

ปัญหาของการปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ กฎหมายและร่างรัฐธรรมนูญ

จักรพันธ์ สันติไชยกุล¹
รศ.ดร. วีระ โลจายะ²

1. บทนำ

ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ สารที่สำคัญของหลักนิติรัฐนั้น คือ เป็นการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครอง มิได้มีการปกครองโดยใช้ความคิดหรือความรู้สึกของบุคคลเป็นสาระสำคัญในการปกครองประเทศ นอกจากหลักการที่ปกครองโดยกฎหมายแล้วยังจำเป็นต้องยอมรับรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอีกด้วย หลักการดังกล่าวนี้ประเทศไทยได้แสดงออกว่าเป็นการปกครองในระบบนิติรัฐดังที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 ที่ได้บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” จากหลักนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นที่ได้อธิบายไปแล้วนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยังได้มีมาตรการคุ้มครองกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ โดยกำหนดให้องค์กรศาลมีหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ทำการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าว ได้แก่ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ปัจจุบันได้มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการให้ระงับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปแล้ว และในคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับพิจารณาและมีคำวินิจฉัยออกมา ก่อให้เกิดปัญหาทั้งก่อนและหลังการพิจารณา โดยก่อนหน้าที่จะมีการพิจารณาวินิจฉัย ได้มีการส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดดำเนินการ แต่อัยการสูงสุดมีความเห็นว่าไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญออกมาแล้วได้มีกลุ่มคนที่เรียกตนเองว่า “กลุ่มคนเสื้อแดง” กลุ่มพรรคการเมือง และรัฐมนตรีบางคนในรัฐบาลชุดก่อน กระทำการกล่าวหาและไม่ยอมรับอำนาจของศาล

¹นักการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

²อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

รัฐธรรมนูญในการตัดสินดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายทั้งก่อนหน้าและภายหลังจากที่มีการพิจารณาวินิจฉัย ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่
2. ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบก่อนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยพนักงานอัยการ
3. ปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

2. ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

1. ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้า

ปรัชญาเมธีฝ่ายกฎหมายธรรมชาติได้อ้างทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้า (Supremacy of God) มาตั้งแต่สมัยนักบุญออกัสติน โดยอ้างว่าบรรดาสรรพสิ่งทั้งปวงย่อมอยู่ใต้คำบัญชาของพระผู้เป็นเจ้า ข้อนี้เห็นจะเทียบได้กับเรื่อง “พรหมลิขิต” ตามคตินิยมแบบฮินดูหรือเรียกตามภาษาสมัยใหม่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของพระผู้เป็นเจ้า

นักเทววิทยาอ้างว่า ทฤษฎีเช่นนี้มีรากฐานความเชื่อมาตั้งแต่สมัยโบราณแล้ว เมื่อมนุษย์เริ่มรู้จักการนับถือผีดวงดาว โดยมนุษย์รู้จักกันว่า จะต้องมียิ่งสูงสุดสิ่งหนึ่งคอยดลบันดาลปรากฏการณ์ต่าง ๆ ทางธรรมชาติ และลิขิตความเป็นไปของชีวิตมนุษย์ กล่าวอีกนัยหนึ่งมนุษย์เกิดจากลิขิตของสิ่งนั้น มนุษย์อยู่ใต้ลิขิตของสิ่งนั้น และมนุษย์จะต้องกลับไปหาสิ่งที่ลิขิตชีวิตในบั้นปลาย

2. ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปา

นักบุญปีเตอร์ได้มอบอำนาจให้พระสันตะปาปาองค์ต่อ ๆ มารับภาระนี้สืบต่อไปอย่างไม่ขาดสาย ฉะนั้น พระสันตะปาปาจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดทางฝ่ายศาสนจักรและโดยเหตุที่ศาสนจักรเป็นใหญ่เหนือฝ่ายอาณาจักร พระสันตะปาปาจึงเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจเหนือสิ่งทั้งปวง จะเป็นรองก็แต่พระผู้เป็นเจ้าเท่านั้น แม้แต่สมณสาส์นหรือพระบัญชาของพระสันตะปาปา ก็จัดว่าเป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ (Lex divina) และลำดับสูงกว่ากฎหมายของกษัตริย์ทั้งหลาย (Lex humana) ข้อที่น่าสังเกต คือ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีแรกที่ระบุให้รัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็นคนธรรมดา แต่ก็ไม่เชิงธรรมดาเสียทีเดียวนักเพราะเป็นตัวแทนของพระเจ้าอยู่นั่นเอง ยังคงเรียกว่าเป็นเทพาธิปไตยได้อยู่เช่นเดิม

3. ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์

ทฤษฎีที่ว่าอำนาจเป็นของพระสันตะปาปาก็ได้เปลี่ยนมาสู่ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ตั้งแต่ปลายสมัยกลางเป็นต้นมา ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระสันตะปาปาเริ่มเสื่อมถอยลง ฝ่ายอาณาจักรเข้มแข็งมากขึ้นมีการอธิบายทฤษฎีใหม่ว่า พระเจ้าใช้อำนาจ 2 ทาง คือ พระสันตะปาปาและกษัตริย์ ต่อมากำว่า Supremacy

of Pope จึงกลายมาเป็น Supremacy of King คือ ถือว่าอำนาจสูงสุดนั้นเป็นของกษัตริย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกษัตริย์ในฐานะที่เป็นรัฐอธิปไตยเป็นผู้ปกครองจริง ๆ ในทางโลก³ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการศึกษาอย่างกว้างขวางภายใต้ชื่อ “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสูงสุดของกษัตริย์” ในยุคต่อมา นักวิชาการด้านรัฐศาสตร์หลายคน เช่น ฌอง โบแตง มองเตสกีเยอ จอห์น ล็อก ฌอง ฌาคส์ รูสโซ ได้ศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับทฤษฎีดังกล่าว ในท้ายที่สุดได้พัฒนามาเป็นทฤษฎีที่ว่าด้วย “อำนาจอธิปไตย” (Theory of Sovereignty)⁴

4. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (la Souveraineté populaire)

“รูสโซ” เป็นผู้ให้กำเนิดแนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนและแนวคิดเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม โดยรูสโซกล่าวว่า “เราแต่ละคนมอบร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมีเข้าอยู่ภายใต้คำบัญชาสูงสุดของเจตนารมณ์ส่วนรวมและในอำนาจร่วมกันของเรา เราขอรับสมาชิกแต่ละคนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งซึ่งจะแบ่งแยกมิได้ของสังคม”⁵ และยังคงกล่าวต่อไปอีกว่า “สมมุติว่ารัฐประกอบด้วยคนหมื่นคน สมาชิกแต่ละคนของรัฐย่อมมีส่วนหนึ่งในหมื่นของอำนาจอธิปไตยเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยนี้ ต้องนับทุกส่วนรวมกันเข้ามาทั้งหมด”⁶

5. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (La Souveraineté nationale)

ทฤษฎีนี้เป็นผลงานจากการสร้างสรรค์ของนักปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศสหลายท่าน ตั้งแต่ในยุคเรเนซองส์ของ Renaissance และมาปรากฏเด่นชัดในการปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสใน ค.ศ.1789 โดยมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการแยกให้เห็นถึงที่มาที่แตกต่างของรัฐ พวกอภิสิทธิ์ชนและอำนาจอธิปไตยกับฝ่ายปกครองบ้านเมืองและองค์กรของรัฐ หนึ่งในนักปราชญาที่ได้อ้างถึงทฤษฎีนี้และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางมาก ก็คือ “ซีเอเยส์” (Sieyes) ซึ่งได้กล่าวว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกไม่ได้ (indivisible) ผลที่ตามมา ก็คือ ประชาชนแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของในหนึ่งส่วน (one parcelle) ของอำนาจอธิปไตย แต่กลับมองว่า การรวมตัวของประชาชนทั้งหมดในนามของชาติ (la nation) นั้น เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย

³ โภคิน พลกุล .(2538). หลักกฎหมายมหาชน. หน้า 125.

⁴ วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. (2531). การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. หน้า 61-62

⁵ ทินพันธ์ นาคะตะ. (2541). นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลกปรัชญาและทฤษฎีการเมือง. หน้า 79

⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2545). “แนวความคิดอำนาจอธิปไตยของฝรั่งเศส.” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน. หน้า 330.

3.กฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จำนวนทั้งสิ้น 2 ฉบับด้วยกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ.2550 ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับนั้น มีรายละเอียดดังนี้

3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ส่วนที่ 10 ตอนที่ 2 มาตรา 204-217 ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้ คือ

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่มีมา จากแนวความคิดของนักปรัชญากฎหมายออสเตรีย คือ ฮันส์ เคลเสน (Hans Kelsen) ที่เห็นว่าการจัดตั้ง “ระบบคณะกรรมการ” ของฝรั่งเศส เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากไป ส่วนในสหรัฐอเมริกาการให้ “ศาลยุติธรรม” ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยระบบผู้พิพากษาอาชีพ มีปัญหาในเรื่องของความคิดอ่านที่คับแคบไม่ทันกับความต้องการของสังคม อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงการใช้อำนาจในการที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดใช้บังคับมิได้เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ก็เสมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ ผลเป็นการล้มล้างกฎหมายนั้น ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมา Kelsen จึงเสนอว่า องค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควรต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนในการแต่งตั้งด้วย อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้ถูกแทรกแซงกีดกันจากอำนาจในทางการเมือง และเพื่อให้มีความเป็นอิสระในการทำงาน จึงสมควรจะต้องจัดรูปองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นองค์กร “ศาล”⁷ โดยให้มีหน้าที่หลักในการควบคุม ตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่สำคัญได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

⁷นพตล เสงเจริญ.(2544). ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน. ในรวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย. หน้า 24 - 25.

กฎหมายทั้งกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับและกระบวนการควบคุมตรวจสอบหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว ซึ่งโดยสภาพของการมีสถานะแห่งความเป็นองค์การศาลจะต้องมีคุณสมบัติตามหลักประชาธิปไตย

3.1.2 ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ.2550

ตามอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 300 วรรคห้า ที่กำหนดว่า “ในระหว่างที่ยังมิได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยได้” ดังนั้น นายวิรัช ลิ้มวิชัย ในฐานะที่เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ จึงได้ออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ประกาศ ณ วันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2550⁸ วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ระบบไต่สวนในการพิจารณาคดี หากว่าข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องใดไว้ ก็ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่พอจะใช้บังคับได้และต้องไม่เป็นการขัดต่อข้อกำหนดนี้ด้วย⁹

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ในต่างประเทศการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับพิจารณาและให้ความสำคัญไว้เป็นอย่างมาก ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการอธิบายถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย และสาธารณรัฐตุรกี โดยมีรายละเอียดดังนี้ คือ

3.2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศโรมาเนียฉบับปัจจุบันซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1991 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ปกป้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ 9 คน ซึ่งมีที่มา 3 ทาง คือ มาจากการแต่งตั้งของสภาผู้แทนราษฎร (Chamber of Deputies) จำนวน 3 คน มาจากการแต่งตั้งของวุฒิสภา (Senate) จำนวน 3 คน และมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดีแห่งประเทศโรมาเนีย จำนวน 3 คน ตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีวาระ 9 ปี และรัฐธรรมนูญฯ ก็กำหนดให้ต้องเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งในสามของตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งหมด (3 คน) ทุก ๆ 3 ปี¹⁰

⁸ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124/ตอนที่ 96 ก/หน้า 14/21 ธันวาคม 2550

⁹ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 6

¹⁰Article 142 (2)-(3)

การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งในกรณีที่กฎหมายนั้นยังไม่ประกาศใช้ (มีสถานะเป็นร่างกฎหมาย) และในกรณีที่กฎหมายนั้นประกาศใช้แล้ว

3.2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐตุรกี

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ.1982 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีหน้าที่หลักคือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ.2010 มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงจำนวนและที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่ประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 11 คน และมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรองอีก 5 คน ซึ่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้คัดเลือก เปลี่ยนมาเป็นการบัญญัติให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 17 คน¹¹ มาจากการคัดเลือกของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแห่งสาธารณรัฐตุรกี (Turkish Grand National Assembly ซึ่งต่อไปจะขอเรียกว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติ) และมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากจากการคัดเลือกของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ¹² ตามมาตรา 146 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ.1982 โดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี

“(2) The Constitutional Court consists of nine judges, appointed for a term of office of nine years, that cannot be prolonged or renewed.

(3) Three judges shall be appointed by the Chamber of Deputies, three by the Senate, and three by the President of Romania”.

¹¹Article 146 paragraph 1

“The Constitutional Court shall be composed of seventeen members”.

¹²Article 146 paragraph 2

“The Grand National Assembly of Turkey shall elect, by secret ballot, two members from among three candidates to be nominated by and from among the president and members of the Court of Accounts, for each vacant position, and one member from among three candidates nominated by the heads of the bar associations from among self-employed lawyers. In this election to be held in the Grand National Assembly of Turkey, for each vacant position, two thirds majority of the total number of members shall be required for the first ballot, and absolute majority of total number of members shall be required for the second ballot. If an absolute majority cannot be obtained in the second ballot, a third ballot shall be held between the two candidates who have received the greatest number of votes in the second ballot; the member who receives the greatest number of votes in the third ballot shall be elected”.

ค.ศ.1982 บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติคัดเลือกบุคคล 3 คน มาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

4. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจากแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของกฎหมายมหาชนรวมทั้งข้อกฎหมายของประเทศไทยและข้อกฎหมายในต่างประเทศแล้ว พบว่าปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีปัญหาที่สรุปได้ด้วยกันทั้งสิ้น 3 ปัญหา โดยในแต่ละปัญหามีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 36/2556, 37/2556, 41/2556 และ 43/2556 ที่วินิจฉัยว่า ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นร่างกฎหมายที่ไม่ชอบนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า การทำคำวินิจฉัยที่ 36/2556, 37/2556, 41/2556 และ 43/2556 เป็นการตัดสินใจที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และหลักนิติรัฐ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการบัญญัติอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ปัญหาดังกล่าวยังคงดำเนินต่อไปเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ คงมีแต่เพียงการกำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติเท่านั้น การที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถมีอำนาจวินิจฉัยตัดสินคดีได้ ตลอดจนการใช้อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งตัดสินคดีดังกล่าวโดยอาศัยการเทียบเคียงมาตรา (Analogy) เป็นการใช้อำนาจโดยที่ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดให้อำนาจหรือรองรับการใช้อำนาจดังกล่าว ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักนิติรัฐที่ยึดถือการบังคับใช้กฎหมายเป็นหลักสำคัญ และหลักการตีความกฎหมายมหาชน อย่างชัดเจน

2. ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบก่อนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยพนักงานอัยการ จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดให้พนักงานอัยการทำหน้าที่ในการพิจารณาการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประสบปัญหาเป็นอย่างมาก อันเป็นผลมาจากการที่พนักงานอัยการไม่มีความชำนาญในการพิจารณาคดีที่ต้องอาศัยหลักการทางกฎหมายมหาชน และหากให้พนักงานอัยการมีดุลพินิจในการสั่งคดีทางมหาชนว่า คดีดังกล่าวสมควรที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ และผลการพิจารณาดังกล่าวถือว่าเป็นที่สุดเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ ก็จะทำให้พนักงานอัยการมีอำนาจหรือบทบาทเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญหรือกระทำตัวเป็นศาลรัฐธรรมนูญเสียเอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้คือ หากอัยการสูงสุดมีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว เหตุใดศาลรัฐธรรมนูญกลับพิจารณาพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างอัยการสูงสุดกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นความเห็นที่ขัดแย้งกันในสาระสำคัญ อีกทั้งกรณีนี้ก็เป็นการใช้ดุลพินิจโดยอัยการสูงสุดซึ่งถือเป็นประมุขของพนักงานอัยการที่ผ่านการคัดสรรโดยคณะกรรมการอัยการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนมากแล้วด้วย

นอกจากปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการซึ่งไม่มีความชำนาญด้านกฎหมายมหาชนแล้ว การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการยังขาดความเป็นอิสระในการพิจารณาอีกด้วย ซึ่งหลักความเป็นอิสระในการพิจารณานี้ เป็นหลักการที่สำคัญของการปกครองในระบอบนิติรัฐและนิติธรรม

3. ปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีกรณีที่รัฐมนตรีบางคนในรัฐบาลชุดก่อน กล่าวในเว็บไซต์ส่วนตัวว่า¹³ “ลองถามผู้พิพากษาชาวไทยคนใดในศาลไหนก็ได้ จะได้รับคำตอบว่าคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาล จึงใช้คำว่า ตุลาการ แทนผู้พิพากษามาตั้งแต่ต้น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางคนขณะนี้ไม่เคยเป็นผู้พิพากษามาก่อนเลยในชีวิต”

การกล่าวหาที่รุนแรงต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนี้ ประชาชนคนไทยจำนวนหนึ่งมีความเชื่อถือตามคำกล่าวอ้างของรัฐมนตรีบางคนในรัฐบาลชุดก่อน นอกจากนี้ ยังปรากฏความเห็นตามสื่อออนไลน์มากมาย เช่น “มีศาลไหนบ้างครับที่เข้าทำงานก่อนโปรดเกล้า ช่วยยกตัวอย่างให้ผมดูหน่อยว่ามีศาลไหนคณะไหนบ้าง คือแบบว่าผมไม่รู้จริงๆว่าทำได้หรือเคยมีมาบ้างหรือเปล่า¹⁴” “จะให้คนเสื้อแดงยอมรับว่า ได้รับโปรดเกล้าและมาอย่างถูกต้อง มันเป็นเรื่องเหลือวิสัยจริง ๆ¹⁵” “องค์กระอิสระที่มาจากรัฐประหารจะให้ความยุติธรรมได้อย่างไร ยังไงก็สมควรไล่มันออกไป¹⁶” “แค่เห็นหน้าประธานตุลาการ ก็ขำน้ำตาเล็ดแล้วครับ คนอะไร มีเรื่องให้ฮาได้ตลอดสมมุติว่าได้รับการโปรดเกล้าจริง (แค่สมมุติ) อันนี้ใครเป็นคนสนองพระบรมราชโองการครับ แล้วคนสนองนั้นได้อำนาจมาอย่างไร การตัดสินคดีที่ค้านสายตาผู้คน และเพื่อสนองต่อกลุ่มคนที่เสนอแต่งตั้งตนขึ้นมาั้น ท่านตุลาการมีความสุขที่อยู่หรือครับ ถ้ามันขัดกับหลักการหลักกฎหมาย ควรลาออกครับ ถ้าหน้าไม่หนาพอคงอยู่ไม่ได้ถึงวันนี้ (ที่จริงก็ไม่ควรรับตำแหน่งแต่ต้นแล้วด้วยซ้ำ) การออกกฎหมายเอาผิดย้อนหลังเช่นการยุบพรรคการเมือง ตุลาการยอมรับได้อย่างไร ถ้าไม่มีผลประโยชน์แอบแฝง ถ้าไม่มีอำนาจเงิน ถ้าไม่มีผู้มีบารมีมาคอยชักใย ท่านคงไม่กล้าทำ หรือถ้ากล้าทำคดีแบบนี้ได้ ก็ไม่ควรค่าแก่การยกย่องว่าเป็นตุลาการครับ อย่างมากก็คือซากเดนเผด็จการอีกกลุ่มหนึ่งในคราบผู้พิพากษาเท่านั้น การตัดสินให้พ้นตำแหน่งโดยใช้

¹³ <http://jpenkair.blogspot.com/2013/04/blog-post.html>

¹⁴ ความเห็นที่ 12 <http://pantip.com/topic/30406362>

¹⁵ ความเห็นที่ 17 <http://pantip.com/topic/30406362>

¹⁶ ความเห็นที่ 25 <http://pantip.com/topic/30406362>

พจนานุกรมก็ดี การตัดสินยุบพรรคการเมืองที่เดียวหลาย ๆ พรรค ทั้งที่เพิ่งแถลงสรุปคดีเสร็จ โดยไม่ได้พักเที่ยงทานข้าวเลยก็ดี ท่านทำอย่างนี้ได้อย่างไร อาจหาจริง ๆ¹⁷” การกล่าวหาต่าง ๆ เหล่านี้ของประชาชนที่ถือเอาแนวคิดของบุคคลที่เป็นแกนนำ หรือบุคคลที่มีตำแหน่งระดับรัฐมนตรี หรือบุคคลที่เป็นสมาชิกรัฐบาล ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือ ความเลื่อมใส และความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อศาลรัฐธรรมนูญ เป็นอย่างมาก

5. ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักการ และข้อกฎหมายทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศนั้น ผู้เขียนสามารถเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. ข้อเสนอแนะปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรที่จะต้องนำหลักการตามรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนียที่บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 146 ว่า สามารถพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้มาปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจน มิใช่ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญต้องมาตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวหรือไม่อย่างไร และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคำการใช้อำนาจของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ตัดสินคดีโดยอาศัยการเทียบเคียงมาตรา (Analogy) และเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายมหาชนในเรื่องของหลักนิติรัฐ อีกด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักการดังต่อไปนี้

มาตรา ... ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังต่อไปนี้

1. มีอำนาจพิพากษากฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ก่อนที่จะมีการนำขึ้นทูลเกล้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธย

2. มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

3. มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อบังคับรัฐสภา

4. มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชน

5. มีอำนาจพิจารณาตรวจสอบกระบวนการและขั้นตอนเกี่ยวกับการเสนอกฎหมายโดยประชาชน

¹⁷ความเห็นที่ 26 <http://pantip.com/topic/30406362>

6. มีอำนาจพิจารณา ตัดสินข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
พรรคการเมือง

7. มีอำนาจปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

2. ข้อเสนอแนะปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบก่อนขึ้นสู่การพิจารณาของศาล
รัฐธรรมนูญโดยพนักงานอัยการผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนำแนวทางในกระบวนการพิจารณาคำ
ร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโครเอเชีย สหพันธ์
สาธารณรัฐเยอรมัน ตลอดจนรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาปรับใช้
กับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็จะเป็นการเหมาะสม ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย โดยให้บัญญัติว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบ
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ
ในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำ
ดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่
กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ไต่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้วให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตุลา
การศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 3 คน เป็นผู้พิจารณาคำร้องนั้น

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรค
สอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสี่ ให้เพิกถอนสิทธิ
เลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะ
ที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว”

3. ข้อเสนอแนะปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญผู้เขียนมี
ความเห็นฯ หากประเทศไทยนำหลักการที่เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติ
ไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย สาธารณรัฐเช็กและสาธารณรัฐ
เกาหลี มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศไทย ก็จะเป็นการเหมาะสม และทำให้ศาล
รัฐธรรมนูญทั้งในส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการ รู้สึกปลอดภัยในการ
ทำงาน รวมทั้งทำให้ภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของ
รัฐธรรมนูญ สามารถที่จะดำเนินการได้อย่างเต็มที่และเกิดความศักดิ์สิทธิ์ในการทำความวินิจฉัยของ
ศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล
รัฐธรรมนูญ ควรที่จะมีเนื้อหาดังนี้

“บุคคลใดกระทำการดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าบุคคลผู้นั้นกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจ
ศาลรัฐธรรมนูญ

(1) บุคคลใดที่รบกวนการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญหรือประพฤติตัวไม่เหมาะสมอันเกี่ยวกับการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) บุคคลใดกระทำการด้วยการใช้ถ้อยคำหรือภาษาหรือข้อเขียนที่รบกวนการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ

(3) บุคคลใดแสดงกิริยาที่ไม่เหมาะสมในการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการใดๆ

(4) บุคคลใดเบี่ยงความเท็จ หรือกระทำการใดๆ เพื่อที่จะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีล่าช้า

(5) บุคคลใดกระทำการแทรกแซงคำสั่งของศาลหรือกระทำการกิริยาที่ไม่เหมาะสมต่อคำสั่งศาล

(6) บุคคลใดถูกหมายเรียกให้มาศาลรัฐธรรมนูญในฐานะพยาน พยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้ตีความหรือล่าม แต่ปฏิเสธไม่มาศาลรัฐธรรมนูญโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

(7) บุคคลใดถูกถามหรือถูกสั่งให้นำเสนอเอกสาร พยานหลักฐาน ต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ยอมนำส่งต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร

(8) บุคคลใดปฏิเสธ หรือรบกวนหรือหลีกเลี่ยงในการตรวจสอบ สอบสวน ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยปราศจากเหตุอันสมควร

โทษที่จะใช้สำหรับบุคคลที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นการลงโทษโดยประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยโทษที่ลงนั้น จะลงโทษกักขังได้ไม่เกิน 9 วัน ยกเว้นเป็นสถานการณ์พิเศษที่หากปล่อยบุคคลผู้กระทำการดังกล่าวไป อาจเกิดความไม่สะดวกในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยสามารถขยายระยะเวลาในการกักขังได้ไม่เกิน 2 ครั้ง”