุคคลหรือคณะบุคคลพบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นร่างขึ้นโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการร่างหรือเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ก็ย่อมไม่อาจหาช่องทางใดที่จะระงับยับยั้งการกระทำดังกล่าวได้ แต่กระนั้น เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 68 แล้ว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลสามารถใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้มี 2 กรณี คือ การกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เท่านั้น เมื่อพิจารณาต่อไปว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้ถูกบัญญัติไว้เป็นเงื่อนไขในบทบัญญัติมาตรา 68 ที่จะทำให้บุคคลมีสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวได้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจเป็นกรณีเฉพาะ จึงไม่อาจตีความขยายขอบเขตอำนาจได้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจรับคำร้องที่เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านช่องทางมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญนี้จึงไม่ชอบ

อีกทั้งการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เมื่ออัยการสูงสุดไม่พิจารณาคำร้องของผู้ร้อง จนทำให้ผู้ร้องต้องมายื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีผู้ร้องใช้สิทธิตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ เป็นภาระหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดมีหน้าที่เพียงตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หากได้ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ เมื่อผู้ร้องเคยเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดตรวจสอบแล้วแต่ยังไม่ได้ผลเป็นที่น่าพอใจ จึงชอบที่จะใช้สิทธิประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

การตีความเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่พบเห็นพฤติการณ์ที่เข้าข่ายเป็นการกระทำตามมาตรา 68 แต่การตัดสิทธิประชาชนมิให้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่อัยการสูงสุดมิได้แจ้งผลให้ทราบภายในระยะเวลาอันสมควร ย่อมเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิของประชาชนในการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในการปกป้องการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง แต่กระนั้น การตีความดังกล่าวเป็นการตีความในลักษณะขยายความ ขยายขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ไม่ได้บัญญัติให้มีช่องทางให้

ประชาชนสามารถยื่นคำร้องได้ด้วยตนเอง แต่ต้องผ่านอัยการสูงสุดเท่านั้น ผู้วิจัยเห็นว่า แม้โดยทางเนื้อหาของการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นการให้สิทธิแก่ประชาชนในการยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นชอบแล้ว เพราะเป็นการให้สิทธิแก่ประชาชนเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญและการปกครองประเทศในกรณีที่อัยการสูงสุดไม่พิจารณาคำร้องภายในระยะเวลาอันสมควร แต่โดยทางรูปแบบแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความเกินขอบอำนาจ เพราะไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยคำร้องที่ผู้ร้องยื่นโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยในประเด็นการใช้สิทธิยื่นคำร้องโดยตรงของประชาชนผ่านมาตรา 68 ย่อมเป็นการไม่ชอบ

ประเด็นที่ 2 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

แม้จะวิเคราะห์ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจรับคำร้องของผู้ร้องที่ยื่นเสนอผ่านช่องทางตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ก็ตาม แต่ประเด็นที่สองก็น่าพิจารณาต่อไปว่า การเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาในวาระที่สองขึ้นพิจารณารายมาตรา ได้เสนอให้มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นทั้งฉบับโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ กรณีนี้วินิจฉัยได้ทันทีว่าเป็นการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 291 ที่ประสงค์ให้มีการแก้ไขเป็นรายประเด็นโดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติจำกัดการแก้ไขหรือบทนิรันตร อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังเป็นรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากการลงประชามติโดยตรงของประชาชน การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยไม่ผ่านกระบวนการลงประชามติของประชาชนย่อมเป็นการไม่ชอบธรรม เพราะเป็นการดำเนินการโดยตัวแทนของประชาชนที่เพิกเฉยต่อความต้องการที่แท้จริงของประชาชน เพราะตัวแทนของประชาชนย่อมมิใช่ประชาชน ที่อาจกระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้ประชาชนเสียประโยชน์ได้

ประเด็นที่ 3 การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ประเด็นที่สามนี้วิเคราะห์ว่า การกระทำของผู้ถูกร้องในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เข้าข่ายเป็นการกระทำอันเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการ

ปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว จะเห็นได้ว่า ผู้ถูกร้องยื่นอุทธรณ์ขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยมีเจตนาารมณ์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและเสถียรภาพให้กับการเมืองการปกครองโดยการปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ มิได้มีเจตนาในการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้แต่อย่างใด เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาพแล้วมิใช่การกระทำการรัฐประหาร หรือการก่อกบฏ

แต่กระนั้น หากร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาสาระอันตีความเจตนาารมณ์ได้อย่างชัดแจ้งว่าประสงค์ให้มีการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เช่น การแก้ไขรูปแบบการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นระบอบประธานาธิบดี กรณียอมเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 68 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยได้ โดยผู้ร้องจะต้องยื่นคำร้องไปในทิศทางที่ว่า ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการกระทำที่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 68 มิใช่ยื่นคำร้องไปในทิศทางที่ว่า ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพราะคำขอดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เพื่อขอให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ ยังไม่ปรากฏชัดแจ้งว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะยกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นจะมีเนื้อหาสาระที่เข้าข่ายการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้แต่อย่างใด จากข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าเป็นเพียงการคาดคะเนของผู้ร้องถึงเหตุการณ์ในอนาคตที่ยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ไม่ถึงขั้นของการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ กรณีจึงไม่เข้าข่ายหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้

ตามที่ขุนเทพ ศิริพงษ์ วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เพื่อเข้า

มาพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมอันผ่านความเห็นชอบในวาระที่สอง และรอการลงมติในวาระที่สามนั้น มีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้นในท้ายสุด ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องนั้นยังไม่เข้าลักษณะตามที่มาตรา 68 กำหนด จึงสั่งยกคำร้อง จึงหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญประกาศเขตอำนาจของตนในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งมีผู้ไม่เห็นด้วยและมีข้อสังเกตว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้แก่รัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 จึงมิใช่เป็นการใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อนึ่ง การใช้สิทธิเสรีภาพตามมาตรา 68 หมายถึงเฉพาะแต่สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหมวดที่ 3 ไม่อาจตีความให้หมายความรวมถึงการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐต่าง ๆ ที่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการตรวจสอบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ในส่วนเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นกรณีที่จะเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือการได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ได้ เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติในมาตรา 291 ที่กำหนดข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศย่อมจะกระทำมิได้ หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจตามมาตรานี้แล้วไซ้ร้ ย่อมไม่มีโอกาสที่จะดำเนินการให้เป็นการล้มล้างการปกครองไปได้ เพราะอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตราดังกล่าวถูกจำกัดในตัวเองอยู่แล้วว่าไม่สามารถจะกระทำเช่นนั้นได้²⁹¹

อย่างไรก็ตาม ประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกพิจารณาว่าเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือพรรคการเมือง ปราบกฏในคำวินิจฉัยส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 2 ท่าน คือ นายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ และนายเฉลิมพล เอกอุรุ โดยอธิบายว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเสรีภาพ ไม่ใช่หน้าที่ เนื่องจากถ้าเป็นหน้าที่แล้ว บรรดารัฐสภาทุกชุดที่เข้าดำรงตำแหน่งย่อมแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น กรณีเช่นนี้ขุนเทพเห็นว่า ตุลาการทั้งสองท่านมิได้แยกลักษณะระหว่างสิทธิเสรีภาพและอำนาจหน้าที่ โดยความหมายของอำนาจหน้าที่นั้น นอกจากในส่วนขององค์กรของรัฐมีหน้าที่ใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติในทุก ๆ กรณีแล้ว องค์กรของรัฐยังมีอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ ได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งเป็นดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจดังกล่าว

²⁹¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 46-47

หรือไม่ เช่น การที่นายกรัฐมนตรีมีอำนาจยุบสภา หรือพระมหากษัตริย์มีอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ เป็นต้น กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือพระมหากษัตริย์มีดุลพินิจในการที่จะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ และไม่ใช่ว่าหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือพระมหากษัตริย์ เพราะมิใช่ว่านายกรัฐมนตรีทุกคนจะต้องยุบสภา หรือพระมหากษัตริย์ทุกพระองค์จะต้องยับยั้งร่างพระราชบัญญัติทุกฉบับ จึงกล่าวได้ว่า การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐมิใช่สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามความหมายของมาตรา 68 การตีความของตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งสองท่านนอกจากจะขัดต่อเจตนารมณ์ขั้นพื้นฐานของบทบัญญัติมาตรา 68 แล้ว ยังเป็นการตีความที่ทำลายระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญทั้งระบบด้วย²⁹²

5.1.2.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ได้หรือไม่

เช่นเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยหลักการอย่างเดียวกัน และความเห็นของผู้วินิจฉัยก็ยังคงเห็นว่า การอาศัยช่องทางตามมาตรา 68 ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการตีความขยายขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้กว้างขวางเกินไป การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำร้องดังกล่าวมีมูลกรณีพอรับฟังได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในประการที่อาจเข้าข่ายเป็นการทำลายระบบตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจอันเป็นดุลยภาพระหว่างสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ คำร้องทั้งสี่จึงมีมูลกรณีที่อาจจะเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง นั้น เป็นการตีความที่ไม่ถูกต้อง ถึงแม้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นที่มาจากสมาชิกวุฒิสภาอาจเข้าข่ายเป็นการทำลายระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้น การแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไม่ถึงขั้นของการ “ทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ” เพราะการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ก็กระทำโดยการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นไปตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กระทำได้ตามมาตรา 291 หาได้เป็นการปฏิวัติรัฐประหารเพื่อให้เปลี่ยนแปลงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไม่ เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในการรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยจึงไม่ชอบ

²⁹² เรื่องเดียวกัน. หน้า 47-48

แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ยกเหตุผลของหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เน้นย้ำว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ไม่ได้มีเพียงแต่หลักการเลือกตั้งหรือปกครองโดยเสียงข้างมากแต่เพียงอย่างเดียว แต่ผู้ที่มีเสียงข้างมากจะต้องรับฟังเสียงข้างน้อยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงจะเป็นประชาธิปไตยที่ชอบธรรมอย่างแท้จริง ก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น จะต้องมีความมาจากบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ แม้ผู้ร้องจะไม่อาจหาหนทางใดในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจนต้องใช้มาตรา 68 เป็นช่องทางก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญไม่สมควรรับคำร้องไว้พิจารณา แต่หากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มีถ้อยคำที่แจ้งชัดว่าเป็นการขัดต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในประการที่จะเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ เปลี่ยนแปลงลักษณะการปกครอง ย่อมต้องห้ามตามมาตรา 291 (1) หากรัฐสภาปล่อยให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีถ้อยคำดังกล่าวผ่านความเห็นชอบ ดังนี้ผู้ร้องสามารถยื่นคำร้องผ่านมาตรา 68 เนื่องจากมีมูลกรณีเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และศาลรัฐธรรมนูญสามารถรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

ประเด็นที่ 2 กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแยกเป็นประเด็นตามที่ผู้ร้องเสนอ ดังนี้

(1) ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ใช้ในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เป็นคนละฉบับกับที่ได้ยื่นญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

(2) การกำหนดวันแปรญัตติของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

(3) วิธีการแสดงตนและลงมติในการพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

แม้ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่สมควรรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยก็ตาม แต่ผู้วิจัยเห็นควรวิเคราะห์ประเด็นที่ 2 ด้วยว่าการกระทำดังที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดเป็นประเด็นย่อยอีก 3 ประเด็นนั้นเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่ โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการกระทำดังที่ผู้ร้องกล่าวอ้างทั้งสามประเด็นย่อย ได้แก่ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ใช้ในการประชุม

ร่วมกันของรัฐสภาเป็นคนละฉบับกับที่ได้ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ทั้งการกำหนดวันแปรญัตติของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประธานรัฐสภากำหนดวันย้อนหลังนั้น ตามข้อ 96 แห่งข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2553 กำหนดให้สมาชิกรัฐสภาเสนอคำแปรญัตติเป็นหนังสือเสนอต่อประธานคณะกรรมการภายในกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันถัดจากวันที่รัฐสภารับหลักการ ซึ่งกรณีนี้ รัฐสภาได้ประชุมและมีมติรับหลักการในวันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2556 ในการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมลงมติให้กำหนดระยะเวลาแปรญัตติ 15 วัน แต่ผู้ถูกร้องที่ 1 ได้สรุปให้เริ่มต้นนับระยะเวลาถอยหลังไปโดยให้นับระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2556 ทำให้สมาชิกรัฐสภาเหลือระยะเวลายื่นคำขอแปรญัตติเพียง 1 วัน แม้ข้อ 96 แห่งข้อบังคับดังกล่าวจะกำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า “...เว้นแต่รัฐสภาจะได้กำหนดเวลาแปรญัตติ สำหรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้เป็นอย่างอื่น” ก็ตาม แต่การกำหนดเวลาแปรญัตติในลักษณะที่เข้าข้อยกเว้นแห่งข้อ 96 ดังกล่าว ทำให้สมาชิกรัฐสภาเหลือระยะเวลายื่นคำขอแปรญัตติเพียง 1 วัน ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบธรรมของผู้ถูกร้องที่ 1 แม้จะได้กระทำโดยถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม

ในส่วนประเด็นของวิธีการแสดงตนและลงมติในที่ประชุมรัฐสภานั้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการมอบให้สมาชิกรัฐสภาบางรายออกเสียงลงคะแนนแทนโดยการเสียบัตรสมาชิกแทนกันจริงดังที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตของผู้แทนปวงชนชาวไทย และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนน ทั้งยังเป็นการกระทำที่น่าละอายเป็นอย่างยิ่ง แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือมีสภาพบังคับอย่างไร แต่การลงคะแนนเสียงในการประชุมรัฐสภาที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสูงสุดของประเทศ ไม่สมควรมีพฤติการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำไม่มีจิตสำนึกของการเป็นผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้งมาจากคะแนนเสียงของประชาชนที่ถือได้ว่าเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติและศักดิ์ศรี เป็นปากเป็นเสียงแทนปวงชน การเสียบัตรลงคะแนนเสียงแทนกันในที่ประชุมรัฐสภาย่อมเป็นพฤติการณ์ที่ส่อไปในทางทุจริต การลงมติในการประชุมรัฐสภาวาระดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี แม้กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสาม ประเด็นนั้นจะไม่ชอบธรรม ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่กระนั้นผู้วิจัยเห็นว่าพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งหมดยังไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำที่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 68 การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามวิถีทางตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงเป็นการไม่ชอบ

ประเด็นที่ 3 การแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญนี้ เป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือไม่

ยุติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ขอแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา โดยประเด็นสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้คือ การยกเลิกบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดของคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาที่กำหนดไว้แต่เดิม ที่ห้ามมิให้สมาชิกวุฒิสภามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในฐานะบิดามารดา คู่สมรส หรือบุตร เพื่อป้องกันการมีส่วนได้เสียดังที่เคยเกิดเป็นปัญหาในช่วงเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ในลักษณะที่เรียกว่า “สภาฟัวเมีย” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นอิสระจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริง จึงบัญญัติห้ามความสัมพันธ์ดังกล่าว เพราะหากยอมให้สมาชิกทั้งสองสภามีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกันย่อมไม่อาจหวังได้ว่า จะมีการตรวจสอบอย่างตรงไปตรงมา อันเป็นการขัดกับหลักการดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน อันเป็นหลักการพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้เป็นการแก้ไขกลับไปสู่จุดบกพร่องเดิมที่เคยปรากฏในอดีต แต่กระนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นการกระทำอันเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองโดยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้กำหนด เพราะการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภา เป็นเพียงการแก้ไขกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกขององค์กรทางการเมืองเท่านั้น ผู้วิจัยจึงยังไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยที่มาของสมาชิกวุฒิสภาเป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 68

ในส่วนของ การแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียวเหมือนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น แม้จะไม่ทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างสองสภา และอาจทำให้ทั้งสองสภาขาดความเป็นอิสระก็ตาม แต่ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันข้างต้นที่ผู้วิจัยเห็นว่าการแก้ไขที่มาและรูปแบบของวุฒิสภา ยังไม่ถึงขนาดเป็นการล้มล้างการปกครองหรือเป็นการทำให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองโดยวิถีทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 แต่อย่างใด เป็นเพียงการแก้ไขรูปแบบของวุฒิสภา ดังที่มิ้นกิววิชาการให้ความเห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตราอื่นใดที่ไม่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดหรือบทนิรณครนั้น ย่อมกระทำได้

และถือเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น เช่น การยกเลิกวุฒิสภา ก็เป็นกรณีที่สามารถแก้ไขได้²⁹³ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าการแก้ไขให้สมาชิกวุฒิสภา มาจากการเลือกตั้งทั้งหมดเป็นการกระทำที่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68

ประการสุดท้าย ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีบทบัญญัติยกเว้นมิให้นำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งผ่านการพิจารณา ตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อนการประกาศใช้ โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการกระทำที่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ด้วยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การไม่ให้นำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญผ่านการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมเป็นการไม่ชอบ เนื่องจากรัฐธรรมนูญยังคงมีบทบัญญัติมาตรา 141 ให้นำร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นเงื่อนไขในการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ การยกเว้นมิให้ดำเนินการตามบทบัญญัติมาตรา 141 ดังกล่าวจึงไม่ชอบ แต่กระนั้น ก็ยังไม่ถึงขนาดเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการกระทำใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด เป็นเพียงการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น แม้จะไม่ชอบด้วยมาตรา 141 แห่งรัฐธรรมนูญ แต่การวินิจฉัยว่าการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา 141 เป็นการกระทำที่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ก็เป็นการวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยเช่นกัน

5.1.3 สรุปผลการวิเคราะห์กรณีการไม่กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

ดังที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 2 เกี่ยวกับหลักการตีความรัฐธรรมนูญกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเทศที่ไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวด้วย แม้ประเทศกลุ่มนี้จะตีความรัฐธรรมนูญไว้อย่างเคร่งครัด ไม่คิดตีความให้เป็นการก้าวล่วงไปใช้อำนาจเกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็ตาม หากในอนาคตประเทศเหล่านี้ประสบปัญหาในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้น ทั้ง ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญรู้ว่ามีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจริง ก็ไม่สามารถใช้อำนาจตรวจสอบได้ เพราะติดกับที่การตีความรัฐธรรมนูญอย่าง

²⁹³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 40

เครื่องครัด ทำให้สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูยสั่นคลอนจากการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูยที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูย

เมื่อพิจารณาถึงประเทศไทย เมื่อรัฐธรรมนูยไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูยมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูยของร่างรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติมไว้ ย่อมหมายความว่า ตามระบบกฎหมายรัฐธรรมนูยไทยในปัจจุบัน รัฐธรรมนูยไม่อนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูยมีเขตอำนาจดังกล่าว อีกทั้งหลักการที่ว่าศาลรัฐธรรมนูยไทยเป็นศาลที่มีเขตอำนาจจำกัดและเฉพาะแล้ว จึงสรุปได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูยไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูยของร่างรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติมได้ และไม่อาจยกแนวคิดของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูยเยอรมันมาปรับใช้ให้ศาลรัฐธรรมนูยไทยมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูยของร่างรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติมได้อีกด้วย การจะตีความว่าร่างรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติมอาจมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูยเยอรมันได้วางบรรทัดฐานในการสถาปนาอำนาจตนเข้าควบคุมการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูย ย่อมไม่สอดคล้องกับโครงสร้างระบบกฎหมายรัฐธรรมนูยไทยหลายประการ กล่าวคือ ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูยเยอรมันกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูย เมื่อผ่านการพิจารณาและประกาศใช้แล้ว จะมีชื่อเรียกว่า “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูย” (Verfassungsänderungsgesetz) แต่รัฐธรรมนูยไทยกำหนดว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูยไม่อาจทำขึ้นในรูปของกฎหมาย แต่ต้องดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูยกำหนดลักษณะไว้เป็นการเฉพาะ คือ “รัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติม” จึงมิได้มีลักษณะเป็นกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูยแต่อย่างใด เพราะรัฐธรรมนูยได้ใช้คำสามคำที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คำว่า “รัฐธรรมนูย” “กฎหมาย” และ “กฎ หรือ ข้อบังคับ” จึงกล่าวว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูย ไม่หมายรวมถึงกฎหมายลำดับรัฐธรรมนูย (“รัฐธรรมนูย”) และกฎหมายลำดับรอง (“กฎ หรือ ข้อบังคับ”)²⁹⁴ จึงเป็นที่ชัดเจนว่า โครงสร้างระบบศาลรัฐธรรมนูยไทยในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูยไม่อาจอาศัยกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูยของกฎหมายมาตีความเพื่อขยายเขตอำนาจของตนให้รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูยอย่างกรณีศาลรัฐธรรมนูยเยอรมันได้ ไม่ว่าจะ เป็นในขั้นตอนชั้นร่างรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติม หรือรัฐธรรมนูยแก้ไขเพิ่มเติมที่ประกาศใช้แล้วก็ตาม²⁹⁵

จากคำสั่งศาลรัฐธรรมนูยที่ 4/2554 ที่ผู้ร้องอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูยแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูยของร่างพระราชบัญญัติ เป็นช่องทางในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูยผ่านประธานรัฐสภาเพื่อให้ศาล

²⁹⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 41

²⁹⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 42-43

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อรัฐธรรมนูญ นั้น ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยก็เป็นไปโดยชอบแล้ว เพราะรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิใช่ “พระราชบัญญัติ” ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตีความขยายขอบเขตอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของตนให้ครอบคลุมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ทั้งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 291 ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 มาใช้บังคับโดยอนุโลม คงบัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ส่วนการอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 68 เกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อเป็นช่องทางในการยื่นคำร้องสู่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 วินิจฉัยไปในทางเดียวกัน ในประเด็นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำร้องที่ยื่นเสนอสู่ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ได้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ทั้งสองคดีว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำร้องได้ เนื่องจากการกระทำของผู้ร้องตั้งที่ผู้ร้องกล่าวอ้างมีมูลว่าเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศที่ใช้วิธีการอันมิใช่วิถีทางตามที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนด ซึ่งผู้วิจัยวิเคราะห์แล้วเห็นว่าการอาศัยช่องทางของมาตรา 68 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ยังไม่อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่าไม่เหมาะสม เนื่องจากต้องพิจารณาในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ถูกกล่าวหาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเสียก่อนว่ามีเนื้อหาที่เข้าข่ายตามเงื่อนไขของมาตรา 68 เป็นการล้มล้างการปกครอง หรือเป็นการทำให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศที่มิได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ หากเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่เข้าข่ายเป็นการแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมตามที่มาตรา 291 กำหนด ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงการปกครอง หรือการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ย่อมต้องห้ามแก้ไข หากมีการแก้ไขในลักษณะนี้เกิดขึ้นและนักวิชาการตีความว่าไม่ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างไร ๆ ศาลรัฐธรรมนูญต้องห้ามมิให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพราะไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง ย่อมเป็นการไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ

ผู้วิจัยเห็นว่าสำหรับประเด็นการใช้ช่องทางตามมาตรา 68 นี้ สามารถกระทำได้เฉพาะกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาที่ขัดต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่มาตรา 291 บัญญัติ เพราะการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐย่อมมีลักษณะที่เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 68 กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองก็เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐก็ใช้เหตุผลอย่างเดียวกัน แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องห้ามตามข้อจำกัดการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 291 แล้ว ย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 68 ได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับในปี พ.ศ. 2555 และ พ.ศ. 2556 เห็นได้ชัดว่าประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังไม่เข้าข่ายเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองหรือการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จึงไม่ต้องห้ามตามข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาคำร้องของผู้ร้องทั้งสองคดีที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 ได้

นอกเหนือจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังมีมาตราหนึ่งที่กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ปรากฏในมาตรา 214 ดังนี้ “ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”²⁹⁶

มาตรา 214 มีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทำหน้าที่เป็นองค์กรชี้ขาดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรที่กำหนดไว้ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ทั้งนี้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยไม่ต้องการให้องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่ได้ต่อกันด้วยวิถีทางการเมือง หากแต่ต้องการให้ปัญหาทางการเมืองได้รับการแก้ไขด้วยมาตรการทางกฎหมายโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย²⁹⁷

กรณีจะใช้มาตรา 214 ได้ ต้องมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. ต้องเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ศาลจึงจะเสนอเรื่องได้ โดยคำว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีลักษณะ 2 ประการ คือ ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจหน้าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนศาลต่าง ๆ ทั้งศาลฎีกา ศาลปกครองนั้น ความจริงแล้วก็ยังเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่มาตรา 214 ให้ใช้กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นที่มีใช้ศาล ศาล

²⁹⁶ เอกณรงค์ เฉิดพันธ์, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214," วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 12 เล่มที่ 35, (เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม พ.ศ. 2553), หน้า 142-143

²⁹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143-144

ซึ่งเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญเหมือนกันจึงไม่ต้องส่งข้อขัดแย้งเรื่องอำนาจของตนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา แต่ให้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้พิจารณา²⁹⁸

2. ความขัดแย้งระหว่างองค์การตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป มีหลักเกณฑ์ คือ จะต้องเกิดเป็นปัญหาขึ้นจริง มิใช่เพียงการขอหารือหรือการคาดการณ์ล่วงหน้า เพราะศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีฐานะเป็นที่ปรึกษาปัญหากฎหมายดังเช่นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 และเป็นปัญหาความขัดแย้งระหว่าง 2 องค์การตามรัฐธรรมนูญขึ้นไป โดยโต้แย้งกันว่า องค์การหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำหรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ของอีกองค์การหนึ่ง ซึ่งคำว่าอำนาจหน้าที่นี้หมายถึงอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็ได้ ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากแนวทางของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 ที่ได้วางแนวทางไว้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์การอาจเป็นปัญหาขององค์การเดียวที่เป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญก็ได้²⁹⁹ หากเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับผลของการใช้อำนาจหน้าที่ เช่น คำวินิจฉัยของผู้ตรวจการแผ่นดิน คลาดเคลื่อน เป็นการโต้แย้งในผลของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญถือว่าไม่ใช่การโต้แย้งเรื่องอำนาจหน้าที่โดยตรง³⁰⁰

มีข้อสังเกตว่า กรณีตามมาตรานี้ ความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์การภายใต้รัฐธรรมนูญน่าจะหมายถึงปัญหาเกี่ยวกับภารกิจ (Function) และอำนาจดำเนินการตามภารกิจ (Power) ว่าองค์การดังกล่าวมีภารกิจนั้นหรือไม่ หรือใช้อำนาจโดยชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นปัญหาระหว่างองค์การเพื่อให้ปัญหายุติลง และรู้ว่าองค์การใดมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า “ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่” อย่างกว้างขวางมากโดยรวมกรณีกระบวนการ (Process) ในการใช้อำนาจ และการได้มาซึ่งบุคคลในองค์การ

²⁹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 428-434

²⁹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2546 เป็นกรณีที่สมาชิกวุฒิสภาจำนวนหนึ่งเห็นว่าการที่วุฒิสภาใช้อำนาจพิจารณาญัตติตั้งคณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภาในสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 159 วรรคสี่ และผลหรือมติของวุฒิสภาจากการประชุมดังกล่าวจึงใช้บังคับมิได้ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า วุฒิสภาเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ แต่การจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาว่าองค์การใดองค์หนึ่งมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่เพียงใด หรือองค์การตั้งแต่สององค์กรโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างกัน กรณีตามคำร้องนั้น สมาชิกสภาไม่เห็นด้วยกับผลหรือมติของวุฒิสภา และไม่ใช่เรื่องที่วุฒิสภามีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนว่าสามารถกระทำได้หรือไม่ จึงไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยให้ได้

³⁰⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิพากษ์กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 440-447

ตามรัฐธรรมนูญด้วย³⁰¹ ซึ่งกรณีนี้มีนักวิชาการโต้แย้งว่าเป็นการขยายอำนาจเกินเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ทำให้มีปัญหาในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ จึงไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานได้อีกต่อไป³⁰²

3. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ได้แก่ ประธานรัฐสภา ในกรณีของรัฐสภา นายกรัฐมนตรี กรณีของคณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง ในการจะส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้นต้องมีมติขององค์กรให้ส่งด้วย เช่น ถ้าวุฒิสภาจะส่ง ต้องมีมติของที่ประชุมวุฒิสภา ประธานหรือหัวหน้าองค์กรตัดสินใจส่งด้วยตนเองไม่ได้³⁰³

เอกณรงค์ เฉิดพันธ์ วิเคราะห์ว่า องค์กรที่จะเป็นคู่กรณีตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 ระบุไว้ชัดเจน ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ศาล ซึ่งมี 7 องค์กร โดยจำแนกเป็นประเภทองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ 4 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญอีก 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ โดยมาตรา 214 นี้ บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งข้อพิพาทขององค์กรเหล่านี้ อาจเกิดขึ้นจากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 214 ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่อีกองค์กรหนึ่งตามที่ระบุในมาตรา 214 เห็นว่า อำนาจหน้าที่นั้นเป็นของตน ลักษณะของการโต้แย้งจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในเชิงภารกิจหรือการดำเนินการตามภารกิจนั้นว่า แท้จริงแล้วอำนาจหน้าที่นั้นควรจะเป็นภารกิจขององค์กรใด หรืออาจเป็นกรณีที่ว่า องค์กรใดองค์กรหนึ่งซึ่งระบุไว้ในมาตรา 214 ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไปกระหนาบกระเทือนหรือล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญและจำต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แท้จริงแล้ว กรณีเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปกระหนาบกระเทือนหรือไปล่วงล้ำในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่งจริงหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการวางกรอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ³⁰⁴

³⁰¹ โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547

³⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิภาษกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 447

³⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 450

³⁰⁴ เอกณรงค์ เฉิดพันธ์, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214," วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า

เมื่อวิเคราะห์ว่าการใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้นมีข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 291 หากรัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยขัดแย้งต่อข้อจำกัดตามมาตรา 291 เช่น แก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จากรัฐเดี่ยวเป็นรัฐรวม หรือเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยในแบบสาธารณรัฐ ย่อมถือเป็นการใช้อำนาจหน้าที่เกินขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรใดองค์กรหนึ่งโต้แย้งว่ารัฐสภาไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นการขัดต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ก็ย่อมเข้าข่ายเป็นข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามนัยมาตรา 214 ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบและเป็นการกระทำที่ปราศจากอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ถือเป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อีกช่องทางหนึ่งนอกเหนือจากการที่บุคคลจะใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรตุลาการซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยทั่วไป ก็ย่อมไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย มีสถานะต่ำกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจขององค์กรตุลาการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ จึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตุลาการในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีสถานะในทางระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญสูงกว่าได้

แต่การที่องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด เมื่อพิจารณาจากข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขนั้น เมื่อไม่มีองค์กรอื่นใดสามารถวินิจฉัยได้ ในความเห็นของปุนเทพ ศิริบุบผะ เห็นว่ากรณีดังกล่าวถือว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของรัฐสภาเองในการวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และท้ายที่สุดเมื่อรัฐสภามีมติเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงพ้นไปจากการตรวจสอบโดยบรรทัดฐานทางกฎหมาย แต่ยังคงต้องถูกตรวจสอบต่อไปโดย

บรรทัดฐานทางการเมืองต่อประชาชน³⁰⁵ นอกจากนั้น ปัญหาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยชอบด้วยรูปแบบกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่นั้น หากปรากฏว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบคือพระมหากษัตริย์โดยอาศัยพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย ซึ่งตามมาตรา 291 ให้นำมาบังคับใช้กับกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย แต่ถ้ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมประกาศใช้บังคับแล้วโดยพระมหากษัตริย์มิได้ยับยั้งหรือทรงยับยั้งแต่รัฐสภายืนยันร่างดังกล่าว ภายใต้โครงสร้างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ไม่มีองค์กรอื่นใดอีกที่จะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้อีก จึงต้องถือว่ากรณีนี้ได้พ้นไปจากบรรทัดฐานการตรวจสอบในทางกฎหมายแล้วเช่นกัน³⁰⁶

แต่ผู้วิจัยมีความเห็นแตกต่างจากความเห็นของขุนเทพ ศิริनुพงศ์ ทั้งประเด็นขององค์กรที่ตรวจสอบเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าขัดหรือแย้งต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยขุนเทพเสนอให้รัฐสภาเป็นผู้พิจารณาด้วยตนเอง กับประเด็นของการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยขุนเทพเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวหากพบว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผู้วิจัยเห็นว่าการเห็นของขุนเทพทั้งสองกรณีนี้ไม่เหมาะสมและไม่ชอบธรรม กล่าวคือ การให้รัฐสภาผู้ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เป็นคนเดียวกับผู้ตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นขัดต่อบทบัญญัติข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นความเสี่ยงที่เห็นได้ชัดว่าหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีเนื้อหาที่ขัดต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจริง รัฐสภาอาจไม่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบเนื้อหาบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นให้สอดคล้องกับข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเมื่อร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับการประกาศใช้ การจะกลับมาแก้ไขให้ถูกต้องจะเป็นไปได้ยาก อีกทั้งการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขุนเทพเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีกระบวนการขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการดึงพระมหากษัตริย์ลงมาในกระบวนการบริหารบ้านเมือง แม้จะเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นปกติว่าให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายได้ แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่ผ่านมา นั้น พบว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวน้อยครั้ง

³⁰⁵ ขุนเทพ ศิริनुพงศ์, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)." หน้า 48-49

³⁰⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 50

แสดงให้เห็นว่าทรงไว้วางพระราชหฤทัยในการบริหารบ้านเมืองของรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ทั้งยังไม่ทรงต้องการก้าวล่วงการดำเนินการของทั้งสององค์กร เนื่องจากว่าบทบาทของพระมหากษัตริย์ไทย นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475 ถูกลดทอนลงจนเป็นเพียงประมุขของประเทศที่เป็นศูนย์รวมจิตใจของคนในชาติ แต่มิได้มีอำนาจในการปกครองหรือบริหารประเทศดังเช่นยุคสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเป็นการไม่เหมาะสมที่จะดึงพระมหากษัตริย์ลงมาวินิจฉัยข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ควรเป็นหน้าที่ขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันพระมหากษัตริย์ และมีใช้รัฐสภาผู้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันกับที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น แต่ควรให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จัดทำขึ้นโดยรัฐสภา จึงจะมีความเหมาะสมยิ่งกว่าการให้รัฐสภาหรือพระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ในส่วนความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ในประเด็นของการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ ให้ความเห็นเห็นว่า เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แนวทางของต่างประเทศที่สามารถเทียบเคียงเพื่อกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้นั้นอาจเทียบเคียงได้กับแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรกีในระยะแรก ก่อนการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีก็ไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ได้มีคำวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ส่งผลให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในวงการนิติศาสตร์ซึ่งก็แตกต่างจากประเทศไทยถึงการตีความขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งประเทศตุรกีจึงบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะรูปแบบหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น แต่กระนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นที่ว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งต่อข้อกำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตีความว่า ข้อกำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็ยิ่งก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงการตีความดังกล่าวว่าเป็นการตีความก้าวล่วงไปในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยปริยาย ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งตุรกีจึงมีการแก้ไขโดยบัญญัติรายละเอียดของอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งตุรกี ค.ศ.1982 การบัญญัติให้อำนาจแก่ศาล

รัฐธรรมนูญไว้อย่างละเอียดชัดเจนเช่นนี้ไม่เป็นเพียงแต่การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเป็นการจำกัดกรอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้อยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย³⁰⁷

5.2 วิเคราะห์อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกรณีที่มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ล้วนบรรจุหลักการและแนวคิดใหม่ว่าด้วยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ด้วยสาเหตุประการสำคัญก็คือปัญหาที่เกิดขึ้นในช่วงปี 2555-2556 ตามที่ได้ศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 จะเห็นได้ชัดว่า การที่รัฐธรรมนูญไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จนทำให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความขยายความให้อำนาจแก่ตนเองตามที่มีผู้ร้องอาศัยช่องทางตามมาตรา 68 ว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เป็นการทำลายระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักความชอบธรรมของการใช้อำนาจขององค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ผู้ร่างจึงมีเจตนาในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แม้จะคงไว้ซึ่งหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ก็บัญญัติกระบวนการไว้แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ในบทนี้ จะวิเคราะห์ความแตกต่างและข้อดีข้อเสียของบทบัญญัติในหมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเปรียบเทียบกับหลักการและทฤษฎีที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ประกอบกับแนวทางของต่างประเทศดังที่ได้ศึกษามาในบทที่ 3 ดังนี้

5.2.1 วิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

การกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญทั้งร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 ดังนี้

³⁰⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทย ภายใต้กรอบทิศทางการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หน้า 273-275

5.2.1.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

ตามที่ซีเอเยสส์ได้วางหลักไว้ว่า อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนุญเป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนุญ เป็นอำนาจที่จัดตั้งรัฐธรรมนุญ และรัฐธรรมนุญก็ก่อให้เกิดองค์กรต่าง ๆ ภายใต้รัฐธรรมนุญ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดผลในทางกฎหมายคือรัฐธรรมนุญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญไม่ได้ ดังนั้นองค์กรที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนุญ คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ จะใช้อำนาจของตนให้เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญมิได้เช่นเดียวกัน

เมื่อรัฐธรรมนุญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมต้องทำได้ยากและมีกระบวนการที่พิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เมื่อรัฐธรรมนุญกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญแทนที่จะจัดตั้งหน่วยงานหรือองค์กรขึ้นมาเป็นการเฉพาะคราว เช่น สภาร่างรัฐธรรมนุญ ในการทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนุญเพียงบางมาตรา ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแก้ไขรัฐธรรมนุญให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนุญที่กำหนดไว้ให้ปฏิบัติตามทั้งในส่วนของกระบวนการและเนื้อหา ทั้งยังต้องแก้ไขให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานอันเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนุญนั้นด้วย การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนุญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของร่างรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็นการให้หลักประกันแก่ความศักดิ์สิทธิ์ของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญได้เป็นอย่างดี เป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนุญให้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญใช้อำนาจที่ได้รับมอบนั้นในทางมิชอบ ทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนุญเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการทำลายโครงสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นต้น

5.2.1.2 หลักรัฐธรรมนุญนิยม

รัฐธรรมนุญนิยมเป็นหลักการที่เกิดขึ้นจากการกำเนิดของรัฐธรรมนุญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนุญเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการเน้นย้ำถึงความชัดเจนในการกำหนดแนวทางและโครงสร้างในการปกครองประเทศ รวมถึงการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งที่เป็นสิทธิเสรีภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนุญได้บัญญัติรับรองเพิ่มเติม เช่น สิทธิเสรีภาพในทางการเมือง โดยหลักการนี้ให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งทั้งสองอย่างจะต้องเป็นไปโดยควบคู่กัน กล่าวคือ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้อำนาจของรัฐจะต้องถูกตรวจสอบได้ ในที่นี้คือองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย หรือองค์กรนิติบัญญัติที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนุญให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ ย่อม

ต้องถูกตรวจสอบได้เพื่อสร้างหลักประกันว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะไม่ถูกละเมิด หรือหากมีการใช้อำนาจอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง ก็จะต้องมีกระบวนการเยียวยาความเสียหายนั้นให้แก่ประชาชนด้วย โดยองค์กรที่สังคมให้การยอมรับถึงความ เป็นกลางมากที่สุดคือองค์กรตุลาการ เพราะมีความเป็นอิสระและเป็นกลางมากที่สุดในบรรดาองค์กร ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามองค์กร ดังนั้น แนวคิดที่ให้องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลัก รัฐธรรมนูญนิยม และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอีกด้วย

5.2.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดในการอภิปรายถึงความชอบธรรม ของฝ่ายตุลาการในการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คนส่วนใหญ่ มักเข้าใจว่าการแบ่งแยกอำนาจนั้นจะต้องไม่มีอำนาจใดเหนือกว่าอำนาจอื่น แต่ในความเป็นจริงแล้ว บาง อำนาจก็มีความสำคัญมากกว่าในแง่หน้าที่ต่างกันไป เช่น อำนาจนิติบัญญัติเหนือกว่าอำนาจบริหาร เนื่องจากมีที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน หรืออำนาจตุลาการมีลักษณะเป็นอิสระและเป็นกลาง ไม่มีคำว่าพรรคพวกหรือคณะบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง ต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร ความสำคัญ ของแต่ละอำนาจนั้นย่อมแตกต่างกันไปตามประเภทของการใช้อำนาจ ซึ่งความเห็นของฝ่ายที่เห็นด้วย กับการให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเห็นว่า ฝ่ายนิติ บัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมาย การให้ผู้ออกกฎหมายตีความกฎหมายที่ตนเองออกมานั้นย่อมเป็นการไม่ เหมาะสม เพราะถือเป็นการรวบอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการไว้ที่ตนเองเพียงฝ่ายเดียว อัน เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น ศาลซึ่งเป็นองค์กรกลางที่เป็นผู้ใช้กฎหมายอยู่ในฐานะที่ ควรทราบว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและบังคับใช้ได้หรือไม่เป็นผู้วินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย เป็นการป้องกันระบบเผด็จการรัฐสภา (tyranny by assembly) ได้ในอีก ทางหนึ่ง

5.2.1.4 หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

ตามที่ได้ศึกษามา เห็นได้ว่า หลักนิติรัฐนั้นมีความหมายแบบตรงตัวคือ รัฐที่อยู่ภายใต้กฎหมาย หากจะแปลความขยายความอีกก็แปลได้ว่า การใช้อำนาจรัฐจะต้องเป็นไป ตามที่กฎหมายกำหนด กฎหมายมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน รัฐที่ปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยนั้นถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย รัฐได้รับอำนาจในการปกครอง ประเทศจากประชาชน ดังนั้น การใช้อำนาจอย่างใด ๆ ของรัฐจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายซึ่งเป็นการ แสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนกำหนด ยิ่งกว่านั้น การใช้อำนาจของรัฐนอกจากจะต้อง

เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว เนื้อหาสาระของการใช้อำนาจจะต้องชอบธรรม ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติธรรม สรุปได้ว่า การใช้อำนาจของรัฐจะต้องชอบธรรมทั้งในด้านรูปแบบ (ตามหลักนิติรัฐ) และเนื้อหา (ตามหลักนิติธรรม) ในที่นี้คือการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย หรือกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม คือ การออกกฎหมายและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และเนื้อหาสาระในการออกกฎหมายหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ทำลายระบบการปกครองโครงสร้างของประเทศ หรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อองค์กฤษฎีกาบัญญัติเป็นเพียงตัวแทนของประชาชน มิใช่ตัวประชาชนเอง ก็อาจเป็นไปได้ว่า ตัวแทนของประชาชนจะไม่รักษาผลประโยชน์ของประชาชน อาจกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น การกำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงเป็นการพิทักษ์ซึ่งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนเป็นประการสำคัญ

5.2.1.5 แนวคิดการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีความจำเป็นหรือมีความสำคัญอย่างมากที่สุดในการคงไว้ซึ่งการตรวจสอบพฤติกรรมและการกระทำของรัฐบาล มีนักวิชาการเห็นว่าการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นสิ่งที่ควรนำไปปรับใช้กรณีที่กระบวนการทางการเมืองล้มเหลวเนื่องจากเสียงข้างมากปฏิเสธเสียงข้างน้อยอย่างไม่ชอบธรรม ถือเป็นการทำหน้าที่ป้องกันเผด็จการรัฐสภาได้อีกทางหนึ่ง และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในประเทศที่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอ่อนแอ การปกป้องประชาธิปไตยจากการเป็นคอมมิวนิสต์ ต้องอาศัยสายตาอันกว้างไกลของศาลรัฐธรรมนูญในการเฝ้าระวังความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากสถานะอันไร้สมรรถภาพที่ถูกซ่อนเร้นไว้ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³⁰⁸ อีกทั้งรัฐธรรมนูญจะต้องตีความและปรับปรุงใหม่ได้เสมอ การให้ศาล

³⁰⁸ Issacharoff, S., *Managing Conflict through Democracy, Rights in Divide Societies*.

รัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมย่อมเกิดประโยชน์มากยิ่งขึ้น³⁰⁹ โดยเป็นการรักษาแก่นของหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการเปิดโอกาสให้มีการตีความถ้อยคำในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับยุคสมัย เป็นไปตามพลวัตของสังคม

การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้จะเป็นการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คงไว้ซึ่งหลักการสำคัญพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญอันเป็นการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แม้จะมีกระแสวิพากษ์วิจารณ์ถึงการ “ขยายขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ” ว่าไม่ถูกต้องเหมาะสม แต่กระนั้น กระแสของโลกในยุคปัจจุบันกลับเห็นชอบด้วยกับแนวทางที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ และบัญญัติบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงมากขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อป้องกันการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อหลักการสำคัญพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงกำหนดไว้อย่างชัดเจน ศาลก็จะปรับหลักการอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานมาใช้บังคับเสมือนเป็นข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปริยาย แม้หลักบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะถูกคัดค้านจากกลุ่มนิยมประชาธิปไตย ที่เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นอุปสรรคในการใช้อำนาจการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะสังคมที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยต้องสามารถแก้ไขกฎหมายได้เสมอ แต่ฝ่ายรัฐธรรมนูญนิยมจะเห็นว่า ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยยังมีหลักการบางประการที่มีสถานะเหนือกว่าการใช้อำนาจปกครองในระบอบประชาธิปไตย จึงเห็นสมควรกำหนดเป็นบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติใดที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลง³¹⁰

อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้มีให้อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ แต่เป็นอำนาจที่ถูกจำกัดไว้โดยรัฐธรรมนูญ เป็นการมอบอำนาจในลักษณะตัวแทนของอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญที่จะไม่สามารถทำลายรัฐธรรมนูญเดิมหรือสร้างรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นแทน บทบัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงจึงเป็นการจำกัดการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่นำไปใช้แก้ไขหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้น การบังคับใช้หลักการดังกล่าวก็อยู่ระหว่างเส้นแบ่งบาง ๆ ของความสำเร็จและความล้มเหลว ในทางหนึ่ง รัฐธรรมนูญต้องสามารถเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคม และต้องกำหนดให้มีกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความทันสมัยอยู่เสมอ ส่งผลให้บทบัญญัติที่ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่อาจมีผลใช้บังคับได้จริง แต่อีกทาง

³⁰⁹ Roznai, Y., "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers." 232

³¹⁰ เรื่องเดียวกัน. 236

หนึ่ง การเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญก็อาจถือว่าเป็นความล้มเหลวในทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Failure) ได้ หากการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ เปรียบได้กับการทำลายระบบรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ เป็นการเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์แห่งรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ไปเสีย³¹¹

ทฤษฎีว่าด้วยบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ช่วยอธิบายความขัดแย้งในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในการใช้กลไกของข้อจำกัดดังกล่าวในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ฝ่ายนิคมประชาธิปไตยจะคัดค้านแนวคิดดังกล่าว แต่กลไกนี้แท้จริงแล้วไม่สมควรเข้าใจว่าเป็นการขัดขวางเจตจำนงในการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่ควรเข้าใจว่า กลไกดังกล่าวเป็นการให้หลักประกันแก่การแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย มีความเหมาะสม และดำเนินไปด้วยความชอบธรรม³¹²

5.2.1.6 หลักการตีความรัฐธรรมนูญ

กรณีรัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจนนั้น ไม่ค่อยเป็นปัญหาในการตีความรัฐธรรมนูญนัก เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดบทบัญญัติเป็นถ้อยคำไว้อย่างชัดเจนแล้วทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเพียงใด ซึ่งนอกจากจะเป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไปด้วยอีกทางหนึ่ง ปัญหาเพียงอย่างเดียวที่จะเกิดขึ้นกับรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญคือ การบัญญัติให้อำนาจไว้แต่ยังมีข้อสงสัยเพราะได้บัญญัติให้อำนาจในลักษณะกว้าง ๆ หรือไม่ครอบคลุมทุกกรณีที่อาจเป็นปัญหา หรือเรียกง่าย ๆ ว่ายังมีช่องว่างให้ต้องตีความถึงขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ ก็จะต้องกลับไปตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ โดยคำนึงถึงการตีความตามหลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงให้แก่หลักการพื้นฐานสำคัญและบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกทำลายจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และคำนึงถึงหลักการตีความรัฐธรรมนูญโดยเคารพในภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น เพื่อไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจในทางที่มีขอบเสียเองด้วยการก้าวล่วงไปตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ชัดหรือแย้งกับอำนาจและภารกิจขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

³¹¹ เรื่องเดียวกัน. 237

³¹² เรื่องเดียวกัน. 238

หลักการตีความรัฐธรรมนูญจะมีปัญหาสำหรับประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่ไม่ได้บัญญัติเป็นถ้อยคำในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน แม้กลุ่มประเทศนี้จะตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้มีความหมายรวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม โดยอาศัยหลักการตีความที่ว่าด้วยหลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญหรือหลักการเสริมสร้างความมั่นคงในนิติฐานะของรัฐธรรมนูญ ทำให้รัฐธรรมนูญคงสถานะและความศักดิ์สิทธิ์ของการเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่องค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้ แต่การตีความดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญอาจเกิดปัญหาได้ในอนาคต เนื่องจากการไม่มีบทบัญญัติชัดเจน และการยอมรับต่อหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังไม่อาจเป็นหลักประกันที่แน่นอนว่าศาลรัฐธรรมนูญจะตีความแบบนี้ไปตลอด ในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญอาจกลับแนวทางที่เคยวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไม่มีอำนาจเช่นว่านั้น ประเทศในกลุ่มนี้คือ ประเทศเยอรมนี ซึ่งเมื่อพิจารณาว่าประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ จึงไม่ยึดถือหลักการ Doctrine of Precedent หรือหลัก Stare Decisis หรือที่เรียกกันว่าหลักคำพิพากษาสร้างกฎหมายและหลักแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างสหรัฐอเมริกา เมื่อศาลไม่จำเป็นต้องผูกพันตนในการวินิจฉัยตามแนวทางของคำพิพากษาเดิม จึงมีโอกาสสูงที่ในอนาคตหากมีการตีความรัฐธรรมนูญในทิศทางใหม่เนื่องจากบริบททางสังคมเปลี่ยนแปลงไป ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกลับแนวทางการวินิจฉัยจากเดิมที่วินิจฉัยให้อำนาจแก่ตนเองในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นตัดทอนอำนาจของตนเองได้ ดังนั้น แม้ประเทศกลุ่มนี้จะยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแต่เพราะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญลงในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ย่อมเกิดปัญหาในอนาคตได้หากมีการตีความรัฐธรรมนูญไปในทิศทางอื่นที่ตรงกันข้ามกับแนวทางของคำวินิจฉัยเดิม

5.2.2 ขอบเขตของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดเจน

5.2.2.1 วิเคราะห์ขอบเขตของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาในบทที่ 3 ประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศเนเธอร์แลนด์ ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญห้ามมิให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

อย่างเด็ดขาด ส่วนประเทศสโลวีเนียและประเทศฝรั่งเศสที่มีได้กำหนดบทบัญญัติห้ามตั้งเช่น รัฐธรรมนูญแห่งเนเธอร์แลนด์ พิจารณาแล้วเห็นได้ว่า แม้ทั้งสองประเทศจะยอมรับหลักการของ เคลเซนในการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือในกรณีของประเทศฝรั่งเศสคือคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ แต่กระนั้น ศาล รัฐธรรมนูญ/คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศตีความรัฐธรรมนูญของประเทศตนอย่าง เคร่งครัด โดยปฏิเสธการขยายขอบเขตการใช้อำนาจให้ครอบคลุมถึงการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เนื่องจากทั้งสองประเทศยึดหลักว่า ศาลรัฐธรรมนูญ นั้นเป็นองค์กรพิเศษย่อมมีเขตอำนาจที่เป็นการเฉพาะ ไม่อาจตีความขยายขอบเขตการใช้อำนาจให้ กว้างขวางเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ เพราะมิฉะนั้นการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ อาจเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิดได้ จึงไม่มีประเด็นที่จะศึกษาเปรียบเทียบในส่วนของขอบเขตการใช้ อำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมระหว่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับกลุ่มประเทศที่ ไม่ยอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

5.2.2.2 วิเคราะห์ขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ขอบเขตของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาล รัฐธรรมนูญ สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่ยอมรับ หลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนี้

5.2.2.2.1 ช่วงเวลาของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ทั้งร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียและฮังการี ล้วน แล้วแต่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่ง “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ย่อมหมายถึงการตรวจสอบช่วงเวลา ก่อนการประกาศใช้บังคับเท่านั้น ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังการประกาศใช้แต่อย่างใด ส่วนประเทศเยอรมนีนั้น เนื่องจากศาล รัฐธรรมนูญตีความว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือกฎหมายประเภทหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจึง มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ ตามกฎหมายพื้นฐานและรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีจึง

กำหนดให้มีการตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเฉพาะภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วเท่านั้น

5.2.2.2.2 ลักษณะการตรวจสอบแบบนามธรรมหรือรูปธรรม

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ เมื่อเป็นการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้ ย่อมไม่อาจเข้าลักษณะการตรวจสอบรูปแบบรูปธรรมได้ เนื่องจากยังไม่มีมีการประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและยังไม่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นคดีต่อศาล จึงคงไว้เพียงลักษณะการตรวจสอบแบบนามธรรม หรือการตรวจสอบในหลักการของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น ซึ่งเหมือนกันกับรัฐธรรมนูญประเทศโรมาเนียและฮังการี ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน คือรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบได้เฉพาะช่วงเวลาก่อนการประกาศใช้เท่านั้น แตกต่างจากประเทศเยอรมนี ที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้ ซึ่งมีความพิเศษที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถตรวจสอบได้ทั้งรูปแบบนามธรรม (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 93 (2)) และรูปแบบรูปธรรม (กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 100 (1))

5.2.2.2.3 ลักษณะการตรวจสอบในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

การวิเคราะห์ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศในประเด็นนี้มีความแตกต่างกันทั้งหมด โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 270 (7) ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบทั้งรูปแบบและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดเพียงว่ากรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อมาตรา 255 ว่าด้วยบทบัญญัติที่ห้ามแก้ไข หรือมีลักษณะตามมาตรา 256 (8) ว่าด้วยบทบัญญัติที่เข้าเงื่อนไขในการให้ประชาชนลงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการประกาศใช้ เพียงสองกรณีเท่านั้น โดยกรณีแรกที่พิจารณาร่างฯ ขัดต่อมาตรา 255 หรือไม่นั้น เป็นการวินิจฉัยในส่วนของเนื้อหา แต่ความซับซ้อนอยู่ที่กรณีที่สอง ที่พิจารณาร่างฯ นั้นเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 256 (8) หรือไม่ ดูผิวเผินคล้ายเป็นการวินิจฉัยในกระบวนการแก้ไข เพราะกรณีนี้จะเกิดขึ้นจากการที่ความเป็นจริงแล้วร่างฯ ดังกล่าวจะต้องผ่านการลงประชามติตามมาตรา 256 (8) แต่ไม่ได้กระทำเช่นนั้น จึงเป็นประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า ร่างฯ นั้นมีเนื้อหาที่เข้าเงื่อนไขตามที่มาตรา 256 (8) บัญญัติไว้หรือไม่ อัน

เป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาของร่างฯ จึงจะพิจารณาต่อได้ว่าร่างฯ นั้นจะต้องผ่านกระบวนการให้ประชาชนลงประชามติก่อนประกาศใช้หรือไม่ ซึ่งนอกเหนือจากสองกรณีทีกล่าวนี้อันนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติให้สามารถตรวจสอบในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมได้เลย ซึ่งความหมายของคำว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ นอกเหนือจากกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 แห่งรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ย่อมหมายความรวมถึงกระบวนการปกติทั่วไปในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น จำนวนองค์ประชุมในรัฐสภา ซึ่งจะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตราข้อบังคับดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2557 ที่อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แม้จะเป็นกระบวนการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็ยังเป็นกระบวนการที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นกรณีทั่วไปมิใช่กระบวนการที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 ก็ถือเป็นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้ว่ารัฐสภาได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงตีความได้ว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบได้เพียงสองกรณีดังกล่าวข้างต้น จึงไม่อาจตีความขยายความให้รวมถึงการตรวจสอบกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

ส่วนรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 เฉพาะกลุ่มประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมพบว่ารัฐธรรมนูญของโรมาเนียไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการแก้ไขหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือได้ทั้งสองอย่าง จึงอาจตีความได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของฮังการี ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนประเทศเยอรมนีนั้น กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (ในที่นี้หมายความว่ารวมถึง กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ) แบบนามธรรม สามารถตรวจสอบได้ทั้งรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย ส่วนการตรวจสอบแบบรูปธรรม กฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า “กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” สามารถตีความได้ว่า ศาลยุติธรรมสามารถพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีได้เฉพาะในส่วนเนื้อหากฎหมาย เพราะกระบวนการนั้นถือได้ว่าสำเร็จเสร็จสิ้นลงไปแล้วด้วยการประกาศใช้กฎหมาย ถือได้ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยถูกต้องแล้ว จึงไม่อาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในส่วนของการตรวจสอบหรือรูปแบบได้อีก

5.2.3 กระบวนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอย่างชัดเจน

ในการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐธรรมนูญของประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ไม่อาจศึกษาในส่วนของกระบวนการได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวย่อมไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงคงศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะรัฐธรรมนูญของประเทศที่ยอมรับหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น

5.2.3.1 รูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้จะเป็นเรื่องที่บัญญัติในส่วนของ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ประเด็นนี้เป็นการสะท้อนถึงแง่มุมที่สำคัญของอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จากการศึกษาทั้งร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” มิใช่ “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่ยอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ สามารถสรุปผลการศึกษาได้ ดังนี้

1) ประเทศโรมาเนีย

รัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียได้กำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ตามมาตรา 146 (a) ในตอนท้ายที่บัญญัติว่า “...as well as on its own initiative (ex officio) on proposals for the amendment of the constitution.” และตามกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย เลขที่ 47/1992 มาตรา 19 ที่ใช้คำว่า “the revision of constitution” ซึ่งสามารถแปลความของคำว่า “proposals for the amendment of constitution” และ “the revision of constitution” เป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ได้ ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งฯ ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องทำเป็นกฎหมาย

2) ประเทศฮังการี

รัฐธรรมนูญของฮังการี มาตรา 24 (5) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ โดยมาตราดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “the amendment of Fundamental Law” ซึ่งแปลได้เป็น “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ทั้งรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องทำเป็นกฎหมาย

3) ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 79 (1) ว่า “This Basic Law may be amended only by a law...” แปลได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ทำเป็น “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” สิ่งนี้เป็นกุญแจสำคัญที่ทำให้ประเทศเยอรมนียอมรับในหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า ประเด็นของรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจัดทำในรูปแบบของเอกสารทางกฎหมายแบบใดนั้น เป็นจุดสำคัญในการพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ หากสมมติให้ประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน แต่กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยต้องทำเป็น “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” ดังนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไทยสามารถนำหลักการของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ประเด็นของรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นประเด็นสำคัญในส่วนของกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ไม่อาจมองข้ามได้

5.2.3.2 ผู้มีสิทธิเสนอคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 นั้น กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 กำหนดไว้สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ คือ การให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นเงื่อนไขหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (ex officio) ซึ่งหากประธานรัฐสภาไม่นำส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา ย่อมทำให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปเสีย มีผลทำให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้

แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ต่อเมื่อมีการเข้าชื่อกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน โดยจะต้องเสนอเรื่องต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภาว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อบทนิรันดรตามมาตรา 255 หรือมีลักษณะเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่จะต้องผ่านกระบวนการลงประชามติเสียก่อนประกาศใช้บังคับ ตามมาตรา 256 (8) แตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ สามารถสรุปผลที่ได้จากการศึกษาวิจัยได้ดังนี้

1) ประเทศโรมาเนีย

ประเทศโรมาเนียได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้เหมือนกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 คือ การให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมถือเป็นเงื่อนไขหนึ่ง หรือเป็นกระบวนการหนึ่งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นั่นหมายความว่า ไม่จำเป็นต้องมีผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่รัฐสภาจะมีหน้าที่ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังที่เรียกว่าเป็นการตรวจสอบแบบ Ex officio

2) ประเทศฮังการี

ในทางกลับกัน ประเทศฮังการีกำหนดให้มีผู้มีสิทธิยื่นคำร้องตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หากไม่มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมไม่อาจหยิบยกรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองได้ กรณีนี้จะไปในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือเรียกว่าเป็นการตรวจสอบแบบ Non ex officio

3) ประเทศเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (ซึ่งในที่นี้จะหมายความรวมถึงกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย) แบบนามธรรมไว้ ได้แก่ รัฐบาลสหพันธ์ รัฐบาลของมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ ตามมาตรา 93 ส่วนการ

ตรวจสอบแบบรูปธรรม กำหนดไว้ในมาตรา 100 เมื่อศาลยุติธรรมทั่วไปเห็นว่า กฎหมายที่นำมาใช้ บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้รอการพิจารณาไว้ก่อน และส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นต่อไป

เมื่อเปรียบเทียบกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งใน รูปแบบนามธรรมและรูปธรรม โดยในกรณีนี้จะกล่าวถึงเฉพาะกรณีการตรวจสอบรูปแบบนามธรรม นั้นได้กำหนดบุคคลผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2560 ที่ได้กำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดตัวบุคคลผู้มีสิทธิเสนอเรื่องไว้ เนื่องจากได้กำหนดให้การตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติมเป็นขั้นตอนหนึ่งของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วนั่นเอง จึงไม่จำเป็นต้องรอให้มีผู้ใด ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ

5.2.3.3 ขั้นตอนของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาล รัฐธรรมนูญ

ขั้นตอนของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาล รัฐธรรมนูญ ทั้งของประเทศไทย ได้แก่ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และของต่างประเทศเฉพาะกลุ่มประเทศที่ยอมรับหลักการ ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ประเทศ ฮังการี และประเทศเยอรมนีนั้น นำเสนอการเปรียบเทียบได้เป็นรูปแบบของตาราง ดังนี้

ตาราง 2 เปรียบเทียบขั้นตอนการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ประเทศไทย		ประเทศโรมาเนีย	ประเทศอิตาลี	ประเทศเยอรมนี
ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560	กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนีย มาตรา 19-23 กำหนดกระบวนการไว้สรุปได้ดังนี้	กฎหมายพื้นฐานและรัฐธรรมนูญจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่ได้กำหนดขั้นตอนการตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องเวลาหรือขั้นตอนอย่างหนึ่งอย่างใด คงกำหนดแต่เพียงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการตรวจสอบ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญจัดตั้ง มาตรา 76-79 สำหรับการตรวจสอบแบบนามธรรม และรัฐธรรมนูญจัดตั้ง มาตรา 80-82a สำหรับการตรวจสอบแบบนามธรรม	
มาตรา 270 (7) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากการลงมติในวาระที่สามของรัฐสภาแล้ว และก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย สรุปได้ดังนี้	มาตรา 256 (9) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย สรุปได้ดังนี้	1. ก่อนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าสู่การพิจารณาของสภา ให้ผู้เสนอร่างฯ นำส่งร่างฯ ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา โดยศาลต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างฯ	รัฐธรรมนูแห่งอิตาลี มาตรา 24 (5) และ 24 (6) กำหนดกระบวนการไว้สรุปได้ดังนี้	
1. ให้ประธานรัฐสภาส่งร่างฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่อง	1. ผู้สิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภาว่า (1) ร่างฯ ขัดต่อมาตรา 255 หรือ (2) มีลักษณะตามมาตรา 256 (8)	2. การพิจารณาร่างฯ ให้ใช้มติ 2 ใน 3 ของจำนวนตุลาการทั้งหมด	1. เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องที่ยื่นต่อศาลตามมาตรา 24 (5) แล้ว ให้รับพิจารณาเป็นการด่วน ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน	
2. ศาลรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยได้เฉพาะกรณี (1) ร่างฯ ได้ตราขึ้นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือ (2) ร่างฯ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อมาตรา 268 หรือไม่ หรือ (3) ร่างฯ แก้ไขหลักการสำคัญพื้นฐานตามมาตรา 269 หรือไม่	2. ให้ประธานรัฐสภาส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ	3. เมื่อร่างฯ ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้ว ก่อนการประกาศใช้ให้นำส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยศาลต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 5 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างฯ		

5.2.3.4 ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ผลของคำวินิจฉัยย่อมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการดำเนินกระบวนการต่อไปของรัฐสภาผู้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยจะนำเสนอเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศเฉพาะกลุ่มที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนี้



ตาราง 3 เปรียบเทียบผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศที่ยอมรับหลักการให้
อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

ประเทศไทย		ประเทศโรมาเนีย	ประเทศฮังการี	ประเทศเยอรมนี
ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2558	รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560	หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาร่างฯ นั้นเสียใหม่ให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย มาตรา 23 (2))	หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่ากระบวนกรร่างรัฐธรรมนูญตามที่ประธานาธิบดีเสนอเรื่องเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้รัฐสภานำร่างฯ ดังกล่าวไปพิจารณาใหม่ (รัฐธรรมนูญมาตรา 24 (6) (a))	กรณีการตรวจสอบทั้งแบบนามธรรมและแบบรูปธรรม หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจะมีคำสั่งให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว
กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตราโดยไม่มีชื่อตามรัฐธรรมนูญ หรือมีข้อความขัดแย้งกับมาตรา 268 ให้รัฐธรรมนูญนั้นตกไป	รัฐธรรมนูญไม่ระบุถึงผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด	วินิจฉัยของศาล (กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย มาตรา 23 (2))	หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่ากระบวนกรร่างรัฐธรรมนูญตามที่มีผู้เสนอเรื่องตามมาตรา 24 (5) (b) ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกเพิกถอนร่างฯ นั้นเสีย (รัฐธรรมนูญ มาตรา 24 (6) (b))	คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมาย (รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 (2)) และให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ
หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างฯ เป็นการแก้ไขหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ส่งกลับคืนรัฐสภาเพื่อพิจารณา	หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าร่างฯ เป็นการแก้ไขหลักการพื้นฐานสำคัญตามมาตรา 269 ให้ส่งกลับคืนรัฐสภาเพื่อพิจารณา	วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย มาตรา 23 (2))	หากศาลรัฐธรรมนูญพบว่ากระบวนกรร่างรัฐธรรมนูญตามที่มีผู้เสนอเรื่องตามมาตรา 24 (5) (b) ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกเพิกถอนร่างฯ นั้นเสีย (รัฐธรรมนูญ มาตรา 24 (6) (b))	คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมาย (รัฐบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 (2)) และให้คำวินิจฉัยมีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ
ดำเนินการตามมาตรา 271 ต่อไป (ร่างรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 270 (7))				

โดยสรุปแล้ว จากที่ได้ศึกษาแนวทางของต่างประเทศในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า ประเทศที่กำหนดให้มีการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการประกาศใช้ คือ ประเทศโรมาเนีย ที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในตอนท้ายของมาตรา 146 (a) ที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ในลักษณะ Ex officio หรือการไม่จำเป็นต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่สภาพมีหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแก่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศอิตาลีกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ก่อนการประกาศใช้ และสามารถตรวจสอบได้เฉพาะกรณีที่กระบวนการร่างหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องมีผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หรือ Non-ex officio จึงเรียกได้ว่าประเทศไทยได้ดำเนินรอยตามแนวทางของประเทศทั้งสอง ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 นี้ ได้นำแนวคิดของประเทศโรมาเนียมาใช้ เนื่องจากประเทศโรมาเนียกำหนดให้การเสนอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะ ex officio หรือเป็นเงื่อนไขของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 270 (7) ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นำหลักการแบบประเทศอิตาลีมาใช้ โดยให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องมีการร้องขอจากผู้มีสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังที่ปรากฏในมาตรา 256 (9)

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในประเด็นของการกำหนดให้มีผู้เข้าชื่อเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในแง่ที่ว่า เมื่อกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญยังต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้บังคับ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 132) แล้วเหตุใดจึงไม่กำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านกระบวนการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องมีการเสนอเรื่องหรือมีคำร้องขอ? ทั้ง ๆ ที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หากประกาศใช้แล้วก็จะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ย่อมมีเนื้อหาและหลักการที่สำคัญกว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่กลับกำหนดให้ต้องมีผู้เสนอเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยได้ หากไม่มีผู้ใดยื่นคำร้องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้วไซ้ร้นผ่านพ้นกระบวนการประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแล้ว แต่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่ากระบวนการแก้ไขหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็จะทำให้เกิดปัญหาได้ ซึ่งถึงเวลานั้น ก็อาจมีการ

เสี่ยงไปใช้ช่องทางในมาตราอื่น ๆ เช่น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญขึ้นมาให้เป็นที่ได้แย้งของนักวิชาการได้อีก

5.3 สรุปผลการวิเคราะห์ประเด็นการกำหนดให้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ

เมื่อวิเคราะห์ถึงสถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน พบว่ามีความวุ่นวายขัดแย้งเกิดขึ้นอยู่เสมอ โดยเฉพาะความวุ่นวายที่เกิดขึ้นในองค์กรนิติบัญญัติและบริหาร เพราะปัญหาสำคัญที่สุดของประเทศไทยคือ คนไทยไม่เข้าใจการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง ทั้งประชาชนผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งที่ยังขาดความรู้ความเข้าใจและขาดสำนึกในการปกป้องประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนโดยส่วนรวม โดยมักยังนึกถึงแต่ประโยชน์ของตนหรือพวกพ้องของตนเป็นหลัก และผู้แทนราษฎรที่เป็นตัวแทนของปวงชนในการออกกฎหมายต่างก็ไม่สำนึกในหน้าที่อันทรงเกียรติ ไม่มีจิตวิญญาณของความเป็นประชาธิปไตย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามิใช่ประชาธิปไตยที่ถูกต้อง เพราะประชาชนไม่เคยเป็นผู้เรียกร้องประชาธิปไตยอย่างแท้จริงมาตั้งแต่สมัยการเปลี่ยนแปลงการปกครอง มีเพียงกลุ่มคนกลุ่มเล็ก ๆ เท่านั้นที่เรียกร้องประชาธิปไตยและสุดท้ายก็แย่งชิงอำนาจกันเอง คนส่วนใหญ่ของประเทศไม่ได้รับรู้หรือมีความรู้สึกร่วมกันเหมือนดังเช่นเหตุการณ์ประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา หรือการปฏิวัติของฝรั่งเศส จิตวิญญาณของความเป็นประชาธิปไตยของคนไทยจึงมีน้อยและทำให้การปกครองนับแต่นั้นมีความลุ่ม ๆ ดอน ๆ ด้วยยังไม่อาจรวมจิตใจของประชาชนให้เข้าใจถึงหัวใจของการปกครองในระบอบนี้ ด้วยเหตุนี้ ในทัศนะของผู้วิจัยเห็นว่า ประชาชนยังไม่อาจให้ความไว้วางใจในตัวผู้แทนของตนได้อย่างสมบูรณ์ จึงสมควรมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้มีกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและร่างกฎหมาย รวมถึงการให้ศาลยุติธรรมสามารถเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แต่การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยเกิดขึ้นในประเทศไทย เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถูกมอบให้เป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ การใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐสภาก็ควรถูกตรวจสอบได้ ซึ่งองค์กรที่ผู้วิจัยเห็นว่าเหมาะสมที่สุดคือองค์กรตุลาการ เพราะธรรมชาติขององค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง แต่จะเป็นองค์กรตุลาการที่เป็นศาลยุติธรรมทั่วไปไม่ได้ เพราะศาลยุติธรรมเกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญและมีระดับของการใช้อำนาจเทียบเท่ากับฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร อีกทั้งที่มาของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของไทยมาจากการสอบคัดเลือก และเป็นผู้พิพากษาที่ปฏิบัติงานในหน้าที่

ในลักษณะเป็นวิชาชีพหนึ่ง มิได้ผ่านความเห็นชอบขององค์กรนิติบัญญัติที่มีที่มาจากประชาชน จึงไม่สมควรเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีองค์กรพิเศษคือศาลรัฐธรรมนูญที่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยอรรถคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทด้านรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจึงควรเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แม้ความเห็นของคณะนิติราษฎร์จะไม่เห็นด้วยที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพราะเกรงว่าจะเป็นการทำให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเหนือองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญอื่น ๆ ซึ่งประเด็นนี้ผู้วิจัยได้วิเคราะห์ตามหลักการ แนวคิด และทฤษฎีที่สนับสนุนการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ จึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง การละเว้นไม่บัญญัติไว้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจมีความชอบธรรมในการวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งแตกต่างจากประเทศเยอรมนีที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นกฎหมาย แม้กฎหมายพื้นฐานจะไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นกฎหมาย หากไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ย่อมเกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายนำไปสู่วังวนเดิม ๆ ที่จะลุกลามเป็นปัญหาใหญ่ต่อไปในอนาคต

แต่เพื่อให้การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างชอบธรรม จึงควรให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาที่มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยอาจไม่จำเป็นต้องมาจากการเลือกของประชาชนโดยตรง แต่มาจากความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชน ก็ย่อมทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมในการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ สอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่กล่าวว่า “การประกันความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรตุลาการสามารถกระทำได้โดยการให้องค์กรอื่นมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรนิติบัญญัติที่เป็นตัวแทนของประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพราะอำนาจรัฐจะต้องใช้เพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่ จึงต้องคำนึงถึงพื้นฐานที่มาจากประชาชนเสมอ”³¹³ และความเห็นของปุนเทพ ศิริพงษ์ที่กล่าวว่า “การจะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มิใช่สิ่งที่แปลกปลอมในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้น การที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีเขตอำนาจดังกล่าว จำเป็น

³¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. หน้า 89-90

อย่างยิ่งที่ต้องคำนึงถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีจุดยึดโยงกับประชาชน โดยอย่างน้อยที่สุด การเข้าสู่ตำแหน่งต้องเป็นไปโดยความเห็นชอบของผู้แทนประชาชน เพื่อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถอ้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการตรวจสอบการกระทำของรัฐสภาซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในฐานะผู้แทนประชาชน”³¹⁴

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 เฉพาะประเด็นการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อาจสรุปผลการศึกษาในภาพรวมได้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ได้ก่อนการประกาศใช้บังคับ ซึ่งมีความเหมือนกันกับรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียและประเทศฮังการี ในส่วนของการตรวจสอบรูปแบบหรือเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น รัฐธรรมนูญของโรมาเนียไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจน จึงอาจอนุมานได้ว่าสามารถตรวจสอบได้ทั้งสองลักษณะ แตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศฮังการีที่บัญญัติไว้ชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้เฉพาะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมเท่านั้น ไม่รวมถึงเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่ามีข้อแตกต่าง คือ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2558 กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 270 (7) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบทั้งในกระบวนการตราและเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ส่วนรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้เฉพาะในส่วนของเนื้อหาเท่านั้น โดยสังเกตได้จากถ้อยคำในมาตรา 256 (9) ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่า ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 255 ซึ่งเป็นข้อจำกัดการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือเป็นกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เข้าข่ายมาตรา 256 (8) ซึ่งจะทราบว่าเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เข้าข่ายหลักเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ ต้องพิจารณาในเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น โดยไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการแก้ไขด้วย

เมื่อวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ผู้วิจัยมีข้อสังเกตที่เห็นควรให้มีการศึกษาเพิ่มเติมต่อไปเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาสาระเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ที่จะเข้าข่ายเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม

³¹⁴ ปูนเทพ ศิริบุษย์, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments)." หน้า 52

รัฐธรรมนูญที่เข้าข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 255 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเด็ดขาด ห้ามมิให้รัฐสภาแก้ไข หรือจะเข้าข่ายเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ต้องอาศัยกระบวนการพิเศษตามมาตรา 256 (8) ที่ต้องผ่านกระบวนการลงประชามติก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เนื่องจากมาตรา 256 (8) กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ต้องให้ประชาชนลงประชามติเสียก่อน โดยเมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 2 หมวด 1 บททั่วไป ที่บัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือถ้อยคำในมาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” หากมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น แก้ไขไม่ให้มีองค์กรตุลาการ หรือแก้ไขจนเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ เช่นนี้ ย่อมเข้าข่ายเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญในหมวดที่ 1 ที่ต้องผ่านการลงประชามติเสียก่อน และเข้าข่ายเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งเป็นข้อจำกัดหรือข้อห้ามเด็ดขาดมิให้รัฐสภาแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทั้งสองกรณี

ส่วนบุคคลผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดไว้แตกต่างกัน โดยร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2558 กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย ที่บัญญัติให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดในประเด็นดังกล่าวไว้ในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งฮังการี ที่บัญญัติให้มีบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้นมีความพิเศษแตกต่างไปจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีไม่ได้กำหนดบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีวินิจฉัยว่าตนมีเขตอำนาจในการตรวจสอบได้เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนีต้องทำเป็นกฎหมาย มิใช่ทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เมื่อ

กฎหมายพื้นฐานกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แล้วก็ย่อมมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นกัน เพราะมีสถานะเป็นกฎหมายเหมือนกัน แต่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้นกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยเหตุนี้ ขอบเขตและกระบวนการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและประเทศเยอรมนีจึงมีความแตกต่างกันดังที่ได้ศึกษาไปแล้วข้างต้น

จากหลักการ ทฤษฎี แนวคิด แนวทางของต่างประเทศ ประกอบการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้วิจัยมีความเห็นสมควรให้บัญญัติบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดซ้ำรอยปัญหาที่เกิดขึ้นช่วงปี พ.ศ. 2555-2556 ที่ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับให้ใช้หลักการตามมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ว่าด้วยสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาเป็นช่องทางในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถือเป็น การตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้กว้างขวาง ขยายขอบเขตการใช้อำนาจเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ แม้ในห้วงเวลาดังกล่าว การกระทำของศาลรัฐธรรมนูญอาจถือได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้า แต่เนื่องจากเมื่อไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นไปได้ยากที่การตีความอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับจากทุกฝ่าย เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่วินิจฉัยประเด็นพิพาทในทางรัฐธรรมนูญที่มักจะเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับปัญหาทางการเมือง ผู้เสียประโยชน์จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่พึงพอใจ ทั้งการตีความเช่นนี้เป็น การตีความโดยไม่เคารพต่ออำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติ เป็นการไม่เหมาะสมและไม่ชอบธรรมในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว ก็ถือเป็น การแก้ไขปัญหาดังกล่าวเพราะเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนเป็นดับทกฎหมายแล้ว การจะโต้แย้งคัดค้านก็เป็นไปได้ยาก

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาตั้งแต่บทที่ 2 จนถึงบทที่ 5 ทำให้ทราบถึงที่มาของแนวคิดของการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีการพัฒนาแนวคิดมาอย่างยาวนานนับตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเริ่มจากแนวคิดการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งมีนักวิชาการผู้ยิ่งใหญ่ที่มีความเห็นแตกต่างกันและให้แนวคิดที่ทรงคุณค่าแก่วงการกฎหมายรัฐธรรมนูญมาจนถึงทุกวันนี้สองท่านคือ Carl Schmitt และ Hans Kelsen โดยซมิตต์เป็นผู้เริ่มแรกที่เสนอก่อนว่าประธานาธิบดีควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เพราะข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิพาทในเชิงการเมือง มิใช่เชิงกฎหมาย และประธานาธิบดีมีความเป็นกลาง มีความชอบธรรมในการเข้าสู่อำนาจเพราะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน แต่เคลเซนเป็นฝ่ายสนับสนุนการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากเคลเซนเห็นว่า ประธานาธิบดีก็ไม่ได้มีความเป็นกลางอย่างแท้จริง แม้จะได้รับเลือกตั้งจากเสียงข้างมาก แต่เสียงข้างมากก็ไม่ใช่ประชาชนทั้งประเทศ และศาลรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองและให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของเสียงข้างน้อยในการต่อสู้กับเสียงข้างมาก ในกรณีที่เสียงข้างมากไม่ได้ปฏิบัติตามหลักนิติธรรมและใช้อำนาจในทางมิชอบ ทำให้เสียงข้างน้อยได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น จากแนวคิดของนักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้ยิ่งใหญ่ทั้งสองท่าน ประกอบกับสถานการณ์ทางการเมืองของแต่ละประเทศทั่วโลก จะเห็นได้ว่าประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเห็นด้วยกับแนวคิดของเคลเซนโดยจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ยกเว้นบางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Anglo-Saxon ที่ยังยึดหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบ Decentralized system ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจตรวจสอบแทนศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Continental หรือ Civil Law

เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญและความเป็นรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าแม้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ แต่เพื่อให้รัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งมีความทันสมัย สอดคล้องกับสถานการณ์ของบ้านเมือง การคลายความแข็งกระด้างของหลักความเป็น

กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญจึงต้องผ่อนคลายเป็นการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญได้ แต่เพื่อคงไว้ซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ หรือการคงความศักดิ์สิทธิ์แห่งรัฐธรรมนุญไว้ จึงต้องกำหนดกระบวนการ เงื่อนไข และเนื้อหาสาระในการแก้ไขรัฐธรรมนุญให้มีความพิเศษแตกต่างไปจากการแก้ไขกฎหมายทั่วไป โดยส่วนใหญ่แล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญนั้น รัฐธรรมนุญมักจะมอบอำนาจให้แก่องค์กรนิติบัญญัติทำหน้าที่แทนการตั้งหน่วยงานเฉพาะกิจเป็นคราว ๆ ไป เช่น สภาร่างรัฐธรรมนุญ เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญมักไม่ได้แก้ไขมากหรือแก้ไขทั้งฉบับ ประเทศส่วนใหญ่ในโลกนี้จึงมักใช้แนวทางของการให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่แทน เพราะเป็นผู้มีความชอบธรรมในทางการเมืองเนื่องจากมีที่มาจากประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่กระนั้น ดังที่อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ได้กล่าวไว้ในหนังสือ The Federalist ว่า ตัวแทนของประชาชนก็ทำให้ประชาชนไม่ ด้วยเหตุผลเดียวกันกับที่เคลเซนคัดค้านการให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนุญ เพราะเสียงข้างมากที่เลือกผู้แทนของปวงชนก็ทำให้เสียงของประชาชนทั้งประเทศไม่ ทั้งยังมีเหตุการณ์ปรากฏจากหลาย ๆ ประเทศในโลก รวมถึงประเทศไทย ที่ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญโดยมิชอบ หรือร่างรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นมีเนื้อหาสาระที่ขัดต่อหลักการสำคัญอันเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนุญ จึงมีการพัฒนาแนวคิดต่อยอดจากเดิมที่ให้ศาลรัฐธรรมนุญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย ให้ศาลรัฐธรรมนุญมีอำนาจเพิ่มขึ้นจากเดิมให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของร่างรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมได้

ในช่วงแรกของแนวคิดดังกล่าว ประเทศในโลกส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดเป็นบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนุญอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนุญ แต่ศาลรัฐธรรมนุญวินิจฉัยตีความและตีความว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญได้ โดยบางประเทศอาศัยเหตุผลว่าเพราะรัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติมของประเทศตนนั้นต้องเสนอเป็น “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญ” มิใช่ “รัฐธรรมนุญแก้ไขเพิ่มเติม” ดังนั้น ด้วยสถานะที่เป็น “กฎหมาย” เช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไป ศาลรัฐธรรมนุญจึงมีอำนาจในการพิจารณากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญได้ ตัวอย่างได้แก่ ประเทศเยอรมนี แม้จะมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ถึงการตีความดังกล่าวว่าเป็นการขยายขอบเขตของอำนาจศาลรัฐธรรมนุญให้กว้างขวางยิ่งขึ้น แต่กระนั้น จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ยังไม่พบว่าศาลรัฐธรรมนุญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะได้วินิจฉัยว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญแต่อย่างใด

จากปัญหาที่เกิดขึ้นทำให้อีกหลายประเทศเล็งเห็นว่า การไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนุญอย่างชัดเจนตั้งแต่จะก่อให้เกิดปัญหาในความชอบธรรมของศาลรัฐธรรมนุญที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงมีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนุญให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญได้ โดยมีรายละเอียดของกระบวนการและเงื่อนไขที่แตกต่างกันไป

แต่ละประเทศ เช่น ประเทศโรมาเนีย และประเทศฮังการี ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งนอกจากจะเป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้อยู่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ด้วยเหตุที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นให้มีภารกิจเฉพาะกรณี เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องถูกบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความขอบเขตแห่งอำนาจของตนด้วยความเคร่งครัดอีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงประเทศไทย นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475 จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นประชาธิปไตย มีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้วรวมทั้งสิ้น 19 ฉบับด้วยกัน ทั้งที่เป็นรัฐธรรมนูญถาวรและรัฐธรรมนูญชั่วคราว ด้วยสาเหตุของการเมืองที่พลิกผันอยู่เสมอ มีการปฏิวัติรัฐประหารเกิดขึ้นบ่อยครั้ง รัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะไม่มั่นคง ถูกเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาตามสถานการณ์ทางการเมืองและผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศในขณะนั้น รัฐธรรมนูญถูกใช้เป็นเครื่องมือในการตอบโต้ฝ่ายตรงข้ามจนแทบจะเรียกได้ว่า รัฐธรรมนูญสูญเสียจิตวิญญาณแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ต้องดำรงไว้ซึ่งหลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการปกครองและสิทธิเสรีภาพของปวงชน รวมถึงหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในหลาย ๆ สมัย ก็พยายามนำหลักการที่ดีและเหมาะสมมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ หนึ่งในนั้นคือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ปรากฏได้อย่างเด่นชัดเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่กระนั้นก็ยังไม่มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องด้วยยังไม่ปรากฏเป็นปัญหาชัดเจนเด่นชัด จนกระทั่งในช่วงของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 พบว่ามีการยื่นคำร้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยผู้ยื่นคำร้องต่างหาช่องทางที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งการยื่นคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 154 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ และมาตรา 68 การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อช่องทางตามมาตรา 154 นั้นชอบแล้ว คือ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าศาลไม่สามารถรับคำร้องของผู้ร้องที่ยื่นเข้ามาตามมาตรา 154 ได้เพราะมาตรา 154 เป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหาใช่ร่างพระราชบัญญัติไม่ แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อช่องทางตามมาตรา 68 ทั้งสองฉบับนั้น ศาลรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ร้องเข้าข่ายเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศด้วยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่าการล้มล้างการปกครองหรือการได้มาซึ่งอำนาจ

ในการปกครองโดยวิธีทางที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ควรมีความหมายเพียงการกระทำที่เป็นไปในลักษณะของการปฏิวัติรัฐประหาร หรือถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะต้องเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากเดิมที่เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นการปกครองรูปแบบอื่น หรือการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจากเดิมที่เป็นรัฐเดี่ยวให้กลายเป็นสหพันธรัฐ เป็นต้น ซึ่งถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 68 นี้ จะต้องตีความโดยเคร่งครัด แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ร้องมิได้เข้าลักษณะตามเงื่อนไขหลักเกณฑ์ของมาตรา 68 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีชอบ เป็นการตีความในลักษณะขยายความให้อำนาจแก่ตนเอง

แต่ในทัศนะของผู้วิจัยแล้ว เหตุการณ์การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาดังกล่าว คือ ปี พ.ศ. 2555-2556 พบว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเนื้อหาที่ต้องการแก้ไขนั้น มีข้อที่น่าเคลือบแคลงสงสัยอยู่หลายประการ ในส่วนกระบวนการแก้ไข เช่น การเสียบบัตรลงคะแนนแทนกัน การกำหนดวันแปรญัตติที่กระชั้นชิด การเปลี่ยนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอต่อสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเป็นคนละฉบับกับที่พิจารณาในที่ประชุมรัฐสภา หรือในส่วนของเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้จะแก้ไขมาตรานี้เพียงมาตราเดียว แต่เนื้อแท้แล้วมีเจตนาที่จะให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ จึงเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีข้อสังเกตถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความไม่ชอบธรรมหลายประการดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 5 เมื่อประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ และปรากฏว่ามีการยื่นคำร้องผ่านช่องทางมาตรา 68 การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นช่องทางสุดท้ายของประชาชนที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญช่วยเหลือเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกทำลายด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบธรรม การที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยก็ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำในลักษณะการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้า ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการและทฤษฎีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและค่านายตาของนักวิชาการเป็นอย่างมาก แต่ศาลรัฐธรรมนูญเล็งเห็นแล้วว่า หากศาลรัฐธรรมนูญยื่นหยัดกับหลักการถ้อยคำที่บัญญัติเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดแล้ว อาจทำให้ประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนต้องเสียหายจากการกระทำของกลุ่มบุคคลไม่กี่คนและยากแก่การฟื้นคืนให้ดีขึ้นได้

ด้วยปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ ผู้วิจัยได้วิเคราะห์สภาพการเมืองของประเทศไทยประกอบกับแนวทางของต่างประเทศดังที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 3 ที่แบ่งประเภทเป็นประเทศที่ไม่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่

ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศสโลวีเนีย และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่ยอมรับ แม้กระทั่งหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยบัญญัติห้ามมิให้ ศาลยุติธรรมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและสนธิสัญญา เมื่อรัฐธรรมนูญ กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม แห่งเนเธอร์แลนด์จึงไม่อาจมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ส่วนประเทศสโลวีเนียและประเทศฝรั่งเศส แม้จะยอมรับหลักการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศไม่ได้กำหนด บทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนั้น ศาล รัฐธรรมนูญแห่งสโลวีเนียและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสจึงตีความบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดว่าตนไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ และจากการศึกษาไม่ปรากฏว่าประเทศทั้งสามนี้จะมีปัญหาหรือข้อพิพาท ใด ๆ เกี่ยวกับการไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่กระนั้น แม้ประเทศเหล่านี้จะยังไม่ปรากฏปัญหาในประเด็นอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ตาม ก็ไม่อาจรับประกันได้ว่าใน อนาคตจะไม่มีปัญหานี้เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าการตีความรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้เป็นการก้าวล่วงการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นการ ตีความตามหลักการที่ให้ตีความโดยเคารพต่ออำนาจขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สิ่งที่ สำคัญยิ่งกว่าการคำนึงถึงการใช้อำนาจขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ คือ การคำนึงถึงประโยชน์ของ ประชาชนและประเทศชาติ และการพิทักษ์เจตนารมณ์และหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญให้พ้นจาก การใช้อำนาจในทางมิชอบขององค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ

ส่วนประเทศที่ยอมรับหลักการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ได้แก่ ประเทศโรมาเนีย ประเทศฮังการี และประเทศเยอรมนี โดยประเทศ โรมาเนียและฮังการีนั้น มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ให้มีอำนาจในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่จะกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการตรวจสอบที่แตกต่างกันไป การที่ประเทศทั้งสองมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาล รัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนย่อมทำให้ปัญหาในการตีความอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญลดลงจนถึงไม่มี ปัญหา แต่ประเทศเยอรมนีมีความพิเศษ เนื่องจากถึงแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดบทบัญญัติให้ อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่าง รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าตนมีอำนาจตรวจสอบ เนื่องจากการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของเยอรมนีนั้นเป็นการแก้ไขในรูปแบบ “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

มิใช่ “รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” เมื่อรัฐธรรมนูญเยอรมนียอมรับหลักการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในฐานะที่เป็นกฎหมายเหมือนกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงตีความว่าตนมีอำนาจตรวจสอบ “กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” แต่การที่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีไม่ได้บัญญัติให้อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นถ้อยคำชัดเจน ก็อาจเกิดปัญหาในอนาคตได้ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญกลับแนวทางคำวินิจฉัยแต่เดิมที่วินิจฉัยว่าตนมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะหลักการที่อาศัยเพียงการตีความรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติส่วนอื่นที่แม้จะเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอันอาจนำมาตีความเทียบเคียงเหมือนบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งยังไม่อาจรับประกันความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้ อีกทั้งประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่ศาลไม่จำเป็นต้องผูกพันตนในการวินิจฉัยตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาคำสั่งมาก่อน ๆ แตกต่างจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ที่ยึดหลัก Stare decisis และ Doctrine of Precedent จึงมีโอกาสเป็นไปได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเยอรมนีจะกลับคำวินิจฉัยในอนาคต

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรให้มีการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ชัดเจน เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชอบธรรมของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่อาศัยช่องทางในเรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาเป็นข้ออ้างในการให้อำนาจแก่ตนเองเพื่อตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และสอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และคุ้มครองเสียงข้างน้อยจากการใช้อำนาจในทางมิชอบของเสียงข้างมาก และสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยม โดยศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ให้หลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับการคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐในทางมิชอบ แต่เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมยิ่งขึ้น เห็นสมควรให้บัญญัติที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้มีจุดยึดโยงกับประชาชน โดยผ่านความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับการเลือกตั้งของประชาชน และให้มีการตรวจสอบบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องทรัพย์สินและหนี้สิน รวมถึงการกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่กระทำการอันเป็นการทุจริตประพฤติมิชอบด้วย

เมื่อมีการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) นำโดย พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบกในขณะนั้น จึงเป็นโอกาสในการกำหนดหลักการดังกล่าวลงในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำเสร็จสิ้นในปี พ.ศ. 2558 เพื่อเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติติงมติว่าเห็นชอบด้วยหรือไม่นั้น ได้กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างละเอียดและ

ชัดเจนยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญของต่างประเทศบางประเทศ แต่กระนั้น สภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ส่งผลให้ต้องมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเสร็จสิ้นในปี พ.ศ. 2559 ที่นำไปให้ประชาชนลงประชามติ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเช่นกัน หากแต่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่แตกต่างไปจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ โดยผลของการลงประชามตินั้นปรากฏว่าประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้มาลงคะแนนเสียงประชามติด้วยเสียงข้างมากให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2559 และได้ประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว เมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ถือได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจะต้องจับตามองต่อไปถึงผลการใช้บังคับตามบทบัญญัตินี้ว่าจะเกิดประสิทธิภาพหรือเกิดปัญหาอุปสรรคอย่างไรหรือไม่ เพื่อที่จะได้มีการพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขให้บทบัญญัติดังกล่าวเกิดผลสัมฤทธิ์และเป็นประโยชน์กับประชาชนและประเทศชาติมากที่สุด

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้วิจัยได้ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว มีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) โดยเพิ่มเติมขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 ที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างละเอียดและคำนึงถึงหลักการสำคัญพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่หากมีการแก้ไขจะต้องให้ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในขั้นสุดท้าย ซึ่งหลักการสำคัญพื้นฐานนั้น คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อย่างครอบคลุมทั้งเรื่องของโครงสร้างการเมืองการปกครอง สิทธิเสรีภาพของปวงชน การงบประมาณแผ่นดิน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ การปฏิรูปประเทศ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกระบวนการแก้ไขไม่ได้ยากมากไปกว่าที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 แต่จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนของการลงมติของที่ประชุมรัฐสภาไว้อย่างยากแก่การปฏิบัติตามเป็นอย่างยิ่ง ทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากเกินสมควร ทำให้รัฐธรรมนูญมีความ

แข็งกระด้าง ไม่ยืดหยุ่นต่อสถานการณ์และอาจไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา และในท้ายที่สุดก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในภายหลังได้ว่า เมื่อไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ ก็จะมีการรัฐประหารเพื่อทำลายรัฐธรรมนูญขึ้นได้อีก

2. ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) โดยที่บทบัญญัติในมาตรา 270 (7) แห่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 กำหนดให้การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ก็เป็นการให้หลักประกันแก่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและเป็นการคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐที่อาจเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอีกทางหนึ่ง แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ต้องมีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ หากไม่มีผู้ใดยื่นคำร้อง และกาลต่อมาภายหลังปรากฏว่าบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้ประกาศใช้บังคับแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะเป็นการยากต่อการแก้ไขให้ถูกต้อง เช่นนี้อาจทำให้การพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่อาจสัมฤทธิ์ผลได้อย่างเต็มที่ เพราะต้องขึ้นอยู่กับว่าสมาชิกของสภาจะยื่นคำร้องหรือไม่ อาจก่อให้เกิดปัญหาพิพาทในวงการนิติศาสตร์เฉกเช่นเดียวกับการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นของการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในช่วงเวลายังไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบประเด็นดังกล่าวที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องนำบทบัญญัติอื่นมาเทียบเคียงให้อำนาจแก่ตนเอง ทำให้เกิดเป็นข้อครหาถึงความไม่ชอบธรรมของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้

3. ควรปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) เนื่องจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. พ.ศ. 2558 กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ทั้งรูปแบบหรือกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมและเนื้อหาหรือข้อความในบทบัญญัติ ถือได้ว่าเป็นการบัญญัติถ้อยคำให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยกำหนดขอบเขตอำนาจไว้ชัดเจน แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดไว้เพียงแค่ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกรณีที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 หรือกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเข้าเงื่อนไขที่จะต้องให้ประชาชนลงประชามติให้ความเห็นชอบเสียก่อนตามมาตรา 256 (8) เพียงสองกรณีเท่านั้น จากการตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 (9) ดังกล่าวเห็นได้ชัดว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรวจสอบกระบวนการแก้ไข

เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่ไม่มีหลักเกณฑ์ใดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบประเด็นนี้ได้ อาจกลายเป็นปัญหาในอนาคตที่มีข้อพิพาทว่าศาลรัฐธรรมนูญนำหลักการในรัฐธรรมนูญมาเทียบเคียงเพื่อให้อำนาจแก่ตนเอง ซึ่งจะกลายเป็นความไม่ชอบธรรมของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

4. ควรพิจารณาทบทวนในประเด็นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จะเข้าข่ายเป็นข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ตามมาตรา 255 หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เข้าข่ายตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 256 (8) ที่จะต้องให้ประชาชนลงประชามติเสียก่อน เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นถ้อยคำที่อยู่ในหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วย เมื่อมาตรา 256 (8) กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติเสียก่อน จึงเป็นข้อสังเกตที่ควรศึกษาเพิ่มเติมต่อไปว่า หากรัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันเข้าข่ายเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เช่น การแก้ไขมิให้มีองค์กรตุลาการ หรือเป็นการแก้ไขในลักษณะอันเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนี้ จะเข้าข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 255 ซึ่งเป็นบทห้ามเด็ดขาดมิให้รัฐสภาแก้ไข หากรัฐสภาดำเนินการแก้ไข ย่อมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปราศจากอำนาจรองรับ หรือเข้าข่ายเป็นเพียงบทบัญญัติพิเศษที่ต้องผ่านกระบวนการลงประชามติเสียก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ตามมาตรา 256 (8) เนื่องจากคำว่า “การเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นถ้อยคำที่ถูกระบุไว้ทั้งสองมาตรา อาจเกิดเป็นปัญหาในการตีความและการบังคับใช้ได้ในอนาคต

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีผลใช้บังคับแล้ว ในฐานะประชาชนคนไทยคนหนึ่ง ผู้วิจัยคาดหวังว่าจะได้เห็นการเมืองการปกครองและการใช้อำนาจรัฐที่ใสสะอาด และให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครองอย่างแท้จริงมากยิ่งขึ้น หากคนไทยมีจิตสำนึกในความเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริงแล้ว ถึงแม้จะกำหนดกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรใด การใช้อำนาจในทางที่ผิด การกระทำอันเป็นการทุจริต หรือการประพฤติมิชอบต่อตำแหน่งหน้าที่ ก็ย่อมพบได้น้อยลงหรือไม่พบเลย เพราะการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง มิใช่มีแต่กระบวนการเลือกตั้งหรือหลักการเสียงข้างมากเพียงอย่างเดียว แต่การใช้อำนาจที่ได้รับความ

ไว้วางใจของประชาชนนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมายและชอบธรรมตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ด้วย สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี (เจี๊อม อินทปญญ) หรือท่านพุทธทาสภิกขุที่ได้กล่าวไว้เกี่ยวกับประชาธิปไตยว่า “ประชาธิปไตยคือ ประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่ ไม่ใช่ประชาชนเป็นใหญ่ ประชาชนเป็นใหญ่นั้นมันไม่แน่ ประชาชนบ้าบอก็ได้ ของประชาชน โดยประชาชน ถ้าประชาชนเห็นแก่ตัวแล้วฉิบหายหมด” ถ้อยคำนี้ตีความได้อย่างชัดเจนว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนและประเทศชาติเป็นสำคัญ มิใช่คำนึงถึงคำว่า “เสียงข้างมาก” จนอาศัยช่องว่างของหลักเสียงข้างมากบิดเบือนความเป็นประชาธิปไตยที่แท้จริง



รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์. "องค์การพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย". ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต (2541).

กองบรรณาธิการ. บทสัมภาษณ์ความเห็นทางวิชาการ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. วารสารจตุรนิติ ปีที่ 7, ฉบับที่ 4 (เดือนกรกฎาคม - สิงหาคม 2553).

กิตติศักดิ์ ปรกติ. กิตติศักดิ์ : การปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข [Online]. 6 พฤษภาคม 2557. Available from: https://www.isranews.org/isranews-article/item/29143-ktt_29143.html

———. ปัญหาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ [Online]. 2555. Available from: <https://goo.gl/1bkMsO>

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

เกรียงไกร รอบรู้. ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550). นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

ขจรชัย ชัยพิพัฒน์นันท์. การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

คณะนิติราษฎร์. "แถลงการณ์คณะนิติราษฎร์ เรื่อง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับออกเสียงประชามติ." 2559. "คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489."

"คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68." ศาลรัฐธรรมนูญ.

"คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 เรื่อง คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68." ศาลรัฐธรรมนูญ.

"คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เรื่อง ประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154

- วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่." ศาลรัฐธรรมนูญ.
- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.
- ชมพูนุท ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- เชาวนะ ไตรมาศ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ [Online]. 9 มกราคม 2548. Available from: <http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=704>
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. "ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิตต์ และฮัลส์ เคลเซ่น [Online]. 2554. Available from: <https://goo.gl/YBuZ56>
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. บทบรรณาธิการ [Http://www.Public-Law.Net](http://www.Public-Law.Net) ครั้งที่ 296 [Online]. 2555. Available from: <https://goo.gl/EEUKW0>
- . รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.
- . รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทาง การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.
- นาถะ ดวงวิชัย. "ความต่างของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสภาปฏิรูปแห่งชาติลงมติ ร่างรัฐธรรมนูญเบื้องต้น และร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ (ปี 59)." edited by ว่าที่ร้อยตรีตำรวจโท เสกสรรค์ เอกวิริยะวิทย์, นายวีรวัฒน์ เปรมนิธิวัฒน์, นางสาวกิริมย์พร สุดใจ, นางพรหมพักตร์ ศรีสมุทร and นางสาวกรอุมา ประเสริฐ. กรุงเทพฯ: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544.
- . "ระบอบทักษิณ" กำลังเดินตามรอย "ระบอบนาซี" [Online]. 2556. Available from: <https://goo.gl/7BP2SV>
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- . กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

- . คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- . ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 [Online]. Available from: http://kpi.ac.th/media/pdf/M7_14.pdf
- บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. "ทฤษฎีรัฐธรรมนูญ" ของ Carl Schmitt. รัฐศาสตร์สาร ปีที่ 35, ฉบับที่ 3 (กันยายน-ธันวาคม 2557 2557).
- ปุนเทพ ศิริบุพผะ. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการ (Judicial Review of Constitutional Amendments) [Online]. พฤศจิกายน 2555. Available from: <https://goo.gl/bZ80YZ>
- . ทฤษฎีและแนวความคิดว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. รัฐสภาสาร ฉบับที่ 4 (2556): 25.
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. "ดร.พรสันต์"วิพากษ์ 40 สว. เข้าใจมาตรา 68 แค่นี้ ? ศาลรธน.ต้องระมัดระวัง !!! [Online]. 3 เมษายน 2556. Available from: <https://goo.gl/nv28M7>
- ไพโรจน์ ชัยนาม. คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พานิชสุภาพ, 2495.
- โกคิน พลกุล. ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: โครงการศึกษานโยบายสาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529.
- รัชกาลที่ 10 ทรงรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับผ่านการลงประชามติ เรื่องพระราชอำนาจ. [Online]. 2560. Available from: <https://prachatai.com/journal/2017/01/69572>
- "รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 วันจันทร์ที่ 21 กรกฎาคม 2540."
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. วารสารจตุลนิติ ปีที่ 7 ฉบับที่ 4 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2553).
- . หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม [Online]. 2 กุมภาพันธ์ 2014. Available from: <http://www.enlightened-jurists.com/page/100/The-Rule-of-Law.html>
- วิจิตรา ฟุ้งลัดดา. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2523.
- วิชญ์ เครื่องงาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530.
- เว็บไซต์ iLaw. คำถามพ่วง: เห็นชอบให้ส.ว.ที่มาจากการแต่งตั้ง ร่วมกับ ส.ส.เลือกนายกฯ หรือไม่? [Online]. 2559. Available from: <https://ilaw.or.th/node/4195>

- สมคิด เลิศไพฑูรย์. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ
ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดิน
ของรัฐสภา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและ
เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- ส่องสถานการณ์ “ปี 2560” ปัจจัยขยับโรดแมป “รบ.-คสช. “. [Online]. 2560. Available from:
https://www.matichonweekly.com/column/article_20633
- อภิญา แก้วกำเหนิด. การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูป : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมาย
เปรียบเทียบกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย. นิติศาสตรมหา
บัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- อักษรพร จุฬารัตน. "บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย". นิติรัฐในสังคมไทย (2522).
- เอกณรงค์ เฉิดพันธ์. ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่าง
องค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214. วารสารศาล
รัฐธรรมนูญ ปีที่ 12 เล่มที่ 35 (เดือนพฤษภาคม-สิงหาคม พ.ศ. 2553).
- เอกสารเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเสนอ สปช. ปี พ.ศ. 2558. [Online]. Available from:
http://cdc.parliament.go.th/draftconstitution/more_news.php?cid=67

ภาษาอังกฤษ

Act Cli of 2011 on the Constitutional Court.

Barak, A. Unconstitutional Constitutional Amendments. (2011).

Baranger, D. The Language of Eternity: Constitutional Review of the Amending Power
in France (or the Absence Thereof). (2011).

Borowski, M. The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court. Ratio Juris
16, 2 (2003).

Cappelletti, M. Judicial Review in the Contemporary World. United States of America:
The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1971.

Carpenter, D., and Prior, D. "Magna Carta and Parliament Booklet " In The Parliamentary
Archives, edited by Parliament, H. o. London, UK: Houses of Parliament, 2015.

- Comella, V. F. The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization? [Online]. 2004. Available from: <https://goo.gl/SUojoS>
- The Constitutional Court of Romania: Case Law. [Online]. Available from: <https://www.ccr.ro/jurisprudenta-decizii-de-admitere>
- Constitutional Court of Slovenia: Case Law. [Online]. Available from: <http://www.us-rs.si/en/>
- Constitutional Court of the Republic of Slovenia: An Overview of the Work for 2013. [Online]. 2014. Available from: <http://www.us-rs.si/media/annual.report.for.2013.pdf>
- "Decision 45/2012. On the Unconstitutionality and Annulment of Certain Provisions of the Transitional Provisions of the Fundamental Law of Hungary." Constitutional Court of Hungary, 2012.
- "Decision Dcc 06-074." The Beninese Constitutional Court, 8 July 2006.
- "Decision No. 42/1993." Constitutional Court of Romania, 23 July 1993.
- "Decision No. 62-20 Dc." Constitutional Council of France, 6 November 1962.
- "Decision No. 903/B/1990." Constitutional Court of Hungary, 1990.
- "Decision No. 2003-469 Dc." Constitutional Council of France, 26 March 2003.
- Dicey, A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885). London, UK: MacMillan, 1959.
- Ehs, T. Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review [Online]. 2013. Available from: <https://goo.gl/LL6ONz>
- Ely, J. H. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Massachusetts, US: Harvard University Press, 1980.
- Ginsburg, T., and Versteeg, M. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? [Online]. September 2013. Available from: <https://goo.gl/2gkvrf>
- Gözler, K. Judicial Review of Constitutional Amendments : A Comparative Study. Turkey: Ekin Press, 2008.
- Hamilton, A., Jay, J., and Madison, J. The Federalist. Indiana, US: Liberty Fund, Inc., 2001.
- Harutyunyan, G., and Mavcic, A. The Constitutional Review and Its Development in the Modern World (a Comparative Constitutional Analysis). Hayagitak, 1999.

- "Hun-2013-2-005." In Magyar Közlöny (Official Gazette): Constitutional Court of Hungary, 2013.
- Issacharoff, S. Managing Conflict through Democracy, Rights in Divide Societies. Edited by Harvey, C. and Schwartz, A.: Hart Publishing, 2012.
- Jacobsonh, G. If an Amendment Were Adopted Declaring the United States a Christian Nation, Would It Be Constitutional? Well... Let's Look at Turkey, Schmooze 'Tickets' Papers 1 0 3 [Online] . 2 0 0 9 . Available from: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/103
- Kelsen, H. On the Pure Theory of Law. California, US: University of California Press, 1978.
- Landau, D. Abusive Constitutionalism. California, US: University of California (Davis), 2013.
- "Marbury V Madison." Supreme Court of the United States of America, 1803.
- Mavčič, A. M. The Slovenian Constitutional Review. Postojna, Slovenia: Edo Milavec, MV d.o.o., 2009.
- Paczolay, P. Changes in the Competences of the Hungarian Constitutional Court (Presented at the International Symposium on the Occasion of the 50th Anniversary of the Constitutional Court of Turkey, Ankara, April 25-26) [Online]. Available from: <https://goo.gl/zUOldj>
- Peine, F.-J. Normenkontrolle Und Konstitutionelles System. Der Staat Vol. 22 (1983).
- Pfersmann, O. Ontological and Epistemological Complexity in Comparative Constitutional Law, New Directions in Comparative Law Edited by Engelbrekt, A. B. and Nergelius, J.: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Popa, N. The Constitutional Court of Romania Twelve Years of Activity: 1992-2004 - Evolutions over the Last Three Years - [Online] . Available from: <https://goo.gl/Kw4ebi>
- Preuss, U. K. The Implication of "Eternity Clauses": The German Experience. (2011). Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence: Questionnaire for the Xivth Congress of the Conference of European Constitutional Courts. [Online]. 2 0 0 7 . Available from: http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Czech_en.pdf

- Roznai, Y. Unamendability and the Genetic Code of the Constitution. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers (2015).
- — —. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. Doctor of Philosophy, Law London School of Economics. 2014.
- Serban, M. The Romanian Constitutional Court: Law, Politics and Judicial Activism [Online]. Available from: <https://www.ramapo.edu/sshs/files/2013/02/Pdf-1.pdf>
- Stender-Vorwachs, J. The Decision of the Bundesverfassungsgericht of March 3, 2004 Concerning Acoustic Surveillance of Housing Space. German Law Journal 5, 11 (2004).
- Szente, Z. The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court : A Critical View. German Law Journal 14, 08 (2013).
- Tushnet, M. Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law. Edward Elgar Publishing, Incorporated, 2014.
- Vinx, L. The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Edited by Dyzenhaus, D. and Tomkins, A. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2015.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอรพรรณ ลิ้มเหรียญทอง สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ. 2554 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 65 ปีการศึกษา 2555 ศึกษาต่อในระดับมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2556 และทำงานที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน (สำนักตรวจสอบการบริหารพัสดุและสืบสวนที่ 5) ตำแหน่ง นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดิน นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2556 จนถึงปัจจุบัน

