ศาลรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

*ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์**

โดยทั่วไปประเทศทั้งหลายมักจะมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมักบัญญัติให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยมีมาตรการคุ้มครองและปกป้องรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต้องปฏิญาณตน การให้มีศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมในประเทศคอมมอนลอว์หรือศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในประเทศซีวิลลอว์ ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมาย กฎหรือการกระทำใด ๆ ไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป

ในประเทศไทย เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะมีเพียงมาตรา 31 วรรคสองที่บัญญัติว่า “สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งคือระเบียบของคณะกรรมการราษฎรหรือกระทำไปโดยรัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ” ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จึงเริ่มมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังเช่นมาตรา 19 ที่บัญญัติว่า “ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภา ว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 61 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นอันโมฆะ” ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 63 เป็นครั้งแรก[1]

---

* ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[1] ดูมาตรา 63 ในหัวข้อ 1.1.

การตราพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 และการตัดสินคดีอาชญากรสงครามของศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ 2-4/2488 นำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่างศาลและสภาว่าผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จนกระทั่งมีรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ และต่อมาในปี พ.ศ. 2540 ได้มีการแก้ไของค์ประกอบอำนาจหน้าที่ และวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่ในการพิจารณากฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ในระหว่างปี พ.ศ. 2540 ถึง 2568 ซึ่งเป็นช่วงของการใช้รัฐธรรมนูญสามฉบับคือฉบับปี 2540 2550 และ 2560 ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่คุ้มครองปกป้องรัฐธรรมนูญเสมือนหนึ่งตนเองเป็นองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้รับการพิจารณาจากศาลรัฐธรรมนูญมาอย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการและเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้งซึ่งนำมาสู่ข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จึงสมควรที่จะต้องศึกษาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปในเรื่องการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปโดยถูกต้องหรือไม่อย่างไร

1. บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในที่นี้จะได้ศึกษาบทบัญญัติที่มีขึ้นเป็นครั้งแรก บทบัญญัติที่เป็นการวางรากฐานให้รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

1.1 บทบัญญัติที่มีขึ้นครั้งแรกในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยมาตรา 63 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญนี้จะแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่โดยเงื่อนไขต่อไปนี้

1. ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติม ท่านว่าต้องมาจากคณะรัฐมนตรีทางหนึ่งหรือมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งรวมกันมีจำนวนไม่ต่ำกว่าหนึ่งในสี่แห่งจำนวนสมาชิกทั้งหมดทางหนึ่ง

2. เมื่อสมาชิกได้ลงมติครั้งหนึ่งแล้วท่านให้รอไว้หนึ่งเดือน เมื่อพ้นกำหนดแล้วให้นำขึ้นเสนอสภาเพื่อลงมติอีกครั้งหนึ่ง

3. การออกเสียงลงคะแนนท่านให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่ต่ำกว่าสามในสี่แห่งจำนวนสมาชิกทั้งหมด.....”

1.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่เป็นการวางรากฐานของบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน[2]

1.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 น่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่วางรากฐานในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาล้วนบัญญัติในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน โดยมาตรา 85 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญนี้จะแก้ไขเพิ่มเติมได้แต่โดยเงื่อนไขต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งต้องมีจำนวนไม่ต่ำกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ให้รัฐสภาพิจารณาร่วมกันเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่ต่ำกว่าสองในสามแห่งจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา

(4) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตราซึ่งมีคำเสนอแก้ไขแปรญัตติหรือซึ่งมีการแก้ไขโดยคณะกรรมาธิการ ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดแล้วต้องนำเสนอรัฐสภา เพื่อพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นกฎหมายไม่ต่ำกว่าสองในสามแห่งจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา

(7) เมื่อการออกเสียงลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวข้างบนนี้แล้ว จึ่งให้ดำเนินการต่อไปตามความในมาตรา 20”

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ตรงที่บัญญัติให้ (1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องให้รัฐสภาเป็นผู้พิจารณามิใช่สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น (2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องพิจารณาเป็นสามวาระ (3) การออกเสียงในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามจะต้องได้คะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา ส่วนวาระที่สองจะต้องได้คะแนนเสียงข้างมากเป็นประมาณ (4) เมื่อพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้วจะต้องรอไว้ 15 วัน

[2] ในที่นี้ผู้เขียนขอไม่กล่าวถึงรัฐธรรมนูญทุกฉบับซึ่งมีความแตกต่างกันเล็กน้อย.

1.2.2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517[3] มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เล็กน้อย ในประเด็นเรื่อง (1) ผู้มีอำนาจขอแก้ไขเพิ่มเติมที่ลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่เป็นไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า[4] (2) ลดคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามจากจำนวนสองในสามเป็นจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็คือการบัญญัติให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้อาจจะจัดให้มีการทำประชามติได้ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 229 ว่า “ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่า ร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายตามมาตรา 228 กระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน และทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้ประชาชนทั่วประเทศออกเสียงเป็นประชามติว่า เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญนั้น ในการให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย และให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เมื่อมีประกาศพระบรมราชโองการตามวรรคสอง ให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวันให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติภายในเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศพระบรมราชโองการและวันออกเสียงประชามติต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร ในเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามมาตรานี้ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 228 (7) มาใช้บังคับ”

---

[3] มาตรา 228 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ก็แต่โดยหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรีหรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา

(4) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้วให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้ว ให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้ายให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา

(7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 98 และมาตรา 99 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”.

[4] ซึ่งจำนวนนี้เป็นจำนวนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน.

1.2.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 (มาตรา 194 (3) และ (6)) แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และ 2517 เล็กน้อย ตรงที่บัญญัติเป็นครั้งแรกให้การออกเสียงในวาระที่หนึ่งและวาระที่สามจะต้องได้คะแนนเสียงแตกต่างกัน โดยวาระที่หนึ่งจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา ส่วนวาระที่สามจะต้องได้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา

1.2.4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (มาตรา 211 (1)) แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในประเด็นที่ให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถเข้าชื่อขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้

1.3 บทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จัดทำขึ้นในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ เพราะจัดทำขึ้นภายหลังการรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 โดยอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นฐานของการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จึงมีบทบัญญัติหลายประการที่เคร่งครัดและผู้ร่างมีเจตนารมณ์ที่ชัดเจนที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา

1.3.1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 บัญญัติไว้ในหมวด 15 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

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

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

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

1.3.2 บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสรุปได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้นำบทบัญญัติที่เคยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และได้เพิ่มบทบัญญัติบางส่วนเพื่อให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากกว่าเดิม

1) บทบัญญัติที่นำมาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ[5] เช่น

- ผู้มีสิทธิขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

- จำนวนผู้มีสิทธิขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของสมาชิกทั้งหมด นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

- การพิจารณาญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยรัฐสภา ไม่ใช่กระทำโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแยกจากกัน นำจากรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

- การพิจารณาให้กระทำเป็นสามวาระ นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

- การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา และในวาระที่สามต้องได้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

- การทิ้งระยะเวลา 15 วันระหว่างวาระที่สองและสาม นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

- การจัดทำประชามตินำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 โดยมีข้อแตกต่างที่สำคัญคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติให้การทำประชามติต้องเป็นพระราชดำริของพระมหากษัตริย์ในกรณีที่กระทบถึงผลประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าหากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม 6 กรณีดังต่อไปนี้ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติม (1) หมวด 1 บททั่วไป (2) หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือ (3) หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือ (4) เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือ (5) เรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือ (6) เรื่องที่ทำให้ศาลหรือ

[5] โดยทั่วไปแล้วก็นำมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 แต่ผู้เขียนตั้งใจชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือ 2550.

องค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้จะต้องทำประชามติก่อน จึงจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย

2) บทบัญญัติที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมใหม่ ได้แก่

- การให้สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยมีบทบาทเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญ ในกรณีของวุฒิสภานั้น รัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ไม่เคยมีการบัญญัติจำนวนเสียงของวุฒิสภาที่จะต้องให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้การลงคะแนนเสียงในวาระที่หนึ่งและสาม จะต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ในกรณีของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 256 (6) บัญญัติให้ร่างรัฐธรรมนูญที่จะผ่านการพิจารณา วาระที่สามของรัฐสภาได้ จะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน

- การให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้วแต่นายกรัฐมนตรียังไม่ได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อลงพระปรมาภิไธย ขัดต่อมาตรา 255 ที่ห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ หรือขัดกับมาตรา 256 (8) ที่กล่าวมาข้างต้น

2. คำสั่งและคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาว่าร่างญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่[6] ในช่วงการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่มีการฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าร่างรัฐธรรมนูญขัดกับรัฐธรรมนูญแต่ประการใด แต่ในช่วงของการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากการลงประชามติของประชาชน ได้มีการฟ้องว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายครั้ง

---

[6] ยกเว้นมาตรา 256 (9) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่ในบางประเทศ เช่น ยูเครนและทูร์เคีย ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในขณะนั้นหรือไม่ ดู กิตติทร สุดประเสริฐ.(2566). การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ฟ้องมักกล่าวอ้างว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข[7] และศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าววินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่สามารถกระทำได้

ประเด็น / รัฐธรรมนูญ	ที่มา	ขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยการลงประชามติ
รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540	มาจากความเห็นชอบของรัฐสภา	ไม่กำหนดให้มีการลงประชามติ (มาตรา 313)
รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550	มาจากการลงประชามติ	ไม่กำหนดให้มีการลงประชามติ (มาตรา 291)
รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560	มาจากการลงประชามติ	กำหนดให้มีการลงประชามติ (มาตรา 256 (8))

คำสั่งและคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวมีรายละเอียดที่สมควรนำมากล่าวไว้ในที่นี้ดังนี้

2.1 รายละเอียดของคำสั่งและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

2.1.1 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554

ความเป็นมาของเรื่องนี้คือประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นของ ส.ส. และ ส.ว. จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. .... จำนวนสองฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมสภา พ.ศ. 2553 เพราะไม่ได้ระบุเลขมาตราที่ต้องการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกไว้ในหลักการและเหตุผล ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะ โดยกำหนดให้ต้องทำเป็นญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ ทั้งมาตรา 291 (7) ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการตราบทบัญญัติ เฉพาะมาตรา

[7] มาตรา 49 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้”.

150 และ 151 มาบังคับใช้โดยอนุโลม มิได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 154 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยมาใช้บังคับ กรณีตามคำร้องจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้วินิจฉัย

2.1.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

คำวินิจฉัยฉบับนี้มีรายละเอียดคือผู้ถูกร้องที่ 2 ถึงผู้ถูกร้องที่ 6 ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 291 ฝ่ายผู้ร้องเห็นว่า มาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น การที่ฝ่ายผู้ถูกร้องเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง[8] ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดา สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

---

[8] มาตรา 68 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้”

2.1.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

ข้อเท็จจริงโดยสรุปในคดีนี้คือผู้ร้องที่ 1 ถึงที่ 4 ยื่นคำร้องรวมสี่คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องที่ 1 ถึงที่ 312 ได้กระทำการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคหนึ่ง โดยผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 312 (ส.ส. และ ส.ว.) ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (เปลี่ยนแปลงที่มา ส.ว.) อันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วย 2 สภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ให้มีดุลยภาพระหว่างกัน โดยได้กำหนดบทบาทของวุฒิสภาให้ เป็นองค์กรตรวจทานกลั่นกรองการทำงานของ ส.ส. และถ่วงดุลอำนาจกับ ส.ส. และให้อำนาจ ส.ว. ในการตรวจสอบถอดถอน ส.ส. ได้ ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจริยธรรมอย่างร้ายแรง ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำร้องนี้ จึงเป็นการทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภานำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐ เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมกระทำการครั้งนี้ มีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.1.4 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564

การที่มีสมาชิกรัฐสภาและประชาชนยื่นญัตติร่างรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม จำนวน 3 ฉบับ โดยทั้ง 3 ฉบับ มีหลักการและเหตุผลให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ประธานรัฐสภาจึงขอให้รัฐสภามีมติให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของสมาชิกรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (1) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยวิธีการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้มีหมวด 15/1 ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อันเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมต้องการปกป้องคุ้มครองไว้ หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป เมื่อเสร็จแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลง

พระปรมาภิไธยแล้ว จึงนำไปประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป อันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตามครรลองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง

2.2 สรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นมีประเด็นที่ควรสรุปไว้ 3 ประเด็น คือ เรื่องเขตอำนาจของศาล เนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและเงื่อนไขที่ศาลกำหนดขึ้น

2.2.1 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1) ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่าศาลไม่มีอำนาจในการพิจารณาว่ากระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เพราะไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราใดที่ให้อำนาจศาลในการดำเนินการดังกล่าว อีกทั้งจะนำบทบัญญัติที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติมาใช้กับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ (คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554)

2) การวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดกับรัฐธรรมนูญ จะอยู่ในหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้อาศัยช่องทางโดยตรงที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในเรื่องดังกล่าว แต่อาศัยช่องทางทางอ้อม 2 ช่องทาง ช่องทางแรก คือ กรณีที่มีคำร้องว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และ 15-18/2556) ช่องทางที่สอง คือ กรณีที่มีคำร้องเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ในหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาหรือไม่ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564)

2.2.2 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1) รัฐสภาจะอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับโดยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ยังไม่ค่อยชัดเจนนัก โดยศาลเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้เป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตาม แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชน ก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

ต่อมาเมื่อมีคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า “รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้” ซึ่งทำให้ข้อถกเถียงในเรื่องการนำบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาใช้สำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือหรือไม่ยุติลง

2) รัฐสภาจะแก้ไขที่มาของวุฒิสภาได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่สามารถทำได้ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556) เพราะเป็นการทำลายสาระสำคัญของการมีสองสภานำพาไปสู่การผูกขาดอำนาจรัฐ เป็นการเปิดช่องให้ผู้ร่วมเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีโอกาสได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่มิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.2.3 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเงื่อนไขในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และ 4/2564 วินิจฉัยว่าหากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับเดิมทั้งฉบับจะต้องมีการจัดทำประชามติเสียก่อนเพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ 2560 ล้วนผ่านการทำประชามติของประชาชน ดังนั้นจึงต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

3. ความเห็นเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนมีความเห็นในเรื่องนี้ 3 ประเด็น

3.1 ความเห็นเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

3.1.1 ในขณะที่มีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ยืนยันว่าศาลไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาว่ากระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตราใดที่ให้อำนาจศาลในการดำเนินการดังกล่าว แต่ในกรณีที่มีคำร้องว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และ 15-18/2556) ศาลกลับเห็นว่าอยู่ในเขตอำนาจของตนเอง แม้จะเป็นการใช้ช่องทางในการฟ้องศาลรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน แต่ก็เท่ากับศาลรัฐธรรมนูญตีความให้ตนเองมีเขตอำนาจในการพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจได้ ยิ่งเมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ ยิ่งทำให้เห็นว่า

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และ 15-18/2556 ไม่ถูกต้อง เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ย่อมไม่ใช่การล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ผู้เขียนสันนิษฐานว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คงได้ตระหนักถึงเรื่องนี้จึงได้บัญญัติไว้ในมาตรา 256 (9)[9] ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่

3.1.2 ในขณะที่มีการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2564 วินิจฉัยว่าศาลมีเขตอำนาจในกรณีที่มีคำร้องเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอยู่ในหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลวินิจฉัยว่ารัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 210 (2)[10] แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยว่าจะต้องมีการจัดทำประชามติเสียก่อนที่จะเสนอร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณารัฐสภา เพราะเรื่องนี้ไม่ใช่การวินิจฉัยเรื่องหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา แต่เป็นเรื่องว่าหากรัฐสภาจะใช้หน้าที่และอำนาจดังกล่าวจะต้องดำเนินการเช่นไร อีกทั้ง ในมาตรา 256 (9) ก็ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ผ่านการลงประชามติของประชาชนตามมาตรา 256 (8) หรือไม่อย่างไรอยู่แล้ว

3.2 ความเห็นเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยว่าด้วยเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 ว่าการแก้ไขที่มาของวุฒิสภาเป็นการล้มล้างระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเป็นการได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่ไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยเช่นนี้ย่อมเท่ากับศาลเห็นว่าสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทยไม่สามารถเปลี่ยนแปลงที่มาของตนเองได้ ทั้งที่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เป็นประชาธิปไตยมากกว่าเดิมเสียอีก และเมื่อพิจารณาจากมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่มีบทบัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังบัญญัติให้รัฐสภาสามารถแก้ไข “คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งรวมถึงสมาชิกวุฒิสภาได้ ก็ยิ่งทำให้เห็นว่าคำวินิจฉัยที่ 15-18/2556 น่าจะเป็นคำวินิจฉัยที่เกินเลยไปกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

---

[9] ดูเนื้อหาของมาตรา 256 (9) ได้ในหัวข้อ 1.3.1.

[10] มาตรา 210 (2) บัญญัติว่า “ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้ (1) ... (2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ...”.

3.3 ความเห็นเกี่ยวกับเงื่อนไขในการแก้รัฐธรรมนูญที่จะต้องมีการจัดทำประชามติเสียก่อน

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ 2 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และ 4/2564 ซึ่งมีรายละเอียดของคำวินิจฉัยที่ทั้งคล้ายคลึงกันและแตกต่างกัน

ในส่วนของความคล้ายคลึงกันนั้นก็คือศาลได้วางหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นของประชาชน เมื่อรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในขณะที่ศาลวินิจฉัยนั้นต่างก็ผ่านการลงประชามติของประชาชน ศาลจึงเห็นว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนเสียก่อน

ในส่วนของความแตกต่างนั้น คำวินิจฉัยแรกวินิจฉัยในขณะที่ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติให้มีการจัดทำประชามติไม่ว่าในขั้นตอนใดเลยในรัฐธรรมนูญมาตรานี้ ในขณะที่คำวินิจฉัยฉบับที่ 2 วินิจฉัยในขณะที่ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ซึ่งในมาตรา 256 (8) บัญญัติให้มีการออกเสียงประชามติอยู่แล้วในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบางหมวดหรือบางมาตราที่ (8) บัญญัติไว้

เปรียบเทียบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ	ผู้เสนอขอแก้	ผู้มีอำนาจพิจารณา	คะแนนเสียงวาระที่ 1	คะแนนเสียง วาระที่ 2	คะแนนเสียง วาระที่ 3	การทิ้งระยะเวลาวาระ 2 กับ 3	ข้อห้ามห้ามแก้	การทำประชามติ
2540	1. ครม. 2. ส.ส. 1/5 3. ส.ส. + ส.ว. 1/5	รัฐสภา	ไม่น้อยกว่า ½	เสียงข้างมาก ธรรมดา	มากกว่า ½	15 วัน	1. ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข 2. รูปของรัฐ	×
2550	1. ครม. 2. ส.ส. 1/5 3. ส.ส. + ส.ว. 1/5 4. ประชากร 50,000	รัฐสภา	ไม่น้อยกว่าครึ่ง	เสียงข้างมาก ธรรมดา	มากกว่า ½	15 วัน	1. ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข 2. รูปของรัฐ	×
2560 ม. 255 ม. 256	1. ครม. 2. ส.ส. 1/5 3. ส.ส. + ส.ว. 1/5 4. ประชากร 50,000	รัฐสภา	1. ไม่น้อยกว่าครึ่งของรัฐสภา 2. ส.ว. ไม่น้อยกว่า 1/3	เสียงข้างมาก ธรรมดา	1. มากกว่าครึ่งของรัฐสภา 2. ส.ว. ไม่น้อยกว่า 1/3 3. ส.ส. ฝ่ายค้านไม่น้อยกว่า 20%	15 วัน	1. ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข 2. รูปของรัฐ	✓ ในกรณีแก้ หมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หมวด 15 การแก้ไขรัฐธรรมนูญฯลฯ

3.3.1 การที่ศาลรัฐธรรมนูญยกประเด็นเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อปฏิเสธไม่ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับนั้น มีข้อถกเถียงในเรื่องนี้พอสมควร ฝ่ายที่เห็นว่าควรจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้อ้างว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 โดยมีการจัดทำ “หมวด 12 ว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่”[11] ขึ้น อันนำมาสู่รัฐธรรมนูญฉบับที่ดีที่สุดฉบับหนึ่งของ

[11] ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539.

ประเทศไทย แต่ข้อโต้แย้งนี้ก็มีน้ำหนักน้อยเพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และที่แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 ต่างก็ไม่ได้ผ่านการลงประชามติของประชาชนดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ 2560

ข้อโต้แย้งอีกประการหนึ่งก็คือการอ้างหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นการอ้างกฎหมายที่ไม่มีบัญญัติไว้ในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกรณีที่ศาลสร้างกฎหมายขึ้นเองโดยไม่มีฐานอำนาจแต่ประการใด การยอมให้ศาลทำเช่นนี้ได้ ย่อมทำให้ระบบกฎหมายขาดความชัดเจนและนำมาซึ่งคำวินิจฉัยที่ไม่พึงประสงค์ ในประเด็นนี้เห็นควรพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้ได้หรือไม่

หากพิจารณาถึงบ่อเกิดของกฎหมายตามระบบกฎหมายไทยที่เป็นระบบ civil law มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” และ “ถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” หลัก “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (pouvoir constituant หรือ constituent power) น่าจะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ประการหนึ่งเพราะหลักกฎหมายนี้ได้รับการอธิบายในทางวิชาการอย่างกว้างขวางทั้งในประเทศไทย[12] และต่างประเทศ[13] ว่าคืออำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่บนพื้นฐานที่ไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ในคำอธิบายเหล่านั้นก็มักจะแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) กับอำนาจซึ่งเกิดจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) โดยอำนาจแรกมักจะเป็นอำนาจของประชาชน ส่วนอำนาจที่สอง ได้แก่ อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

---

[12] ดู ปัญญา อุดชาชน อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ <https://www.constitutionalcourt.or.th> สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2568, รติกร เจือกโว้น, “กฎหมาย” สถาบันพระปกเกล้า <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=กฎหมาย#cite_note-2> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2568,บุบผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป” <http://www.public-law.net/publaw/ view.aspx?id=920> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2568 และ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” <http://www.publiclaw.net /publaw/view.aspx?id=1636> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2568.

[13] ดู Kemal Gözler, Le pouvoir de révision constitutionnelle, Villeneuve d’Ascq, Presses universitaires duSeptentrion, 1997 (https://www.anayasa.gen.tr/pcr.htm) สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2568.

มาตรา 211 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังบัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ” เสมือนหนึ่งว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดของกฎหมายชนิดหนึ่ง (case law) นอกเหนือจากบ่อเกิดตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเป็นเครื่องยืนยันว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาสร้างเป็นหลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาลได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ศาลปกครองก็เคยหยิบหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมาใช้ในคดี JTEPA (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร.178/2550)[14]

3.3.2 หากเห็นว่าสามารถนำหลักว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้กับการวินิจฉัยคดีได้ หลักว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะมีผลทำให้ผู้ใช้อำนาจที่เกิดจากรัฐธรรมนูญที่ผ่านการลงประชามติของประชาชนสามารถใช้บทบัญญัติว่าการด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ ในประเด็นนี้มีนักวิชาการจำนวนมากที่เห็นว่าไม่สามารถทำได้[15] เพราะโดยหลักแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมิใช่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่ต้องเป็นเพียงการเพิ่มเติม แก้ไข ยกเลิก ปรับปรุงรัฐธรรมนูญบางส่วนเท่านั้น ซึ่งจะต้องเป็นการทำเท่าที่จำเป็น ไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองและจะต้องมีข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว[16] ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ที่เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาจากการลงประชามติของประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ การจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับจึงต้องให้ประชาชนลงประชามติเสียก่อน จึงเป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับหลักการของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

---

[14] คดีนี้ศาลมีคำสั่งว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีความประสงค์ที่จะให้ศาลปกครองพิจารณาหรือมีคำสั่งว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) และผู้แทนการเจรจารวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นเป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าวเพื่อจะได้เริ่มต้นกระบวนการดังกล่าวใหม่เป็นสำคัญนั้น โดยที่การมีมติดังกล่าว เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจในทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น.

[15] ดู Carl Schmitt และ Olivier Beaud ใน Kemal Gözler, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13.

[16] Laurence Baghestani L‘établissement de la Constitution https://search.app/G41mNTDQsAvnfkpM8 สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2568.

3.3.3 กรณีของคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ที่ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้ในการวินิจฉัยเช่นกัน แต่จะมีความแตกต่างกับคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 เพราะการวินิจฉัยดังกล่าววินิจฉัยโดยอาศัยรัฐธรรมนูญต่างฉบับกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปขอประชามติจากประชาชน แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่จะต้องนำไปสู่การลงประชามติของประชาชนในกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อยู่แล้ว การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในปี พ.ศ. 2564 ว่าจะต้องจัดทำประชามติ “ก่อน” เสนอร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาจึงเป็นการนำหลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาใช้ซ้อนกับมาตรา 256 (8) ที่จะต้องมีการจัดทำประชามติโดยประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอยู่แล้ว เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเช่นว่านี้และผูกพันองค์กรทุกองค์กร จึงเกิดผลของการใช้หลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างฟุ่มเฟือย โดยหากยึดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็จะต้องมีการทำประชามติถึงสามครั้ง คือ ครั้งแรกก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ครั้งที่สองเมื่อมีการแก้ไขหมวด 15 ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขมาตรา 256 หรือเพิ่มหมวด 15/1 ว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และครั้งที่สามเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนได้เคยให้ความเห็นอย่างเป็นทางการกับศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่ศาลจะมีคำวินิจฉัยที่ 4/2564[17] ว่า “คำว่า “ก่อน” ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในปี พ.ศ. 2555 นั้น ไม่ควรตีความว่าศาลรัฐธรรมนูญหมายถึง “ก่อนการเสนอญัตติ” ตามมาตรา 256 (1) เพราะในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้เป็นเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บังคับใช้และมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดให้มีการออกเสียงประชามติแต่ประการใด คำว่า “ก่อน” ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้นี้จึงหมายเพียงต้องการให้มีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อถามความเห็นของผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก่อนเท่านั้น ไม่ใช่ต้องการจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนการเสนอญัตติแต่ประการใด การจัดให้มีการออกเสียงประชามติจึงสามารถทำได้ในช่วงเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง ดังเช่นการบัญญัติไว้ในมาตรา 256 (8) คือ หลังการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ก่อนการนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เพราะไม่ว่าประชาชนจะออกเสียงประชามติก่อนการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือหลังจากที่รัฐสภาได้ลงมติแล้วก็ตาม ก็ย่อมถือว่าประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั่นเอง

---

[17] ดูความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ที่เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน.

ดังนั้นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 ซึ่งจะต้องมีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติด้วยตาม (8) ย่อมถูกต้องเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางการเมืองและการคลังของประเทศแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องทำประชามติก่อนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาแต่ประการใด