

วันที่ ๔ มิถุนายน ๒๕๖๘

เรื่อง ขอให้จัดทำความเห็นเป็นหนังสือ

กราบเรียน ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

อ้างถึง ๑.หนังสือเรียกเอกสาร (๑๖)๕๑/๒๕๖๘ ลงวันที่ ๒๐ พฤษภาคม ๒๕๖๘

๒.บันทึกความเห็นของข้าพเจ้าเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๔ เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลในคำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๔

สิ่งที่ส่งมาด้วย : ตัวอย่างบัตรลงประชามติของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๑๙๔๕

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญขอให้ข้าพเจ้าความเห็นเป็นหนังสือตามประเด็นที่กำหนด ข้าพเจ้าขออ้างถึงบันทึกความเห็นที่ข้าพเจ้าเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๔ ที่ได้ยื่นต่อศาลไปแล้ว

ในบันทึกดังกล่าว ข้าพเจ้าได้ศึกษาทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของนักวิชาการผู้เป็นต้นกำเนิดของทฤษฎี (Emmanuel-Joseph Sieyès) และนักวิชาการหลังจากนั้น โดยเฉพาะ Carl Schmitt รวมทั้งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญต่างประเทศเปรียบเทียบกัน และทางปฏิบัติของต่างประเทศ ตลอดจนคำวินิจฉัยของศาลประเทศต่าง ๆ

ข้าพเจ้ายังยืนยันใช้ความเห็นอันเกิดจากการศึกษาทฤษฎีและกฎหมายเปรียบเทียบที่ให้ไว้ในบันทึกดังกล่าว และขอตอบประเด็นที่ศาลตั้งมาในครั้ง ดังนี้

**ข้อที่ ๑** จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๖๔ รัฐสภามีอำนาจริเริ่ม หรือ แสดงความต้องการ เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๐ โดยการพิจารณาและลงมติรับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ อย่างไร

ในคำวินิจฉัยที่ ๔/ ๒๕๖๔ ย่อนำก่อนย่อหน้าสุดท้ายศาลวินิจฉัยว่า

“การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วยวิธีการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้มีหมวด ๑๕/๑ ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ อันเป็นการแก้ไขหลักการสำคัญที่ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมต้องการปกป้องคุ้มครองไว้ หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่า สมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป เมื่อเสร็จแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหา ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว จึงนำประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ต่อไป อันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตามครรลองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

เมื่อพิจารณาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา ๕ วรรคสองแล้ว ปรากฏว่ามีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ โดยมีได้เกิดจากการรัฐประหาร ๓ ครั้ง คือ

๑) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๘๙ ซึ่งพระมหากษัตริย์ไทย คณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฯ ๒๔๘๙ ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฯ ๒๔๗๕

๒) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ ซึ่งพระมหากษัตริย์ รัฐสภา และสภาร่างรัฐธรรมนูญร่วมกันใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญฯ ๒๔๙๒ ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ ๒๔๙๐

๓) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งพระมหากษัตริย์ รัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญและประชาชนใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกันสถาปนารัฐธรรมนูญฯ ๒๕๔๐ ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๓๔

มีข้อน่าสังเกตว่าใน ๓ ครั้งที่ว่านี้รัฐธรรมนูญก่อนหน้าฉบับที่ทำขึ้นใหม่ ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งฉบับขึ้นใหม่เลย แต่ก็ใช้บทแก้ไขเพิ่มเติมดำเนินการจัดทำบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อปี ๒๔๙๑ และปี ๒๕๓๙ ส่วนฉบับปี ๒๔๘๙ ใช้เพียงบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ

แต่ในครั้งนี้ คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๔ ได้ยอมรับให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับได้ โดยผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือพระมหากษัตริย์และประชาชน โดยศาลกำหนดให้ประชาชนมีบทบาท ๒ ครั้งคือ **ครั้งแรก**ให้ประชาชนออกเสียงประชามติเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก่อน และ **ครั้งที่สอง** เมื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จต้องให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหาสาระของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ ถ้าประชาชนเห็นชอบ จึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยก็ใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ แต่ถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยร่างรัฐธรรมนูญนั้น ก็ใช้บังคับไม่ได้

อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๔ ไม่ได้กล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มร่างรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไว้

ในเรื่องนี้ เมื่อพิจารณาประเพณีการปกครองฯ ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวปี ๒๔๙๐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๔๙๑ ที่แก้ไขมาตรา ๗๐ และเพิ่มเติมมาตรา ๙๕ ทวิ ถึงมาตรา ๙๕ อัฐ ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (ซึ่งต่อมาเป็นรัฐธรรมนูญฯ ๒๔๙๒) และประเพณีการปกครองฯ ในปี ๒๕๓๙ ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๓๔ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๖) พุทธศักราช ๒๕๓๙ ที่เพิ่มเติมหมวด ๑๒ การจัดรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตั้งแต่มาตรา ๒๑๑ ทวิ ถึง มาตรา ๒๑๑ เอกราช จึงให้

ความเห็นตามประเพณีการปกครองฯ ในมาตรา ๕ วรรค ๒ ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันว่า รัฐสภามีอำนาจริเริ่ม และแสดงความต้องการเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๐ โดยการพิจารณา และลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ แต่ต้องดำเนินการ ตามมาตรา ๒๕๖ (๘) โดยอนุโลม คือต้องมีการออกเสียงประชามติ เพราะแม้การแก้ไขเพิ่มเติมหมวด ๑๕ ว่าด้วย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ยังต้องออกเสียงประชามติ การเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็ยังต้องเป็นไปเช่นนั้นตามหลักการตีความกฎหมาย *a fortiori*

**ข้อที่ ๒** การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต้องจัดให้มีการออกเสียง ประชามติกี่ครั้ง แต่ละครั้งต้องดำเนินการเมื่อใด และมีเนื้อหาอย่างไร

เรื่องนี้ มิได้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คำวินิจฉัยที่ ๔/๒๕๖๔ ก็มีได้กล่าวถึง

ข้าพเจ้ามีความเห็นว่าหากจะตีความต้องทำแยกกันระหว่างการออกเสียงประชามติว่าสมควร มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ๑ ครั้ง และ ส่งร่างรัฐธรรมนูญว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้ประชาชนพิจารณา และออกเสียงประชามติอีก ๑ ครั้ง รวมเป็น ๒ ครั้ง ก็กระทำได้ แต่เสียเวลา และค่าใช้จ่ายในการจัดทำประชามติ มาก

เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็ควรจัดการออกเสียงประชามติเพียงครั้งเดียว แต่ตั้งคำถาม ๒ ข้อ คือ

**ข้อ ๑** ท่านเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญ ๒๕๖๐ หรือไม่ หากตอบไม่เห็นชอบ ก็ถือว่าไม่เห็นชอบข้อ ๒ ด้วย

**ข้อ ๒** หากท่านเห็นชอบให้ทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับตามข้อ ๑ ท่านให้ความเห็นชอบ ร่างรัฐธรรมนูญว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ตามที่แนบมานี้หรือไม่ (แนบร่างรัฐธรรมนูญให้พิจารณา ด้วย)

บัตรที่ตอบไม่เห็นชอบในข้อ ๑ แต่เห็นชอบในข้อ ๒ ให้ถือเป็นบัตรเสีย เพราะมีการขัดกันเองใน การลงมติ

การดำเนินการทำนองนี้เคยมีการทำมาแล้วในการขอประชามติจัดทำรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ๑๙๕๖ ในการจัดทำประชามติเมื่อวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๑๙๕๕ ดังตัวอย่างภาพถ่ายที่ส่งมานี้

จึงกราบเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณา

ขอแสดงความนับถืออย่างยิ่ง

( ศาสตราจารย์กิตติคุณบรรศักดิ์ อุวรรณโณ )

ราชบัณฑิต