

ปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550



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.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2557
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Problems of Constitution - Making Process of Constitution of Thailand B.E.2550

Mr. Teeradach Limtiamcharoen



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 2014

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่ง
	ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
โดย	นายธีรเดช ลิ้มเทียมเจริญ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุ่มปา)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล)

ธีรเดช ลิ้มเทียมเจริญ : ปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (The Problems of Constitution - Making Process of Constitution of Thailand B.E.2550) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 301 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยประชาชนเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการยอมรับและความชอบธรรมในรัฐธรรมนูญ อันนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต กับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีปัญหาในเรื่องของความชอบธรรมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากผลผลิตของการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้มาจากประชาชนและมีกระบวนการจัดทำภายใต้กฎกติกาของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย ตลอดจนมีการทำประชามติที่ไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน อันเป็นความยินยอมและการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริง

เพื่อให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทยที่อาจมีขึ้นอีกในอนาคตมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตย ผู้จัดทำจึงมีข้อเสนอแนะว่า ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญในทุกขั้นตอนตั้งแต่การเลือกผู้แทนหรือองค์กรเพื่อใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชน กำหนดให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในทุกขั้นตอนเพื่อให้เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญที่สนองต่อเจตนารมณ์ของประชาชนอย่างแท้จริง และจัดให้มีการทำประชามติในร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน เพื่อให้ประชาชนได้ตรวจสอบและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตลอดจนสร้างจิตสำนึกให้ประชาชนเห็นความสำคัญถึงอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยและวางแผนรัฐธรรมนูญที่สร้างขึ้นโดยกระบวนการจัดทำของประชาชน และพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองไทยให้มีความเป็นประชาธิปไตยต่อไป

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2557

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาหลัก

5585988034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: CONSTITUTION / CONSTITUTION-MAKING PROCESS / THE THAI CONSTITUTION

TEERADACH LIMTIAMCHAROEN: The Problems of Constitution - Making Process of Constitution of Thailand B.E.2550. ADVISOR: PROF.KRIENGRAI CHAROENTHANAVAT, Ph.D., 301 pp.

The objective of this thesis is to study the constitution-making process in democratic countries where such process is built upon the people's participation, generating the people's consent and legitimacy of the constitution. The constitution which is as a result of the process will also become a social contract that presents the will of all members in the society. This study is conducted by analyzing and comparing the constitution-making process in the French Republic, the United States of America, the Federal Republic of Germany, and the Democratic Republic of Timor-Leste, with the making process of the 2007 Constitution in the Kingdom of Thailand.

The conclusion of this study indicates that the Thailand's 2007 Constitution encounters legitimation crisis, as it was the consequence of the Coup d'état by the Council of Democratic Reform under Constitutional Monarchy on 19 September 2006. Complying with the Council of National Security's undemocratic rules, the Constitution was drafted by hand-picked drafters who did not link to the people. In addition, the referendum of the Constitution was not in accordance with the principle of people's political participation.

With the aim to develop constitution-making process in Thailand to become more democratic, the thesis suggests that the constitution-making process in the future shall be conducted based on people's participation in every step since the selection of the drafters that shall reflect the true people's representatives. The drafting, amending, and adopting steps shall proceed together with public hearing, while the constitutional referendum steps must ensure that the people can check and review the draft before implementation of the constitution. Coupled with democratic development of the constitutional-making process, increasing the people's sense of belonging to the sovereign power and to the constitution is also vitally needed so that the democratic political culture can be firmly established in the Thai society.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2014

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากไม่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามาใส่ใจดูแล ให้คำปรึกษาแนะนำทางด้านวิชาการและแหล่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ ชี้แนะการหาคำตอบของปัญหาต่างๆ ตลอดจนให้คำแนะนำวิธีการเขียนงานวิชาการที่มีค่ายิ่งแก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีตลอดมาจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำแนะนำชี้แนะ และให้ข้อคิดที่เป็นแนวทางการเขียนและปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณอาจารย์คณิติน บุญสุวรรณ ผู้ให้คำสอนที่เป็นแรงบรรดาลใจให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และเป็นผู้เปิดมุมมองทางการเมืองตลอดจนให้ความกระจ่างในหลักประชาธิปไตย

ขอขอบคุณนายธนภูมิ เนตรอาภา ผู้ช่วยผู้จัดการทั่วไปด้านกฎหมายปฏิบัติการ ผู้บังคับบัญชาทุกระดับชั้น และเพื่อนร่วมงานในฝ่ายกฎหมาย บริษัท ซีพี ออลล์ จำกัด (มหาชน) ที่ให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือตลอดมา ขอขอบคุณ คุณอังคณา พัฒนาเดช และคุณพิศาล เผื่อชาติ ที่เปรียบเสมือนพี่สาวและพี่ชายของผู้เขียนผู้เป็นกำลังใจ ตลอดจนให้คำแนะนำในการดำเนินชีวิตขณะทำวิทยานิพนธ์ควบคู่กับการทำงาน ขอขอบคุณกำลังใจจาก คุณรุ่งนภา พงษ์จันทร์ ที่ทำให้ผู้เขียนมีสติพร้อมแก้ไขปัญหาต่างๆ

ขอขอบคุณ ป้าหมู ป้าดา ป้าไก่ ป้าติ่ม และป้าบุศ เจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ที่เป็นตั้งญาติมิตรของผู้เขียน ให้ความช่วยเหลือ และอำนวยความสะดวกในทุกด้านนับแต่วันแรกเข้าศึกษาจนสำเร็จการศึกษา ผู้เขียนมีความซาบซึ้งใจเป็นอย่างยิ่ง ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิตทุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือจนวิทยานิพนธ์เสร็จสมบูรณ์

ขอขอบคุณ คุณพิมลกร แพงฟู และเพื่อนๆ พี่ๆ ผู้ศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชนทุกคน ซึ่งเป็นกัลยาณมิตรที่คอยสอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียน

ขอขอบคุณ คุณสุมนา สังข์นาค นางสาวผู้ให้คำปรึกษาแก่ผู้เขียนและคอยดูแลผู้เขียนมาตลอด และขอบใจน้องไนซ์และน้องนุก น้องสาวผู้น่ารักทั้งสองของผู้เขียนที่เป็นกำลังใจให้พี่ชายคนนี้มีความสุขตลอดมา

ท้ายนี้ผู้เขียนขอรำลึกถึงพระคุณของคุณพ่อสมเกียรติ ล้มเทียมเจริญ และคุณแม่สุนันท์ ล้มเทียมเจริญ ผู้อยู่เบื้องหลังทุกความสำเร็จในชีวิตของผู้เขียน ผู้คอยอบรมสั่งสอน ให้คำแนะนำ ให้กำลังใจอย่างไม่สิ้นสุด เป็นแบบอย่างของความอดทน ความมุมานะ และความดี ที่ทำให้ผู้เขียนได้ยึดถือเป็นแนวทางในการดำเนินชีวิต จนสำเร็จการศึกษา

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ท
บทที่ 1	1
บทนำ.....	1
1.1 ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์.....	4
1.3 ขอบเขตการศึกษา.....	4
1.4 สมมติฐาน.....	4
1.5 วิธีการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2	6
แนวคิดทฤษฎีทั่วไปของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	6
ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย.....	6
2.1 ความสำคัญของอำนาจอธิปไตย ต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	6
2.1.1 ความหมายและความสำคัญของอำนาจอธิปไตยต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	6
2.1.2 วิวัฒนาการของอำนาจอธิปไตยที่มีผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	7
2.1.2.1 อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า.....	7
2.1.2.2 อำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์.....	8
(1) โบแดง (Jean Bodin).....	8

(2) โทมัส ฮอบส์ และทฤษฎีสัญญาประชาคมของโทมัส ฮอบส์.....	9
2.1.2.3 อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน.....	10
(1) จอห์น ล็อก และทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก.....	10
(2) ฌอง ฌาคส์ รูสโซ และทฤษฎีสัญญาประชาคมของฌอง ฌาคส์ รูสโซ... ..	11
(3) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	12
2.1.2.4 อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ.....	13
2.1.2.5 อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา.....	14
2.2 แนวคิดและทฤษฎีทั่วไปในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย	15
2.2.1 แนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ.....	15
2.2.1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ.....	15
2.2.1.2 รัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมือง	16
2.2.2 ทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ	18
2.2.3 ทฤษฎีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	23
2.2.4 ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	25
2.2.4.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน	25
2.2.4.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ	26
2.2.4.3 การรักษาเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล	26
2.2.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญต่อการกำหนดกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญ	27
2.2.5.1 สาระสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.....	27
2.2.5.2 ความสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	27
2.2.5.2.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมายของเคลเซินต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ	27

2.2.5.2.2	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญกับทฤษฎีสัญญา ประชาคมของโทมัส ฮอบส์ต่อการจัดทำรัฐธรรมนุญ.....	28
2.2.5.2.3	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญกับทฤษฎีสัญญา ประชาคมของรุสโซ้ต่อการจัดทำรัฐธรรมนุญ	28
2.2.5.2.4	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญกับทฤษฎีก่อตั้ง องค์กรสูงสุดทางการเมืองของซีเอเยส์ต่อการจัดทำรัฐธรรมนุญ....	29
2.2.5.2.5	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญกับเนื้อหา และ รูปแบบของรัฐธรรมนุญ	29
2.2.5.3	การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนุญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนุญ.....	30
2.2.6	หลักนิติรัฐกับการจัดทำรัฐธรรมนุญ	31
2.2.7	ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนุญ	34
2.2.7.1	ประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนุญ.....	35
2.2.7.2	ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนุญ	36
2.2.7.2.1	แนวความคิดเรื่องการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทาง กฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมาย ของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารในต่างประเทศ	37
2.2.7.2.2	แนวความคิดเรื่องการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทาง กฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมาย ของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารในประเทศไทย.....	41
2.2.7.3	ราษฎรเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนุญ.....	48
2.2.7.4	ประมุขของรัฐ คณะปฏิวัติและราษฎรเป็นผู้จัดทำให้มีขึ้น	49
2.2.7.5	ผู้มีอำนาจจากรัฐภายนอกเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนุญ	50
2.3	แนวคิดและหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนุญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย.....	51

2.3.1 การร่วมแสดงความคิดเห็น	55
2.3.2 การลงประชามติ	56
2.3.3 สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง	57
บทที่ 3	61
กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมือง	61
ที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ	61
3.1 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำ รัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	62
3.1.1 สภาพสังคมและวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนการ ปฏิวัติ ค.ศ.1789	64
ยุคการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 และยุคสาธารณรัฐที่ 1	69
3.1.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 และวิวัฒนาการ ทางการเมือง	69
3.1.2.1 วิวัฒนาการทางการเมือง	69
3.1.2.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	71
3.1.2.3 บทวิเคราะห์	72
3.1.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	73
3.1.3.1 สภาพการณ์ทางการเมือง	73
3.1.3.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	74
3.1.3.3 บทวิเคราะห์	75
3.1.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	76
3.1.4.1 สภาพการณ์ทางการเมือง และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	76

3.1.4.2 บทวิเคราะห์.....	77
ยุคจักรวรรดิ	78
3.1.5 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.1799 และ วิวัฒนาการทางการเมืองในยุคจักรวรรดิ.....	78
ยุคแห่งการฟื้นฟู.....	81
3.1.6 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 และวิวัฒนาการ ทางการเมือง	81
3.1.6.1 วิวัฒนาการทางการเมืองและการฟื้นฟูระบบกษัตริย์.....	81
3.1.6.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	81
3.1.6.3 บทวิเคราะห์.....	82
3.1.7 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1830 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	83
3.1.7.1 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองของราชวงศ์โอเลอ็อง และวิวัฒนาการทางการเมือง	83
3.1.7.2 บทวิเคราะห์.....	84
ยุคสาธารณรัฐที่ 2	85
3.1.8 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	85
3.1.8.1 วิวัฒนาการทางการเมือง.....	85
3.1.8.2 กระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำ รัฐธรรมนูญ.....	87
3.1.8.3 บทวิเคราะห์.....	87
ยุคจักรวรรดิที่ 2.....	89
3.1.9 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1852 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	89

3.1.9.1 การรัฐประหารของหลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต และกระบวนการจัดทำ รัฐธรรมนูญ.....	89
3.1.9.2 บทวิเคราะห์.....	91
ยุคสาธารณรัฐที่ 3	92
3.1.10 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1875 และวิวัฒนาการทางการเมือง	92
3.1.10.1 วิวัฒนาการทางการเมือง และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภา แห่งชาติ.....	92
3.1.10.2 บทวิเคราะห์	93
3.1.11 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1940 (ฉบับวิชี) และวิวัฒนาการทางการเมือง	94
3.1.11.1 วิวัฒนาการทางการเมือง และการจัดทำรัฐธรรมนูญของนายพลเปแตง.....	94
3.1.11.2 บทวิเคราะห์	94
ยุคสาธารณรัฐที่ 4	95
3.1.12 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 และ วิวัฒนาการทางการเมือง	95
3.1.12.1 วิวัฒนาการทางการเมืองและการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว.....	95
3.1.12.2 การเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และการลงประชามติเพื่อเตรียม จัดทำรัฐธรรมนูญและผล	96
3.1.12.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1	99
3.1.12.3.1 องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ	99
3.1.12.3.2 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และการลงประชามติ.....	100
3.1.12.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2	101
3.1.12.4.1 องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ	101
3.1.12.4.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญ และการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ.....	102

3.1.12.5 บทวิเคราะห์	103
ยุคสาธารณรัฐที่ 5	106
3.1.13 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 และวิวัฒนาการ ทางการเมือง	106
3.1.13.1 วิวัฒนาการทางการเมือง.....	106
3.1.13.2 รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958.....	107
3.1.13.3 คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำต้นร่าง รัฐธรรมนูญ.....	108
3.1.13.3.1 การเตรียมต้นร่างรัฐธรรมนูญโดยการพิจารณาของ คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และคณะกรรมการร่วมระหว่าง กระทรวงทั้งหลาย	108
3.1.13.3.2 การพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการที่ปรึกษา รัฐธรรมนูญ.....	108
3.1.13.3.3 การพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ	109
3.1.13.4 การนำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติ.....	109
3.1.13.5 บทวิเคราะห์	110
3.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำ รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา	112
3.2.1 ประวัติความเป็นมาจากรัฐอาณานิคมสู่การประกาศเอกราช.....	113
3.2.2 วิวัฒนาการทางการเมืองหลังการประกาศเอกราชและบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ ค.ศ.1781.....	118
3.2.3 ที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787.....	120
3.2.3.1 สาเหตุของการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787	120

3.2.3.2	ที่มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	121
3.2.3.3	กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ	122
3.2.3.4	การให้สัตยาบันและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787	124
3.3	กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำ รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.....	129
3.3.1	ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการทางการเมืองของอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ แห่งชนเผ่าเยอรมัน – รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ.1871 (ฉบับ บิสมาร์ก).....	130
3.3.2	กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1919 (ฉบับไวมา) และวิวัฒนาการทางการเมือง	132
3.3.3	สภาพสังคมภายใต้การปกครองแบบเผด็จการนาซีและการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ ไวมา.....	134
3.3.4	สถานภาพทางกฎหมาย และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2.....	135
3.3.4.1	สถานภาพทางกฎหมายของเยอรมันภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2.....	135
3.3.4.2	กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2.....	137
3.3.4.2.1	สาเหตุในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949	137
3.3.4.2.2	คณะกรรมการจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำ ต้นร่างรัฐธรรมนูญ.....	141
3.3.4.2.3	องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการ พิจารณาต้นร่างรัฐธรรมนูญ.....	142
3.3.4.2.4	การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949	143

3.3.4.3 บทวิเคราะห์.....	144
3.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต	149
3.4.1 ประวัติความเป็นมาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต และการประกาศเอกราช	150
3.4.2 วิวัฒนาการทางการเมืองภายหลังการประกาศเอกราช และการลงประชามติแยกตัวจากประเทศอินโดนีเซียภายใต้การควบคุมของ United Nations Mission to East Timor - UNAMET)	151
3.4.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเตฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ.2002 ภายใต้การสนับสนุนของ United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET).....	153
3.4.3.1 บทบาทของ United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) ต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	153
3.4.3.2 กรอบแนวคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	155
3.4.3.3 การทำประชาพิจารณ์ก่อนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	155
3.4.3.4 สภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ	155
3.4.4 บทวิเคราะห์	159
บทที่ 4 ปัญหาของกระบวนการจัดทำ	164
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	164
4.1 การเมืองของประเทศไทยก่อนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	166
4.1.1 อำนาจการเมือง วัฒนธรรมประชาธิปไตย และการรัฐประหารในประเทศไทย .	166
4.1.2 สาเหตุของการรัฐประหารวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549	182
4.1.3 ผลกระทบจากการทำรัฐประหารวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ	183

(4) ปัญหาเรื่องการค้าเงินการของคณะกรรมการ กำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชา แห่งชาติ.....	213
(5) ปัญหาเรื่องข้าราชการประจำในคณะกรรมการ กำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชา แห่งชาติกับประชาชน	214
(6) ปัญหาเรื่องผู้มีอำนาจในการคัดเลือกผู้แทน สาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิใน ภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และ ภาควิชาการ ประเภทที่ 7 – ประเภทที่ 9.....	214
4.2.1.1.2 ปัญหาการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน.....	216
4.2.1.1.2.1 ขั้นตอนการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็น ผู้แทนจำนวน 200 คน.....	217
4.2.1.1.2.2 ปัญหาการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็น ผู้แทนจำนวน 200 คน.....	218
(1) ปัญหาเรื่องระยะเวลาในการคัดเลือกสมาชิก สมัชชาแห่งชาติด้วยตนเองเพื่อเป็น ผู้แทนที่จะได้รับคัดเลือกเป็นสมาชิก สภาร่างรัฐธรรมนูญ	218
(2) ปัญหาเรื่องวิธีการลงคะแนนคัดเลือกสมาชิก สมัชชาแห่งชาติโดยสมาชิกสมัชชา แห่งชาติด้วยตนเอง.....	219
4.2.1.2 ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ	222
4.2.1.2.1 ปัญหาวิธีการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดยคณะมนตรี ความมั่นคงแห่งชาติ	224

4.2.1.2.2	ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ กับประชาชน.....	225
4.2.1.2.3	เปรียบเทียบกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 กับกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550.....	226
4.2.1.3	ปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	229
4.2.1.3.1	กระบวนการสรรหาคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	229
4.2.1.3.2	ปัญหาการคัดเลือกคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	232
4.2.2	ปัญหากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ.....	236
4.2.2.1	กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ.....	241
4.2.2.1.1	กฎระเบียบข้อบังคับในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	241
4.2.2.1.2	อำนาจหน้าที่ และการสิ้นสุดลงของสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	242
4.2.2.1.3	การแต่งตั้งคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	243
4.2.2.1.4	กรอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	243
4.2.2.1.5	กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน.....	245
4.2.2.1.6	การแปรญัตติ.....	247
4.2.2.1.7	กระบวนการให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่าง รัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ.....	248
4.2.2.1.8	เปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ และ การให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 กับอำนาจหน้าที่ กระบวนการร่าง รัฐธรรมนูญ และการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของสภา ร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.....	249
4.2.2.2	ปัญหาของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ.....	250
4.2.2.2.1	ปัญหาการคัดเลือกคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ.....	251

4.2.2.2.2	ปัญหาเรื่องกำหนดระยะเวลาในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและ ปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน.....	251
4.2.2.2.3	ปัญหาของกระบวนการแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญ ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการจัดทำรายงานการ แก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่แก้ไขเพิ่มเติมของคณะกรรมการยกร่าง รัฐธรรมนูญ.....	252
4.2.2.2.4	ปัญหาของการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	253
4.2.3	ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ	254
4.2.3.1	กระบวนการลงประชามติ.....	254
4.2.3.1.1	ขั้นตอนในสภาร่างรัฐธรรมนูญ.....	254
4.2.3.1.2	ประเด็นพิจารณาและงบประมาณ	257
4.2.3.1.3	บทบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ.....	258
4.2.3.1.4	เปรียบเทียบการลงประชามติและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 กับการลง ประชามติและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในกระบวนการจัดทำ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.....	260
4.2.3.2	ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ.....	261
4.2.3.2.1	ปัญหาเรื่องงบประมาณ	261
4.2.3.2.2	ปัญหาเรื่องบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักการลงประชามติที่ เป็นประชาธิปไตย.....	261
บทที่ 5	266
บทสรุปและข้อเสนอแนะ	266
5.1	บทสรุป	266
5.2	ข้อเสนอแนะ	270

รายการอ้างอิง	274
ภาคผนวก.....	281
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	301



สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 แสดงผลการลงประชามติสำหรับคำถามข้อแรก	97
ตารางที่ 2 แสดงผลการลงประชามติสำหรับคำถามข้อที่สอง	98
ตารางที่ 3 แสดงผลการลงประชามติเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก (วันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1946)	101
ตารางที่ 4 แสดงผลการลงประชามติเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่สอง (วันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1946)	103
ตารางที่ 5 แสดงผลการลงประชามติในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1958	109
ตารางที่ 6 แสดงการก่อตั้งอาณานิคมของอังกฤษในอเมริกา	114
ตารางที่ 7 แสดงการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญของมลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ	126
ตารางที่ 8 ตารางผลการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ	157
ตารางที่ 9 ตารางการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ	197
ตารางที่ 10 ตารางการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ	223
ตารางที่ 11 ตารางการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ	229
ตารางที่ 12 ตารางขั้นตอนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญปี 2550	239

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความสำคัญและความเป็นมาของปัญหา

วิวัฒนาการทางการเมือง และวัฒนธรรมทางการเมืองเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ โดยประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นจากการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ที่คำนึงถึงหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน

เมื่อวิวัฒนาการทางการเมืองก่อให้เกิดแนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศได้ทำข้อตกลงร่วมกันเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยตนเองตามทฤษฎีสัญญาประชาคมแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจึงนำมาสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน เพื่อเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและเป็นเครื่องมือในการวางโครงสร้างสถาบันทางการเมือง ระบบการเมืองและระบบกฎหมาย ใช้จัดระเบียบและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันนำมาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพราะเป็นกระบวนการจัดทำกฎหมายสูงสุดที่จะมาบังคับใช้กับคนทั้งประเทศ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีกระบวนการจัดทำที่น่าเชื่อถือ และได้รับความไว้วางใจจากประชาชนว่าเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง ซึ่งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่จะทำให้รัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญที่น่าเชื่อถือ และได้รับความไว้วางใจจากประชาชนในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชน โดยประชาชนและเพื่อประชาชน จึงจะถือได้ว่าเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตย

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งเกิดจากการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะถูกกำหนดให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ทุกขั้นตอน อาทิ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์ – เลสเต ที่เน้นการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและให้โอกาสประชาชนในการจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจให้การจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และการลงประชามติโดยผู้แทน หรือในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เกิดขึ้นและพัฒนาการไปตาม

วิวัฒนาการทางการเมืองตามแต่รูปแบบการปกครองในแต่ละยุคสมัย หากประเทศมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นโดยกษัตริย์ หากในยุคสมัยที่ประเทศมีการปกครองในระบอบเผด็จการ รัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มเผด็จการ และสำหรับยุคสมัยที่ประเทศมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นโดยการมีส่วนร่วมของประชาชน

สำหรับประเทศไทยนั้น กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศตกอยู่ภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองของไทยแบบอำนาจนิยม ศักดิ์นิยม และอุปถัมภ์ค้ำชู ซึ่งเป็นปัญหาหลัก และเป็นสาเหตุสำคัญของการรัฐประหาร เกิดเป็นความเคยชินต่อกระบวนการนอกวิถีทางของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และเกิดวัฒนธรรมทางการเมืองแบบหยีบยิ่นให้ โดยมีได้เกิดจากความยินยอมและการเรียกร้องของประชาชน

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และปรากฏรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรกชื่อว่าพระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 หลังจากนั้นประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับในเวลาต่อมา จวบจนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยถูกกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ แต่มีรัฐธรรมนูญเพียงไม่กี่ฉบับที่มีกระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของประชาชน และมีเพียงไม่กี่ฉบับที่มีการนำหลักนิติรัฐ ทฤษฎีสัญญาประชาคม หลักการแบ่งแยกอำนาจ ตลอดจนหลักรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้เป็นเครื่องมือในการร่างรัฐธรรมนูญและใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการร่างและการกำหนดบทบัญญัติที่สามารถตรวจสอบได้โดยประชาชน

ภายหลังการทำรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ที่มี พล.อ.สนธิ บุญยรัตกลิน เป็นหัวหน้าคณะรัฐประหาร ก่อการรัฐประหารรัฐบาลของ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ได้ทำการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ขึ้น

สำหรับเหตุผลที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้นเพราะเชื่อว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก่อให้เกิดความล้มเหลวในการ

ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร องค์กรอิสระที่ใช้ตรวจอำนาจผู้ใช้อำนาจทางการเมืองถูกครอบงำทางการเมือง และรัฐบาลกระทำการทุจริตคอร์รัปชัน ตลอดจนมีการหมิ่นประมาทสถาบันพระมหากษัตริย์

เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) (ต่อมาภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ) ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แล้ว บัญญัติมาตรา 19 ถึงมาตรา 32 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ขึ้น เพื่อดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 กำหนดให้มีการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนไม่เกินสองพันคน เพื่อคัดเลือกกันเองให้เหลือ 200 คน และส่งต่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกเหลือจำนวน 100 คน เพื่อโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญให้เสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวยังบัญญัติให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือว่าไม่ได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้ จำนวน 35 คน เป็นคณะกรรมการกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ โดยให้ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญทำการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิที่จะเป็นกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 25 คน และจากการคัดเลือกของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอีกจำนวน 10 คน ทำการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีขั้นตอนใดที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ อีกทั้งในการร่างรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีบทบัญญัติเชิงบังคับว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

เมื่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วเสร็จ ได้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวออกให้ประชาชนทำประชามติ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการเปิดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่การทำประชามติดังกล่าวก็ยังคงมีปัญหาว่าเป็นการลงประชามติที่ไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนที่เป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสังคมอย่างมากในเรื่องของกระบวนการจัดทำ

ผู้เขียนจึงเห็นเป็นการสมควรที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยและเพื่อให้ได้มาซึ่งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำ

รัฐธรรมนูญอันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเหมาะสมกับวัฒนธรรมทางการเมือง และวิวัฒนาการทางการเมืองของไทย เพื่อให้เป็นต้นแบบของการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์

1.2.1 เพื่อศึกษาพัฒนาการของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนอันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

1.2.2 เพื่อทราบปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1.2.3 เพื่อทราบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเหมาะสมสำหรับประเทศไทย

1.3 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ตลอดจนประกาศ และคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ถูกจัดทำขึ้นโดยปราศจากการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างวิวัฒนาการทางการเมืองและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต อันนำมาสู่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย เพื่อทราบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

1.4 สมมติฐาน

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นผลจากการก่อการรัฐประหารในปี พ.ศ.2549 และปราศจากการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย เพราะกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของประชาชนและสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมและอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

1.5 วิธีการศึกษา

- 1.5.1 วิจัยเอกสาร
- 1.5.2 ประสพการณ์
- 1.5.3 สืบค้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบพัฒนาการของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนอันเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

1.6.2 ทราบปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

1.6.3 ทราบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเหมาะสมสำหรับประเทศไทย



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีทั่วไปของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

การจะอธิบายถึงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย มีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจหลักทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ลักษณะสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย ความหมายและความสำคัญของการมีรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการมีส่วนร่วมในการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประชาชน ทั้งนี้เพื่อให้เห็นความสำคัญของการจัดทำรัฐธรรมนูญและความสัมพันธ์ของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

2.1 ความสำคัญของอำนาจอธิปไตย ต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

2.1.1 ความหมายและความสำคัญของอำนาจอธิปไตยต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม ได้กล่าวว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายในทางการเมืองการปกครอง อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจทางการเมืองเป็นเรื่องสำคัญและเป็นจุดเริ่มต้นของการจัดระเบียบหรือเป็นกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับความเข้าใจทฤษฎีและวิถีปฏิบัติในอำนาจอธิปไตยดังกล่าว อำนาจอธิปไตยจึงเป็นปัญหาเริ่มต้นของปัญหาทั้งหลายเป็นกฎเกณฑ์เบื้องต้นของกฎเกณฑ์ทั้งหลายว่าจะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญอย่างไร จึงต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของใคร ใครเป็นผู้ใช้อำนาจนั้น และใช้อย่างไร และอำนาจอธิปไตยสามารถแบ่งแยกได้หรือไม่¹

อำนาจอธิปไตย จึงหมายถึง อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ² หรืออำนาจในการแสดงความเป็นเจ้าของประเทศ อำนาจที่แสดงความเป็นใหญ่ ความเป็นอิสระ ความไม่ขึ้นแก่ใครหรือต้องเชื่อฟังคำสั่ง คำบัญชาของผู้ใดที่เหนือตนโดยปราศจากความยินยอมของตน³ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยในความหมายของกฎหมายมหาชนก็คืออำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ และเป็นอำนาจที่อยู่

¹ วิชณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2530), หน้า.210-211

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8

เหนือรัฐธรรมนูญ⁴ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยจึงเป็นทฤษฎีหลักในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆ

2.1.2 วิวัฒนาการของอำนาจอธิปไตยที่มีผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

รัฐจะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างไร บุคคลใดจะเป็นผู้มีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญ ตลอดจนจะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างไร จำเป็นต้องรู้ก่อนว่ารัฐนั้นอำนาจอธิปไตยเป็นของใคร โดยศึกษาจากวิวัฒนาการทฤษฎีอำนาจอธิปไตย ดังต่อไปนี้⁵

2.1.2.1 อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า

หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้าเกิดขึ้นในช่วงยุคกลางในขณะที่ยุคกลางในขณะที่ยุคกลางเข้ามามีบทบาททางการเมือง โดยมีสำนักกฎหมายธรรมชาติได้ให้แนวคิดไว้ว่า พระเจ้าเป็นผู้สร้างโลก อำนาจการปกครองจึงมาจากพระเจ้า มีการอ้างความมีอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (The Supremacy of God) โดยอ้างว่าบรรดาสรรพสิ่งทั้งปวงย่อมอยู่ใต้คำบัญชาของพระเจ้า จึงเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า โดยฝ่ายศาสนจักรนำแนวความคิดนี้ไปอ้างเพื่อมีอำนาจเหนือฝ่ายอาณาจักรทางการเมือง โดยในยุคนี้มีนักปรัชญาเมธีที่สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวสองคน คือ เซนต์ ออกัสติน (Saint Augustin) และ เซนต์ โทมัส อควินัส (Saint Thomas Aquinas) โดยเซนต์ ออกัสติน กล่าวว่า มนุษย์โดยแท้ไม่มีเหตุผลเปลี่ยนแปลงไปมาง่าย จึงเป็นเหตุผลที่พระเจ้าต้องเข้ามาแทรกแซงรัฐบาล เพื่อรักษาไว้ซึ่งสันติภาพและกฎหมายที่เป็นธรรม⁶ อำนาจทุกอย่างมาจากพระเจ้าโดยผ่านทางผู้แทนของพระเยซู อำนาจในการปกครองทางโลกมาจากพระเจ้า พระเจ้าจึงเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ส่วน เซนต์ โทมัส อควินัส กล่าวว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคมและการเมือง จึงต้องสอดคล้องต่อหลักธรรมชาติ อำนาจปกครองสังคมจึงเกิดจากพระเจ้า เพราะพระเจ้าเป็นที่มาของธรรมชาติ พระเจ้าจึงเป็นที่มาของอำนาจ อำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า มนุษย์จำเป็นต้องอาศัยสถาบันที่พระเจ้าได้ทรงตั้งขึ้น คือ คริสตจักร โดยผ่านทางพระสันตะปาปาที่เป็นตัวแทนของพระเจ้า

ฝ่ายอาณาจักรตกอยู่ภายใต้การปกครองของฝ่ายศาสนจักรตลอดมาจนฝ่ายอาณาจักรเกิดความไม่พอใจ และเกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่างฝ่ายอาณาจักร และฝ่ายศาสนจักร สังคมเกิดความวุ่นวาย ปราศจากการรวมศูนย์อำนาจ จึงได้มีการสร้างแนวความคิดขึ้นใหม่ให้มีการรวมศูนย์อำนาจในเวลาต่อมา

⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า.78

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78-80

⁶ วิทยากร เชียงกุล, ปรัชญา การเมือง เศรษฐกิจ สังคม (กรุงเทพฯ: สายธาร, 2555), หน้า.69

จะพิจารณาได้ว่าในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่มีการกล่าวถึงการนำหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้ามาใช้เป็นแนวทางในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญได้ถูกสร้างขึ้นในระยะเวลาหลัง ในระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นนักปรัชญาเมธีทั้งหลายก็จะแค่เพียงนำหลักการดังกล่าวมาใช้ปกครองมนุษย์เท่านั้น

2.1.2.2 อำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์

นับแต่ปลายสมัยกลางเป็นต้นมา ฝ่ายอาณาจักรเข้มแข็งขึ้น เกิดการรวมศูนย์อำนาจและทฤษฎีขึ้นใหม่นั้นคือ อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ โดยกำหนดให้กษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตยหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐแต่ละรัฐ⁷ ทฤษฎีนี้สนับสนุนสถานะของราชาธิปไตยอย่างเต็มที่ โดยมีนักปรัชญาเมธีที่อธิบายหลักดังกล่าว ดังนี้⁸

(1) โบแดง (Jean Bodin)

โบแดง (Jean Bodin) นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศสได้เป็นคนคิด “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย” หรือที่รู้จักในชื่อเดิมว่า “ทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์” ขึ้นเพื่อใช้ลดอำนาจของพระสันตปาปาของศาสนจักร โดยอธิบายทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยไว้พอสรุปได้ ดังนี้

1. อำนาจอธิปไตย คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยต้องการล้มล้างอำนาจล้นพ้นของพระเจ้า ลดอำนาจของพระสันตปาปา เพราะในยุคอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า พระเจ้าและพระสันตปาปามีอำนาจล้นพ้น ไม่มีข้อจำกัด โบแดงต้องการจะจำกัดอำนาจลงเพียงแค่การปกครองในประเทศนั้นๆ เท่านั้น และเพื่อต้องการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐอธิปไตย

2. อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ โดยพิจารณาจากองค์ประกอบที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยจึงต้องเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

3. ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย คือกษัตริย์ ซึ่งเป็นตัวแทนของรัฐและเป็นรัฐอธิปไตย โดยโบแดงนำหลักเรื่อง *res publica* ที่ว่าจักรพรรดิคือเจ้าของประเทศมาอธิบาย อย่างไรก็ตามแม้โบแดงจะกล่าวว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐนั้น ก็สามารถเข้าใจได้ว่ารัฐคือกษัตริย์นั่นเอง ดังที่พระเจ้าหลุยส์แห่งฝรั่งเศสตรัสว่ารัฐคือตัวข้า

4. รัฐอธิปไตย คือผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน สามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้โดยตนไม่ต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของผู้ใด โดยอธิบายได้ว่าความเป็นรัฐอธิปไตยของกษัตริย์

⁷ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 215

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 216-217

คือการมีอำนาจตรากฎหมายบังคับใช้แก่ราษฎรทั้งหลาย โดยไม่คำนึงว่าราษฎรจะยินยอมหรือไม่ ถ้าจะให้รัฐอธิปไตยปกครองรัฐได้อย่างถูกต้องดีงาม จำต้องจัดให้รัฐอธิปไตยอยู่นอกกฎหมาย

อำนาจอธิปไตยของโบแดงจึงอยู่ที่กษัตริย์ ที่เรียกว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ อย่างไรก็ตาม รัฐกษัตริย์ที่โบแดงชื่นชมไม่ได้หมายความว่า จะเป็นรัฐกษัตริย์แบบใดก็ได้ เช่น รัฐกษัตริย์ทรราช โบแดงเทิดทูนกฎหมายธรรมชาติซึ่งสะท้อนเหตุผลของพระเจ้า กฎหมายของพระเจ้า และกฎหมายธรรมชาติเหล่านี้ กษัตริย์ต้องให้ความเคารพและไม่อาจล่วงละเมิดได้ ในบรรดากฎหมายธรรมชาติ สิ่งแรกที่กษัตริย์ต้องเคารพคือ เสรีภาพตามธรรมชาติของผู้ใต้การปกครอง ตลอดจนทรัพย์สินของพวกเขา ดังนั้น รัฐกษัตริย์ที่โบแดงชื่นชม คือ รัฐกษัตริย์ที่ชอบธรรม คือ รัฐที่ผู้อยู่ใต้การปกครองเคารพกฎหมายของกษัตริย์ และกษัตริย์เคารพกฎหมายธรรมชาติที่คุ้มครองเสรีภาพตามธรรมชาติและทรัพย์สินของผู้อยู่ใต้การปกครอง⁹

(2) โทมัส ฮอบส์ และทฤษฎีสัญญาประชาคมของโทมัส ฮอบส์

โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) เป็นนักปรัชญาอีกท่านหนึ่งที่ได้อธิบายอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ โดยการอธิบายผ่านทฤษฎีสัญญาประชาคม กล่าวคือ โทมัส ฮอบส์มองสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ว่า มนุษย์โดยธรรมชาติต่างมีความเห็นแก่ตัวเป็นที่ตั้ง ต่างทำตามตัณหาของตนเองเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงและความปลอดภัยในชีวิต การที่ทุกคนกระทำการดังกล่าวได้ก็เพราะทุกคนมีสิทธิตามธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกัน¹⁰ แต่ด้วยความเท่าเทียมกันดังกล่าวนำมาซึ่งความขัดแย้งเพราะทุกคนต่างคิดว่ามีความเท่าเทียมกัน และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งดังกล่าว มนุษย์จึงตระหนักที่จะสละเสรีภาพบางส่วนของตนในส่วนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิดก่อนเป็นพันธสัญญาขึ้นเพื่อให้เกิดสันติภาพโดยผ่านรัฐ หรือผู้ปกครอง ทั้งนี้ โดยที่รัฐเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญาที่มนุษย์หรือผู้อยู่ใต้การปกครองเป็นผู้ทำขึ้นเท่านั้นไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญา ฮอบส์จึงให้กล่าวว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุก ๆ คนในประชาคมนั้นและเป็นนิรันดร์ ไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้¹¹ ซึ่งในเวลานั้นผู้มีอำนาจเหนือประชาคมทั้งปวงคือกษัตริย์ หลักการอธิบายอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ผ่านสัญญาประชาคมของฮอบส์ จึงยังเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ยกให้กษัตริย์เป็นรัฐอธิปไตย จึงเป็นที่มาว่าผู้อยู่ใต้การปกครองยินยอมยกอำนาจให้แก่ผู้ปกครอง โดยผู้ปกครองไม่ได้ทำสัญญาประชาคมด้วย ผู้ใต้ปกครองจึงไม่สามารถเรียกคืนได้ ผู้ปกครองสามารถใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องผูกพันต่อผู้อยู่ใต้การปกครอง

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 83

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68

ภายหลังที่ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ได้แพร่หลาย ทำให้เกิดสภาพสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างสุดขีด กษัตริย์ใช้อำนาจเด็ดขาดมากเกินไป จึงเกิดแนวความคิดในการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ และให้อำนาจการปกครองอยู่ที่ประชาชน จึงได้สร้างแนวความคิดใหม่ขึ้นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน¹²

หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์นี้เองที่ในยุคสมัยหนึ่งพระมหากษัตริย์ต่างใช้เป็นอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยวิธีการจัดทำและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ที่การตัดสินใจของพระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียว รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นก็จะเป็กรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นในยุคสมัยที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจ หรือเป็กรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช

2.1.2.3 อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ภายหลังจากที่เกิดแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ ทำให้กษัตริย์ใช้อำนาจอย่างเด็ดขาด จึงเกิดแนวความคิดใหม่ที่ไม่ให้อำนาจตกอยู่ที่คน ๆ เดียว และใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดอย่างที่เป็นมา จึงมีแนวความคิดที่ให้อำนาจอธิปไตยเป็นของคนส่วนใหญ่ เมื่ออำนาจอธิปไตยไม่ได้อยู่ที่คน ๆ เดียวแล้ว โอกาสที่จะเกิดการใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดจึงมีน้อย แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน นักปรัชญาเมธีที่ให้แนวความคิดนี้ ได้แก่¹³

(1) จอห์น ล็อก และทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก

จอห์น ล็อก (John Locke) นักปรัชญาชาวอังกฤษ กล่าวว่ามนุษย์ควรอยู่ร่วมกันในสังคมการเมือง โดยมนุษย์เสมอกันและเป็นอิสระต่อกัน และรัฐบาลที่ชอบธรรมต้องมาจากความยินยอมของประชาชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งการยอมรับรัฐของประชาชนควรเป็นการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขว่า รัฐจะต้องปกป้องผลประโยชน์ เช่น สิทธิในการครอบครอง ซื้อขาย ทรัพย์สินสมบัติของประชาชน ประชาชนถึงจะเชื่อฟังกฎหมาย และรัฐควรมีอำนาจจำกัดแค่เรื่องการคุ้มครองดูแลเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น¹⁴ จะเห็นว่าทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก จะแตกต่างจากของฮอบส์ สองประการ ดังนี้¹⁵

¹² เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 84.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84-88.

¹⁴ วิทยากร เชียงกุล, ปรัชญา การเมือง เศรษฐกิจ สังคม, หน้า 34.

¹⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 68.

ประการแรก สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ได้เป็นสภาวะของการต่อสู้แข่งขันแต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาค มีสันติภาพ เมื่อเกิดความขัดแย้งต่างก็บังคับตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามธรรมชาติและกระทำความผิดด้วยตัวเอง¹⁶

ประการที่สอง จอห์น ล็อก เห็นว่า พันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้นตามทฤษฎีสัญญาประชาคมนั้นมีสองพันธสัญญา กล่าวคือ พันธสัญญาแรกเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเองเพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งและเพื่อความมั่นคงของชีวิต ส่วนพันธสัญญาที่สองเป็นพันธสัญญาระหว่างประชาชนกับรัฐ โดยอธิบายว่าพันธสัญญาระหว่างประชาชนจะเกิดขึ้นได้นั้นประชาชนในประชาคมต้องยินยอมรับสภาพการปกครอง จึงต้องมีการควบคุมอำนาจรัฐเพื่อให้ประชาชนยอมรับ

รัฐจึงต้องใช้อำนาจไปตามกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ และประชาชนมีสิทธิที่จะลงโทษรัฐได้ รัฐจึงไม่ได้อยู่เหนือประชาชนอย่างที่ฮอบส์ได้อธิบายไว้ ดังนั้นหากรัฐละเมิดพันธสัญญาประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้

แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนผ่านทฤษฎีสัญญาประชาคมดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นการอธิบายให้เห็นว่าอำนาจในการปกครองรัฐ และการบริหารประเทศนั้น เป็นของประชาชนอย่างแท้จริง เพียงแต่เสรีภาพของประชาชนจะมีอยู่อย่างไรก็ตามโดยกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ รัฐเป็นเพียงผู้คุมกฎในพันธสัญญากับประชาชนที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย ถือได้ว่าเป็นการวางรากฐานการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ที่มุ่งให้รัฐคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และหลักการปกครองเสรีนิยมประชาธิปไตยดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการกำหนดผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่า ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย คือ ประชาชนและมีอิทธิพลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ให้มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในเวลาต่อมา

(2) ฌอง ฌาคส์ รูสโซ และทฤษฎีสัญญาประชาคมของฌอง ฌาคส์ รูสโซ

ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) อธิบายแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนผ่านทฤษฎีสัญญาประชาคมว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพอย่างไม่มีจำกัด ทุกคนเป็นนายของตนเอง ไม่อยู่ภายใต้ใคร จึงก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่ปลอดภัย ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและเสรีภาพ เพราะต่างก็มีสิทธิอย่างไม่จำกัด ทุกคนจะพยายามใช้สิทธิเสรีภาพของตนอย่างไร้ขอบเขต รูสโซ เห็นว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุให้มนุษย์มารวมตัวกันเพื่อทำสัญญาประชาคมในการที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของตนเอง และวางกฎเกณฑ์การอยู่ร่วมกันในสังคม กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตของทุกคน เสรีภาพที่แท้จริง

¹⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า.196.

ของรัสเซีย นั่นคือเสรีภาพที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของประชามชนั้น ๆ สัญญาประชาคมของรัสเซียจึงมีลักษณะผูกพันประชาชนด้วยตนเอง และเป็นข้อผูกพันระหว่างประชาชนกับรัฐ

รัฐ ในมุมมองของรัสเซียตามทฤษฎีสัญญาประชาคมข้างต้น เกิดขึ้นโดยการรวมตัวกันของทุกคนในประชาคม เพราะทุกคนที่เข้าทำสัญญาประชาคมได้มอบเสรีภาพให้แก่รัฐ มิได้มอบให้ผู้อื่นผู้ใด เจตนารมณ์ร่วมกันดังกล่าวก็คืออำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุก ๆ คน และรัสเซียเห็นว่าอำนาจอธิปไตยดังกล่าวไม่สามารถแบ่งแยกได้ และไม่สามารถให้แก่ผู้ใดได้ รัสเซียจึงถือได้ว่าเป็นผู้ก่อให้เกิดแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและก่อให้เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง รัฐบาลเป็นเพียงผู้แทนชั่วคราวของประชาชนเท่านั้น

นำมาสู่การอธิบายโดยสรุปได้ว่า สัญญาประชาคมเป็นเจตจำนงทั่วไปของประชาชน เพื่อสนับสนุนการปกครองระบอบประชาธิปไตย มิใช่การมอบเจตจำนงของประเทศไปให้กับผู้หนึ่งผู้ใด ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองนั่นเอง อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชน จึงสามารถถอดถอนล้มล้างรัฐบาลได้ ทุกคนต้องมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศและบัญญัติกฎหมาย

(3) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ผลจากแนวความคิด เรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรัสเซีย นำมาสู่รูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนี้

1. ประชาธิปไตยโดยทางตรง

เป็นรูปแบบประชาธิปไตยอย่างหนึ่ง ที่ประชาชนในรัฐมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ออกกฎบัตร กฎหมายโดยตรง โดยมีพื้นฐานแนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ทุกคนเป็นเจ้าของ มีส่วนร่วมในอำนาจอธิปไตยดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามรูปแบบประชาธิปไตยทางตรงนั้นใช้ได้เหมาะสมกับรัฐเล็ก ๆ ที่มีประชากรไม่มาก เช่นรัฐในอดีต (กรีก - โรมัน) ปัจจุบันรัฐสมัยใหม่มีประชากรมาก และเป็นไปไม่ได้ที่ประชากรทุกคนจะมามีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ จึงเกิดการคิดรูปแบบประชาธิปไตยทางอ้อม

2. ประชาธิปไตยโดยทางอ้อม

ประชาธิปไตยทางอ้อม คือ ประชาธิปไตยแบบมีผู้แทน กล่าวคือ ให้ประชาชนเลือกตัวแทนหรือผู้แทนของตนเข้าไปทำหน้าที่ออกกฎหมายปกครองบ้านเมืองหรือบริหารประเทศแทนประชาชนเอง แนวคิดดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนร่วมกับทฤษฎีว่าด้วยการเป็นตัวแทน ดังนั้น ในรูปแบบนี้ ประชาชนจะมอบอำนาจอธิปไตยของตนผ่านไปยังผู้แทนของตน จึงเรียกรูปแบบประชาธิปไตยนี้ว่าประชาธิปไตยโดยทางอ้อม

3. ประชาธิปไตยกึ่งทางตรง

สำหรับประชาธิปไตยโดยทางอ้อมตามข้อ 2. อาจเกิดปัญหาหากผู้แทนของประชาชนไม่สนใจความคิดเห็นของประชาชน และใช้อำนาจตามอำเภอใจในการบริหารประเทศและปกครองบ้านเมือง ประชาชนไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบผู้แทนของตนได้ จึงเกิดแนวความคิดรูปแบบประชาธิปไตยกึ่งทางตรงขึ้นมา โดยการนำเอาแนวความคิดรูปแบบประชาธิปไตยโดยทางตรง มาผสมผสานกับรูปแบบประชาธิปไตยโดยทางอ้อม โดยประชาชนจะมีอำนาจในการตรวจสอบผู้แทนมากขึ้น เช่นการเปิดโอกาสให้ประชาชนลงประชามติในกฎหมาย หรือการถามความคิดเห็นจากประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดินโดยการทำประชามติ เป็นต้น

การปกครองระบอบประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองที่ให้ความชอบธรรมแก่การใช้อำนาจของรัฐกับประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าให้ความชอบธรรมแก่การปกครองของมนุษย์ที่มีต่อมนุษย์ด้วยกัน เนื่องจากเป็นรูปแบบการปกครองที่ผู้ที่ทำหน้าที่ในการปกครองนั้นก็เพียงแต่ผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนเป็นจริงขึ้นมาเท่านั้น กล่าวคือเป็นการเข้ามาทำหน้าที่ในการสนองความต้องการของประชาชนในฐานะที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย¹⁷

จากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและอิทธิพลที่มีต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยดังกล่าวจึงพิจารณาได้ว่า หลักการดังกล่าวทั้งสองหลักการข้างต้นมีความสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในเรื่องของผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่ให้ความสำคัญต่อประชาชนว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจที่จะสามารถจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสัญญาประชาคมประเภทหนึ่งเพื่อควบคุม และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของตน อีกทั้งยังมีความสำคัญต่อการกำหนดรูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย ตลอดจนมีความสำคัญต่อการกำหนดโครงสร้างและวิธีการในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยอีกด้วย

2.1.2.4 อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาตินี้ ถูกคิดค้นขึ้นมาในระยะเวลาใกล้เคียงกันกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดย ซิเอเยส์ (Sieyes) นักปรัชญาที่ต่อต้านระบอบอภิสิทธิ์ กล่าวไว้ว่า อำนาจอธิปไตยจะแบ่งแยกไม่ได้ ประชาชนแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของอำนาจในหนึ่งส่วนของอำนาจอธิปไตย แบบเดียวกับแนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนของรูสโซ ที่กำหนดให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจคนละหนึ่งส่วนในอำนาจอธิปไตย และแต่ละคนยอมสละอำนาจของตน คนละส่วนเพื่อยอมตนอยู่ภายใต้การปกครองของผู้แทนโดยทำเป็นสัญญาประชาคม

¹⁷ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า.343.

แต่สำหรับ ชิเอเยส อธิบายว่าการรวมตัวของประชาชนนั้นเป็นการรวมตัวกันในนามชาติ และชาติเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงไม่ใช่ของประชาชน ประชาชนแต่ละคนไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะใช้อำนาจอธิปไตย ประชาชนทุกคนมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อชาติ เพราะหากมอบอำนาจอธิปไตยให้แก่ประชาชนไปแล้ว อาจเกิดการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นหลายส่วน ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาในการบริหารประเทศ

ชิเอเยส จึงได้สร้างทฤษฎีความเป็นผู้แทนของชาติขึ้น โดยถือว่าผู้แทนที่ประชาชนเลือกไปเป็นผู้แทนของประเทศทั้งประเทศ การเลือกตั้งมีความสำคัญ ดังนั้น จึงกำหนดให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องเลือกผู้แทน เมื่อประชาชนเลือกผู้แทนเข้าไปแล้ว ผู้แทนจะไม่มีความสัมพันธ์กับประชาชนอีก เนื่องจากผู้แทนที่ประชาชนเลือกนั้นกลายเป็นผู้แทนของชาติแล้ว ผู้แทนในลักษณะนี้สามารถกระทำการแทนชาติได้เต็มที่ จึงมีความแตกต่างจากทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และส่งผลต่อวิธีการในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนไม่ใช่เจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่เป็นชาติ รัฐธรรมนูญจึงอาจเกิดขึ้นโดยผู้แทนของชาตินั้น หากผู้แทนของชาติเลือกปกครองใน ระบอบเผด็จการ รัฐธรรมนูญนั้นก็จะถูกจัดทำขึ้นด้วยและโดยแนวความคิดแบบเผด็จการ ประชาชนไม่สามารถที่จะโต้แย้งใด ๆ ได้ เพราะประชาชนได้มอบอำนาจอธิปไตยให้แก่ชาติไปแล้ว ซึ่งอาจไม่สอดคล้องต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย

2.1.2.5 อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา

อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภาเป็นหลักสำคัญต่อแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในประเทศอังกฤษ โดยเกิดขึ้นจากความต้องการที่จะจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในการออกกฎหมายและการจัดเก็บภาษีประชาชน จากเหตุการณ์สำคัญในปลายศตวรรษที่ 12 ที่พระและขุนนางบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงพระนามในเอกสารสำคัญที่เรียกว่า Magna Carta เพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์¹⁸ เนื่องจากพระเจ้าจอห์นปกครองประเทศด้วยการกดขี่ บังคับเรียกเก็บภาษีจากราษฎรมากขึ้นและใช้วิธีการรุนแรง กระทั่งในปี ค.ศ. 1688 รัฐสภาได้ทำการปฏิวัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์สำเร็จ และได้ตรา Bill of Right เพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ เป็นการรับรองฐานะของรัฐสภาอย่างเป็นทางการจนกระทั่งเกิดการปฏิวัติครั้งที่สอง ในสมัยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ซึ่งได้สร้างหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายขึ้น และเป็นรากฐานของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ Act of Settlement จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้มาขึ้นอยู่กับรัฐสภานับเป็นการเริ่มต้นของการปฏิวัติอันรุ่งเรือง อำนาจสูงสุดจึงเป็นของรัฐสภามาตั้งแต่บัดนั้น

¹⁸ ธนิต ภูริเวทย์, "หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนด และทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหาร, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า.75.

อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา จึงหมายถึง อำนาจในการออกกฎหมายสูงสุดเป็นของรัฐสภา ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรสูงสุดของอังกฤษคือ พระราชบัญญัติ โดยประเทศอังกฤษถือว่ารัฐสภาเป็นที่มาสูงสุดของอำนาจ รัฐสภาจึงสามารถออกกฎหมายใด ๆ ได้อย่างกว้างขวางจึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาไม่มีขีดจำกัดทางกฎหมาย ประกอบกับ ประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รัฐสภาจึงสามารถตรารัฐธรรมนูญขึ้นได้ในทุกขณะ และสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ง่ายเนื่องจากรัฐธรรมนูญอังกฤษไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดแต่อย่างใด เพราะอำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐสภา¹⁹ ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา แต่รัฐสภามีอำนาจในการออกกฎหมายหรืออำนาจในทางนิติบัญญัติเท่านั้น เพราะอำนาจของรัฐสภาจะถูกจำกัดโดยประชาชน เพราะอำนาจอธิปไตยในประเทศอังกฤษยังคงเป็นของประชาชน

2.2 แนวคิดและทฤษฎีทั่วไปในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

2.2.1 แนวคิดและหลักการที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ

2.2.1.1 ความหมายของรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “รัฐธรรมนูญ หมายถึงกฎหมายที่กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจเหล่านี้ต่อกันและกัน”

ศาสตราจารย์ ดร.กระมล ทองธรรมชาติ อธิบายว่า “รัฐธรรมนูญ คือกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งกำหนดรูปแบบและหลักการปกครอง ตลอดจนวิธีการดำเนินการปกครองไว้อย่างเป็นระเบียบ รวมทั้งกำหนดหน้าที่ของประชาชนที่พึงกระทำต่อรัฐกับรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งรัฐละเมิดมิได้ด้วย”

ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม อธิบายว่า “รัฐธรรมนูญ คือตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ตามปกติได้มีการประกาศใช้อย่างเป็นพิธีกรรมมากบ้างน้อยบ้าง เป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กรทางการเมืองของรัฐ”

ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้ให้ความหมายและลักษณะสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ดังนี้²⁰

1. สถานะ เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศในขณะนั้น ๆ โดยชื่ออาจเรียกต่าง ๆ กันออกไปได้
2. ลักษณะ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีชื่อหรือศัพท์ที่ใช้เรียก ให้เห็นว่าต่างจากกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ

¹⁹ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 90.

²⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 46.

3. สารระ ว่าด้วยกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ ให้ความหมายของรัฐธรรมนุญเป็นสองความหมาย คือ²¹ รัฐธรรมนุญในความหมายอย่างกว้างหรือรัฐธรรมนุญตามเนื้อหา (Constitution au sens materia) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์ทั้งหลายที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจอยู่ในรูปแบบของรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรหรือในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ ฉบับที่ไม่มีชื่อเรียกว่ารัฐธรรมนุญก็ได้ หรือปรากฏในรูปแบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

รัฐธรรมนุญในความหมายอย่างแคบหรือรัฐธรรมนุญตามรูปแบบ (แบบพิธี) (Constitution au sens formel ou organique) หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ ที่รวบรวมไว้อย่างเป็นระบบในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า รัฐธรรมนุญ โดยมีกระบวนการจัดทำเป็นพิเศษแตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดา รัฐธรรมนุญในความหมายนี้จึงหมายถึงกฎหมายสูงสุดของรัฐที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

จึงพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนุญนั้นคือชื่อเรียกกฎเกณฑ์การปกครองของประเทศ มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุด และมีบทบัญญัติที่แตกต่างกันออกไป รัฐธรรมนุญอาจจะมีลักษณะเป็นประชาธิปไตย สมบูรณาญาสิทธิราช หรือเผด็จการก็ได้ ไม่ได้จำกัดว่าประเทศที่มีรัฐธรรมนุญจะเป็นประเทศที่เป็นประชาธิปไตยเสมอไป เมื่อประเทศใดมีกฎหมายสูงสุดที่กำหนดกฎเกณฑ์แบบแผนที่จัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ ประเทศนั้นก็ได้อีกว่าเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนุญ

2.2.1.2 รัฐธรรมนุญที่สำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมือง

เมื่อเราได้ศึกษาความหมายของรัฐธรรมนุญแล้วจึงพบว่า รัฐธรรมนุญถือเป็นที่มาที่สำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมืองกล่าวคือ²² รัฐธรรมนุญได้กล่าวถึงการวางโครงสร้างทางการเมืองการปกครอง ในการวางรากฐานทางกฎหมายทั้งระบบ กำหนดถึงวิธีการได้มาและจัดสรรอำนาจให้องค์กรทางการเมืองหรือผู้ปกครองใช้แทนรัฐ ผลทางกฎหมายคือ ทำให้เกิดองค์กรของรัฐ และเมื่อรัฐธรรมนุญได้กำหนดบทบัญญัติให้ อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ เป็นของสถาบัน แทนการมอบอำนาจไว้กับผู้ปกครองที่สามารถใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ ทำให้สถานะทางกฎหมายที่ต่อเนื่อง ไม่ยึดติดอยู่ที่ตัวบุคคลอีกต่อไป ก่อให้เกิดเอกภาพและความต่อเนื่องในการปกครองประเทศ เราเรียกสถาบันที่มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลนี้ว่า “รัฐ”

²¹ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 166-167.

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า.

จากข้อความข้างต้นอธิบายได้ว่า ในอดีตก่อนที่มนุษย์จะมีอารยธรรมนั้น มนุษย์ได้รวมกลุ่มเป็นชุมชน เป็นกลุ่ม และยกย่องให้ธรรมชาติเป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่ ตลอดจนให้ความยกย่องแก่บุคคลผู้ซึ่งมีอำนาจ อิทธิฤทธิ์ เหนือธรรมชาติ หรือที่ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เคยกล่าวไว้ว่าเป็นอำนาจนิรันดร์ เมื่อสังคมเข้มแข็งขึ้น เกิดการรวมกลุ่มกันเป็นเมือง เริ่มเกิดภัยคุกคามเกิดความคิดความอยู่รอดของสังคม เกิดผู้นำที่ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของผู้นำ ทำให้เกิดแนวคิดที่ว่า “อำนาจเป็นเอกสิทธิ์ของผู้นำ” จึงกลายเป็นอำนาจส่วนตัวของผู้นำแยกไม่ออกจากสิ่งใดเป็นส่วนตัวสิ่งใดเป็นส่วนรวม ต่อมาเมื่อสังคมพัฒนาขึ้นตามลำดับ แมคเคอร์รี ได้เขียนหนังสือชื่อว่า The Prince มีข้อความส่วนหนึ่งกล่าวว่า “เจ้าผู้ปกครองจะต้องเป็นคนดี มีสัจจะ และมีหน้าที่ ที่จะต้องทำตามเหตุผลของรัฐ หากเหตุผลของรัฐจะทำให้เสียสัจจะก็ต้องทำ” เกิดแนวความคิดการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคล และมีการให้ความหมายคำว่ารัฐครั้งแรก²³

นักกฎหมายที่สำคัญที่พูดถึงการเกิดรัฐได้อย่างเห็นภาพและชัดเจนคือ นักกฎหมายที่กล่าวถึง รัฐเป็นผลมาจากกฎหมาย โดยมีนักคิดที่สำคัญคือ

Carre de Malberg ว่ารัฐเป็นข้อเท็จจริงทางกฎหมายมีการจัดระเบียบ มีผู้แสดงเจตนาแทน และจัดระเบียบอย่างสม่ำเสมอ และมีเสถียรภาพ

Hauriou และ Burdeau มีแนวคิดที่ว่า รัฐเกิดจากการที่สังคมมี “The Idea of Law” คือ มีจินตนาการทางกฎหมายที่จะก่อตั้ง และต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกออกมาจากคนธรรมดาที่มาใช้อำนาจ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้กล่าวว่า “รัฐมิใช่อื่นใดนอกจากสถาบันที่มีสภาพนิติบุคคล” เกิดเป็นแนวความคิดที่ว่า คนในสังคมทั้งผู้ปกครองและผู้ใต้ปกครอง ยอมรับร่วมกันให้มีสถาบันมาใช้อำนาจแทนประชาชนเพื่อปกป้องคุ้มครองและนำพาสังคมไปสู่ความสงบ โอนอำนาจจากตัวบุคคลไปยังองค์กร คือสถาบัน หรือรัฐเป็นผู้จัดการแทนนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปสู่รัฐแล้ว หรือที่เรียกว่า การแยกอำนาจรัฐออกจากตัวบุคคล รัฐเป็นเพียงสังคมสมมติ ที่มนุษย์ตั้งขึ้นร่วมกัน ไม่สามารถกระทำการใด ๆ เองได้ จึงต้องนำคนมาใช้อำนาจแทนรัฐในนามรัฐ อำนาจนั้นเรียกว่าอำนาจทางการเมือง

อำนาจทางการเมืองที่แยกออกมาจากตัวบุคคลนี้อยู่กับรัฐ ในแต่ละรัฐสามารถเลือกบุคคลเข้ามาใช้อำนาจเหล่านั้นแทนรัฐได้ หากรัฐนั้นมีการใช้อำนาจโดยทหาร รัฐนั้นก็อาจมีการปกครองในระบอบเผด็จการ หากรัฐนั้นให้อำนาจเป็นของพระมหากษัตริย์รัฐนั้นก็อาจมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช หากรัฐนั้นให้อำนาจการเมืองโดยประชาชน รัฐนั้นก็อาจมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และโดยสภาพนี้เองที่เมื่อแต่ละรัฐจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมา โดยเฉพาะในรัฐที่

²³ คำบรรยาย ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ภาควิชาการศึกษาศาสตร์ 1 ทฤษฎีกฎหมายมหาชนเบื้องต้น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ประชาชนก็จะเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ เพราะประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แต่อย่างไรก็ตามในทางความเป็นจริง ประชาชนภายในรัฐไม่สามารถใช้อำนาจทางการเมืองดังกล่าวได้ทุกคน จึงต้องมีการมอบอำนาจให้แก่ผู้แทนเพื่อใช้อำนาจเหล่านั้นแทนประชาชน และการจะกำหนดตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจแทนหรือวิธีการได้มาซึ่งผู้แทนนั้นจึงต้องสร้างกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์สูงสุด เพื่อเป็นเครื่องมือในการช่วยกำหนด คุณสมบัติตลอดจนโครงสร้างของรัฐขึ้นมา นั่นก็คือ รัฐธรรมนูญนั่นเอง รัฐธรรมนูญจึงเป็นผู้กำหนดถึงวิธีการได้มา และจัดสรรอำนาจให้องค์กรทางการเมืองหรือผู้ปกครองใช้แทนรัฐ ทำให้เกิดองค์กรของรัฐ ขึ้นมา รัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาที่สำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมือง

2.2.2 ทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดดั้งเดิม²⁴ หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ²⁵ หรืออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญตั้งแต่แรก²⁶ หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เป็นทฤษฎีหลักและเป็นทฤษฎีที่สำคัญที่สุดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ²⁷ เนื่องจากเป็นอำนาจแรกเริ่มก่อนที่จะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยมีนักปรัชญาเมธีได้อธิบายไว้ ดังนี้

ซีเอเยสส์ นักปรัชญาที่ต่อต้านระบอบอภิสิทธิ์ ผู้สร้างทฤษฎีความเป็นผู้แทนของชาติ²⁸ ได้เสนอทฤษฎีกฎหมายมหาชนเพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเรื่องอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นคนแรก พร้อมกับทฤษฎีเรื่องอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง โดยกล่าวว่าสังคมทุกสังคมจะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง (อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ) กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังไม่ได้ตกลงกันว่าจะมีการปกครองกันอย่างไร จะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งคือ อำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไรหรือจะมีการตัดสินใจใด ๆ หนึ่ง ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา²⁹ โดยซีเอเยสส์อธิบายว่า อำนาจแรกเป็นอำนาจของชาติ ซึ่งอาจมอบให้ผู้แทนไปจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นเพื่อปกครอง

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโน, กฎหมายมหาชน เล่มที่ 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า.58.

²⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 143.

²⁶ ชาลูนัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า.70.

²⁷ อภิญา แก้วกำเนิด, "การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า.

²⁸ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 88.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

ประเทศ ดังนั้น อำนาจนี้จึงสูงสุดไม่มีข้อจำกัด หรือข้อผูกมัดโดยกฎเกณฑ์ใดๆ ที่มีอยู่ก่อน ส่วนอำนาจที่สองเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น ซึ่งเป็นอำนาจที่ถูกจำกัด และกำหนดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญซึ่งตั้งองค์กรนั้นๆ ขึ้น สำหรับซีเอเอสจึงกำหนดให้กฎหมายธรรมชาติมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายสูงสุด เพราะกฎหมายธรรมชาติเปลี่ยนแปลงไม่ได้ รองลงมาคือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งชาติเป็นผู้ร่าง และแก้ไขโดยใช้อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และลำดับสุดท้ายคือ กฎหมายธรรมดาที่ผู้แทนราษฎรของชาติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ³⁰ องค์กรทางการเมืองที่ถูกจัดตั้งขึ้นมา เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท เป็นต้น

ศาสตราจารย์มาร์ติน ลาฟลิน (Martin Loughlin) ศาสตราจารย์กฎหมายมหาชน ได้พยายามอธิบายว่า สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็มีแนวความคิดเรื่องอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญอยู่เช่นกัน โดยเป็นอำนาจที่ทำให้เกิดการตรารัฐธรรมนูญอันเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองโดยผู้อยู่ใต้ปกครอง (ประชาชน) แม้จะไม่มีมาตรการรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเลยก็ตาม โดยนำเสนอแนวความคิดของ เจมส์ แฮริงตัน (James Harrington) (1611-1677) นักปราชญ์อังกฤษที่มีมาก่อนซีเอเอส จากตำราชื่อ “The Commonwealth of Oceana” (1956) ว่าประชาชนเป็นรากฐานของอำนาจตลอดจนการปฏิบัติทั้งหลายที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ อย่างเช่น การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ค.ศ. 1688 เพื่อจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง แม้จะไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงแบบพลิกฟ้าพลิกแผ่นดิน อย่างการประกาศเอกราชของอาณานิคมทั้ง 13 อาณานิคมของทวีปอเมริกาเหนือ (ค.ศ. 1776) หรือการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส (ค.ศ. 1789) ก็ตาม แต่ก็ถือเป็นการสะท้อนว่ามีแนวความคิดเรื่องอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองปรากฏอยู่ในระบอบกฎหมายของประเทศอังกฤษเช่นกัน³¹

ศาสตราจารย์ จอร์จ บูร์โด (Burdeau) ได้กล่าวสรุปอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้ว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเริ่มแรก เพราะไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออำนาจนี้ เป็นอำนาจอิสระเต็มที่ในการที่จะวางกฎเกณฑ์อย่างไรก็ได้ และเป็นอำนาจที่ปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด ส่วนอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้สร้างหรือกำหนดขึ้น และมอบให้องค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เช่น อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา อำนาจในการบริหารราชการ

³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนต่างๆ, หน้า 58

³¹ Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), pp.99-133. อ้างถึงใน ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (เนทური: สถาบันพระปกเกล้า, 2556), หน้า.50-51.

แผ่นดินของคณะรัฐมนตรี อำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล ซึ่งมีลักษณะที่ถูกจำกัด ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ³²

ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม ได้อธิบายความหมายของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญว่า อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญหมายถึง³³ อำนาจทางการเมืองของคณะบุคคล หรือบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ ซึ่งหมายถึง รัฐอธิปไตย หรือผู้อยู่ในฐานะอย่างรัฐอธิปไตย

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์³⁴ ได้อธิบายความหมายไว้ว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและได้แสดงออกมาโดยผ่านรัฐธรรมนูญ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด) นี้ไม่ใช่สิ่งเดียวกับอำนาจอธิปไตย เพราะอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้เป็นสิ่งที่อยู่เหนือรัฐและมีอยู่ได้ทั้งๆ ที่ไม่มีรัฐและสามารถมาจากนอกรัฐได้ เช่น ประเทศอังกฤษออกรัฐธรรมนูญให้กับประเทศอาณานิคมของตน แต่อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่มีอยู่ภายในรัฐ หากประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองก็จะนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย

จากความหมายของของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญข้างต้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่อยู่เหนือรัฐ เป็นอำนาจที่มีอิสระปราศจากเงื่อนไขและข้อจำกัด เป็นอำนาจที่ใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยชาติ หรือบุคคลที่อยู่ในฐานะอย่างรัฐอธิปไตยก็ได้ เมื่อรัฐแต่ละรัฐซึ่งมีรัฐอธิปไตย ที่แตกต่างกัน ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญดังกล่าวในการจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐนั้นก็จะได้รับรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน เช่น รัฐที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เมื่อร่างรัฐธรรมนูญก็ต้องใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญในการจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นก็จะเป็กรัฐธรรมนูญในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หากรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นในรัฐที่ประชาชนมีอำนาจสูงสุด และประชาชนเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ ก็จะนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย

โดยกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้กับรัฐที่เกิดขึ้นใหม่ เช่นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในปี 1791 ในรัฐที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบการปกครองหนึ่งไปสู่ระบอบการปกครองหนึ่ง เช่น การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส หลังการประกาศเอกราช หรือการรัฐประหาร สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศใดที่ตราขึ้นโดยประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองในการร่างรัฐธรรมนูญ ประเทศนั้นก็จะมียุทธธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

³² อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : เิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส”, หน้า 24-25.

³³ วิชณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 46.

³⁴ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 143.

โดยวิธีการใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น มีได้สอง รูปแบบคือ รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ดังนี้

รูปแบบที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

รูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญรูปแบบนี้ทำได้สองวิธี คือ การจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญโดยตรง

สำหรับสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏทั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญอย่างเดียวและสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจเป็นสภานิติบัญญัติด้วย ตลอดจนสภาร่างรัฐธรรมนูญยังอาจถูกจำกัดหรือไม่จำกัดอำนาจได้หากสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ถูกจำกัดอำนาจ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จ สภาร่างรัฐธรรมนูญรูปแบบดังกล่าวสามารถประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้เลยโดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนอีก เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ใน ค.ศ. 1791 ส่วนสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจจำกัด เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว รัฐธรรมนูญจะยังไม่มีผลบังคับใช้ จนกว่าจะได้นำไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติให้ความเห็นชอบอีกครั้ง เช่น การร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946

อย่างไรก็ตาม การร่างรัฐธรรมนูญโดยอาศัยรูปแบบสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงเป็นตัวแทนของประชาชนในการร่างรัฐธรรมนูญ³⁵ หากรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยสภาร่าง-รัฐธรรมนูญที่มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน รัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นเพียงรัฐธรรมนูญเพียงรูปแบบเท่านั้นในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ส่วนการร่างรัฐธรรมนูญ โดยการให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น ประชาชนไม่จำเป็นต้องร่างรัฐธรรมนูญด้วยตนเอง โดยอาจมอบอำนาจให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการในสภาเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการ หรือ คณะกรรมการในสภาจะเพียงร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในการที่รัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้ ต้องได้รับการอนุมัติจากประชาชนก่อน โดยการอนุมัติอาจเป็นการออกเสียงลงประชามติให้ประชาชนเลือกว่า จะรับหรือไม่รับรัฐธรรมนูญ หรือโดยวิธีให้ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งออกเสียงลงคะแนน เช่น

³⁵ อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : เซึ่งประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส”, หน้า 30.

รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส³⁶ ก็ได้ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญที่เป็นผลของการแสดงเจตนาของประชาชนโดยอิสระเสรีเท่านั้นจึงจะกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาประชาคมโดยปริยาย³⁷

รูปแบบที่สอง รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย

การจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยคือ การที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือคณะบุคคลเพียงคนเดียว โดยการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยนี้ พิจารณาได้เป็นสองรูปแบบ คือ ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญแสดงเจตนาฝ่ายเดียว กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเกิดจากการตัดสินใจหรือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของผู้มีอำนาจ เช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประมุขของรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช หรือผู้นำเผด็จการที่ครองอำนาจโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญเผด็จการ³⁸ การตีความรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ หากสิ่งใดไม่ได้บัญญัติไว้ถือว่าเป็นอำนาจดั้งเดิมของผู้ปกครองที่สามารถกระทำได้ หรือ

กรณีผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญทำความตกลงหรือทำสัญญากับประชาชน การจัดทำรัฐธรรมนูญลักษณะนี้ มักเกิดขึ้นจากการประนีประนอมหรือการทำความตกลงของผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยอาจมีการปฏิวัติโดยประชาชนและประชาชนสามารถควบคุมอำนาจรัฐได้ จึงขอให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อใช้ปกครองประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศไทยเมื่อ พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นโดยวิธีนี้มักเกิดขึ้นเมื่อต้องการการสร้างรูปแบบการปกครองขึ้นใหม่ เช่น การเปลี่ยนระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญลักษณะนี้จะถือว่าผู้ปกครองใช้อำนาจได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ สิ่งใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมไม่มีอำนาจกระทำ³⁹

ในประเด็นดังกล่าวผู้เชี่ยวชาญมีความคิดเห็นเพิ่มเติมว่า ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากมีการก่อการปฏิวัติรัฐประหารทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับก่อน แม้ผู้ก่อการปฏิวัติรัฐประหารจะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการบริหารประเทศ แต่อำนาจอธิปไตยก็ไม่ได้อยู่ที่ผู้ก่อการปฏิวัติรัฐประหาร อำนาจอธิปไตยยังคงอยู่ที่ประชาชน รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจึงเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคลผู้ก่อการปฏิวัติรัฐประหาร หากใช่เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยไม่

³⁶ ปรางทิพย์ พรวัฒนะกิจ, "รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า.

³⁷ ชาลูนชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 71.

³⁸ อภิญา แก้วกานิต, "การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : เชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส", หน้า 28.

³⁹ วิษณุ วรรณ, หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (เอกสารถอดเทปคำบรรยายในการอบรมนักกฎหมายภูมิภาค รุ่นที่ 2) (อัครา, หน้า.

2.2.3 ทฤษฎีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มีสาเหตุมาจากการที่การจัดทำรัฐธรรมนูญไม่สามารถครอบคลุมถึงเหตุการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปในภายหน้าได้ทั้งหมดทุกประการ ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศได้ ดังนั้น อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจที่ถูกสร้างขึ้นและอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อให้เหมาะสม และสอดคล้องกับสภาพการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป แต่อย่างไรก็ตามจะเป็นการแก้ไขจนเป็นการทำลายรัฐธรรมนูญเดิมไม่ได้⁴⁰

อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นถือเป็นการใช้อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเช่นกัน⁴¹ โดยถือว่าเป็นอำนาจต่อเนื่องของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีอยู่ดั้งเดิม หรือเรียกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากอำนาจเดิม หรืออำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร ดังนั้น เมื่ออำนาจนี้ถูกสร้างขึ้นและอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถแก้ไขได้โดยองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีวิธีการที่พิเศษกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายทั่วไป โดยผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็คือ ผู้ที่มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญหรือผู้ที่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งสำหรับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ผู้ที่มีอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญก็คือประชาชน ดังนี้แล้วประมุขของรัฐ องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร องค์กรตุลาการ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ จึงไม่สามารถใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญกลับไปแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

อนึ่ง กรณีที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้องค์กรใดมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นจึงจะมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ มิเช่นนั้นแล้วหากรัฐธรรมนูญไม่ได้มอบอำนาจ องค์กรนั้นย่อมไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น สภานิติบัญญัติซึ่งโดยปกติจะมีอำนาจในการตรากฎหมายในระดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ หากรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ สภานิติบัญญัติย่อมไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะสภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะ

⁴⁰ ประทีป พรวัดนะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เฉพาะสำหรับประเทศไทย”, หน้า 29.

⁴¹ อภิญา แก้วกำเนิด, “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : เซึ่งประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบกับกรณีของสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส”, หน้า 32.

มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ก็ตามแต่หากสภานิติบัญญัติจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับเดิมอาจถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบมา เพราะถือว่าเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับอีกทั้งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญไม่ได้มอบอำนาจไว้⁴²

เมื่อประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีรัฐธรรมนูญคือประชาชน และเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว ประชาชนจึงมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญหลายประเทศยังกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตรง ตลอดจนร่วมแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยผ่านองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือโดยผ่านสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. สภานิติบัญญัติ

โดยหลักทฤษฎีแล้วสภานิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ มีอำนาจจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ดังที่ได้อธิบายให้ทราบข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญบางประเทศได้กำหนดให้สภานิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชนมีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงต้องมีกระบวนการที่เป็นพิเศษกว่ากระบวนการร่าง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยทั่วไป เช่น กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศสาธารณรัฐออสเตรเลีย และราชอาณาจักรสเปน⁴³

2. สภาร่างรัฐธรรมนูญ

หากรัฐธรรมนูญกำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ยาก มักกำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งมี 2 รูปแบบ คือ กำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติที่มีอยู่เดิมเปลี่ยนสภาพเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญและแก้ไขเพิ่มเติม เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 3 หรือ รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ของประเทศฝรั่งเศส กับอีกประเภทหนึ่งคือการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เพื่อทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 และ ค.ศ. 1848 รวมทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา⁴⁴

⁴² ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า.29

⁴³ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, หน้า 50-51.

⁴⁴ ปรางทิพย์ พรวิวัฒนะกิจ, "รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย", หน้า 30.

3. ประชาชน

รัฐธรรมนูญหลายประเทศกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยอาจให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี บัญญัติให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวน 50,000 คน สามารถเข้าชื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

รัฐธรรมนูญบางประเทศบัญญัติให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยการให้ความเห็นชอบแก่ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการประชามติ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญบางประเทศบัญญัติให้ต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปผ่านประชามติ หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอ้อม เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเบลเยียม และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเดนมาร์ก⁴⁵

2.2.4 ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมหรือแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม คือ แนวคิดในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย⁴⁶ ซึ่งเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญที่ควรกำหนดและคำนึงถึงเป็นกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยและจำเป็นต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมนี้ตั้งอยู่บนหลักการสามประการ คือ⁴⁷ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการรักษาเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล โดยมีสาระสำคัญดังนี้

2.2.4.1 การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ภายใต้หลักรัฐธรรมนูญนิยม สิทธิและเสรีภาพที่มีอยู่ตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนต้องได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญอย่างเป็นรูปธรรม และสร้างหลักประกันให้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวบังคับใช้ได้จริง⁴⁸ เพราะ

⁴⁵ ชมพูนุท ตั้งถาวร, กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ, หน้า 57-59.

⁴⁶ วลัยมาศ แก้วศรีชัย, "สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า.20.

⁴⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 119.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยที่นอกจากจะเป็นการกำหนดโครงสร้างทางการเมืองแล้ว ยังต้องคุ้มครองประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย

2.2.4.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย

การตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมที่สอดคล้องและรองรับกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ การใช้อำนาจอธิปไตยต้องเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจึงต้องมีองค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อให้บรรลุตามหลักการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวข้างต้น และเพื่อไม่ให้ผู้ใช้อำนาจใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือใช้อำนาจ จนอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน ดังนั้นรัฐจะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายดังกล่าว

2.2.4.3 การรักษาเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล

หลักรัฐธรรมนูญนิยมนอกจากจะมุ่งคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนมีการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว การสร้างเสถียรภาพให้แก่รัฐบาลก็เป็นสิ่งสำคัญเช่นกัน เพราะรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่ต้องบังคับการหรือปฏิบัติการต่าง ๆ ตามกฎหมาย เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยให้กับประชาชนและสังคม ต้องการความมีเสถียรภาพในการทำงานเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการดำเนินนโยบายในการบริหารประเทศ หากรัฐบาลไม่มีความเข้มแข็ง หรือมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลบ่อยครั้ง จะทำให้นโยบายต่าง ๆ ขาดความต่อเนื่อง ทำให้การบริหารและพัฒนาประเทศเป็นไปอย่างล่าช้าและอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ การบริหารประเทศจึงจำเป็นต้องอาศัยความเป็นผู้นำในทางนโยบายของผู้บริหารประเทศด้วย⁴⁹ ดังนั้น ในการกำหนดกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องคำนึงถึงการรักษาเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาลด้วย

⁴⁹ อมร จันทรมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ Constitutionalism : ทางออกของประเทศไทย (กรุงเทพฯ มูลนิธิคอนราดอเดนนาร์, 2539), หน้า.126

2.2.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญต่อการกำหนดกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนุญ

2.2.5.1 สารสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

เมื่อรัฐธรรมนุญเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดโครงสร้างสังคม ความสัมพันธ์ทางโครงสร้างของสังคม ตลอดจนการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ รัฐธรรมนุญจึงเป็นที่มาที่สำคัญของระบบกฎหมายและระบบการเมืองของแต่ละรัฐ เมื่อรัฐธรรมนุญถูกบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรยิ่งทวีความสำคัญและแสดงความเป็นสูงสุดทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะมีการบัญญัติกฎเกณฑ์ข้อบังคับของสังคมที่ชัดเจนแน่นอนสามารถบังคับใช้ได้จริงมากกว่ากฎเกณฑ์อื่น ๆ และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในการปกครองระบอบประชาธิปไตย การมีรัฐธรรมนุญลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการกำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญเช่นกัน และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญนี้เองก็เป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่มีความสำคัญต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนุญ

2.2.5.2 ความสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญต่อการจัดทำรัฐธรรมนุญ

2.2.5.2.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญกับทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมายของเคลเสนต่อการจัดทำรัฐธรรมนุญ

ฮันส์ เคลเสน (Kelsen) ผู้คิดทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมายได้ให้คำอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎเกณฑ์อื่น คือเป็นต้นแบบแห่งอำนาจทั้งหมดซึ่งมีศักดิ์ที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่นหรือกฎเกณฑ์ที่ต้องอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติในกฎหมายอื่น คือกฎเกณฑ์ที่ต้องอาศัยอำนาจของกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่าในการจัดทำ เช่น พระราชบัญญัติต้องออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจ เป็นต้น

เคลเสนอธิบายว่ารัฐธรรมนุญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นพิเศษกว่ากฎหมายอื่น ๆ เพราะมีศักดิ์และฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหมด⁵⁰ เพราะรัฐธรรมนุญจะกำหนดองค์กร กระบวนการและรูปแบบของกฎหมายอื่นๆ ในระบบกฎหมายทั้งหมด โดยเคลเสนได้สมมติให้มีกฎเกณฑ์พื้นฐาน⁵¹ (Grund norm) ที่เป็นกฎเกณฑ์ในการกำหนดให้มีรัฐธรรมนุญฉบับแรก

⁵⁰ จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 7.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตาม ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของเคลเซนนี้ มีปัญหาว่า หากรัฐธรรมนูญได้มาโดยการปฏิวัติหรือ รัฐประหารผู้ที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารอาศัยอำนาจใดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการจัดทำ รัฐธรรมนูญต้องเกิดจากความชอบธรรมและความถูกต้องด้วยหรือไม่ เพราะหากพิจารณาจะพบว่า รัฐธรรมนูญที่เกิดจากการรัฐประหารหรือการปฏิวัตินั้นเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคล มิได้เกิดขึ้นจาก Grund norm แต่อย่างใด ทั้งนี้เคลเซน ก็ยังยืนยันว่า แม้รัฐธรรมนูญเกิดจากการรัฐประหารนั้น ก็มาจาก Grund norm เพราะเคลเซนมองว่ากฎหมายต้องมีการใช้บังคับไม่ว่าจะโดยวิธีการใด หากคำสั่งของ คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้คนทั่วไปต่างปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ดังกล่าวอย่าง แท้จริงแล้วโดยทั่วกัน คำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารซึ่งเป็นคำสั่งใหม่นี้จะกลายเป็นคำสั่งที่ สมบูรณ์เป็นตัวกำหนดความชอบหรือไม่ชอบธรรมของการกระทำตามกฎหมาย และด้วยแนวความคิด นี้เองที่ส่งผลต่อแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยที่วินิจฉัยให้การ รับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร และการรับรองผลทางกฎหมายของคำสั่ง ตลอดจนรับรองรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารในเวลาต่อมา

2.2.5.2.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีสัญญา ประชาคมของโทมัส ฮอบส์ต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ

จากที่ได้ศึกษาทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ของโทมัส ฮอบส์แล้ว ได้ข้อพิจารณาว่า ทฤษฎีสัญญาประชาคมของโทมัสฮอบส์ คือ การที่ผู้อยู่ใต้การปกครอง ยินยอมยกอำนาจให้แก่ผู้ปกครอง โดยมีผู้ปกครองมาใช้อำนาจดังกล่าวแทน ผู้อยู่ใต้การปกครองจึงไม่ สามารถเรียกคืนได้ ผู้ปกครองสามารถใช้อำนาจได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องผูกพันต่อผู้อยู่ใต้การปกครอง เมื่อผู้ปกครองออกกฎหมายก็ย่อมถือได้ว่ายุติธรรมเสมอ ผู้อยู่ใต้การปกครองมีหน้าที่เพียงยอมรับว่า รัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎเกณฑ์ที่ผู้ปกครองยื่นให้ย่อมสูงสุด เหมาะสมและยุติธรรมแล้ว ความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของฮอบส์นี้ ก็คือ รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากผู้ปกครอง นั้นเอง ซึ่งจะพบเห็นการจัดทำรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ได้ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ และประเทศที่มีการปกครองในระบอบเผด็จการและมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร

2.2.5.2.3 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีสัญญา ประชาคมของรูสโซต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ

สัญญาประชาคมของรูสโซ แตกต่างจากสัญญาประชาคมของ โทมัส ฮอบส์ เพราะรูสโซได้อธิบายสัญญาประชาคมว่า เป็นเจตจำนงทั่วไปของประชาชน เพื่อสนับสนุน การปกครองระบอบประชาธิปไตย มิใช่การมอบเจตจำนงของประเทศไปให้กับผู้หนึ่งผู้ใด ผู้ปกครองที่

แท้จริงก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองนั่นเอง อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชน จึงสามารถถอดถอนล้มล้างรัฐบาลได้ ทุกคนต้องมีส่วนร่วมในการบริหารประเทศและบัญญัติกฎหมาย รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจึงเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนทั้งหมดเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบบการเมืองการปกครอง รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง⁵²

ด้วยหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซว์นี่เองที่เป็นแม่แบบในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยทั่วโลก

2.2.5.2.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองของซีเอเยส์ต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ซีเอเยส์ (Sieyes) ได้อธิบายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญผ่านทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง กล่าวคือ ซีเอเยส์เชื่อว่าสังคมทุกสังคมจะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง คือ อำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไรหรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา⁵³ อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจะเป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา เช่น ประมุขของรัฐ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้กฎหมาย องค์กรชี้ขาดข้อพิพาท องค์กรเหล่านี้ถูกก่อตั้งโดยอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นจึงเรียกว่า องค์กรหรืออำนาจที่ถูกก่อตั้ง⁵⁴

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองเป็นอำนาจที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ แสดงออกมาผ่านทางรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น และเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญจะได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองการปกครอง ทำให้กฎหมายที่อยู่ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

2.2.5.2.5 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับเนื้อหา และรูปแบบของรัฐธรรมนูญ

เนื้อหาหรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสามารถอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยหากมีบทบัญญัติการ

⁵² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 142.

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

รับรองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ตลอดจนกำหนดหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อคานและดุลอำนาจองค์กรต่าง ๆ ที่มาใช้อำนาจบริหารจัดการประเทศ แทนประชาชน ก็เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อีกส่วนหนึ่ง ดังนี้แล้วบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการแบ่งแยกอำนาจจึงแสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ข้อที่ 16 ที่บัญญัติว่า “สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย จะถือว่ามิกรัฐธรรมนูญไม่ได้”⁵⁵

สำหรับการอธิบายความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยพิจารณา รูปแบบนั้น คือการพิจารณาชื่อของกฎหมายนั้น หากกฎหมายใดมีชื่อว่า “รัฐธรรมนูญ” หรือ “ธรรมนูญ” ก็ทำให้เข้าใจได้ทันทีว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ⁵⁶ โดยไม่ต้องคำนึงว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวมาจากประชาชน มาจากการรัฐประหาร หรือกษัตริย์เป็นผู้มอบให้

รัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นไม่สามารถพิจารณาเพียงชื่อของกฎหมายที่เรียกว่าเป็นรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ ร่วมด้วย ทั้งที่มาของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตลอดจนบทบัญญัติที่กำหนดในรัฐธรรมนูญว่าประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และมีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างน้อยเพียงใด จึงจะได้รับการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ในทางกลับกันสำหรับรัฐธรรมนูญที่มีได้มาจากประชาชนแต่มาจากคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารจัดทำขึ้น รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านี้ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายอยู่เลย หากพิจารณาจากหลักการและแนวคิดในระบอบประชาธิปไตย แม้ผู้ที่สนับสนุนว่ารัฐธรรมนูญที่มาจาก การรัฐประหารก็เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยโดยอ้างแนวความคิดของ ฮันส์ เคลเซน ก็ตาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านั้นก็เป็นเพียงแต่ชื่อหรือรูปแบบที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเท่านั้น⁵⁷

2.2.5.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไข ถ้อยคำหรือข้อความเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญ⁵⁸

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 146.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

⁵⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 733.

ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศนั้นมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี เช่น อังกฤษ กฎหมายทุกระดับมีฐานะเท่าเทียมกัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงสามารถกระทำได้โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือคำพิพากษาของศาล จึงไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรจะยึดถือความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งมีศักดิ์ที่สูงกว่าได้

อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร จะไม่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้อีก หากสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองเปลี่ยนแปลงไป และรัฐธรรมนูญเกิดความล้าสมัยหรือไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ก็จำเป็นต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อให้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องต่อสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองที่เป็นอยู่ ทั้งนี้เพื่อให้บังคับใช้และกำหนดโครงสร้างสังคมที่สอดคล้องต่อเหตุการณ์ และอาจเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญในตอนแรกไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดเหตุการณ์ที่ทำให้รัฐธรรมนูญล้าหลังหรือไม่อาจบังคับใช้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

รัฐธรรมนูญส่วนใหญ่กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ แต่หากประเทศใดไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศนั้นจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายย่อมสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ เพียงแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีการกำหนดวิธีการและองค์การในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ แตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา โดยอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเรียกว่า อำนาจเปลี่ยนแปลงองค์การทางการเมืองที่ได้รับมอบมาหรืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

2.2.6 หลักนิติรัฐกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ

หลักนิติรัฐเป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในโลกตะวันตก โดยมุ่งหวังที่จะจำกัดอำนาจผู้ปกครองให้อยู่ภายในกรอบของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักทฤษฎีที่กำหนดกฎเกณฑ์ภารกิจของรัฐ และต้องการให้ผู้ปกครองและผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจเท่าที่กฎหมายในรัฐนั้นกำหนดให้กระทำได้นั้น

หลักนิติรัฐได้ถูกพัฒนามาควบคู่กับหลักนิติธรรมแต่มีจุดกำเนิดและลักษณะบางประการที่แตกต่างกันไป โดยในประเทศที่มีระบบกฎหมายเป็นระบบซีวิลลอว์จะให้ความสำคัญต่อหลักนิติรัฐว่าเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยการกำหนดบทบาทหน้าที่และอำนาจของผู้ปกครอง ตลอดจนมีบทบาทสำคัญที่ส่งผลให้รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นในระบอบประชาธิปไตยต้องมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐด้วย

หลักนิติรัฐถูกพัฒนาขึ้นภายใต้บริบทของสังคมภาคพื้นยุโรป มีต้นกำเนิดจากระบบกฎหมายเยอรมัน โดยมีหลักสำคัญเพื่อปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง หลักนิติรัฐมีใจความสำคัญ คือ รัฐต้องถูกปกครองโดยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์ และเสรีภาพของปัจเจกบุคคลถือเป็นหัวใจสำคัญของนิติรัฐ นั่นคือ กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบก่อนล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ให้ตนทำอะไร และผลร้ายที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย⁵⁹ ทั้งนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในรัฐ

จากคำอธิบายดังกล่าวจึงพิจารณาได้ว่าแนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐ คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยกฎหมายนั่นเอง

สำหรับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยประชาชนอาจใช้อำนาจอธิปไตยนั้นโดยตรงหรือโดยผ่านผู้แทน การจะควบคุมการใช้อำนาจของรัฐตามหลักนิติรัฐได้นั้น รัฐจำเป็นต้องมีการกำหนดบทบัญญัติที่จะสร้างความสัมพันธ์อันเป็นกฎเกณฑ์ในการกำหนดการกระทำของฝ่ายปกครอง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นลายลักษณ์อักษร และต้องกำหนดให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดเหนือกฎเกณฑ์ทั่วไป จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ต้องบัญญัติกฎเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นเป็นรัฐธรรมนูญ จึงกล่าวได้ว่าหลักนิติรัฐเป็นทฤษฎีสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญที่มีความเป็นนิติรัฐนั้น ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังนี้⁶⁰

1. องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

รัฐธรรมนูญของหลักนิติรัฐตามรูปแบบ คือรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ การกำหนดความสัมพันธ์ของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย ตรงนี้มีข้อสังเกตที่สำคัญว่า รัฐธรรมนูญที่จะเป็นรัฐธรรมนูญที่สร้างขึ้นจากหลักนิติรัฐได้นั้น ไม่เพียงมีบทบัญญัติที่กำหนดความผูกพันของผู้ปกครองต่อกฎหมายเท่านั้น แต่การกำหนดความผูกพันนั้นจะต้องถูกต้องและเป็นธรรมด้วย ซึ่งเป็นองค์ประกอบด้านเนื้อหาซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในข้อถัดไป ที่กล่าวว่า การกำหนดความผูกพันของผู้ปกครองต่อกฎหมายจะต้องถูกต้องและเป็นธรรมด้วยนั้น ก็เพื่อไม่ให้ รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของรัฐตำรวจ ที่ถึงแม้จะกำหนดความผูกพันตนของผู้ปกครองต่อกฎหมายแล้ว แต่ไม่สนใจว่ากฎหมายนั้นจะถูกต้องหรือเป็นธรรมหรือไม่

⁵⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>
เผยแพร่ครั้งแรกเมื่อวันที่ 31 มกราคม 2553, สืบค้นข้อมูลเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2557

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน

ดังนั้น การพิจารณารัฐธรรมนูญของนิติรัฐในทางรูปแบบนี้ต้องประกอบด้วย หลักการย่อย ๆ ที่สำคัญหลายประการ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สามารถอธิบายโดยสรุปได้ ดังนี้⁶¹

หลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารและองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ เป็นหลักการที่ควบคุมไม่ให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามอำเภอใจ เป็นการควบคุมให้ฝ่ายปกครองกระทำการภายใต้กฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณา รัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตน และมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม

หลักประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รัฐต้องกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ

2. องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

รัฐธรรมนูญตามเนื้อหาของนิติรัฐ คือ รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐและองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นต้องกระทำการต่าง ๆ ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจรัฐต้องเคารพหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักการห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ⁶² การใช้อำนาจของรัฐนอกจากต้องเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลแล้ว การใช้อำนาจของรัฐยังต้องเคารพต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งประกอบไปด้วย หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ

วิธีใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อตรวจสอบการดำเนินมาตรการของรัฐที่มีการแทรกแซงการกระทำต่อเอกชนว่าเป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ในขั้นแรก ต้องตรวจสอบวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจของรัฐคืออะไร มีความชอบธรรมหรือขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจในการใช้อำนาจหรือไม่ โดยตรวจสอบมาตรการที่ใช้ในประการแรกว่า เป็นมาตรการที่เหมาะสม สามารถนำไปสู่ผลตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ ตรวจสอบประการที่สองว่า เป็นมาตรการที่จำเป็น ไม่มีมาตรการอื่นที่ส่งผลเช่นเดียวกันแต่กระทบสิทธิของประชาชนน้อยกว่าให้เลือกดำเนินการได้ และตรวจสอบประการสุดท้ายว่า เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ มาตรการที่ใช้กับผลที่ได้รับจะต้องได้สัดส่วนกัน และหากเป็นการแทรกแซงจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

⁶¹ เรื่องเดียวกัน

⁶² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 425-428.

ต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองกับผลประโยชน์ของส่วนรวมที่ทำให้ต้องจำกัดสิทธินั้น

2.2.7 ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐถือกำเนิดขึ้น ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะเป็นรัฐที่เกิดขึ้นใหม่ กล่าวคือ รัฐที่เกิดขึ้นภายหลังจากการประกาศเอกราช เช่น สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์ – เลสเต ประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ในยุโรปตะวันออก ตลอดจนอดีตอาณานิคมของประเทศตะวันตกในทวีปเอเชียซึ่งได้รับเอกราชตั้งแต่ ค.ศ. 1947 หรือรัฐที่มีอยู่แล้วแต่เกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองขึ้นจากระบบหนึ่งไปสู่อีกระบบหนึ่ง เช่น รัฐที่มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์เปลี่ยนไปสู่ระบอบประชาธิปไตย มีประเทศไทย เป็นต้น

หรือรัฐที่มีการเปลี่ยนผ่านจากขั้นตอนหนึ่งไปสู่อีกขั้นตอนหนึ่งของการสถาปนาระบอบคอมมิวนิสต์⁶³ ล้วนแต่ต้องมีรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดโครงสร้างการปกครอง และจัดระเบียบในสังคม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ และเป็นบทบัญญัติแรกในการกำหนดขอบเขตโครงสร้างทางสังคมต่าง ๆ จึงไม่มีกฎหมาย หรือกฎระเบียบใดที่จะควบคุมหรือกำหนดให้แต่ละรัฐจัดทำรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจะทราบได้อย่างไรว่าบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดจะเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาพบว่า ผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญหรือผู้มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญได้นั้น ศาสตราจารย์วิชฌู เครืองาม ได้อธิบายไว้ว่า คือบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ ซึ่งหมายถึง รัฏฐาธิปัตย์ (Sovereign) หรือผู้อยู่ในฐานะอย่างรัฏฐาธิปัตย์⁶⁴ นั่นเอง ในประเทศที่มีพระมหากษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ทรงไว้ซึ่งสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ก็ทรงจัดทำรัฐธรรมนูญโดยพระราชอำนาจสูงสุดนั้นได้ ดังเช่นรัฐธรรมนูญเมจิของญี่ปุ่น ซึ่งสมเด็จพระจักรพรรดิมีสซุอิโตพระราชทานให้ชาวญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 1890 แต่ในคดีประชาธิปไตยซึ่งถือว่ารัฏฐาธิปัตย์คือประชาชน อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ต้องอยู่ที่ประชาชน⁶⁵

⁶³ ในความคิดแบบมาร์กซิสต์การสถาปนาระบอบคอมมิวนิสต์จะกระทำเป็นขั้นตอน โดยในแต่ละขั้นตอนการพัฒนาสังคมจะต้องมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมซึ่งไม่สอดคล้องต่อการพัฒนาสังคมอีกต่อไป (สรุปความและอ้างจาก ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 70.)

⁶⁴ ปรางทิพย์ พรวิณะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย”, หน้า 18.

⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2555), หน้า 4.

แต่เดิมถือว่าพระผู้เป็นเจ้าเท่านั้นที่มีอำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญได้⁶⁶ เพราะรัฐธรรมนูญก็คือโครงการจากสวรรค์ คตินิยมเช่นนี้สืบเนื่องมาจากลัทธิเทวสิทธิ (The divine right theory) ซึ่งมีสาระว่าพระผู้เป็นเจ้าทรงเลือกกษัตริย์ให้เป็นผู้ปกครองประเทศและทรงวางกฎเกณฑ์การปกครองประเทศไว้ให้อำนาจของกษัตริย์ย่อมหลั่งไหลมาจากองค์พระผู้เป็นเจ้า (non est enim potestas nisi a Deo) ดังที่เชื่อถืออยู่ในทวีปยุโรปในสมัยกลางต่อมา คตินิยมแบบลัทธิเทวสิทธิเสื่อมลง เกิดมีแนวความคิดใหม่ๆ เกี่ยวกับผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นมนุษยธรรมตามากขึ้น ซึ่งจำแนกได้ดังนี้⁶⁷

2.2.7.1 ประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ

ประมุขของรัฐในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเองได้ตามพระราชประสงค์เมื่อพระองค์ทรงเล็งเห็นว่าถึงเวลาที่ประชาชนควรมีสติธิมีเสียงในการบริหารประเทศ ในกรณีเช่นนี้ประมุขของรัฐจะสละอำนาจบางส่วนของพระองค์ (royal prerogative) ให้แก่คณะบุคคลอื่น หรือประชาชนโดยทั่วไป แต่ยังคงสงวนอำนาจบางประการไว้ รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของประมุขของรัฐเช่นนี้ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยที่แท้จริง แต่ต้องถือว่าเป็นก้าวสำคัญที่จะผันแปรไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยในเวลาต่อมา

การที่ประมุขของรัฐจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเองย่อมเกิดผลดี 2 ประการคือ

ประการแรก เป็นการช่วยให้ประเทศรอดพ้นจากการปฏิวัติ เพราะประมุขของรัฐได้ยอมจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นก่อนที่จะมีการเรียกร้อง หรือก่อนที่การบีบบังคับจะเป็นผลสำเร็จ โดยมากแล้วการเรียกร้องมักจะมาจาก “กลุ่มปัญญาชน” ซึ่งเป็นคนในชาติแต่ได้รับการศึกษาแพนใหม่จากต่างประเทศ ได้เปิดหูเปิดตาและเห็นความเป็นไปในนานาประเทศ จึงได้ปรึกษาหารือกันและรวมเป็นกลุ่มประกอบด้วยนักคิด นักเขียน และทหาร เป็นต้น

ตัวอย่างในเรื่องนี้เห็นได้จากประเทศจีนเมื่อก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ประชาชนที่ได้รับการศึกษาจากยุโรปได้เรียกร้องรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองแบบใหม่ แต่รัฐบาลสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของจีนไม่ยอม และเมื่อเห็นว่าจะต้านไว้ไม่อยู่ก็ออกกฎหมายกำหนดเค้าโครงการปกครองออกมาโดยเลียนแบบมาจากหลักรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น ทั้งนี้ก็ด้วยหวังว่าจะบรรเทาความไม่พอใจของประชาชนได้ และยับยั้งความคิดไม่ให้เลยเถิดไปถึงสาธารณรัฐ แต่กฎหมายนี้ก็กำหนดเพียงเค้าโครงย่อๆ เท่านั้น เมื่อประชาชนเห็นว่าไม่มีตัวบทรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ก็ก่อการปฏิวัติจนเป็นผลสำเร็จในเวลาต่อมา

⁶⁶ หยุต แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506), หน้า.35.

⁶⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 74-79.

ประการที่สอง เป็นการเสริมสร้างบารมีของกษัตริย์ ตลอดจนเป็นวิธีทำให้ พสกนิกรเคารพยำเกรงกษัตริย์ยิ่งขึ้น เพราะสำนักในพระกรุณา และพระทัยที่ทรงสละพระราชอำนาจ บางส่วนแก่พสกนิกรของพระองค์

ตัวอย่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น ซึ่งจัดทำขึ้นเพื่อ พระราชทานเป็นของขวัญแก่ประชาชนในโอกาสฉลองปีที่ 2549 ของการสถาปนาประเทศเมื่อ พ.ศ. 2432 (ค.ศ. 1889) รัฐธรรมนูญของรัสเซีย ซึ่งจัดทำขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2449 (ค.ศ. 1906) รัฐธรรมนูญของ โมนาโค ซึ่งจัดทำขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2454 (ค.ศ. 1911) คำปรารภของรัฐธรรมนูญเหล่านี้จะประกาศ พระบรมเดชานุภาพ และพระบรมราชปณิธานของกษัตริย์ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญอย่างแจ่มชัดว่าทรง ประสงค์สละพระราชอำนาจได้อย่างไร และเพราะเหตุใด เช่น พระราชปรารภของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น พ.ศ. 2432 ซึ่งมีใจความว่า

“ด้วยเดชบารมีแห่งพระบรมราชบรรพบุรุษของเราซึ่งสืบราชสันตติวงศ์เนื่อง มามีขาดสาย และด้วยพระบรมราชปณิธานที่จะเผด็จทุกข์ผดุงสุข แห่งปวงประชาและเสริมสร้าง พัฒนาศีลธรรม และปัญญาแห่งพสกนิกรของเรา ซึ่งเป็นเจตน์จำนงมุ่งมาตปรารภนาของพระบรม ราชบรรพบุรุษสืบมา ณ บัดนี้ เราขอประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งรัฐโดยอาศัยอำนาจตามความใน พระบรมจักรพรรดิโองการ ฉบับลงวันที่ 12 เดือน 10 นับเป็นปีที่ 14 แห่งรัชกาลพระเจ้าเมอิจิ โดยมุ่ง ให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นพื้นฐานกฎเกณฑ์สำคัญอันเรายอมรับปฏิบัติตาม และให้ทายาทแห่งเรา ตลอดจนพสกนิกรทั้งหลายยึดถือปฏิบัติสืบไปชั่วกาลปวงสาน

บัดนี้ เราขอประกาศโองการว่า เราจะเคารพและพิทักษ์ความมั่นคงแห่งสิทธิ และทรัพย์สินของพสกนิกรของเรา และจะปกป้องรักษาการใช้สิทธิเช่นนั้นภายใต้บทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญฉบับนี้และของกฎหมาย”

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวญี่ปุ่นได้วิจารณ์รัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “รัฐธรรมนูญ ฉบับนี้มีใช้สัญญาาระหว่างผู้ปกครองกับผู้ถูกปกครอง เพราะราษฎรมิได้เป็นผู้บิบบังคับเอาจาก พระมหากษัตริย์ดังเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น หากแต่เป็นเรื่องที่พระมหากษัตริย์มุ่งจะ พระราชทานแก่พสกนิกรของพระองค์เอง โดยเหตุนี้ ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับ นี้ คือ เฉพาะแต่พระเจ้าจักรพรรดิเท่านั้นที่มีอำนาจริเริ่มขอแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ”⁶⁸

2.2.7.2 ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ดังที่เรียกว่า “การปฏิวัติ” หรือเมื่อ มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลโดยใช้อำนาจบังคับ ดังที่เรียกว่า “การรัฐประหาร” ผู้ก่อการปฏิวัติหรือ

⁶⁸ N. Matsunami, "The Constitution of Japan," *The Report of The Japanese Maritime Law Association* (1929), pp.15-17

รัฐประหารได้สำเร็จย่อมอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตย ซึ่งมีอำนาจวางกฎเกณฑ์การปกครองประเทศได้ตามที่ตนต้องการ บุคคลประเภทนี้จึงจัดได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศกัมพูชา เป็นต้น⁶⁹

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า การกำหนดให้บุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตยเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญได้นั้น ยังคงมีข้อโต้แย้งและมีประเด็นถกเถียงในการยอมรับหรือการปฏิเสธการยอมรับผลทางกฎหมายของการปฏิวัติหรือการรัฐประหาร ตลอดจนผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารอยู่เป็นวงกว้างทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.2.7.2.1 แนวความคิดเรื่องการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารในต่างประเทศ

การรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารในต่างประเทศ โดยแยกพิจารณาได้เป็นสองประการคือ

ประการที่หนึ่ง การรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหารอันเกิดจากกฎหมายระหว่างประเทศ

ฮันส์ เคลเซน กล่าวว่า การเปลี่ยนแปลงรัฐบาลที่เกิดขึ้นในรัฐหนึ่งๆ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่มีความจำเป็นที่ต้องมีการรับรองรัฐบาลใหม่ เพราะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงคณะผู้ปกครองภายในประเทศตามกระบวนการปกติ แต่ในกรณีที่เกิดการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลนอกระบบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด ๆ จำเป็นต้องมีการพิจารณารัฐบาลที่เกิดขึ้นใหม่จากผลของการเปลี่ยนแปลงนี้⁷⁰ ซึ่งการพิจารณารัฐบาลที่เกิดขึ้นใหม่นั้น ต้องพิจารณาเป็นกรณีไปว่ารัฐบาลที่เกิดขึ้นใหม่ยังคงปฏิบัติตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ทำขึ้นกับประเทศอื่น หรือองค์ระหว่างประเทศอื่น ๆ และยังคงปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศนั้นเคยทำขึ้นกับประเทศอื่นอยู่หรือไม่⁷¹ ไม่ได้พิจารณาผลแห่งความสำเร็จในการปฏิวัติหรือรัฐประหารเท่านั้น

⁶⁹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 210-211

⁷⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, "ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า.63.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

ประการที่สอง การรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหารอันเกิดจากกฎหมายภายในของต่างประเทศ

การรับรองและการปฏิเสธการรับรองในประการที่สองนี้พบว่าปรากฏอยู่ในคำพิพากษาขององค์กรตุลาการ และการแสดงความคิดเห็นของนักกฎหมาย

การรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหารโดยองค์กรตุลาการ⁷² เช่น ศาลสูงของอูกันดา (คดี Uganda V. Commissioner of Prisons, exp. Matovu 1966) ศาลอุทธรณ์ของโรดิเชีย (ปัจจุบันคือสาธารณรัฐซิมบับเว-ผู้เขียน) (คดี Madzimbamuto V. Lardner-Burke N.O. and others 1966) คณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี (The Judicial Committee of the Privy Council) ในคำอุทธรณ์จากคำตัดสินของศาลโรดิเชีย ค.ศ. 1968 คำพิพากษาของศาลปากีสถาน ค.ศ. 1958 ซึ่งศาลสูงสุดปากีสถานได้รับรองสถานะทางกฎหมายของการยึดอำนาจที่นำโดย อิสกันดา เมอร์ซา (Iskandar Mirza) (คดี The State V. Dosso) ศาลสูงสุดปากีสถานเห็นว่า คำสั่งที่ออกโดยคณะปฏิวัติของเมอร์ซา ที่กระทำการโดยสำเร็จมีสถานะเป็นกฎหมาย ซึ่งศาลปากีสถานได้ให้เหตุผลโดยอ้างอิงทฤษฎีของฮันส์ เคลเซน (Kelsen) ที่ถือว่าการปฏิวัติที่ได้กระทำสำเร็จย่อมเป็นการกระทำที่สร้างบรรทัดฐานชั้นมูลฐานขึ้นมาใหม่ และเป็นพื้นฐานความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ตราขึ้นใหม่ โดยไม่ต้องนำเอาบรรทัดฐานชั้นมูลฐานเดิมมาประกอบการพิจารณาอีก เพราะการปฏิวัติได้ทำให้ปราศจากผลบังคับไปแล้ว⁷³ จึงอธิบายได้ว่าการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้นพิจารณาได้จากความสำเร็จของการปฏิวัติหรือรัฐประหารในครั้งนั้น

แนวความคิดของศาลต่อการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติยังสอดคล้องกับแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งยืนยันว่าระบบกฎหมายสามารถดำรงอยู่ได้เฉพาะภายในกรอบของระบบซึ่งมีสภาพบังคับ ถ้าระบบการปกครองนั้นสิ้นสภาพลง การตัดสินและการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ก็ไม่อาจปรากฏขึ้นได้ แนวความคิดดังกล่าวนอกจากได้รับคำอธิบายจากแง่มุมของทางนิติศาสตร์แล้ว ยังได้รับการอธิบายเพิ่มเติมทางด้านความจำเป็นในทางข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐไม่อาจขาดความต่อเนื่องได้ จำเป็นต้องมีรัฐบาลเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน มิฉะนั้นอาจเกิดภาวะอันตรายขึ้นแก่ประเทศชาติทั้งในด้านของกิจการภายในและภายนอกของรัฐ และมีเหตุผลประการอื่นประกอบอีกอันเป็นเหตุผลในทางปฏิบัติว่า ถ้าสถาบันตุลาการปฏิบัติตนไปในทิศทางตรงกันข้ามกับคณะปฏิวัติ ก็ย่อมถูกแทรกแซงในการปฏิบัติหน้าที่ได้ ดังนั้น เป็นความจริงที่สถาบันตุลาการสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ก็ด้วยการยอมรับสถานะทางกฎหมายของรัฐบาลใหม่ที่มาจาก

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 69-70.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

การปฏิวัติ⁷⁴ ดังนี้ จึงอาจเป็นเหตุผลว่าทำไมเมื่อเกิดการรัฐประหารขึ้นในประเทศไทย สถาบันตุลาการ จึงไม่เคยถูกยกเลิกโดยคำสั่งของคณะรัฐประหารเลยแม้แต่ครั้งเดียว

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากศาลสูงสุดปากีสถานได้กลับแนวคำพิพากษายกเลิกคำสั่งที่คณะปฏิวัติได้ตราขึ้นภายหลังการยึดอำนาจสำเร็จของรัฐบาลนายพลยาฮา ข่าน (Gen Yahya Khan) อีกทั้งยังพิพากษาให้การปกครองของรัฐบาลนายพลยาฮา ข่าน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากกรณีที่คณะปฏิวัติ ของนายพลยาฮา ข่าน ได้ออกคำสั่งให้ทหารสามารถจำคุกผู้ต้องหาได้โดยไม่ต้องมีการพิจารณาจากองค์กรตุลาการ และไม่จำกัดระยะเวลาในการลงโทษจำคุก หรือกรณีคำพิพากษาของศาลโรตตีเซียที่แม้จะรับรองผลของการปฏิวัติก็ตาม แต่ก็ยังมีการวางกรอบการพิจารณาว่าการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องทำให้การบริหารประเทศดำเนินต่อไปได้ สิทธิของประชาชนที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ยังต้องได้รับการคุ้มครองต่อไป และต้องให้ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ต่อไปได้ หรือกรณีคำพิพากษาของศาลไนจีเรียที่พิพากษาให้กฤษฎีกาฉบับที่ 45 ของกองทัพที่ทำการยึดอำนาจการปกครองใน ค.ศ. 1967 ว่าปราศจากสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เนื่องด้วยการเข้าทำการยึดอำนาจของนายทหารในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นการเข้ามาจัดตั้งรัฐบาลทหารชั่วคราวจากการร้องขอของรัฐบาลในขณะนั้นเพื่อให้เข้ามาจัดตั้งรัฐบาลบริหารชั่วคราวจากเหตุการณ์ความวุ่นวายในบ้านเมือง ดังนั้นคณะนายทหารจึงต้องกระทำการภายใต้รัฐธรรมนูญ เมื่อกฤษฎีกาฉบับที่ 45 ได้กำหนดให้ คำสั่งของคณะนายทหารมีความสมบูรณ์ทางกฎหมาย และกำหนดห้ามองค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ตราขึ้นโดยคณะนายทหาร ซึ่งขัดต่อมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1966 ที่มีผลบังคับใช้ในขณะนั้น⁷⁵ กฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่มีความจำเป็นที่ต้องออกกฎหมายในรูปแบบของกฤษฎีกาโดยความจำเป็นเพื่อความสงบ ความเป็นระเบียบและเพื่อการเป็นรัฐบาลที่ดีของไนจีเรีย เมื่อมีการล่องอำนาจขององค์กรตุลาการโดยปราศจากความจำเป็น กฤษฎีกาฉบับที่ 45 จึงปราศจากผลบังคับ จะเห็นได้ว่าการเข้ายึดอำนาจของคณะทหารในปีดังกล่าวมิได้เข้าทำการยึดอำนาจโดยเด็ดขาด แต่เข้ามาบริหารประเทศในช่วงระยะเวลาที่เกิดเหตุการณ์ความไม่สงบภายในประเทศ และการกำหนดกฤษฎีกาก็เป็นเพียงการปรับปรุงเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเท่านั้น เมื่อมิได้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมโดยเด็ดขาด ศาลจึงถือว่ามีได้มีการปฏิวัติมิได้สร้างบรรทัดฐานขั้นมูลฐานของเคสเซนขึ้นมาใหม่ การยึดอำนาจดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 69-70.

⁷⁵ มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1966 ถูกแก้ไขโดยกฤษฎีกา ฉบับที่ 1 ของคณะนายทหารที่ทำการยึดอำนาจใน ค.ศ. 1966 ก่อนการเข้ายึดอำนาจของกองทัพใน ค.ศ. 1967 นี้ ที่บัญญัติว่า “ทั้งนี้ให้ถือว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้มีอำนาจเหนือกฤษฎีกา และมีได้มีบทบัญญัติใดๆ แห่งรัฐธรรมนูญนี้ที่มีผลทำให้กฤษฎีกานี้ตกเป็นโมฆะไม่ว่ากรณีใดๆ”

แต่ในท้ายที่สุดก็เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ศาลสูงสุดปาก็สถาน และศาลไนจีเรีย จะมีคำพิพากษาปฏิเสธการยอมรับผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ตลอดจนปฏิเสธการยอมรับผลของคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารแล้วก็ตาม แต่ทั้งสองศาลก็จำต้องยอมรับผลของคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารบางประการเพื่อบรรเทาความยุ่งยากจากการปฏิเสธการปฏิวัติ เพราะการปฏิเสธผลของคำสั่งของคณะปฏิวัติทั้งหมดอาจก่อให้เกิดความยุ่งยากในการบริหารประเทศ โดยศาลได้นำหลักความจำเป็น (Doctrine of Necessity) มาใช้พิจารณา ว่าหากคำสั่งนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ทั่วไปของสาธารณะ ให้ยึดถือปฏิบัติต่อไปได้

นอกจากแนวความคิดของการรับรองหรือการปฏิเสธการรับรองขององค์กรตุลาการแล้วยังปรากฏแนวความคิดจากนักกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้ต่อการยอมรับหรือปฏิเสธผลทางกฎหมายของการปฏิวัติ ดังนี้⁷⁶

1. หลักความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) ในการใช้บังคับหรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอำนาจของผู้ก่อการปฏิวัติ
2. หลักความไม่ชอบธรรมของการไม่เคารพเชื่อฟังต่อกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่มีชอบ
3. หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นการยอมรับการได้มาซึ่งอำนาจรัฐ แม้จะกระทำวิธีทางที่ไม่ถูกต้อง แต่การยอมรับนี้เพื่อเหตุผลของความสงบ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะอันตรายที่อาจเกิดแก่สังคมมากกว่า
4. หลักความเรียกร้องความเสียหายต่อการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิใด ๆ ของประชาชน เนื่องจากไม่มีผู้ใดจะสามารถแสวงหาประโยชน์จากการกระทำ ความผิดของตน แม้การปฏิวัติจะได้รับการรับรองทางกฎหมายภายหลัง แต่ก็ต้องมีการจ่ายค่าเสียหายแก่ประชาชนถ้าเกิดความเสียหายขึ้น อันเนื่องมาจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิโดยคณะปฏิวัติ
5. หลักการที่ศาลจะไม่ยอมตกเป็นเครื่องมือของความอยุติธรรม
6. หลักการที่จะให้การยอมรับทางกฎหมายต่อคณะปฏิวัติที่สามารถยึดอำนาจการปกครองได้ในข้อเท็จจริง โดยการยอมรับจะเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ
7. หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) อันเป็นหลักการที่ปรากฏทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน ตามหลักการนี้จะถือว่ารัฐบาลที่ได้รับการเลือกตั้งมาตามรัฐธรรมนูญยอมให้คำมั่นว่าจะพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นถ้ามีการยกเลิกรัฐธรรมนูญก็ย่อมถือเป็นการทำลายสัญญาที่มีต่อประชาชน อันเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหลักการดังกล่าว

⁷⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ”, หน้า 80-81.

8. หลักการที่รัฐบาลต้องมาจากความยินยอมของประชาชน โดยไม่คำนึงว่าประชาชนนั้นจะมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งหรือไม่

9. หลักการเรื่องสิทธิในการกำหนดชะตากรรมของตน (Principle of the Right to Self – determination) และการไม่ยอมรับต่อการเลือกปฏิบัติต่อเผ่าพันธุ์

แนวความคิดจากนักกฎหมายที่อาจนำมาปรับใช้ต่อการยอมรับหรือปฏิเสธผลทางกฎหมายของกฎหมายหรือคำสั่งที่ตราขึ้นโดยคณะปฏิวัติ ดังนี้

1. บรรดากฎหมายที่ตราขึ้นโดยคณะปฏิวัติหรือรัฐบาลที่มาจากคณะปฏิวัติซึ่งได้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น หากเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับกฎหมายที่แม่ตราขึ้นโดยรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีเนื้อหาสาระเช่นนั้น ศาลอาจบังคับใช้กฎหมายของคณะปฏิวัติได้

2. บรรดาการกระทำหรือคำสั่งทั้งในทางการบริหาร นิติบัญญัติ และทางตุลาการซึ่งคณะปฏิวัติได้กระทำ ศาลอาจบังคับใช้ได้ถ้าคำสั่งเหล่านั้นไม่ได้ทำให้เสื่อมสิทธิของประชาชนที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญที่ชอบด้วยกฎหมายฉบับก่อน

3. ในส่วนของนิติกรรมระหว่างบุคคลธรรมดา การดำเนินชีวิตตามปกติย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่านิติกรรมเหล่านั้นกระทำขึ้นโดยส่งเสริมการยึดอำนาจการปกครอง

ซึ่งอาจสรุปได้ว่าคำสั่งใดไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชน ศาลก็อาจบังคับใช้ได้ แต่ถ้ากฎหมายฉบับใดมีเนื้อหาที่ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนก็อาจไม่รับรองความมีผลบังคับ

2.2.7.2.2. แนวความคิดเรื่องการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารในประเทศไทย

การรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารของประเทศไทย ปรากฏขึ้นตลอดระยะเวลาที่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งหมดที่กล่าวถึงผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารล้วนแต่รับรองว่า การปฏิวัติหรือการรัฐประหารตลอดจนคำสั่งหรือกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร ชอบด้วยกฎหมายและบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ทั้งสิ้น จากการศึกษาพบว่าเหตุผลในคำพิพากษาของศาลฎีกามีดังนี้

ประการแรก ศาลฎีการับรองเพราะมีพระราชบัญญัตินิรโทษกรรม แก่ผู้กระทำการรัฐประหาร ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1874/2492 ที่ว่า

“จำเลยได้กระทำการยุบพรรคให้ก่อการกำเริบ และละเลยไม่ให้ กระทำการตามหน้าที่เป็นการกระทำที่เลื่อมวินัยทหารอย่างร้ายแรง แต่การกระทำนั้นเกี่ยวเนื่องด้วย การกระทำรัฐประหารและจำเลยอยู่ในจำพวกรัฐประหารด้วย ดังนี้ การกระทำของจำเลยอยู่ในข่าย พ.ร.บ. นิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการรัฐประหารพ.ศ.2490”

การรัฐประหารยังคงมีความผิดอยู่จากการวินิจฉัยเรื่องวินัยทหาร แต่เมื่อได้รับการนิรโทษกรรมแล้วผู้กระทำการรัฐประหารจึงไม่มีความผิด

ประการที่สอง ศาลฎีการับรองเพราะประชาชนได้ยอมรับนับถือ ไม่มีการต่อต้านหรือข้อโต้แย้งจากประชาชน ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154/2495⁷⁷ ที่ว่า⁷⁸

“...ที่ว่ารัฐบาลที่จำเลยพยายามจะล้มล้างเป็นรัฐบาลที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายนั้น เห็นว่า การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลขึ้นใหม่โดยใช้กำลังนั้น ในตอนต้นอาจไม่ชอบ ด้วยกฎหมายจนกว่าประชาชนจะได้ยอมรับนับถือแล้ว... ศาลอาญาฟังข้อเท็จจริงว่า รัฐบาลที่จำเลย คิดจะล้มล้างเป็นรัฐบาลที่ถูกต้องตามความเป็นจริง ซึ่งหมายความว่าประชาชนได้ยอมรับนับถือแล้ว และศาลอุทธรณ์ก็มีได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงข้อนี้ ฉะนั้นปัญหาที่ว่ารัฐบาลขณะนั้นเป็นรัฐบาลที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายก็เป็นการโต้แย้งข้อเท็จจริง ฟังไม่ขึ้น ...”

พิเคราะห์ได้ว่า หากประชาชนยอมรับการรัฐประหารแล้วไซ้ร้ เท่ากับการรัฐประหารดังกล่าวกระทำเป็นผลสำเร็จ ถือว่าถูกต้องตามความเป็นจริง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1512-1515/2497

ที่ว่า “รัฐบาลที่ได้ตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับ อยู่ในขณะนั้นได้เข้าครอบครองและบริหารราชการแผ่นดินด้วยความสำเร็จเด็ดขาดและรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศชาติตลอดมา เป็นที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปว่าเป็นรัฐบาลอันสมบูรณ์มาช้านานจนบัดนี้ ย่อมถือว่าเป็นรัฐบาลอันชอบด้วยกฎหมาย”

ศาลฎีกาให้คำรับรองรัฐบาลที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจาก การรัฐประหาร โดยฝ่ายจำเลย หรือ “กบฏวังหลวง” ในขณะนั้น ซึ่งนำโดยนายปรีดี พนมยงค์ กลุ่มเสรีไทย และทหารเรือบางส่วนเป็นผู้นำการยึดอำนาจรัฐบาลจอมพลแปลก พิบูลสงคราม โดย รัฐธรรมนูญที่จำเลยกล่าวอ้างคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ซึ่งเกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97-98.

ประการที่สาม ศาลฎีการับรองเพราะคณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ที่ว่า

“การที่คณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศได้สำเร็จนั้น คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์ การแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นรัฐมนตรีในต่อนั้น ก็ย่อมเป็นการชอบด้วย”

อีกทั้งภายหลังกฎีกามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 ดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้เขียนหมายเหตุท้ายฎีกาสันับสนุนแนววินิจฉัยตามคำพิพากษาดังกล่าวว่าเป็นแนววินิจฉัยที่ถูกต้อง โดยยกตัวอย่างของประเทศเยอรมันช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เทียบเคียงประกอบว่าการทำรัฐประหารของไทยเมื่อ พ.ศ.2490 มีลักษณะเช่นเดียวกับการปฏิวัติของเยอรมันเมื่อ ค.ศ.1918 หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 และศาลฎีกาเยอรมันได้วินิจฉัยรับรองกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติในช่วงนั้นว่า เป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ที่ออกโดยรัฐอธิปไตย⁷⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ที่ว่า

“ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชน ก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ฉะนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองในลักษณะเช่นนั้นได้ จำเลยจึงอาศัยอำนาจตามประกาศฉบับนี้ทำการจับกุมควบคุมโจทก์ได้โดยชอบ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 ที่ว่า

“เมื่อคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติหรือหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินย่อมมีอำนาจออกประกาศ หรือคำสั่งอันถือว่าเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้ แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่เมื่อไม่มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวประกาศหรือคำสั่งนั้นก็ยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่”

⁷⁹ โปรดดู หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2496 , หน้า 63-66 อ้างถึงใน วิโรจน์ ธิตา, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า.35.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2376/2526 ที่ว่า

“เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินยึดอำนาจของรัฐได้โดยเด็ดขาดแล้ว หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยย่อมมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนข้าราชการได้ คำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ที่ 9/2519 ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2519 เป็นคำสั่งเกี่ยวเนื่องกับการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ก่อนหน้านั้นจะมีคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้เป็นอำนาจหน้าที่ของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือผู้ที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินมอบหมาย และให้บรรดาอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าเป็นอำนาจของรัฐมนตรี ให้เป็นอำนาจของปลัดกระทรวง คำสั่งดังกล่าวก็ไม่ตัดอำนาจของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่จะสั่งการเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เฉพาะรายตามอำนาจที่มีอยู่ ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย”

ประการที่สี่ ศาลอาญารับรองเพราะคณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จ และโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ดังคำพิพากษาในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 1295/2515⁸⁰ ที่ว่า

“... สำหรับในข้อหาที่โจทก์ว่า โจทก์เป็นผู้แทนประชาชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลนี้เห็นว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสติและหน้าที่เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสียหายหรือมีสิทธิฟ้องคดีในประเภทใดได้โดยเฉพาะแล้ว ผู้แทนราษฎรก็ไม่มีสิทธิเช่นนั้น... ดังนั้น ฐานะการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของโจทก์ จึงไม่ทำให้โจทก์ทั้งสามเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายที่จะมีอำนาจฟ้องคดีได้”

คดีดังกล่าวเป็นคดีที่ นายอุทัย พิมพ์ใจชน นายอนันต์ ภัคดีประไพ และนายบุญเกิด หิรัญคำ อดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ยื่นฟ้องจอมพลถนอมกับพวกฐานเป็นกบฏจากการยึดอำนาจของจอมพลถนอมเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และการยึดอำนาจดังกล่าวได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ลงด้วย

เป็นเหตุให้ในเวลาต่อมา จอมพลถนอมในฐานะหัวหน้าคณะรัฐประหารได้มีคำสั่งคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2515 จับกุมและให้ลงโทษจำคุก นายอุทัย พิมพ์ใจชน มีกำหนดสิบปี และให้จำคุกนายอนันต์ และนายบุญเกิด มีกำหนดคนละเจ็ดปี แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต และเป็นการแสดงความเห็นตามครรลองแห่งระบอบประชาธิปไตย ย่อมถือเป็นการกระทำผิดไม่ได้ การกระทำของ

⁸⁰ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ”, หน้า 80-81.

บุคคลทั้งสามจึงไม่ถือว่าเป็นความผิด ภายหลังรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติยกเลิกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ 36/2515 เพื่อให้มีการปล่อยตัวบุคคลทั้งสาม⁸¹

การรับรองสถานะทางกฎหมายของการรัฐประหารที่เกิดขึ้นนอกวิธิต่างแห่งรัฐธรรมนูญ และการรับรองสถานะทางกฎหมายของคำสั่งคณะรัฐประหารตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น เป็นการยอมรับการยึดอำนาจและรับรองผลทางกฎหมายของคำสั่งหรือกฎหมายของคณะรัฐประหาร ซึ่งถูกนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบัน ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาคดีหมายเลขดำที่ อม.1/2551 คดีหมายเลขแดงที่ อม.10/2552 ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ว่า “...เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.ในขณะนั้น-ผู้เขียน) ได้ยึดอำนาจการปกครองได้สำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองฯ ย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้โดยชอบ เนื่องจากคณะปฏิรูปการปกครองฯ มีฐานะเป็นรัฐธำธิปไตยมีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว” จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นว่าการยึดอำนาจตุลาการได้ยึดเอาคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานว่าผู้กระทำการรัฐประหารเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง มีฐานะเป็นรัฐธำธิปไตย ทำให้การรัฐประหารในประเทศไทยถูกทำให้เกิดความชอบธรรมโดยสถาบันตุลาการนั่นเอง

อย่างไรก็ดี นายกิริติ กาญจนรินทร์ ผู้พิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง องค์คณะผู้พิพากษาในคดีที่นายยงยุทธ ดิยะไพรัช จงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ได้แสดงคำวินิจฉัยส่วนตัวสำหรับคำพิพากษาที่ อม.9/2552⁸² ว่า

“ปัญหาต้องวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้หรือไม่ เห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของประชาชน ศาลจึงต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดผลในทางที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหากศาลไม่รับใช้ประชาชน ย่อมทำให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมถูกทำลายและสั่นคลอน

นอกจากนี้ศาลควรมีบทบาทในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบและพันธกรณีในการปกป้องรักษาประชาธิปไตยด้วย

⁸¹ วิโรจน์ ธิตา, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง”, หน้า 35

⁸² นันทวัฒน์ บรมานันท์, “อย่างนี้ถึงจะเรียกตุลาการภิวัตน์ บทบรรณาธิการครั้งที่ 226” [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1406> สืบค้นเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2557

การได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิธิต่างของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่ เท่ากับเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย การปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ย่อมเป็นการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิธิต่างของระบอบประชาธิปไตย

หากศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตยแล้ว เท่ากับศาลไม่ได้รับใช้ประชาชน จากการใช้อำนาจโดยมิชอบและเพิกเฉยต่อการปกป้องรักษาประชาธิปไตยดังกล่าวมาข้างต้น ทั้งเป็นการละเลยหลักยุติธรรมตามธรรมชาติที่ว่าบุคคลใดจะรับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่ รวมทั้งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นวงจรอุบาทว์อยู่ร่ำไป ยิ่งกว่านั้นยังเป็นช่องทางให้บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวยืมมือกฎหมายเข้ามาจัดการสิ่งต่างๆ

ข้อเท็จจริงเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ปัจจุบันอยู่ในกระแสโลกาภิวัตน์ นานาอารยะประเทศส่วนใหญ่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ฉะนั้นเมื่อกาลและเทศะในปัจจุบันเปลี่ยนไปแล้วจากอดีต ศาลจึงไม่อาจที่จะรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เมื่อข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป เช่นกันว่า ผู้ร้องประกอบด้วยคณะกรรมการที่เป็นผลพวงของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) แต่ คปค. เป็นคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 จึงเป็นการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิธิต่างของระบอบประชาธิปไตยดังเหตุผลข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐอธิปไตย แม้จะได้รับการนิรโทษกรรมภายหลังก็ตาม หาก่อให้เกิดอำนาจที่จะสั่งการหรือกระทำการได้อย่างรัฐอธิปไตย

ผู้ร้องประกอบด้วยคณะบุคคลที่เป็นผลพวงของ คปค. ย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันปราบปรามการทุจริต พุทธศักราช 2542 ด้วยเช่นกัน ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้ อำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัย เมื่อวินิจฉัยดังนี้แล้ว ปัญหาว่าผู้คัดค้านจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จและปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่ จึงไม่จำต้องวินิจฉัย”

นอกจากการพิจารณาเรื่องการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติและรัฐประหาร และผลทางกฎหมายของคำสั่งของคณะปฏิวัติและ

รัฐประหารโดยศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมดังที่ได้เรียนให้ทราบข้างต้นแล้ว ยังมีผู้เสนอแนวทางในการพิจารณาผลทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารดังกล่าวด้วยการพิจารณาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะปฏิวัติและรัฐประหารโดยศาลปกครองไว้อย่างน่าสนใจว่า⁸³ การพิจารณาถึงสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของประกาศและคำสั่งของรัฐประหาร จำต้องกำหนดขอบเขตการพิจารณาเฉพาะส่วนที่เป็นประกาศและคำสั่งที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครองเท่านั้น โดยไม่รวมถึงประกาศและคำสั่งคณะรัฐประหารในเรื่องนโยบายที่ไม่มีผลบังคับออกสู่ภายนอกหรือเป็นแถลงการณ์เพื่อแจ้งข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนทราบ⁸⁴ โดยการพิจารณาดังกล่าวมุ่งศึกษาเทียบเคียงประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และนิติกรรมทางปกครอง เพื่อให้เกิดอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองตามหลักนิติรัฐ และหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตามการพิจารณาประเด็นศึกษาดังกล่าวเป็นเพียงการศึกษาถึงเขตอำนาจการตรวจสอบประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารภายหลังที่คณะรัฐประหารได้ออกประกาศและคำสั่งมาแล้วทั้งสิ้น โดยมิได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศและคำสั่งดังกล่าวว่าคณะรัฐประหารมีอำนาจหรือไม่

จากการพิจารณาการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของการปฏิวัติหรือการรัฐประหาร ตลอดจนการรับรองและการปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายของคำสั่งหรือกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่ายังคงให้การรับรองผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหารอยู่ แต่ด้วยเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญคือ การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้นต้องกระทำการโดยสำเร็จ และองค์การตุลาการให้คำรับรองตลอดจนไม่มีการโต้แย้งจากประชาชน ดังนี้แล้วผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารได้สำเร็จย่อมอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตย มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญได้ คงปฏิเสธไม่ได้ถึงคุณประโยชน์บางประการที่เกิดขึ้นจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร การจะพิจารณาว่าการปฏิวัติหรือรัฐประหารในแต่ละครั้งที่เกิดขึ้นทั่วโลกเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อม เศรษฐกิจ สังคม ประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศประกอบด้วย บางประเทศอาจต้องรับรองผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหารเพื่อให้ประเทศพัฒนาขึ้น การปฏิวัติหรือรัฐประหารจึงอาจเป็นสิ่งที่ถูกต้องสำหรับประเทศหนึ่ง และยินยอมให้ผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จเป็นรัฐอธิปไตยเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญได้ แต่สำหรับอีกประเทศหนึ่งการปฏิวัติหรือรัฐประหารอาจไม่ถูกต้องและขัดต่อกฎหมายก็เป็นได้

⁸³ วิโรจน์ ธิตา, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง”, หน้า 30

⁸⁴ พีรศักดิ์ ภัทรปิติกุล, “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการยึดทรัพย์สินนํ้ากการเมืองตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า.54

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า โดยกาลและเทศะและความเข้มแข็งของประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยสำหรับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะสำหรับประเทศไทยที่มีรัฐธรรมนูญ คือประชาชน จะยอมรับรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการทำรัฐประหารที่เป็นวิธีการนอกวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าหากประชาชนชาวไทยรู้สึกหวงแหนในอำนาจอธิปไตยของตน และมีความรู้สึกร่วมกันว่ามีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว การปฏิวัติหรือรัฐประหารอาจถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่สมควรยอมรับผลในทางกฎหมายต่อการกระทำหรือการออกคำสั่งของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารทั้งปวงอีกต่อไป ดังเหตุผลของนายกีรติ กาญจนรินทร์

นอกจากนี้ประเด็นดังกล่าวยังคงเป็นประเด็นสำคัญที่นักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นทางกฎหมายไว้อย่างหลากหลายทั้งสนับสนุนการรับรองผลทางกฎหมายและปฏิเสธการรับรองผลทางกฎหมายดังกล่าว

2.2.7.3 ราษฎรเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ

กรณีที่ราษฎรประกาศเอกราช หรือกรณีที่ราษฎรร่วมกันก่อการปฏิวัติครั้งใหญ่ และเปลี่ยนแปลงการปกครองได้สำเร็จ ราษฎรทั้งปวงย่อมได้ชื่อว่าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งตนช่วงชิงมาได้ แม้หัวหน้าคณะปฏิวัติที่ต้องอยู่ใต้ความประสงค์ของราษฎรจะทำการใดตามใจตนเองหาได้ไม่ ตัวอย่างรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้คือ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวอเมริกันปฏิวัติแยกตัวออกจากประเทศอังกฤษใน ค.ศ. 1776 รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวฝรั่งเศสปฏิวัติยึดอำนาจจากพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ใน ค.ศ. 1789 รัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซีย ค.ศ. 1918 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวรัสเซียยึดอำนาจจากพระเจ้านิโคลัสเมื่อ ค.ศ. 1917 คำปรารภของรัฐธรรมนูญประเภทนี้มักมีถ้อยคำเร้าใจแสดงให้เห็นถึงพลังร่วมกันของประชาชนซึ่งฝ่าฟันภัยอันตรายก่อการปฏิวัติมาได้สำเร็จ เช่น คำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกามีใจความว่า “เราประชาชนแห่งสหรัฐ ตรารัฐธรรมนูญฉบับนี้ขึ้นไว้สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาก็เพื่อที่จะก่อให้เกิดสภาพที่สมบูรณ์ยิ่ง เพื่อสร้างสรรค์ความยุติธรรม เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน เพื่อจัดการคุ้มครองป้องกันประเทศร่วมกัน เพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพทั่วไป และเพื่อที่จะรักษาไว้เพื่อความเกษมสุขแห่งเสรีภาพของชาวเราและอนุชนทั้งปวง”

อนึ่ง การที่รัฐสภาลงมติให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น ก็ถือได้ว่าราษฎรร่างรัฐธรรมนูญขึ้นโดยผ่านทางรัฐสภา⁸⁵

⁸⁵ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 77-78.

นอกจากนี้ ในปัจจุบันประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต่างให้การยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยโดยแท้จริงแล้วเป็นของราษฎร ดังนั้น ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงเป็นของราษฎรด้วย อย่างไรก็ตามในประเทศซึ่งมีราษฎรเป็นจำนวนมากการจัดทำรัฐธรรมนูญของราษฎรมักจะอยู่ในรูปแบบของการเลือกบุคคลเข้ามาจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญ หรือราษฎรมอบอำนาจให้รัฐสภาเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นต้องผ่านการมีส่วนร่วมของราษฎรด้วยการลงประชามติ ก่อนจึงจะประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญได้⁸⁶ และการกำหนดการมีส่วนร่วมของประชาชนต้องเป็นไปโดยถูกต้องมิใช่ใช้กำลังขู่เข็ญหรือตั้งกรอบกำหนดในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้รัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นโดยตัวแทนของประชาชนเกิดความยึดโยงกับประชาชนและได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประชาชนอย่างแท้จริง

2.2.7.4 ประมุขของรัฐ คณะปฏิวัติและราษฎรเป็นผู้จัดให้มีขึ้น

ในบางกรณีเมื่อราษฎร หรือผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารได้ยึดอำนาจจากประมุขของรัฐเป็นผลสำเร็จ ราษฎรผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร อาจตกลงประนีประนอมกับประมุขของรัฐด้วยการยินยอมให้ประมุขของรัฐอยู่ในอำนาจสืบไปภายใต้เงื่อนไขบางประการ รัฐธรรมนูญในกรณีเช่นนี้ถือว่าเกิดขึ้นโดยประมุขของรัฐและราษฎรเป็นผู้ร่วมใจกันจัดทำขึ้น เช่น ค.ศ. 1215 พระเจ้าจอห์นแห่งอังกฤษตกลงกับราษฎรและขุนนางตรามหาบัตร (Magna Carta) ขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของอังกฤษ⁸⁷

สำหรับประเทศไทย ศาสตราจารย์วิชฌุ เครื่องาม กล่าวว่า “ในประเทศไทยนั้น ถือเป็นประเพณีการเมืองตลอดมาว่า ไม่ว่าจะมีการปฏิวัติหรือรัฐประหารเกิดขึ้นครั้งใด การตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับใหม่จะต้องถือว่าเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างประมุขของรัฐกับคณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเสมอ ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ

1. คณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารต้องอาศัยพระราชอำนาจทางสังคมของพระมหากษัตริย์ เพื่อที่จะให้ประชาชนรู้สึกและเข้าใจว่าพระมหากษัตริย์ทรงยินยอมด้วยตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว
2. คณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารต้องการอาศัยพระราชอำนาจทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ เพื่อให้สามารถประเทศรับรัฐบาลใหม่
3. เพื่อแสดงให้เห็นว่าคณะผู้ก่อการได้ถวายพระเกียรติยกย่องและยอมรับพระมหากษัตริย์พระองค์นั้นไม่เสื่อมคลาย และต้องการให้มีสถาบันประมุขเช่นเดิมอยู่ต่อไป”

⁸⁶ ปรากฏพิชัย พรวัดณะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย”, หน้า 27.

⁸⁷ วิชฌุ เครื่องาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 78-79.

ดังปรากฏให้เห็นได้ในการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 โดยการนำของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ได้ตั้งชื่อคณะรัฐประหารโดยอ้างอิงอำนาจพระมหากษัตริย์เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการทำรัฐประหาร และภายหลังได้มีการเปลี่ยนชื่อเป็น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 34 และดังความปรากฏในคำปรารภรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวที่ว่า

“โดยที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า...เพื่อให้การเป็นไปตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้นำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่จะได้จัดทำร่างขึ้นและนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย” โดยรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นเอง

2.2.7.5 ผู้มีอำนาจจากรัฐภายนอกเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐเจ้าอาณานิคมให้เอกราชกลับคืนรัฐใต้อาณานิคม รัฐเจ้าอาณานิคมมักตกลงเงื่อนไขกับรัฐใต้อาณานิคมก่อนเสมอว่า รัฐใต้อาณานิคมจะต้องจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐเจ้าอาณานิคมรับรองแล้ว เช่น อังกฤษให้เอกราชคืนแก่มลายูใน ค.ศ. 1957 และสิงคโปร์ใน ค.ศ. 1963 ในกรณีเช่นนี้อาจถือได้ว่ารัฐเจ้าอาณานิคมอยู่ในฐานะเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญด้วยอีกกรณีหนึ่ง⁸⁸

การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยผู้มีอำนาจจากรัฐภายนอก นอกจากปรากฏในลักษณะรัฐเจ้าอาณานิคมเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญให้แก่รัฐใต้อาณานิคมแล้ว ยังปรากฏให้เห็นจากรัฐที่พ่ายแพ้สงครามอย่างประเทศญี่ปุ่นเมื่อครั้งสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง เมื่อกองทัพอากาศฝ่ายสัมพันธมิตรเข้ายึดครองญี่ปุ่นได้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาโดยการนำของนายพลดักลาส แมคคาร์เธอร์ ได้ทำการปฏิรูปสังคมญี่ปุ่นในหลายด้านรวมทั้งจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น คือ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 โดยมอบอำนาจสูงสุดในการปกครองให้แก่ประชาชน และกำหนดให้พระจักรดิพรรดิที่เคยเป็นผู้นำในการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช มีสถานะเป็นเพียงสัญลักษณ์ของชาติ เท่านั้น โดยอาศัยแบบอย่างจากคำประกาศสิทธิของสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังมีผลใช้บังคับมาจน

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

ปัจจุบัน เมื่อระบบการเมืองของญี่ปุ่น และนักการเมืองของญี่ปุ่นมีความรับผิดชอบสูง การดำเนินการต่าง ๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไปได้ด้วยความสงบเรียบร้อย ไม่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหาร และไม่มี การล้มล้างหรือฉีกรัฐธรรมนูญ ดำเนินการเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น

การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยผู้มีอำนาจจากรัฐภายนอกยังปรากฏให้เห็นจากกรณี การแยกตัวเป็นเอกราชของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ออกจากประเทศอินโดนีเซีย โดย การแยกตัวเป็นเอกราชของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต นั้น องค์การสหประชาชาติได้เข้า มามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญและสนับสนุนความช่วยเหลือทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม และความมั่นคงเป็นอย่างมาก ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอในบทต่อไป

รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากองค์กรภายนอกเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญอาจเกิดผลเสีย บางประการกล่าวคือ ประชาชนอาจขาดความภาคภูมิใจ และรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นอาจขัดต่อ เจตนารมณ์ที่แท้จริงจากประชาชน

หลังจากประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยถูกจัดทำขึ้นหลายครั้งหลายคราทั้งโดย พระมหากษัตริย์และคณะราษฎร โดยคณะปฏิวัติ โดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยสภาร่าง รัฐธรรมนูญ และโดยคณะรัฐประหาร⁸⁹ มีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ฉบับเดียวเท่านั้นที่ให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงเข้ามามีส่วนร่วมในการร่าง รัฐธรรมนูญ จนได้รับการเรียกว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้จะถูกจัดทำ ขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ กระบวนการได้มาซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญยังมีปัญหาให้ต้อง พิจารณาหลายประการ ผู้เขียนจะได้อธิบายไว้ในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

2.3 แนวคิดและหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

เมื่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตาม หลักทฤษฎีสัญญาประชาคมแล้ว รัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย นี้จึงต้องให้ความสำคัญแก่ประชาชนในการมีส่วนร่วมจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่เริ่มต้นในกระบวนการ จัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีค่าเป็นสัญญาประชาคมที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

⁸⁹ ปรังทิพย์ พรวิฒนะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย”, หน้า 27.

ประชาชน และเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของคนในสังคมอย่างแท้จริง เนื่องจากประชาชนสามารถแสดงถึงความต้องการของตนต่อใช้อำนาจปกครองทำให้การปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนมากขึ้น อันเป็นตัวชี้วัดถึงความเป็นประชาธิปไตย นอกจากนี้การมีส่วนร่วมของประชาชนยังเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระจายอำนาจ หากไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองใช้อำนาจก็จะรวมศูนย์อยู่ที่นักการเมือง แต่หากเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมือง การใช้อำนาจก็จะไม่รวมศูนย์อยู่ที่นักการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการเมืองและก่อให้เกิดความรู้สึกในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นการยืนยันหลักการในเรื่องของอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน อีกทั้งยังทำให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น จึงกล่าวได้ว่า การมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนเป็นหัวใจของการปกครองในระบบประชาธิปไตย⁹⁰

นักวิชาการได้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมทางการเมืองไว้ ดังนี้⁹¹

Milbrath และ Goel ได้ให้ความหมายการมีส่วนร่วมทางการเมือง หมายถึง การกระทำของบุคคลเพื่อพยายามมีอิทธิพลหรือสนับสนุนต่อรัฐบาลหรือระบบการเมือง และยังรวมถึงบทบาทของประชาชนในการกระทำใด ๆ เพื่อมีอิทธิพลต่อผลทางการเมือง โดยพฤติกรรมการมีส่วนร่วมทางการเมืองนั้นจะเพิ่มความสนใจทางการเมืองไปสู่กิจกรรมทางการเมืองที่ต้องการความสนใจและแรงจูงใจมากขึ้นเป็นลำดับ

Herbert McClosky ให้ความหมายการมีส่วนร่วมทางการเมืองว่า การมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นกิจกรรมทางการเมืองที่กระทำโดยสมัครใจ ซึ่งสมาชิกทั้งหลายที่อยู่ในสังคมได้มีส่วนร่วมกระทำร่วมกันในอันที่จะเลือกผู้นำของตนและกำหนดนโยบายของรัฐ การกระทำนั้นอาจกระทำโดยตรงหรือทางอ้อมก็ได้ ซึ่งบุคคลที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองนั้น ได้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมต่าง ๆ ต่อไปนี้ คือ การใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง การแสวงหาความรู้ทางการเมือง การอภิปรายหรือพูดคุยเกี่ยวกับการเมือง การเข้าร่วมชุมนุมทางการเมือง ฯลฯ เพราะการเข้าร่วมทางการเมืองเป็นการกระตุ้นเตือนให้ผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองได้สำนึกถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของตน ทั้งยังเป็น การช่วยขยายขอบข่ายของความรู้ทางด้านการเมืองให้กว้างขวางขึ้นอีกด้วย

⁹⁰ ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550" หน้า.45.

⁹¹ ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ, รายงานวิจัย เรื่อง โครงการการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2546), หน้า.59-60 อ้างถึงใน ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550", หน้า 46.

ธงชัย วงศ์ชัยสุวรรณ และเทียนชัย วงศ์ชัยสุวรรณ เห็นว่า การมีส่วนร่วมทางการเมืองเป็นการกระทำที่ปัจเจกชน หรือกลุ่มบุคคล ที่ไม่ว่าจะมีระดับของการจัดองค์กรมากน้อยเพียงใดก็ตาม เพื่อมีอิทธิพลต่อการเลือกสรรผู้นำทางการเมืองหรือรัฐบาลทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น และเพื่อมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะและการนำนโยบายไปปฏิบัติทั้งในเชิงให้การสนับสนุนหรือต่อต้าน⁹²

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การมีส่วนร่วมทางการเมืองจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ เนื่องจากจะต้องเป็นไปตามความต้องการอันแท้จริงของประชาชนในการกำหนดความเป็นไปของสังคม ทั้งนี้เพราะตนเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ไม่ว่าจะใช้วิธีการที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินงานสาธารณะ หรือการเลือกผู้นำทางการเมืองทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น พื้นฐานของการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างน้อยต้องมีความสมัครใจที่จะเข้าร่วมในกิจการนั้นโดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ มิเช่นนั้นก็ไม่อาจถือว่าเป็นการมีส่วนร่วม และประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมจะต้องมีความเสมอภาคในระหว่างประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมด้วยกันโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ และประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมจะต้องมีความรู้ในเรื่องนั้น ๆ เพราะหากกิจกรรมที่เข้ามามีส่วนร่วมมีความสลับซับซ้อนเกินความสามารถของผู้เข้าร่วมกิจกรรมการมีส่วนร่วมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ นอกจากนี้ประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมตัดสินใจในกิจกรรมนั้น ๆ ก็จะต้องยอมรับถึงผลกระทบของเรื่องที่ได้ตัดสินใจดังกล่าวด้วย⁹³ ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงมีความสำคัญและมีอิทธิพลต่อการกำหนดโครงสร้างทางการเมืองที่ใช้ปกครองประเทศนั้นเป็นอย่างมาก

ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องด้วยในอดีตประชาชนในแต่ละรัฐยังมีจำนวนไม่มาก การที่ประชาชนจะใช้สิทธิของตนในการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงยังไม่มีปัญหามากนัก เพราะรัฐสามารถอำนวยความสะดวกในการจัดทำรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึง หรือที่เรียกว่า การมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองการปกครองของประชาชนในแบบประชาธิปไตยทางตรงยุคโบราณ⁹⁴ หรือเรียกว่าประชาธิปไตยทางตรง ที่ให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยด้วยตนเองโดยตรงหรือร่วมใช้อำนาจอธิปไตย แต่การใช้อำนาจอธิปไตยทางตรงเช่นนี้จะมียุคประกอบอยู่สองส่วนคือ หนึ่ง ประชาชนจะต้องเป็นผู้ริเริ่ม โดยการริเริ่มนั้นจะต้องมีสภาพ

⁹² ธงชัย วงศ์ชัยสุวรรณ และเทียนชัย วงศ์ชัยสุวรรณ, รายงานการวิจัย เรื่อง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนชั้นกลาง (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542), หน้า.12 อ้างถึงใน ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์, “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”, หน้า 46.

⁹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

⁹⁴ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไชยชิต, “การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยสมัยใหม่,” ใน วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 7 ฉบับที่ 3 (ก.ย.-ธ.ค. 2552) (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2552).

บังคับให้มีการเริ่มต้นกระบวนการ และสอง ประชาชนจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจขั้นสุดท้าย การขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งย่อมทำให้รูปแบบการมีส่วนร่วมในทางการเมืองแบบประชาธิปไตยทางตรงไม่อาจที่จะเป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ได้ ซึ่งนักวิชาการในยุโรปถือว่าการตัดสินใจขั้นสุดท้ายโดยประชาชนถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุดของประชาธิปไตยทางตรง⁹⁵ ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน โดยรูปแบบประชาธิปไตยทางตรงที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันและเป็นที่รู้จักกันดีมีหลายอย่าง เช่น การออกเสียงประชามติ การถอดถอน รวมถึงการริเริ่มเสนอกฎหมายโดยประชาชน⁹⁶

เมื่อเวลาผ่านไป รัฐมีประชาชนภายในรัฐเป็นจำนวนมาก ซึ่งประชาชนทั้งหมดไม่สามารถมาใช้อำนาจและสิทธิของตนในการจัดทำรัฐธรรมนูญและบริหารประเทศด้วยตนเองทุกคนได้ จึงเกิดหลักการใช้อำนาจผ่านตัวแทนเพื่อใช้สิทธิในการจัดทำรัฐธรรมนูญแทนตน เรียกการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนี้ว่า “ประชาธิปไตยแบบตัวแทน” และเป็นการมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองการปกครองของประชาชนในแบบประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่อีกด้วย⁹⁷

อำนาจหรือสิทธิที่ประชาชนมอบให้แก่ผู้แทนนั้น มิได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวจะตกแก่ผู้แทนตลอดไป ประชาชนเจ้าของอำนาจยังสามารถเรียกอำนาจดังกล่าวคืนได้ หากผู้แทนใช้อำนาจนั้นในการจัดทำรัฐธรรมนูญ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้แทนประชาชนต้องกำหนดหลักเกณฑ์ให้ประชาชนเขามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อรับรองความชอบธรรมของร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วยตัวของประชาชนเอง อาจโดยการให้สิทธิริเริ่มเสนอกฎหมายหรือรายละเอียดการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือการลงคะแนนเสียงประชามติ เรียกการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนี้ว่า การมีส่วนร่วมทางการเมืองตามหลัก “ประชาธิปไตยทางตรง”⁹⁸ และยังเป็นส่วนหนึ่งของการมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองการปกครองของประชาชนในแบบประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่เช่นกัน

เรียกการมีส่วนร่วมตัดสินใจทางการเมืองการปกครองของประชาชนในแบบประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ ที่ประชาชนมีส่วนร่วมผ่านผู้แทน และมีส่วนร่วมโดยตรงควบคู่ไปด้วยนี้ว่า “ประชาธิปไตยกึ่งทางตรง” หรือ ประชาธิปไตยแบบผสม” และมีความสำคัญต่อการปกครองระบอบ

⁹⁵ ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, "การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความเป็นประชาธิปไตยทางตรง," ใน วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 2 (สิงหาคม 2541) (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2541) หน้า 69.

⁹⁶ ขจรชัย ชัยพิพัฒน์นันท์, "การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550", หน้า 53.

⁹⁷ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไซยชิต, "การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยสมัยใหม่", หน้า 91.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

ประชาธิปไตยของทุกประเทศทั่วโลก เป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน อย่างแท้จริง⁹⁹

การปกครองของประชาชนในแบบประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ ที่ประชาชนมีส่วนร่วมผ่านผู้แทน และมีส่วนร่วมโดยตรงควบคู่ไปด้วย แม้ว่าจะทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีความสมบูรณ์มากขึ้นก็ตาม แต่ก็อาจเกิดปัญหาขึ้นได้หากผู้แทนที่ประชาชนเลือกเข้าไปใช้อำนาจหน้าที่แทนประชาชนไปในทางที่ไม่เหมาะสม เอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง หรือตัดสินใจกระทำการใดที่ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ต้องการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบไม่เป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงของประชาชน ถือว่าเป็นการใช้อำนาจบิดผัน จึงทำให้เกิดรูปแบบประชาธิปไตยอีกรูปแบบหนึ่งนั่นคือ ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม¹⁰⁰

ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมเป็นการเรียกระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทนที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมืองการปกครองและตัดสินใจในระดับต่าง ๆ มากขึ้น เพราะประชาชนมิใช่มีหน้าที่ออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งเท่านั้น แต่ประชาชนยังสามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการอื่นๆ ได้อีกด้วย เช่น การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร การมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น การมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า การมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้สามทางดังต่อไปนี้

2.3.1 การร่วมแสดงความคิดเห็น

การร่วมแสดงความคิดเห็นปรากฏได้ทั้งก่อนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และขณะจัดทำรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อรัฐต้องการจะออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดมาเพื่อจำกัดสิทธิ หรือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในประเทศแล้ว ผู้แทนหรือตัวแทนอาจทำการสำรวจและขอความคิดเห็นจากประชาชนที่จะต้องถูกจำกัดสิทธิหรือกลุ่มเป้าหมายที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองก่อน เพื่อให้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้จริง และไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินขอบเขตอำนาจของรัฐธรรมนูญ

การร่วมแสดงความคิดเห็นในการจัดทำกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เป็นเช่นใด การจัดทำรัฐธรรมนูญก็จำเป็นต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเช่นกัน เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความเป็น

⁹⁹ สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2536), หน้า.146

¹⁰⁰ ขจรชัย ชัยพิพัฒน์นันท์, “การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”, หน้า 55.

ประชาธิปไตยทั้งในเนื้อหาและรูปแบบที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเกิดขึ้นโดยความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง

2.3.2 การลงประชามติ

การลงประชามติ จัดเป็นหนึ่งในเครื่องมือประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ กล่าวคือ การออกเสียงประชามติเป็นกลไกการออกเสียงตัดสินใจทางการเมืองโดยตรงของประชาชน ซึ่งถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางการเมืองในระบบประชาธิปไตยแบบตัวแทน เพื่อเป็นส่วนเสริมการทำงานของสถาบันการเมืองหลักให้ดำเนินไปภายใต้เจตจำนงของประชาชนมากที่สุด¹⁰¹ ซึ่งเมื่อนำมาพิจารณากับการจัดทำรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว การมีส่วนร่วมของประชาชนในการออกเสียงประชามติรับรองการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นหลักการสำคัญที่แสดงให้เห็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชนอย่างแท้จริง

รูปแบบการลงประชามติในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง รูปแบบการปกครอง ประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ แต่หลักการพื้นฐานของการลงประชามติที่ทุกประเทศมีร่วมกัน คือ การลงประชามติเพื่อให้เกิดความชอบธรรมต่อรัฐธรรมนูญ หรือต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญหรือผู้มีอำนาจในการออกบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ และเพื่อก่อให้เกิดผลดีต่อผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และผู้ออกกฎหมายดังกล่าว ว่าได้มีขั้นตอนในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยแล้ว ซึ่งการจัดทำประชามติเกี่ยวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยกันทั้งสิ้นสามขั้นตอนคือ ขั้นตอนหนึ่งขึ้นก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐหรือองค์กรของรัฐอาจทำการลงประชามติในประเด็นของการจัดทำรัฐธรรมนูญว่าก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ประชาชนในรัฐเห็นด้วยต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวหรือไม่ และจะให้มีองค์กรใดเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญหรือเป็นผู้ดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนที่สอง รัฐหรือองค์กรผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญนำร่างรัฐธรรมนูญที่ได้จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับมาลงประชามติเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ในการรับรองหรือไม่รับรองร่างรัฐธรรมนูญนั้น และขั้นตอนที่สาม ในกรณีที่รัฐหรือองค์กรที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนลงมติให้การรับรองหรือไม่รับรองร่างรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

¹⁰¹ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไซยชิต, “การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยสมัยใหม่”, หน้า 91.

การจัดทำรัฐธรรมนูญและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย โดยการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมนั้น ถือได้ว่าเป็นขั้นตอนพื้นฐานที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้นทุกครั้งเพื่อให้สอดคล้องต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมของประชาชนอย่างแท้จริง ดังนั้น ในบทบัญญัติหรือข้อกำหนดว่าด้วยเรื่องขั้นตอนในการลงประชามติที่เป็นประชาธิปไตย ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนใช้อำนาจของตนได้อย่างเสรี โดยสมัครใจ และเป็นไปตามความต้องการของประชาชน โดยไม่ชักนำหรือตีกรอบการลงประชามติให้ประชาชนต้องเลือกหรือลงประชามติเพื่อให้ประชาชนเห็นด้วยหรือจำยอมต้องเห็นด้วยต่อร่างรัฐธรรมนูญนั้น ๆ และการกำหนดประเด็นในการลงประชามติต้องมีความชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้เพื่อความถูกต้องในความเข้าใจร่วมกันของประชาชน และถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยให้ใช้อำนาจของตนได้ด้วยความต้องการเข้าใจ เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ประชาชนภายในรัฐยอมรับสิทธิเสรีภาพของตนเพื่อให้รัฐคุ้มครองและเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม

2.3.3 สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง

นอกจากการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และการจัดให้มีการลงประชามติเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐต้องคำนึงถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในด้านอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ ในการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทุกขั้นตอน หากรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอยู่แล้ว รัฐต้องถามความคิดเห็นและต้องทำความเข้าใจถึงความต้องการให้ประชาชนรับรองและยินยอมให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย หรือกรณีการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องอาศัยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่รัฐสภา เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ รัฐต้องกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากประชาชน และเป็นการเสริมสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนอีกประการหนึ่งด้วย ตลอดจนรัฐต้องทำการบัญญัติบทบัญญัติว่าด้วยการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนให้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการมีส่วนร่วมในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือการกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ เพื่อให้สอดคล้องต่อสภาพสังคมที่เป็นอยู่ได้ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญในบางประเทศได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองด้วย เช่น การเป็นผู้ริเริ่มก่อนการที่จะขอให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ โดยยกเลิกฉบับเดิมและร่างฉบับใหม่ขึ้นทั้งฉบับ หรือขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบางส่วน โดยผู้ริเริ่มก่อนการเสนอร่างรัฐธรรมนูญส่วนที่ตนจะขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วย หรือขอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบางส่วนโดยบรรยายว่าสมควรแก้ไขเปลี่ยนแปลง

ตรงไหน¹⁰² รัฐธรรมนูญจึงจะเป็นรัฐธรรมนูญของประชาชน มีความชอบธรรมและเกิดการยอมรับของประชาชนโดยทั่วไป

นอกจากการริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว การมีส่วนร่วมของประชาชนในทางการเมืองยังมีอีกหลายระดับขึ้นอยู่กับว่ารัฐจะให้ความสำคัญต่อประชาชนมากน้อยเพียงใด โดยเรียงลำดับจากต่ำสุดไปหาสูงสุดได้ ดังนี้¹⁰³

1. การให้ข้อมูลประชาชน

เป็นวิธีการติดต่อสื่อสารระหว่างรัฐกับประชาชนเพื่อให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของรัฐบาล แต่ไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นหรือเข้ามาเกี่ยวข้องใด ๆ โดยการให้ข้อมูลดังกล่าวอาจทำได้หลายวิธี เช่น การแถลงข่าว การแสดงนิทรรศการ หรือการทำหนังสือพิมพ์เพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมต่างๆ

2. การเปิดรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน

เป็นการเชิญชวนให้ประชาชนร่วมแสดงความคิดเห็นเพื่อให้ได้ข้อมูลจากประชาชนมากยิ่งขึ้น ทำให้รัฐสามารถประเมินถึงข้อดีและข้อเสียได้ดีกว่าระดับการให้ข้อมูลแก่ประชาชนซึ่งเป็นการสื่อสารกับประชาชนเพียงด้านเดียว เช่น การสำรวจความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับโครงการแล้วขอความคิดเห็นจากผู้เข้าฟัง ที่เรียกว่า ประชาพิจารณ์

3. การปรึกษาหารือ

เป็นการเจรจาอย่างเป็นทางการระหว่างรัฐบาลกับประชาชนเพื่อประเมินความก้าวหน้าหรือระบุประเด็นหรือข้อสงสัยต่าง ๆ โดยการจัดประชุม หรือการจัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการ และการเปิดกว้างรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

4. การวางแผนร่วมกัน

เป็นการมีส่วนร่วมที่มีขอบเขตกว้างกว่าการปรึกษาหารือ รัฐกับรัฐบาลยังมีความรับผิดชอบร่วมกันในการวางแผนเพื่อเตรียมโครงการ และรับผิดชอบในผลที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ ระดับการวางแผนร่วมกันนี้เหมาะแก่การใช้ในกรณีที่มีประเด็นยุ่งยากซับซ้อนและมีข้อโต้แย้งมาก

¹⁰² กนกรัตน์ ปัญญาณรงค์, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า.42.

¹⁰³ คชินิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่อง แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : ปัญหาอุปสรรคและทางออก (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2545), หน้า.23 อ้างถึงใน กนกรัตน์ ปัญญาณรงค์, "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย", หน้า 50.

5. การร่วมปฏิบัติ

เป็นระดับการมีส่วนร่วมที่ประชาชนกับรัฐบาลจะนำโครงการไปปฏิบัติร่วมกัน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่วางเอาไว้

6. การควบคุมโดยประชาชน

เป็นระดับสูงสุดของการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อแก้ไขปัญหาข้อขัดแย้งทั้งหมด เช่น การออกเสียงลงประชามติ เป็นต้น

จากแนวคิดเรื่องการจัดลำดับการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนดังกล่าวข้างต้น สามารถนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็นอย่างดี ซึ่งหากทำได้ดังนี้แล้ว ประชาชนจะได้มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งแต่กระบวนการแรกเริ่มจนกระทั่งรัฐธรรมนูญประกาศใช้ ซึ่งเป็นการเสริมสร้างความหวงแหนรัฐธรรมนูญของประชาชนอีกด้วย

จากการศึกษาแนวคิดและหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยข้างต้น พบว่าแม้จะมีขั้นตอนและกระบวนการที่ซับซ้อนและอาจต้องใช้งบประมาณในขั้นตอนต่างๆ เป็นจำนวนมาก แต่เมื่อมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งเป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจแล้วนั้น ถือได้ว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่รัฐต้องจัดให้มีขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าต้องใช้จ่ายงบประมาณมากเพียงใด หากเป็นการทำเพื่อให้ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมและได้รับการยอมรับจากประชาชนในรัฐแล้ว ย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่สุดและมีค่ามากกว่างบประมาณที่สูญเสียไป

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเป็นทฤษฎีที่แสดงให้เห็นว่าประชาชนคือผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เมื่อประชาชนมาอยู่ร่วมกันจึงเกิดการกำหนดกฎเกณฑ์มาใช้บังคับในหมู่ประชาชนเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยและเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยจัดทำเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายซึ่งก่อตั้งโครงสร้างของสถาบันการเมือง ระบบการเมืองและระบบกฎหมาย เป็นสัญญาประชาคม

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีทั่วไปของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญพบว่ามีหลักคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่หลายทฤษฎี โดยเริ่มต้นจากการศึกษาความสำคัญของอำนาจอธิปไตยเพื่อพิจารณาผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศและกำหนดตัวผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคม สำหรับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยจัดทำรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม การกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดกฎหมายใดจะขัด

หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาการยกร่างรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ และเมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว การกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงเป็นการส่งเสริมให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตย เพราะประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดยประชาชน ประชาชนจึงต้องสำคัญที่สุดในทุกขั้นตอน เพื่อเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชน หลักทฤษฎีทั้งหลายที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 นี้ จึงเป็นหลักทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย



บทที่ 3

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมือง ที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งหากจะกล่าวว่ารัฐธรรมนูญคือหัวใจ และลมหายใจของระบบการเมืองและระบบกฎหมายของประเทศนั้น ก็คงไม่เป็นการกล่าวเกินความเป็นจริง เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นหัวใจและลมหายใจของประเทศแล้วย่อมหมายความว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นกฎเกณฑ์และกฎระเบียบของคนทั้งประเทศ ในการนำพาประเทศ สังคมและประชาชนไปสู่เป้าหมายอันพึงประสงค์ร่วมกัน การจัดทำรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นภารกิจที่สำคัญยิ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐธรรมนูญที่ดีในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงควรมาจากประชาชน เพื่อให้รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศนั้น เป็นรัฐธรรมนูญของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตามการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และหลักผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญคือประชาชน ใช้กระบวนการประชาธิปไตยทางตรงให้ประชาชนเข้าไปเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญเอง หรือการใช้กระบวนการประชาธิปไตยทางอ้อมที่ประชาชนเป็นผู้เลือกผู้แทนในการจัดตั้งเป็นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญหรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของประชาชนนั้น ความเป็นจริงในประวัติศาสตร์ การจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็ทำได้จัดทำโดยประชาชนตลอดทุกครั้งและทุกประเทศแต่อย่างใดไม่ หากแต่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะเป็นเช่นไร ย่อมขึ้นอยู่กับสภาพการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ในยุคสมัยนั้นด้วย ซึ่งพิจารณาได้จากวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศนั้นๆ อีกทั้งบางประเทศแม้จะได้มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำด้วยในยุคหนึ่งๆ แล้ว ในยุคต่อมารูปแบบการปกครองประเทศอาจเปลี่ยนไป จนส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ ดังจะเห็นได้ชัดเจนสำหรับ วัฏจักรการเมืองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่มีการหมุนเวียนเปลี่ยนรัฐธรรมนูญ และรูปแบบของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่แตกต่างไปในแต่ละยุคสมัย มีทั้งรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำโดยสภาแห่งชาติ กระบวนการจัดทำโดยกษัตริย์ กระบวนการจัดทำโดยกลุ่มอิทธิพลทางการเมือง กระบวนการจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ หรือในบางประเทศอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญครั้งเดียวนับแต่วันประกาศอิสรภาพ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน หรือกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติขององค์การ

สหประชาชาติที่มีอำนาจอยู่เหนือการปกครองของประเทศติมอร์-เลสเต ซึ่งการจะศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศดังกล่าวข้างต้นให้เข้าใจได้นั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศนั้นด้วย เพื่อให้ได้มาซึ่งเหตุผลและปัจจัยที่ก่อให้เกิดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในรูปแบบต่างๆ และนำมาพิจารณาว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยมากน้อยเพียงใด

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยต่างๆ ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต โดยมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

3.1 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส (ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกโดยย่อว่าประเทศฝรั่งเศส) มีรูปแบบที่หลากหลายผ่านวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศมาอย่างยาวนาน การจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นขึ้นจากอิทธิพลของทฤษฎีปัจเจกชนนิยมของ จอห์น ล็อก ที่มีแนวความคิดว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิตามธรรมชาติติดตัวมาแต่กำเนิด โดยไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอน หรือถูกยกเลิกเพิกถอนไม่ว่ากรณีใดๆ ได้ อันเป็นปรัชญากฎหมายธรรมชาติที่สำคัญในยุคก่อนการปฏิวัติ ค.ศ.1789 ในการที่ประชาชนชาวฝรั่งเศสใช้เรียกร้องสิทธิเสรีภาพจากการกดขี่ข่มเหงของฐานันดรชั้นสูง

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ถือว่าเป็นตัวเร่งให้แนวความคิดทฤษฎีปัจเจกชนนิยมของล็อกให้มีผลอย่างจริงจังในการปฏิวัติฝรั่งเศส ได้แก่ ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) โดยรูสโซเห็นว่า สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เป็นลักษณะตามธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้นเมื่อมนุษย์ได้สูญเสียเสรีภาพ และความเสมอภาคของตนไปจากการรวมตัวกันเป็นสังคม มนุษย์จึงต้องค้นหารูปแบบของการรวมตัวกันเป็นสังคมที่สามารถให้หลักประกันอย่างเพียงพอแก่สิทธิและเสรีภาพ รวมถึงความเสมอภาคที่เป็นสิทธิตามธรรมชาติของตน เพราะฉะนั้น มนุษย์จึงต้องทำสัญญาประชาคมระหว่างกันขึ้น และ “รัฐ” จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมี เพื่อทำหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นสิทธิตามกฎหมายที่ประชาชนทุกคนสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้อย่างเท่าเทียมกัน¹⁰⁴

นอกจากนี้ อีกหนึ่งนักปรัชญาสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนคือ มองเตสกีเออ นักปรัชญาที่มีแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจรัฐโดยการแบ่งแยกอำนาจรัฐที่ว่ารัฐบาลที่ดีจะต้องเป็นรัฐบาลที่ใช้อำนาจ โดยองค์กรแต่ละองค์กรที่ต่างกัน หากมีการ

¹⁰⁴ ดับเบิลยู ไพรินันท์, ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ แปลโดย พนัส ทัศนียานนท์, หน้า 26-27.

รวมอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการไว้ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียว เสรีภาพที่ไม่อาจมีขึ้นได้¹⁰⁵ ก็ทรงอิทธิพลต่อการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศฝรั่งเศสในยุคสมัยก่อนการปฏิวัติจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ¹⁰⁶

ด้วยแนวความคิดปัจเจกชนนิยม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ และแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมในฝรั่งเศสนี้เอง ที่มีอิทธิพลสำคัญในการก่อให้เกิดการปฏิวัติ ค.ศ.1789 เปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศฝรั่งเศสในยุคสมัยก่อนการปฏิวัติจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีอิทธิพลต่อคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศส จากระบอบเก่าไปสู่ระบอบใหม่ และเป็นจุดเริ่มต้นของการจัดทำรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศสโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้พัฒนามาเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในเวลาต่อมา

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 ประเทศฝรั่งเศสได้มีวิวัฒนาการทางการเมืองเป็นวัฏจักรเรื่อยมา กล่าวคือ เมื่อมีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองใน ค.ศ.1789 เป็นการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว ภายหลังได้เปลี่ยนแปลงการปกครองไปสู่ระบอบเผด็จการโดยอำนาจรวมศูนย์อยู่ที่คนเดียว และต่อมาเปลี่ยนกลับไปสู่การปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุข อำนาจอยู่ที่กษัตริย์ และเปลี่ยนกลับมาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย วนเวียนเป็นวัฏจักรอยู่เป็นระยะเวลานาน และด้วยวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญที่หลากหลาย ทั้งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตย กล่าวคือ เป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติแน่นอนชัดเจน มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร อันมีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศส เพื่อให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสทราบและเข้าใจว่ารัฐจะร่างรัฐธรรมนูญด้วยกระบวนการขั้นตอนใด และยังมีกระบวนการที่ให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้นจนกระทั่งประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หรือให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมบางส่วนบางตอน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการยอมรับในร่างรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศสเอง นอกจากนี้ในช่วงระยะเวลาบางยุคสมัยประเทศฝรั่งเศสยังมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยด้วย กล่าวคือ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่

¹⁰⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 1) วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 52.

¹⁰⁶ บุญศรี มีวงศ์โสม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 91.

ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำเลย ซึ่งจะปรากฏให้เห็นในยุคมัยที่ประเทศฝรั่งเศสกลับเข้าสู่การปกครองแบบเผด็จการ และการปกครองที่กษัตริย์เข้ามามีบทบาททางการเมือง

ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และศึกษาวิวัฒนาการทางการเมืองที่มีผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส โดยแยกเป็นยุคมัยเพื่อให้เกิดความเข้าใจง่ายต่อการศึกษา ดังนี้

3.1.1 สภาพสังคมและวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติ ค.ศ.1789

สมัยก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสดำเนินวิธีการปกครองในแบบระบอบเก่า กล่าวคือ กษัตริย์แห่งราชวงศ์บูร์บองของฝรั่งเศสทรงเป็นประมุขที่มีอำนาจสิทธิขาดตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาตั้งแต่ตอนปลายศตวรรษที่ 16 จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1789 ในฐานะที่ทรงเป็นเสมือนผู้แทนของพระเจ้าตามระบอบกษัตริย์แบบเทวสิทธิ์ หลักทฤษฎีนี้ถือว่าชาติเป็นเสมือนครอบครัวใหญ่มีกษัตริย์เป็นประมุขโดยพระเจ้าทรงเลือกตั้งหน้าที่ของกษัตริย์ ก็คือปกครองพลเมือง เช่นเดียวกับบิดาปกครองบุตร หน้าที่ของพลเมืองคือเชื่อฟังกษัตริย์ เช่นเดียวกับบุตรเชื่อฟังบิดามารดาของตน ถ้ากษัตริย์ทรงทำผิด กดขี่ ข่มเหง ทารุณ อยุติธรรม ก็ย่อมเป็นโทษร้ายของพลเมืองเอง พลเมืองไม่มีสิทธิอย่างใดที่จะเป็นกบฏต่อผู้ปกครองของตน เช่นเดียวกับบุตรที่ไม่ฟังคำสั่งบิดามารดาของตน¹⁰⁷ ฉะนั้น เมื่อพระเจ้าทรงมอบอำนาจให้กษัตริย์ปกครองในนามของพระองค์ การทำพิธีราชาภิเษกที่ เรียกว่า La ceremonie du Sacre ทำให้กษัตริย์ผู้ได้รับมอบอำนาจนี้จะต้องทรงเป็นที่เคารพเชื่อฟังของปวงชนทั่วไป ในฐานะของผู้แทนพระเจ้าและจะทรงรับผิดชอบในการกระทำต่างๆ ก็ต่อองค์พระเจ้าเท่านั้น¹⁰⁸ ลักษณะดังกล่าวเป็นการรวมศูนย์อำนาจทั้งหมดไว้ที่กษัตริย์เพียงผู้เดียว

ความจริงแล้วสภาพการปกครองแบบนี้เกิดขึ้นเพราะสิ่งแวดล้อมและความจำเป็นบังคับ ตั้งแต่ปลายสมัยกลางคือ ระหว่าง ค.ศ. 1336-1453 ได้เกิดมีสงครามระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศสที่เรียกว่าสงครามร้อยปี¹⁰⁹ ซึ่งเป็นสงครามที่พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 3 แห่งอังกฤษได้อ้างสิทธิในราชบัลลังก์ฝรั่งเศส แต่มิใช่สาเหตุเดียวเท่านั้น ยังมีสาเหตุในด้านการแข่งขันทางเศรษฐกิจ เรื่องการจับปลาในเขตทะเลเหนือ และช่องแคบอังกฤษระหว่างชนชาติอังกฤษกับฝรั่งเศส การรบครั้งนี้ทำให้ชาวฝรั่งเศสมีความรักชาติ และยกย่องกษัตริย์มาก และทำให้ชาวฝรั่งเศสตระหนักถึงความจำเป็นในการใช้จ่ายเงินเพื่อการสงครามครั้งนี้โดยยอมตกลงให้สภาฐานันดร (Estates General) ของประเทศฝรั่งเศสมีหน้าที่

¹⁰⁷ เจริญ ไชยชนะ, ประวัติศาสตร์สากล, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร: การพิมพ์ไชนาวัน, 2497), หน้า.750-751.

¹⁰⁸ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ. 1789-1848 (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2523), หน้า.2.

¹⁰⁹ ---, 2516 ("บันทึกประกอบคำบรรยาย วิชา มธ. 112 อารยธรรมยุคใหม่ (ภาคหนึ่งถึงภาคสี่)", หน้า.196.

ปฏิบัติตามคำสั่งของกษัตริย์ กล่าวคือ ยอมให้กษัตริย์ใช้เงินตามพระราชประสงค์ที่ขับไล่ชาวอังกฤษ โดยไม่มีข้อแม้แต่ประการใด ดังนั้น เมื่อสิ้นสงครามร้อยปี เท่ากับว่าสภานานดรยอมรับโดยปริยายไว้ล่วงหน้าแล้วว่ากษัตริย์มีอำนาจเก็บภาษีประชาชนทุกชนชั้นทุกปีเป็นการถาวร กษัตริย์ฝรั่งเศสไม่ต้องเรียกประชุมสภานานดรประจำเพื่อเก็บภาษีแต่ละครั้ง ผลทางการเมืองก็คือ ทำให้กษัตริย์ปกครองได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากผู้แทนปวงชน จึงทำให้สถาบันกษัตริย์ของประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะพัฒนาไปในทางมีอำนาจมากขึ้นจนกลายเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในที่สุด¹¹⁰

ดังจะเห็นได้ชัดเจนในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 นับว่าเป็นแบบฉบับของสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างแท้จริงทำให้กษัตริย์พระองค์อื่นเจริญรอยตาม พระองค์ตรัสเสมอว่า “L' Etat c'est moi” หมายความว่า รัฐคือตัวข้าพเจ้า พระองค์ทรงมีความคิดเห็นอยู่เสมอว่าพระองค์ทรงมีสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินและพลเมืองของรัฐ พลเมืองต้องเชื่อฟังคำสั่งของกษัตริย์โดยปราศจากข้อโต้แย้ง อำนาจอธิปไตยของพระองค์คือ สิ่งเดียวกับเจตจำนงของประชาชน ทรงได้รับเทวบัญชาให้มาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และอำนาจบริหารประเทศฝรั่งเศส¹¹¹

สภาพสังคมฝรั่งเศสในขณะนั้นประชาชนชาวฝรั่งเศสต่างเคารพเทิดทูน และเกรงกลัวอำนาจกษัตริย์ควบคู่กันไปกับพระราชประสงค์ของกษัตริย์ คือ กฎหมายของแผ่นดิน กษัตริย์ยังมีอำนาจในการตัดสินคดีความในเรื่องต่างๆ อาทิ การออกหมายจับกุม การจับคนมาคุมขังโดยพลการ ไม่จำเป็นต้องมีการไต่สวน “นานเท่าที่กษัตริย์พอพระทัย”¹¹² สร้างความหวาดกลัวและโกรธแค้นให้แก่ชาวฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก กระนั้นแม้กษัตริย์จะมีอำนาจมากเพียงใดกษัตริย์ยังคงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่สืบทอดต่อกันมาอย่างเคร่งครัดนั้นคือต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี¹¹³ อาทิ การสืบสันตติวงศ์ผู้สืบราชสมบัติต้องเป็นชายเท่านั้น เป็นต้น จะเห็นว่าแม้จะเกรงกลัวแต่ก็เกิดความไม่พอใจขึ้นบ้างแล้ว เริ่มเกิดการต่อต้านและเป็นอุปสรรคต่อกษัตริย์ในยุคสมัยดังกล่าว

นอกจากนี้สถาบันที่เป็นอุปสรรคขัดขวางพระราชอำนาจมากที่สุดอีกประการหนึ่ง คือ สภาลาเลอมองต์แห่งกรุงปารีส (Parlement de Paris) ซึ่งกษัตริย์สร้างมาเพื่อแบ่งเบาภาระในการปกครอง ได้พยายามที่จะมีอำนาจนอกเหนือจากการทำหน้าที่เป็นสภาตุลาการสูงสุด โดยการเข้ามา

¹¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 1) วิชาพัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ, หน้า 52.

¹¹¹ เจริญ ไชยชนะ, ประวัติศาสตร์กฎหมายสากล, หน้า 758.

¹¹² เจ.เอ็ม. ทอมป์สัน, ประวัติศาสตร์ยุโรป ค.ศ. 1494-ค.ศ. 1789 = Lectures on Foreign History 1494-1789, แปลโดย นันทา โชติกะพุกกะณะ และ นีออน สนิทวงศ์ ณ อยุธยา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2525), หน้า.250.

¹¹³ S.Goyard-Fabre et R. Seve, Les Questions De La Philosophie Du Droit (Paris: Press Universitaire de France, 1986). pp.72-74. ซึ่งอ้างคำพูดของ Maurice Hauriou นักกฎหมายมหาชนผู้มีชื่อเสียงของฝรั่งเศส อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 209 - 210.

ควบคุมการใช้อำนาจตามอำเภอใจของกษัตริย์ ดังเช่นที่สภานำนันดรเคยปฏิบัติมาก่อน อีกทั้งการปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ตรวจและลงทะเบียนพระราชโองการฉบับต่างๆ สภาลาเลอมองต์แห่งกรุงปารีสพยายามจำกัดพระราชอำนาจด้วยการใช้สิทธิทักท้วง และคัดค้านมาตรการบางอย่างที่เรียกว่า Le droit remontrance แต่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่ไม่จำเป็นต้องฟังคำคัดค้านของสภาเหล่านั้นก็ได้ พระองค์อาจทรงใช้พระราชอำนาจด้วยการเรียกประชุมสภาลาเลอมองต์ ที่เรียกว่า Le lit de justice อันเป็นการประชุมวิสามัญที่พระองค์ทรงเป็นประธาน และทรงบังคับให้สภาลาเลอมองต์แห่งกรุงปารีสปฏิบัติตามพระราชประสงค์โดยปราศจากข้อโต้แย้ง¹¹⁴

นอกเหนือจากพระราชอำนาจของกษัตริย์ที่มีอย่างเหลือล้นอันเป็นเหตุให้ชาวฝรั่งเศสไม่พอใจต่อผู้ปกครองแล้ว ระบบการเงินการคลังของประเทศก็ล้มเหลว อันเนื่องมาจากภาระค่าใช้จ่ายของกษัตริย์ในการบริหารประเทศ การทำนุบำรุงกองทัพ การเลี้ยงดูข้าราชการ ภาระหนี้ของรัฐที่กษัตริย์องค์ก่อนได้ทำไว้ รวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการทำสงคราม เป็นเหตุทำให้มีการเรียกเก็บภาษีเพิ่มขึ้น แต่นั่นยิ่งกลับเป็นการสุ่มเชื้อไฟเข้าไปในหมู่ประชาชนชาวฝรั่งเศส เพราะแทนที่กษัตริย์จะเรียกเก็บภาษีจากทุกชนชั้นหรือตามกำลังของแต่ละคนอย่างเท่าเทียม กลับมีการยกเว้นการเก็บภาษีในชนชั้นที่มั่งคั่ง ได้แก่ ชนชั้นพระและชนชั้นเจ้าและขุนนาง ทั้งนี้ชาวฝรั่งเศสที่ต้องรับภาระการเสียภาษีมากที่สุดคือ บรรดาชาวนา ซึ่งในเวลาต่อมาถือเป็นกลุ่มคนที่มีจำนวนมากที่สุดที่ลุกฮือกันขึ้นมาทำการปฏิวัติ

ปัญหาที่สำคัญที่สุดที่เป็นจุดเริ่มต้นของการลุกฮือทำการปฏิวัติระบอบกษัตริย์ คือปัญหาทางสังคม ชนชั้นทางสังคมฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติ ค.ศ.1789 ประกอบด้วย ชนชั้นพระ (Le Clerge) ชนชั้นขุนนาง (La Noblesse) ซึ่งเป็นพวกที่มีอภิสิทธิ์ กับ ชนชั้นสามัญ (Le tiers etat) ซึ่งเป็นพวกที่ไม่มีอภิสิทธิ์ใดๆ โดยคำว่า “อภิสิทธิ์” คือสิทธิพิเศษของคนบางกลุ่มที่จะกระทำการบางอย่างได้โดยที่คนกลุ่มอื่นกระทำมิได้ เช่น สิทธิที่จะเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียมตามระบบฟิวด์จากการเรียกเก็บภาษีจากการเช่าที่ดิน เพราะที่ดินส่วนใหญ่เป็นของขุนนางโดยชาวนาที่เช่าที่ดินจากขุนนางต้องจ่ายค่าเช่าที่ดินตามที่ได้ทำสัญญาไว้ โดยอาจจะจ่ายจากเงินหรือสิ่งของที่เป็นส่วนหนึ่งของผลิตผล อีกทั้งยังต้องถูกเกณฑ์แรงงานในที่ขุนนาง แต่ส่วนใหญ่ชาวนามักจะจ่ายภาษีเป็นเงินแทนการถูกเกณฑ์แรงงาน¹¹⁵ ส่งผลให้ชาวนาต้องประสบกับความยากลำบากเป็นอย่างมาก อีกทั้งสิทธิได้รับการยกเว้นจากการเสียภาษี สิทธิในการดำรงตำแหน่งสำคัญในทางราชการ เป็นต้น ดังมีรายละเอียดดังนี้¹¹⁶

¹¹⁴ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 2.

¹¹⁵ ขนาทิพย์ เกสวะวัฒนะ, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส) (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า.151.

¹¹⁶ ชยกร แก้วมาก "การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย" (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า.162

ชนชั้นที่หนึ่ง ชนชั้นพระ แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ พระสมณศักดิ์สูง (Le Haut Clerge) กับพระสมณศักดิ์ต่ำ (Le cure และ Le vicair) เป็นกลุ่มชนที่มั่งคั่งร่ำรวยที่สุด เนื่องจากเป็นเจ้าของที่ดินเพาะปลูกอันกว้างใหญ่ภายในประเทศ ทำให้มีรายได้โดยตรงจากที่ดินที่เป็นทรัพย์สินสมบัติของวัด ซึ่งเป็นที่ดินที่ได้รับการยกเว้นการถูกเรียกเก็บภาษีจากรัฐบาลด้วย อย่างไรก็ตามแท้จริงแล้วชนชั้นพระด้วยกันเองยังคงประสบกับปัญหาความเหลื่อมล้ำทางการแบ่งสรรทางรายได้จากที่ดินโดยพระสมณศักดิ์ต่ำส่วนใหญ่มีฐานะยากจน ด้วยเหตุนี้พระสมณศักดิ์ต่ำจึงต่างประสงค์ที่จะให้มีการยกเลิกอภิสิทธิ์ และต่างสนใจแนวความคิดเรื่องเสรีภาพและความเสมอภาคทั้งทางการเมืองและเศรษฐกิจ¹¹⁷ จนในที่สุดได้กลายเป็นพลังสำคัญที่ช่วยสนับสนุนชนชั้นสามัญชนทำการปฏิวัติ ค.ศ.1789 ได้สำเร็จในเวลาต่อมา

ชนชั้นที่สอง ชนชั้นขุนนาง แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ประกอบด้วย พวกขุนนางเก่าหรือขุนนางดาบ ที่มาจากตระกูลเก่าที่เป็นเชื้อพระวงศ์ของฝรั่งเศส 72 ตระกูล ที่เป็น เจ้าของที่ดินขนาดใหญ่คนสำคัญในตระกูลมักได้รับเกียรติจากราชสำนักให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาของกษัตริย์¹¹⁸ ส่วนพวกขุนนางใหม่หรือขุนนางเสื้อคลุม ที่มาจากตระกูลชนชั้นกลางที่มีฐานะดีมีการศึกษาสูงที่ประสงค์จะเลื่อนฐานะทางสังคมได้เข้ามาซื้อตำแหน่งราชการที่สำคัญๆ และไม่ว่าชนชั้นขุนนางประเภทใด ก็เป็นที่ชิงชังสำหรับพวกชนชั้นสามัญทั้งสิ้น

ชนชั้นที่สาม ชนชั้นสามัญ เป็นชนชั้นที่รองมาจากชนชั้นพระและขุนนาง ซึ่งเป็นชนชั้นส่วนใหญ่ของประเทศที่ปราศจากอภิสิทธิ์ มีการแบ่งออกเป็นหลายระดับด้วยกัน ดังนี้

ระดับแรก กลุ่มชนชั้นกลางระดับสูง ได้แก่ พ่อค้า นักธุรกิจ นายธนาคาร ที่มั่งคั่งร่ำรวยมักจะนิยมทุ่มเทเงินทองในการซื้อที่ดินและซื้อตำแหน่งราชการที่สืบทอดทางสายโลหิตเอาไว้ในครอบครอง มากกว่าที่จะเอาเงินทองมาทุ่มเทลงทุนทางธุรกิจให้เจริญเติบโตยิ่งขึ้น ลักษณะเช่นนี้มีผลทำให้สมาชิกของชนชั้นนี้กลายเป็นชนชั้นขุนนางไปในที่สุด¹¹⁹

ระดับสอง กลุ่มชนชั้นกลางระดับกลาง ได้แก่ ผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ นักกฎหมาย แพทย์ นักเขียน ถือเป็นพวกกลุ่มปัญญาชนที่ต่อต้านการปกครองระบอบเก่า (Ancien Regime) กล่าวคือพวกกลุ่มนี้ต้องการให้อภิสิทธิ์ของขุนนางหมดไปและพวกเขาเกิดความรู้สึกที่ไม่เท่าเทียมกันในการดำรงตำแหน่งระดับสูง ซึ่งสงวนไว้แต่เฉพาะชนชั้นขุนนางเท่านั้น กลุ่มชนชั้นกลางระดับกลางเหล่านี้มีบทบาทที่สำคัญในการปฏิวัติ ค.ศ.1789 เพราะนอกจากจะมีฐานะทางการเงินมั่นคงแล้ว ยังมี

¹¹⁷ ศรีสุข ทวีชาประสิทธิ์, ประวัติศาสตร์การเมืองยุโรป : จากกลางคริสต์ศตวรรษที่ 17 ถึงสิ้นคริสต์ศตวรรษที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า.221.

¹¹⁸ ชนาทิพย์ เกสรวัดนะ, ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส, หน้า 163.

¹¹⁹ Leonard W. Cowie, *Eighteenth -Century Europe* (London: G. Bell and Sons, Ltd., 1971),pp.51.อ้างถึงใน ศรีสุข ทวีชาประสิทธิ์, ประวัติศาสตร์การเมืองยุโรปจากกลางศตวรรษที่ 17 – สิ้นศตวรรษที่ 18, หน้า 215.

ความสามารถทางด้านความนึกคิดและสติปัญญามากกว่าพวกขุนนาง ชนชั้นนี้ยังอยู่ในฐานะเป็นผู้นำของพวกสามัญชนด้วยโดยมีชนชั้นชาวนาเป็นจำนวนมากให้การสนับสนุน¹²⁰

ระดับสุดท้าย กลุ่มชนชั้นกลางระดับต่ำ (La petite bourgeoisie) ได้แก่ คนงานในโรงงานอุตสาหกรรมที่มาทำงานรับจ้างให้แก่นายทุนในเมือง มักถูกนายจ้างเอาเปรียบอยู่เสมอ อีกทั้งค่าตอบแทนที่ได้รับอยู่ในอัตราที่ต่ำ ไม่มีสวัสดิการที่ดี ส่งผลให้คนงานส่วนใหญ่มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ย่ำแย่ ส่วนช่างฝีมือแม้จะมีการรวมกลุ่มเป็นสมาคมช่างฝีมือ (สมาคมกิลด์) ก็ตาม แต่อำนาจต่อรองยังมีไม่มาก และที่สำคัญการประท้วงด้วยการนัดหยุดงานของกลุ่มคนเหล่านี้ยังเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย อีกทั้งจำนวนก็ยังมีไม่มากพอที่จะรวมตัวประท้วงเป็นกลุ่มเป็นก้อนอย่างมีประสิทธิภาพได้ ครั้นมีการประท้วงขึ้นเนื่องจากไม่อาจทนต่อการบีบคั้นต่อไปได้ รัฐบาลก็มักปราบปรามอย่างทารุณทุกครั้งไป แต่ทั้งที่พวกตนไม่มีอำนาจต่อรองทางใดทางหนึ่งได้ กลุ่มคนเหล่านี้ในกรุงปารีสที่รวมตัวกันสนับสนุนการปฏิวัติก็ถือได้ว่าเป็นกลุ่มพลังกลุ่มหนึ่งที่มีบทบาทสำคัญในการช่วยทำให้การปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ประสบความสำเร็จด้วยเหมือนกัน¹²¹

กลุ่มชนชั้นกลางระดับต่ำยังรวมถึงชนชั้นชาวนาด้วย ซึ่งชนชั้นชาวนานับเป็นชนชั้นที่ถูกกดขี่ข่มเหงมากที่สุดจากระบบการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคม ที่ใช้ในสมัยก่อนการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 กล่าวคือ กลุ่มคนเหล่านี้ไม่ได้รับอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น อีกทั้งชาวนาในชนบทส่วนใหญ่ยังอยู่ในระบบเมตาเยซ (Metayage) เนื่องจากตนเองไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดิน ต้องเพาะปลูกในที่ดินของคนอื่น หรือเช่าที่ดินจากพวกขุนนาง ที่เรียกว่า พวกเมตาเย (Metayer) โดยเสียค่าเช่าที่ดินและนำผลผลิตทางการเกษตรไปให้เจ้าของที่ดินตามสัญญาที่ทำกันเอาไว้¹²² และต้องรับภาระในการเสียภาษีทั้งทางตรงและทางอ้อม นอกเหนือไปจากการถูกเกณฑ์แรงงานในยามที่สภาพอากาศไม่เอื้ออำนวย หรือในยามที่มีศึกสงคราม ชะตากรรมของชนชั้นชาวนายิ่งน่าสมเพชมากยิ่งขึ้นไปอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวนาที่มีบุตรหลายคนมักจะตกอยู่ในสภาพอดอยาก เพราะในยามปกติรายได้จากการเพาะปลูกในที่ดินที่เช่าก็มีอยู่อย่างจำกัด เมื่อหักค่าภาษีต่างๆ ออกไปก็แทบจะไม่เหลือพอเลี้ยงชีพ

จากสภาพการเมือง เศรษฐกิจและสังคมทั่วไปก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 จะเห็นได้ว่า สภาพบ้านเมืองของฝรั่งเศสในขณะนั้นอยู่ในสภาพที่แตกแยกไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กล่าวคือ สภาพการเมืองการปกครองไม่เป็นปึกแผ่น ทั้งที่รัฐบาลมีอำนาจในมือทุกอย่าง สภาพเศรษฐกิจที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนทั่วไปโดยเฉพาะคนจนที่ต้องรับภาระภาษีอย่างหนักแต่เพียงฝ่ายเดียว สภาพสังคมที่มีการแบ่งชนชั้นกันอย่างชัดเจน ชนชั้นพระ ชนชั้นขุนนาง ร่ำรวยมีอภิสิทธิ์

¹²⁰ ศรีสุข ทวีชาประสิทธิ์, ประวัติศาสตร์การเมืองยุโรปจากกลางศตวรรษที่ 17 - สิ้นศตวรรษที่ 18, หน้า 219.

¹²¹ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 - 1814, หน้า 13.

¹²² ทวีศักดิ์ ล้อมลิ้ม, ประวัติศาสตร์ยุโรปสมัยใหม่ ค.ศ. 1453 - 1804 (กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2542), หน้า 339.

มากมาย ในขณะที่คนส่วนใหญ่ยากจนและถูกกดขี่ ทั้งยังถูกกดขี่ด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่อภิสิทธิ์ชน หมุน้อยเป็นผู้ตั้งขึ้น สิ่งต่างๆ เหล่านี้นำไปสู่ความแตกแยกในประเทศฝรั่งเศส¹²³ ปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ ล้วนแต่สะท้อนให้เห็นว่าการรับรองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศสใน ขณะนั้นแทบจะไม่มีอยู่เลย ประชาชนถูกลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในทุกๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นทาง การเมือง เศรษฐกิจ และสังคมจนเป็นสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่การปฏิวัติใน ค.ศ.1789 ทั้งสิ้น

ปัญหาใหญ่ของสภาพสังคมและวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติ ค.ศ.1789 โดยสรุปก็คือ ปัญหาการใช้อำนาจเด็ดขาดของกษัตริย์ การใช้จ่ายฟุ่มเฟือย ระบบการเงินการคลังของประเทศล้มเหลวจากภาระหนี้และการศึกสงครามหลายต่อหลายครั้งที่ทำไปเพื่อผลประโยชน์ของราชวงศ์ ทั้งสงครามร้อยปี และสงครามสำคัญที่เกิดขึ้นในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 คือ สงครามสืบราชสมบัติโปแลนด์ (ค.ศ.1733 – 1738) และสงครามเจ็ดปี (ค.ศ.1756 - 1763) ที่ประเทศฝรั่งเศสพ่ายแพ้ต้องเสียอาณานิคมแคนาดาในอเมริกาและอาณานิคมอินเดียในทวีปเอเชียให้แก่อังกฤษ ตลอดจน สงครามที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าไปพัวพันในสงครามประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกันกับอังกฤษใน ค.ศ.1788 ในรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ปัญหาความไม่เสมอภาคในการจัดเก็บภาษีของรัฐ การกดขี่ข่มเหง และการที่ชนชั้นสามัญชนถูกเอารัดเอาเปรียบจากชนชั้นพระ และชนชั้นขุนนาง อันนำมาสู่ปัญหา ความเลื่อมล้ำในการแบ่งชนชั้นวรรณะ ปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นเชื้อไฟอันดีที่พร้อมจะปะทุให้เกิดการ แดกหักระหว่างชนชั้น และระหว่างผู้ปกครองคือกษัตริย์กับผู้ใต้ปกครองคือชนชั้นสามัญชน

ยุคการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ.1789 และยุคสาธารณรัฐที่ 1

3.1.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.2.1 วิวัฒนาการทางการเมือง

นอกจากสภาพปัญหาสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองในยุคสมัยก่อนการปฏิวัติ ที่ ก่อให้เกิดความระส่ำระสายในสังคม ในช่วงเวลาเดียวกันในประเทศอังกฤษก็มีความเคลื่อนไหวในเรื่อง การเรียกร้องสิทธิเสรีภาพกล่าวคือ รัฐสภาอังกฤษประสบความสำเร็จในการเรียกร้องสิทธิและอำนาจจาก กษัตริย์อังกฤษในศตวรรษที่ 17 พวกชนชั้นกลางของฝรั่งเศสซึ่งเป็นชนชั้นสำคัญที่ช่วยเกื้อหนุนรัฐบาล ทางด้านการเงินอยู่เป็นประจำ จึงมีความใฝ่ฝันที่จะมีโอกาสเข้าไปควบคุมการบริหารประเทศอย่างชนชั้น กลางของอังกฤษบ้าง ความใฝ่ฝันนี้มีได้เกิดขึ้นจากการถูกกดขี่ข่มเหง แต่เป็นความเปื้อนหายและไม่พอใจ ระบบการปกครองที่ขาดเสถียรภาพและไม่สอดคล้องต่อความต้องการของประเทศเกษตรกรรมอย่าง

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ฝรั่งเศส อีกทั้งกีดกันไม่ให้คนหนุ่มมากได้มีสิทธิมีเสียงในการบริหารประเทศบ้าง¹²⁴ ชนชั้นชาวนาที่ถูกกดขี่โดยขุนนางเริ่มเข้าไปร่วมกับชนชั้นกลางในการล้อมระบบการปกครองแบบเก่ามากขึ้น

สภาพเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศสเป็นอันต้องล้มละลายในที่สุด เมื่อรัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายไปกับการทำสงครามที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าไปมีส่วนร่วมในสงครามประกาศอิสรภาพของอเมริกาในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 แม้จะได้มีการปฏิรูปการคลังด้วยการตั้งระบบภาษีใหม่ก็ไม่อาจแก้ไขวิกฤติครั้งนี้ได้ พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 จึงทรงเรียกประชุม “สภาสามัญ”¹²⁵ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของ 3 ฐานันดร คือ ฐานันดรพระ ฐานันดรขุนนาง และฐานันดรที่สาม (ฐานันดรสามัญ) ตามคำเรียกร้องของชนชั้นขุนนาง ในวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ.1789 หลังจากที่มีได้มีการเรียกประชุมสภาดังกล่าวมาตั้งแต่ ค.ศ. 1614 เพื่อขอความเห็นและขอความเห็นชอบในการจัดเก็บภาษีเพิ่มขึ้น โดยในการเรียกประชุมดังกล่าว ฐานันดรพระ และฐานันดรขุนนางปฏิเสธที่จะเข้าร่วมประชุมกับฐานันดรที่สาม ดังนั้นในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 1789 ฐานันดรที่สามจึงประชุมกันเองและลงมติเปลี่ยนฐานันดรที่สามให้เป็น “สภาแห่งชาติ” (Assemblée Nationale) และลงมติว่าจะไม่จ่ายภาษีหากถูกแยกและยกเลิกอำนาจยับยั้งมติของกษัตริย์ ขุนนางบางกลุ่มซึ่งนำโดยราฟาแยตต์และพระส่วนใหญ่ที่ไม่เห็นด้วยกับระบบการปกครองของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้เข้าร่วมร่วมสนับสนุนฝ่ายผู้แทนชนชั้นกลาง และเมื่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 มีรับสั่งให้มีการกวาดล้างฝ่ายต่อต้าน สงครามกลางเมืองจึงเกิดขึ้น และนำไปสู่การปฏิวัติครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ใน ค.ศ.1789¹²⁶ เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ¹²⁷

เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1789 ฝ่ายต่อต้านได้เข้าโจมตีคุกบาสติล อันถือเป็นสัญลักษณ์การปกครองของกษัตริย์ เป็นเครื่องหมายที่แสดงถึงการกดขี่ทารุณโหดร้าย และใช้เป็นที่ยึดมั่นของผู้ที่บังอาจวิพากษ์วิจารณ์การบริหารของรัฐบาล¹²⁸ จากสภาพการณ์ดังกล่าวทุกคนชั้นต่างอยู่ในภาวะที่ลำบากและตกอยู่ในความหวาดกลัว โครงสร้างสังคมพินาศ และกลไกของรัฐในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้พังทลายลงอย่างสิ้นเชิง และต่อมาในวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ.1789 ได้มีการประกาศยกเลิกอภิสิทธิ์ต่างๆ ของฐานันดรพระ และฐานันดรขุนนาง ซึ่งเท่ากับว่าการปฏิวัติได้ดำเนินการสำเร็จแล้ว¹²⁹ ภายหลังจากนั้นสภาแห่งชาติได้กลับมาพิจารณาเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาว

¹²⁴ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 14.

¹²⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 258.

¹²⁶ สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์ และรุ่งพงษ์ ชัยนาม, เอกสารการสอนชุดวิชาการเมืองการปกครองในยุโรปและอเมริกาหน่วยที่ 10 : การเมืองการปกครองของฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531), หน้า.704.

¹²⁷ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 91.

¹²⁸ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 25.

¹²⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 258.

ฝรั่งเศสอย่างจริงจัง และในที่สุดได้มีการลงมติรับร่างคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองในวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1789 ซึ่งเป็นทั้งหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ความเท่าเทียมกันของประชาชนชาวฝรั่งเศส เป็นพื้นฐานของสังคมทุกชนชั้น และเป็นพื้นฐานของการจัดทำรัฐธรรมนูญให้มีความสอดคล้องและตั้งอยู่บนหลักการสำคัญ 17 มาตรา ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนดังกล่าว ดังการลงมติเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ที่ว่า “ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องนำบางมาตราของคำประกาศดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในอนาคตอีกด้วย”¹³⁰

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส สภาแห่งชาติได้แปลงสภาพตนเองให้เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศ คือรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศส โดยมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังนี้

3.1.2.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 สภาแห่งชาติซึ่งได้เปลี่ยนแปลงกลายมาเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักในการปกครองประเทศที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว นั้น เริ่มจากการรวมตัวกันของสมาชิกสภาฐานันดรสามัญชนในสภาฐานันดร ซึ่งเดิมทีสภาฐานันดรเป็นสภาที่มีอยู่ตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทำหน้าที่เสมือนเป็นที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ โดยพระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมสภาฐานันดรเมื่อเกิดปัญหาสำคัญขึ้นในบ้านเมือง หรือเมื่อต้องการขอความเห็นในข้อราชการ อย่างไรก็ตาม กติกาของการลงมติของสภาฐานันดรมีอยู่ว่า แต่ละฐานันดรสามารถมีสิทธิออกเสียงได้เพียงฐานันดรละ 1 เสียงเท่านั้น กติกาดังกล่าวสร้างความไม่พอใจให้แก่สมาชิกฐานันดรที่สาม (สามัญชน) เป็นอย่างมาก เนื่องจากสมาชิกฐานันดรสามัญชนเป็นตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศสกว่า 24 ล้านคน ซึ่งเป็นประชากรส่วนใหญ่ของประเทศ แต่กลับมีสิทธิออกเสียงเพียง 1 ใน 3 ของสภาฐานันดรเท่านั้น ดังนั้น เหล่าสมาชิกฐานันดรสามัญชนจึงตัดสินใจแยกตัวออกจากสภาฐานันดรแล้วรวมตัวกันเป็น “สมัชชาแห่งชาติ” (Assemblée Nationale) และในวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ.1789 สมัชชาแห่งชาติ และผู้แทนจากฐานันดรขุนนางและพระสงฆ์บางคนได้ร่วมกันก่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติขึ้น (Assemblée Nationale Constituante) แล้วจัดตั้งคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 30 คน

¹³⁰ สรภัทร สีระสาพร, "ความสำคัญของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสที่มีต่อบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า.40.

ร่วมกันร่างรัฐธรรมนูญขึ้น และประกาศใช้ในวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791¹³¹ แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีการลงประชามติ ไม่มีเปิดอภิปรายสาธารณะให้ประชาชนได้แสดงความคิดเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

3.1.2.3 บทวิเคราะห์

จากปัญหาทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจในช่วงก่อนการปฏิวัติต่อเนื่องสู่การปฏิวัติ ค.ศ.1789 วิกฤติการณ์ทางการเมืองของฝรั่งเศสเป็นตัวเร่งปฏิริยาให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสเรียกร้องสิทธิเสรีภาพจากกษัตริย์ และด้วยการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้เองที่ทำให้กลุ่มคนที่เป็นแกนนำต้องริบแรงในการดำเนินการต่างๆ ทั้งเรื่องการต้องเผชิญกับการกวาดล้างของระบอบการเมืองแบบเก่าจากฐานันดรขุนนาง ฐานันดรพระ และระบอบการปกครองแบบกษัตริย์ จึงทำให้ต้องมีการบูรณาการสภาพสังคม เศรษฐกิจและการเมืองไปพร้อมกันหลายๆ ด้าน ตลอดจนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย จึงทำให้สภาแห่งชาติเปลี่ยนแปลงตนเองกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญในทันที มิได้มีการเลือกตั้งผู้แทน หรือมีการสรรหาผู้แทนปวงชนกันใหม่แต่อย่างใด

สภาแห่งชาติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา จึงเป็นเพียงตัวแทนของประชาชนหรือของชนชาติฝรั่งเศสในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง การร่างคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ตลอดจนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และด้วยสภาพสังคมภายหลังการปฏิวัติที่เร่งรีบดังกล่าวจึงทำให้ไม่มีการนำร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำขึ้นไปให้ประชาชนลงประชามติ

อีกทั้งปัจจัยสำคัญที่ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นก็มิสาเหตุมาจากการร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้นำแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของ ซิเอเยส์ มาเป็นฐานในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 1 และมาตรา 2 ที่กล่าวว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่อาจแบ่งแยกได้ ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ และไม่อาจได้ไปโดยอภัยอายุความ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ส่วนหนึ่งส่วนใดของประชาชนหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่อาจนำเอาอำนาจอธิปไตยไปใช้ได้เอง ชาติเท่านั้นเป็นบ่อเกิดอำนาจทั้งปวง”¹³² จึงทำให้ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญในเวลานั้นคือตัวแทนของชาตินั้นคือ สภาแห่งชาติ หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญนั่นเอง

¹³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า. 40-41.

¹³² Gicquel (Jean) and et Gelard (Patrice) Hauriou (Andre), *Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*, 6 ed. (Paris: Montchrestien, 1975).อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, พัฒนาการกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2538), หน้า.69.

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 จึงไม่ได้เกิดขึ้นโดยประชาชนอย่างแท้จริง เพราะรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเกิดขึ้นมาโดยกลุ่มคนที่มีอำนาจและเป็นตัวแทนของชาติที่สืบทอดมาจากตัวแทนที่ถูกแต่งตั้งขึ้นในยุคสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยภายหลังกลุ่มคนเหล่านี้ได้ตั้งตนเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญใช้อำนาจที่เป็นตัวแทนชาติทำการจัดทำรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 30 คน ก็ถูกจัดตั้งขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเองมิได้มีการเลือกตั้งกันใหม่แต่อย่างใด แม้สภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้อ้างว่าเป็นตัวแทนของฐานันดรสามัญชน แต่ก็ไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งหมด หรือไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยที่ประชาชนเป็นผู้จัดทำขึ้นมา

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 ก็มีสภาพบังคับใช้ได้ไม่นาน เมื่อต่อมาสภาว่าการเมืองของฝรั่งเศสถูกเปลี่ยนชั่วคราว มีการจัดตั้งสภาคอนเวนชันที่ได้รับการเลือกตั้งขึ้นมาใหม่และมีกลุ่มอิทธิพลทางการเมืองหลายกลุ่ม เช่น พวกจิรองแดง พวกมองตาญยาร์ด และพวกจาโกแบง มีมติในการเปิดประชุมสภาครั้งแรกเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ.1792 ให้ยกเลิกสถาบันกษัตริย์ และสถาปนาระบอบสาธารณรัฐที่เป็นประชาธิปไตยขึ้นแทนเป็นสาธารณรัฐที่ 1 และทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป ตลอดจนการประหารชีวิตพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เมื่อวันที่ 21 กันยายน ในปีเดียวกัน¹³³

3.1.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.3.1 สภาว่าการเมือง

ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1792 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ไปเป็นการปกครองที่กษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ กษัตริย์ไม่ทรงมีอำนาจเด็ดขาดอีกต่อไป กษัตริย์มีฐานะเป็นเสมือนหนึ่งผู้แทนของประชาชนทั้งหมด โดยมีตำแหน่งใหม่เป็นกษัตริย์ของชาวฝรั่งเศสแทนตำแหน่งเดิม คือ กษัตริย์แห่งฝรั่งเศส และนอกจากนั้นกษัตริย์จะต้องทรงสัญญาว่าจะเคารพรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้กฎหมาย พระองค์ยังไม่ทรงมีสิทธิที่จะใช้จ่ายรายได้แผ่นดินตามพระทัยชอบอย่างอดีตอีกด้วย การใช้จ่ายใดๆ จะต้องอาศัยงบประมาณที่สภาเป็นผู้อนุมัติให้เป็นระยะเท่านั้น¹³⁴ ในท้ายที่สุดระบอบการเมืองการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1791 ต้องประสบความยุ่งยากเมื่อสถาบันกษัตริย์ไม่ยอมรับการจัดสรรอำนาจใหม่ และวางแผนการโค่นล้มปฏิวัติโดยอาศัย

¹³³ ชยกร แก้วมาก, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย”, หน้า 199

¹³⁴ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 30.

กำลังจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อื่นของยุโรป (เช่น ออสเตรเลีย ปรัสเซีย รัสเซีย ฯลฯ) วิฤทธิการณมีความรุนแรงขึ้นเมื่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 พยายามหลบหนีจากฝรั่งเศสแต่ถูกจับได้ที่เมือง วาเรนน์ (Varenes)¹³⁵ สร้างความไม่พอใจให้กับมวลชนอย่างมาก และภายหลังพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ถูกตัดสินประหารชีวิตด้วยกิโยตินในข้อหาที่ว่า เป็นกบฏต่อแผ่นดิน¹³⁶ นอกจากนี้การร่วมมือกัน ระหว่างฝ่ายรัฐสภากับฝ่ายบริหารของกษัตริย์ก็เป็นไปได้ยาก ปัญหาความไม่เสมอภาคในการเลือก ผู้แทนราษฎร ปัญหาการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 บัญญัติไว้ ว่าการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ภายใน 4 ปีแรกนับแต่วันประกาศใช้

ในที่สุดระบบดังกล่าวถึงคราวสิ้นสุดลงในวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ.1792 ด้วยการก่อตั้ง “คอมมูนที่เป็นปฏิปักษ์” ขึ้น และทำการหยุดใช้รัฐธรรมนูญ ระเบียบอำนาจของกษัตริย์ นอกจากนี้ก็ยังจัดให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ที่เรียกว่า “สภาคอนเวนชัน” สมาชิก สภาดังกล่าวได้รับการเลือกตั้งโดยวิธีการเลือกตั้งทางอ้อม การประชุมครั้งแรกของสภาดังกล่าวก็ได้มี มติที่ล้มเลิกระบอบกษัตริย์และก่อตั้งสาธารณรัฐขึ้นโดยรัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 21 กันยายน ค.ศ.1792 และได้มีการเปลี่ยนแปลงจากราชอาณาจักรมาเป็นสาธารณรัฐที่เป็นหนึ่งเดียวและแบ่งแยกมิได้ นอกจากนี้ยังมีภาระหน้าที่ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1793 ซึ่งเป็นฉบับที่กลุ่มการเมือง จาโกแบงมีอิทธิพลในการร่างเป็นอย่างมาก¹³⁷

3.1.3.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากการประหารชีวิตพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 และสภาคอนเวนชันได้ลงมติให้ มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 กลุ่ม การเมืองจาโกแบง (Jacobin) ซึ่งเป็นกลุ่มการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ.1789 ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อการร่าง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นอย่างมาก โดยกลุ่มการเมืองนี้เดิมทีเป็นกลุ่มการเมืองที่มีความคิดไปในทางปาน กลางไม่รุนแรง แต่ภายหลังที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 หลบหนี กลุ่มการเมืองดังกล่าวได้แบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายแรกฝ่ายปกป้องสถาบันกษัตริย์ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อีกฝ่ายเป็นฝ่ายที่นิยมการปกครองแบบ สาธารณรัฐ โดยในกลุ่มหลังเป็นกลุ่มที่มีอิทธิพลในสภาคอนเวนชันในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

หลังจากที่ได้มีการใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกมาได้ระยะหนึ่งก็ได้มีการเสนอให้ขอ แก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยสภาคอนเวนชันในสมัยนั้นก็ตกอยู่ภายใต้กลุ่มการเมืองจาโกแบง ต่อมาภายหลัง เมื่อกลุ่มการเมืองอีกกลุ่มหนึ่งคือ กลุ่มการเมืองจิรองแดงได้ถูกกลุ่มมองตาญยาร์ดซึ่งมีกลุ่มการเมือง

¹³⁵ ชยกร แก้วมาก, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย”, หน้า 198.

¹³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

¹³⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารวิชาการ ของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ สยามศิลป์การพิมพ์, 2543), หน้า.20-21.

จาโกแบงอยู่ด้วยโค่นล้มไป กลุ่มมองตาญยาร์ดีได้ทำการเสนอร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาภายในหนึ่งเดือนและได้เสนอให้สภาคอนเวนชันลงมติรับรองในวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 และสภาคอนเวนชันได้นำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปลงประชามติโดยประชาชนในวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ.1793 นับได้ว่าเป็นการลงประชามติครั้งแรกของประเทศฝรั่งเศสยุคใหม่¹³⁸ จึงอาจเรียกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้อีกชื่อหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญฉบับมองตาญยาร์ดี

3.1.3.3 บทวิเคราะห์

เมื่อสิ้นสุดระบบกษัตริย์และประเทศฝรั่งเศสสถาปนาตนจากราชอาณาจักรเป็นสาธารณรัฐแล้ว ประเทศฝรั่งเศสได้มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยในครั้งนี้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่การเลือกตั้งสภาคอนเวนชันหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม เป็นมุมมองอันให้เห็นว่ากลุ่มการเมืองและวิวัฒนาการทางการเมืองฝรั่งเศสในขณะนั้นได้หันมาให้ความสนใจในอำนาจของประชาชน ซึ่งจะเห็นได้จากการร่างรัฐธรรมนูญฉบับมองตาญยาร์ดีนี้ เนื้อหาของรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยอย่างเต็มที่กล่าวคือ ในการร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้ กลุ่มมองตาญยาร์ดีได้รับแนวความคิดของรุสโซที่เน้นเรื่องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพต่างๆ กล่าวคือในการร่างรัฐธรรมนูญได้มีการนำคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ทั้ง 17 มาตรามาใช้ในส่วนต้นของร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมดและได้รับการขยายเพิ่มเติมมากขึ้นทำให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น เนื่องจากให้ความสำคัญแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศส นอกจากนี้การร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลุ่มมองตาญยาร์ดียังได้เปลี่ยนหลักการที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมาเป็นอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน กำหนดให้ทฤษฎีการเลือกตั้งเป็นสิทธิมาใช้แทนการเลือกตั้งเป็นหน้าที่ นอกจากนี้ยังกำหนดหลักการอีกสี่หลัก คือ รับรองในเรื่องความเสมอภาค เสรีภาพ สิทธิในความมั่งคั่งของชีวิต สิทธิในทรัพย์สิน โดยมีข้อนำสังเกต คือ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้นำความเสมอภาคอยู่นำหน้าเสรีภาพ และมีการรับรองว่าทุกคนมีความเสมอภาคโดยธรรมชาติและตามกฎหมาย

กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงให้ความสำคัญต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก เมื่อกลุ่มมองตาญยาร์ดีได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วได้นำไปให้สภาคอนเวนชันลงมติรับรองอีกรอบหนึ่งเป็นการนำร่างรัฐธรรมนูญกลับไปให้ที่ประชุมให้คำรับรองทอดหนึ่งก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาให้ประชาชนลงประชามติซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นการลงประชามติในการรับร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสครั้งแรก และเป็นการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยให้เป็นผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญครั้งนี้ด้วย

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเริ่มมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ขึ้นครั้งแรก เป็นรัฐธรรมนูญที่มีค่าเป็นสัญญาประชาคมที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนชาวฝรั่งเศสในยุคนั้นอย่างแท้จริง นำมาสู่ข้อพิจารณาที่น่าสนใจว่าแม้รัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มการเมือง หรือถูกจัดทำขึ้นในสถานการณ์พิเศษในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจากราชอาณาจักรเป็นสาธารณรัฐก็ตาม กลุ่มการเมืองที่เป็นแกนนำในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ได้หวงกัอำนาจอย่างรัฐาธิปัตย์ในการรวบรวมอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญแต่เพียงกลุ่มเดียว การจัดทำรัฐธรรมนูญยังคำนึงถึงหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วยเห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนเท่านั้นที่ เป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเกิดเหตุการณ์ใดในสังคมการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำและให้ประชาชนรับรองรัฐธรรมนูญนั้น เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นเจตจำนงร่วมของประชาชนและเป็นสัญญาประชาคม

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่เคยได้รับการประกาศใช้อันเนื่องมาจากสภาวะบ้านเมืองในขณะนั้น เนื่องมาจากเหตุการณ์ทางการเมืองทั้งภายในและภายนอกประเทศ

3.1.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.4.1 สภาวการณ์ทางการเมือง และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

สภาคอนเวนชันที่ตั้งขึ้นได้กลายเป็นศูนย์กลางของอำนาจบริหารประเทศแบบเผด็จการ มีการก่อตั้งรัฐบาลปฏิวัติขึ้น รวมทั้งมีกลุ่มการเมืองที่เรียกว่าคณะกรรมกรความปลอดภัยมหาชน ซึ่งมาจากกลุ่มที่นิยมความรุนแรงในฝ่ายปฏิวัติใช้วิธีการเผด็จการในการปกครองบ้านเมือง ยกเลิกสิทธิเสรีภาพของมหาชนทั้งหมด และประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1793 รัฐบาลคณะปฏิวัติได้ทำให้ประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคสมัยแห่งความหวาดกลัวภายใต้การนำของโรเบสปีแอร์ ประเทศฝรั่งเศสถูกปกครองโดยรัฐบาลคณะปฏิวัติอยู่นานถึง 3 ปี และสิ้นสุดลงเมื่อสภาคอนเวนชันได้สำเร็จโทษโรเบสปีแอร์และยึดอำนาจกลับคืนมา หลังจากนั้นสภาคอนเวนชันได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดใหม่ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่¹³⁹ คือ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวข้างต้นมีแนวคิดต่อต้านระบบกษัตริย์และพวกกลุ่มการเมืองจาโกแบง รวมทั้งกลุ่มเผด็จการของคณะกรรมการความปลอดภัยมหาชนด้วย รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นโดยสภาคอนเวนชั่น เมื่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นที่เรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวได้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้สภาคอนเวนชั่นลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญ และเมื่อสภาคอนเวนชั่นได้ลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวในวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795 คณะกรรมการดังกล่าวได้นำร่างรัฐธรรมนูญไปทำการลงประชามติในเดือนกันยายนถัดมา

3.1.4.2 บทวิเคราะห์

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นภายใต้สภาวะการณ์ทางการเมืองที่ประเทศฝรั่งเศสมีรัฐบาลเผด็จการ เป็นเหตุทำให้สภาคอนเวนชั่นไม่สามารถประกาศใช้รัฐธรรมนูญมองตาญยาร์ดได้ ต่อมาเมื่อสภาคอนเวนชั่นได้สำเร็จโทษผู้นำคณะเผด็จการลงแล้ว คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งจากสภาคอนเวนชั่นได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นโดยประชาชน คณะกรรมการใช้อำนาจตามที่สภาคอนเวนชั่นมอบหมายในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อสุดท้ายร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยสภาคอนเวนชั่น และได้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญมาทำการลงประชามติโดยประชาชนก็ถือได้ว่าประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความเป็นประชาธิปไตยอย่างเต็มถ้อยคำ เนื่องด้วยการลงประชามติดังกล่าวโดยประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมในการเลือกสรรผู้แทนของตนหรือแสดงความคิดเห็นในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเลย การจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นเพียงรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมืองเท่านั้นยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม ค.ศ.1795 ได้สิ้นสุดลงเมื่อเกิดการก่อจลาจลขึ้นอันเนื่องมาจากระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา (ในเวลานั้นมีสองสภาคือ สภาห้าร้อย มีสมาชิกจำนวน 500 คน และสภาผู้เฒ่า มีสมาชิกจำนวน 250 คน) สภาคอนเวนชั่นได้แต่งตั้งกองกำลังทหารเพื่อปราบปรามการจลาจลภายใต้การอำนวยการของ นโปเลียน โบนาปาร์ต จนประสบชัยชนะ¹⁴⁰ อย่างไรก็ตามปัญหาความขัดแย้งได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องจนในที่สุด นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้ทำการรัฐประหาร และเปลี่ยนระบบการปกครองขึ้นใหม่ซึ่งเรียกว่าระบบกงสุล ใน ค.ศ. 1799 นับเป็นการสิ้นสุดสมัยสาธารณรัฐที่ 1

¹⁴⁰ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 74.

จะสังเกตได้ว่านับตั้งแต่มีการปฏิวัติ ค.ศ.1789 จนถึง ค.ศ.1799 ประเทศฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการทางการเมืองและรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญที่หลากหลาย ในช่วงที่มีการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพเพื่อองฟู้ง การจัดทำรัฐธรรมนูญก็จะมีแบบแต่งตั้งหรือเลือกตั้งบ้างตามแต่เหตุการณ์ในสภาวะเช่นนั้นจะเอื้ออำนวย ดังจะเห็นได้จากการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 ที่แม้จะเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปฏิวัติที่เรียกร้องสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนชาวฝรั่งเศส แต่เมื่ออุดมการณ์ทางการเมืองและกรอบแนวคิดทางการเมืองเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติมีบทบาทต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็หยุดอยู่เพียงสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นตัวแทนของชาติเท่านั้น ประชาชนไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อเกิดความขัดแย้งทางการเมืองและการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกประสบปัญหา ก่อให้เกิดการจัดตั้งสภาคอนเวนชันขึ้น และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 โดยกลุ่มอิทธิพลทางการเมือง กลุ่มการเมืองดังกล่าวก็ยังให้ความสนใจต่อการมีส่วนร่วมทางการเมืองและการจัดทำรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสของประชาชนดังจะเห็นได้จากในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในครั้งนั้น ประชาชนได้เข้ามา มีบทบาทสำคัญตั้งแต่มีสิทธิเลือกตั้งสภาคอนเวนชันทางอ้อม และเมื่อกลุ่มมองตาญยาร์ดร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วก็ได้นำร่างรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนลงประชามติ ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เริ่มมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ได้รับความยินยอมจากประชาชนและมีลักษณะเป็นประชาธิปไตยครั้งแรกของประเทศฝรั่งเศส เมื่อการเมืองฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงอีกครั้งและมีการจัดตั้งรัฐบาลเผด็จการ สภาคอนเวนชันจึงต้องทำหน้าที่จัดระเบียบประเทศอีกครั้งโดยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 ที่มีได้ประกาศใช้ แต่เมื่อเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองดังกล่าวกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก็กลับเข้าสู่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยอีกครั้ง

ยุคจักรวรรดิ

3.1.5 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ.1799 และวิวัฒนาการทางการเมืองในยุคจักรวรรดิ

ภายหลังการสิ้นสุดสาธารณรัฐที่ 1 นโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoleon Bonaparte) ได้เข้ามา มีอำนาจใน ค.ศ.1799 และทำการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1795 และแต่งตั้งให้ซีเอเยส์ (Sieyes) เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่¹⁴¹ และได้มีการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1799

¹⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า.94.

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีลักษณะที่สั้น (short) และไม่แจ้งชัด (obscure) เป็นรัฐธรรมนูญที่จัดระเบียบการปกครองในระบอบเผด็จการ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้รับอิทธิพลจาก นโปเลียนเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จาก การยื่นหยัดในการรวมอำนาจไว้ที่คณะบริหารที่มีความเข้มแข็ง ในรูปของคณะกงสุล (Consuls) ประกอบด้วย กงสุล 3 คน โดยกงสุลคนแรกจะมีอำนาจมากกว่าอีก 2 คน โดยมีนโปเลียนเป็นกงสุลที่ 1 มีอำนาจตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียว ส่วนกงสุลที่ 2 และที่ 3 ทำหน้าที่เป็นเพียงที่ปรึกษาเท่านั้น นโปเลียนยังอนุญาตให้มีสภาต่างๆ เช่น สภานิติบัญญัติ สภาตุลาการ และวุฒิสภา โดยนโปเลียนเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งจะดำรงตำแหน่งตลอดชีพ ทำหน้าที่ในการเลือกสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภาตุลาการจากรายชื่อผู้แทนแห่งชาติ นอกจากองค์กรทั้งสามแล้ว ยังมีอีกองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่เสนอร่างกฎหมาย คือ สภาแห่งรัฐ

เป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ไม่มีคำประกาศรับรองสิทธิและเสรีภาพใดๆ ทั้งสิ้น มีแต่เพียงบางมาตราในหมวดที่ 7 ที่รับประกันถึงการละเมิดมิได้ในเคหสถาน เสรีภาพของปัจเจกชน สิทธิในการร้องทุกข์ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการรับประกันการเพิกถอนมิได้ในการขายทรัพย์สินของชาติและการคงไว้ซึ่งบทบัญญัติต่อต้านผู้อพยพ จะสังเกตได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึง เสรีภาพ เสมอภาคและภราดรภาพไว้เลย ทำให้ในปี ค.ศ. 1802 ยังคงมีการใช้ระบบทาสและการค้าขายทาสในดินแดนอาณานิคมฝรั่งเศส¹⁴²

จนกระทั่ง ค.ศ.1802 นโปเลียนได้รับการแต่งตั้งจากวุฒิสภาให้เป็นกงสุลตลอดชีวิต และใน ค.ศ.1804 ได้มีการลงประชามติเปลี่ยนแบบระบอบกงสุลเป็นแบบจักรวรรดิ โดยมีกษัตริย์สืบสันตติวงศ์ และ นโปเลียน โบนาปาร์ต ได้รับการสถาปนาเป็นจักรพรรดินโปเลียนที่ 1 ซึ่งปกครองประเทศไปจนถึง ค.ศ.1814 ทำให้ฝรั่งเศสกลับเข้าสู่สภาพการปกครองที่อำนาจสูงสุดทางการเมืองรวมอยู่ที่จักรพรรดิแต่เพียงผู้เดียว มีลักษณะเป็นเผด็จการโดยคนๆ เดียว และในฐานะที่จักรพรรดินโปเลียนได้นำสันติภาพกลับคืนมาสู่ยุโรป และสร้างเสถียรภาพทางการเมืองขึ้นในฝรั่งเศส พร้อมทั้งวางรากฐานระบบการบริหารประเทศ ความยุติธรรม และการคลังขึ้นมาใหม่ให้มีความมั่นคงมากขึ้น เกียรติภูมิและความเป็นที่นิยมซึ่งจักรพรรดินโปเลียนมีอยู่มากเป็นทุนเดิมอยู่แล้วนับวันก็มีแต่จะสูงส่งยิ่งขึ้นเรื่อยๆ จนอาจกล่าวได้ว่าแทบจะไม่มีชาวฝรั่งเศสวิพากษ์วิจารณ์การบริหารประเทศของนโปเลียนเลย¹⁴³

อย่างไรก็ดี ร่างรัฐธรรมนูญฉบับเผด็จการที่ได้ร่างขึ้นในสมัยที่จักรพรรดินโปเลียนมีอำนาจอยู่นั้น ได้ใช้คำว่า “Republique” (สาธารณรัฐ) อยู่ตลอดเวลา ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติ รูปแบบการปกครองจะมีลักษณะเป็นจักรวรรดิก็ตามที ทั้งนี้สืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่าจักรพรรดินโปเลียนมี

¹⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

¹⁴³ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 103.

ความรังเกียจระบอบเก่า (Ancien Regime) คือ ราชาธิปไตย แต่ยกย่องระบอบสาธารณรัฐ ประชาธิปไตย และจากหลักฐานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่ง หรือ รูปแบบการปกครองในระดับต่างๆ ยืนยันว่า โดยส่วนตัวนั้นจักรพรรดินโปเลียนไม่มีความเชื่อในเรื่อง “เสรีภาพ” โดยเฉพาะเสรีภาพในการ อภิปรายทางการเมืองในรัฐสภา ตรงกันข้ามนโปเลียนเชื่อว่าการปกครองประเทศอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็วจำเป็นต้องใช้ระบบเผด็จการ ซึ่งความเชื่อนี้ได้ กลายเป็นแนวคิดปรัชญาทางการเมืองที่เรียกว่า ระบบโบนาปาร์ต (Bonapartisme) ที่ยังมีอิทธิพล ต่อสังคมการเมืองฝรั่งเศสมาจนถึงปัจจุบัน¹⁴⁴

ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคจักรวรรดิที่ 1 นี้ อยู่ที่ผู้ปกครองเพียงผู้เดียว คือ จักรพรรดินโปเลียน โดยไม่มีการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง หรือกระบวนการจัดทำ รัฐธรรมนูญเลย เนื่องจากมีการปกครองในระบบเผด็จการ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงไม่ จำเป็นต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมแต่อย่างใด กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคจักรวรรดิที่ 1 นี้ จึงไม่เป็นประชาธิปไตย

ยุคอาณาจักรที่ 1 ได้สิ้นสุดลง เมื่อจักรพรรดินโปเลียนพ่ายแพ้สงครามแก่ฝ่ายสัมพันธมิตรที่ วอเตอร์ลู (Waterloo) จักรพรรดินโปเลียนจึงต้องอพยพลี้ภัยไปอยู่ที่เกาะ Saint Helena และได้สละ ราชบัลลังก์ในวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ.1815

สรุป จากที่ได้ศึกษาวิวัฒนาการทางการเมืองของฝรั่งเศสตั้งแต่ยุคปฏิวัติมาจนถึงยุค จักรวรรดิจะเห็นได้ว่าพัฒนาการแนวความคิดทางการเมืองการปกครองฝรั่งเศสในช่วงดังกล่าวมีการ เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาตั้งแต่อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เปลี่ยนแปลงมาเป็นอำนาจอธิปไตยเป็น ของประชาชน มีรัฐบาลเผด็จการ และมีการรัฐประหารกลับไปปกครองในระบบเผด็จการ วิวัฒนาการทางการเมืองเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในแต่ละยุคสมัยอย่าง เด่นชัด แม้ประชาชนชาวฝรั่งเศสจะเรียกร้องการปกครองในระบบประชาธิปไตยเพียงใด ประเทศ ฝรั่งเศสก็ไม่อาจกล่าวได้โดยชัดเจนว่ามีการปกครองในระบบประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์นั้นเป็น เพราะรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นลมหายใจและโครงสร้างของประเทศยังไม่ได้เกิดขึ้นโดยประชาชนอย่าง แท้จริง ช่วงเวลาระหว่าง ค.ศ.1789 – ค.ศ.1814 จึงถือได้ว่าเป็นช่วงเวลาของการผันแปรของ แนวความคิดทางประชาธิปไตยที่เริ่มต้นด้วยระบอบประชาธิปไตยที่มีความเสมอภาคกันมากที่สุด แล้ว ผันแปรไปเป็นระบอบเผด็จการอย่างเป็นระบบมากที่สุด¹⁴⁵

¹⁴⁴ สุรพล ราชภัณฑารักษ์, การเมืองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523), หน้า.25.

¹⁴⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 259.

ยุคแห่งการฟื้นฟู

3.1.6 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.6.1 วิวัฒนาการทางการเมืองและการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์

ภายหลังการพ่ายแพ้ของจักรพรรดินโปเลียนต่อฝ่ายสัมพันธมิตรใน ค.ศ.1814 พระอนุชาของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้รับการสถาปนาขึ้นเป็นพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 กษัตริย์แห่งฝรั่งเศส โดยมีระบอบการปกครองแบบมีรัฐสภา¹⁴⁶ ยุคแห่งการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์เริ่มต้นใน ค.ศ.1814 โดยกำหนดให้มีการรื้อฟื้นระบอบกษัตริย์ขึ้นมาใหม่ หรือที่เรียกว่า “ยุคแห่งการฟื้นฟูราชวงศ์บูร์บง”¹⁴⁷ แต่ระบอบกษัตริย์ที่ได้ฟื้นฟูนี้มีใช้กษัตริย์ในระบอบเก่า แต่เป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ มีการนำระบบรัฐสภามาใช้ในฝรั่งเศส นับว่าเป็นยุคจุดกำเนิดของระบบรัฐสภาในประเทศฝรั่งเศส

นับตั้งแต่ ค.ศ.1814 เป็นต้นมา ประเทศฝรั่งเศสมีการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ขึ้นมาใหม่หรือที่เรียกว่า la Restauration¹⁴⁸ การเมืองการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 นั้น ได้กำหนดรูปแบบการปกครองแบบมีกษัตริย์และมีรัฐสภา รัฐสภาประกอบด้วยสองสภา คือ สภาผู้แทน ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้งจากจังหวัดต่างๆ มีวาระคราวละ 5 ปี และสภาปารีส ประกอบด้วยสมาชิกที่แต่งตั้งโดย พระมหากษัตริย์ โดยอยู่ในตำแหน่งตลอดชีวิตและสืบทอดให้ทายาทได้ ในระบอบดังกล่าวกษัตริย์นับว่ามีอำนาจมาก กล่าวคือ พระองค์ทรงมีส่วนร่วมในการออกกฎหมาย ทรงแต่งตั้งรัฐมนตรีจากสมาชิกสภา เปิดและปิดการประชุมสภาและยุบสภาได้ และที่สำคัญ คือ ในระบอบดังกล่าวนี้ คณะรัฐมนตรีไม่ต้องรับผิดชอบต่อสภา

3.1.6.2 ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

นับตั้งแต่มีการรื้อฟื้นระบอบการปกครองแบบมีกษัตริย์กลับมาอีกครั้ง พระเจ้าหลุยส์ที่ 18 ได้ขึ้นครองราชย์ และพระราชทานประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 ขึ้นโดยไม่ผ่านกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างใดๆ พระองค์ทรงเรียกว่า Charter โดยมีได้ใช้คำว่า Constitutional เหมือนรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ และมีลักษณะที่มอบอำนาจให้แก่สถาบันกษัตริย์เป็นอย่างมากกว่าอำนาจของกษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1791 ผู้มีอำนาจในการ

¹⁴⁶ สมชาย ภคภาสนวิวัฒน์ และรุ่งพงษ์ ชัยนาม, เอกสารการสอนชุดวิชาการเมืองการปกครองในยุโรปและอเมริกาหน่วยที่ 10 : การเมืองการปกครองของฝรั่งเศส, หน้า.706-707.

¹⁴⁷ ชยกร แก้วมาก, “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย”, หน้า 204.

¹⁴⁸ เอี่ยม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ.1789 – 1814, หน้า 149.

จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 จึงอยู่ที่พระราชอำนาจของพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 แต่เพียงพระองค์เดียว

โดยรัฐธรรมนูญกำหนดว่า “กษัตริย์มีความศักดิ์สิทธิ์และจะถูกล่วงละเมิดมิได้” และยืนยันว่า อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นของกษัตริย์เท่านั้น รวมทั้งกษัตริย์เพียงพระองค์เดียวเท่านั้น ที่มีอำนาจเสนอกฎหมายและอำนาจในการยุบสภาได้ตามความประสงค์¹⁴⁹ อย่างไรก็ตาม อำนาจของกษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ไม่ถึงกับว่ากษัตริย์ทรงมีอำนาจเด็ดขาดอย่างสมบูรณ์ตามทฤษฎีราชาธิราชย์ จนนักวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายท่านยกรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญระบบผสม คือ ระหว่างระบบกษัตริย์นิยมอย่างมีขอบเขต (la monarchie limitee) กับระบบรัฐสภาอังกฤษ (la regime parlementaire)¹⁵⁰ อีกทั้งยังรับรองหลักเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์โดยปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้กล่าวว่ารัฐธรรมนูญได้รับการพระราชทานมาจากกษัตริย์¹⁵¹ ให้แก่ประชาชนของพระองค์ และเป็นไปโดยพระราชอำนาจอันเป็นอำนาจอธิปไตยของพระองค์เอง แสดงว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ไม่ได้เป็นของชาติหรือของประชาชนดังรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ¹⁵²

การปกครองในยุคพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 มีลักษณะหวนกลับไปสู่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งสร้างความไม่พอใจแก่ชนชั้นกลางเป็นอย่างมาก แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยก็ตาม¹⁵³ อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดีด้วยลักษณะท่าทีประนีประนอมทำให้พระเจ้าหลุยส์ที่ 18 สามารถประคับประคองอำนาจของตนไปได้ตลอดจนพระองค์สิ้นพระชนม์ และพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ขึ้นครองราชย์ พระองค์ได้ดำเนินนโยบายเด็ดขาดและต้องการฟื้นฟูอำนาจพระมหากษัตริย์ดังเช่นในอดีต ความไม่พอใจของชนชั้นกลางจึงนำไปสู่การปฏิวัติอีกครั้งใน ค.ศ.1830 อันเป็นผลให้พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ต้องเสด็จลี้ภัยออกนอกประเทศ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

3.1.6.3 บทวิเคราะห์

เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ดังคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ทำให้กระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นโดยกษัตริย์ คือ พระเจ้าหลุยส์ที่ 18 แต่เพียงพระองค์เดียว ประชาชนมิได้มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเลย ประชาชนเป็นเพียงคนของแผ่นดินมิใช่เป็นพลเมือง

¹⁴⁹ Roger Price, *A Concise History of France* (London: Cambridge University Press, 1993), หน้า.157.

¹⁵⁰ สุรพล ราชภัฏชารักษ์, *การเมืองฝรั่งเศส*, หน้า 26 – 27.

¹⁵¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*, หน้า 86.

¹⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 151.

ของประเทศ วิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสกลับสู่ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นเจ้าของอำนาจอีกครั้ง

3.1.7 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1830 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.7.1 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองของราชวงศ์โอเลอ็อง และวิวัฒนาการทางการเมือง

ภายหลังจากการสวรรคตของพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 เสด็จขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ.1824 สืบต่อมา การปกครองของประเทศฝรั่งเศสในยุคนี้จึงยังเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1827 ฝ่ายเสรีนิยมเป็นฝ่ายที่มีเสียงข้างมากในสภา ได้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองขึ้น ต่อมาในวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1830 ก็ได้มีการเลือกตั้งอีก ผลปรากฏว่าฝ่ายเสรีนิยมมีเสียงข้างมากในสภาเช่นเดิม ทำให้พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 ทรงเห็นว่ากลุ่มดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์กับการดำเนินการทางการเมืองของพระองค์ ความตั้งใจที่จะรวมอำนาจเด็ดขาดให้กับฝ่ายที่นิยมกษัตริย์ของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 10 จึงไม่สมประสงค์ พระองค์จึงตัดสินใจยกเลิกการเลือกตั้งและเสรีภาพในการพิมพ์ ยุบสภาผู้แทนราษฎร การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่ชาวปารีสเป็นอย่างมาก และเกิดการจลาจลขึ้นที่ปารีสซึ่งถูกเรียกในภายหลังว่า “การปฏิวัติ ค.ศ. 1830” ท้ายที่สุดทำให้พระเจ้าชาร์ลส์ต้องลี้ภัยไปประเทศอังกฤษ และทรงสละราชสมบัติในวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1830

หลังเหตุการณ์ปฏิวัติ ค.ศ.1830 ฝ่ายผู้แทนราษฎรเกรงว่าจะมีการนำระบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยมาใช้จึงได้มีการเชิญดยุกแห่งราชวงศ์โอเลอ็องมาเป็นกษัตริย์โดยชื่อว่าพระเจ้าหลุยส์ฟิลิปภายใต้การปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งชาวฝรั่งเศสเรียกยุคดังกล่าวว่ายุค Monarchie de Juillet และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นในปี ค.ศ. 1830 โดยได้พยายามแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1814 ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีการแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 อยู่หลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องของอำนาจอธิปไตยและการกำเนิดของรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1830 นี้ โดยแก้ไขในคำปรารภว่า “รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้รับพระราชทานมาจากกษัตริย์แต่ได้รับการยอมรับจากกษัตริย์แทน หลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาแล้ว”¹⁵⁴ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าอำนาจอธิปไตยนั้นมาจากผู้แทนของชาติ

¹⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

3.1.7.2 บทวิเคราะห์

การฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ในช่วงที่สองนี้ ได้รับแนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติกลับมาใช้เป็นกรอบในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ซึ่งเป็นไปตามแนวความคิดเรื่องสัญญาประชาคมของล็อค และ รุสโซ ที่ว่ากษัตริย์ไม่ได้เป็นกษัตริย์ของประเทศฝรั่งเศสอีกต่อไป แต่เป็นกษัตริย์ของประชาชนชาวฝรั่งเศสอันมีลักษณะเป็นการตกลงเกี่ยวกับการปกครองว่าทั้งสองฝ่ายยินดีที่จะให้ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ปกครองและอีกฝ่ายยินดีที่จะเป็นผู้อยู่ใต้การปกครอง

เมื่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้แนวความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติแล้ว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงกลับไปสู่สภาพผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้แทนของชาติในเวลานั้นแทนฉากเช่นเดียวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศฝรั่งเศส การจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคแห่งการฟื้นฟูในช่วงที่สองนี้ จึงยังไม่ใช่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1830 ไม่ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวฝรั่งเศสเท่าที่ควร ทั้งเรื่องการประชุมการรวมตัวเป็นสมาคม การจำกัดสิทธิเสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ ระบบการเลือกตั้งไม่มีความเท่าเทียมและเสมอภาคกัน ทั้งนี้โดยการพิจารณาจากคุณสมบัติของบุคคล ซึ่งทำให้ชนชั้นกรรมาชีพที่มีอยู่เป็นจำนวนมากในสังคมไม่มีสิทธิเลือกตั้งดังกล่าว และยังได้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางของกลุ่มบุคคลดังกล่าวอีกด้วย

ต่อมาหลักการเกี่ยวกับเสรีนิยมที่มีข้อจำกัดในเรื่องสิทธิในการลงคะแนนเสียง กลายเป็นการเพิ่มความไม่พอใจแก่ประชาชนมากขึ้น ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1848 พวกปฏิวัติได้ก่อการปฏิวัติขึ้น เพื่อเรียกร้องให้มีการยอมรับกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น การปฏิวัติ ค.ศ.1848 นับเป็นการกลับมาอีกครั้งของการเรียกร้องหลักการที่มีความเสมอภาคกันในสังคม แสดงให้เห็นถึงชัยชนะของระบอบประชาธิปไตยและความเสมอภาคกันในสังคมที่เป็นเจตนาเริ่มแรกของการปฏิวัติ ค.ศ.1789 อีกครั้ง การปฏิวัตินี้ถือเป็นการปิดฉากยุค Monarchie de Juillet¹⁵⁵ ระบบการปกครองที่กษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญได้สิ้นสุดลง และประเทศฝรั่งเศสได้กลับไปสู่ยุคสาธารณรัฐอีกครั้ง¹⁵⁶

การกลับคืนสู่อำนาจของกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญทำให้ยุคแห่งการฟื้นฟูในช่วงแรก ค.ศ.1814 – ค.ศ.1848 อำนาจรวมไว้ที่กษัตริย์แต่เพียงพระองค์เดียวสะท้อนจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ.1814 ที่กำหนดว่ารัฐธรรมนูญได้มาจากกษัตริย์ และอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยดังกล่าวไม่มีความเป็น

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

¹⁵⁶ สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์, รุ่งพงษ์ ชัยนาม, เอกสารการสอนชุดวิชาการเมืองการปกครองในยุโรปและอเมริกาหนวยที่ 10 : การเมืองการปกครองของฝรั่งเศส, หน้า 708 - 709.

ประชาธิปไตย ตลอดจนเมื่อมีการฟื้นฟูราชวงศ์โอเลออง ในยุคแห่งการฟื้นฟูช่วงที่สอง ค.ศ.1830 - ค.ศ.1848 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ยังไม่มีความเป็นประชาธิปไตยแต่อย่างใด เพราะอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ที่ผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนของชาติ ตามแนวความคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติซึ่งเป็นกรอบความคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยดังกล่าว การจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคแห่งการฟื้นฟูทั้งสองช่วงจึงไม่มีช่วงใดที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยเลย

ทั้งนี้ในทางการเมืองการปกครองและวิวัฒนาการทางการเมืองในยุคสมัยแห่งการฟื้นฟูนี้ นำพาประเทศฝรั่งเศสให้ก้าวเข้าสู่ระบบการปกครองที่มีการจัดองค์กรตามระบบรัฐสภาตามแบบอย่างของระบบรัฐสภาของสหราชอาณาจักรที่ใช้ระบอบกษัตริย์ที่มีพระราชอำนาจจำกัด เป็นช่วงเวลาของการถือกำเนิดของระบบรัฐสภานิยมในฝรั่งเศส¹⁵⁷

ยุคสาธารณรัฐที่ 2

3.1.8 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.8.1 วิวัฒนาการทางการเมือง

พระเจ้าหลุยส์ฟิลลิปทรงปกครองประเทศฝรั่งเศสภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1830 ไปจนถึงต้นค.ศ. 1848 ประเทศฝรั่งเศสได้เกิดสงครามกลางเมืองที่รุนแรงและกระจายไปทั่วประเทศในลักษณะคล้ายกับสภาพการเกิดสงครามกลางเมืองเมื่อคราวปฏิวัติใหญ่ในค.ศ. 1789 ทั้งนี้เป็นผลมาจากความก้าวหน้าทางด้านอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีสมัยใหม่ ประกอบกับพัฒนาการของแนวความคิดสังคมนิยมในหมู่ชนชั้นกรรมาชีพ และนักวิชาการชาวฝรั่งเศสได้บีบบังคับให้สังคมนิยมฝรั่งเศสยอมรับเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งชนชั้นผู้ใช้แรงงาน ซึ่งเป็นพลเมืองส่วนใหญ่ในเมืองต้องการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากฝ่ายนายทุนเจ้าของโรงงานในสัดส่วนที่เป็นธรรมยิ่งขึ้นตามสิทธิมนุษยชนอันพึงได้ ฝ่ายสังคมนิยมซึ่งได้รับกำลังสนับสนุนจากกรรมกรตามเมืองสำคัญจึงได้ร่วมมือกับฝ่ายซ้ายที่นิยมสาธารณรัฐ (Republicains de gauche) หรือพวก Radicaux จับอาวุธขึ้นต่อสู้แย่งชิงอำนาจรัฐจากชนชั้นกลางที่จำต้องร่วมมือกับฝ่ายกษัตริย์และฝ่ายศาสนจักรทำให้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นและทวีความรุนแรงมากขึ้น จนระหว่างวันที่ 23-24 กุมภาพันธ์ 1848 ปารีสกลายเป็นเมืองร้าง มีการปะทะกันประปรายตามถนน สถาบันทางการเมืองต่างๆ หมดอำนาจลงโดยปริยาย เพราะอำนาจสั่งการของรัฐบาลพระเจ้าหลุยส์ฟิลลิปหยุดชะงักลง และไม่มีสถาบันทางการเมืองใดรับผิดชอบอำนาจรัฐ

¹⁵⁷ ชาลส์ แซงส์คักต์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 266.

ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถเอาชนะกันได้เด็ดขาด จึงได้เสนอให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้น โดยกำหนดให้มีการนำระบบการออกเสียงเลือกตั้งทางตรงมาใช้ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นจำนวน 900 คน และเมื่อรัฐธรรมนูญร่างเสร็จแล้วได้ถูกประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 เมื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติมอบอำนาจการปกครองชั่วคราวให้แก่ นายพลกาเวญัค (Le General Cavaignac) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายขวาให้มีอำนาจเด็ดขาดและปกครองประเทศในลักษณะเผด็จการ ทั้งนี้เพื่อควบคุมไม่ให้ฝ่ายสังคมนิยมกลับมาใช้อำนาจอีก ดังนั้นภายหลังจากมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รูปแบบการปกครองของฝรั่งเศสจึงไม่ได้เป็นไปตามแนวทางของสังคมนิยม แต่ได้เปลี่ยนรูปแบบการปกครองจากระบบรัฐสภาแบบอังกฤษเป็นระบบประธานาธิบดีแบบสหรัฐอเมริกา คือ มีประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้ง ทำหน้าที่เป็นประมุขของประเทศ และเป็นหัวหน้ารัฐบาลทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ โดยมีสภาทำหน้าที่ออกกฎหมายและควบคุมการบริหารประเทศของรัฐบาล

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ถูกประกาศใช้เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 1848 กำหนดให้มีรูปแบบการปกครองเป็นแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย จัดระบบการปกครองเป็นระบบประธานาธิบดีแบบสหรัฐอเมริกา ตามแนวคิดของ Alexis de Tocqueville ในหนังสือเรื่อง De la Democratie en Amerique กล่าวคือ ให้มีการเลือกตั้งตำแหน่งประธานาธิบดีโดยตรง ซึ่งจะเป็นผู้ทำหน้าที่เป็นประมุขของประเทศ และเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อสภา และประธานาธิบดีของประเทศฝรั่งเศสคนแรกคือ หลุยส์ โปเลียน โบนาปาร์ต ซึ่งเป็นหลานชายของจักรพรรดินโปเลียน

สำหรับอำนาจนิติบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติให้มีเพียงสภาเดียว ประกอบด้วยสมาชิก 750 คน อยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี ทำหน้าที่ในการออกกฎหมายและควบคุมการบริหารงานของคณะรัฐมนตรีแต่ไม่อาจควบคุมประธานาธิบดีได้ โดยสภาไม่มีอำนาจถอดถอนประธานาธิบดี และประธานาธิบดีก็ไม่มีอำนาจยุบสภา สมาชิกรัฐสภามาจากการเลือกตั้งทั่วไปซึ่งจำกัดเฉพาะประชาชนเพศชายเท่านั้นที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง¹⁵⁸

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังได้ฟื้นฟูหลักการที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1791 อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติได้รับการนำมาบัญญัติอีกครั้ง การแบ่งแยกอำนาจ คือ เงื่อนไขอันแรกของการปกครองที่เป็นอิสระ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ก็ได้รับการยอมรับโดยปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ

¹⁵⁸ อภิญา แก้วกำเหนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 129 – 130.

3.1.8.2 กระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ¹⁵⁹

รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 เป็นรัฐธรรมนูญที่ทำให้ประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 2 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถูกร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเรียกว่า “สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ” (Assemblée Nationale Constituante) ซึ่งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ส่วนกติกาการเลือกตั้งและเรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาตินั้นถูกกำหนดโดยรัฐกำหนดลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ.1848 ซึ่งบัญญัติว่า

(1) ต้องจัดให้มีการเลือกตั้งในวันที่ 9 เมษายน ค.ศ.1848 และให้ใช้เขตมณฑลเป็นเขตเลือกตั้ง ส่วนเรื่องผู้แทนในแต่ละมณฑลนั้นให้คำนวณผู้แทนจากสัดส่วนของจำนวนประชากรในมณฑลนั้นๆ ซึ่งรวมแล้วให้มีผู้แทนทั้งหมด 900 คน ทั้งนี้ในจำนวนผู้แทน 900 คนนี้ ให้รวมถึงผู้แทนจากรัฐอัลจีเรีย และรวมถึงรัฐอาณานิคมอื่นๆ ของประเทศฝรั่งเศสด้วย นั้นหมายความว่าประเทศฝรั่งเศสให้รัฐอัลจีเรียและประเทศอาณานิคมของฝรั่งเศสมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญด้วย (ทั้งนี้ผลการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติปรากฏว่าฝ่ายนิยมกษัตริย์ได้รับเลือกเข้ามาถึง 700 คน ส่วนฝ่ายก้าวหน้าหรือฝ่ายซ้ายนิยม สังคมนิยมได้รับเลือกเพียง 200 คนเท่านั้น)

(2) ผู้แทนจะต้องเป็นผู้ที่ชนะการเลือกตั้งในมณฑลนั้นๆ และต้องเป็นผู้ที่ได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2,000 เสียง กล่าวคือ ถ้าหากผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดได้คะแนนเสียงไม่ถึง 2,000 เสียง แม้จะเป็นผู้ที่ได้คะแนนเสียงมากเป็นอันดับ 1 ในมณฑลนั้นๆ ก็ไม่ถือว่าได้รับเลือกตั้งเป็นผู้แทน

(3) ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติเปิดประชุมวันแรกในวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 1848

วิธีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติในช่วงก้าวเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 2 นี้ นับเป็นต้นแบบของวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติในยุคต่อมา เพราะรัฐธรรมนูญที่ร่างในช่วงเปลี่ยนผ่านเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 3 และยุคสาธารณรัฐที่ 4 นั้น ก็ใช้วิธีการเลือกตั้งแบบใช้เขตมณฑลเป็นเขตเลือกตั้งอย่างนี้เช่นกัน

3.1.8.3 บทวิเคราะห์

แม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ มิให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนเพื่อให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจทั้งหมดของประเทศก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อมี

¹⁵⁹ บารัคดี อูรรณณ และ ชงพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสพการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 41-

วัตถุประสงค์ที่จะจำกัดอำนาจของระบอบเก่าคือระบอบกษัตริย์ให้หมดไปอย่างสิ้นเชิง และเปลี่ยนประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศฝรั่งเศสให้เข้าสู่การปกครองระบอบสาธารณรัฐ

แต่อย่างไรก็ตามประเทศฝรั่งเศสในยุคสาธารณรัฐที่ 2 นี้ กลับนำกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงซึ่งให้อำนาจแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศสมาใช้ในการเลือกสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ เสมือนหนึ่งสภาว่างรัฐธรรมนูญเป็นตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศส เมื่อสภาว่างรัฐธรรมนูญได้ถูกเลือกตั้งขึ้นโดยประชาชนชาวฝรั่งเศส สภาว่างรัฐธรรมนูญจึงเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อสภาว่างรัฐธรรมนูญได้รับการเลือกตั้งเข้าไปหากปรับเข้ากับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของซีเอเย่ส์ ดังปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว สภาว่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะไม่มีความสัมพันธ์กับประชาชนอีก ทั้งนี้เพราะผู้แทนที่ประชาชนเลือกนั้นกลายเป็นผู้แทนของชาติไปแล้ว ผู้แทนสามารถกระทำแทนชาติได้เต็มที่ สภาว่างรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจอย่างเต็มที่ในการเลือกรูปแบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยที่ประชาชนไม่สามารถโต้แย้งใดๆ ได้ เพราะประชาชนได้มอบอำนาจอธิปไตยให้เป็นของชาติแล้ว ดังนั้นในการร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่ปรากฏว่าสภาว่างรัฐธรรมนูญนำร่างรัฐธรรมนูญมาขอความเห็นหรือทำการลงประชามติก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 ได้ถูกจัดทำขึ้นภายใต้บริบทสังคมในยุคเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยในรูปแบบสาธารณรัฐ ซึ่งเปรียบได้กับเกิดการปฏิวัติทางการเมืองการปกครองอีกครั้ง การปฏิวัติในตอนต้นนั้นแม้จะไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองให้เป็นประชาธิปไตยก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญได้ถูกจัดทำขึ้นและได้กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเปลี่ยนรูปแบบรัฐเป็นสาธารณรัฐแล้วย่อมสะท้อนให้เห็นว่าเป็นการปฏิวัติที่เปลี่ยนรูปแบบการปกครองให้สอดคล้องต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการคำนึงถึงการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน การเลือกตั้งผู้แทนเป็นสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ได้ชื่อว่าเป็นการนำรูปแบบการเลือกตั้งแบบประชาธิปไตยทางตรงมาใช้ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและเมื่อสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญได้ทำการร่างรัฐธรรมนูญแทนประชาชนชาวฝรั่งเศสก็ถือได้ว่าประชาชนชาวฝรั่งเศสได้ใช้กระบวนการประชาธิปไตยทางอ้อมในการร่างเป็นรัฐธรรมนูญแล้ว จึงพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย และมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยแล้ว

ยุคจักรวรรดิที่ 2

3.1.9 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1852 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.9.1 การรัฐประหารของหลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่หลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต ได้รับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีคนแรกของประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1851 หลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต ต้องการขยายระยะเวลาการดำรงตำแหน่งซึ่งกำหนดไว้เพียง 4 ปีออกไปอีก ดังนั้นหลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต จึงได้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 แต่ปรากฏว่าไม่ได้รับการสนองตอบ หนทางสุดท้าย หลุยส์โปเลียน โบนาปาร์ต ได้ตัดสินใจก่อการรัฐประหารรัฐบาลตนเอง เพื่อขอจัดอำนาจรัฐสภา และได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 2 โดยการอ้างเหตุผลว่าสภาผู้แทนราษฎรได้ปฏิเสธที่จะยกเลิกกฎหมายเลือกตั้ง ค.ศ.1850 และทำการยุบสภาผู้แทนราษฎรโดยออกรัฐกฤษฎีกาในวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ.1851 พร้อมกับได้ยกเลิกกฎหมายเลือกตั้ง ค.ศ.1850 และคณะรัฐประหารได้ยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ถูกประกาศเป็นรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1852

รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1852 ได้ให้ความสำคัญและให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีและรัฐบาลอย่างมากโดยมีสาระสำคัญดังนี้¹⁶⁰

(1) ประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ และดำรงตำแหน่งหัวหน้าฝ่ายบริหาร อยู่ในตำแหน่งคราวละ 10 ปี

(2) คณะรัฐมนตรีขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี และในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

(3) สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นที่ปรึกษากฎหมายแห่งรัฐ ทำหน้าที่เตรียมร่างกฎหมาย และให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมายสู่สภา

(4) รัฐสภาประกอบด้วย 2 สภา คือ¹⁶¹

ก. สภาอาวุโส (Senat) ประกอบด้วยสมาชิกที่ประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของประเทศแต่งตั้งดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต สภาอาวุโสนี้มีอำนาจมากกว่าสภาผู้แทนราษฎร โดยมีอำนาจที่จะพิจารณาว่ากฎหมายที่สภานิติบัญญัติลงมติให้ใช้แล้วนั้นเหมาะสมแก่กาลสมัยหรือไม่ และมี

¹⁶⁰ อภิญา แก้วกำเนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 123 – 134.

¹⁶¹ สุวัฒน์ เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา, “สภาสูงในบางประเทศ” (วิทยานิพนธ์ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต, คณะรัฐศาสตร์ หลักสูตรชั้นปริญญาโท ภาค 2, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2498), หน้า.104.

อำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้โดยความเห็นชอบร่วมกันกับฝ่ายบริหาร รวมทั้งกฎหมายทุกฉบับที่จะประกาศใช้จะต้องนำเสนอให้สภาอาวุโสพิจารณา ก่อน แต่อย่างไรก็ดีสภาอาวุโสไม่มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจของรัฐบาลที่มีสภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) ทำหน้าที่นี้อยู่

ข. สภานิติบัญญัติ (Chambre Legislative) ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากการลงประชามติ มีหน้าที่เพียงออกเสียงรับรองกฎหมายที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) เสนอมาเท่านั้น และในทางปฏิบัติสภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถควบคุมรัฐบาลได้

โดยสรุปแล้วจะเห็นว่าประธานาธิบดีหลุยส์โบเลียน ซึ่งเป็นประมุขของประเทศในขณะนั้น มีอำนาจเด็ดขาดในลักษณะเผด็จการเช่นเดียวกับสมัยนโปเลียน โบนาปาร์ต ซึ่งใช้อำนาจเผด็จการในสมัยที่ดำรงตำแหน่งกงสุลคนที่หนึ่งระหว่างปี ค.ศ. 1799-ค.ศ. 1804 อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจประธานาธิบดีหลุยส์โบเลียน ซึ่งใช้อำนาจเผด็จการปกครองประเทศฝรั่งเศสระหว่างปี ค.ศ.1852 - ค.ศ. 1870 รวมเวลา 18 ปี นั้น นิยมที่จะเป็นจักรพรรดิมากกว่าที่จะดำรงตำแหน่งในฐานะประธานาธิบดี ฉะนั้นรูปแบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศสในระยะดังกล่าวจึงถูกจัดเป็นสมัยจักรวรรดิที่ 2 โดยที่จักรพรรดิหลุยส์โบเลียน หรือจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ปกครองประเทศ ด้วยอำนาจเด็ดขาดตลอดมาจนถึง ค.ศ. 1860 จักรวรรดิที่ 2 ก็เริ่มประสบปัญหาทั้งทางด้านเศรษฐกิจ นโยบายต่างประเทศในเรื่องการตั้งกำแพงภาษีสินค้าต่างประเทศ และความขัดแย้งในเรื่องอำนาจรัฐระหว่างจักรพรรดิกับศาสนจักรคาทอลิก ซึ่งล้วนเป็นปัญหาสร้างศัตรูภายนอกและบั่นทอนเสถียรภาพทางการเมืองภายในขององค์จักรพรรดิทั้งสิ้น ในระหว่าง ค.ศ. 1860-ค.ศ. 1870 จึงเป็นสมัยที่จักรวรรดิที่ 2 ดำเนินไปอย่างไม่มั่นคง ในช่วงเวลานั้น จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 จึงได้ตัดสินใจเลือกดำเนินนโยบายเสรีประชาธิปไตยแทนการปกครองด้วยอำนาจเผด็จการ ได้มีการเปลี่ยนแปลงในการใช้อำนาจรัฐโดยการสนับสนุนให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่มีอำนาจอย่างแท้จริงในช่วงต้นสมัยจักรวรรดิที่ 2 กลับมามีอำนาจในการอภิปรายและซักฟอกรัฐมนตรี ตลอดจนลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจในตัวรัฐมนตรีได้

แต่เหตุการณ์ภายนอกประเทศในช่วงปลายสมัยจักรวรรดิที่ 2 ได้บั่นทอนเสถียรภาพทางการเมืองของจักรพรรดิให้แย่ลงอีก นับตั้งแต่กองทัพฝรั่งเศสแพ้สงครามในเม็กซิโกเมื่อ ค.ศ. 1867 และสัมพันธภาพระหว่างฝรั่งเศสกับเยอรมันก็เลวร้ายลงจนมีการทำสงครามกันในเวลาต่อมา จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 พยายามแก้ไขสถานการณ์โดยการให้อำนาจเต็มที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ให้อำนาจในการเสนอกฎหมายซึ่งในสมัยก่อนเป็นอำนาจของ Conseil d' Etat และให้อำนาจลงมติเกี่ยวกับร่างกฎหมายอย่างละเอียด และในที่สุดก็อนุญาตให้สมาชิกรัฐสภาสามารถดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีได้ อันแสดงถึงการยินยอมให้เข้าร่วมบริหารประเทศนั่นเอง

3.1.9.2 บทวิเคราะห์

ในทางปฏิบัติ แม้ระบอบการปกครองในสมัยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 จะมีลักษณะเหมือนมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีการตั้งคณะรัฐมนตรี มีการจัดตั้งรัฐสภา และสภาแห่งรัฐ แต่แท้จริงแล้วจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้สงวนอำนาจทั้งหมดไว้ที่ตนแต่เพียงพระองค์เดียว การจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยนี้จึงวนกลับมาสู่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นเผด็จการอีกครั้งหนึ่ง

รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ.1852 ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งแรก เมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1852 โดยเปลี่ยนระบอบการปกครองจากสาธารณรัฐเป็นจักรวรรดิ และเมื่อเกิดเหตุการณ์ต่างๆ ภายนอกประเทศ เมื่อจักรพรรดิเสื่อมความนิยมลงและได้รับการกดดันจากกลุ่มพลังฝ่ายค้านมากขึ้น ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ.1870 โดยหวนกลับไปใช้ระบบรัฐสภานิยม กล่าวคือ สภาอาวุโสสูญเสียอำนาจในการตรารัฐธรรมนูญโดยกลายเป็นเพียงสภาที่สอง ส่วนสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเพิ่มขึ้น คณะรัฐมนตรีก็ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา¹⁶² โดยจักรพรรดิก็ดทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะขอให้ประชาชนลงมติสนับสนุนตนเองต่อไปได้ แต่ในท้ายที่สุดในตอนปลายของยุคจักรวรรดิที่ 2 กองทัพฝรั่งเศสซึ่งนำทัพโดยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 แพ้สงครามแกเยอรมัน จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ถูกรัฐสภาบีบบังคับให้ประกาศยอมแพ้แกเยอรมัน ซึ่งเป็นการบังคับให้จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ต้องออกจากอำนาจรัฐโดยปริยาย จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ประกาศยอมรับความพ่ายแพ้แกเยอรมันเมื่อวันที่ 4 กันยายน ค.ศ.1870 และถือเป็นการสิ้นสุดยุคจักรวรรดิที่ 2 อย่างสิ้นเชิง

ในช่วงสมัยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 นั้น ประเทศฝรั่งเศสมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 เองก็ได้ดำเนินการปฏิรูปทางสังคมและให้เสรีภาพแก่ชนชั้นกรรมมาชีพมากขึ้น จึงนับว่าเป็นช่วงที่การเมืองภายในมีความสงบพอสมควร อย่างไรก็ตาม จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้ดำเนินนโยบายต่างประเทศด้วยการนำประเทศเข้าสู่สงครามกับ เยอรมันและประสบความพ่ายแพ้ จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ถูกจับเป็นเชลยและถูกเนรเทศไปอยู่อังกฤษจนสวรรคตในอีกสามปีต่อมา แต่ส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคนี้ ไม่มีความเป็นประชาธิปไตยเนื่องด้วยจักรพรรดินโปเลียนเลือกรูปแบบการปกครองในระบอบเผด็จการเป็นเหตุให้ประชาชนไม่มีสิทธิในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ประการใด

ภายหลังความพ่ายแพ้แกเยอรมันแล้ว ประเทศฝรั่งเศสได้มีการสถาปนาระบอบสาธารณรัฐขึ้นใหม่ ซึ่งถือเป็นการสถาปนาสาธารณรัฐที่ 3 ในวันที่ 4 กันยายน ค.ศ.1870 และได้มีการจัดตั้งสภาแห่งชาติ โดยสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง ตลอดจนมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

¹⁶² ชาลส์ แซงส์คักต์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 271.

ยุคสาธารณรัฐที่ 3

3.1.10 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1875 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.10.1 วิวัฒนาการทางการเมือง และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาแห่งชาติ

หลังจากประเทศฝรั่งเศสพ่ายแพ้สงครามต่อประเทศเยอรมันในค.ศ. 1870 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราวขึ้น และถือเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยใหม่ โดยเรียกรัฐบาลชั่วคราวในขณะนั้นว่า “รัฐบาลของสภาแห่งชาติ” (ค.ศ. 1871 – 1875) โดยพิจารณาเป็นช่วงระยะเวลาได้ดังนี้¹⁶³

1. รัฐบาลชั่วคราวเพื่อการป้องกันชาติ (ค.ศ.1870 - 1871)

รัฐบาลชั่วคราวโดยพฤตินัยยังคงทำสงครามกับเยอรมันต่อไป จนกระทั่งมีการสงบศึกกันในปี ค.ศ.1871 จึงได้มีการจัดให้มีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรขึ้น

2. สภาแห่งชาติและนายตีแยร์ผู้นำรัฐบาล (ค.ศ.1871 - 1873)

สภาแห่งชาติลงมติมอบหมายให้นายตีแยร์ (Thiers) เป็นผู้นำฝ่ายบริหาร แต่ความสัมพันธ์ระหว่างสภาแห่งชาติกับนายตีแยร์ เป็นไปอย่างตึงเครียด นายตีแยร์จึงลาออกในปี ค.ศ. 1873 ซึ่งสภาแห่งชาติได้ยอมรับการลาออกและได้มีมติเลือกจอมพล มัค มา-อง (Mac Mahon) เป็นประธานาธิบดีชั่วคราว

3. การดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของมัค มา-อง (ค.ศ.1873 - 1875)

สภาแห่งชาติได้ออกกฎหมายมอบอำนาจทางบริหารให้แก่จอมพล มัค มา-อง เป็นเวลา 7 ปี โดยให้ใช้อำนาจดังกล่าวพร้อมกับตำแหน่งประธานาธิบดี ซึ่งเท่ากับเป็นการมอบอำนาจและตำแหน่งดังกล่าวให้แก่ มัค มา-อง เป็นการเฉพาะตัว

ในระหว่างนั้นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในสภาแห่งชาติ แบ่งออกเป็นสองฝ่ายที่มีคะแนนเสียงก้ำกึ่งกัน ฝ่ายหนึ่งสนับสนุนให้มีการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ อีกฝ่ายหนึ่งสนับสนุนระบอบสาธารณรัฐ ในที่สุดสภาแห่งชาติได้ลงมติด้วยคะแนนเสียง 353 ต่อ 352 ให้มีการตรากฎหมายในปี ค.ศ.1875 กำหนดให้ประธานาธิบดีได้รับการเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากของรัฐสภา โดยมีวาระ 7 ปี และอาจได้รับเลือกตั้งใหม่ได้อีก ซึ่งเท่ากับเป็นจุดเริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 3

รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1875 ถูกจัดทำขึ้นโดยสภาแห่งชาติภายใต้การนำโดยจอมพล มัค มา-อง ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีลักษณะพิเศษแตกต่างกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กล่าวคือ มิได้เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพียงฉบับเดียวแต่ประกอบด้วยกฎหมายสำคัญ 3 ฉบับที่วางพื้นฐานการปกครองประเทศ 3 ฉบับ กล่าวคือ รัฐบัญญัติลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1875

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

เกี่ยวกับการจัดระเบียบองค์กรของสภาสูง รัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1875 ว่าด้วยการจัดระเบียบอำนาจรัฐ และรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ.1875 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐ

3.1.10.2 บทวิเคราะห์

ในรัฐบัญญัติสามฉบับที่รวมเรียกเป็นรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1875 นี้ ก็ถูกสร้างขึ้นโดยกลุ่มการเมืองกล่าวคือ สภาแห่งชาติ เท่านั้น อาจเป็นเพราะในช่วงเริ่มสาธารณรัฐที่ 3 นี้ ประเทศจำเป็นต้องหารูปแบบในการปกครองตนเองดังจะเห็นได้จากกรณีที่สภาแห่งชาติต้องลงมติเพื่อเลือกรูปแบบการปกครองประเทศระหว่างการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ หรือรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ และประกอบกับในยุคต่างๆ ที่ผ่านมากการปกครองในระบอบรัฐสภาของสหราชอาณาจักรก็เข้ามามีบทบาทในทางการเมืองมาโดยตลอด จึงทำให้รัฐบัญญัติทั้งสามฉบับมีบทบัญญัติให้อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาโดยไม่มีข้อจำกัด อำนาจทางนิติบัญญัติทั้งหมดเป็นของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของชาติแต่เพียงผู้เดียวตามหลักที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ แต่หลักนี้แสดงออกผ่านหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา จึงไม่มีการลงประชามติเพราะเป็นระบอบประชาธิปไตยผ่านทางผู้แทนโดยแท้ ดังนั้นรัฐสภาจึงมีอำนาจเข้าดำเนินการได้ในทุกเรื่อง¹⁶⁴

ด้วยสาเหตุดังกล่าวจึงทำให้รัฐบัญญัติทั้งสามฉบับไม่มีประชาชนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และไม่มีการลงประชามติรับรองรัฐบัญญัติดังกล่าว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคเริ่มสาธารณรัฐที่ 3 นี้ จึงไม่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตย

เมื่อรัฐสภาใช้อำนาจมาก แม้รัฐธรรมนูญจะได้มีการแบ่งแยกอำนาจมีฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการปกครองประเทศก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติรัฐสภาใช้อำนาจเหนือกว่ารัฐบาลจนกลายเป็นระบบสมัชชา ตัวประธานาธิบดีมิได้มีอำนาจอย่างแท้จริง เพราะจะต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองอยู่ตลอด ซึ่งหมายความว่าประธานาธิบดีไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางการเมือง เว้นแต่ในกรณีที่ถูกลกล่าวหาว่าทรยศต่อชาติ ซึ่งในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจของประธานาธิบดี อีกทั้งในสภาวะทางการเมืองในยุคสมัยดังกล่าวปรากฏมีพรรคการเมืองและกลุ่มทางการเมืองหลากหลายซึ่งนำไปสู่การมีรัฐบาลผสมที่ขาดเสถียรภาพทางการเมือง ไม่อาจบริหารประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยในระยะเวลา 69 ปี ของการปกครองในยุคนี้ ประเทศฝรั่งเศสมีรัฐบาลทั้งสิ้นรวม 104 ชุด¹⁶⁵ ทำให้ระบบการเมืองภายใต้สาธารณรัฐที่ 3 ล้มเหลว และในปี ค.ศ.1940 เมื่อ

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 272.

¹⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชาญชัย แสวงศักดิ์, การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), หน้า.5.

ประเทศฝรั่งเศสรบแพ้เยอรมันและตกอยู่ภายใต้การควบคุมของเยอรมัน ทำให้การปกครองภายใต้ระบอบสาธารณรัฐที่ 3 มีอันต้องสิ้นสุดลง

3.1.11 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1940 (ฉบับวิซซี) และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.11.1 วิวัฒนาการทางการเมือง และการจัดทำรัฐธรรมนูญของนายพลเปแตง

การสิ้นสุดของสาธารณรัฐที่ 3 เริ่มนับตั้งแต่เยอรมันเข้ายึดครองประเทศฝรั่งเศสระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ใน ค.ศ.1940 จอมพลเปแตงผู้นำทัพฝรั่งเศสได้รับการสถาปนาจากเยอรมันให้เป็นผู้นำประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่วันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1940 โดยมีศูนย์บัญชาการอยู่ที่เมืองวิซซี (Vichy) จอมพลเปแตงได้รับมอบหมายให้ร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เนื่องจากบุคคลแวดล้อมจอมพลเปแตงเป็นผู้ต่อต้านการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ และไม่ขึ้นชอบระบอบประชาธิปไตย จอมพลเปแตงจึงไปสนับสนุนนโยบายตอบสนองเยอรมัน อาทิ การส่งคนยิวไปเยอรมัน การปราบปรามผู้ต่อต้านนาซี และพวกฝรั่งเศสเสรี¹⁶⁶ กฎหมายรัฐธรรมนูญที่นายพลเปแตงร่างขึ้นมาภายหลังถูกเรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับวิซซีเป็นรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ.1940

รัฐธรรมนูญของนายพลเปแตงได้สร้างระบบใหม่ขึ้นมาโดยเปลี่ยนชื่อประเทศเป็น “ราชอาณาจักร” แทนคำว่า “สาธารณรัฐ” และให้ใช้คำว่า “การงาน ครอบครัว มาตุภูมิ” แทนคำว่า “เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ” และเรียกระบบใหม่นี้ว่าระบบวิซซี ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับวิซซีนี้ก็คือนายพลเปแตงแต่เพียงผู้เดียว

3.1.11.2 บทวิเคราะห์

เมื่อประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 และเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ให้กับประเทศเยอรมัน ฝ่ายผู้แพ้สงครามประกอบกับสภาวะเหตุการณ์บ้านเมือง คำว่าสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และภราดรภาพยังหายไป รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงถูกสร้างขึ้นโดยคนเพียงคนเดียว ไม่เพียงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญไม่เป็นประชาธิปไตยเท่านั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังไม่มีความเป็นประชาธิปไตยเลย

เมื่อสงครามสิ้นสุดลงด้วยชัยชนะของฝ่ายสัมพันธมิตรและความช่วยเหลือของรัฐบาลพลัดถิ่นของขบวนการฝรั่งเศสเสรีทำให้ประเทศฝรั่งเศสปลดแอกจากการยึดครองของประเทศเยอรมันและจากกลุ่มผู้ปกครองอำนาจเผด็จการในระบอบวิซซีด้วย รัฐบาลในระบบวิซซีที่ปกครอง

¹⁶⁶ จินตนา ตาร์งค์เลิศ, การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า.1

ฝรั่งเศสสมัยยาวนานกว่า 4 ปี จึงสิ้นสุดลง และประเทศฝรั่งเศสได้กลับคืนสู่การร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่
อีกครั้ง

ยุคสาธารณรัฐที่ 4

3.1.12 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 และวิวัฒนาการทาง
การเมือง

3.1.12.1 วิวัฒนาการทางการเมืองและการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว

เมื่อกรุงปารีสได้รับการปลดปล่อยจากการยึดครองของเยอรมันในเดือนสิงหาคม ค.ศ.1944 นายพลเดอโกลได้เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีและจัดตั้งรัฐบาลเฉพาะกาลขึ้นเพื่อบริหาร ประเทศในวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1946 ภารกิจสำคัญในห้วงเวลานั้นได้แก่การปลดปล่อยดินแดนฝรั่งเศส ให้หลุดพ้นจากการยึดครองของเยอรมันทั้งหมด รัฐบาลนายพลเดอโกลต้องเผชิญกับปัญหาหลายด้านใน การบริหารประเทศ ซึ่งรวมถึงการแก้ไขปัญหาค่าเงินเฟ้อที่นิยมเจ้ากับฝ่ายการเมืองที่นิยมสาธารณรัฐ ด้วย เป็นเหตุให้ในเวลาต่อมาก่อนที่นายพลเดอโกลจะได้ร่างรัฐธรรมนูญ นายพลเดอโกลได้จัดให้มีการลง ประชามติเพื่อถามประชาชนว่าต้องการรูปแบบการปกครองแบบใด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการยอมรับในการ ปกครองที่มาจากประชาชนอันเป็นจุดเริ่มต้นในกระบวนการสร้างประเทศ และกระบวนการจัดทำ รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยในขั้นต้น

เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 ได้ถูกประกาศใช้ รัฐธรรมนูญ ฉบับนี้มุ่งแก้ไขปัญหาการขาดเสถียรภาพทางการเมือง และการรวมประเทศเป็นสำคัญ มีการปกครอง เป็นแบบรัฐสภาเช่นเดียวกับสาธารณรัฐที่ 3 ฝ่ายบริหารประกอบด้วยประธานาธิบดี ซึ่งได้รับการเลือกตั้ง จากสองสภารวมกัน และรัฐบาลซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี แต่ต้องได้รับความไว้วางใจจาก สภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาแห่งสาธารณรัฐ สภา ผู้แทนราษฎร ซึ่งเรียกว่า สภาแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาแห่งสาธารณรัฐนั้น ต่างมาจากการเลือกตั้งของ ประชาชนโดยระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วน อย่างไรก็ตามในด้านอำนาจนิติบัญญัตินั้น สภา ผู้แทนราษฎรจะมีมากกว่าสภาที่ปรึกษาแห่งสาธารณรัฐ ซึ่งมีสิทธิเพียงท้วงเหนี่ยวร่างกฎหมายที่ผ่าน จากสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น

ในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ถือได้ว่ามีความ สำคัญและเป็นต้นแบบที่สำคัญของรูปแบบประชาธิปไตยทางตรงนั่นก็คือการลงประชามติ ซึ่งมีความ สำคัญและโดดเด่นอย่างไร ปรากฏรายละเอียดดังนี้

3.1.12.2 การเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และการลงประชามติเพื่อเตรียมจัดทำรัฐธรรมนูญและผล

นายพลเดอโกล ต้องการให้ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐอีกครั้งและต้องการให้มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ด้วย เนื่องจากนายพลเดอโกล เห็นว่ารัฐธรรมนูญที่ใช้ในยุคสาธารณรัฐที่ 3 นั้น ให้อำนาจแก่รัฐสภามากเกินไปจนกลายเป็นอุปสรรคในการทำงานของฝ่ายบริหาร และยังทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ ใน ค.ศ.1945 นายพลเดอโกลได้ปรึกษากับนายเรอเน่ กاپิตอง ศาสตราจารย์วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อหาช่องทางให้มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ และนายเรอเน่ กاپิตอง ก็ได้เสนอให้นายพลเดอโกล “ลองถามประชาชน” หรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่งก็คือ ให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินว่าจะให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวความคิดที่ส่งผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เป็นอย่างมาก และเป็นการให้ความสำคัญแก่ประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

นับแต่นั้นมาประชาชนชาวฝรั่งเศสก็เริ่มรู้จัก “ระบบใหม่ชั่วคราว” ซึ่งเป็นระบบที่ตั้งอยู่บนฐานความต้องการของมหาชน

ในวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ.1945 ได้มีการประกาศใช้รัฐกฤษฎีกาที่ 45 – 1836 ซึ่งกำหนดให้มีการลงประชามติในคำถาม 2 คำถาม¹⁶⁷ ดังนี้

(1) ให้มีการลงประชามติในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 (วันเดียวกับวันเลือกตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ) โดยมีคำถาม 2 ข้อ ในการลงประชามตินั้น

(2) คำถามข้อแรก มีทั้งส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลือกรูปแบบการปกครองซึ่งมีส่วนที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน ดังนี้

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ถามว่า “ท่านทั้งหลาย (ประชาชนชาวฝรั่งเศส) ต้องการให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับเลือกตั้งในวันนี้ เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติหรือไม่” เท้ากับถามประชาชนว่า ต้องการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเลือกรูปแบบการปกครอง ถามว่า “ฝรั่งเศสควรกลับไปใช้ระบอบการปกครองแบบเดียวกับช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 หรือควรร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งหมดเพื่อสร้างสาธารณรัฐใหม่” การตั้งคำถามเช่นนี้เพื่อเป็นการแสวงหาข้อยุติให้แก่ความขัดแย้ง

¹⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 44.

ระหว่างผู้สนับสนุนและผู้ต่อต้านสาธารณรัฐที่ 3 ซึ่งตัวนายพลเดอโกลเองมีความประสงค์ที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองใหม่¹⁶⁸

ดังนั้นจากการตั้งคำถามในคำถามแรกนี้ หากประชาชนลงประชามติคือ “ไม่เห็นชอบ” สถานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับเลือกตั้งในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 นี้ จะเป็นสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1875 (รัฐธรรมนูญยุคสาธารณรัฐที่ 3) และจะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาภายในสองเดือน ซึ่งหมายความว่าถ้าหากประชาชนไม่ต้องการให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ ก็จะกลับไปใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1875 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญยุคสาธารณรัฐที่ 3 ตามเดิม

(3) ถ้าหากผลการลงประชามติออกมาว่า “เห็นชอบ” ก็ให้ถามคำถามที่สองว่า “ท่านทั้งหลาย (ประชาชนชาวฝรั่งเศส) เห็นชอบที่จะให้มีการปกครองประเทศโดยองค์กรทั้งหลายที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายที่แนบท้ายมาด้วยนี้ จนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะมีผลบังคับใช้หรือไม่” ถ้าหากผลการลงประชามติเป็น “เห็นชอบ” ด้วยกับคำถามทั้ง 2 ข้อ ก็ให้ร่างกฎหมายที่แนบท้ายมาด้วยนี้ มีผลบังคับใช้อย่างรัฐธรรมนูญ

ผลจากการลงประชามติเมื่อวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 ปรากฏว่ามีผู้ลงประชามติเห็นชอบในคำถามแรก 96.4% ของผู้มาออกเสียง เห็นควรจัดตั้งสาธารณรัฐขึ้นมาใหม่ และให้สถานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ และเห็นชอบกับคำถามที่สอง 66.3% ของผู้มาออกเสียง ให้ร่างกฎหมายแนบท้ายมีผลบังคับใช้อย่างรัฐธรรมนูญ ดังตารางนี้¹⁶⁹

ตารางที่ 1 แสดงผลการลงประชามติสำหรับคำถามข้อแรก

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด	25,744,992 คน	
จำนวนผู้ไม่มาใช้สิทธิ์	5,391,007 คน	
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ์	20,242,985 คน	
จำนวนผู้งดออกเสียง	1,070,103 คน	
จำนวนผู้ออกเสียง	19,283,482 คน	
ผลการลงประชามติ	“เห็นชอบ”	18,584,746 คน
	“ไม่เห็นชอบ”	699,136 คน

¹⁶⁸ จินตนา ดำรงเลิศ, การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5, หน้า 4.

¹⁶⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 45.

ตารางที่ 2 แสดงผลการลงประชามติสำหรับคำถามข้อที่สอง

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด	25,744,992 คน	
จำนวนผู้ไม่มาใช้สิทธิ์	5,391,007 คน	
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ์	20,242,985 คน	
จำนวนผู้งดออกเสียง	1,109,836 คน	
จำนวนผู้ออกเสียง	19,244,149 คน	
ผลการลงประชามติ	“เห็นชอบ”	12,794,943 คน
	“ไม่เห็นชอบ”	6,449,206 คน

ดังนั้นร่างกฎหมายที่แนบท้ายดังกล่าว จึงกลายเป็น “รัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญ” (Loi constitutionnelle) ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1945 ซึ่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อกำหนดที่สำคัญในเรื่องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งชาติ เรื่องการจัดตั้งรัฐบาลชั่วคราว และเรื่องการร่างรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ดังนี้

(1) สภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกตั้งมาในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 นี้ต้องเลือกหัวหน้ารัฐบาลชั่วคราวแห่งประเทศฝรั่งเศสซึ่งหัวหน้ารัฐบาลชั่วคราวดังกล่าวจะต้องเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐบาล และให้คณะรัฐบาลมีความรับผิดชอบต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ

(2) สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติยอมรับแล้วนั้น จะต้องไปให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงมติภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญ นั้น หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้มีประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญซึ่งถือได้ว่าเป็นการมอบอำนาจการตัดสินใจในการใช้บังคับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นรัฐธรรมนูญปกครองประชาชนชาวฝรั่งเศสไปสู่ประชาชน

(3) สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวสิ้นสุดได้ในสองกรณี คือ
กรณีแรก เมื่อมีการปรับใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้ว ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นสุดลงทันที และ

กรณีที่สอง ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนด 7 เดือน นับแต่วันที่มีการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก นั้นหมายความว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในเวลา 7 เดือน

(4) ในกรณีที่ผลการลงประชามติออกมาว่าประชาชนไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นจัดทำขึ้น หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่สามารถร่างรัฐธรรมนูญให้เสร็จได้

ภายในเวลาที่กำหนด ให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และให้ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกตั้งใหม่นั้น ในวันอังคารที่สองหลังจากการเลือกตั้ง

ผลการลงประชามติในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 ทำให้สภานิติบัญญัติที่ได้รับการเลือกตั้งในวันเดียวกันนั้นเองกลายเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ นั้นหมายความว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กับฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในช่วงเวลานั้นเป็นสภาเดียวกัน

สภาร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นนี้จึงมาจากการเลือกตั้งโดยประชาชนทั้งสิ้น เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเรียกว่า ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่เริ่มต้น ส่วนรูปแบบการเลือกตั้งนั้นใช้วิธีการแบ่งเขตเลือกตั้งเหมือนอย่างการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐที่ 2 นั่นคือใช้เขตมณฑลเป็นเขตเลือกตั้ง และให้แต่ละเขตเลือกตั้งมีจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญคำนวณตามจำนวนของประชากรในเขตมณฑลนั้น¹⁷⁰

ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 4 คือ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับการเลือกตั้งมาโดยประชาชนดังที่ได้ทราบแล้วนั้น ปรากฏว่าในเวลาต่อมาร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ร่างขึ้นมานั้นไม่ผ่านการลงประชามติโดยประชาชน เป็นเหตุให้ต้องมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ขึ้นมาทำการร่างรัฐธรรมนูญอีกครั้ง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.12.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1¹⁷¹

3.1.12.3.1 องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ผลการเลือกตั้งในวันที่ 21 ตุลาคม ค.ศ.1945 ปรากฏว่าผู้ชนะการเลือกตั้งส่วนใหญ่เป็นนักการเมืองฝ่ายซ้าย ทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวประกอบด้วยนักการเมืองฝ่ายซ้ายเป็นส่วนมาก ดังนี้

- พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส จำนวน 159 คน
- พรรครีพับลิกัน จำนวน 150 คน
- พรรคผู้ใช้แรงงานนานาชาติ จำนวน 146 คน
- พรรคสังคมนิยมหัวรุนแรง และพรรคสหภาพประชาธิปไตยและสังคมนิยม จำนวน 71 คน

¹⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-47.

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-50.

-พรรคการเมืองฝ่ายขวาอื่นๆ จำนวน 53 คน และ

-พรรคการเมืองเล็กอื่นๆ จำนวน 7 คน

รวมทั้งสิ้นสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดนี้มีสมาชิกทั้งหมด 586 คน โดยมีพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย ได้แก่ พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส พรรคผู้ใช้แรงงานนานาชาติ พรรคสังคมนิยมหัวรุนแรง เป็นต้น เป็นเสียงข้างมากในสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้น สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้เลือกนายพลเดอโกลเป็นหัวหน้ารัฐบาลชั่วคราว อย่างไรก็ตามนายพลเดอโกลเองก็ไม่ไว้วางใจในพรรคฝ่ายซ้ายซึ่งเป็นเสียงข้างมากในสภานี้ และในที่สุดนายพลเดอโกลก็ได้ลาออกมาก่อนที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้ร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จ เนื่องด้วยนายพลเดอโกลเห็นว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามที่ตนต้องการ และมีลักษณะไม่เป็นประโยชน์ต่อประเทศฝรั่งเศส เนื่องด้วยการร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเกิดขึ้นจากการตกลงประนีประนอมกันของพรรคการเมืองมากกว่าผลประโยชน์ของชาติ และนายพลเดอโกลเองในเวลาต่อมาได้ปราศรัยโจมตีร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวตลอดระยะเวลาจนกระทั่งการนำร่างรัฐธรรมนูญมาลงประชามติ และถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน

3.1.12.3.2 การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และการลงประชามติ

การร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ในสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ใช่เรื่องที่น่าง่ายดังที่คาดหมายไว้ตั้งแต่แรก เนื่องจากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากพรรคการเมืองใหญ่ทั้ง 3 พรรค ได้แก่ พรรคคอมมิวนิสต์ พรรคสังคมนิยม (พรรคการเมืองฝ่ายซ้าย) และพรรครีพับลิกัน (พรรคการเมืองฝ่ายขวา) มีความเห็นขัดแย้งกันในเรื่องรูปแบบของสภา กล่าวคือพรรคสังคมนิยมไม่เห็นด้วยกับการมีวุฒิสภา (ไม่ว่าจะมีหนึ่งสภาหรือสองสภาก็ตาม) พรรคคอมมิวนิสต์ต้องการให้ใช้ระบบสภาเดียว คือ มีสภาผู้แทนราษฎรเพียงอย่างเดียว ส่วนพรรครีพับลิกัน ต้องการให้ใช้ระบบสองสภา คือ มีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

อย่างไรก็ดี สมาชิกในสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ไม่ยอมรับการเพิ่มอำนาจให้แก่ผู้นำฝ่ายบริหารของประเทศ และสุดท้ายตัวแทนจากพรรคคอมมิวนิสต์ พรรคสังคมนิยมและพรรคฝ่ายซ้ายอื่นๆ ซึ่งรวมกันเป็นเสียงส่วนใหญ่ในสภา ก็ได้ลงมติยอมรับร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 19 เมษายน ค.ศ.1946 ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้ใช้ระบบสภาเดียว คือสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรง ส่วนวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 3 นั้น ก็ถูกแทนที่ด้วยฝ่ายที่ปรึกษาทางเศรษฐกิจ (Le Conseil Economique) และสภาที่ปรึกษาสหภาพฝรั่งเศส (Le conseil de l'Union française) และอำนาจของฝ่ายบริหารก็แบ่งเป็น 1. ประธานาธิบดีซึ่งได้รับการเลือกจากสภาผู้แทนราษฎร และ 2. ประธานคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้รับเลือกมาจากสภาผู้แทนราษฎรเช่นกัน โดยอำนาจบริหารจริงๆ อยู่กับประธานคณะรัฐมนตรี ส่วนประธานาธิบดีแทบจะไม่มีอำนาจเลย

นายพลเดอโกลไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว เพราะโครงสร้างระบบดังกล่าวทำให้รัฐบาลอ่อนแอ และได้เชิญชวนให้ประชาชนลงประชามติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ และผลจากการลงประชามติในวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ.1946 ปรากฏว่าผู้มาออกเสียง 53% ไม่เห็นด้วย ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ส่งผลให้ต้องจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญใหม่ และจัดทำรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ซึ่งผลการลงประชามติแจกแจงได้ตามตารางดังนี้

ตารางที่ 3 แสดงผลการลงประชามติเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก
(วันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1946)

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด	25,829,425 คน	
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ์	20,567,378 คน	
จำนวนผู้งดออกเสียง	528,985 คน	
จำนวนผู้ออกเสียง	20,038,393 คน	
ผลการลงประชามติ	“เห็นชอบ”	9,454,034 คน
	“ไม่เห็นชอบ”	10,584,359 คน

ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกจัดทำขึ้นจึงเป็นอันตกไป และประเทศฝรั่งเศสก็กลับสู่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญกันใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยในการจัดทำรัฐธรรมนูญในครั้งที่สองนี้ สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้แตกต่างจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกเล็กน้อย และนำไปให้ประชาชนลงประชามติเป็นครั้งที่สอง รายละเอียดดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

3.1.12.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2¹⁷²

3.1.12.4.1 องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ.1946 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง โดยในการเลือกตั้งครั้งนี้พรรคที่ได้คะแนนสูงที่สุดคือพรรครีพับลิกัน ซึ่งเป็นพรรคการเมืองฝ่ายขวา แต่เมื่อพิจารณาภาพรวมของสมาชิกทั้งหมดของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่าเสียงข้างมากในสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ยังเป็นของพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายอยู่นั่นเอง แม้จะมีสมาชิกที่มีพรรคการเมืองฝ่ายขวามากขึ้นก็ตาม โดยผลการเลือกตั้งสรุปได้ ดังนี้

-พรรครีพับลิกัน จำนวน 166 คน

¹⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-53.

- พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส จำนวน 153 คน
- พรรคผู้ใช้แรงงานนานาชาติ จำนวน 128 คน
- พรรคการเมืองฝ่ายขวาอื่นๆ จำนวน 78 คน
- พรรคการเมืองฝ่ายซ้ายอื่นๆ จำนวน 52 คน และ
- พรรคการเมืองเล็กอื่นๆ จำนวน 9 คน

รวมทั้งสิ้นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนี้มีจำนวนทั้งหมด 586 คน

เช่นเดียวกับสภาร่างรัฐธรรมนูญแรก ทั้งนี้ในช่วงเดือนมิถุนายน ค.ศ.1946 นายพลเดอโกลก็ปราศรัยต่อหน้าสาธารณชนในเมืองบายเออร์ (Bayeux) ถึงแนวความคิดของตนเองว่า ต้องการให้มีระบบสองสภา และสร้างความเข้มแข็งให้แก่รัฐบาล การที่พรรคการเมืองฝ่ายขวาได้รับการเลือกตั้งมากขึ้นทำให้นายพลเดอโกลมีความหวังว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะเป็นไปตามที่ตนต้องการ แต่แล้วร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ได้รับการแก้ไขเพียงเล็กน้อย มีการให้อำนาจอย่างมากแก่สภานิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลมีอำนาจน้อยมากเมื่อเทียบกับฝ่ายนิติบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นเพียงบุคคลสัญลักษณ์ของประเทศเท่านั้น ทำให้ในเวลาต่อมาในสาธารณรัฐที่ 4 ภายหลังจากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับการรับรองจากประชาชน การเมืองของฝรั่งเศสขาดเสถียรภาพอย่างยิ่ง

3.1.12.4.2 การจัดทำรัฐธรรมนูญ และการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

การร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นการประนีประนอมกันระหว่างสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจากพรรคการเมืองใหญ่สามพรรค ได้แก่ พรรครีพับลิกัน พรรคคอมมิวนิสต์ฝรั่งเศส พรรคสังคมนิยม ซึ่งมีความเห็นขัดแย้งกันมาตั้งแต่ช่วงร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก ทั้งนี้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเนื้อหาส่วนใหญ่คล้ายกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ประชาชนลงมติไม่ให้ความเห็นชอบ แต่มีการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบของรัฐสภา กล่าวคือ ให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาสองสภา คือ 1. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (เทียบได้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) ทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมาย และลงมติให้ความเห็นชอบในการออกกฎหมาย และ 2. สภาสูง (หรือที่เรียกว่า “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ”) ซึ่งเป็นอีกสภาหนึ่งแยกต่างหากจากสภาล่าง โดยสภาดังกล่าวทำหน้าที่ลงมติให้ความเห็นชอบต่อร่างกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาล่างแล้ว ส่วนเรื่องอำนาจบริหารนั้น ให้อำนาจบริหารอยู่ที่ประธานาธิบดีและประธานคณะรัฐมนตรี โดยที่อำนาจบริหารที่แท้จริงจะอยู่ที่ประธานคณะรัฐมนตรี ไม่ได้อยู่ที่ประธานาธิบดีเช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้ว

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว ก็มีการนำร่างรัฐธรรมนูญมาลงประชามติเช่นเดียวกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรก ทั้งนี้ นายพลเดอโกลก็ได้ออกมาคัดค้านร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง ด้วยเหตุผลเดียวกับที่เคยให้ไว้ตอนที่คัดค้านร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรก นั่นคือ ระบบตามร่างรัฐธรรมนูญจะทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ และ

เชิญชวนให้ประชาชนลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างไรก็ตามผลจากการลงประชามติปรากฏว่าประชาชนส่วนใหญ่ “เห็นชอบ” กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ด้วยคะแนนเสียงที่ต่างกันเล็กน้อย ทั้งนี้เนื้อหาและหลักการส่วนใหญ่ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็เหมือนกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้วที่ประชาชนลงมติ “ไม่เห็นชอบ” เหตุผลที่ประชาชนลงมติเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญที่ทำการประชามติในครั้งนี้สองนี้ ไม่ใช่เพราะมีเนื้อหาเป็นที่น่าสนใจ แต่เป็นเพราะประชาชนส่วนใหญ่เปื้อกับปัญหาการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งใช้ระยะเวลานานตั้งแต่ปลาย ค.ศ.1945 แล้ว ในที่สุดร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็มีการบังคับใช้ในวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 และนับเป็นวันที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 4

**ตารางที่ 4 แสดงผลการลงประชามติเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่สอง
(วันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 1946)**

จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด	26,311,643 คน	
จำนวนผู้มาใช้สิทธิ	17,792,008 คน	
จำนวนผู้งดออกเสียง	329,079 คน	
จำนวนผู้ออกเสียง	17,462,929 คน	
ผลการลงประชามติ	“เห็นชอบ”	9,297,470 คน
	“ไม่เห็นชอบ”	8,165,459 คน

3.1.12.5 บทวิเคราะห์

แม้การเมืองการปกครองในยุคสาธารณรัฐที่ 4 อำนาจอธิปไตยยังอยู่ที่รัฐสภาตามแบบการปกครองในรูปแบบรัฐสภาของสหราชอาณาจักร แต่ด้วยเป็นสภาพการปกครองภายหลังที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง และได้นายพลเดอโกลซึ่งให้ความสำคัญต่อการฟื้นฟูประเทศและการรวมประเทศให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันภายหลังภัยสงคราม และการได้รับคำแนะนำอย่างดีเยี่ยมจากนักกฎหมายมหาชนในยุคดังกล่าว ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในช่วงเวลานี้แทนที่จะมีลักษณะรวบรัดขั้นตอนเพื่อให้มีรัฐธรรมนูญที่ใช้ในการจัดระเบียบโครงสร้างของประเทศเป็นแบบเดียวกันกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคที่ผ่านๆ มา ที่รวบอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญไว้ที่คนๆ เดียวหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง เช่น สภาแห่งชาติ หรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กลับนำเรื่องสำคัญอย่างการจัดทำรัฐธรรมนูญ การเลือกรูปแบบการปกครองประเทศ การกำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ มาถามต่อประชาชน ถือได้ว่าเป็นพัฒนาการทางกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสที่ก้าวกระโดดและให้ความสนใจและใส่ใจประชาชนให้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยอย่างมาก

จากการศึกษาทำให้พิจารณาได้ว่าแม้ผู้ที่ใช้อำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรือใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยที่มีได้นำร่างรัฐธรรมนูญมาขอแสดงความเห็นในระหว่างร่างรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อนายพลเดอโกลได้เลือกใช้กระบวนการประชาธิปไตยทางอ้อมในการให้ประชาชนมีสิทธิเลือกผู้แทนของตนไปเป็นผู้มีอำนาจร่างรัฐธรรมนูญ ในประการแรกก็เป็นการยอมรับให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว อันเป็นผลดีต่อการบังคับใช้รัฐธรรมนูญที่เมื่อมีการประกาศใช้แล้วจะได้รับการยอมรับจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากผู้แทนของพวกเขาที่เลือกกันขึ้นไปเอง ปัญหาในเรื่องความกังขาในคุณสมบัติของผู้แทนหรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงหมดไป เมื่อรัฐบัญญัติกำหนดต่อมาให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการลงประชามติรับรองหรือไม่รับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดแรกได้นำมาให้ประชาชนลงประชามติ ถือเป็นกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงที่เป็นการถามประชาชนว่าจะเอาหรือไม่เอาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว และเมื่อร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวถูกปฏิเสธโดยประชาชนชาวฝรั่งเศสส่วนใหญ่ ร่างรัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ตกไปและเกิดการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ขึ้นมาทันที เป็นส่วนสะท้อนให้เห็นว่าสังคมฝรั่งเศสให้ความสำคัญต่อเสียงข้างมากอันเป็นเจตนารมณ์ของประชาชนชาวฝรั่งเศสส่วนใหญ่ แม้จะไม่ใช่เสียงส่วนใหญ่ของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด แต่ก็เป็นเสียงส่วนใหญ่ของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงลงประชามติ สะท้อนการเคารพในหลักประชาธิปไตย

การลงประชามติในครั้งแรกของการตั้งคำถามสองคำถามที่ให้ประชาชนเลือกว่าจะให้ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบการปกครองแบบใดระหว่างให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อเริ่มต้นการปกครองใหม่ และให้เลือกว่าจะให้มีการปกครองในระบอบสาธารณรัฐต่อไปหรือไม่ อย่างไร หากไม่เห็นชอบในสิ่งที่รัฐบาลชั่วคราวในขณะนั้นนำเสนอให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็ให้กลับไปใช้รูปแบบการปกครองสมัยสาธารณรัฐที่ 3 เช่นเดิม ดังนี้ แม้การลงประชามติดังกล่าวจะมีการสร้างเงื่อนไขในการลงประชามติที่เป็นการลงประชามติแบบมีเงื่อนไขก็ตาม แต่ก็เป็นการลงประชามติในคำถามที่มีเงื่อนไขในการบังคับใช้ชัดเจนว่าหากไม่เห็นชอบกับกระบวนการของรัฐบาลผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศในขณะนั้น รัฐบาลก็จะกลับไปใช้รูปแบบการปกครองสาธารณรัฐที่ 3 ซึ่งมีความชัดเจนและทำให้ประชาชนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเข้าใจ และรู้ว่าการลงประชามติของตนมีความสำคัญต่อการกำหนดรูปแบบการปกครองประเทศ ซึ่งจะทำให้การลงประชามติดังกล่าวมีความสำคัญและมีความศักดิ์สิทธิ์มากยิ่งขึ้น ถือได้ว่าเป็นการลงประชามติที่ให้ความเคารพต่อความคิดเห็นของประชาชน

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ถูกนำเสนอให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสลงประชามติอีกครั้ง และได้รับการรับรองในครั้งนี้ ก็ถือได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนทางการเมืองครั้งสำคัญของประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการจนกระทั่งรัฐธรรมนูญถูกประกาศใช้ ประชาชนของประชาชนชาวฝรั่งเศสได้แสดงเจตจำนงให้ประเทศฝรั่งเศสดำเนินการ

ปกครองไปในทางสายกลางตามระบอบประชาธิปไตย และมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์

ด้วยปัญหาความขาดเสถียรภาพทางการเมือง วิกฤตการณ์สงครามในอัลจีเรีย และการเรียกร้องเอกราชของดินแดนที่เป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส และพรรคการเมืองในฝรั่งเศสมีความเห็นขัดแย้งกันจนเป็นประเด็นปัญหาสำคัญทางการเมือง ความอ่อนแอของพรรคการเมืองนำไปสู่การใช้อำนาจรัฐเพื่อตอบสนองกลุ่มผลประโยชน์ทำให้ประชาชนเสื่อมความศรัทธาและเกิดความไม่พอใจอย่างกว้างขวางมากขึ้น ทำให้มีการเปลี่ยนคณะรัฐบาลเป็นจำนวนหลายครั้ง รัฐบาลแต่ละรัฐบาลใช้เวลาในการดำรงตำแหน่งเพียงรัฐบาลละ 4 – 5 สัปดาห์ ทำให้ไม่เป็นผลดีต่อการบริหารบ้านเมือง รัฐบาลไม่สามารถตัดสินใจแก้ปัญหาในเรื่องต่างๆ ได้ ในขณะที่รัฐสภามีอำนาจเป็นอย่างมาก

สาธารณรัฐที่ 4 ต้องสิ้นสุดลงเนื่องจากประชาชนฝรั่งเศสเห็นว่ารัฐสภามีอำนาจมากเกินไปจนประชาชนไม่สามารถมีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่สำคัญๆ ได้ ผู้แทนราษฎรขาดความรับผิดชอบและไม่ใช้ผู้ที่สะท้อนความคิดและความรู้สึกของประชาชนที่แท้จริง นอกจากนี้ในด้านต่างประเทศ รัฐบาลยังไม่สามารถจัดการกับปัญหาอัลจีเรียได้จนกลายเป็นสงคราม ซึ่งถึงแม้จะไม่มีการประกาศอย่างเป็นทางการ แต่ก็ทำให้วิถีชีวิตของคนฝรั่งเศสกระทบกระเทือนโดยทั่วไป ปฏิบัติการทางทหารทำให้เกิดภาระทางงบประมาณอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ประชาชนชาวฝรั่งเศสเกิดความคิดเห็นแตกแยกออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรแก้ปัญหาด้วยการเจรจา อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าอัลจีเรียจะต้องเป็นของฝรั่งเศสต่อไป ความขัดแย้งนี้ทำให้ประชาชนหวงระลึถึงนายพลเดอโกล ซึ่งได้ลาออกจากรัฐบาลและวิพากษ์วิจารณ์รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 ตลอดมา

ในวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ.1958 นายพลเดอโกลประกาศต่อหน้าสื่อมวลชนว่า ตนพร้อมที่จะบริหารประเทศอีกราวหนึ่ง ต่อมาในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ.1958 นายเรอเน่ กอดี ประธานาธิบดีของประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้นได้แจ้งต่อที่ประชุมรัฐสภาว่าขอให้นายพลเดอโกลเข้ามาตั้งคณะรัฐมนตรีใหม่แทนชุดเก่าซึ่งมีผู้นำคือ นายปีแยร์ ฟลิ้มแลง ซึ่งได้ลาออกไป ต่อมาวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.1958 สภาผู้แทนราษฎรได้ลงคะแนนเสียงสนับสนุนนายพลเดอโกลให้เป็นหัวหน้าด้วยคะแนนเสียง 329 เสียง มีเสียงคัดค้าน 224 เสียง รัฐบาลนายพลเดอโกลจึงเป็นรัฐบาลสุดท้ายของสาธารณรัฐที่ 4¹⁷³ การเข้ามาดำรงตำแหน่งในครั้งนี้ของนายพลเดอโกลนอกจากจะเข้ามาเพื่อแก้ไขปัญหาอัลจีเรียแล้ว นายพลเดอโกลยังได้เข้ามาเริ่มกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และเป็นฉบับปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศสมาจวบจนปัจจุบันนี้อีกด้วย

¹⁷³ จินตนา ดำรงเลิศ, การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5, หน้า 21.

ยุคสาธารณรัฐที่ 5

3.1.13 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 และวิวัฒนาการทางการเมือง

3.1.13.1 วิวัฒนาการทางการเมือง

เมื่อนายพลเดอโกลได้รับการรับรองจากรัฐสภาในการเข้ามาจัดตั้งรัฐบาลชุดใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาของประเทศ ในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.1958 นายพลชาร์ลส์ เดอโกลได้จัดตั้งรัฐบาลแห่งชาติขึ้นโดยได้รับการรับรองจากรัฐสภา¹⁷⁴ และรัฐบาลนายพลเดอโกลได้เข้ามาจัดทำรัฐธรรมนูญ นายพลเดอโกลได้เริ่มแสดงทัศนคติต่อระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสโดยประสงศ์ให้มีการวางรากฐานการปกครองในระบอบสาธารณรัฐของฝรั่งเศสให้มั่นคงมีเสถียรภาพ ซึ่งนายพลเดอโกลได้เคยกล่าวไว้ว่า “ผมไม่ได้ตั้งสาธารณรัฐขึ้นมาใหม่ ผมเพียงแต่วางรากฐานซึ่งไม่เคยมีมาก่อนให้แก่สาธารณรัฐ (...) สิ่งที่ผมได้พยายามทำคือการหล่อหลอมระบอบกษัตริย์และระบอบสาธารณรัฐเข้าด้วยกัน”¹⁷⁵ กล่าวคือนายพลเดอโกลมีความประสงค์ที่จะรวมกลุ่มพวกนิยมเจ้าและนิยมสาธารณรัฐซึ่งเป็นกลุ่มสองกลุ่มที่สำคัญในการบริหารบ้านเมือง

นายพลเดอโกลได้นำหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติกลับเข้ามาใช้เป็นกรอบความคิดในการบริหารประเทศและจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ในครั้งนี้นายพลเดอโกลได้ให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยตั้งอารัมภบทที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ได้มีการจัดทำขึ้นว่า

“ประชาชนชาวฝรั่งเศสแสดงความเชื่อมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังที่ได้บัญญัติไว้ในปฏิญญามนุษยชนและพลเมืองเมื่อปี ค.ศ.1789 ซึ่งได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946”¹⁷⁶

ประเด็นเรื่องอำนาจอธิปไตยนี้ถือเป็นสาระสำคัญที่มีผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและการปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาจนถึงปัจจุบัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 ที่รัฐบาลนายพลเดอโกลได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บรรทัดแรกได้บัญญัติไว้ว่า “อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชน” ซึ่งตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ซ่อนทฤษฎีอำนาจอธิปไตยไว้สองทฤษฎีด้วยกัน คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

¹⁷⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารวิชาการ ของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส, หน้า 48.

¹⁷⁵ Alain Peyrefitte, *Le Mal Français* (Paris: Plon, 1976).pp.56. อ้างถึงใน จินตนา ดำรงเลิศ, *การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5*, หน้า 24.

¹⁷⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958* (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2549), หน้า.2

เป็นของชาติ และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน สาเหตุที่ทำให้รัฐธรรมนูญได้นำทั้งสองทฤษฎีอำนาจอธิปไตยมาบัญญัติไว้รวมกันสามารถอธิบายได้เป็นสองประการ ดังนี้

ประการแรก คือ มีการถกเถียงกันมากในฝรั่งเศสว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของใครกันแน่ระหว่างของชาติหรือของประชาชน ตามแนวความคิดของซิเอเย่ส์หรือตามแนวความคิดของรูสโซ ดังนั้นเพื่อเป็นการตัดความยุ่งยากในเรื่องดังกล่าว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงนำมาบัญญัติรวมกันเข้าไว้

ประการที่สอง คือ เพื่อเป็นการสร้างความเท่าเทียมกันของการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสองแบบถ้าจำแนกแล้วจะเห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติได้สะท้อนรูปแบบของประชาธิปไตยทางอ้อม ส่วนอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนได้สะท้อนรูปแบบอำนาจอธิปไตยทางตรงตามรัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาตินั้นได้แสดงออกหรือผ่านมาในรูปแบบของรัฐสภา ส่วนอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนนั้นได้แสดงออกมาในรูปแบบการลงประชามตินั้นเอง การผสมผสานของทั้งสองรูปแบบเข้าด้วยกันจึงเรียกว่าประชาธิปไตยกึ่งทางตรง¹⁷⁷

การแสดงออกเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนโดยการผสมผสานกัน กอปรกับบทบัญญัติในการปกครองและบริหารบ้านเมืองของรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 ได้เป็นต้นแบบของประเทศต่างๆ ที่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของฝรั่งเศสและมีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศบางประเทศในยุโรป และส่งผลให้ระบบการเมืองของประเทศฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการไปมากพอสมควร

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีขั้นตอนอย่างไร สามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

3.1.13.2 รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958

ในวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958 รัฐสภาได้ออกรัฐบัญญัติ 3 ฉบับ โดยฉบับแรกกำหนดให้นายพลเดอโกลเป็นหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจในการแก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 โดยมีเงื่อนไขว่าร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขใหม่จะต้องเสนอให้ประชาชนลงประชามติด้วย ฉบับที่สอง มอบอำนาจนิติบัญญัติให้รัฐบาลของนายพลเดอโกลเป็นเวลา 6 เดือน ในอันที่จะออกรัฐกำหนดในทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการฟื้นฟูชาติยกเว้นบางเรื่องที่สูงงวไว้ให้อยู่ในอำนาจของรัฐสภา และฉบับที่สามเป็นการกำหนดสถานการณ์ฉุกเฉินในอัลจีเรีย¹⁷⁸

¹⁷⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารวิชาการ ของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รัฐเจ้าเรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส, หน้า 53-54.

¹⁷⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 282.

ด้วยบทบัญญัติฉบับแรกนี้เองที่กำหนดให้รัฐบาลโดยการนำของนายพลเดอโกลมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 โดยทำการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 90 ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาด้วยทฤษฎีแล้ว รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงและวิธีการในการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้วรัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้เป็นต้นกำเนิดในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นผลบังคับใช้จนปัจจุบัน¹⁷⁹ โดยมีกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

3.1.13.3 คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญ

3.1.13.3.1 การเตรียมต้นร่างรัฐธรรมนูญโดยการพิจารณาของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และคณะกรรมการร่วมระหว่างกระทรวงทั้งหลาย

การเตรียมต้นร่างรัฐธรรมนูญนี้มีคณะกรรมการสองชุดในการยกร่าง ได้แก่ คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งมีผู้นำที่สำคัญคือ นายมิเชล เดอเบร โดยคณะผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวประกอบด้วย สมาชิกสภาแห่งรัฐ ศาสตราจารย์จากคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย และข้าราชการระดับสูง ทั้งนี้เมื่อคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญเรียบร้อยแล้วก็จะนำต้นร่างรัฐธรรมนูญนั้นเสนอต่อคณะกรรมการคณะที่ 2 ซึ่งก็คือ คณะกรรมการร่วมระหว่างกระทรวงทั้งหลาย อันประกอบไปด้วยรัฐมนตรี 4 คน และมีนายพลเดอโกลเป็นประธาน

3.1.13.3.2 การพิจารณาต้นร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการที่ปรึกษารัฐธรรมนูญ

เมื่อจัดทำต้นร่างเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวก็ส่งต้นร่างไปยังคณะกรรมการที่ปรึกษารัฐธรรมนูญซึ่งตั้งขึ้นโดยกฤษฎีกาฉบับลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1958 มีหน้าที่ตรวจสอบสาระของร่างรัฐธรรมนูญ คณะที่ปรึกษานี้สามารถออกความเห็นและเสนอแนะให้เปลี่ยนแปลงข้อความได้¹⁸⁰ โดยคณะกรรมการที่ปรึกษารัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยตัวแทนจากรัฐสภาจำนวน 26 คน* (ผู้เขียน) ที่รัฐสภาเป็นผู้แต่งตั้ง แบ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับเลือกมาจากคณะกรรมการในสภานิติบัญญัติ 16 คน และตัวแทนที่ได้รับเลือกมาจากคณะกรรมการในสภาที่ปรึกษาแห่ง

¹⁷⁹ บารัคดี อูร์รณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 46-47.

¹⁸⁰ จินตนา ดำรงเลิศ, การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5, หน้า 25.

* ในฐานข้อมูลระบุจำนวน 36 คน ซึ่งเมื่อรวมจากผู้แทนสภานิติบัญญัติ 16 คน และผู้แทนสภาที่ปรึกษาแห่งสาธารณรัฐ 10 คน จะรวมเป็น 26 คน

สาธารณรัฐ (ซึ่งเทียบได้กับสภาสูงหรือวุฒิสภา) จำนวน 10 คน และตัวแทนที่ได้รับแต่งตั้งจากรัฐบาล โดยออกเป็นรัฐกำหนด จำนวน 13 คน คณะกรรมการดังกล่าวได้ประชุมครั้งแรกเพื่อพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1958 โดยคณะกรรมการมีมติเห็นชอบกับต้นร่างรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการแก้ไขแต่อย่างใด¹⁸¹

3.1.13.3.3 การพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวก็ต้องนำร่างดังกล่าวไปให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐพิจารณาให้ความเห็น โดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ขอให้แก้ไขประเด็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของอาณานิคมโพ้นทะเล และนายพลเดอโกลเห็นชอบด้วย จากนั้นคณะรัฐมนตรี ก็เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ (ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “ข้อเสนอของรัฐบาล”) เพื่อนำไปลงประชามติ

3.1.13.4 การนำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติ

ในวันที่ 4 กันยายน ค.ศ.1958 นายพลชาร์ลส์ เดอโกล ได้กล่าวสุนทรพจน์ นำเสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อประชาชน ณ จัตุรัสสาธารณรัฐ กรุงปารีส

จากนั้นในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ.1958 รัฐบาลได้นำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปลงประชามติ ผลการลงประชามติของประชาชนส่วนใหญ่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวคิดเป็น 79.2% ของผู้มาใช้สิทธิออกเสียง และคิดเป็น 66.4% ของผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด ต่อมารัฐธรรมนูญมีการประกาศใช้ในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 ทำให้ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสเข้าสู่การปกครองยุคสาธารณรัฐที่ 5 และรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ยังมีผลใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน

ตารางที่ 5 แสดงผลการลงประชามติในวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1958

จำนวนผู้มีสิทธิลงประชามติ	26,603,464 คน
จำนวนผู้มาออกเสียงลงประชามติ	22,293,301 คน
จำนวนผู้ไม่มาออกเสียง	4,006,614 คน
บัตรเสีย	303,549 คน
เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญ	17,668,790 คน
คิดเป็นร้อยละของผู้มาใช้สิทธิออกเสียง	66.4
คิดเป็นร้อยละของผู้มาออกเสียง	79.2

¹⁸¹ บารัคดี อูรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า

ไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญ	4,624,511 คน
คิดเป็นร้อยละของผู้มีสิทธิออกเสียง	17.4
คิดเป็นร้อยละของผู้มาออกเสียง	20.8

3.1.13.5 บทวิเคราะห์

เป็นที่ยอมรับว่านายพลชาร์ลส์ เดอโกล เป็นบุคคลสำคัญในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นผู้ที่มีบทบาทแรงกายแรงใจให้แก่ประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก และสร้างคุณประโยชน์ให้แก่ประเทศฝรั่งเศสตลอดจนสร้างรากฐานการปกครองและประโยชน์อื่นๆ ต่อประเทศฝรั่งเศสนานัปการ แม้ว่าในเวลาต่อมาความเป็นชาตินิยมและอำนาจนิยมของนายพลเดอโกลจะได้ออกให้เกิตปัญหาสร้างความไม่พอใจให้แก่ประชาชนหนุ่มสาว ที่ประชาชนหนุ่มสาวต้องการสร้างความเปลี่ยนแปลงหาแนวทางใหม่ในการบริหารประเทศ โดยต้องการให้ผู้ปกครองคำนึงถึงความยิ่งใหญ่ของประเทศน้อยลง แต่ต้องสร้างความสุขให้บังเกิดแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศสมากขึ้น จนเกิดเป็นวิกฤติการณ์ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1968 จนเกิดแรงกดดันต่อนายพลเดอโกล กระทั่งถึงจุดเปลี่ยนที่นายพลเดอโกล ประสบความพ่ายแพ้ในการลงประชามติเรื่องนโยบายปฏิรูปวุฒิสภาจนต้องลาออกจากตำแหน่งประธานาธิบดีในที่สุด ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าหากไม่มีนายพลเดอโกลแล้ว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 อาจไม่ประสบความสำเร็จและได้รับความร่วมมือจากประชาชนมากมายเช่นที่ปรากฏ และประเทศฝรั่งเศสคงไม่อาจเป็นเช่นทุกวันนี้ได้

อย่างไรก็ตามในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 มีประเด็นที่ต้องพิจารณาหลายประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาเรื่องกรณีที่รัฐบาลนายพลเดอโกลใช้อำนาจตามรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958 แก้ไขกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 (รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4) ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ทำการแก้ไขจนกระทั่งเกิดการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ทั้งที่รัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงกฎหมายที่แก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ภายใต้การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีการมอบอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร

ในประเด็นหนึ่งนักวิชาการได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าประเด็นดังกล่าวต้องมองย้อนกลับไปพิจารณาทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิม ซึ่งในรัฐบัญญัติกำหนดเพียงให้รัฐบาลเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 เท่านั้น ดังนั้นแสดงให้เห็นได้ว่าไม่ปรากฏว่ามีการมอบอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ แต่มีเพียงการมอบอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือการมอบอำนาจต่อเนื่องในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด

ตั้งเดิมหรืออำนาจต่อเนื่องในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเท่านั้น อันอาจนำมาซึ่งข้อสรุปได้ว่ารัฐบาล นายพลเดอโกลไม่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ทั้งนี้ในประเด็นดังกล่าวมีสิ่งที่น่าพิจารณาว่าทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญอธิบายว่าอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีอยู่เหนือรัฐ และอำนาจอธิปไตย ภายในรัฐ ซึ่งแตกต่างจากอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากอำนาจ ในการจัดให้รัฐธรรมนูญอีกทีหนึ่งตามที่ได้ทราบแล้วนั้น เมื่อรัฐสภากำหนดให้นายพลเดอโกล มีอำนาจ เพียงแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในเบื้องต้นย่อมพิจารณาได้ว่านายพลเดอโกล ไม่มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญ จนกลายเป็นการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้ แต่เมื่อรัฐสภาเป็นผู้แทนชาติ และเมื่อนายพลเดอโกลได้ร่าง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แล้วปรากฏว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนชาติไม่ได้คัดค้านเพิกถอนรัฐธรรมนูญฉบับ ดังกล่าวแต่อย่างใด จึงน่าพิจารณาว่าการการที่ผู้แทนชาติให้ความยินยอมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญใน ลักษณะเป็นการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่แล้วนั้นจะถือว่ารัฐสภาได้ให้ความยินยอมในการจัดทำ รัฐธรรมนูญขึ้นใหม่หรือไม่ และเมื่อร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญจาก ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยส่วนหนึ่งด้วยแล้ว จะถือได้ว่านายพลเดอโกลได้รับความยินยอมจากทั้ง รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนชาติและได้รับการลงประชามติจากประชาชนเสมือนได้รับความยินยอมให้ร่าง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่

ประการที่สอง คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และคณะกรรมการร่วมระหว่าง กระทรวงทั้งหลายมิได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน มีปัญหาต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือไม่

เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ผู้ที่ใช้อำนาจนั้นผ่านทฤษฎีดังกล่าวคือรัฐสภา เมื่อรัฐสภาได้มอบอำนาจให้แก่รัฐบาลนายพลเดอโกล โดยผ่านการลงมติรับรองในรัฐสภา และมีการ ออกรัฐบัญญัติอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ประชาชนทราบถึงข้อจำกัด และ ขั้นตอนในการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว เมื่อรัฐบาลนายพลเดอโกลได้รับมอบอำนาจมาโดยผู้แทนชาติ ก็ เสมือนหนึ่งว่ารัฐบาลนายพลเดอโกลได้รับมอบอำนาจให้เป็นตัวแทนชาติในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว อำนาจตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ จึงให้อำนาจเด็ดขาดต่อผู้แทนชาติในการเลือก บุคคลที่เหมาะสมในการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้นแม้คณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และคณะกรรมการร่วม ระหว่างกระทรวงทั้งหลายมิได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐบาล นายพลเดอโกล ย่อมมีอำนาจและเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยทางอ้อมตามที่ได้อธิบายให้ทราบใน ข้างต้น

ประการสุดท้าย ในส่วนนี้มีเพียงการพิเคราะห์ว่ารัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ได้รับการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญโดยผลของอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนซึ่งเป็นอำนาจ

ที่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับรองและคุ้มครองไว้ ย่อมเป็นกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงที่ให้อำนาจประชาชนเป็นผู้มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐที่ 5 จึงเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการเป็นประชาธิปไตย

จากการศึกษาวิวัฒนาการทางการเมืองและการวิเคราะห์กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้ง 12 ฉบับของประเทศฝรั่งเศส พบว่ากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสในบางช่วงมีลักษณะเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียว ในบางช่วงมีการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยกษัตริย์ ในบางช่วงมีการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยคณะปฏิวัติ ในบางช่วงมีการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยผู้นำเผด็จการ มีเพียงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ 4 ครั้งเท่านั้นที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย ดังนี้ 1.) กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1793 (รัฐธรรมนูญฉบับมองตาญยาร์ด) 2.) กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 3.) กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4) และ 4.) กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ฉบับปัจจุบัน))

3.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก และเป็นรัฐธรรมนูญที่ยังมีผลบังคับใช้จนถึงปัจจุบัน ค.ศ.2015 รวมระยะเวลาทั้งสิ้น 228 ปี ถือเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับยาวนานที่สุด

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 นี้ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้นำหลักรัฐธรรมนูญนิยมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังเป็นรัฐธรรมนูญที่มีองค์กรและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นประเทศแรกของโลกอีกด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของรัฐอาณานิคมอังกฤษ 13 อาณานิคม อยู่ภายใต้การปกครองและการถูกสิทธิเสรีภาพของรัฐเจ้าอาณานิคม ถูกกดขี่ข่มเหง และตัดดวงผลประโยชน์ไปเป็นจำนวนมากภายใต้กฎบัตร (charter) ที่ผู้ปกครองอาณานิคมใช้ปกครองดินแดน ก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่ประชาชนของรัฐอาณานิคมทั้ง 13 อาณานิคม อันนำมาสู่การประกาศเอกราชในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 และการจัดทำบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ ค.ศ.1781 เพื่อเป็นการยืนยันถึงการเป็นเอกราชจากประเทศอังกฤษ และต่อมาได้มีกระบวนการจัดทำ

รัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ในที่สุด

ด้วยการที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่จัดทำขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นประเทศแรกนี้เองจึงสมควรศึกษาเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาผ่านประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

3.2.1 ประวัติความเป็นมาจากรัฐอาณานิคมสู่การประกาศเอกราช

การก่อตั้งอาณานิคมของอังกฤษเริ่มต้นจากการที่บริษัทเอกชนในสหราชอาณาจักรเล็งหาผลกำไรโดยการก่อตั้งอาณานิคมในโลกใหม่ใน ค.ศ. 1607 ด้วยการส่งคนที่ไม่มียานพาหนะในอังกฤษมาตั้งอาณานิคมใหม่โดยเริ่มตั้งถิ่นฐานตามชายฝั่งมหาสมุทรแอตแลนติก โดยสาเหตุสำคัญที่ชาวอังกฤษมายังทวีปอเมริกา มีสามประการ คือ¹⁸²

ประการที่หนึ่ง ความรู้สึกชาตินิยม อังกฤษเห็นว่าจำเป็นต้องขยายอำนาจออกไปยังถิ่นแดนโพ้นทะเลเพื่อเสริมสร้างอำนาจของประเทศให้เข้มแข็งและยิ่งใหญ่ขึ้น

ประการที่สอง คนยากจนในอังกฤษมีมากและไม่มียานพาหนะ ทำให้บริษัทเอกชนหลายแห่งเล็งเห็นผลกำไรโดยส่งคนยากจนเหล่านี้ไปทวีปอเมริกาเพื่อค้นหาทองคำ และทำการเกษตรซึ่งหวังว่าจะได้กำไรตอบแทนบริษัทอย่างมาก

ประการที่สาม ในศตวรรษที่ 17 อังกฤษเกิดความวุ่นวายสับสนทั้งในวงการศาสนาและวงการการเมือง กล่าวคือ พวกโปรเทสแตนท์ที่มีความเห็นขัดแย้งกับรัฐบาลอังกฤษถูกกดขี่อย่างมากจนต้องอพยพไปยังทวีปอเมริกา ประกอบกับมีพวกพิวริแทน (Puritan) ในอังกฤษได้ยึดอำนาจและปลงพระชนม์พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ใน ค.ศ. 1649 ทำให้พวกนิยมระบอบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หลบหนีมาอาศัยอยู่ที่มลรัฐเวอร์จิเนียเป็นจำนวนมาก ต่อมาเมื่อพระราชโอรสของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ได้กลับขึ้นครองราชย์ในอังกฤษ พวกพิวริแทนก็พากันอพยพมาอยู่ที่บริเวณทางทิศตะวันออกของนิวอิงแลนด์ซึ่งอยู่ทางตอนบนของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน

สำหรับอาณานิคมทางตอนใต้มีกลุ่มคนที่เรียกว่า พวกแองกลิกัน ที่เดินทางมาเพื่อแสวงหาความมั่งคั่งและการผจญภัยในดินแดนใหม่มาตั้งถิ่นฐาน

ในการปกครองนั้นกษัตริย์แห่งอังกฤษถือว่าดินแดนใหม่นี้เป็นทรัพย์สินส่วนพระองค์ของบริษัทเอกชนใด หรือขุนนางคนใดจะมาใช้ประโยชน์ในดินแดนแห่งนี้ต้องได้รับความยินยอมและได้รับอนุญาตจากกษัตริย์อังกฤษก่อน โดยกษัตริย์จะพระราชทานกรรมสิทธิ์โดยตราเป็นกฎบัตร (charter) ไว้

¹⁸² สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมืองอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: สมาธรรม, 2548), หน้า.3.

ไว้เพื่อเป็นการแสดงสิทธิที่กษัตริย์มอบให้ใช้บังคับในดินแดนอาณานิคม โดยในส่วนของ การปกครอง ภายในของแต่ละอาณานิคมนั้นไม่ว่าจะเป็นอาณานิคมประเภทใดจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ มี ผู้ว่าการซึ่งดูแลการบริหาร และกองกำลังรักษาความสงบ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติจะประกอบด้วยสองสภา คือ สภาสูง (Council) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้ว่าการ และสภาล่าง (Assembly) ซึ่งได้รับเลือกตั้งจาก ชาวอาณานิคมตามสิทธิเลือกตั้งที่ค่อนข้างจำกัด และแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถตรากฎหมายที่มีผล ผูกพันเป็นการทั่วไป แต่ผู้ว่าการอาณานิคมก็อาจใช้สิทธิยับยั้ง (veto) ร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ นอกจากนี้ กษัตริย์อังกฤษยังมีพระราชอำนาจในการสั่งให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ใช้บังคับอยู่ใน อาณานิคมสิ้นอำนาจบังคับไปได้¹⁸³ ซึ่งถือเป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ชาวอาณานิคมใช้อย่างต่อ กษัตริย์อังกฤษในคำประกาศอิสรภาพ ความว่า “...พระองค์ได้ร่วมมือกับคนอื่นๆ เพื่อกำหนดให้เราอยู่ใต้ เขตอำนาจที่แปลกแยกไปจากธรรมเนียมของเรา และไม่รับรองกฎหมายของเรา แต่ให้ความเห็นชอบแก่ กฎหมายของพวกเขาที่สร้างขึ้นว่ามาจาก การนิติบัญญัติ ทั้งนี้...เพื่อขจัดกฎบัตรของเรา ล้มล้าง กฎหมายอันทรงคุณค่าของเราและเปลี่ยนแปลงรากฐานรูปแบบการปกครองของเรา...เพื่อยับยั้งระบบนิติ บัญญัติของเราเอง และประกาศอำนาจนิติบัญญัติของเขาที่จะออกกฎหมายให้เราในทุกกรณี...”¹⁸⁴ ใน วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776

ตารางที่ 6 แสดงการก่อตั้งอาณานิคมของอังกฤษในอเมริกา¹⁸⁵

อาณานิคม	ผู้ก่อตั้ง	ปี	จุดประสงค์และลักษณะของรัฐบาล
เวอร์จิเนีย Virginia	บริษัทลอนดอน	1607	แสวงหาทองคำและผลกำไรในการค้าขาย ครั้งแรกปกครองโดยบริษัทลอนดอนถึง ค.ศ. 1627 หลังจากนั้นตกเป็นของกษัตริย์อังกฤษ
พลีมัท Plymouth	พวกพิลกริมส์	1620	แสวงหาเสรีภาพทางศาสนาครั้งแรก ปกครองตนเอง จนถึง ค.ศ.1691 หลังจากนั้นรวมกับแมสซาชูเซตส์
แมสซาชูเซตส์ Massachusetts	บริษัทแมสซาชูเซตส์	1628	แสวงหาเสรีภาพทางศาสนาครั้งแรก ปกครอง ตนเองจนถึง ค.ศ.1691 หลังจากนั้นอยู่ในการ ปกครองของกษัตริย์ภายใต้ใบอนุญาต

¹⁸³ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 63.

¹⁸⁴ คำแปลคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาโดย อาจารย์ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ซึ่งอ้างอิงใน มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า.25.

¹⁸⁵ โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, อเมริกาศึกษา : การเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา แนวพินิจทางรัฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โครงการรัฐศาสตร์ศึกษา มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2553), หน้า.13-14.

นิวแฮมป์เชียร์ New Hampshire	จอร์จ มาลัน	1627	ค้าขายและการเกษตร ครั้งแรกเป็นส่วนหนึ่งของแมสซาชูเซตส์ (ค.ศ. 1641 - 1679) หลังจากนั้นขึ้นกับกษัตริย์อังกฤษ
แมริแลนด์ Maryland	ลอร์ดปลัดิมอร์	1634	เพื่อเป็นดินแดนของพวกคาทอลิก ปกครองแบบกึ่งศักดินา
โรดไอแลนด์ Rhode Island	วิลเลียมส์กับผู้ที่อพยพ จากแมสซาชูเซตส์	1636	แสวงหาเสรีภาพทางศาสนา มีการปกครองตนเอง ได้รับใบอนุญาตจากกษัตริย์อังกฤษใน ค.ศ. 1663
คอนเนทิคัต Connecticut	อูคเกอร์และผู้ที่อพยพ จากแมสซาชูเซตส์	1636	แสวงหาเสรีภาพทางศาสนาและทางการเมือง มีการปกครองตนเอง ได้รับใบอนุญาตจากกษัตริย์อังกฤษใน ค.ศ.1662
นอร์ทแคโรไลนา เซาท์แคโรไลนา North Carolina South Carolina	กลุ่มพวกขุนนาง	1663	หากำไรในการเกษตร มีการปกครองแบบกึ่งศักดินา จนถึง ค.ศ. 1729 ต่อจากนั้นขึ้นอยู่กับกษัตริย์และแยกออกเป็น 2 รัฐบาล
นิวยอร์ก New York	ดึก อ็อฟ ยอร์ค	1664	ขจัดอำนาจของฮอลแลนด์และหากำไรจากการเกษตร มีการปกครองแบบกึ่งศักดินา จนกระทั่ง ค.ศ. 1685 จึงขึ้นอยู่กับกษัตริย์
นิวเจอร์ซีย์ New Jersey	เบอร์กลีกับคาร์ทเรท ซื้อจากดึก อ็อฟ ยอร์ค	1664	ทำการเกษตรและค้าขาย มีการปกครองกึ่งศักดินา จนกระทั่ง ค.ศ. 1702 จึงขึ้นอยู่กับกษัตริย์
เพนซิลเวเนีย เดลาแวร์ Pennsylvania Delaware	วิลเลียม เพน্থ์	1681 1682	เป็นที่หลบภัยของพวกควakers ปกครองแบบกึ่งศักดินา ต่อมาได้แยก สถานิติบัญญัติจากกัน ในค.ศ. 1702 จึงขึ้นอยู่กับกษัตริย์
จอร์เจีย Geogia	ออกสิทธิ์บและ กลุ่มเพื่อน	1732	เป็นที่อยู่ของพวกมีหนี้สินล้มพันตัว ปกครองแบบกึ่งศักดินา จนกระทั่ง ค.ศ. 1752 จึงขึ้นอยู่กับกษัตริย์

ในการพัฒนาอาณานิคมในอเมริกานั้น แม้ว่ารัฐบาลอังกฤษมิได้มีส่วนโดยตรงในการก่อตั้งอาณานิคม แต่การที่กษัตริย์อังกฤษถือว่าพระองค์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในดินแดนของอเมริกาทั้งหมดและเป็นพระราชสมบัติของพระองค์ กอปรกับการที่อาณานิคมส่วนใหญ่ในอเมริกาจัดตั้งขึ้นโดยบริษัทที่ได้รับกฎบัตรจากกษัตริย์อังกฤษ รวมทั้งการที่กษัตริย์อังกฤษพระราชทานที่ดินแก่ขุนนางให้มาจัดตั้งอาณานิคมในอเมริกา ก็เท่ากับว่ารัฐบาลอังกฤษมีอำนาจเหนือดินแดนอาณานิคม

ในช่วงหลังคริสต์ศตวรรษที่ 17 อังกฤษต้องการควบคุมการบริหารอาณานิคมในอเมริกามากขึ้นจึงได้ตรากฎหมายออกมาหลายฉบับเพื่อควบคุมอาณานิคมในทางเศรษฐกิจ กฎหมายที่สำคัญ คือ กฎหมายนาวิ (Navigation Act) บังคับใช้ครั้งแรกใน ค.ศ.1651 และได้รับการปรับปรุงใหม่ใน ค.ศ.1660 ซึ่งกำหนดให้ชาวอาณานิคมจะต้องส่งผลิตภัณฑ์ต่างๆ เช่น ผ้าขนแกะ เครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ จากอังกฤษเท่านั้น ในขณะที่สินค้าที่ชาวอาณานิคมจะส่งออกไปจำหน่ายในต่างประเทศ เช่น กาแฟ น้ำตาล ข้าว และใบยาสูบ จะต้องส่งไปยังอังกฤษและใช้เรืออังกฤษหรือเรือของอาณานิคมบรรทุกเท่านั้น และห้ามมิให้ชาวอาณานิคมประกอบกิจการอุตสาหกรรมที่มีอยู่แล้วในอังกฤษ เพื่อจำกัดการแข่งขันกับกิจการอุตสาหกรรมในอังกฤษเอง การควบคุมในทางเศรษฐกิจดังกล่าวสร้างความไม่พอใจให้กับชาวอาณานิคมเป็นอันมาก ทั้งนี้เพราะตลอดเวลาที่ผ่านมาชาวอาณานิคมได้มีการปกครองตนเองมาโดยตลอด¹⁸⁶

มูลเหตุสำคัญที่ทำให้ชาวอาณานิคมทำสงครามประกาศอิสรภาพจากอังกฤษเป็นผลสืบเนื่องมาจากสงครามเจ็ดปี (Seven Year's War หรือ French Indian War) ระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส ซึ่งผลของสงครามนี้อังกฤษเป็นฝ่ายชนะเมื่อ ค.ศ. 1763 ทำให้ฝรั่งเศสเสียดินแดนของตนในทวีปอเมริกาให้แก่อังกฤษ การได้ดินแดนมากมายนี้ทำให้อังกฤษประสบปัญหาการดูแล และรักษาความสงบเรียบร้อยเพราะต้องใช้เงินเป็นจำนวนมากอังกฤษจึงหันมาใช้นโยบายเข้มงวดกับชาวอาณานิคม และออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากชาวอาณานิคมเป็นจำนวนหลายฉบับ ซึ่งกฎหมายที่นำมาซึ่งประเด็นแตกหัก คือ การที่รัฐสภาอังกฤษตราพระราชบัญญัติอากรแสตมป์ (Stamp Act) ใน ค.ศ.1765 กำหนดให้สิ่งตีพิมพ์และเอกสารทางกฎหมายที่สร้างขึ้นในดินแดนอาณานิคมจะต้องติดอากรแสตมป์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกโต้แย้งว่าขัดต่อหลักที่ว่าไม่มีภาษีหากปราศจากผู้แทน (No Taxation without Representation)¹⁸⁷ ซึ่งเป็นหลักเดียวกับที่ประเทศอังกฤษใช้เช่นเดียวกัน

ใน ค.ศ. 1767 อังกฤษออกกฎหมายชื่อว่า The Townshend Act เก็บภาษีจากสินค้าหลายรายการ เช่น ทองแดง ตะกั่ว กระจก กระดาษ สี และชา จากอาณานิคม ซึ่งถูกชาวอาณานิคมต่อต้านด้วยการงดซื้อและบริโภคสินค้าที่มาจากอังกฤษ เพื่อบีบบังคับให้อังกฤษยกเลิกกฎหมายฉบับนี้

¹⁸⁶ เอียม ฉายางาม, ประวัติศาสตร์อังกฤษ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), หน้า.206.

¹⁸⁷ บุญศรี มีวงศ์ไธษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 64.

ในขณะนี้ในช่วงที่มีการประท้วงและการจลาจล จนถึงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ.1771 เกิดการปะทะกัน อย่างรุนแรงที่เมืองบอสตัน เรียกเหตุการณ์นี้ว่า “การสังหารหมู่ที่บอสตัน” (Boston Massacre) สถานการณ์ระหว่างอังกฤษและชาวอาณานิคมยิ่งทวีความตึงเครียดมากขึ้น อังกฤษพยายามคลี่คลาย สถานการณ์ด้วยการยกเลิกพระราชบัญญัติทาวน์เซนต์แต่ยังคงเก็บภาษีใบชาตามเดิม แต่ชาวอาณานิคมยังคงประท้วงไม่ยอมซื้อใบชาจากอังกฤษ ทำให้บริษัทอินเดียตะวันออกของอังกฤษประสบกับการขาดทุน จึงขอร้องให้รัฐสภาอังกฤษช่วยเหลือ รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกพระราชบัญญัติใบชา (Tea Act) ในปี ค.ศ. 1773 อนุญาตให้บริษัทอินเดียตะวันออกผูกขาดการขายใบชาในอาณานิคมทั้งหมด โดยไม่ต้องเสียภาษีเพื่อให้ขายใบชาได้ในราคาถูกกว่าใบชาของชาติอื่น ซึ่งบรรดาผู้นำทางการเมืองของอาณานิคมเห็นว่า พระราชบัญญัติใบชาเป็นกบฏของรัฐบาลอังกฤษที่จะทำให้ชาวอาณานิคมยอมรับสิทธิในการเรียกเก็บภาษีของรัฐบาล ชาวอาณานิคมไม่พอใจเป็นจำนวนมากจึงรวมตัวกันต่อต้าน กระทั่งวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1773 เกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่า “งานเลี้ยงน้ำชาที่บอสตัน” (The Boston Tea Party) โดยชาวเมืองบอสตันปลอมตัวเป็นอินเดียนแดงขึ้นไปบนเรือบรรทุกใบชาของอังกฤษที่จอดเทียบท่าอยู่ และชนทีบใบชาทิ้งทะเล จากเหตุการณ์นี้ทำให้รัฐสภาอังกฤษออกพระราชบัญญัติกอดซี (Coercive หรือ Intolerable Act) ใน ค.ศ. 1774 เพื่อลงโทษชาวบอสตัน จุดมุ่งหมายเพื่อให้ชาวอาณานิคมยอมรับอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ รวมทั้งไม่ให้อาณานิคมอื่นๆ เอาเยี่ยงอย่าง แต่ก็ถูกต่อต้านจากชาวอาณานิคมและทำให้ชาวอาณานิคมรวมตัวกันต่อสู้โดยมีผู้แทนของอาณานิคมต่างๆ มาร่วมประชุมกัน 50 คน เรียกว่าการประชุมสภาองเกรสครั้งที่ 1 (The First Continental Congress) ที่เมืองฟิลาเดลเฟีย ในวันที่ 5 กันยายน - 26 ตุลาคม ค.ศ. 1774 นับเป็นการ เริ่มต้นขบวนการต่อสู้เพื่อเอกราชที่ชัดเจนขึ้น¹⁸⁸

สาระสำคัญในการประชุมสภาองเกรสครั้งที่ 1 (The First Continental Congress) มีดังนี้¹⁸⁹

- (1) ชาวอาณานิคมยังคงยืนยันในความจงรักภักดีต่อกษัตริย์อังกฤษ แต่ไม่ต้องการให้รัฐสภาอังกฤษเรียก ร้องและแสวงหาผลประโยชน์จากชาวอาณานิคมด้วยการออกกฎหมายบังคับ เก็บภาษีจากชาวอาณานิคม และไม่ต้องการให้รัฐสภาอังกฤษวางกฎเกณฑ์ทางการค้าแก่อาณานิคม
- (2) ที่ประชุมเห็นพ้องกันให้งดสั่งซื้อสินค้าและบริโภคสินค้าจากอังกฤษ (Non Importation, Non Consumption Agreement) และห้ามส่งสินค้าไปขายยังอังกฤษ และที่ประชุมได้

¹⁸⁸ อภิญา แก้วกำเหนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 60.

¹⁸⁹ สุรีย์ พงษ์จันทร์, ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิมพ์นิเทศ, 2526), หน้า 51-52

* ผู้สนใจสามารถศึกษาคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกาได้ที่ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, หน้า 23 - 27.

ประกาศตั้งคณะกรรมการแห่งภาคพื้นทวีป (The Continental Association) เพื่อทำหน้าที่ควบคุมการส่งสินค้าเข้าและออก

แต่สัมพันธภาพระหว่างอังกฤษและชาวอาณานิคมก็ยังไม่ดีขึ้น อังกฤษส่งทหารเข้ามา ในอาณานิคมเพิ่มขึ้นและการปะทะกันเริ่มรุนแรงขึ้น จากนั้นใน ค.ศ. 1775 กองทัพอังกฤษภายใต้การบังคับบัญชาของนายพลโทมัส เกซ ได้เข้าปะทะกับกองกำลังของฝ่ายอาณานิคมที่เล็กซิงตันและคองคอร์ด

สงครามระหว่างอังกฤษกับอาณานิคมจึงเริ่มขึ้นใน ค.ศ. 1775 นั้นเอง และในระหว่างที่มีการสู้รบกันอยู่นั้น มลรัฐทั้ง 13 มลรัฐที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษได้ร่วมกันประกาศอิสรภาพเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 โดย โทมัส เจฟเฟอร์สัน ทำหน้าที่เป็นผู้ร่างคำประกาศอิสรภาพ* ในเนื้อหาของคำประกาศดังกล่าวมีการอ้างอิงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และแนวความคิดปัจเจกชนนิยม

3.2.2 วิวัฒนาการทางการเมืองหลังการประกาศเอกราชและบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ ค.ศ. 1781

ภายหลังจากการประกาศอิสรภาพของชาวอาณานิคม เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 การปกครองของอาณานิคมมีลักษณะเป็นการรวมตัวของรัฐอิสระอย่างหลวมๆ ไม่มีหน่วยงานหรือรัฐบาลกลางที่จะรับผิดชอบการบริหาร สภาคองเกรสแห่งอาณานิคม (The Continental Congress) จึงต้องทำหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารงานของอาณานิคม ซึ่งก็ต้องประสบปัญหาและความยากลำบากในการดำเนินการหลายประการ เนื่องจาก¹⁹⁰

(1) สภาคองเกรสแห่งอาณานิคมมีลักษณะเป็นหน่วยงานในระหว่างสงคราม จึงได้รับการรับรองจากบรรดาอาณานิคมโดยพฤตินัย แต่ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน สภาคองเกรสจึงมีอำนาจตามที่เข้าใจเองว่ามีอำนาจตามที่อาณานิคมทั้ง 13 แห่ง จะมอบหมายให้พิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ที่เกิดขึ้น

(2) บรรดาอาณานิคมทั้ง 13 แห่ง ต่างถือว่าตนเป็นรัฐอิสระที่มารวมกันเพื่อประท้วงอังกฤษเท่านั้น แต่แต่ละอาณานิคมจึงถือว่าตนมีอำนาจอธิปไตยและใช้อำนาจอธิปไตยอย่างกว้างขวางในทุกกรณี รวมถึงการเข้าแทรกแซงการบริหารงานและการต่างประเทศของสภาคองเกรสด้วย

(3) คณะผู้แทนจากอาณานิคมต่างๆ มีการเปลี่ยนตัวบุคคลในคณะผู้แทนบ่อยครั้ง และการมาประชุมในสภาคองเกรสก็มาในฐานะผู้แทนทางการทูตของแต่ละอาณานิคม และการออกเสียงก็ออกเสียงเป็นคณะไม่ใช่ออกเสียงแต่ละบุคคล

¹⁹⁰ ปาน พิงสุจริต, ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา (กรุงเทพฯ: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2523), หน้า.35

สภาองเกรสจึงได้ประกาศใช้ “บทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ” (The Articles of Confederation) เพื่อสร้างความร่วมมือกันระหว่าง 13 รัฐดังกล่าวในการป้องกันภัยคุกคามจากประเทศอังกฤษ¹⁹¹ โดยมีลักษณะเป็นการรวมกันของรัฐอาณานิคมแบบหลวมๆ ทั้ง 13 มลรัฐ

หลักการอันเป็นสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐคือ¹⁹²

1. กำหนดให้รัฐสภามีเพียงสภาเดียว โดยรัฐสภาจะทำหน้าที่ทั้งทางด้านนิติบัญญัติและด้านบริหาร รัฐสภามีอำนาจประกาศสงคราม ทำสนธิสัญญาสันติภาพ และทำสนธิสัญญาพันธมิตรกับต่างประเทศ มีอำนาจกำหนดจำนวนเงินงบประมาณประจำปี จัดสร้างและทำนุบำรุงกองทัพบก และกองทัพเรือ แต่ไม่มีอำนาจจัดตั้งกองทหารแห่งชาติในยามปกติ และมีอำนาจตัดสินข้อพิพาทระหว่างรัฐตามวิธีการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ และจัดการปกครองอินเดียในแดน

2. แต่ละมลรัฐจะมีผู้แทนในรัฐสภาของสมาพันธรัฐได้อย่างมากไม่เกิน 7 คน และอย่างน้อยมีได้รัฐละ 2 คน แต่การออกเสียงในรัฐสภานั้นทุกมลรัฐมีคะแนนเสียงรัฐละ 1 เสียงเท่ากัน

3. การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐจะทำได้ต่อเมื่อทุกรัฐเห็นชอบด้วยเท่านั้น และข้อแก้ไขหรือเพิ่มเติมจะนำออกใช้ได้ต่อเมื่อมลรัฐอย่างน้อย 9 มลรัฐเห็นชอบรับรองข้อแก้ไขหรือบทเพิ่มเติมนั้นๆ

4. ตามบทบัญญัติของสมาพันธรัฐได้ระบุไว้ในตอนต้นว่า การรวมเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการรวมกันแบบสันนิบาตของมลรัฐต่างๆ (League of States) ซึ่งแต่ละมลรัฐยังคงมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ส่วนรัฐสภาของสมาพันธรัฐทำหน้าที่รัฐบาลกลางมีอำนาจอย่างจำกัด และไม่มีอำนาจควบคุมเอกชน รวมทั้งไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายเก็บภาษีจากประชาชนโดยตรง และไม่มีอำนาจแต่งตั้งทหาร

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐมีข้ออ่อนหลายประการ คือ บทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐไม่ได้ให้อำนาจแก่รัฐสภาแห่งสมาพันธรัฐในการควบคุมเอกชน สมาพันธรัฐมีลักษณะเป็นเพียงสันนิบาตหรือสมาคมของรัฐที่แต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นรัฐบาลแห่งสมาพันธรัฐจึงมีอำนาจจำกัดมีอำนาจควบคุมบางส่วนเหนือรัฐแต่ละรัฐได้ แต่ไม่มีอำนาจเหนือเอกชนที่อยู่ในรัฐต่างๆ โดยเฉพาะในเรื่องการเก็บภาษี รัฐบาลแห่งสมาพันธรัฐมีสิทธิกำหนดจำนวนภาษีในปีหนึ่งๆ ได้ แต่ไม่มีสิทธิจะออกกฎหมายเก็บภาษีจากประชาชนโดยตรง มีอำนาจทำได้เพียงออกกฎหมายขอแบ่งภาษีจากรัฐต่างๆ เท่านั้น โดยรัฐบาลของแต่ละรัฐจะเป็นผู้ออกกฎหมายเก็บภาษีโดยตรงจากประชาชนในรัฐของตน และใน

¹⁹¹ Gregory E. Maggs and Peter J. Smith, *Constitutional Law: A Contemporary Approach*, 1 ed. (U.S.A: Thomson Reuters, 2009), pp.3-4 อ้างถึงใน บรรคัคคี อูวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย*, หน้า 18.

¹⁹² อภิญา แก้วกำเหนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 63-64.

เรื่องการทหาร รัฐสภาแห่งสมาพันธ์มีอำนาจเพียงกำหนดโควตาจำนวนทหารที่แต่ละรัฐจะเรียกเกณฑ์ได้ แต่การแต่งตั้งนายทหาร การฝึกอบรบทหาร การพลกัการทหาร และระบบทหารทั้งหมดยังอยู่ภายใต้ อำนาจของแต่ละรัฐที่จะดำเนินการตามที่เห็นเหมาะสม โดยรัฐสภาของสมาพันธ์จะเข้าไปเกี่ยวข้องไม่ได้

นอกจากนี้ ข้อจำกัดอำนาจของรัฐสภาของสมาพันธ์ คือ รัฐสภาไม่มีอำนาจบังคับให้รัฐ ต่างๆ ปฏิบัติตามได้และในการใช้อำนาจสำคัญๆ นั้น รัฐสภาของสมาพันธ์จะต้องได้รับความเห็นชอบ จากรัฐต่างๆ อย่างน้อย 9 มลรัฐขึ้นไป หรือจำนวนสองในสามของจำนวนรัฐทั้งหมด และแม้จะ สามารถมีมติออกมาได้ก็ไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่กำหนดให้รัฐแต่ละรัฐต้องปฏิบัติตามมตินั้นๆ

ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่รัฐสภาของสมาพันธ์ไม่อาจหาเงินได้เพียงพอ เนื่องจากรัฐสภาขาด อำนาจในการจัดเก็บภาษีจึงใช้วิธีหาเงินโดยการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศและจัดพิมพ์ ธนบัตรขึ้นใหม่ ซึ่งไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาที่ถูกต้อง และที่สำคัญคือรัฐสภาของสมาพันธ์ไม่สามารถ ควบคุมการค้าและการพาณิชย์ระหว่างรัฐต่างๆ ได้ อำนาจในการควบคุมการค้าขึ้นอยู่กับรัฐบาลของ แต่ละรัฐ ทำให้เกิดปัญหาทางการค้าขึ้น เพราะแต่ละรัฐต่างแข่งขันกันเอง กำหนดอัตราภาษีและพิธี การทางการค้าแตกต่างกัน สร้างความลำบากให้กับบริษัทการค้าต่างประเทศอย่างยิ่ง สิ่งเหล่านี้เป็น ปัญหาสำคัญในการบริหารประเทศภายใต้บทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ

บทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐเป็นเสมือนสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral treaty) ระหว่าง 13 รัฐ มากกว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ ด้วยบทบัญญัตินั้นเน้นย้ำว่าแต่ละรัฐยังคงมีอำนาจ อธิปไตยเป็นของตนเอง มีอิสรภาพ และเป็นเอกราช และภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว แต่ละรัฐต้องส่ง ผู้แทนมาร่วมประชุมเป็นสภาองเกรสเหมือนเช่นเคย แต่สภาองเกรสนั้นมีอำนาจเพียงผ่านกฎหมาย โดยให้แต่ละรัฐสามารถออกเสียงได้เพียงเสียงเดียวเท่านั้น¹⁹³

3.2.3 ที่มาของสภาร่างรัฐธรรมนูญและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787

3.2.3.1 สาเหตุของการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787

ความอ่อนแอของการรวมตัวกันของอาณานิคมทั้ง 13 รัฐ ภายใต้บทบัญญัติ แห่งสมาพันธ์รัฐ ทำให้สภาองเกรสเรียกประชุมใน ค.ศ.1787 เพื่อแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ แต่เมื่อมีการประชุมเกิดขึ้นจริงๆ แล้ว เนื้อหาในการประชุมกลับกลายเป็นร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้ง ฉบับ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนรูปแบบการปกครองจากการรวมตัวแบบหลวมๆ อย่างสมาพันธ์รัฐกลายเป็น รูปแบบสหรัฐซึ่งมีรัฐบาลกลางที่มีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้น

¹⁹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 18.

3.2.3.2 ที่มาและองค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ¹⁹⁴

การประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้น ณ เมืองฟิลาเดลเฟีย ระหว่างวันที่ 14 พฤษภาคม – 17 กันยายน ค.ศ. 1787 โดยสภาองเกรส มีมติให้รัฐทั้ง 13 รัฐ ส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม โดยต้องการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐ เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่ในขณะนั้น ทั้งนี้แต่ละรัฐจะส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมรัฐละกี่คนก็ได้ แต่เมื่อลงมติในที่ประชุมจะต้องลงมติในนามของรัฐ กล่าวคือ ไม่ว่ารัฐนั้นจะส่งตัวแทนมากี่คนก็ตาม เมื่อลงมติในที่ประชุมแต่ละรัฐจะลงมติได้เพียงเสียงเดียวเท่านั้น ไม่ได้ลงมติตามจำนวนผู้แทนที่ส่งมาร่วมประชุม ซึ่งในประเด็นนี้มีนักวิชาการมองว่าการไม่จำกัดจำนวนตัวแทนที่แต่ละรัฐจะส่งเข้าร่วมประชุมแต่จำกัดให้แต่ละรัฐมีเสียงในการลงประชามติเพียงเสียงเดียว อาจทำให้เกิดปัญหาความยุ่งยากได้ ถ้าหากรัฐหนึ่งๆ ส่งตัวแทนมาเป็นจำนวนมาก แล้วในบรรดาตัวแทนจากรัฐเดียวกันมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน จะทำให้การลงมติให้ความเห็นชอบในประเด็นต่างๆ เป็นไปอย่างล่าช้า หรือหยุดชะงักลง เพราะตัวแทนในรัฐนั้นๆ ไม่สามารถตกลงกันได้ว่าจะลงมติดังไร แต่อย่างไรก็ตามในการประชุมครั้งนั้น ที่ประชุมมิได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่ได้ถูกเรียกประชุมมา แต่กลับเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ ซึ่งก่อให้เกิดประเด็นปัญหาว่าการที่ผู้แทนมลรัฐกระทำการดังกล่าวนอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่ได้รับมอบหมายจากมลรัฐกระทำหรือไม่ และชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประเด็นเรื่องการได้รับความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐแล้วมีการระบุว่าการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้ง 13 มลรัฐ แต่รัฐธรรมนูญที่ยกร่างขึ้นใหม่จากการประชุมในครั้งนี้กลับระบุว่าให้รัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทุกมลรัฐหากรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นชอบเพียง 9 มลรัฐ จาก 13 มลรัฐ ก็เพียงพอที่จะให้มีผลบังคับใช้แล้ว จากประเด็นปัญหาดังกล่าวจึงทำให้เกิดข้อสังเกตที่น่าพิจารณาว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับนี้จะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยหรือไม่

สำหรับที่มาของตัวแทนของแต่ละรัฐนั้น สภาองเกรสไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์การคัดเลือกตัวแทนในแต่ละรัฐ และไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของตัวแทนเหล่านั้นด้วย ซึ่งรัฐส่วนใหญ่ มักจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐนั้นๆ ทำหน้าที่เลือกผู้ที่จะมาเป็นตัวแทนของรัฐในการประชุม

ในการประชุมที่เมืองฟิลาเดลเฟียดังกล่าว มีรัฐโรดไอแลนด์เพียงรัฐเดียวที่ไม่ยอมส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุม ตัวแทนจาก 12 รัฐทั้งหมดมีจำนวน 55 คน ในส่วนของตัวแทนผู้เข้าร่วมประชมนั้น มีข้อสังเกตอยู่สองประการ คือ ประการแรก ตัวแทนทั้ง 55 คนนี้ ล้วนแล้วแต่เป็นนักวิชาการ นักปรัชญา ทั้งทางสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ บางคนก็เป็นพ่อค้าหรือผู้มีอิทธิพลในรัฐนั้นๆ ยิ่งกว่านั้นบางคนก็เป็นผู้มีส่วนร่วมในการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เช่น เบนจามิน

¹⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

แฟรงคลิน (Benjamin Franklin), เจมส์ เมดิสัน (James Madison), อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) และ จอร์จ วอชิงตัน (George Washington) เป็นต้น โดยทั้ง 55 คนนี้ ไม่มีผู้ใดมาจากชนชั้นกรรกร ผู้ใช้แรงงาน หรือทาสเลย ประการที่สอง เมื่อไม่มีข้อกำหนดถึงคุณสมบัติของตัวแทนที่เข้าร่วมประชุม ตัวแทนทั้ง 55 คนดังกล่าว จึงอยู่ในวัยที่ต่างๆ กัน บางคนก็อยู่ในวัยที่อาวุโส อายุเกิน 60 ปี (เช่น โรเจอร์ เซอร์แมน (Roger Sherman), วิลเลียม จอห์นสัน (William Johnson) เป็นต้น) แต่ส่วนใหญ่ตัวแทนเหล่านี้มีอายุน้อยมาก โดยมีตัวแทนจำนวน 4 คน ที่มีอายุยังไม่ถึง 30 ปี และจำนวนหนึ่งในสามของตัวแทนทั้งหมด อยู่ในวัยไม่เกิน 30 ปี

3.2.3.3 กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ¹⁹⁵

ในลำดับแรกของการประชุมที่ประชุมมีมติเป็นเอกฉันท์เลือก จอร์จ วอชิงตัน เป็นประธานในที่ประชุม และเลือก วิลเลียม แจคสัน (William Jackson) เป็นเลขา จากนั้นที่ประชุมก็ได้ตั้งคณะกรรมการ ซึ่งมีองค์คณะทั้งหมด 3 คน ได้แก่ อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน, จอร์จ ไวท์ (George Wythe) และชาร์ลส์ พินคเนย์ (Charles Pinckney) ทำหน้าที่ร่างกฎในการประชุมเพื่อใช้บังคับตลอดการประชุม เพื่อให้การประชุมมีระเบียบ โดยกฎดังกล่าว แบ่งออกเป็น 2 ด้าน ได้แก่

ด้านที่หนึ่ง กฎที่เกี่ยวกับความประพฤติของผู้เข้าร่วมประชุม

กฎประเภทนี้ที่ควบคุมเรื่องการปราศรัยในที่ประชุม และการอภิปรายในที่ประชุม โดยกฎดังกล่าวได้กำหนดว่า ถ้าหากตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมคนใดต้องการลุกขึ้นปราศรัย ต้องบอกกล่าวประธานในที่ประชุมก่อน และระหว่างที่บุคคลผู้นั้นกำลังปราศรัยอยู่นั้น ห้ามบุคคลอื่นในที่ประชุมพูดแซง หรือพูดคุยกับคนอื่น และห้ามอ่านหนังสือ แผ่นพับ รายงาน สิ่งพิมพ์หรือเอกสารที่เขียนด้วยลายมือ เป็นต้น

ด้านที่สอง กฎที่เกี่ยวกับกระบวนการในการประชุม

กฎในการประชุมกำหนดว่า การประชุมดังกล่าวนี้ถือหลักว่าการประชุมจะต้องเป็นความลับ ห้ามตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมทำสำเนาส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือทั้งหมดของรายงานการประชุม ห้ามตัวแทนเผยแพร่ทุกสิ่งที่เกิดในที่ประชุมสู่สาธารณะ หรือนำเรื่องดังกล่าวไปเล่าให้คนอื่นฟัง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากที่ประชุม¹⁹⁶ และห้ามสื่อมวลชนเข้าในที่ประชุมด้วย หลักเรื่องการประชุมเป็นความลับนี้มีข้อดีหลายๆ ที่เป็นปัจจัยให้การประชุมดังกล่าวประสบความสำเร็จอยู่สองประการด้วยกัน คือ ประการ

¹⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-24.

¹⁹⁶ อย่างไรก็ตาม กฎการประชุมดังกล่าวไม่ได้ห้ามตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมจดบันทึกสิ่งที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลาการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในที่ประชุม นายเมดิสันจึงบันทึกเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในการประชุมที่ฟิลาเดลเฟียดังกล่าว และเมื่อเมดิสันเสียชีวิตลง บันทึกของเขาได้ถูกนำมาเผยแพร่ ทำให้สาธารณชนได้รับรู้ว่าจะเกิดอะไรขึ้นบ้างในการประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญครั้งนั้น, อ้างแล้วเรื่องเดียวกัน

แรก กฎดังกล่าวทำให้ตัวแทนที่เข้าร่วมประชุมสามารถแสดงความคิดเห็นได้โดยอิสระ ไม่ต้องกลัวว่าคำพูดของตนเองจะก่อให้เกิดผลร้ายกับตนเองในภายหลัง ประการที่สอง เอกสารการประชุมไม่ได้เผยแพร่สู่สาธารณะแล้ว การประชุมก็ดำเนินไปอย่างราบรื่นยิ่งขึ้นเพราะตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมจะโต้แย้งแสดงความคิดเห็นกันด้วยเหตุผล ไม่ใช่แสดงความคิดเห็นเพื่อแสดงความแค้นให้สาธารณชนได้รับรู้ โดยพยายามหักล้างความเห็นของอีกฝ่ายทุกวิถีทางด้วยเหตุผลที่ไม่สมเหตุผล หรือด้วยสิ่งที่ไม่เป็นประเด็นอันเป็นสาระสำคัญ

ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏว่ามีการเสนอเกี่ยวกับรูปแบบโครงสร้างของรูปแบบการบริหารประเทศ 2 ข้อเสนอที่สำคัญ ได้แก่¹⁹⁷

ข้อเสนอแรก ข้อเสนอเวอร์จิเนีย (Virginia plan) คือ เสนอให้เน้นไปที่การสร้างรัฐบาลกลางให้มีความเข้มแข็ง และมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับปัจเจกบุคคล โครงสร้างของสภาใช้ระบบสองสภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยมีมลรัฐมีผู้แทนในแต่ละสภามาตามสัดส่วนประชากรในแต่ละมลรัฐ ฝ่ายบริหารแยกออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีประธานาธิบดีเป็นหัวหน้า ซึ่งประธานาธิบดีจะเป็นทั้งผู้มีอำนาจสูงสุดในทางบริหารและเป็นผู้นำสูงสุดของกองทัพ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งศาลที่เป็นอิสระ

ข้อเสนอที่สอง ข้อเสนอนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey plan) คือ เสนอให้ใช้ระบบสภาเดี่ยว ซึ่งมลรัฐในทุกมลรัฐมีผู้แทนในสภาเท่ากัน จัดตั้งศาลฎีกาเป็นศาลในระดับสหรัฐ

ข้อเสนอทั้งสองถูกประนีประนอม ซึ่งรู้จักกันในนาม “Connecticut Compromise” หรือ “Great Compromise” โดยผลของการประนีประนอมนี้ รัฐธรรมนูญจะประกอบไปด้วยระบบสองสภาในรัฐสภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร ซึ่งจำนวนผู้แทนเป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนประชากรในแต่ละมลรัฐ ส่วนอีกสภาคือ วุฒิสภา ซึ่งทุกมลรัฐมีผู้แทนเท่ากันในสภานี้ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งศาลฎีกาในระดับสหรัฐขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ แต่ปล่อยให้ประธานาธิบดีตัดสินใจของรัฐสภาที่จัดตั้งศาลที่ต่ำกว่าในระบบสหรัฐหรือไม่

เมื่อได้มีการอภิปรายและลงมติในประเด็นสำคัญจนครบแล้ว ที่ประชุมได้ตั้งคณะกรรมการพิจารณารายละเอียด (Committee of Detail) ประกอบด้วยบุคคล 5 คน เพื่อทำหน้าที่นำประเด็นสำคัญที่ได้รับการลงมติจากที่ประชุมแล้ว มาพิจารณาในรายละเอียดที่จะต้องเขียนอยู่ในรัฐธรรมนูญและเมื่อได้พิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการดังกล่าวก็ต้องทำรายงานเสนอต่อที่ประชุม และที่ประชุมก็ต้องอภิปรายต่อในรายละเอียดที่คณะกรรมการเสนอ โดยต้องพิจารณาเป็นรายมาตราไป

¹⁹⁷ มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, หน้า 28.

เมื่อที่ประชุมได้พิจารณารายละเอียดเรียบร้อยแล้ว ที่ประชุมก็จะส่งรายละเอียดเหล่านั้นให้แก่คณะกรรมการการรูปแบบ (Committee of style) โดยคณะกรรมการการดังกล่าวมีหน้าที่นำข้อตกลงของที่ประชุม และรายละเอียดต่าง ๆ มาเขียนเป็นร่างรัฐธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาถ้อยคำภาษาในร่างรัฐธรรมนูญด้วย คณะกรรมการการคณะนี้ ได้แก่ เจมส์ เมดิสัน วิลเลียม จอห์นสัน, รูฟัส คิง (Rufus King) และอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน

จากนั้น ที่ประชุมก็ต้องพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการการการรูปแบบร่างเสร็จ ในขั้นตอนนี้ที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกเล็กน้อย เมื่อแก้ไขเรียบร้อยแล้วตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมก็ได้ลงนามในร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 17 กันยายน ค.ศ.1787 โดยมีตัวแทนผู้เข้าร่วมประชุมลงนามเพียง 39 คนเท่านั้น เพราะมีตัวแทนจำนวน 16 คน ได้เดินทางกลับรัฐของตนเอง ระหว่างที่การประชุมยังดำเนินอยู่ อย่างไรก็ตาม แม้ตัวแทนทั้ง 16 คน จะไม่ได้ลงนามในรัฐธรรมนูญ แต่ตัวแทนที่ร่วมลงนามทั้ง 39 คนนั้น ก็มีครบทั้ง 12 รัฐ

3.2.3.4 การให้สัตยาบันและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787¹⁹⁸

บทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดเอาไว้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญจะยังไม่มีผลบังคับใช้ใดๆ จนกว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นจะได้รับการให้สัตยาบันโดยมลรัฐต่างๆ แล้ว โดยการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดไว้ว่ามลรัฐเพียง 9 มลรัฐ (จาก 13 มลรัฐ) ก็ถือว่าเพียงพอที่จะทำให้รัฐธรรมนูญนั้นมีผลใช้บังคับและผูกพันรัฐที่เหลือ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือ ใครจะต้องเป็นผู้ให้สัตยาบัน

สำหรับประเด็นปัญหานี้ เจมส์ เมดิสัน เคยเขียนจดหมายถึง จอร์จ วอชิงตัน ก่อนมีการประชุม โดยมีใจความหลัก คือ การให้สัตยาบันนั้นต้องทำโดยประชาชน ไม่ใช่สัตยาบันจากอำนาจโดยทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางปฏิบัติที่ประชุมได้เสนอให้สภาองเกรสส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้มลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ พร้อมแนบคำแนะนำด้วยว่าให้มอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้แก่ที่ประชุมของผู้แทนในแต่ละรัฐซึ่งได้รับเลือกจากประชาชนรัฐนั้นๆ ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐนั้นๆ เอง จะเป็นผู้จัดให้มีการอภิปรายเรื่องการให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญ และตัวแทนที่ได้รับเลือกให้เป็นตัวแทนในการประชุมเพื่ออภิปรายดังกล่าวก็ได้รับเลือกจากประชาชนทั้งโดยตรงและทางอ้อมแล้วแต่มลรัฐ ซึ่งตัวแทนเหล่านั้นมีจำนวนไม่เท่ากันในแต่ละมลรัฐ และส่วนใหญ่มักจะเป็นผู้แทนในฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐนั้นๆ นั่นเอง

การให้สัตยาบันเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้เป็นเรื่องที่ยากกว่าที่ทุกคนคาดไว้แต่แรก ตัวแทนที่ไม่ได้ลงนามในร่างรัฐธรรมนูญในที่ประชุมฟิลาเดลเฟีย ส่วนใหญ่กลายเป็นผู้ที่

¹⁹⁸ บารัคดี อูรรมโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 24-27.

ต่อต้านการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ เพราะไม่สนับสนุนให้รัฐบาลกลางมีอำนาจ และยังต้องการให้มลรัฐทุกมลรัฐยังมีอำนาจอธิปไตยอย่างเต็มที่ ทั้งนี้ 9 มลรัฐแรกที่ให้สัตยาบันและทำให้ร่างรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้ ได้แก่ เดลาแวร์, เพนซิลเวเนีย, นิวเจอร์ซีย์, จอเจีย, คอนเนตทิคัต, แมสซาชูเซตส์, แมริแลนด์, เซาท์ แคโรไลนา และนิวแฮมป์เชียร์ ในทางกฎหมายถือว่ารัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ได้แล้วและต้องผูกพันกับมลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงทุกมลรัฐยังคงให้ความสนใจต่อมลรัฐใหญ่อย่างเวอร์จิเนีย และนิวยอร์ก เพราะทุกมลรัฐรู้ว่า ตราบไคที่สองมลรัฐใหญ่นี้ยังไม่ให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญ สถาบันของรัฐธรรมนูญและการรวมตัวกันเป็นสหรัฐ ก็ยังไม่ถือว่ามั่นคง¹⁹⁹

ทั้งนี้การให้สัตยาบันของมลรัฐเวอร์จิเนีย และนิวยอร์ก เป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพราะทั้งสองมลรัฐมีการเปิดอภิปรายเรื่องการให้สัตยาบันดังกล่าวอย่างเข้มข้น โดยในการประชุมเพื่อให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญทั้งสองมลรัฐนั้น ตัวแทนได้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่สนับสนุนการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญซึ่งสนับสนุนการสร้างอำนาจให้แก่รัฐบาลกลาง (เรียกว่า federalist หรือ nationalist) ส่วนอีกฝ่าย คือ ฝ่ายที่ต่อต้านการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เห็นด้วยกับการให้อำนาจอย่างมากแก่รัฐบาลกลาง (เรียกว่า Anti-Federalist) ในมลรัฐเวอร์จิเนีย ฝ่ายที่สนับสนุนการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ นำโดย เจมส์ เมดิสัน, จอร์จ นิโรลัส (George Nicholas), จอห์น มาแชล (John Marshall), เฮนรี ลี (Henry Lee), เอดมัน เพนเดลตัน (Edmund Pendleton) และ เอดมัน แรนดอล์ฟ (Edmund Randolph) ส่วนฝ่ายที่ต่อต้านการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญนำโดย จอร์จ เมสัน (George Mason) และแพทริค เฮนรี (Patrick Henry) แต่สุดท้ายที่ประชุมในมลรัฐเวอร์จิเนียก็ลงมติให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญ ด้วยคะแนนเสียง 89-79 ซึ่งการลงมติดังกล่าวในมลรัฐเวอร์จิเนียใช้เวลาในการอภิปรายทั้งสิ้น 3 สัปดาห์²⁰⁰

ส่วนในนิวยอร์กนั้น การอภิปรายดังกล่าว ฝ่ายสนับสนุนการให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญ นำโดย อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน ส่วนฝ่ายคัดค้านการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ นำโดย เอแลงค์ตัน สมิทท์ สุดท้ายที่ประชุมขอตัวแทนมีมติให้สัตยาบันแก่รัฐธรรมนูญ โดยผลการลงมตินั้นมีผู้ลงมติให้สัตยาบันต่างจากผู้ลงมติไม่ให้สัตยาบันเพียง 3 คน เท่านั้น (30 ต่อ 27) ทั้งนี้การลงมติให้ความเห็นชอบกับการให้สัตยาบันดังกล่าวไม่ได้เกิดจากการโน้มน้าวใจของฝ่ายที่สนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญ หากแต่มลรัฐนิวยอร์ก เกรงว่าถ้าหากตนไม่ให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว เมืองต่างๆ ทางใต้ของมลรัฐ

¹⁹⁹ James Mussatti, *The Constitution of the United States* (Princeton: D. Van Nostrand Co., Inc., 1960).pp.76.

²⁰⁰ Robert A.Goldwin and Kaufman (Written by Walter Berns), *Constitution Makers on Institution Making*. (American Enterprise Institution for Public Policy Research, 1988), หน้า.148.

นิวยอร์ก และเมืองใหญ่หลายเมืองจะใช้เหตุผลดังกล่าวเป็นข้ออ้างในการขอแยกตัวจากมลรัฐนิวยอร์ก เพื่อไปร่วมตัวกับสหรัฐ

ต่อมามลรัฐนอร์ทแคโรไลนาได้ลงมติไม่ให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญแต่ในการประชุมครั้งต่อมา ที่ประชุมได้ลงมติให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ และสุดท้ายที่ประชุมของมลรัฐโรดไอแลนด์ (ซึ่งไม่ได้ส่งตัวแทนเข้าร่วมประชุมตั้งแต่แรกที่เมืองฟิลาเดลเฟีย) ก็มีมติให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ ในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ.1790 ด้วยคะแนนเสียง 34-32 เพราะเกรงว่า เมื่อมลรัฐทั้ง 12 มลรัฐ ต่างให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญและเข้าร่วมสหรัฐกันหมดแล้วตนเองจะโดยเดียว และถูกปฏิบัติจากมลรัฐทั้ง 12 ประหนึ่งเป็นรัฐต่างดาว จึงยอมให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญ และเข้าร่วมสหรัฐด้วย

ตารางที่ 7 แสดงการให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญของมลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ²⁰¹

รัฐ	วันที่ให้สัตยาบัน	ผลการให้สัตยาบัน (เห็นชอบ – ไม่เห็นชอบ)
เดลาแวร์	วันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ.1787	30-0
เพนซิลเวเนีย	วันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ.1787	46-23
นิวเจอร์ซีย์	วันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ.1787	38-0
จอร์เจีย	วันที่ 2 มกราคม ค.ศ.1788	26-0
คอนเนคติกัต	วันที่ 9 มกราคม ค.ศ.1788	128-40
แมสซาชูเซตส์	วันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1788	187-168
แมริแลนด์	วันที่ 28 เมษายน ค.ศ.1788	63-11
เซาท์แคโรไลนา	วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1788	149-73
นิวแฮมป์เชียร์	วันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ.1788	57-47
เวอร์จิเนีย	วันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1788	89-79
นิวยอร์ก	วันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ.1788	30-27
นอร์ทแคโรไลนา	วันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ.1788	195-77
โรดไอแลนด์	วันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ.1788	34-32

การให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญโดยมลรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาขณะนั้น ส่งผลให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ในตอนต้นมีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่ากระบวนการจัดทำ

²⁰¹ Gregory E. Maggs and Peter J. Smith, *Constitutional Law: A Contemporary Approach*, pp.10.

รัฐธรรมนูญจะเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ เพราะผู้แทนของมลรัฐมีอำนาจเพียงแก้ไขบทบัญญัติของสมาพันธ์เท่านั้น ไม่ได้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ เกิดความชอบธรรมและเกิดการยอมรับในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมากขึ้น เมื่อในท้ายที่สุดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาถูกนำกลับไปให้ประชาชน (ผ่านผู้แทนของมลรัฐ) ให้สัตยาบัน แม้จะไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในตอนต้นนั้นขัดต่อหลักผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือพิจารณาได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนชาวสหรัฐอเมริกาได้นัก แต่ก็เป็นการดีที่ในท้ายที่สุดการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้ถูกนำกลับมาขอความเห็นชอบจากประชาชนผู้ซึ่งมีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง จึงอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการลงประชามติดังกล่าวได้ทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาในขั้นตอนสุดท้าย และกลับเข้าสู่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

จากการศึกษาประวัติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ยุคเป็นอาณานิคมซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษจวบจนรัฐอาณานิคมทั้ง 13 มลรัฐ ประกาศอิสรภาพไม่ขึ้นต่อรัฐบาลอังกฤษ และได้มีการร่างรัฐธรรมนูญใช้เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ พบว่าสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่ใหญ่ๆ ที่ใช้ปกครองประเทศอยู่สามกฎหมาย คือ กฎบัตร (Charter), บทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ และรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 สามารถสรุปได้ ดังนี้

กฎบัตร (Charter) ที่กษัตริย์อังกฤษพระราชทานให้แก่บริษัทเอกชนและขุนนางที่ประสงค์จะเข้าไปประโยชน์ในดินแดนอาณานิคม เพื่อใช้แสดงสิทธิในการใช้อำนาจบังคับในดินแดนอาณานิคมนั้นเป็นเพียงเอกสารสิทธิที่ใช้ปกครองรัฐอาณานิคมต่างๆ เท่านั้น มิใช่กฎหมายที่กำหนดโครงสร้างของรัฐหรือการจกก่อให้เกิดระบบกฎหมายหรือระบบการเมืองแต่อย่างใด รัฐอาณานิคมยังต้องอยู่ภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของอังกฤษโดยมีผู้แทนของรัฐบาลอังกฤษส่งคนมาควบคุมและปกครองรัฐอาณานิคม กฎบัตรจึงไม่มีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติสูงสุดของประเทศแต่อย่างใด

บทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐ หากพิจารณาในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจและการก่อตั้งองค์กรอย่างเดี่ยวอาจพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐดังกล่าวมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดหน้าที่ของรัฐบาลกลาง และประสานความสัมพันธ์ระหว่างรัฐอาณานิคมและเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของสหรัฐอเมริกา แต่หากพิจารณาสภาพสังคมและเหตุการณ์ทางการเมืองประกอบแล้วจะพบว่าบทบัญญัติแห่งสมาพันธ์รัฐเป็นเพียงบทบัญญัติในลักษณะพหุภาคี ซึ่งเกิดขึ้นโดยการรวมตัวของมลรัฐทั้ง 13 มลรัฐ อย่างรวมๆ รัฐบาลกลางไม่มีอำนาจในการบังคับให้รัฐบาลของแต่ละมลรัฐกระทำการใดๆ ตามที่รัฐบาลกลางต้องการ ทั้งเรื่องการ

จัดเก็บภาษี หรือการตั้งกำแพงทางการค้า และแต่ละมลรัฐยังมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเพียงสัญลักษณ์ยืนยันความเป็นเอกราชของสหรัฐอเมริกาที่เป็นอิสระจากอังกฤษและเป็นการรับรองรัฐบาลของตนเองเท่านั้น หากได้มีคำบังคับเป็นรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่

เมื่อบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐไม่สามารถบังคับใช้และมีอิทธิพลเหนือมลรัฐต่างๆ ก่อปรกับเกิดปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมที่สหรัฐอเมริกาต้องเร่งรัดจัดการ สภาองเกรสจึงประชุมกันและมีมติให้มีการประชุมเพื่อทำการแก้ไขบทบัญญัติแห่งสมาพันธรัฐให้มีความชัดเจนขึ้น จนกระทั่งมีการจัดทำรัฐธรรมนูญและประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาตามที่ได้ทราบในข้างต้นแล้วนั้น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นบทพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีความเป็นประชาธิปไตยทั้งในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การแบ่งแยกอำนาจ การกำหนดกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนกลไกการสร้างเสถียรภาพทางการเมืองให้รัฐบาลนั้น มีประเด็นที่พึงพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติเป็นการคุ้มครองประชาชนและเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยแล้ว กระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะมีความเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เมื่อสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เกิดขึ้นจากการประกาศเอกราชจากอังกฤษ ในทางกฎหมายมหาชนสามารถพิจารณาได้ว่าการเกิดรัฐและอำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกามีขึ้นก่อนมีรัฐธรรมนูญดังกล่าว อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการตรารัฐธรรมนูญจึงเคลื่อนกลิ้งไปกับอำนาจอธิปไตย

ประการที่สอง จึงต้องพิจารณาต่อมาว่าอำนาจอธิปไตยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นของใคร ในประเด็นนี้เองพิจารณาได้ว่าอำนาจอธิปไตยของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในวันที่สหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพจากอังกฤษในการแยกตัวออกมาจากอังกฤษอย่างสิ้นเชิง อเมริกาจึงเป็นรัฐเกิดใหม่ที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและเมื่อประชาชนชาวอาณานิคมในสมัยนั้นรวมตัวกันเรียกร้องสิทธิเสรีภาพจากอังกฤษปรากฏในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกานั้น จึงพอพิจารณาได้ว่าเป็นการประกาศอิสรภาพเพื่อให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนชาวอาณานิคมทุกคนซึ่งต่อมาเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา อำนาจอธิปไตยจึงเป็นของประชาชน และได้ใช้เป็นกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้ในภายหลังได้มีการตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไว้ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ประการที่สาม เมื่อประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งจะใช้เป็นเครื่องมือในการวางโครงสร้างของรัฐและกำหนดองค์กรต่างๆ ภายในรัฐ

ประการที่สี่ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ได้รับการคัดเลือกมาจากสภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐ ทำให้สมาชิกมีความยึดโยงต่อประชาชน แม้มิใช่กระบวนการ

ประชาธิปไตยทางตรง แต่เมื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เมื่อสภานิติบัญญัติดังกล่าวเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมหมายถึงการเป็นผู้แทนของประชาชนในการเลือกผู้มีความรู้ความสามารถเข้าไปร่างรัฐธรรมนูญ

ประการที่ห้า เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากข้อตกลงร่วมกันของที่ประชุมผู้แทนมลรัฐแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นจึงเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญสามารถจัดทำรัฐธรรมนูญได้อย่างสมบูรณ์

ประการที่หก เมื่อร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการให้สัตยาบันโดยตัวแทนที่ได้รับเลือกให้เป็นตัวแทนในการประชุมซึ่งได้รับเลือกจากประชาชนทั้งโดยทางตรง และทางอ้อมแล้วก็ย่อมถือได้ว่าประชาชนได้ใช้อำนาจทางอ้อมโดยผ่านผู้แทนแล้ว การลงประชามติดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นการลงประชามติจากประชาชนในมลรัฐนั้นๆ แล้ว เมื่อรัฐธรรมนูญได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อมุ่งประสงค์ให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การแบ่งแยกอำนาจ และการกำหนดกลไกของรัฐ ประชาชนได้มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว และรัฐธรรมนูญยังถูกจัดทำขึ้นโดยผู้มีความเชี่ยวชาญที่รู้ปัญหาและหาวิธีแก้ไขปัญหา เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการจัดทำที่เป็นประชาธิปไตยมีเนื้อหาและความชอบธรรมในการบังคับใช้กับประชาชนสหรัฐอเมริกาทุกคน

3.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน

สหพันธสาธารณรัฐเยอรมันเป็นประเทศที่มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน ถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีความเจริญรุ่งเรืองและมีอิทธิพลแผ่ไปทั่วยุโรปในยุคๆ หนึ่ง จนกระทั่งเกิดปัญหาในการรวมแคว้นต่างๆ ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียว การเผชิญปัญหาการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครองที่เปลี่ยนระบอบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นระบอบสาธารณรัฐ การเผชิญปัญหาความขาดเสถียรภาพทางการเมือง และเป็นประเทศผู้แพ้สงคราม ซึ่งถือได้ว่ามีวิวัฒนาการทางการเมืองมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน ด้วยวิวัฒนาการทางการเมืองดังกล่าวนี้เองจึงทำให้สหพันธสาธารณรัฐเยอรมันมีรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญหลายรูปแบบทั้งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยกษัตริย์ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีประเทศอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ตลอดจนมียุคที่สหพันธสาธารณรัฐเยอรมันไม่มีแม้แต่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนภายในประเทศในยุคสมัยนาซี

ด้วยกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่หลากหลายของประเทศเยอรมันนี้เอง จึงควรทำการศึกษาเพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในรูปแบบการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความแตกต่างกันออกไป ซึ่งมีรายละเอียดแบ่งตามยุคสมัยได้ดังนี้

3.3.1 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการทางการเมืองของอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชนเผ่าเยอรมัน – รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 เมษายน ค.ศ.1871 (ฉบับบิสมาร์ก)²⁰²

อาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชนเผ่าเยอรมันมีลักษณะของการรวมตัวกันแบบหลวมๆ ของแคว้นแคว้นต่างๆ ซึ่งหากจะพิจารณาความเป็นปึกแผ่นของอาณาจักรว่ามีมากน้อยหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งของผู้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์จักรพรรดิ หลังจากจักรพรรดินโปเลียนมีชัยชนะเหนืออาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ผู้ครองแคว้นแคว้นเยอรมัน 16 แคว้นแคว้นได้รวมตัวกันเป็นพันธมิตรแห่งลุ่มแม่น้ำไรน์ เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ.1806 ภายใต้ความอุปถัมภ์ของจักรพรรดินโปเลียน หลังจากนั้นเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ.1806 จักรพรรดิ Franz ได้สละมงกุฎจักรพรรดิแห่งอาณาจักรโรมัน และนับเป็นการสิ้นสุดของอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชนเผ่าเยอรมันด้วย

เมื่อสิ้นสุดยุคสมัยของจักรพรรดินโปเลียน ผู้ครองแคว้นต่างๆ 35 แคว้นแคว้น กับผู้ปกครองนครรัฐ 4 นครรัฐ ได้มาประชุมกันที่กรุงเวียนนา ใน ค.ศ.1815 และตกลงกันให้กลับคืนสู่สภาพเดิม คือ สภาพที่เป็นอยู่ก่อนจักรพรรดินโปเลียนจะเข้ามา แต่รูปแบบของการรวมกลุ่มกันของแคว้นแคว้นต่างๆ ในช่วงแรกไม่สามารถตกลงกันได้ จนกระทั่งได้บทสรุปรูปแบบการรวมกันเป็นสมาพันธ์รัฐเยอรมัน (Deutscher Bund) และยังคงมีรูปแบบการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เช่นเดิม โดยมาตรา 1 แห่งข้อตกลงกรุงเวียนนากำหนดให้สมาพันธ์รัฐเยอรมันเป็นสมาคมตามกฎหมายระหว่างประเทศของบรรดาเจ้าผู้ครองแคว้นเยอรมันที่มีอำนาจอธิปไตย และนครอิสระต่างๆ ซึ่งการรวมตัวกันเป็นสมาพันธ์รัฐเยอรมันนี้นับเป็นต้นแบบการรวมตัวกันทางการเมืองของกลุ่มประเทศที่ยังคงสถานะความเป็นรัฐอธิปไตยทั้งหลาย

เมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1848 อิทธิพลทางความคิดเกี่ยวกับการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพได้แผ่ไปทั่วยุโรปซึ่งรวมถึงเยอรมันด้วย โดยในเยอรมันได้มีการเรียกร้องประชาธิปไตยโดยมีกลุ่มปัญญาชนมารวมตัวกันเพื่อจะร่างรัฐธรรมนูญ โดยต้องการใช้รัฐธรรมนูญเพื่อรวมแคว้นเยอรมันเข้าด้วยกันเป็นอาณาจักรเยอรมัน โดยจะอยู่เชิงยุทธศาสตร์แห่งแคว้นปรัสเซียมาดำรงตำแหน่งจักรพรรดิ แต่พระเจ้าฟรีดริช วิลเฮล์ม ที่สี่ แห่งปรัสเซียทรงปฏิเสธและสั่งปราบปรามเหล่าปัญญาชนเหล่านั้น และจาก

²⁰² รายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สุจินต์ ทังสุบุตร, เยอรมันวิเคราะห์ : อำนาจรัฐ วิวัฒนาการการเมือง ระบบการเมืองเปรียบเทียบ.(แผนกวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า.78-80. (อัครา) และ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 114-118.

สถานะและบทบาทของแคว้นปรัสเซียนี้เองที่ในเวลาต่อมาได้รับการยอมรับจากแคว้นแคว้นต่างๆ ให้เป็นแกนนำในการรวมเยอรมันให้เป็นปึกแผ่นในเวลาต่อมา

อย่างไรก็ตามใน ค.ศ.1848 นั้นเอง กษัตริย์แห่งแคว้นปรัสเซียได้พระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งแคว้นปรัสเซียอันเป็นรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการสงวนอำนาจกษัตริย์ไว้ และนำเอาโครงสร้างองค์กรของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ ทำให้การปกครองเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากขึ้น และทำให้ประชาชนส่วนหนึ่งที่เป็นผู้เสียภาษีแก่รัฐก็ได้มีส่วนร่วมในการปกครอง

สำหรับอำนาจที่พระองค์ทรงสงวนไว้ที่สำคัญ คือ อำนาจบัญชาการทหารสูงสุด และอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนนายกรัฐมนตรีทำให้นายกรัฐมนตรีในยุคนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา มีสถานะเป็นนายกรัฐมนตรีพระราชทาน

ใน ค.ศ.1862 กษัตริย์แห่งปรัสเซียได้ทรงแต่งตั้งให้ บิสมาร์ค (Bismarck) เป็นนายกรัฐมนตรีและบิสมาร์คนี้เองที่เข้าทำการเตรียมกองทัพเพื่อรวมแคว้นต่างๆ ของเยอรมันเข้าด้วยกัน จากนั้นปรัสเซียได้ทำสงครามรวมแคว้นในช่วง ค.ศ.1866 – 1867 และได้รับชัยชนะ ทำให้ปรัสเซียเป็นแกนนำในการจัดตั้งสหพันธรัฐเยอรมันฝ่ายเหนือขึ้นมา โดยมีพระเจ้าวิลเฮล์มที่ 1 สถาปนาตนเป็นประมุขของสหพันธรัฐเยอรมันฝ่ายเหนือ และยกสถานะของสหพันธรัฐให้เป็นอาณาจักร เรียกว่าอาณาจักรเยอรมัน

พื้นฐานสำหรับการปกครองสำหรับอาณาจักรเยอรมันซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่นี้ก็คือ สนธิสัญญาต่างๆ ที่มีการลงนามกันในเดือนพฤศจิกายน ระหว่างสหพันธรัฐเยอรมันฝ่ายเหนือกับรัฐ 4 รัฐทางตอนใต้ ทำให้ชนชาติเยอรมันสามารถรวมตัวกันได้เป็นประเทศอย่างสมบูรณ์ จากกฎเกณฑ์ที่กระจายอยู่กันตามเอกสารต่างๆ บิสมาร์คได้ทำการรวบรวมแล้วตราขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญ และประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญในวันที่ 16 เมษายน ค.ศ.1871 หรือเรียกอีกชื่อว่า รัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค ทำให้แคว้นปรัสเซียเป็นศูนย์กลางอำนาจของเยอรมันในเวลานั้น

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวให้ผู้ถืออำนาจรัฐได้แก่เจ้าผู้ครองแคว้นต่างๆ 22 แคว้นแคว้นกับนครรัฐต่างๆ อีก 3 นครรัฐ และมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญรองรับคือสภาสูง ภายใต้การนำของกษัตริย์แห่งแคว้นปรัสเซีย ในฐานะจักรพรรดิแห่งอาณาจักรเยอรมัน

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวที่บิสมาร์คได้รวบรวมขึ้นถูกวิพากษ์วิจารณ์ในภายหลังว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เน้นการรวมความเป็นปึกแผ่นของประเทศมากเกินไปจนมองข้ามหลักการในประชาธิปไตยและกอบกับเป็นรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นเหตุให้ใน ค.ศ. 1888 พระเจ้าฟรีดริช วิลเฮม ที่ 2 ได้ขึ้นครองราชย์ ได้ทรงปลดบิสมาร์คออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและสถาปนากองทัพเรืออันเกรียงไกรให้ขยายอำนาจของเยอรมันจนนำไปสู่สงครามโลกครั้งที่ 1 และนำความพ่ายแพ้มาสู่เยอรมันในที่สุด

จากประวัติศาสตร์การรวมแคว้นต่างๆ ของสหพันธรัฐเยอรมันภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ก่อให้เกิดการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในรูปแบบดังกล่าว แม้

ในครั้งแรกกษัตริย์จะพยายามนำโครงสร้างองค์กรในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการปกครองก็เป็นประโยชน์เพียงใช้บริหารราชการแผ่นดิน แต่กษัตริย์ยังสงวนอำนาจเด็ดขาดบางประการไว้ที่พระองค์เพียงผู้เดียวสะท้อนให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ผู้มีสิทธิเด็ดขาดในทุกสิ่งของอาณาจักร

เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับที่สองถูกสร้างขึ้นโดยอาศัยการรวบรวมเอกสาร สนธิสัญญาระหว่างแว่นแคว้น แม้จะถูกรวบรวมโดยคนธรรมดาอย่างนายกรัฐมนตรี แต่กระบวนการดังกล่าวก็กระทำภายใต้การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เช่นเดิม จึงจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด แต่เป็นรัฐธรรมนูญที่เน้นการรวมแผ่นดินให้เป็นปึกแผ่น การจัดเก็บภาษี อันเป็นวิธีการปกครองบ้านเมืองเท่านั้น และจากการมองข้ามหลักความเป็นประชาธิปไตยเหล่านี้เองที่ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญของอาณาจักรเยอรมันในขณะนั้นไม่มีความเป็นประชาธิปไตย

3.3.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1919 (ฉบับไวมาร์) และวิวัฒนาการทางการเมือง

หลังจากความพ่ายแพ้ของอาณาจักรเยอรมันในสงครามโลกครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ.1918 พระเจ้าฟรีดริช วิลเฮม ที่ 2 ได้ทรงสละราชสมบัติ และองค์รัชทายาทก็ทรงประกาศสละสิทธิในการขึ้นครองราชย์ Philipp Scheidemann ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนหนึ่งซึ่งก่อดพรรคสังคมนิยมในขณะนั้น จึงประกาศเปลี่ยนรูปของรัฐเยอรมันจากราชอาณาจักรให้เป็นสาธารณรัฐ และนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้มอบอำนาจการปกครองให้แก่ผู้นำแห่งพรรคสังคมนิยมเยอรมัน คือ Friedrich Ebert จากนั้นจึงได้มีการแต่งตั้งสภาผู้รับมอบอำนาจจากประชาชน (Rat der Volksbeauftragten) และสภานี้ได้มีการจัดให้มีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อมีสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวขึ้นเพื่อจัดการสภาพของประเทศภายหลังจากแพ้สงคราม และในระหว่างนั้นเยอรมันได้ทำสนธิสัญญาสงบศึกกับฝ่ายสัมพันธมิตรภายใต้ชื่อสนธิสัญญาแวร์ซาย ซึ่งเป็นสนธิสัญญาให้เยอรมันจ่ายค่าปฏิกรรมสงครามจำนวนมหาศาลเป็นระยะเวลาหลายสิบปี²⁰³ ซึ่งเป็นการสร้างภาระทางเศรษฐกิจ สภาพสังคมในเยอรมันตกต่ำ เกิดอัตราว่างงานเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่งผลต่อความล้มเหลวในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเปิดโอกาสให้พรรคนาซีใช้เป็นช่องทางขึ้นสู่อำนาจในเวลาต่อมา

²⁰³ บุญศรี มีวงศ์โสม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 118-119.

ภายหลังสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเสร็จโดยใช้ระยะเวลาในการร่างรวมทั้งสิ้น 8 เดือน ที่โรงละครแห่งชาติที่เมืองไวมาร์ เป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีชื่อเรียกอีกชื่อว่า รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ.1919

รัฐธรรมนูญไวมาร์ถือกำเนิดแนวความคิดการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการใช้จำกัดอำนาจรัฐและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมีบทบัญญัติแสดงความเป็นปึกแผ่นของอาณาจักรไรช์เยอรมัน มีการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐาน และมีการจำกัดอำนาจกษัตริย์โดยเด็ดขาดด้วยการกำหนดให้เยอรมันมีการปกครองระบอบสาธารณรัฐ ซึ่งในส่วนนี้ไม่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนบางกลุ่มที่ยังคงยึดมั่นในระบอบกษัตริย์นัก ทำให้ในเวลาต่อมาเมื่อมีการล้มรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวโดยพรรคนาซี คนกลุ่มนี้ไม่มีใครจะปกป้องรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้เยอรมันมีรูปของรัฐเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐ มีการปกครองในระบอบรัฐสภา โดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุข และกำหนดให้อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชน²⁰⁴ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยใช้ระบบสัดส่วนอันนำมาสู่ปัญหาว่าเยอรมันมีพรรคเล็กพรรคน้อยเป็นจำนวนมาก เป็นการยากที่พรรคใดพรรคหนึ่งจะจัดตั้งรัฐบาลโดยอาศัยสมาชิกจากพรรคของตนเพียงพรรคเดียวได้ รัฐบาลจึงเป็นรัฐบาลผสมของพรรคการเมืองหลายพรรค อันนำมาซึ่งปัญหารัฐบาลขาดเสถียรภาพทางการเมือง

อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์จะได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ เช่น การรับรองสิทธิในการที่จะมีงานทำ แต่ในทางความเป็นจริงและปัญหาเศรษฐกิจของประเทศ รัฐไม่สามารถรองรับสิทธิดังกล่าวได้ รัฐไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้จริง

ปัญหาที่ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญที่สุดอันนำมาสู่การล่มสลายของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ คือ ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมิได้มีการบัญญัติการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้ต่างหากจากกระบวนการนิติบัญญัติโดยทั่วไป เพียงแต่กำหนดเป็นเงื่อนไขว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจะต้องมีมติเกินกว่าสองในสามของทั้งสองสภาเท่านั้น จึงเกิดแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมีการถือว่าหากกฎหมายฉบับใดผ่านสภาด้วยมติเกินกว่าสองในสาม แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็สามารถมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งเป็นความสะดวกที่ส่งผลกระทบต่อกระทบกระเทือนต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไปโดยปริยาย²⁰⁵ ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้

²⁰⁴ อภิญา แก้วกำเนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 95.

²⁰⁵ บุญศรี มีวงศ์ไชย, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 121.

นักกฎหมายบางคนมองว่ารัฐธรรมนูญอยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งความจริงแล้วรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ถือเป็นกฎหมายสูงสุดตามหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้และเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและองค์กรต่างๆ ของประเทศ มีการกำหนดอำนาจอธิปไตย มีการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการจัดวางโครงสร้างทางการเมือง รูปแบบรัฐ และการกำหนดกฎเกณฑ์การเลือกตั้งอันเป็นลักษณะที่รัฐธรรมนูญโดยทั่วไปพึงมี แต่ด้วยการเห็นแต่ประโยชน์ส่วนตัวของพรรคการเมืองและการแสวงหาผลประโยชน์ทางการเมือง จึงตีความและอำนวยความสะดวกในการออกกฎหมายต่างๆ ดังกล่าว ซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญทำให้รัฐธรรมนูญขาดความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไป

จุดสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์เกิดขึ้นเมื่อพรรคนาซีขึ้นมามีอำนาจในเยอรมัน และถือเป็นจุดเริ่มต้นของยุคมืดและเป็นการนำพาประเทศเยอรมันเข้าสู่สงครามโลกอีกครั้ง

3.3.3 สภาพสังคมภายใต้การปกครองแบบเผด็จการนาซีและการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์

ในช่วงการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ นับเป็นช่วงของการปกครองท่ามกลางความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอยู่ตลอดเวลา ระหว่างผู้ที่มีแนวความคิดฝ่ายขวาจัดภายใต้การนำของพรรคชาติสังคมนิยมเยอรมันหรือที่รู้จักกันในนามพรรคนาซี กับพรรคการเมืองฝ่ายสังคมนิยม แต่จากสภาพวิกฤติเศรษฐกิจทำให้เกิดปัญหาคนว่างงานเป็นจำนวนถึงหกล้านคน เปิดช่องให้พรรคนาซีใช้เป็นประเด็นหาเสียงในการเลือกตั้งปลาย ค.ศ.1932 ทำให้สมาชิกพรรคนาซีได้รับเลือกเข้าไปนั่งในสภา มากกว่าพรรคอื่น ประธานาธิบดีฟอน ฮินเดนบวร์ก ในขณะนั้น จึงประกาศแต่งตั้งอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เป็นนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ.1933

ภายหลังจากที่ประธานาธิบดีฟอน ฮินเดนบวร์ก ถึงแก่อสัญกรรม ใน ค.ศ.1933 - 1934 อดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ก้าวขึ้นดำรงตำแหน่งเป็นผู้นำ โดยรวมตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและประธานาธิบดีเข้าด้วยกัน และให้สภาผู้แทนของสหพันธ์ซึ่งมีพรรคนาซีกุมเสียงข้างมากออกกฎหมายอนุมัติอำนาจพิเศษให้แก่ตน เรียกว่ากฎหมายมอบอำนาจ ให้รัฐบาลมีอำนาจออกกฎหมายได้เอง กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจแก่ฮิตเลอร์ อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในด้านนิติบัญญัติ ผลที่ตามมาคือ การยกเลิกพรรคการเมืองอื่นๆ ที่ไม่ใช่พรรคนาซี ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์สิ้นสุดลงโดยปริยาย

รัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้ประเทศเยอรมันปกครองในรูปแบบสหพันธ์รัฐ ให้รัฐต่างๆ มีขอบเขตอำนาจที่แน่นอน แต่ฮิตเลอร์ได้แก้ไขหลักการนี้โดยใช้หลักรวมอำนาจและกำหนดให้รัฐทุกรัฐมีฐานะเท่ากันหมด การบริหารงานในแต่ละรัฐอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลที่ฮิตเลอร์แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการ (Reichstätt halter) หลังจากนั้นในปีต่อมา ฮิตเลอร์ ประกาศยกเลิกสภาในมลรัฐต่างๆ และโอนอำนาจนี้มาไว้ที่ส่วนกลาง ฮิตเลอร์ ได้ใช้ระบบพรรคนาซีเข้าควบคุมกิจการที่สำคัญของประเทศไว้ทั้งสิ้น

ระบบผู้นำหรือระบบเผด็จการฮิตเลอร์ได้ขยายกว้างขึ้น การดำเนินงานในรูปคณะกรรมการหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ถูกยกเลิกโดยสิ้นเชิง และแต่งตั้งผู้นำเข้ามาแทน แม้แต่ระบบการปกครองท้องถิ่น ซึ่งยึดหลักการปกครองตนเองก็ถูกแทนด้วยระบบผู้นำ ประเทศเยอรมันตกอยู่ภายใต้ระบบการเมืองแบบพรรคการเมืองพรรคเดียว คือ พรรคนาซี และยึดหลักการปกครองที่รัฐมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด

โดยผลของกฎหมายมอบอำนาจ (Act of Authority) ทำให้ฮิตเลอร์เป็นองค์กรที่รวมอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการไว้ที่บุคคลเพียงคนเดียว หลักการปกครองในระบบประชาธิปไตยถูกยกเลิกไปโดยสิ้นเชิง ระบบเผด็จการฮิตเลอร์ถูกต่อต้านจากกลุ่มการเมืองภายในประเทศมากมาย แต่ในที่สุดก็ถูกฮิตเลอร์กวาดล้างด้วยวิธีการที่โหดร้ายทารุณ

ระบบเผด็จการของฮิตเลอร์ ได้สร้างความหวาดกลัวให้แก่ประเทศต่างๆ ในยุโรปเป็นอย่างมาก ส่งผลให้ประเทศเยอรมันในยุคนั้นขาดความสัมพันธ์อันดีกับประเทศต่างๆ ในยุโรป²⁰⁶ และฮิตเลอร์ได้นำประเทศเยอรมันเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลให้ประเทศเยอรมันไม่มีซึ่งรัฐธรรมนูญปกครองประเทศจวบจนสงครามโลกสิ้นสุดลง

3.3.4 สถานภาพทางกฎหมาย และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.1949 ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ประเทศเยอรมันเป็นฝ่ายแพ้สงครามอีกครั้ง ผลของสงครามครั้งนี้ทำให้ระบบการปกครอง และระบบองค์กรต่างๆ ภายในประเทศล่มสลาย ประชาชนยากไร้ ระบบการเมืองล้มเหลว ประเทศเยอรมันต้องยอมทำสัญญาสงบศึกกับประเทศสัมพันธมิตรอย่างไม่มีเงื่อนไขกับประเทศอังกฤษ ประเทศอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศรัสเซีย เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ.1944 ทหารของทั้ง 4 ชาติ ได้เข้ายึดครองประเทศเยอรมัน และกุมอำนาจปกครองไว้โดยเด็ดขาด จากนั้นในวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ.1945 ประเทศสัมพันธมิตร ได้ออกแถลงการณ์ที่เรียกว่า Berlin Declaration เพื่อยืนยันว่าสัมพันธมิตรได้เข้ายึดอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเยอรมันไว้หมดสิ้นแล้ว

3.3.4.1 สถานภาพทางกฎหมายของเยอรมันภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2²⁰⁷

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพทางกฎหมายของเยอรมันว่ารัฐดั้งเดิมซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ.1867 และนับแต่ ค.ศ.1871 ที่ได้รับการเรียก

²⁰⁶ อภิญา แก้วกำเหนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 97-99.

²⁰⁷ บุญศรี มีวงศ์ไธษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 122-125.

อย่างเป็นทางการว่าอาณาจักรเยอรมันได้สิ้นสุดความเป็นรัฐไปแล้วตั้งแต่ ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นปีที่ประเทศเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 หรือจะถือได้ว่ารัฐดังกล่าวยังคงดำรงอยู่ต่อไป และหากรัฐดังกล่าวยังคงดำรงอยู่ ประเทศเยอรมันซึ่งต่อมาถูกแบ่งเป็นเยอรมันตะวันตก และเยอรมันตะวันออก จะเป็นผู้สืบทอดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของอาณาจักรเยอรมันเดิม หรือจะถือได้ว่ารัฐเดิมเป็นรัฐเดียวกับเยอรมันทั้งสองไป ปราบกฎเป็นแนวความคิดสองแนวทาง ดังนี้

แนวความคิดที่หนึ่ง เป็นแนวความคิดที่สนับสนุนว่าอาณาจักรเยอรมันได้ล่มสลายไปแล้ว แสดงความเห็นที่อำนาจแห่งอาณาจักรเยอรมันได้ถูกทำลายลงอย่างสิ้นเชิงแล้วใน ค.ศ. 1945 เขตแดนซึ่งเคยเป็นของอาณาจักรเยอรมันจึงกลายเป็นเขตแดนปลอดรัฐ ฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงครามเป็นผู้ก่อตั้งองค์กรขึ้นมาใหม่ และการก่อตั้งองค์กรรัฐนี้เป็นการใช้อำนาจรัฐของประเทศมหาอำนาจในฐานะผู้ชนะสงครามของแต่ละประเทศในเขตพื้นที่ที่ตนยึดครอง ไม่ใช่การใช้อำนาจของอาณาจักรเยอรมันเดิม ภายหลังจากที่มีการก่อตั้งมลรัฐต่างๆ ของเยอรมันขึ้นมาใหม่ในเขตยึดครองทางด้านตะวันตก ที่ถูกปกครองโดยประเทศอังกฤษ ประเทศอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส มีความเป็นปึกแผ่นมากขึ้น จึงได้รับมอบหมายจากฝ่ายสัมพันธมิตรให้ก่อตั้งรัฐเยอรมันขึ้นมาใหม่ ซึ่งคือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั่นเอง ส่วนในเขตยึดครองของประเทศรัสเซียหรือสหภาพโซเวียต ก็มีพัฒนาการคล้ายคลึงกัน มีการก่อตั้งรัฐใหม่ขึ้นเป็นประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน รัฐทั้งสองจึงเป็นรัฐที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาใหม่มิใช่เป็นการสืบทอดมาจากรัฐเดิม

แนวความคิดที่สอง เป็นแนวความคิดที่สนับสนุนว่าอาณาจักรเยอรมันเดิมยังคงดำเนินอยู่ต่อไป เพราะหากพิจารณาตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว อาณาจักรเยอรมันเดิมมิได้ถูกทำลายไป และอำนาจรัฐเยอรมันก็มิได้สูญสิ้นไปหรือตกไปยังฝ่ายสัมพันธมิตรแต่อย่างใด การยอมแพ้ของประเทศเยอรมันเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 นั้น พิจารณาจากเจตจำนงของฝ่ายสัมพันธมิตรเองแล้ว ก็มีผลเพียงเป็นการวางอาวุธ มิใช่เป็นการสูญเสียสภาพบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่เรียกว่ารัฐเป็นนิติบุคคลไปแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นรัฐที่ไม่สามารถดำเนินการใดๆ ได้ เนื่องจากองค์กรต่างๆ ของรัฐถูกทำลายไป จากการที่องค์กรรัฐต่างๆ ของเยอรมันต้องล่มสลายไปนี้เองที่ทำให้ฝ่ายสัมพันธมิตรเข้าใช้อำนาจรัฐเยอรมันในดินแดนเยอรมันแทน ซึ่งการใช้อำนาจแทนโดยฝ่ายสัมพันธมิตรนี้นักกฎหมายบางท่านได้อธิบายว่าเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายแบบ “ทรัสต์” ศาลทั้งในและนอกประเทศมีแนวโน้มที่ถือตามแนวความคิดที่สองนี้

จากข้อเท็จจริงนี้เองสามารถพิจารณาตามหลักกฎหมายมหาชนได้ว่ารัฐเยอรมันยังคงอยู่ ตามหลักทฤษฎีว่าด้วยการเกิดรัฐ เมื่ออำนาจในการปกครองรัฐถูกแยกออกมาจากตัวบุคคล แม้อาณาจักรเยอรมันจะไม่มีบุคคลใดขึ้นเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวแทนรัฐแม้องค์กรทางการเมืองและโครงสร้างของรัฐล่มสลายก็ตาม นั่นเป็นเพียงการที่รัฐขาดผู้ใช้อำนาจ และรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น

กฎหมายสูงสุดในการวางโครงสร้างของสังคม และการกำหนดองค์กรทางการเมืองต่างๆ ได้สิ้นสภาพลงเท่านั้น ทำให้ทำให้รัฐเยอรมันสิ้นสุดลงไปด้วยไม่

ประเด็นต่อมาที่น่าพิจารณามีต่อไปว่า อำนาจอธิปไตยของเยอรมันอยู่ที่ใคร คงต้องพิจารณาตามวิวัฒนาการทางการเมืองและประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมันว่า วิวัฒนาการทางการเมืองของเยอรมันนั้นได้มอบอำนาจอธิปไตยไว้ที่ผู้ใด เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าเมื่อครั้งที่ประเทศเยอรมันได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบสาธารณรัฐตามรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่รู้จักกันในชื่อรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวเยอรมันทุกคน จึงเป็นที่สรุปได้ว่าอำนาจอธิปไตยของประเทศเยอรมันนั้นเป็นของประชาชนทุกคนตามรูปแบบการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ และหากพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวซึ่งมีการกำหนดให้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการวางโครงสร้างของรัฐ การกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจตามอำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ มีกลไกการตรวจสอบอำนาจรัฐ อันเป็นลักษณะของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่สนับสนุนทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวเยอรมันขึ้นไปอีก จึงกล่าวได้ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

เมื่อฮิตเลอร์ได้เข้าควบคุมอำนาจ ฮิตเลอร์ได้เข้ามาปกครองประเทศโดยระบอบเผด็จการใช้อำนาจเด็ดขาดปกครองประเทศ เข้าใช้อำนาจรัฐซึ่งมีอยู่ติดตัวรัฐในระบอบเผด็จการ ทำให้เข้ายึดอำนาจอธิปไตยของประชาชนแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นเมื่อฮิตเลอร์ลงจากอำนาจแล้วเยอรมันจึงเป็นรัฐที่ขาดบุคคลมาใช้อำนาจนั่นเอง รัฐเยอรมันจึงยังคงอยู่มิได้สูญสลายไปแต่อย่างใด

3.3.4.2 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2²⁰⁸

3.3.4.2.1 สาเหตุในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949

เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงใน ค.ศ. 1944 ประเทศเยอรมันตกเป็นฝ่ายพ่ายแพ้สงคราม และถูกแบ่งออกเป็น 4 ส่วน โดยแต่ละส่วนถูกปกครองโดยประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงคราม ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และสหภาพโซเวียต²⁰⁹ และแต่ละส่วนการปกครองก็จะแบ่งออกเป็นรัฐต่างๆ (Lander) ย่อยลงไปอีกจากนั้น

²⁰⁸ บารัคเคิร์ต อูวอร์ธและ และ ชมพูท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 75-84.

²⁰⁹ Agnes Strauss, "Testing the "View of Ignorance" Hypothesis in Constitutional Choice : Evidence from the German Basic Law," [Online]. Available from: <http://www.pubchoicesoc.org/papers.2012/Strauss.pdf>.pp.4

รัฐบาลทหารของฝ่ายสัมพันธมิตร 3 ชาติ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส ค่อยๆ คืนอำนาจในการปกครองให้แก่ชาวเยอรมันตามข้อตกลงพอตสดัม (Potsdam Agreement) ค.ศ.1948²¹⁰ โดยเริ่มจากการให้ประชาชนเลือกตั้งองค์กรปกครองตนเองระดับท้องถิ่นและมลรัฐต่างๆ ซึ่งในแต่ละเขตมีการใช้กฎหมายเลือกตั้งที่แตกต่างกันไป ซึ่งถือเป็นผลที่ได้มีการทดลองระบบการเลือกตั้งที่แตกต่างกันออกไป²¹¹

ในช่วงแรกของการสิ้นสุดสงคราม ประเทศเยอรมันต้องประสบกับปัญหาเศรษฐกิจอย่างมาก เกิดภาวะข้าวยากหมากแพงเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ในยุโรป กลุ่มผู้นำฝ่ายสัมพันธมิตรที่ปกครองประเทศเยอรมันอยู่ จึงประชุมร่วมกันเพื่อหาทางฟื้นฟูเศรษฐกิจให้แก่ประเทศในยุโรปหลายๆ ประเทศรวมถึงประเทศเยอรมันด้วย การประชุมครั้งแรกเกิดขึ้นในฤดูใบไม้ร่วง ค.ศ.1947 ในกรุงลอนดอน โดยในที่ประชุมมีมติเสนอให้ใช้แผนงานฟื้นฟูยุโรป (European Recovery Programme (ERP)) หรือที่เรียกว่าแผนการมาร์แชล (Marshall) เพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจในยุโรป และเพื่อฟื้นฟูระบบทุนนิยมในยุโรปด้วย อย่างไรก็ตามการประชุมในครั้งนั้นได้ประสบความสำเร็จล้มเหลวอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากสหภาพโซเวียตไม่ยอมรับแผนการมาร์แชล และไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งในการนำแผนการมาร์แชลมาใช้ในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจในประเทศเยอรมัน ยิ่งกว่านั้นเมื่อพิจารณาจากสถานการณ์ต่างๆ แล้ว เริ่มเป็นที่เห็นได้ชัดเจนมากขึ้นทุกวันว่า สหภาพโซเวียตจะนำแนวความคิดของลัทธิคอมมิวนิสต์เข้ามาเผยแพร่ในเขตที่ตนเองปกครองอยู่ในประเทศเยอรมันรวมถึงประเทศอื่นๆ ในยุโรปตะวันออก และสถานการณ์ดังกล่าวก็ได้รุนแรงขึ้นเรื่อยๆ จนมีการสร้างกำแพงเบอร์ลินใน ค.ศ.1948 ทำให้ประเทศเยอรมันถูกแบ่งออกเป็นประเทศเยอรมันตะวันตก และประเทศเยอรมันตะวันออก²¹²

จากสถานการณ์ที่รุนแรงดังกล่าว กลุ่มประเทศสัมพันธมิตรตะวันตก ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส เข้าประชุมร่วมกันอีกครั้งหนึ่ง ณ กรุงลอนดอน โดยมีประเทศเบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และลักเซมเบิร์ก เข้าร่วมประชุมด้วย แต่ว่าการประชุมครั้งนี้ ไม่มีการเชิญสหภาพโซเวียตเข้าร่วมประชุมด้วยเหมือนครั้งก่อน เพราะประเทศสัมพันธมิตรตะวันตกเกรงว่าอิทธิพลของลัทธิคอมมิวนิสต์จะแผ่ขยายเข้ามาในเขตประเทศเยอรมันตะวันตกที่ปกครองอยู่ จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้รัฐต่างๆ ของประเทศเยอรมันในเขตที่ตนปกครองอยู่รวมตัวกัน และสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพื่อสร้างระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย

²¹⁰ Russell F. Moore., *Modern Constitutions with Brief Commentaries* (Littlefield: Adams & Company, 1957),pp.88.

²¹¹ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 126.

²¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, *สภาสร้างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย*, หน้า 76.

และการปกครองแบบสหพันธรัฐในเขตเยอรมันตะวันตก ในที่สุดที่ประชุมก็ได้มีการร่างข้อเสนอในการสร้างรัฐเยอรมันตะวันตกขึ้นมาเรียกว่า “เอกสารแฟรงค์เฟิร์ต” (Frankfurt Documents หรือ Frankfurter Dokumente) โดยประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรตะวันตกทั้ง 3 ประเทศที่ปกครองเยอรมันตะวันตกอยู่ได้นำข้อเสนอดังกล่าวนี้ เสนอต่อที่ประชุมเมืองแฟรงค์เฟิร์ตซึ่งเป็นทีประชุมของนายกรัฐมนตรีที่มาจากรัฐต่างๆ ในเขตเยอรมันตะวันตก ในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1948²¹³

เอกสารเมืองแฟรงค์เฟิร์ตดังกล่าวได้กล่าวถึงการดำเนินการเพื่อรวมรัฐเยอรมันตะวันตกเข้าด้วยกันในรูปแบบสหพันธรัฐ โดยให้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นหนึ่งฉบับเพื่อให้เป็นกฎหมายสูงสุดในประเทศเยอรมันตะวันตกและมีการกำหนดถึงเรื่องสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้ด้วย ดังนี้

1. นายกรัฐมนตรีของรัฐที่อยู่ในเขตเยอรมันตะวันตกต้องจัดให้มีการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยการจัดประชุมดังกล่าว จะต้องไม่ล่าช้าไปกว่าวันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1948

2. สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมีจำนวนตามสัดส่วนของจำนวนประชากรที่ปรากฏในสำมะโนครัวครั้งล่าสุด โดยให้มีผู้แทน 1 คน ต่อจำนวนประชากร 750,000 คน

3. สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องร่างรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตย ต้องสร้างการปกครองในรูปแบบสหพันธรัฐที่เหมาะสม และต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

4. ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากหัวหน้ากองกำลังทหารของฝ่ายสัมพันธมิตรทั้ง 3 ประเทศที่คุมเขตเยอรมันตะวันตกและจะต้องได้รับการให้สัตยาบันจากรัฐต่างๆ โดยการให้สัตยาบันนั้น ต้องทำด้วยวิธีการลงประชามติ ซึ่งในการลงประชามตินั้น ให้ยึดหลักเสียงข้างมากของผู้ลงประชามติในแต่ละรัฐ ส่วนหลักเกณฑ์และวิธีการลงประชามติ ให้แต่ละรัฐเป็นผู้กำหนดเอง และร่างรัฐธรรมนูญจะให้บังคับได้ และมีผลผูกพันต่อรัฐทุกรัฐในเขตประเทศเยอรมันตะวันตกก็ต่อเมื่อได้รับการให้สัตยาบันรับรองจากรัฐต่างๆ ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของรัฐทั้งหมดในเขตเยอรมันตะวันตก ซึ่งในความเป็นจริงแล้วร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวในเวลาต่อมามีได้นำไปให้ประชาชนในแต่ละมลรัฐทำการลงประชามติแต่อย่างใด เป็นเพียงการลงประชามติโดยตัวแทนรัฐสภาในแต่ละมลรัฐเท่านั้น ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

นายกรัฐมนตรีของรัฐต่างๆ ในประเทศเยอรมันตะวันตกได้ประชุมร่วมกันในวันที่ 8-10 กรกฎาคม ในปีเดียวกัน ณ เมืองโคเบลนซ์ (Koblenz)²¹⁴ และที่ประชุมได้มีมติเห็นชอบกับข้อเสนอตามที่ปรากฏในเอกสารแฟรงค์เฟิร์ต แต่จะไม่ขอเรียกกฎหมายสูงสุดของประเทศ

²¹³ เรื่องเดียวกัน

²¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

เยอรมันตะวันตกดังกล่าวว่า “รัฐธรรมนูญ” หากแต่จะเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic law หรือ ภาษาเยอรมัน เรียกว่า Grundgesetz) แทน ด้วยเจตนาเพื่อบ่งชี้ว่ากฎหมายพื้นฐานนี้แม้จะมีค่าบังคับเป็นรัฐธรรมนูญในเขตเยอรมันตะวันตก แต่ก็จะใช้เป็นการชั่วคราวเท่านั้น²¹⁵ จนกว่าจะมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เมื่อประเทศเยอรมันได้กลับมารวมกันอีกครั้งหนึ่ง ดังนั้นกฎหมายสูงสุดของประเทศเยอรมัน จึงมีชื่อเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” แทน “รัฐธรรมนูญ”

การร่างกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันใน ค.ศ. 1948 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ไม่เหมือนกับการร่างรัฐธรรมนูญในสภาร่างรัฐธรรมนูญในประเทศอื่นๆ กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยอาจตั้งคณะกรรมการในสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่มีความเชี่ยวชาญด้านต่างๆ กัน เพื่อพิจารณาในประเด็นต่างๆ ในร่างรัฐธรรมนูญ แต่การร่างรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมันนั้น มีการจัดตั้ง คณะกรรมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ (Constitutional Convention)²¹⁶ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าว มีลักษณะคล้ายสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ มีผู้เข้าร่วมประชุมเป็นตัวแทนมาจากรัฐต่างๆ และที่ประชุมนี้เองจะทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากทำการเปรียบเทียบแล้ว คณะกรรมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญนี้ ทำหน้าที่คล้ายกับคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย หากแต่มีความแตกต่างจากคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตรงที่ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมักจะได้รับเลือกมาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญเองและเป็นเสมือนส่วนหนึ่งของสภาร่างรัฐธรรมนูญ แต่ที่ประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมันซึ่งทำหน้าที่เหมือน คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญชุดนี้มีลักษณะแตกต่างหากจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ และไม่ได้มาจากการแต่งตั้งโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อได้ต้นร่างรัฐธรรมนูญเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการจะส่งต้นร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Parlamentarischer Rat (Parliamentary Council)) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้พิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนใด ประเด็นใดที่สภาร่างรัฐธรรมนูญคิดว่ามีปัญหา หรือต้องแก้ไข ก็จะมีการแก้ไขในชั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญ จนได้ร่างฉบับสุดท้าย (Final Draft) โดยพิจารณากระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้²¹⁷

²¹⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 125.

²¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 78.

²¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-84.

3.3.4.2.2 คณะกรรมการจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำต้น

ร่างรัฐธรรมนูญ

การประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันเกิดขึ้นในวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 1948 ณ เกาะแฮเรนคิมเซ (Herrenchiemsee) ในรัฐบาวาเรีย (Vavaria) ผู้เข้าร่วมประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญนี้ ประกอบด้วย²¹⁸

1. ผู้แทนจากรัฐทั้ง 11 รัฐในเขตเยอรมันตะวันตกจำนวนรัฐละ 1 คน เป็นตัวแทนจากรัฐต่างๆ แต่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน ผู้แทนทุกคนล้วนแล้วแต่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งสูงในทางราชการ หรือในทางการเมืองของรัฐนั้นๆ ทั้งสิ้น เช่น นายกเทศมนตรี ที่ปรึกษาของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม หรือทูต เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีผู้แทนจากเมืองเบอร์ลินอีก 1 คน แต่ผู้แทนจากเมืองเบอร์ลินนี้ไม่มีสิทธิลงมติในประเด็นปัญหาต่างๆ ในที่ประชุม แต่สามารถให้ความเห็นในที่ประชุมได้ เนื่องด้วยมลรัฐเบอร์ลินในขณะนั้น ถูกแบ่งออกเป็น 4 ส่วนโดยแต่ละส่วนจะถูกควบคุมโดยกลุ่มประเทศสัมพันธมิตรตะวันตกทั้ง 3 ประเทศ และสหภาพโซเวียต²¹⁹ สภาพเบอร์ลินในตอนนั้นจึงไม่เหมือนรัฐอื่นๆ ที่ไม่ได้ถูกแบ่งเขตการปกครอง แต่เบอร์ลินเป็นรัฐที่มีความสำคัญ เพราะเป็นเมืองหลวงของเยอรมัน เบอร์ลินฝั่งตะวันตกจึงสามารถส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุมได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียง

2. ผู้เชี่ยวชาญจากรัฐทั้ง 11 รัฐ โดยไม่มีกฎเกณฑ์กำหนดว่าแต่ละรัฐจะต้องส่งผู้เชี่ยวชาญเข้าร่วมประชุมเป็นจำนวนรัฐละกี่คน เมื่อถึงวันประชุม รัฐต่างๆ ส่งผู้เชี่ยวชาญเข้าร่วมประชุมเพียงรัฐละ 1 – 2 คนเท่านั้น รวมแล้วในที่ประชุมมีผู้เชี่ยวชาญประเภทนี้ทั้งสิ้น 15 คน โดยที่ส่วนใหญ่ของผู้เชี่ยวชาญเหล่านี้มักจะมาจกฝ่ายปกครอง หรือมาจากมหาวิทยาลัย

3. ผู้เชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ จำนวน 5 คน โดยผู้เชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์เหล่านี้ มีอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย 1 คน ส่วนอีก 4 คน เป็นผู้ดำรงตำแหน่งอยู่ในกระทรวงการคลัง

ถ้าหากมองโดยภาพรวมแล้วการประชุมเพื่อจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีจำนวนผู้เชี่ยวชาญ มากกว่าจำนวนของผู้แทนแต่ละรัฐ²²⁰ โดยมีจำนวนผู้แทนของแต่ละรัฐที่สามารถออกเสียงลงมติได้ทั้งสิ้น 11 คน และมีผู้เชี่ยวชาญรวมทั้งสิ้น 20 คน

ส่วนเรื่องการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญนั้น เบื้องต้นที่ประชุมได้เลือก นายอันโตน ไพเฟอร์ (Antsdon Pfeiffer) เป็นประธานในที่ประชุม จากนั้นที่ประชุมก็ได้ตั้ง

²¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

คณะกรรมการการย่อยอีกหลายชุดเพื่อร่างรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการบรรณาธิการ ซึ่งทำหน้าที่เขียนต้นร่างรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ทั้งนี้ ที่ประชุมได้จัดทำต้นร่างของร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยในวันที่ 23 สิงหาคม ค.ศ.1948 โดยต้นร่างของรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ประมาณ 149 มาตรา ซึ่งเท่ากับว่าที่ประชุมดังกล่าวใช้เวลาในการจัดทำต้นร่างของร่างรัฐธรรมนูญในเวลาประมาณ 2 สัปดาห์เท่านั้น

3.3.4.2.3 องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการพิจารณาดำเนินร่างรัฐธรรมนูญ

การคัดเลือกผู้แทนประชาชนเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ในสภาร่างรัฐธรรมนูญจากรัฐสภาของมลรัฐต่างๆ นั้น มีสมาชิกจากพรรคการเมืองต่างๆ ดังนี้²²¹

- พรรคคริสเตียนเดอโมแครต จำนวน 27 คน
- พรรคสังคมนิยมประชาธิปไตยเยอรมัน จำนวน 27 คน
- พรรคเสรีนิยมประชาธิปไตย จำนวน 5 คน
- พรรคเยอรมัน จำนวน 2 คน
- พรรคเยอรมันเซนทริค จำนวน 2 คน และ
- พรรคคอมมิวนิสต์เยอรมัน จำนวน 2 คน

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 65 คน มาจากการคัดเลือกของรัฐสภาในรัฐนั้นๆ ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยการเลือกของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในแต่ละรัฐมีขึ้นตั้งแต่วันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ.1948 จนถึงวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ.1948 ส่วนในเรื่องจำนวนว่าแต่ละรัฐจะสามารถเลือกผู้แทนเพื่อมาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้กี่คนนั้นขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรในรัฐนั้นๆ กล่าวคือ เอกสารแฟรงค์เฟิร์ตกำหนดให้มีผู้แทน 1 คน ต่อจำนวนประชากร 750,000 คน ส่วนรัฐใดที่มีจำนวนประชากรน้อยไม่ถึง 750,000 คน แต่ถ้าหากมีจำนวนประชากรเกิน 200,000 คน ก็จะมีผู้แทนมาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ 1 คน²²² ดังนั้นแต่ละรัฐจะมีการเลือกผู้แทนมาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนไม่เท่ากัน เช่น รัฐใหญ่อย่างรัฐ Nordrhein-Westfalen ซึ่งมีจำนวนประชากรมากก็มีผู้แทนทั้งสิ้น 16 คน ส่วนรัฐเล็กอย่าง Bade และ Bremen มีประชากรน้อยก็มีผู้แทนเพียง 1 คน เป็นต้น

ทั้งนี้ผู้แทนทั้ง 65 คนที่ได้รับเลือกจากรัฐต่างๆ นั้น ล้วนแล้วแต่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่อยู่ในรัฐสภาของรัฐนั้นๆ ทั้งสิ้น โดยตัวแทนจากพรรคคริสเตียนเดอโม

²²¹ อภิญา แก้วกำเนิด (2544), “การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย”, หน้า 97-99.

²²² บารัคดี อูร์รอนโด และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 84.

แครต และพรรคสังคมนิยมประชาธิปไตยเยอรมัน เป็นพรรคที่มีสมาชิกพรรคที่เข้าเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญถึงพรรคละ 27 คน

นอกจากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 65 คนที่ได้มาจากรัฐทั้ง 11 รัฐแล้ว ยังมีผู้เข้าร่วมประชุมอีก 5 คนซึ่งมาจากเบอร์ลิน ซึ่งผู้เข้าร่วมประชุมทั้ง 5 คน ไม่มีสิทธิออกเสียงลงมติในที่ประชุมเช่นเดิม

3.3.4.2.4 การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ.

1949

สภาร่างรัฐธรรมนูญได้เปิดประชุมในวันที่ 1 กันยายน ค.ศ.1948 โดยในเบื้องต้น ที่ประชุมได้เลือก นายคอนราด อะเดอนาว (Konrad Adenauer) เป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกพรรคคริสเตียนเดโมแครต และได้มีการเลือกตั้งรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญอีก 2 คน ได้แก่ นายอดอล์ฟ โชนเฟลเดอร์ (Adolf Schonfelder) สมาชิกพรรคสังคมนิยมประชาธิปไตยเยอรมัน และนายเฮอมันน์ แชฟเฟอร์ (Hermann Schafer) สมาชิกพรรคเสรีนิยมประชาธิปไตย

การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญเริ่มด้วยการนำรายงานผลการประชุมของการประชุมเพื่อจัดทำต้นร่างของร่างรัฐธรรมนูญที่เกาะแอสเรนคิมเซ ซึ่งเปรียบเสมือนต้นร่างของร่างรัฐธรรมนูญมาเพื่อพิจารณาประเด็นใดที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่ายังเป็นปัญหาที่จะนำมาอภิปรายและมีการแก้ไขปรับเปลี่ยนในบางประเด็น ทั้งนี้สภาร่างรัฐธรรมนูญได้แต่งตั้งคณะกรรมการย่อยเช่นเดียวกับการประชุมเพื่อจัดทำต้นร่างของร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการแต่ละคณะก็จะรับผิดชอบเรื่องเฉพาะทางที่ต้องมีอยู่ในร่างรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องราวๆ ไป เช่น คณะกรรมการพิจารณาเรื่ององค์กรกับศาลรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์รัฐ คณะกรรมการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการเลือกตั้ง, คณะกรรมการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการคลัง²²³ เป็นต้น

สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จในวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ซึ่งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวด้วยคะแนนเสียงมีผู้เห็นด้วยจำนวน 53 คน และมีผู้ไม่เห็นด้วยอีก 12 คน²²⁴ จากนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้กลุ่มประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรตะวันตกที่ควบคุมเขตเยอรมันตะวันตกอยู่เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญ และกลุ่มประเทศฝ่ายสันพันธมิตรดังกล่าวก็ได้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญนั้น²²⁵

²²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79-80.

²²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

²²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

เมื่อกลุ่มประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรที่ควบคุมเขตเยอรมันตะวันตก ได้ให้ความเห็นชอบแก่ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้แต่ละรัฐให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว และร่างรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการให้สัตยาบันจากจำนวนรัฐ 2 ใน 3 ของรัฐทั้งหมดเป็นอย่างน้อย ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงจะมีผลใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าเอกสารแฟรงค์เฟิร์ตจะระบุว่าทำให้สัตยาบันดังกล่าวจะต้องทำโดยการลงประชามติ แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่มีรัฐใดดำเนินการจัดให้มีการลงประชามติเลย การให้สัตยาบันแก่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงทำโดยให้รัฐสภาของรัฐแต่ละรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบัน โดยการจัดประชุมเพื่อให้สัตยาบันนั้นอยู่ในช่วงวันที่ 16-22 พฤษภาคม ค.ศ.1949²²⁶ ทั้งนี้ รัฐทั้ง 10 รัฐได้ให้สัตยาบันยอมรับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่มีรัฐบาวาเรียเพียงรัฐเดียวที่ไม่ให้สัตยาบัน แต่เมื่อมีรัฐเกินกว่า 2 ใน 3 ของรัฐทั้งหมดให้สัตยาบัน รัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงมีผลบังคับใช้และผูกพันรัฐทุกรัฐในเขตเยอรมันตะวันตก ตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ.1948²²⁷

เมื่อมีการรวมเขตเยอรมันตะวันตกและเขตเยอรมันตะวันออกเข้าด้วยกันอีกครั้งในปี ค.ศ.1990 กฎหมายพื้นฐานที่เคยตั้งใจว่าจะให้เป็นกฎหมายสูงสุดชั่วคราวจนกว่าจะมีการรวมประเทศนั้น ก็ได้ถูกยกเลิกไปดังที่ตั้งใจไว้แต่แรก หากแต่เมื่อรัฐต่างๆ ในเขตเยอรมันตะวันออกเข้าร่วมเป็นสหพันธรัฐกับเยอรมันตะวันตกแล้ว ก็ยอมรับกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวเป็นกฎหมายสูงสุดของสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน และกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวก็ยังคงเป็นเสมือนรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้มาจนทุกวันนี้

3.3.4.3 บทวิเคราะห์

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 หรือกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันถูกสร้างขึ้นโดยผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในปัญหาสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศเยอรมันอย่างแท้จริงเป็นผลทำให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีความสอดคล้องและเหมาะสมต่อสังคมเยอรมันตลอดมา สหพันธสาธารณรัฐเยอรมันได้ใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิรูประบบการเมืองจนประสบผลสำเร็จ

จากการศึกษาพบว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันนั้น เริ่มขึ้นตั้งแต่ในยุคสมัยแห่งการรวมแคว้นของอาณาจักรเยอรมัน แต่เป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จึงทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยนั้นเกิดขึ้นโดยกษัตริย์ตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์

²²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

²²⁷ Russell F.Moore, Modern Constitutions with Brief Commentaries, pp.88.

ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ทำการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบสาธารณรัฐโดยการกำหนดรูปแบบการปกครองดังกล่าวลงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ส่งผลให้เป็นอันสิ้นสุดการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ร่างขึ้นนั้น ถูกจัดทำขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มุ่งสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดอำนาจกษัตริย์ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ตลอดจนการสร้างกลไกการตรวจสอบและควบคุมองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้มีประสิทธิภาพ รวมทั้งการกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวเยอรมัน กระนั้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในสภาวะเร่งด่วนเพื่อแก้ไขปัญหาภายหลังสงครามของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จึงไม่มีรายละเอียดหรือต่อตระเตรียมการใดหลายขั้นตอน ทั้งนี้เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันกำลังเผชิญอยู่ในขณะนั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในยุคสมัยต่อมา เมื่ออดอล์ฟ ฮิตเลอร์ เข้าควบคุมอำนาจและเปลี่ยนรูปแบบการปกครองให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีการปกครองระบอบเผด็จการ ฮิตเลอร์ได้แทรกแซงเอาอำนาจของตนไปแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่พรรคนาซี และประโยชน์ของตนเองเพื่อที่จะตอบสนองต่ออุดมการณ์ทางการเมืองของฮิตเลอร์เอง จนเป็นเหตุให้ฮิตเลอร์นำสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเข้าสู่สงครามอีกครั้งเป็นสงครามโลกครั้งที่ 2

เมื่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันพ่ายแพ้ต่อสงครามและประเทศถูกแบ่งเป็นสองฝั่ง คือ เยอรมันตะวันตก ซึ่งมีประเทศฝ่ายสัมพันธมิตร 3 ประเทศปกครองอยู่ คือ ประเทศอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส และเยอรมันตะวันออก ซึ่งปกครองโดยสหภาพโซเวียต ความเป็นรัฐเยอรมันก็ได้สูญสิ้นไปตามความพ่ายแพ้ต่อสงครามแต่อย่างใดไม่ หากแต่รัฐเยอรมันยังคงอยู่เพียงไม่มีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการจัดตั้งองค์กรทางการเมือง และการกำหนดโครงสร้างทางการเมือง ตลอดจนไม่มีบุคคลมาใช้อำนาจแทนรัฐเท่านั้นตามหลักทฤษฎีการเกิดรัฐที่รัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมายมหาชนเมื่อบุคคลผู้ใช้อำนาจได้หมดหน้าที่ลง รัฐยังคงอยู่รอคอยให้บุคคลใดๆ ขึ้นมาใช้อำนาจดังกล่าวแทนรัฐ ตามลักษณะการแยกอำนาจจากตัวบุคคลมาสู่สถาบันคือรัฐ อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาวยังระบุให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่ในสถานการณ์ดังกล่าว โครงสร้างทางสังคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันล้มเหลวเป็นเหตุให้ไม่มีผู้ใดมาใช้อำนาจต่างๆ แทนรัฐ จึงมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 ฉบับนี้ ซึ่งถูกสร้างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น อาศัยอำนาจผู้ใดเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญและมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยหรือไม่ สามารถแยกอธิบายได้เจ็ดประการดังต่อไปนี้

ประการแรก อำนาจอธิปไตยเป็นของใคร

ที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของใคร ทั้งนี้เพราะอำนาจอธิปไตยคืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เป็นอำนาจในการแสดงความเป็นเจ้าของประเทศ เป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ และเป็นอำนาจที่อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ เมื่อยังไม่มีรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาว่าใครเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเพื่อทราบผู้มีอำนาจในการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น หรือเพื่อวางรัฐธรรมนูญเพื่อให้สอดคล้องต่อแนวคิดเจ้าของอำนาจอธิปไตยดังกล่าว

อำนาจอธิปไตยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นของประชาชนชาวเยอรมันมาโดยตลอด การจัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องจัดทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ซึ่งรูปแบบการปกครองที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับว่าจะสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้คือการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การจัดทำรัฐธรรมนูญจึงต้องจัดทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

ประการที่สอง ใครเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีอยู่ได้ ทั้งๆ ที่ไม่มีรัฐและสามารถมาจากนอกรัฐได้ หมายความว่าก่อนที่จะมีการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้นในทางกฎหมายมหาชนกำหนดให้มีอำนาจหนึ่งที่เรียกว่าอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หากประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองก็จะนำไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย เมื่อระบบและโครงสร้างทางสังคมของประเทศเยอรมันล่มสลายประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรจึงเข้าใช้อำนาจดังกล่าวแทนประชาชนชาวเยอรมันเพื่อกำหนดโครงสร้างทางการเมืองและทางสังคมให้แก่ประเทศเยอรมันขึ้นมาใหม่ ดังนั้นประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรจึงเป็นผู้ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชนชาวเยอรมัน มิได้ใช้เพื่อแสวงหาอำนาจให้แก่ประเทศตนเอง เป็นการใช้อำนาจดังกล่าวแทนประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

ดังนั้นเอกสารแฟรงเฟิร์ต จึงถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์เบื้องต้นในการวางกรอบการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ถือเป็นกฎเกณฑ์ของผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ซึ่งใช้อำนาจดังกล่าวแทนประชาชน

ประการที่สาม บุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่ออำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญอยู่ที่ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรในการที่ใช้อำนาจแทนประชาชนเยอรมัน ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรจึงเป็นผู้มีอำนาจนอกประเทศที่มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ

แต่ด้วยเอกสารแฟรงเฟิร์ตจึงเป็นการมอบอำนาจให้สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญแทน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในเอกสารแฟรงเฟิร์ต ก็ยังคงอำนาจของฝ่ายสัมพันธมิตรไว้ดังจะเห็นได้จากกรณีหากร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างเสร็จแล้วจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรรับรองก่อน

ประการที่สี่ สภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจใดในการจัดทำรัฐธรรมนูญและมีความสัมพันธ์ต่อประชาชนหรือไม่

เมื่อผู้มีอำนาจนอกรัฐเป็นผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญแทนประชาชนชาวเยอรมันที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในเยอรมัน กำหนดให้มีกฎเกณฑ์การจัดทำรัฐธรรมนูญปรากฏในเอกสารแฟรงเฟิร์ต โดยมีบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้น โดยสภาพสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่แล้วโดยสภาพ โดยทางทฤษฎีสภาร่างรัฐธรรมนูญสามารถร่างรัฐธรรมนูญได้ทันที แต่เมื่อบทบัญญัติกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นโดยรัฐสภาของแต่ละมลรัฐแล้ว ย่อมหมายความว่าผู้แทนปวงชนของแต่ละมลรัฐที่ประชาชนได้เลือกไว้ตามกฎหมายการเลือกตั้งของแต่ละมลรัฐรวมกันเป็นรัฐสภาของแต่ละมลรัฐได้ใช้อำนาจของปวงชนแทนปวงชนในการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นกระบวนการประชาธิปไตยทางอ้อมที่ประชาชนเลือกรัฐสภาท้องถิ่น และรัฐสภาท้องถิ่นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากประชาชนในการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งถือได้ว่ามีความเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว

ดังนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงมีความเชื่อมโยงกับประชาชนแล้ว ซึ่งย่อมดีกว่าการที่จะกำหนดให้ประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรเป็นผู้เลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยตรง

ส่วนในการเลือกคณะกรรมการจัดทำต้นร่างรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการดังกล่าวเป็นเสมือนเครื่องมือในการช่วยร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพื่อให้รัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง คณะกรรมการดังกล่าวไม่รวมเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แม้ไม่ได้มาจากประชาชนก็ได้เป็นประเด็นในการพิจารณาว่าเป็นกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยหรือไม่

ประการที่ห้า การลงประชามติ

การลงประชามติเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่า เมื่อเอกสารแฟรงเฟิร์ตกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเมื่อร่างรัฐธรรมนูญได้ผ่านการรับรองจากฝ่ายสัมพันธมิตรแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปลงประชามติตามแต่ละรัฐเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในร่างรัฐธรรมนูญและสะท้อนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาธิปไตยทางตรง เป็นการคืนอำนาจ

ให้ประชาชนเจ้าของอำนาจตัดสินใจอีกครั้งหนึ่ง แต่ในความเป็นจริงร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ได้รับการลงประชามติจากประชาชนมีเพียงการลงมติจากรัฐสภาของรัฐแต่ละรัฐเป็นผู้ให้สัตยาบันเท่านั้น

หากพิจารณาในเรื่องอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแล้ว การละเลยไม่ปฏิบัติตามยอมเป็นการกระทำนอกเหนือจากอำนาจที่มอบหมายให้ แต่หากพิจารณาต่อไปว่าการให้สัตยาบันโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนที่ได้รับการเลือกตั้งมาเป็นการกระทำที่มีส่วนยึดโยงกับประชาชนแล้วก็เป็นประเด็นที่น่าพิจารณาว่ามีความเป็นไปได้ตามหลักประชาธิปไตยทางอ้อม อีกทั้งเมื่อประเทศฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นผู้มีอำนาจและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญมิได้คัดค้านกระบวนการดังกล่าวก็ถือได้ว่าผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญยินยอมในรูปแบบการลงประชามติ อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมจากประชาชนแล้ว การลงประชามติดังกล่าวย่อมไม่เสียไปและถือเป็นการลงประชามติโดยประชาชนทางอ้อมแล้ว อีกทั้งในขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับการรับรองโดยรัฐสภาของรัฐแต่ละรัฐแล้วก็ได้ให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยผ่านผู้แทน ซึ่งเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยแล้วเช่นเดียวกับกระบวนการลงประชามติรับรองร่างรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาของแต่ละรัฐในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

ประการที่หก ประเด็นเรื่องลำดับศักดิ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานเมื่อมีการรวมกันของเยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออกแล้ว

ในประเด็นนี้ต้องพิจารณาประเด็นเรื่องสถานภาพทางกฎหมายของเยอรมันประกอบ หากพิจารณาว่ารัฐเยอรมันยังอยู่เพียงแต่ถูกแบ่งออกเป็นสองฝ่าย แต่อำนาจอธิปไตยยังอยู่ที่ประชาชน ดังนี้แล้วเมื่อเยอรมันตะวันตกมีรัฐธรรมนูญนั้นคือประเทศเยอรมันมีรัฐธรรมนูญแล้วเพียงแต่ยังไม่สามารถบังคับใช้ได้เนื่องจากฝั่งเยอรมันตะวันออกได้ด้วยเหตุผลที่ยังมีสหภาพโซเวียตใช้อำนาจปกครองอยู่ เมื่อกำแพงเบอร์ลินทลายลง เยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออกรวมเป็นเยอรมันเดียวตามที่ได้ก่อตั้งมาและเยอรมันยังมีความเป็นรัฐเดียวกัน กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันตะวันตกย่อมสามารถใช้บังคับเอาแก่เยอรมันตะวันออกที่มารวมกันได้

อีกทั้งประเด็นเรื่องความต้องการให้เป็นกฎหมายพื้นฐานและเพื่อจะจัดทำรัฐธรรมนูญกันขึ้นใหม่หากเยอรมันรวมกันได้แล้วนั้นก็เพียงความประสงค์ของนายกรัฐมนตรีในที่ประชุมนายกรัฐมนตรีเท่านั้นหาได้มีผลบังคับใช้เป็นกฎเกณฑ์ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือเป็นผลให้กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญฉบับนี้ต้องสิ้นสุดลงแต่อย่างใด กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันตะวันตกจึงมีลำดับศักดิ์เป็นกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันตะวันออกที่ได้มารวมกันในภายหลังด้วยกรณีจะมีปัญหาว่าปัญหาในเรื่องการยอมรับของประชาชนชาวเยอรมันฝั่งตะวันออกว่าจะยินยอมและให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนูญที่ตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประการที่เจ็ด บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นอย่างไร

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 นั้นถือได้ว่าเป็นการอุดหนุนว่างในรัฐธรรมนูญและเป็นการวางโครงสร้างทางการเมือง รูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน มีการสร้างกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยการกระทำของรัฐบาล มีการสร้างระบบการเลือกตั้งและระบบพรรคการเมืองขึ้นมาใหม่เพื่อให้การเมืองมีเสถียรภาพ มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งรัฐสภา กำหนดองค์ผู้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งทั้งหลายเหล่านี้สะท้อนให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่เป็นประชาธิปไตยคุ้มครองประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย

โดยสรุป กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 มีลักษณะเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยเป็นไปตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีการเลือกตั้งโดยประชาธิปไตยทางอ้อมเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมและมีส่วนร่วมในการลงประชามติผ่านรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน อีกทั้งมีบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเจ้าของอำนาจอธิปไตย จากการศึกษาพบว่าแม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 จะเริ่มต้นขึ้นจากความต้องการของฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งเป็นผู้มีอำนาจนอกรัฐประสงค้ให้เยอรมันมีรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อเอกสารแฟรงเฟิร์ตได้รับการยอมรับให้เป็นบทบัญญัติพื้นฐานในการกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจากนายกรัฐมนตรียุโรปของแต่ละรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชน และมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยผู้แทนปวงชน และในขั้นตอนสุดท้ายร่างรัฐธรรมนูญได้รับการรับรองโดยประชาชนผ่านทางผู้แทนอีกครั้ง จึงเป็นการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนเพื่อให้รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นได้รับการรับรองและเกิดการยอมรับซึ่งถือเป็นเจตจำนงร่วมกันของประชาชนชาวเยอรมันในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและทฤษฎีสัญญาประชาคม กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 จึงเป็นประชาธิปไตย

3.4 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และวิวัฒนาการทางการเมืองที่ส่งผลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต

สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต หรือที่รู้จักกันในนามติมอร์ตะวันออก เป็นประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราชและประกาศอิสรภาพอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นวันเดียวกันกับที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต มีผลใช้บังคับ

สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต มีประวัติศาสตร์ในการสร้างชาติไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เนื่องด้วยสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต เป็นประเทศหนึ่งทีสร้างชาติขึ้นมาโดยเริ่มจากการเป็นอาณานิคมของประเทศโปรตุเกส จากนั้นตกอยู่ภายใต้การควบคุมของประเทศอินโดนีเซีย เกิดความรุนแรงในการรวมชาติ และมีการต่อสู้เสียเลือดเนื้อของคนในชาติไปเป็นจำนวนมาก ประกอบกับที่สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต เป็นประเทศที่มีขนาดเล็ก และไม่ได้รับการพัฒนาโดยประเทศเจ้าอาณานิคมมาก่อน ทำให้ไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะต้านทานกองทัพของประเทศอินโดนีเซีย และกลุ่มต่อต้านการแยกตัวเป็นอิสระของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต จากประเทศอินโดนีเซียได้ อีกทั้งขาดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการสร้างชาติ การเมืองการปกครอง และการจัดทำรัฐธรรมนูญองค์การสหประชาชาติได้เล็งเห็นถึงความเดือดร้อน และอุปสรรคในการรวมชาติ และการเรียกร้องเอกราชองค์การสหประชาชาติ โดย United Nations Mission of Support in East Timor (UNMISSET) จึงได้เริ่มเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการดูแลความสงบเรียบร้อยในการลงประชามติของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเตที่จะแยกตัวเป็นเอกราชจากประเทศอินโดนีเซีย

เมื่อสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเตได้แยกตัวออกจากประเทศอินโดนีเซียแล้ว สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ยังคงร้องขอความช่วยเหลือจากองค์การสหประชาชาติ ในการขอคำแนะนำในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อใช้ปกครองประเทศ องค์การสหประชาชาติภายใต้ชื่อ United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) จึงเข้ามาควบคุมดูแลการปกครอง และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญให้แก่ สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต กระทั่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ได้มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

จึงควรศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต เนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นโดยองค์กรระหว่างประเทศซึ่งไม่ใช่องค์กรภายในประเทศเองเช่นเดียวกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน อีกทั้งยังเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศซึ่งได้รับเอกราชใหม่เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา จึงกล่าวได้ว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต มีความน่าสนใจว่าจะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยหรือไม่ โดยแยกพิจารณาตามประวัติศาสตร์ได้ดังนี้

3.4.1 ประวัติความเป็นมาของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต และการประกาศเอกราช

สาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต หรือที่เรียกว่าติมอร์ตะวันออก คือดินแดนทางด้านตะวันออกของเกาะติมอร์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหมู่เกาะอินเดียนตะวันออก รวมทั้งดินแดนบางส่วนของด้านตะวันตกของเกาะติมอร์ซึ่งเรียกว่าไอคูลซี ตกเป็นอาณานิคมของโปรตุเกสตั้งแต่ ค.ศ.

1642 โดยโปรตุเกสปกครองติมอร์ตะวันออกอย่างไม่เข้มงวดนัก และไม่ได้มีการพัฒนาติมอร์ตะวันออกให้แตกต่างไปจากที่เป็นอยู่ โดยยังคงให้ระบบการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมแบบดั้งเดิมยังคงดำเนินอยู่ต่อไป

กว่า 400 ปีที่ติมอร์ตะวันออก ถูกปกครองโดยโปรตุเกส ตั้งแต่ ค.ศ.1642 จนกระทั่ง ค.ศ.1975 ประเทศโปรตุเกสเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง รัฐบาลใหม่ซึ่งเป็นรัฐบาลที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีนโยบายจะให้เอกราชแก่ติมอร์ตะวันออกใน ค.ศ.1975 โปรตุเกสได้ทำการสำรวจและสอบถามประชาชนชาวติมอร์ตะวันออกว่ามีความประสงค์จะให้ติมอร์ตะวันออกเป็นอาณานิคมของโปรตุเกสต่อไป หรือเป็นส่วนหนึ่งของประเทศอินโดนีเซีย หรือประกาศตนเป็นเอกราช ซึ่งในขณะนั้นมีกลุ่มการเมืองสามกลุ่มที่สนับสนุนให้ติมอร์ตะวันออกเป็นอาณานิคมของโปรตุเกสต่อไป กลุ่มที่สนับสนุนให้เป็นส่วนหนึ่งของประเทศอินโดนีเซีย และกลุ่มที่ต้องการประกาศตนเป็นเอกราชจากโปรตุเกส ในเวลาดังกล่าวปรากฏว่ากลุ่มเฟรตินิน (Frente Revolucionaria de Timor Leste - Fretilin) ซึ่งเป็นกลุ่มที่ต้องการให้ติมอร์ตะวันออกเป็นเอกราชได้ทำการประกาศเอกราชเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์ตะวันออก (Democratic Republic of East Timor) เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.1975

3.4.2 วิวัฒนาการทางการเมืองภายหลังการประกาศเอกราช และการลงประชามติแยกตัวจากประเทศอินโดนีเซียภายใต้การควบคุมของ United Nations Mission to East Timor - UNAMET)

ภายหลังจากที่กลุ่มเฟรตินิน ได้ทำการประกาศเอกราชเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์ตะวันออก เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ.1975 จากนั้นวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ.1975 กองกำลังอาสาสมัครพลเรือนและกองกำลังของฝ่ายรัฐบาล (Indonesian Armed Forces - TNI) ได้บุกเข้ายึดเมืองดิลี (Dili) และเข้าควบคุมกลุ่มเฟรตินินได้สำเร็จเพียงเดือนแรกของการเข้ายึดอำนาจ²²⁸

จากนั้นเป็นต้นมาสถานการณ์ในติมอร์ตะวันออกเต็มไปด้วยความขัดแย้งและความรุนแรง ทั้งจากการต่อสู้ระหว่างกองกำลังฝ่ายรัฐบาลกับผู้สนับสนุนเอกราช และจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อพลเมืองชาวติมอร์ตะวันออกซึ่งส่วนหนึ่งของความขัดแย้ง นอกจากสาเหตุทางการเมืองแล้วยังมาจากความแตกต่างทางศาสนา กล่าวคือ ขณะที่ร้อยละ 90 ของชาวอินโดนีเซียทั้งประเทศเป็นมุสลิม แต่ชาวพื้นเมืองติมอร์ตะวันออกส่วนใหญ่เป็นโรมันคาทอลิก²²⁹

²²⁸ James Dunn, *Timor: A People Betrayed* (Sydney: ABC Books, 1996).pp.251.

²²⁹ ในติมอร์ตะวันออกมีผู้นับถือศาสนาคริสต์โรมันคาทอลิกร้อยละ 90.7 อิสลามร้อยละ 3.8 โปรเตสแตนต์ร้อยละ 3.1 ฮินดูร้อยละ 0.5 พุทธร้อยละ 0.4 และศาสนาอื่นๆ ร้อยละ 1.4 ซึ่งอ้างอิงใน สุภาศักดิ์พรหม ตั้งตรงไพโรจน์, "ติมอร์ตะวันออก," *เอเชียรายปี 2006/2549* (ตุลาคม 2549).38.

เมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ.1999 คณะรัฐมนตรีอินโดนีเซียแถลงว่า หากคนติมอร์ตะวันออกไม่ต้องการเป็นเขตปกครองพิเศษของอินโดนีเซียอีกต่อไป ก็จะทำให้รัฐสภาลงประชามติในปลายปีให้ติมอร์ตะวันออกเป็นเอกราช

เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.1999 ประธานาธิบดีฮาบีบีแถลงว่ารัฐบาลอินโดนีเซียจะให้มีการหยั่งเสียงประชามติในติมอร์ตะวันออก ซึ่งหมายถึงทางเลือกที่ต้องการเป็นเอกราชด้วย ทำให้ชาวติมอร์ตะวันออกมีความหวังที่จะได้เป็นเอกราชอย่างแท้จริง แต่ในทางกลับกัน กลับเป็นการสร้างความโกรธแค้นให้กับกองกำลังของรัฐบาลโดยเฉพาะกองกำลังอาสาสมัครพลเรือน (militia) หรือที่เรียกว่า “ทหารบ้าน” ส่งผลให้เกิดการต่อสู้ที่รุนแรงขึ้นระหว่างกลุ่มที่ต้องการแบ่งแยกดินแดนซึ่งใช้วิธีการสู้รบแบบกองโจรกับกองกำลังของฝ่ายรัฐบาล (Indonesian Armed Forces - TNI) ทั้งที่เป็นทหาร ตำรวจ และกองกำลังอาสาสมัครพลเรือน ชาวบ้าน พลเรือนทั่วไป รวมถึงนักกิจกรรมเพื่อสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมากถูกสังหาร ลักพาตัว และสูญหายโดยไร้ร่องรอย

สำหรับการหยั่งเสียงประชามติรัฐบาลอินโดนีเซียจำเป็นต้องร้องขอให้สหประชาชาติเป็นผู้ดำเนินการสำรวจความคิดเห็นของคนติมอร์ตะวันออก สหประชาชาติจึงได้เข้ามาดูแลตามคำร้องขอภายใต้คณะทำงานที่เรียกว่า “คณะปฏิบัติการแห่งสหประชาชาติในติมอร์ตะวันออก” (United Nations Mission for Assistance in East Timor - UNAMET) ในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.1999 โดยได้รับความช่วยเหลือจากประเทศออสเตรเลีย และโปรตุเกสเป็นหลัก ก่อนถึงวันลงประชามติจริงก็ต้องเลื่อนออกไปถึงสองครั้งเนื่องจากสถานการณ์ไม่สงบ จนกระทั่งวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ.1999 UNAMET ได้จัดให้มีการแสดงประชามติโดยการเลือกตั้งหย่อนบัตร โดยมีผู้ออกมาใช้สิทธิ 98% ของผู้มีสิทธิออกเสียง และมีผู้ลงประชามติจำนวน 78.5% ที่มีความประสงค์จะให้ติมอร์ตะวันออกเป็นเอกราช²³⁰ จากจำนวนผู้มีสิทธิลงคะแนนทั้งหมด 446,953 คน

หลังจากนั้น เหตุการณ์กลับรุนแรงมากขึ้น เมื่อกลุ่มผู้สนับสนุนการรวมกับอินโดนีเซียที่ส่วนใหญ่เป็นมุสลิมได้ทำร้ายคนติมอร์ตะวันออกที่ต้องการเป็นเอกราช และก่อความเสียหายทำลายทรัพย์สินของสหประชาชาติ จนรัฐบาลไม่สามารถควบคุมได้ ดังนั้นประธานาธิบดีฮาบีบีจึงต้องยอมให้สหประชาชาติส่งกองกำลังรักษาสันติภาพเข้าไปทำหน้าที่แทนกองทัพอินโดนีเซีย กองกำลังดังกล่าวมีประมาณ 8,000 คน จาก 20 ประเทศ อาทิ มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ ไทย ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ อังกฤษ และโปรตุเกส เป็นต้น เรียกกองกำลังนี้ว่า “กองกำลังนานาชาติในติมอร์ตะวันออก” (International Forces for East Timor – INTERFET)²³¹

²³⁰ Bob Lowry, “East Timor: An Overview of Political Developments.” in Chris Manning and Peter Van Diermen, *Eds. Indonesia in Transition* (Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2000).pp.100.

²³¹ สุภาศพรธรรม ตั้งตรงไพโรจน์, “ติมอร์ตะวันออก,” *เอเชียรายปี 2006/2549* (ตุลาคม 2549): 39.

ภายหลังที่ได้มีการลงประชามติ ทิมอร์ตะวันออกก็ได้รับเอกราช และมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง

3.4.3 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเตฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ.2002 ภายใต้การสนับสนุนของ United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET)

3.4.3.1 บทบาทของ United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) ต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากติมอร์ตะวันออกต้องใช้เวลาในการฟื้นฟูระบบสาธารณูปโภค และสร้างระบบการบริหารต่างๆ เป็นเวลาหลายปี ซึ่งสหประชาชาติตระหนักดี ดังนั้นก่อนที่ภารกิจของ UNAMET จะสิ้นสุดลง สหประชาชาติโดยมติคณะมนตรีความมั่นคง (resolution S/RES/1272,1999) เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ.1999 ได้จัดตั้ง “คณะบริหารชั่วคราวของสหประชาชาติในติมอร์ตะวันออก” (United Nations Transitional Administration in East Timor - UNTAET) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยสภาความมั่นคงขององค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ.1999 ภายหลังจากที่ติมอร์ตะวันออกได้ทำการลงประชามติแยกตัวออกมาจากประเทศอินโดนีเซีย เป็นเอกราชอีกครั้งหนึ่ง

United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) มีภารกิจสำคัญได้แก่ เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้คำแนะนำ ความช่วยเหลือ และแนวทางในการให้ติมอร์ตะวันออกเปลี่ยนรูปแบบการปกครองภายหลังเป็นเอกราชจากประเทศอินโดนีเซีย ให้เป็นประเทศประชาธิปไตย²³² โดยมี นายเซอร์จีโอ วิเอรา เดอ เมลโล (Sergio de Mello) เป็นผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ²³³ โดยแยกพิจารณาตามรายละเอียดดังนี้

1. รักษาสันติภาพและกฎหมาย
2. สร้างระบบการบริหารที่มีประสิทธิภาพ
3. ให้ความช่วยเหลือการพัฒนาบริการต่างๆ แก่ประชาชนและบริการทางสังคม
4. ประสานงานการให้ความช่วยเหลือเพื่อมนุษยธรรมและจัดสร้างที่อยู่อาศัยอย่างเร่งด่วน
5. สนับสนุนการจัดตั้งรัฐบาล และ

²³² Randall Garrison, *The Role of Constitution – Building Processes in Democratization : Case Study East Timore*, (Sweden: International IDEA Democracy and Conflict Management Programme (DCM), 2005).pp.7.

²³³ Ibid,pp.28.

6. ช่วยเหลือและส่งเสริมให้เกิดสถานะที่ดีเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนต่อไป

UNTAET มีอำนาจเต็มในการบังคับใช้กฎหมายและมีอำนาจในการปกครองติมอร์ตะวันออก ในช่วงแรกของการได้รับอิสรภาพ โดย UNTAET เลือกรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ปกครองติมอร์ตะวันออกในขณะนั้น

UNTAET ประกอบด้วยกองกำลังทหาร 8,950 คน ผู้สังเกตการณ์ทางทหาร 200 คน เจ้าหน้าที่ตำรวจ 1,640 คน และเจ้าหน้าที่บริหารอีกจำนวนมาก ประเทศที่มีส่วนร่วมใน UNTAET เช่น อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย เดนมาร์ก อังกฤษ ฝรั่งเศส แคนาดา จีน เกาหลีใต้ มาเลเซีย และไทย เป็นต้น คณะทำงานได้รับการโอนอำนาจจาก UNAMET อย่างสมบูรณ์เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2000

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมี UNTAET เข้ามาบริหารฟื้นฟูระบบต่างๆ แต่ชาวติมอร์ตะวันออกก็จำเป็นต้องมีคณะทำงานที่มีคนติมอร์ตะวันออกร่วมปฏิบัติภารกิจในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชน และเพื่อมีส่วนร่วมในการตัดสินใจตลอดระยะเวลาของการเปลี่ยนผ่านที่สำคัญของประเทศ ดังนั้นในวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ.1999 ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติ นายเดอ เมลโล ได้ออกกฎข้อบังคับ (Regulation 1999/2) จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งชาติ (National Consultative Council – NCC) มีสมาชิกแรกเริ่ม 15 คน ประกอบด้วยคนติมอร์ตะวันออกและผู้แทนจาก UNTAET ต่อมาวันที่ 23 ตุลาคม ค.ศ.2000 ได้เปลี่ยนเป็น National Council (NC) ขยายสมาชิกออกเป็น 23 คน แบ่งเป็นผู้ที่ได้รับเลือกจากผู้แทนเขตการปกครองเขตละหนึ่งคน 13 เขต รวมเป็น 13 คน อีก 7 คนมาจากตัวแทนภาคประชาสังคม (สภาแห่งชาติเพื่อการต่อต้านของชาวติมอร์ตะวันออก) ซึ่งมีนายชานานา กุสมาเป็นประธาน และอีก 3 คน มาจากกลุ่มตัวแทนศาสนา²³⁴

สภาแห่งชาติ (NC) จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจของ UNTAET ในการดำเนินนโยบายและปฏิบัติภารกิจต่างๆ เพื่อวางรากฐานให้ประเทศ

ต่อมาสภาแห่งชาติได้ลงมติจัดตั้งคณะบริหารเพื่อการเปลี่ยนผ่านแห่งติมอร์ฯ (East Timor Transitional Administrative - ETTA) จำนวน 8 คนขึ้น เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 2000 ภารกิจที่สำคัญคือรับผิดชอบและวางนโยบายที่สำคัญของประเทศโดยเฉพาะในกิจการสำคัญ 5 ด้าน ได้แก่ การต่างประเทศ การบริหารภายใน การวางโครงสร้างสาธารณูปโภค เศรษฐกิจ และสังคม

และด้วยภารกิจหน้าที่ต่างๆ ของ UNTAET ที่ได้ทราบ จึงทำให้ UNTAET มีอำนาจในการกำหนดกฎระเบียบในการจัดทำรัฐธรรมนูญให้แก่ติมอร์ตะวันออกด้วย ปรากฏตามระเบียบข้อบังคับของ UNTAET ที่ UNTAET/REG/2001/2 ลงวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ.2001 เรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญสำหรับเตรียมความพร้อมสำหรับรัฐธรรมนูญเพื่อความเป็นเอกราชและประชาธิปไตยในติมอร์ตะวันออก

²³⁴ UNTAET, "Daily Press Briefing," UNTAET October, Cited as UNTAET October (October 20,2000).

3.4.3.2 กรอบแนวคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

กรอบแนวคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญปรากฏในอารัมภบทของระเบียบข้อบังคับ ที่ UNTAET/REG/2001/2 ว่า เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อความเป็นเอกราชและประชาธิปไตยในติมอร์ตะวันออก รวมถึงส่งเสริมให้เกิดการมีส่วนร่วมของผู้หญิงและผู้ชายโดยเท่าเทียมกันในทุกขั้นตอนของกระบวนการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตลอดจนส่งเสริมสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองให้แก่ผู้หญิงอย่างเท่าเทียม

3.4.3.3 การทำประชาพิจารณ์ก่อนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต นั้น เริ่มต้นขึ้นเมื่อคณะกรรมการเตรียมความพร้อมเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดย United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) โดยมีนายเซอร์จีโอ วิเอรา เดอ เมลโล (Sergio Vieira de Mello) เป็นผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติในติมอร์ตะวันออก ได้นำคณะลงสำรวจทำประชาพิจารณ์ ในประเด็นที่ว่าควรมีประเด็นใดบ้างที่ควรนำมาบรรจุไว้ในร่างรัฐธรรมนูญที่จะจัดทำขึ้น ซึ่งการทำประชาพิจารณ์ดังกล่าวมีประชาชนเข้าร่วมทั้งหมดกว่า 38,000 คน โดยจัดทำประชาพิจารณ์มากกว่า 200 ครั้ง และประชาชนที่เข้าร่วมในการทำประชาพิจารณ์นั้น เป็นตัวแทนจากทุกๆ หมู่บ้านในติมอร์ตะวันออก

การจัดทำประชาพิจารณ์ได้ทำขึ้นอย่างต่อเนื่องตลอดเดือนมิถุนายนถึงเดือนกรกฎาคม ภายใต้การสนับสนุนของคณะกรรมการเตรียมความพร้อมเพื่อการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับกระแสตอบรับเป็นอย่างดีจากประชาชนชาวติมอร์ตะวันออก ทั้งนี้ภายใต้เหตุผลที่ว่า “ทุกๆ ถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ควรจะมาจากประชาชน”²³⁵

3.4.3.4 สภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ตามระเบียบข้อบังคับ ที่ UNTAET/REG/2001/2²³⁶ มาตรา 1 ข้อ 1.1 กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการให้ประชาชนชาวติมอร์ตะวันออกเป็นผู้ตัดสินใจในกิจกรรมต่างๆ ทางการเมืองตามหลักการฟังความคิดเห็นของประชาชนวันที่ 30 สิงหาคม 1999 และเพื่อที่จะปกป้องสิทธิต่างๆ ที่ไม่สามารถโอนให้ผู้อื่นได้ สิทธิมนุษยชนของประชาชนชาวติมอร์รวมถึงเสรีภาพตามมโนธรรมสำนึก เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพจากการแบ่งแยกทุกรูปแบบ สภาร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเอกราชและประชาธิปไตยในติมอร์ตะวันออกโดยสภาร่าง

²³⁵ สุภาพพรรณ ชันชัย, "ติมอร์ตะวันออก," เอเชียรายปี 2002/2545 (สิงหาคม 2545): 40.

²³⁶ โปรดดูภาคผนวก

รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นระบบสภาเดี่ยว²³⁷ และข้อ 1.2 กำหนดให้ต้องมีการเลือกตั้งสภาว่าง รัฐธรรมนูญที่เป็นไปตามข้อกำหนดกฎหมาย และคงไว้ซึ่งเสรีภาพและความเป็นธรรม โดยผู้มีสิทธิในการ ออกเสียงทุกคนจะลงคะแนนแบบลับเพื่อเป็นหลักประกันในการใช้สิทธิได้อย่างเสรี

จากระเบียบข้อบังคับดังกล่าวได้แสดงเจตนารมณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญและการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ แล้วว่าจะต้องเป็นการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาว่าง รัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมอย่างมีเสรีภาพ และมีกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่าง รัฐธรรมนูญที่เป็นธรรม และมุ่งคุ้มครองผู้มาใช้สิทธิให้ได้รับหลักประกันในการใช้สิทธิได้อย่างเสรี

การเลือกตั้งสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญ ถือเป็น การเลือกตั้งตามระบอบ ประชาธิปไตยเป็นครั้งแรก หลังการหยั่งเสียงประชามติเพื่อแยกตัวเป็นเอกราชในเดือนสิงหาคม 1999 โดยกฎระเบียบข้อบังคับที่ UNTAET/REG/2001/2 ได้กำหนดบทบาทหน้าที่ และอำนาจหน้าที่ของ สภาว่างรัฐธรรมนูญและกำหนดให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อดูแลการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่าง รัฐธรรมนูญด้วย

โดยในการเลือกตั้งสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญนี้กำหนดให้มีสมาชิกรวมทั้งสิ้น 88 คน โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ 1) ผู้แทนระดับเขตการปกครองจำนวน 13 คนจาก 13 เขต²³⁸ 2) ผู้แทนระดับชาติ จำนวน 75 คน โดยมาจากพรรคการเมืองในติมอร์ตะวันออก และในการเลือกตั้ง สมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญในครั้งนั้น มีผู้สมัครรับเลือกตั้งมาจากพรรคการเมือง 16 พรรค²³⁹

²³⁷ Section 1 Constituent Assembly for East Timor

1.1 In order to implement the decision of the people East Timor in the popular consultation of 30 August 1999 and so as to protect the inalienable human rights of the people of East Timor including freedom of conscience, freedom of expression, freedom of association and freedom from all forms of discrimination, there shall be a Constituent Assembly to prepare a Constitution for an independent and democratic East Timor. The Constituent Assembly shall be unicameral.

1.2 The election of the Constituent Assembly shall be governed by the present regulation and shall be free and fair, with universal adult suffrage and a secret ballot.

²³⁸ ในติมอร์ตะวันออกไม่ใช้คำว่า จังหวัด (province) แต่ให้ใช้ เขตบริหาร (Administrative District) แทน มีทั้งสิ้น 13 เขตดังนี้ 1) Aileu 2) Ainaro 3) Baucau 4) Bobonaro 5) Cova Lima 6) Dili 7) Ermera 8) Lautem 9) Liquica 10) Manatuto 11) Manufahi 12) Oecussi และ 13) Viqueque

²³⁹ พรรคการเมืองทั้ง 16 พรรคได้แก่ 1) ASDT - Associacao Social - Democrata Timorese 2) APODETI - Associacao Popular Democratica de Timor 3) FRETILIN - Frente Revolucionaria do Timor Leste Independente 4) KOTA - Klibur Oan Timor Asuwain 5) PARENTIL - Partido Republika National Timor Leste 6) PD-Partido Democratico 7) PDC - Partido Democrata Cristao 8) PDM - Partai Demokratik Maubere 9) PL - Partai Liberal 10) PNT - Partido Nacionalista Timorese 11) PPT - Partido do Povo de Timor 12) PSD - Partido Social Democrata 13) PST - Partido Socialista de Timor 14) PTT - Partido Trabalhista Timorese 15) UDC/PDC - Partido Democrata - Cristao de Timor และ 16) UDT - Uniao Democratica Timorese

โดยการเลือกตั้งสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญนั้น ประชาชนต้องกาบัตร 2 ใบ คือ บัตรสีน้ำเงินสำหรับระดับชาติ และบัตรสีขาวสำหรับระดับเขต โดยผลการเลือกตั้งเป็นดังนี้

ตารางที่ 8 ตารางผลการเลือกตั้งสภาาร่างรัฐธรรมนูญ

พรรคการเมืองระดับ	จำนวนสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญ (ที่นั่ง)													รวม
	FRE	P	ASDT	P	P	U	KO-	P	P	UDC	P	P	ผู้สมัครอิสระ	
	TI	D		S	D	D	TA	N	P	/	S	L		
ระดับชาติ	43	7	6	6	2	2	2	2	2	1	1	1	-	75
ระดับจังหวัด	12	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	13
รวม	55	7	6	6	2	2	2	2	2	1	1	1	1	88

ผลการเลือกตั้งดังกล่าวพบว่าพรรคเฟรตินินเป็นพรรคที่ครองเสียงข้างมากในสภาาร่างรัฐธรรมนูญคิดเป็น 57.3% โดยมีที่นั่งถึง 55 คน จาก 88 คน²⁴⁰ โดยมี นายมารี อัลกาติรี (Mari Alkatiri) เป็นประธานสภาาร่างรัฐธรรมนูญ²⁴¹

ทั้งนี้ ประชาชนชาวติมอร์ตะวันออกที่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้ 1) อายุ 17 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป 2) เกิดในประเทศติมอร์ตะวันออก 3) เกิดนอกประเทศติมอร์ตะวันออก แต่ต้องมีบิดาหรือมารดาเกิดในประเทศ และ 4) ผู้ที่มีคู่สมรสที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2 และ 3 ใดๆก็ดี ประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และไม่มีความมั่นใจว่าการเลือกตั้งจะช่วยทำให้ชีวิตของพวกเขาดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ เนื่องจากยังมีความเชื่อว่าพรรคการเมืองเป็นสาเหตุของความแตกแยกในประเทศ เพราะตั้งแต่โปรตุเกสมอบเอกราชให้กับติมอร์ตะวันออก ก็เกิดความขัดแย้งระหว่างพรรคการเมืองต่างๆ และต่อสู้กันอย่างรุนแรงตลอดมา สำหรับประชาชนทั่วไปเข้าใจคำว่าประชาธิปไตย แต่เพียงว่าทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน โดยไม่มีความเข้าใจในเรื่องหน้าที่ การเคารพสิทธิของผู้อื่น และการเคารพความเห็นของคนส่วนใหญ่ UNTAET นั้นมีความตระหนักถึงปัญหานี้เป็นอย่างดี จึงได้มอบหมายให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง พยายาม

²⁴⁰ UNTAET, "Daily Press Briefing," Cited as UNTAET September 6 (2001).

²⁴¹ Dwight Y. King, "East Timor's Founding Elections and Emerging Party System," *Asian Survey* 43, 5 (September-October 2003), pp.750.

เผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับประชาธิปไตยที่ถูกต้องแก่ประชาชน และให้แนวทางตามหลักจริยธรรมในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองแก่พรรคการเมืองทุกพรรค

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาทั้ง 88 คนทำพิธีสาบานตนแล้ว วันที่ 18 กันยายน นายเซอร์จิโอ วิเอรา เดอ เมลโล ผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติในติมอร์ตะวันออก ได้มอบรายงานที่ได้จากการทำประชาพิจารณ์ให้แก่สภาร่างรัฐธรรมนูญ

ประเด็นสำคัญที่ได้จากการทำประชาพิจารณ์ ซึ่งประชาชนเห็นว่าควรจะมีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและรอบคอบก่อนจะลงมติรับรอง ได้แก่ ระบบการเมือง หน่วยเงินตราของประเทศ ธงชาติ บทลงโทษสำหรับอาชญากรที่กระทำผิดรุนแรง ระบบการศึกษา กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศ การจัดการและการกระจายรายได้ที่เกิดจากการดำเนินการใดๆ ในทะเลติมอร์ และภาษาราชการ นอกจากนี้กลุ่มสตรีก็มีโอกาสและส่วนร่วมในการทำประชาพิจารณ์เช่นกัน โดยส่วนใหญ่จะเรียกร้องให้มีกฎหมายต่อต้านการละเมิดสิทธิสตรี อีกทั้งในสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสมาชิกที่เป็นสุภาพสตรีถึง 24 คน²⁴²

การเลือกตั้งครั้งแรกในติมอร์ตะวันออกได้ผ่านพ้นไปด้วยความเรียบร้อย ไม่มีเหตุการณ์รุนแรงใดๆ เกิดขึ้นตามที่หลายๆ ฝ่ายได้คาดการณ์ไว้ ในขณะที่ประชาชนชาวติมอร์ตะวันออกต่างหลั่งไหลไปใช้สิทธิ์ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งกันอย่างล้นหลาม ด้วยความมุ่งมั่นที่ต้องการจะเห็นการจัดตั้งรัฐบาลของตนประสบความสำเร็จ โดยมียอดผู้ไปใช้สิทธิ์ประมาณร้อยละ 90.96 หลังจากนั้นผู้แทนทั้ง 88 คน ได้ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้หลักแห่งความสมานฉันท์และอย่างมีหลักการ โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกแล้วเสร็จเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2002 จากนั้นถูกนำเข้าสู่การพิจารณาเพื่อลงมติรับรอง โดยมีกฎว่าต้องได้รับมติจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ อย่างน้อย 60 เสียงจากทั้งหมด 88 เสียง รัฐธรรมนูญจึงจะประกาศใช้ได้ และในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีมติรับรองรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศเมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2002 แต่ด้วยบทบัญญัติมาตรา 2 ข้อ 2.7 บัญญัติให้รัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้ ณ วันประกาศเอกราชของติมอร์ตะวันออก²⁴³ ซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดวันประกาศเอกราชไว้เป็นวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.2002 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเตฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ.2002 จึงมีผลบังคับใช้วันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.2002 และกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

²⁴² UNTAET, "Daily Press Briefing," Cited as UNTAET September 6.

²⁴³ UNTAET/REG/2001/2. Section 2.7 The Constitution shall enter into force on the date of East Timor's independence

3.4.4 บทวิเคราะห์

เมื่อติมอร์ตะวันออกได้รับเอกราชจากการทำประชามติแยกตัวออกมาจากประเทศอินโดนีเซียเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ.1999 จึงเป็นกรณีที่รัฐและอำนาจอธิปไตยเกิดขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นแล้วอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงเคลื่อนกลิ้งกันไปกับอำนาจอธิปไตย เมื่อรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอารัมภบทคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นการจัดทำโดยองค์กรผู้มีอำนาจจอร์รัฐเป็นผู้จัดทำให้ เนื่องด้วยติมอร์ตะวันออกไม่สามารถจัดการให้มีรัฐธรรมนูญได้ เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ทำให้องค์กรสหประชาชาติภายใต้ชื่อ UNTAET จึงมีอำนาจเป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชนชาวติมอร์ ระเบียบข้อบังคับที่ UNTAET/REG/2001/2 จึงมีลักษณะคล้ายเอกสารแฟรงเฟิร์ต ที่เป็นเอกสารของผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเป็นคนกำหนดเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนโดยตรง และการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังมีการทำประชาพิจารณ์เพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนชาวติมอร์ตะวันออก ถือได้ว่าเป็นการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่กระบวนการแรกคือการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว โดยมี UNTAET เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของประชาชนชาวติมอร์ตะวันออกแทน เมื่อในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นการให้ความยินยอมจากผู้แทนปวงชนตามหลักประชาธิปไตยทางอ้อมของประชาชนแล้ว จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ.2002 มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

จากการศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ผู้วิจัยพบว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ นั้น มีวิวัฒนาการทางการเมืองเป็นปัจจัยสำคัญต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญในแต่ละยุคแต่ละสมัย โดยสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

1.ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศที่มีวิวัฒนาการทางการเมืองมาอย่างยาวนาน มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การเรียกร้องประชาธิปไตยในการปฏิวัติฝรั่งเศสค.ศ.1789 หลังจากนั้นประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองอีกหลายครั้ง ทั้งเปลี่ยนกลับไปเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นเผด็จการ และกลับมาเป็นประชาธิปไตย มีการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 12 ฉบับ ทั้งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากกษัตริย์ จากกลุ่มบุคคล จากเผด็จการ และจากประชาชน โดยมีเพียง 4 ฉบับเท่านั้นที่มีกระบวนการจัดทำ

รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยโดยการกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.1793 ที่เกิดขึ้นภายใต้ความขัดแย้งทางการเมือง กลุ่มการเมืองมองตาญยาร์ดเป็นแกนนำในการจัดทำรัฐธรรมนูญมีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและมีการทำประชามติครั้งแรก หรือกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ.1848 ที่เกิดขึ้นภายใต้การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ล้วนแต่คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น พิจารณาได้ว่าแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือมีการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์เร่งด่วนอย่างไรใด กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับก็ให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมของประชาชน เพื่อให้รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนชาวฝรั่งเศสอย่างแท้จริง กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจึงเป็นกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตย

วิวัฒนาการทางการเมืองที่ยาวนานของประเทศฝรั่งเศสนี้เองที่ทำให้ประเทศฝรั่งเศสมีประชาชนเป็นพื้นฐานในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่เริ่มต้น ทั้งนี้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ การปกครองระบอบประชาธิปไตย ความเสมอภาค และการมีส่วนร่วมของประชาชน จึงทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีวิวัฒนาการและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยจนในที่สุดการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และประชาธิปไตย เกิดเป็นผลสำเร็จอีกครั้งปรากฏเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำที่เป็นประชาธิปไตยอีก 2 ฉบับที่เหลือ คือ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946 (เริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 4) และรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 (เริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 5) ซึ่งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในสองครั้งหลังนี้หากจะไม่กล่าวถึงนายพลชอลส์ เดอโกล ก็คงไม่ได้ ด้วยเหตุเพราะนายพลเดอโกล ได้กำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งตั้งแต่กระบวนการเริ่มแรก ทั้งการกำหนดให้ประชาชนตัดสินใจลงประชามติเลือกรูปแบบการปกครองในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 และการนำร่างรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้เริ่มสร้างในสาธารณรัฐที่ 5 ไปให้ประชาชนลงประชามติ จะเห็นได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้กำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้องค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมและยึดโยงต่อประชาชน

อย่างไรก็ตามประเทศฝรั่งเศสก็มีรัฐธรรมนูญที่มีไม่ได้เกิดจากกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยเช่นกันกล่าวคือมีการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามสถานการณ์ทางการเมืองในแต่ละยุคสมัยและพิจารณาแนวความคิดของผู้นำในการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยต่างๆ ดังกล่าวด้วยว่าให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประชาชนหรือไม่

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เดิมเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตามชาวอาณานิคมทั้งหลายได้เรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และประชาธิปไตย จากประเทศอังกฤษเนื่องด้วยปัญหาภาษี และการมีส่วนร่วมทางการเมืองในรัฐสภาอังกฤษ ชาวอาณานิคมถูกกดขี่ข่มเหง และเอาไรต์เอาเปรียบทั้งทางกฎหมาย ทางการเมือง และทางวัฒนธรรมจากประเทศอังกฤษ ชาวอาณานิคมทั้งหลายจึงได้รวมตัวกันเพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดเก็บภาษี และการออกกฎหมายต่างๆ และด้วยเหตุประการทั้งหลายทั้งปวงนี้เอง จึงทำให้ชาวอาณานิคมประกาศเอกราชจากประเทศอังกฤษ และจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากผู้แทนของ 13 มลรัฐอันเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งหมด เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ทำให้เกิดการรวมตัวกันของมลรัฐให้มีความมั่นคงและต่อเนื่องมากขึ้น ตัวแทนอาณานิคม เช่น โทมัส เจฟเฟอร์สัน, เบนจามิน แฟรงคลิน, จอร์จ วอชิงตัน และนักคิดอีกหลายคนได้ร่วมกันจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ดังปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และในขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไปให้ประชาชนผ่านผู้แทนของมลรัฐลงประชามติอีกครั้งก่อนที่จะมีการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งจัดได้ว่าเป็นการกำหนดให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมของประชาชนและตัวแทนของประชาชน ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำที่เป็นประชาธิปไตยและถูกสร้างขึ้นโดยประชาชน เพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

3. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีวิวัฒนาการทางการเมืองและมีรัฐธรรมนูญที่เห็นเป็นเด่นชัดใน 3 ยุคสมัย คือ ยุคสมัยแรก รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ ซึ่งในขณะนั้นอำนาจประชาธิปไตยอยู่ที่กษัตริย์ จึงทำให้การจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ที่บุคคลคนเดียว ยุคสมัยที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับ “ไวร์มา” รัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการจัดทำขึ้น โดยกลุ่มนักวิชาการรวมตัวกันจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ไม่มีผลบังคับใช้ได้ในเรื่องสิทธิเสรีภาพ แม้บัญญัติไว้ก็ไม่อาจบังคับใช้กับประชาชนชาวเยอรมันได้ และถือเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ฮิตเลอร์ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองพรรค “นาซี” ใช้อำนาจอันนี้ในการดำเนินการทางการเมือง และนำประเทศเยอรมันเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 และในรัฐธรรมนูญยุคสมัยที่สาม คือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้แม้การเริ่มต้นในการจัดทำรัฐธรรมนูญจะไม่ได้เกิดจากประชาชนชาวเยอรมันอย่างเต็มสมบูรณ์ เนื่องด้วยในขณะนั้นประเทศเยอรมันต้องเผชิญกับปัญหาสงคราม ระบบโครงสร้างทางการเมือง และระบบองค์กรต่างๆ ได้ล่มสลายลง จึงทำให้อำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชนยังคงอยู่ แต่ไม่มีใครใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งฝ่ายสัมพันธมิตรได้รวบรวมและจัดตั้งเอกสาร

แพรงเฟริตมอบให้ที่ประชุมนายกรัฐมนตรีรัฐให้ความเห็นต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยในที่ประชุมได้มีมติให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในท้ายที่สุดรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ถูกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มนักวิชาการและประชาชนชาวเยอรมัน ตัวแทนของประชาชนชาวเยอรมัน และได้มีการลงประชามติโดยสภาและโดยฝ่ายสัมพันธมิตร จึงได้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญในที่สุด จะเห็นได้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้นได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แม้ในตอนต้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะถูกกำหนดขึ้นโดยเอกสารของผู้มีอำนาจของรัฐก็ตาม แต่เมื่อการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับการรับรองโดยผู้แทนประชาชนและในท้ายที่สุดของกระบวนการ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับการรับรองโดยประชาชนผ่านผู้แทน จึงกล่าวได้ว่าเป็นการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนชาวเยอรมันในการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดการยอมรับและให้เป็นรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสัญญาประชาคมอันเกิดจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนอย่างแท้จริง นอกจากนี้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำรัฐธรรมนูญโดยมีบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักการการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

4. ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต

ประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต หรือประเทศติมอร์ เลสเต เป็นประเทศที่ได้รับเอกราชจากประเทศโปรตุเกส และอินโดนีเซีย ในเวลาเมื่อไม่นานนี้ โดยกลุ่มการเมืองที่มีอิทธิพลต่อระบบการเมือง และเป็นกลุ่มที่เรียกร้องเอกราชให้แก่ประเทศติมอร์-เลสเต ได้มีแนวความคิดในการที่จะเรียกร้องให้ประเทศติมอร์-เลสเต มีสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค และปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่ถึงกระนั้นเมื่อประเทศติมอร์-เลสเต เจอภัยสงครามและภัยคุกคามจากกองทัพอินโดนีเซีย ทำให้ไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนซึ่งเป็นของตนเองในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ องค์การสหประชาชาติจึงเข้ามามีบทบาทในการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศติมอร์-เลสเต ทั้งนี้ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวติมอร์-เลสเต ให้เกิดขึ้นจริง และในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นองค์ที่ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีที่มาจากการเลือกตั้งจากประชาชน มีการจัดทำประชาพิจารณ์เพื่อให้การจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากเจตจำนงร่วมของประชาชนชาวติมอร์ และสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว สะท้อนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วม

จากการศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใน 4 ประเทศ ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนพบว่ากระบวนการการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศที่ไต่ยกมานั้นมีจุดเกาะเกี่ยวร่วมกันในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

ประการที่ 1 การจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศเกิดขึ้นจากการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค ความเท่าเทียมกันในหมู่ประชาชน กล่าวคือ การจัดทำให้มีรัฐธรรมนูญ ก็เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเสรีภาพและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคของประชาชนในรัฐ

ประการที่ 2 การจัดทำรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้น ไม่ว่าจะจัดทำขึ้นด้วยประชาชนในประเทศเอง อย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยองค์กรภายนอกเช่น ประเทศเยอรมัน และประเทศติมอร์-เลสเต ต่างก็มีจุดร่วมกันในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ องค์กรภายนอกรัฐไม่แทรกแซงเอาอำนาจของประเทศต่างๆ ไปจัดทำรัฐธรรมนูญเอง

ประการที่ 3 การปกครองในระบอบประชาธิปไตย เมื่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังที่ได้เรียนให้ทราบข้างต้นแล้วนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ยังเป็นกรอบแนวคิดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้ทุกขั้นตอนในการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องเกิดขึ้นโดยคำนึงถึงประชาชนเป็นหลัก และจัดทำรัฐธรรมนูญให้อยู่ภายใต้กรอบการปกครองระบอบประชาธิปไตย มิใช่ร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้แค้น หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลใด

ประการที่ 4 หลักกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้น มีหลักในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยการแยกอำนาจทางการเมืองออกมาจากรัฐ

ประการที่ 5 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้น ผู้มีและใช้อำนาจในการจัดทำให้มีรัฐธรรมนูญคือประชาชน มิใช่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง กลุ่มทหาร เผด็จการ กษัตริย์ หรือองค์กรภายนอก รัฐใช้อำนาจของตนในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หมายความว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ผู้มีและใช้อำนาจในการจัดทำให้มีรัฐธรรมนูญก็คือประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย แม้เป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศเอกราช หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้การล่มสลายของโครงสร้างทางการเมืองก็ตาม ในท้ายที่สุดแล้วประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องกำหนดให้มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม และเกิดขึ้นจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนที่แท้จริง

บทที่ 4 ปัญหาของกระบวนการจัดทำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากการศึกษาหลักทฤษฎีกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้วในบทที่ 2 และได้ศึกษากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต แล้วในบทที่ 3 ทำให้ทราบว่า นอกจากแนวคิดทฤษฎีที่ถูกใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว วิวัฒนาการทางการเมืองและสถานการณ์ทางการเมืองในแต่ละยุคแต่ละสมัยก็เป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งเหตุปัจจัยทางวิวัฒนาการทางการเมืองและสถานการณ์ทางการเมืองนี้เองที่เป็นส่วนสำคัญที่จะกำหนดว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยดังกล่าวเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยหรือไม่

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดจวบจนปัจจุบัน พ.ศ.2558 รวมทั้งสิ้น 19 ฉบับ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ชื่อว่ามี การเขียน ลบ เขียน ลบ ฉีกทิ้ง มาตลอดระยะเวลาที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย และทุกๆ ครั้งที่รัฐธรรมนูญถูกฉีกทิ้งก็ด้วยมาจากสาเหตุการรัฐประหารทั้งสิ้นจนกลายเป็นความเคยชินในสังคมไทยว่าหากไม่พอใจในระบบการเมือง นักการเมืองทุจริตคอร์รัปชัน หรืออ้างเหตุภัยคุกคาม หรือกรณีจัดสรรผลประโยชน์ทางการเมืองไม่ลงตัว การรัฐประหารโดยใช้กำลังทหารก็จะเกิดขึ้นทำการล้มล้างรัฐบาลชุดเก่า ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และละเมิดต่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย จากนั้นคณะรัฐประหารจะออกแถลงการณ์ถึงเหตุผลในการรัฐประหารซึ่งส่วนใหญ่ทั้งหมดจะเป็นการตัดความชอบธรรมในการกระทำของรัฐบาลชุดที่แล้วที่ตนได้กระทำการล้มอำนาจไป และบอกถึงความจำเป็นที่คณะรัฐประหารต้องทำรัฐประหารในครั้งนั้น ตลอดจนการออกคำสั่งของคณะรัฐประหารเพื่อใช้ในการกำหนด ยุบ เลิกองค์กรใดๆ หรือเรียกตัวบุคคลให้เข้าพบ โดยมักอ้างเหตุยึดโยงต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของคนในสังคม ภายหลังจากนั้นคณะรัฐประหารจะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่เกิดขึ้นโดยคณะรัฐประหาร ซึ่งการจัดทำรัฐธรรมนูญจากการรัฐประหารนี้จะมีทั้งคณะรัฐประหารที่ทำการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไว้แล้ว และการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญแทน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ซึ่งมี พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบกเป็นหัวหน้าคณะ ทำการยึดอำนาจรัฐบาลรักษาการของ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ด้วยเหตุเป็นรัฐบาลที่ประพฤติมิชอบทุจริตคอร์รัปชัน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 จากนั้นคณะรัฐประหารได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เพื่อบังคับใช้เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ โดยมีบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นองค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) เพื่อใช้ปกครองประเทศต่อไป

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงเกิดขึ้นภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว มีการจัดตั้งสมัชชาแห่งชาติ โดยมีคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ “กตส.” เพื่อเป็นองค์กรในการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ นอกเหนือจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ และมีการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ และเมื่อการยกร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้ว ได้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญไปทำประชามติ โดยผลการลงประชามติเสียงข้างมากรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวในวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ.2550 จากนั้นจึงประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550 นับว่าเป็นจุดสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และการรัฐประหาร แต่ถือเป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการทางการเมืองรูปแบบใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลบังคับใช้ กลับถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องของที่มาและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นไปตามการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื่องด้วยเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นผลพวงมาจากการรัฐประหาร ซึ่งละเมิดต่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่ยึดโยงต่อประชาชน การอ้างการทำประชามติไม่เพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับการยอมรับจากประชาชนอย่างแท้จริง

ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจึงจะทำการศึกษาปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าเป็นเช่นไร เพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจในข้อเท็จจริงโดยจะพิจารณาเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่ 1 พิจารณาการเมืองของประเทศไทยก่อนกระบวนการจัดทำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และส่วนที่ 2 พิจารณาปัญหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

4.1 การเมืองของประเทศไทยก่อนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในหัวข้อ 4.1 นี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงการเมืองของประเทศไทยก่อนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 เพื่อให้ทราบถึงวิวัฒนาการทางการเมือง และวัฒนธรรมทางการเมืองไทยอันเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อกระบวนการรัฐประหารในประเทศไทย และการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ตลอดจนกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1.1 อำนาจการเมือง วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย และการรัฐประหารในประเทศไทย

จากการศึกษาวิวัฒนาการทางการเมืองตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันพบว่า อำนาจทางการเมือง วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย และการรัฐประหารในประเทศไทย เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้เกิดการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 และส่งผลกระทบต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยพิจารณาเป็นสามส่วนได้ดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง อำนาจการเมือง

อำนาจการเมือง หมายถึง อำนาจที่เกิดขึ้นในสังคมการเมืองของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างระเบียบวินัยให้เกิดขึ้นภายในสังคมการเมืองของรัฐ²⁴⁴

อำนาจทางการเมืองนี้มีวิวัฒนาการทางแนวคิดมาพร้อมกับแนวคิดการเกิดรัฐ ในอดีตอำนาจถูกผูกติดกับผู้ที่มีอิทธิฤทธิ์เหนือธรรมชาติ ต่อมาอำนาจถูกผูกติดกับผู้นำ หากเป็นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในการปกครองยุคเก่า เช่น การปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก่อนการปฏิวัติอำนาจดังกล่าวจึงถูกผูกติดอยู่ที่กษัตริย์ กระทั่งแนวคิดเรื่องอำนาจดังกล่าวพัฒนาจนเกิดแนวความคิดในการแยกอำนาจทางการเมืองดังกล่าวออกจากตัวบุคคลมาสู่นิติบุคคลสมมติทางกฎหมายมหาชน คือ รัฐ จึงทำให้เกิดแนวความคิดการเกิดรัฐ และแนวความคิดแยกอำนาจทางการเมืองดังกล่าวออกจากตัวบุคคลมาสู่รัฐ รัฐจึงเป็นผู้ทรงสิทธิทางการเมืองแทนบุคคล บุคคลที่หมั่นเวียนมาใช้อำนาจดังกล่าวก็เป็นเพียงการใช้อำนาจแทนรัฐเท่านั้น เมื่อบุคคลดังกล่าวออกจากตำแหน่งหรือตายไป อำนาจดังกล่าวก็ยังคงอยู่มิได้สูญหายตามความตายหรือการออกจากตำแหน่งของบุคคลนั้น เกิดผลดีในการบริหารกิจการบ้านเมืองที่มีความต่อเนื่องไม่สะดุดลงเพราะความตายของบุคคล

²⁴⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "วัฒนธรรมทางการเมือง อำนาจการเมืองและรัฐธรรมนูญ" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1154> เผยแพร่เมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2550

เมื่ออำนาจดังกล่าวถูกแยกจากตัวบุคคลมาสู่รัฐแล้ว ถูกเรียกใหม่ว่า อำนาจอธิปไตย ดังนั้น อำนาจการเมืองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยจึงเป็นของรัฐ การแสดงออกซึ่งลักษณะของอำนาจดังกล่าวจึงปรากฏผ่านทางกฎหมายของรัฐที่ได้รับการยอมรับจากคนในประชาคมแห่งรัฐตามแนวคิดสัญญาประชาคม กฎหมายดังกล่าวได้จัดวางระเบียบว่าด้วยการปกครองรัฐ องค์กรของรัฐ ประมุขของรัฐ การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น กฎหมายดังกล่าวคือ รัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจสูงสุดของรัฐหรืออำนาจอธิปไตยดังกล่าว รัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดให้ใช้ผ่านทางตัวแทนของรัฐหรือผ่านทางองค์กรของรัฐ²⁴⁵ ถ้าประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้กำหนดระเบียบแบบแผนการปกครอง ประชาชนจะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด หรือรัฐชาติปิตัย เรียกการปกครองในรูปแบบนี้ว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และเป็นที่มาของระบบกฎหมายและระบบการเมือง ซึ่งถูกจัดให้มีขึ้นตามทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย รัฐชาติปิตัยคือประชาชน เมื่อประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ อำนาจอธิปไตยนั้นจึงเป็นของประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่จะมากำหนดโครงสร้าง ระบบกฎหมาย และระบบการเมืองภายในรัฐ ซึ่งหากพิจารณารัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบแล้ว กฎเกณฑ์ใดที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อจัดโครงสร้างสังคม กฎหมาย และระบบการเมืองแล้ว ย่อมได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญ แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นไม่สามารถพิจารณาเพียงชื่อของกฎหมายที่เรียกว่าเป็นรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ร่วมด้วย ทั้งที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตลอดจนบทบัญญัติที่กำหนดในรัฐธรรมนูญว่าประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และมีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด จึงจะได้รับการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ในทางกลับกันสำหรับรัฐธรรมนูญที่มีได้มาจากประชาชนแต่มาจากคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารจัดทำขึ้น รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านี้ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายอยู่เลย หากพิจารณาจากหลักการและแนวคิดในระบอบประชาธิปไตย แม้ผู้ที่สนับสนุนว่ารัฐธรรมนูญที่มาจากการรัฐประหารก็เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยโดยอ้างแนวความคิดของ ฮันส์ เคลเซน ก็ตาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านั้นก็เป็นเพียงแต่ชื่อหรือรูปแบบที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเท่านั้น

ในประเทศไทย อำนาจการเมือง อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนจึงเป็นรัฐชาติปิตัย การรัฐประหารโดยการฉีกรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการฉีกกฎระเบียบที่ให้อำนาจรัฐ ฉีก

²⁴⁵ เรื่องเดียวกัน

กฎหมายที่ประชาชนสร้าง ถือเป็นภาระล้นเกินต่ออำนาจของประชาชน และเมื่อสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาจึงถือเป็นการแทรกแซงเอาอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญไปอย่างหน้าไม่อาย สถาปนาคณะรัฐประหารเป็นรัฐอธิปไตย โดยประชาชนไม่ยินยอม โดยอ้างที่มาของอำนาจว่าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดจากการยึดอำนาจตามระบอบเผด็จการมาปกครองประเทศซึ่งปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยซึ่งอำนาจเป็นของประชาชนโดยใช้กำลังขู่เชือด และอ้างอิงจากคำพิพากษาของศาลใช้อำนาจในการร่างรัฐธรรมนูญโดยมิได้เกิดจากความยินยอมโดยสมัครใจจากประชาชน รัฐธรรมนูญดังกล่าวก็เป็นเพียงรัฐธรรมนูญโดยรูปแบบหาใช้รัฐธรรมนูญโดยเนื้อหาไม่

จากแนวความคิดอำนาจการเมืองดังกล่าว สรุปได้ว่า อำนาจการเมืองซึ่งถูกแยกจากตัวบุคคลมาสู่รัฐแล้ว เมื่อประชาชนใช้อำนาจดังกล่าว เท่ากับว่าอำนาจดังกล่าวมีประชาชนเป็นผู้ใช้แทนรัฐ ซึ่งเรียกว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนสะท้อนรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยประชาชนจึงเป็นรัฐอธิปไตยเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด เป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อการรัฐประหารเกิดขึ้น เป็นการยึดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนไป การอ้างตนเป็นรัฐอธิปไตยและจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยแนวคิดดังกล่าว

ปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดการรัฐประหารนั้น คือ วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย โดยจะได้อธิบายในส่วนถัดไป

ส่วนที่สอง วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย

วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทยเป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดขึ้นจากแนวคิดวัฒนธรรมทางการเมือง ซึ่งให้ความหมายโดยมีข้อสมมุติฐานว่า วัฒนธรรมของสังคมมีอิทธิพลต่อวัฒนธรรมทางการเมือง โดยสรุปได้ดังนี้²⁴⁶

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน วัฒนธรรม หมายถึง สิ่งที่ทำให้เจริญงอกงามแก่หมู่คณะวิถีชีวิตของหมู่คณะ ลักษณะที่แสดงถึงความเจริญงอกงาม ความเป็นระเบียบเรียบร้อยความกลมเกลียวก้าวหน้าของชาติและศีลธรรมอันดีของประชาชน พฤติกรรมและสิ่งที่คนในหมู่ ผลิตภัณฑ์ขึ้นด้วยการเรียนรู้จากกันและกันและร่วมใจอยู่ในพวกของตน ส่วนคำว่า การเมือง หมายถึง ประการที่หนึ่ง งานที่เกี่ยวกับรัฐหรือแผ่นดิน เช่น วิชาการเมือง ได้แก่วิชาว่าด้วยรัฐการจัดส่วนแห่งรัฐและการดำเนินการแห่งรัฐ ประการที่สอง การบริหารประเทศเฉพาะที่เกี่ยวกับนโยบายในการบริหารประเทศ เช่น การเมืองระหว่างประเทศ ได้แก่ การดำเนินนโยบายระหว่างประเทศ และประการที่สาม กิจการอำนาจหรือควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น ตำแหน่งทางการเมืองได้แก่ตำแหน่งซึ่งมีหน้าที่อำนาจ (คณะรัฐมนตรี) หรือควบคุม (สภาผู้แทนราษฎร) การบริการแผ่นดิน

²⁴⁶ เรื่องเดียวกัน

ในทางรัฐศาสตร์ วัฒนธรรม หมายถึงรากฐานร่วมกันของของชาติหรือของกลุ่มสังคมแกนหลักที่แน่นอนซึ่งประกอบไปด้วยภาษา วิถีชีวิต ความชำนาญ คุณค่าและปัจจัยของความเป็มาในอดีตของชาตินั้น ๆ ส่วนคำว่า การเมือง หมายถึง ศาสตร์ว่าด้วยการปกครองรัฐเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายและวัตถุประสงค์สูงสุดของสังคมนั้น การปกครองบ้านเมือง รัฐโดยให้บรรลุถึงเป้าหมายสูงสุดของรัฐคือความมั่นคงของรัฐ ความผาสุกของประชาราษฎร์ อำนาจการเมือง อำนาจรัฐจึงเกี่ยวข้องกับการเมืองอย่างแยกกันไม่ได้

วัฒนธรรมทางการเมือง หมายถึง ระบบการกระทำ (action systems) ต่างๆ ที่ทำให้เกิดพฤติกรรมทางสังคม (social behavior) ของผู้คนในสังคม พฤติกรรมทางสังคมเป็นพฤติกรรมที่คนแต่ละคนในสังคมร่วมกันกระทำขึ้นไปในทิศทางเดียวกันต่อการกระทำของตน ด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวว่าวัฒนธรรมทางการเมืองเป็นระบบการกระทำร่วมกันของคนในสังคมก็คือสิ่งที่เป็ “ความเหมือนร่วมกันของสาธารณะ” หรือ “ความเห็นร่วมกันของสาธารณะ” (public commonness) ที่มีต่อสภาวะแวดล้อมทางการเมือง

วัฒนธรรมทางการเมืองในความหมายที่แคบหมายถึง แนวโน้มด้านความรู้สึกนึกคิดที่มีต่อปรากฏการณ์ทางการเมือง หรือหากกล่าวในอีกสำนวนหนึ่ง วัฒนธรรมทางการเมืองของสังคมประกอบด้วย ระบบความเชื่อถือ สัญลักษณ์ที่แสดงออก และค่านิยมซึ่งให้กรอบความหมายต่อสถานการณ์ทางการเมือง ส่วนในความหมายอย่างกว้างหมายถึง วิถีชีวิต วิถีความคิด ความเคยชิน ค่านิยมของคนในสังคมนั้นที่มีอิทธิพลต่อสัมพันธภาพเชิงอำนาจทางการเมืองของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง วัฒนธรรมทางการเมืองในนัยดังกล่าวจึงมีอิทธิพลอยู่เหนือความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจการเมืองด้วยกันและก่อให้เกิดผลต่อเนื่องหรือผลกระทบในระบบการเมือง ระบบการปกครองรัฐ

สรุปได้ว่า วัฒนธรรมทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นความหมายอย่างกว้างหรือความหมายอย่างแคบจึงมีอิทธิพลต่อการกำหนดการใช้อำนาจทางการเมืองและส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายและระบบการเมืองของรัฐ กล่าวคือ บุคคลผู้ที่ใช้อำนาจทางการเมืองได้รับอิทธิพลทางความคิด วิถีชีวิต วิถีความคิด ค่านิยมในสังคมที่หล่อหลอมขึ้นมากำหนดพฤติกรรมของบุคคลนั้นในการใช้อำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจทางการเมืองของบุคคลดังกล่าวจะเป็นประชาธิปไตยหรือไม่อย่างไรนั้นก็ขึ้นกับสิ่งดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นการเรียนรู้ถึงการใช้อำนาจของบุคคลที่ใช้อำนาจรัฐหรือที่กุมอำนาจรัฐนั้น ในบางครั้งอาจจะต้องดูไปถึงภูมิหลัง ประวัติความเป็นมาของบุคคลนั้นในอดีต

จากบทนิยามดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า วัฒนธรรมทางการเมืองในแต่ละประเทศจึงมีความสำคัญ และไม่เหมือนกัน ทั้งนี้เป็นไปตามประวัติศาสตร์ของประเทศนั้น อย่างไรก็ตามแม้จะไม่เหมือนกันในทุกเรื่องทุกด้านแต่ก็อาจมีส่วนคล้ายคลึงกันอยู่บ้าง อาจด้วยลักษณะภูมิประเทศ หรือมีประวัติศาสตร์ที่คล้ายคลึงกัน เช่น การเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ จากการประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา การปฏิวัติฝรั่งเศส การเรียกร้องการเป็นเอกราชของชาวติมอร์จากการถูกคุกคามโดย

ประเทศอินโดนีเซีย หากประเทศใดมีวัฒนธรรมมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รับฟังเสียงข้างมากพิทักษ์เสียงข้างน้อย หลักความเสมอภาค หลักนิติรัฐ หลักการคานและดุลอำนาจ ประเทศนั้นก็ได้อีกชื่อว่าวัฒนธรรมทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย แต่หากพิจารณาไปในยุคการปกครองในระบอบเก่า จะเห็นได้ว่าการปกครองอยู่ที่กษัตริย์ วัฒนธรรมทางการเมืองในยุคสมัยดังกล่าว ลักษณะการปกครองจะมีลักษณะอำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว ไม่ได้ได้รับความเสมอภาค สิทธิเสรีภาพถูกกลืนรอน ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งวัฒนธรรมทางการเมืองในแต่ละประเทศนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้หากแนวความคิดของคนในประเทศเปลี่ยนแปลง เช่น การเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบเก่าคือการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่วัฒนธรรมการเมืองใหม่ในระบอบประชาธิปไตยก็เป็นได้ โดยพิจารณาได้จากประวัติศาสตร์สังคมยุโรปมาเป็นระยะเวลายาวนาน

วัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย ได้รับอิทธิพลมาจากการศึกษาวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก โดยการพิจารณารูปแบบวัฒนธรรมทางการเมืองในประเทศฝั่งตะวันตก ในการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ การเปลี่ยนผ่านระบอบการปกครอง มุมมอง แนวคิด การใช้ชีวิตของพลเมืองยุโรป และนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

นักกฎหมายมหาชนผู้ซึ่งได้วิเคราะห์แนวความคิดวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก เปรียบเทียบกับวัฒนธรรมประชาธิปไตยไทยไว้อย่างชัดเจน คือ ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ท่านได้อธิบายลักษณะของวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกไว้อย่างลุ่มลึกและง่ายต่อการทำความเข้าใจ ซึ่งผู้เขียนไม่อาจนำเพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของคำอธิบายมาเป็นตัวอย่างได้ เพราะอาจทำให้ใจความสำคัญของแนวคิดดังกล่าวตกหล่นไป จึงขอยกคำอธิบายทั้งหมดมาเพื่อทำการศึกษา ดังนี้²⁴⁷

คำว่า “วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก” มาจากคำว่า “วัฒนธรรมทางการเมืองตะวันตก” กับคำว่า “ประชาธิปไตยแบบตะวันตก” วัฒนธรรมทางการเมืองตะวันตก หมายถึง ความรู้สึกนึกคิด ค่านิยม วิถีชีวิต วิถีความคิด ความเคยชินที่มีความรู้สึกร่วมกันจนกลายเป็นพฤติกรรมทางสังคมของคนตะวันตกและมีอิทธิพลต่อสภาวะแวดล้อมทางการเมืองในรัฐตะวันตก ส่วนคำว่า “ประชาธิปไตยแบบตะวันตก” แสดงโดยนัยถึงระบอบการปกครองที่อำนาจสูงสุดของรัฐเป็นของประชาชน ประชาชนเป็นผู้ปกครองแผ่นดิน และให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปกครองในระบอบประชาธิปไตยดังกล่าวพัฒนาการมาจากประเทศตะวันตกในปลายศตวรรษที่สิบแปด วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกจึงเป็นการผสมผสานของทั้งสองคำดังกล่าว

วัฒนธรรมทางการเมืองตะวันตกในการปกครองในระบอบเก่าอาจจะมีความเหมาะสมกับการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่อาจจะไม่สอดคล้องกับการปกครองระบอบ

²⁴⁷ เรื่องเดียวกัน

ประชาธิปไตย ในช่วงรอยต่อทางประวัติศาสตร์การเมืองตะวันตกจะเห็นได้ว่าระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยเกิดขึ้นภายหลังจากการล่มสลายของการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าวัฒนธรรมทางการเมืองตะวันตกในระบอบการปกครองแบบเก่ามีการเปลี่ยนแปลง ความรู้สึก ความคิด ค่านิยม วิถีชีวิต ความเคยชินของคนในสังคมในระบอบการปกครองแบบเก่าก็ได้รับการสั่นคลอนและเริ่มเปลี่ยนแปลงตามไป กล่าวคือ ความรู้สึก ความคิด ค่านิยม ความเคยชินของประชาชนที่มีต่อผู้ปกครองรัฐ (พระเจ้าแผ่นดิน) ระบบกฎหมาย ระบบการปกครอง อำนาจอธิปไตยในระบอบเก่าเริ่มหมดความสำคัญลงไปทีละเล็กละน้อย เหตุที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าวก็เนื่องมาจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจของผู้ปกครองรัฐที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนประชาชนเริ่มมีแนวความคิดต่อต้านเกิดขึ้น ไม่เชื่ออย่างที่เคยเชื่อ เริ่มมีความคิดที่แตกต่างออกไป ค่านิยมในสังคมเก่าก็ได้รับการต่อต้าน ความเคยชินที่มีมาในระบบเก่าก็รู้สึกว่าจะไม่เคยชินอีกต่อไป สิ่งเหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อข้อกำหนดพฤติกรรมทางสังคมของคนในสังคมตะวันตกในช่วงนั้นอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากเหตุการณ์ประวัติศาสตร์การเมืองสำคัญของโลกสองเหตุการณ์คือ การประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติครั้งใหญ่ของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ทั้งสองเหตุการณ์ได้วางรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นครั้งแรก

ทั้งสองเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้นมีที่มาจากกรณีที่ประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครองแบบเก่ารู้สึกว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรม สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้รับการกดขี่ข่มเหง คักดีศรีแห่งความเป็นมนุษย์ได้รับการดูถูกและเหยียดหยันจากชนชั้นปกครอง การกระทำเหล่านี้ทำให้ประชาชนเริ่มต่อต้านและล้มล้างระบอบการปกครองแบบเก่าไปในที่สุดและภายหลังจากการล่มสลายของการปกครองระบอบเก่าจะเห็นได้ว่าการปกครองรูปแบบใหม่จะเน้นให้เห็นถึง การเคารพในสิทธิเสรีภาพ คักดีศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคเท่าเทียมกันของทุกๆคน ดังจะเห็นได้จากคำประกาศอิสรภาพอเมริกัน วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776

“...เราถือความจริงต่อไปนี้เป็นสิ่งที่ประจักษ์แจ้งอยู่ในตัวเอง นั่นคือ มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาอย่างเท่าเทียมกัน และพระเจ้าผู้สร้างได้มอบสิทธิบางประการที่จะเพิกถอนมิได้ไว้ให้แก่มนุษย์ ในบรรดาสิทธิเหล่านั้นได้แก่ ชีวิต เสรีภาพและการแสวงหาความสุข

เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเหล่านั้นให้มั่นคง รัฐบาลจึงถูกสถาปนาขึ้นในหมู่มวลมนุษย์โดยได้อำนาจที่ยุติธรรมอันเนื่องมาจากความยินยอมของผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง เมื่อใดก็ตามที่รูปแบบของรัฐบาลใดเป็นสิ่งที่ทำลายเป้าหมายเหล่านี้ เมื่อนั้นย่อมเป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรัฐบาลแบบนั้นเสีย และสถาปนารัฐบาลขึ้นใหม่โดยให้มีรากฐานอยู่บนหลักการดังกล่าว...”

และในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและ ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ของฝรั่งเศส ได้บัญญัติ
ดังนี้

“ข้อ 1. มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิการแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

ข้อ 2 วัตถุประสงค์ของสมาคมทางการเมืองทุกสมาคม คือ การรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติและไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคง ความปลอดภัย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง

ข้อ 16 สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยที่แน่ชัด สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นได้ว่าการก่อกำเนิดวัฒนธรรมทางการเมืองและนำไปสู่การกำหนดพฤติกรรมทางการเมืองของคนในสังคมภายใต้การปกครองในระบอบใหม่หรือรัฐสมัยใหม่นั้นต่างมุ่งเน้นถึงสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาคของประชาชน คักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสำคัญ ศาสตราจารย์ ดร.ชัยอนันต์ สมุทวณิช สรุปไว้ว่า “รัฐสมัยใหม่ที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศสมาจากการคลี่คลายขยายตัวทางประวัติศาสตร์เป็นรัฐประชาชาติที่มีรากฐานของประชาธิปไตยที่เน้นวัฒนธรรมทางความคิด ความเชื่อแบบใหม่ซึ่งให้ความสำคัญของคักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นวัฒนธรรมกฎหมาย มาแทนที่วัฒนธรรมของระบอบเก่าแต่สิ่งที่สำคัญก็คือการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์และชีวทัศน์ รัฐสมัยใหม่กับวัฒนธรรมใหม่จึงไม่ขัดแย้งกัน” การปกครองในระบอบใหม่ดังกล่าวเรียกว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังที่ศาสตราจารย์พิธาน ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สรุปว่า วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก มีเสาหลัก 4 เสา คือ การยึดมั่นในสิทธิเสรีภาพ การเคารพความเสมอภาค การเชื่อในนิติธรรมหรือกฎหมาย และการพึ่งคนส่วนใหญ่โดยคุ้มครองคนส่วนน้อย เสาหลักทั้งสี่ถือเป็นหลักการที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบตะวันตกและนานาอารยประเทศที่ยึดมั่นต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน

ส่วนคำว่า “วัฒนธรรมทางการเมืองไทย” หมายถึง ความรู้สึกนึกคิด ค่านิยม วิถีชีวิต วิถีความคิด ความเคยชินของคนในสังคมไทยที่มีความรู้สึกร่วมกันจนกลายเป็นพฤติกรรมทางสังคมของคนไทยและมีอิทธิพลต่อการกำหนดสถานะแวดล้อมทางการเมืองและการกำหนดสัมพันธภาพเชิงอำนาจทางการเมืองของไทย วัฒนธรรมทางการเมืองของไทยในอดีตได้รับอิทธิพลที่อยู่ภายใต้ระบบอุปถัมภ์ค้ำชู (patronage system) ระบบศักดินานิยม (feudalism) และระบบอำนาจนิยม (authoritarianism) เป็นอย่างมาก ทั้งสามสิ่งดังกล่าวมีความเกี่ยวเนื่องกันและเกี่ยวคู่กันและมาโดยตลอด

ระบบอุปถัมภ์ค้ำชู หมายถึง ความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ผู้อุปถัมภ์มีฐานะเหนือกว่าผู้รับอุปถัมภ์ คุณลักษณะของความสัมพันธ์อยู่ที่ความเป็นมิตรที่ต้องพึ่งพาซึ่งกันและกันและการแข่งขันเพื่อเข้าถึงทรัพยากรที่ต้องการ ความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่าง เจ้าขุนมูลนายฝ่ายหนึ่งกับข้าทาสบริวารอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์กันในระบบมูลนาย-ไพร่ ตามกฎหมาย

ศักดิ์นาโบราณเป็นความสัมพันธ์อุปถัมภ์แบบเป็นทางการส่วนความสัมพันธ์อุปถัมภ์ในรูปแบบอื่นเรียกว่า ความสัมพันธ์อุปถัมภ์แบบไม่เป็นทางการ ไม่ว่าจะเป็ความสัมพันธ์อุปถัมภ์แบบใดก็ตามจะเห็นได้ว่าภายใต้ระบบอุปถัมภ์มีระบบศักดิ์นานิยมซ้อนอยู่ด้วยกัน

ระบบศักดิ์นานิยม เป็นระบบที่จัดแบ่งวรรณะโดยพิจารณาจากสิทธิการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบุคคลต่างๆ ในสังคมซึ่งประกอบด้วย มุลนาย พระมหากษัตริย์ เจ้านาย และขุนนางซึ่งเป็นชนชั้นปกครองและข้าทาสบริวารเป็นชนชั้นอยู่ใต้การปกครอง ในแต่ละชนชั้นจะถือครองที่นาได้ตามบรรดาศักดิ์ของบุคคลนั้นๆ ดังนั้นความเกี่ยวเนื่องระหว่างระบบอุปถัมภ์ค้ำชูและระบบศักดิ์นานิยมจึงแยกกันไม่ได้ของสังคมไทยในอดีต ทั้งระบบอุปถัมภ์ค้ำชูและระบบศักดิ์นานิยมก็นำไปสู่ระบบอำนาจนิยม

ระบบอำนาจนิยม คือ ระบบความสัมพันธ์อุปถัมภ์ค้ำชูและระบบศักดิ์นานิยมนำไปสู่วัฒนธรรมการรวมกลุ่มและการเล่นพรรคเล่นพวก เมื่อเจ้าขุนมูลนายในสายสัมพันธ์อุปถัมภ์ใดขึ้นมามีอำนาจ บรรดาข้าทาสบริวารของเจ้าขุนมูลนายนั้นก็พลอยมีอำนาจวาสนาไปด้วยและในทางตรงกันข้ามเมื่อเจ้าขุนมูลนายตกต่ำลง ข้าทาสบริวารก็ตกต่ำตามไปด้วย คนที่อยู่ภายใต้ระบบอุปถัมภ์สายเดียวกันย่อมช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกันมากกว่าจะไปช่วยผู้ที่อยู่ในระบบสายอุปถัมภ์อื่นๆ ลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแนวความคิดเรื่องอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้อง อำนาจในสังคมไทยในอดีตจึงเป็นตัวกำหนดความถูกต้อง ความเป็นธรรมตามกฎหมาย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนำมาซึ่งคำกล่าวที่ว่า กฎหมาย คือ อำนาจ (ในความจริงแล้ว กฎหมาย คือ ความถูกต้องและความชอบธรรม) และนำมาซึ่งกฎหมายคือ คำสั่งของผู้มีอำนาจปกครองบ้านเมือง

ดังนั้นวัฒนธรรมอำนาจนิยม กำหนดมาตรฐานของความถูกต้องชอบธรรมโดยอาศัยอำนาจเป็นเกณฑ์ ภายใต้วัฒนธรรมดังกล่าว ความเห็นของผู้มีอำนาจย่อม “ถูกต้อง” มากกว่าความเห็นของผู้ไร้อำนาจ ความถูกต้องมิได้ถูกกำหนดขึ้นด้วยเหตุผลและข้อเท็จจริง สังคมที่ถูกครอบงำด้วยวัฒนธรรมอำนาจนิยมจะมีค่านิยมยกย่องผู้มีอำนาจและผู้ทรงอำนาจมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจแสดงความยิ่งใหญ่แห่งตน”

เมื่อวัฒนธรรมทางการเมืองของตะวันตกไม่เหมือนวัฒนธรรมทางการเมืองของไทยดังที่ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ได้กล่าวไว้ จึงทำให้ระบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยไม่เคยมีแนวโน้มที่จะพัฒนาไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างสมบูรณ์เลย เพราะการปกครองในประเทศไทยมักมีการเกื้อหนุนค้ำจุนกันในลักษณะอุปถัมภ์ สิทธิเสรีภาพความเสมอภาคไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ เหมือนดังคำคั่นหูที่ว่า “คนของใคร” ซึ่งสะท้อนแนวคิดศักดิ์นา อุปถัมภ์ค้ำชู และอำนาจนิยมได้หมดสิ้น หากจะพิจารณาโดยกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เห็นจะเป็นเพียงรัฐธรรมนูญฉบับเดียวที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและมีความเชื่อมโยงและ

ยึดโยงต่ออำนาจอธิปไตยของประชาชน โดยประชาชนใช้สิทธิเสรีภาพในการเลือกผู้แทนเป็นสมาชิกสภา
ร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางอ้อม และสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำประชาพิจารณ์เพื่อ
ขอความเห็นจากประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญอันเป็นลักษณะประชาธิปไตยทางตรง ซึ่งกล่าวได้ว่า
เป็นการให้และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในลักษณะประชาชนเรียกร้องให้ผู้แทนของตนให้สิทธิเสรีภาพเสมอ
เหมือนกัน มิใช่การพระราชทานหรือการให้สิทธิเสรีภาพจากข้างบน คือ ผู้ปกครองสู่ประชาชน คือ ผู้ถูก
ปกครอง ซึ่งกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้เริ่มสะท้อนแนวความคิดวัฒนธรรมทางการเมือง
ประชาธิปไตยตะวันตกแล้ว แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ต้องสิ้นสุดลงเมื่อเกิดการรัฐประหารในวันที่ 19
กันยายน พ.ศ.2549

วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกในประเทศฝรั่งเศส มีตัวอย่างที่สำคัญ
ปรากฏเป็นคำประกาศสิทธิมนุษยชนที่ผู้แทนประชาชนชาวฝรั่งเศสได้ประกาศให้ทั้งโลกทราบถึงสิทธิ
มนุษยชนนั้น ถือได้ว่าเป็นแม่แบบของการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมัยต่อมา แม้ประเทศฝรั่งเศสจะ
เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปในหลายยุคหลายสมัย แต่เมื่อมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ
ฉบับใหม่ที่มุ่งปกครองในระบอบประชาธิปไตย คำประกาศสิทธิมนุษยชนดังกล่าวก็จะถูกนำมาเป็น
แม่แบบและเป็นกรอบความคิดในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด เช่น การลงประชามติ
การเลือกรูปแบบการปกครองของประชาชนในการเริ่มต้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่
4 ที่สะท้อนให้เห็นถึงการถามประชาชนเจ้าของอำนาจ แสดงถึงหลักความเสมอภาคและสิทธิในการ
ตัดสินใจของประชาชน หรือการนำมาใช้ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ของนาย
พลเดอโกล เป็นต้น

วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ส่งผลต่อ
กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาดูด้วยเช่นกัน จากต้นกำเนิดความคิดในการ
เรียกร้องสิทธิเสรีภาพของชาวอาณานิคม และต้องการประกาศเอกราชจากประเทศอังกฤษ หล่อ
หลอมความคิด วิถีชีวิต ของชาวอาณานิคมจากการถูกกดขี่ข่มเหงจากประเทศอังกฤษ ส่งผลให้มีความ
ต้องการร่วมกันในการเป็นเอกราชและปกครองโดยชาวอาณานิคมด้วยตนเอง ปรากฏตั้งคำประกาศ
อิสรภาพของชาวอาณานิคมที่ประกาศถึงหลักความไม่เสมอภาคและเท่าเทียมที่ประเทศอังกฤษมีต่อ
ชาวอาณานิคม และเมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกาศเอกราชแล้ว วัฒนธรรมทางการเมืองของ
ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังไม่สิ้นสุดลง ยังส่งผลมายังกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศ
สหรัฐอเมริกาด้วยที่ต้องการรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเรียกร้องสิทธิเสรีภาพและความเสมอ
ภาคกัน แม้ในตอนแรกในการจัดทำรัฐธรรมนูญจะยังไม่ได้ใส่เนื้อหาว่าด้วยเรื่องคุ้มครองสิทธิ
เสรีภาพลงในรัฐธรรมนูญ แต่นำมาบัญญัติในภายหลังก็ตาม ก็ด้วยวิวัฒนาการทางการเมืองในยุค
สมัยนั้นในประเด็นเรื่องการค้าทาส แต่ถึงอย่างไรก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าวัฒนธรรมทางการเมืองของชาว
อาณานิคมส่งผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศอเมริกาที่มุ่งเน้นให้เกิดความเท่าเทียม

และรัฐธรรมนูญต้องมาจากประชาชนหรือผู้แทนประชาชนที่ได้รับการเสนอขึ้นมา ตลอดจนมีการนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้มลรัฐลงประชามติเพื่อรับรองและประกาศใช้รัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกนี้เองก็ส่งผลต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน-เลสเต ที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝ่ายสัมพันธมิตร และองค์การสหประชาชาติซึ่งได้รับอิทธิพลจากวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตกมาใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

การปฏิวัติฝรั่งเศสและการรัฐประหารในช่วงเวลาต่างๆ การประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกา การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และการเรียกร้องเอกราชของสาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมัน-เลสเต ล้วนแต่เกิดขึ้นภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก ที่ต้องการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และถ่ายโอนอำนาจทางการเมืองจากผู้ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หรือระบอบเผด็จการ มาสู่ประชาชนทั้งสิ้น ซึ่งมีลักษณะเป็นการเรียกร้องจากชนชั้นล่างไปสู่ผู้ปกครองเพื่อให้ทุกชนชั้นเท่าเทียมกันในแนวราบมิใช่มีความสัมพันธ์ในแนวตั้งที่สิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นโดยการมอบให้ แต่เป็นการให้ได้มาซึ่งสิทธิเสรีภาพโดยการเรียกร้องจากประชาชน

แต่สำหรับประเทศไทยแล้ว มีเพียงการปฏิวัติเมื่อ พ.ศ.2475 ที่มีลักษณะเป็นการปฏิวัติเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยคณะราษฎรมุ่งหวังให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบเก่าไปสู่ระบอบใหม่ กล่าวคือ จากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่มีลักษณะเรียกร้องสิทธิเสรีภาพตามแนวความคิดวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยแบบตะวันตก โดยเป็นการเรียกร้องให้ประเทศมีการปกครองโดยประชาชนมิใช่รวมศูนย์อำนาจไว้ที่กษัตริย์แต่เพียงพระองค์เดียว ส่วนการรัฐประหารที่เกิดขึ้นภายหลังจากนั้น ล้วนเป็นเรื่องของการทำรัฐประหารเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจทางการเมืองและการขัดกันของผลประโยชน์ตามลักษณะวัฒนธรรมทางการเมืองไทยเท่านั้น และการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ก็เป็นเช่นเดียวกัน

ส่วนที่สาม รัฐประหารในประเทศไทย

รัฐประหาร หมายถึง การกระทำเพื่อยึดอำนาจรัฐ หรือเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ซึ่งเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งและการสืบตำแหน่งทางกฎหมายเท่านั้น²⁴⁸ หรือ การใช้กำลังเข้ายึดอำนาจการปกครองอย่างฉับพลันจากรัฐบาลโดยไม่เป็นไปตามวิถีทางที่รัฐธรรมนูญกำหนด²⁴⁹

²⁴⁸ รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528), หน้า.76 อ้างถึงใน สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ”, หน้า 14.

สำหรับการรัฐประหารในประเทศไทยเกิดขึ้นและดำรงอยู่มาตลอดระยะเวลา 83 ปี ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยสาเหตุของรัฐประหารที่เกิดขึ้นนั้น ยกเว้นการยึดอำนาจการปกครองเมื่อ พ.ศ.2475 ที่เป็นการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง เกิดขึ้นโดยการนำของกองทัพทั้งสิ้น ด้วยเหตุเพราะกองทัพมีอิทธิพล และกองกำลังที่จะสามารถยึดอำนาจรัฐได้โดยทันที อย่างไรก็ตามการรัฐประหารที่เคยเกิดขึ้นบนโลกนั้นมิได้เกิดขึ้นโดยทหารเท่านั้น อย่างไรก็ตามในประเทศฝรั่งเศสการรัฐประหารเกิดขึ้นหลายครั้งโดยประชาชน จึงทำให้เกิดกระแสความคิดว่าการรัฐประหารนั้นดีหรือไม่ไม่อาจพิจารณาโดยผิวเผินได้ ต้องศึกษาถึงประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศนั้นๆ ควบคู่กันไป แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหาร หากเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยประชาชนย่อมดีกว่ารัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยกองทัพ

ดังนั้น จึงควรพิจารณาเป็นเบื้องต้นว่าการก่อการรัฐประหารในประเทศไทยนั้นมีความเชื่อมโยงต่ออำนาจทางการเมือง และวัฒนธรรมทางการเมืองไทยอย่างไร

ประเทศไทยเดิมที่ปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาโดยตลอด ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา สมัยกรุงธนบุรี กระทั่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ.2475 อำนาจทางการเมืองอยู่ที่กษัตริย์ กษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงพระองค์เดียว มีวิถีชีวิตไปตามระบบอุปถัมภ์ค้ำชู ศักดินา และอำนาจนิยม ตามที่ได้ทราบไปแล้ว ส่งผลให้ประชาชนอยู่ภายใต้การปกครองของกษัตริย์และเจ้าขุนมูลนายในลักษณะเป็นผู้ได้รับจากผู้ปกครอง เช่น เรื่องสิทธิเสรีภาพ ไพร่และทาส เห็นว่าสิทธิเสรีภาพของตนนั้นมิขึ้นได้เพียงใดก็ด้วย กษัตริย์ หรือเจ้าขุนมูลนายเป็นผู้พระราชทาน เป็นผู้ประทานให้ หากได้มีการเรียกร้องหรือความต้องการความเสมอภาคอย่างไร วิวัฒนาการทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศฝรั่งเศสแต่อย่างใดไม่ เป็นเหตุให้ในเวลาต่อมาเมื่อรัชกาลที่ 5 ทรงเลิกทาส จึงไม่มีการเสียเลือดเสียเนื้อด้วยเหตุผลว่าเป็นการพระราชทานมาจากกษัตริย์ คนทุกคนขึ้นต้องฟังและปฏิบัติตาม ดังนั้นสังคมไทยจึงมีวิถีชีวิตและพฤติกรรมเป็นผู้รับมาโดยตลอด

ครั้งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 ประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นก็เป็นประชาธิปไตยที่คณะราษฎรหยิบยื่นให้แก่ชาวไทย แต่การหยิบยื่นให้ครั้งนี้เป็นการปกครองรูปแบบใหม่คือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มุ่งเน้นให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง มิได้มอบอำนาจไว้ที่กษัตริย์ตามรูปแบบการปกครองแบบเก่า

การเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยคณะราษฎรนั้นนับได้ว่าเป็นคุณูปการต่อประเทศไทยเป็นอย่างมากทำให้ประชาชนชาวไทยได้รู้จักการปกครองระบอบประชาธิปไตย แต่ในคุณูปการ

ดังกล่าวก็มีภัยประการหนึ่ง เมื่อประชาชนชาวไทยมิได้รวมตัวกันเรียกร้องประชาธิปไตยด้วยกันทั้งหมด การได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้นเกิดขึ้นโดยกลุ่มคณะบุคคล และการพระราชทานอำนาจและรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนในเวลาต่อมา ทำให้ประชาชนส่วนใหญ่มิได้มีความรู้สึกร่วม และรู้สึกถึงคุณค่าในรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองดังกล่าวเท่าที่ควร ส่วนนี้เองที่เป็นจุดอ่อนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยไทย เพราะเมื่อเกิดการรัฐประหารคราใด ประชาชนชาวไทยมักปล่อยปะละเลยไม่หวงกันรัฐธรรมนูญและอธิปไตยของตน ทำให้เกิดการไม่โต้แย้ง ไม่ตั้งคำถาม และเกิดเป็นความเคยชินและการยอมรับการทำให้รัฐประหารตลอดมา

รัฐธรรมนูญที่คณะรัฐประหารมอบให้ก็รับไว้แต่โดยดีตามปกติที่มีวัฒนธรรมเป็นผู้รับมาโดยตลอด ประเทศไทยเกิดการปฏิวัติ 1 ครั้ง และรัฐประหารอีก 11 ครั้ง รวมเป็น 12 ครั้ง ดังนี้

ครั้งที่ 1 เกิดการปฏิวัติเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 ใช้ชื่อ คณะราษฎร ภายใต้การนำฝ่ายทหารโดย พันเอกพระยาพหลพลพยุหเสนา และฝ่ายพลเรือนโดย หลวงประดิษฐมนูธรรม

ครั้งที่ 2 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2476 ใช้ชื่อ คณะราษฎร ภายใต้การนำฝ่ายทหารโดย พันเอกพระยาพหลพลพยุหเสนา แต่การรัฐประหารครั้งนี้เกิดขึ้นโดยฝ่ายทหารเพียงฝ่ายเดียว และไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ

ครั้งที่ 3 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2490 ใช้ชื่อ คณะรัฐประหาร ภายใต้การนำของ พลโทผิน ชุณหะวัณ และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

ครั้งที่ 4 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ.2494 ใช้ชื่อ คณะบริหารประเทศชั่วคราว ภายใต้การนำของ จอมพล ป.พิบูลสงคราม และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

ครั้งที่ 5 และครั้งที่ 6 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ.2500 ใช้ชื่อ คณะปฏิวัติ ภายใต้การนำของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ แต่ยังไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ ต่อมาได้มีการรัฐประหารซ้ำอีกครั้งหนึ่งและได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2501

ครั้งที่ 7 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514 ใช้ชื่อ คณะปฏิวัติ ภายใต้การนำของจอมพลถนอม กิตติขจร และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

ครั้งที่ 8 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519 ใช้ชื่อ คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ภายใต้การนำของพลเรือเอกสฤษดิ์ ชลออยู่ และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

ครั้งที่ 9 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 ใช้ชื่อ คณะปฏิวัติ ภายใต้การนำของพลเรือเอกสฤษดิ์ ชลออยู่ และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

ครั้งที่ 10 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 ใช้ชื่อ คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ภายใต้การนำของพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

ครั้งที่ 11 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ใช้ชื่อ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้การนำของ พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁵⁰ และ

ครั้งที่ 12 เกิดรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ.2557 ใช้ชื่อ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ภายใต้การนำของ พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา และยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากการรัฐประหารดังกล่าวข้างต้นสามารถแยกพิจารณาเป็นยุคสมัยทางวัฒนธรรมทางการเมืองได้ ดังนี้

ยุคที่ 1 ตั้งแต่การปฏิวัติถึงพุทธศักราช 2490

การปฏิวัติในยุคเริ่มแรกโดยการนำของคณะราษฎร เกิดขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมุ่งให้ประชาชนมีส่วนร่วมในอำนาจการเมือง ซึ่งในภาวะเช่นนั้นที่อำนาจการเมืองอยู่ที่กษัตริย์เพียงพระองค์เดียว จะให้ประชาชนเข้ามามีอำนาจดังกล่าวได้ก็ต้องเปลี่ยนแปลงการปกครอง นั่นคือให้ประชาชนเป็นเจ้าของและเป็นผู้ใช้อำนาจการเมืองนั้นแทน เกิดเป็นความคิดอำนาจธิปไตยเป็นของประชาชน เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง สามารถร่วมคิด ร่วมตัดสินใจ และมีสิทธิเสรีภาพเสมอเหมือนกัน ดังความคิดที่ว่าอำนาจอสูงสุดของประเทศเป็นของราษฎรทั้งหลาย

ในการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้เองยังคงมีฝ่ายนิยมเจ้าที่ต้องการเปลี่ยนรูปแบบการปกครองกลับไปสู่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อีกครั้ง ระบบศักดินาในประเทศยังคงอยู่ ฝ่ายขุนนางยังคงหวงกันอำนาจ และมีกระแสต่อต้านการปฏิวัติของคณะราษฎรมาโดยตลอด จอมพล ป.พิบูลสงคราม ต้องใช้วิธีเด็ดขาดหลายครั้ง เช่น ตั้งศาลพิเศษ มีการปราบปรามจับกุมและส่งนักโทษไปเกาะตะรุเตาเป็นจำนวนมาก²⁵¹ ซึ่งวิธีการต่างๆ ล้วนเป็นอำนาจนิยมที่จอมพล ป.ได้สร้างขึ้น กระทั่งในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 จอมพล ป.พิบูลสงครามมีอำนาจในการปกครองเป็นอย่างมาก หลวงประดิษฐมนูธรรม หรืออาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ต้องการกำลังในการต่อสู้กับจอมพล ป. โดยมีพลังทางการเมืองที่

²⁵⁰ คณิน บุญสุวรรณ, ๑๓๒ คำถาม-คำตอบเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพฯ: บริษัท เอมี เอ็นเตอร์ไพรส์ จำกัด, 2554), หน้า.114-116.

²⁵¹ รงชัย วินิจจะกุล, "มองอดีตด้วยปัจจุบัน," ใน ประชาธิปไตยไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557), หน้า.42.

ทำการสนับสนุนอาจารย์ปรีดีในขณะนั้นคือ ส.ส.ฝ่ายซ้ายที่คุมภาคอีสาน และเสรีไทยเชื้อพระวงศ์ที่อยู่ในอังกฤษหลังการปฏิวัติ อาจารย์ปรีดีได้ร่วมมือกับฝ่ายเจ้าตั้งแต่มีกะบวนการเสรีไทย หรือกลุ่มอำมาตย์ การร่วมมือดังกล่าวเป็นเหตุให้เปิดโอกาสให้กลุ่มขุนนางเก่าและกลุ่มอำมาตย์เข้ามาบีบบทบาททางการเมืองมาต่อสู้กับจอมพล ป. และประเทศญี่ปุ่น ภายหลังจากสิ้นสุดสงคราม กลุ่มเชื้อพระวงศ์ก็ได้ทำการกำจัดผู้นำคณะราษฎรที่ยังคงหลงเหลืออยู่คืออาจารย์ปรีดีออกไป

ยุคที่ 2 การรัฐประหาร พ.ศ.2490 ถึงการรัฐประหาร พ.ศ.2535

ภายหลังเหตุการณ์สวรรคตของรัชกาลที่ 8 ใน พ.ศ.2489 อำนาจหวนกลับไปสู่ระบอบเก่าหมายถึงฝ่ายนิยมเจ้า เกิดการรัฐประหารโดยพลโทผิน ชุณหะวัณ เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 และมีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งเป็นการรัฐประหารและมีการฉีกรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก ที่กล่าวว่าอำนาจกลับไปสู่ระบอบเก่า นั้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญที่ถูกนำมาบังคับใช้ภายหลังการรัฐประหารนี้คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 หรือเรียกอีกชื่อว่า “รัฐธรรมนูญใต้ตุ่ม” เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการรื้อฟื้นพระราชพิธีต่างๆ เช่น พิธีจรดพระนังคัลแรกนาขวัญ มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ เกิดองค์กรอย่าง “อภิรัฐมนตรี” ซึ่งต่อมาได้พัฒนาการจนกลายเป็น “องคมนตรี” อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญมีการจัดรูปแบบการปกครองชนิดที่เรียกว่า “ระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”²⁵² อย่างไรก็ตามการกลับมาของฝ่ายนิยมเจ้าในยุคสมัยนี้ มิได้มีแนวความคิดที่จะเปลี่ยนแปลงการปกครองไปสู่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่อย่างใด อาจเนื่องด้วยกระแสสังคมโลกที่เปลี่ยนไปเป็นประชาธิปไตย ประเทศที่พัฒนาแล้ว และเป็นประเทศที่ชนะสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างฝ่ายประเทศสัมพันธมิตร เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส ก็เปลี่ยนรูปแบบการปกครองไปสู่ระบอบประชาธิปไตยแล้ว

การรัฐประหารที่เกิดขึ้นดังกล่าวสะท้อนให้เห็นได้จากต้องการล้มอำนาจนิยมของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยมีการร่วมมือกับฝ่ายนิยมเจ้าเกิดการรวมตัวกันระหว่างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและศักดินาเดิมในระบอบเก่าเกิดระบอบอุปถัมภ์ค้ำชูขึ้นอีกครั้งเห็นได้จากการกำจัดอาจารย์ปรีดี ซึ่งเป็นฝ่ายตรงข้ามกับฝ่ายนิยมเจ้าในช่วงก่อการปฏิวัติ เกิดสภาวะชาตินิยมอย่างสุดขีด

กองทัพซึ่งเข้าครอบงำการเมืองไทยนับตั้งแต่ พ.ศ.2490 ใช้อุดมการณ์ชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ เป็นข้ออ้างในการแทรกแซงทางการเมือง และขณะนั้นกองทัพถือได้ว่าเป็นกลุ่มชนชั้น

²⁵² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "หลังจุดเริ่มต้น คือจุดเริ่มต้น," ใน ประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557), หน้า.54.

นำทางอำนาจของไทย²⁵³ อุดมการณ์ชาตินิยมดังกล่าวเป็นเหตุผลหนึ่งในการนำไปสู่ความเคลื่อนไหวในเดือนตุลาคม พ.ศ.2516 และเดือนตุลาคม พ.ศ.2519 เรื่อยมาจนพฤษภาทมิฬในพ.ศ.2535 และการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ.2549 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการรัฐประหารในยุคที่ 3 นี้เอง นอกจากจะเกิดการรื้อฟื้นระบบศักดินา อุปถัมภ์ค้ำชู และชาตินิยมอันนำไปสู่อำนาจนิยมแล้วยังก่อให้เกิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเกิดวาทกรรมที่เป็นที่กล่าวอ้างและตอกย้ำวัฒนธรรมทางการเมืองไทยให้จมลงสู่วิถีชีวิตชาวไทยตลอดมาอีกด้วยประการหนึ่ง นั่นคือ วาทกรรมที่ว่า “ประชาธิปไตยของเราเป็นแบบไทย ไม่เหมือนโลกตะวันตก ไม่เหมือนฝรั่ง ดังนั้น เราก็ควรจะพัฒนาระบบของเราขึ้นมา”²⁵⁴ ซึ่งถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลและข้ออ้างทางการเมืองในภายหลัง

ยุคที่ 3 รัฐประหาร พ.ศ.2549 ถึงปัจจุบัน

ภายหลังเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ.2535 เกิดกระแสการเรียกร้องประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก เกิดการเรียกร้องให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เกิดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เกิดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยมีการเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำ จนร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้รับการยอมรับจากสากลว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการเป็นประชาธิปไตยที่ดีที่สุดฉบับหนึ่งของโลก กระนั้นรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ต้องสิ้นสุดลงโดยการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2549

รัฐประหาร พ.ศ.2549 เกิดขึ้นเนื่องด้วยเหตุผลทางการเมือง มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเกิดขึ้นโดยกระบวนการที่ประชาชนมีส่วนร่วมมากที่สุดนับแต่ที่ประเทศไทยเคยมีรัฐธรรมนูญบังคับใช้มา อย่างไรก็ตามด้วยวัฒนธรรมประชาธิปไตยไทย การรัฐประหารในครั้งนั้นก็เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ได้หวงแหนรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้ร่างขึ้น นั้นด้วยเพราะเกิดความเคยชินต่อการรัฐประหารในยุคสมัยที่ผ่านมา และเมื่อหนึ่งในเหตุผลที่คณะรัฐประหารใช้อ้างความชอบธรรมคือ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น จาบบังคับสถาบันกษัตริย์²⁵⁵ จึงยิ่งเพิ่มความชอบธรรมให้การรัฐประหารดังกล่าว

²⁵³ นิธิ เอียวศรีวงศ์, *ชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มติชน, 2557), หน้า.146.

²⁵⁴ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, "การปกครองแห่งความเข้าใจผิด," ใน *ประชาธิปไตย*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557), หน้า.

²⁵⁵ ธงชัย วินิจจะกุล, *ประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ฟาเคียวกัน, 2556), หน้า.69.

อย่างไรก็ตามด้วยเหตุผลดังกล่าวก็สะท้อนให้เห็นวัฒนธรรมทางการเมืองไทยที่ทำให้ความสำคัญต่อสถาบันกษัตริย์ ซึ่งผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ที่เป็นภาพสะท้อนระบบศักดินา อุปถัมภ์ค้ำชู และอำนาจนิยม ภายในการรัฐประหารครั้งนี้

เมื่อประเทศไทยเกิดการรัฐประหารมาบ่อยครั้ง ทำให้ประชาชนชาวไทยเกิดความเคยชินและความสับสนว่าความจริงแล้วอำนาจทางการเมือง อำนาจอธิปไตยเป็นของใครแน่ เป็นของประชาชน เป็นของสถาบัน หรือเป็นของผู้ยึดอำนาจสำเร็จอันได้แก่คณะรัฐประหาร หากประชาชนชาวไทยไม่สับสนในความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแล้ว ด้วยเหตุอันใดจึงยังยอมรับการรัฐประหารอยู่เรื่อยมา หากไม่ใช่เพราะความเป็นวัฒนธรรมทางการเมืองไทยที่เป็นผู้รับมาโดยตลอด เมื่อมีการอ้างว่าระบบมีปัญหา มีผู้มาแก้ไขปัญหา ล้มรัฐธรรมนูญเดิมทิ้ง แล้วสร้างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ประชาชนชาวไทยก็น้อมรับรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไว้โดยไม่ปฏิเสธแต่อย่างใด โดยไม่สนว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นจะมีความเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ เมื่อ (คณะรัฐประหาร) มอบให้เราได้รับไว้ เป็นวัฒนธรรมการเมืองไทยตลอดมา

จากที่ได้ศึกษา อำนาจทางการเมือง วัฒนธรรมการเมืองไทย และรัฐประหารในประเทศไทยแล้ว จะพบว่าทั้งสามส่วนมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันมาโดยตลอดอย่างแยกออกจากกันไม่ได้ และเป็นเหตุผลหลักที่ทำให้ประเทศไทยเกิดการรัฐประหารมานับครั้งไม่ถ้วน เมื่อสังคมไทยเกิดอำนาจเกิดการแย่งชิงอำนาจ เกิดการรัฐประหาร ฉีกรัฐธรรมนูญ เกิดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ครั้งแล้วครั้งเล่า วนเวียนเป็นวงจรภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย ประชาชนยอมรับการรัฐประหาร และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยคณะรัฐประหารจนเป็นความเคยชิน

แม้ว่าจะมีข้อถกเถียงในเรื่องการรับรองผลของคำสั่งหรือประกาศของคณะรัฐประหารว่ามีผลบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่ปรากฏอยู่ตามหนังสือวิชาการเป็นจำนวนมาก แต่เมื่อประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยมีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และประชาชนเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ ประชาชนเท่านั้นจึงควรเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดที่จะได้ใช้อำนาจนั้นในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกฎหมายสูงสุดในการจัดโครงสร้างทางการเมืองของสังคมที่ประชาชนอยู่อาศัยเอง มิใช่การยอมรับการรัฐประหารดังเช่นในปัจจุบัน แม้วัฒนธรรมทางการเมืองไทยยังไม่ใกล้เคียงต่อวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยตะวันตก แต่เราสามารถเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมทางการเมืองให้มีความเป็นประชาธิปไตยได้ในแต่ละยุคสมัยอยู่ที่เราประชาชนชาวไทยว่าจะยอมเปลี่ยนวัฒนธรรมของตนเพื่อให้ได้มาซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงหรือไม่ การเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมทางการเมืองที่ง่ายที่สุดนับจากนี้คือการไม่ยอมรับการรัฐประหารที่เป็นการละเมิดอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนไป และแทรกแซงเอาอำนาจนั้นไปจัดทำรัฐธรรมนูญและกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้กับประชาชน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงจัดทำขึ้นเพื่อขอ

เป็นส่วนหนึ่งในการอธิบายปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ.2549 ว่าเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ไม่ควรให้เกิดขึ้นอีกในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของไทย

4.1.2 สาเหตุของการรัฐประหารวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549

ในช่วงปี พ.ศ.2549 มีเหตุการณ์และความขัดแย้งทางการเมืองที่สำคัญเกิดขึ้นหลายประการ โดยเฉพาะมีการรวมตัวของกลุ่มที่เรียกตนเองว่า “กลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย” ที่รวมตัวชุมนุมเป็นจำนวนมากเพื่อขับไล่ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ให้พ้นจากตำแหน่ง ด้วยเหตุผลว่า นายกรัฐมนตรีขาดความชอบธรรมไว้จริยธรรมในการบริหารประเทศ และมีการคอร์ปชั่นเชิงนโยบาย นอกจากนี้ก็มีกลุ่มที่สนับสนุนรัฐบาลอีกจำนวนหนึ่งได้รวมตัวกันชุมนุมจนเกือบจะเกิดการปะทะกันระหว่างกลุ่มที่ขับไล่และกลุ่มที่สนับสนุนรัฐบาลหลายครั้ง และทำท่าจะรุนแรงขึ้นเรื่อยๆ จนท้ายที่สุดนายกรัฐมนตรีจึงตัดสินใจประกาศยุบสภาในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2549 เพื่อคืนอำนาจการตัดสินใจทางการเมืองให้แก่ประชาชน และกำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใหม่เมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2549 แต่ก็ไม่สามารถหยุดกระแสความวุ่นวายทางการเมืองลงได้²⁵⁶

ต่อมาพรรคการเมืองที่สำคัญส่วนหนึ่งประกอบด้วย พรรคประชาธิปัตย์ พรรคชาติไทย และ พรรคมหาชนได้ประกาศไม่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง ด้วยเหตุผลว่ารัฐบาลรักษาการของพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร กำหนดวันเลือกตั้งเร็วเกินไปทำให้เกิดความได้เปรียบทางการเมืองของพรรคไทยรักไทย พอถึงวันเลือกตั้งปรากฏว่ามีการลงคะแนนเสียงช่องไม่เลือกใครเป็นจำนวนมาก และบางเขตเลือกตั้งมีเพียงผู้สมัครจากพรรคไทยรักไทยลงรับสมัครพรรคเดียวแต่กลับได้คะแนนไม่ถึง 20% ทำให้ต้องมีการเลือกตั้งใหม่หลายเขต อีกทั้งกระบวนการจัดการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ก็เป็นที่ครหาของสังคมจำนวนมากในเรื่องของความถูกต้องและไม่เป็นกลางจนนำไปสู่การกล่าวหาคณะกรรมการการเลือกตั้งหลายประการ

ในส่วนของกลุ่มผู้ชุมนุมขับไล่พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร กับกลุ่มที่สนับสนุนก็ส่อเค้าที่จะเกิดการปะทะกันและมีแนวโน้มที่จะรุนแรงขึ้น จนในที่สุดตอนค่ำของวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 คณะปฏิวัติการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ซึ่งมี พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบก เป็นหัวหน้าคณะฯ ได้ยึดอำนาจรัฐบาลรักษาการของ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร โดย คปค. ให้เหตุผลในการยึดอำนาจว่า รัฐบาลรักษาการภายใต้การนำของ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร บริหารราชการแผ่นดินส่อไปในทางทุจริตประพฤติดมิชอบอย่างกว้างขวาง หน่วยงาน องค์กรอิสระ ถูกครอบงำทางการเมือง ไม่สามารถสนองตอบเจตนารมณ์ตามที่

²⁵⁶ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พ.ศ.2550 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า.9-10.

บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทำให้การดำเนินการทางการเมืองเกิดปัญหาและอุปสรรคหลายประการ ตลอดจนหมิ่นเหม่ต่อการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพแห่งองค์พระมหากษัตริย์ ทรงเป็นที่เคารพเทิดทูนของประชาชนชาวไทยอยู่บ่อยครั้ง และหลายภาคส่วนของสังคมได้พยายามประนีประนอม คลี่คลายสถานการณ์มาโดยต่อเนื่องแล้ว แต่ก็ยังไม่สามารถที่จะยุติสถานการณ์ความขัดแย้งลงได้ หากปล่อยให้เหตุการณ์ดังกล่าวดำรงอยู่ต่อไปจะทำให้ประเทศชาติเกิดความเสียหายจนยากจะแก้ไขให้กลับคืนดังเดิม ดังนั้น คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน และจะดำเนินการแต่งตั้งรัฐบาลเฉพาะกิจเพื่อบริหารประเทศชาติ รวมทั้งดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อปฏิรูปการเมืองการปกครองของไทย²⁵⁷

ต่อมาอีก 12 วัน คือวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2549 คปค. ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ส่วน คปค. นั้น ได้สลายตัวไปเป็นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 นี้ ได้กำหนดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรขึ้นมาใหม่เพื่อใช้ในการปกครองและบริหารประเทศ โดยให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน

4.1.3 ผลกระทบจากการทำรัฐประหารวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ จากการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ตามรายละเอียดในข้อ 4.1.2 เกิดผลกระทบที่ตามมา ดังนี้

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้สิ้นสุดลง ตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขฉบับที่ 3 ความว่า²⁵⁸

“ตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไว้เรียบร้อยแล้วนั้น เพื่อความสงบเรียบร้อยในการปกครองประเทศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงให้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 สิ้นสุดลง...”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 ของประเทศไทยสิ้นสุดลง เป็นเหตุให้กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และเป็นกฎเกณฑ์และที่มา

²⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-11.

²⁵⁸ ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549, หน้า.5.

ของระบบการเมืองและกฎหมายสิ้นสุดลง ตลอดจนเป็นการทำลายหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทันที

การรัฐประหารที่มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ก็เท่ากับว่าเป็นการล้มโครงสร้างทางกฎหมาย ล้มล้างกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของระบบกฎหมายและระบบการเมือง ทุกอย่างเท่ากับศูนย์ มีเพียงแต่ประกาศคณะรัฐประหารในเวลาต่อมาเท่านั้นที่จะให้กฎหมายฉบับใดมีผลบังคับใช้หรือองค์กรใดให้คงอยู่ต่อไปตามอำนาจใด การรัฐประหารในช่วงระยะเวลาหลังจึงมักมีการออกรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวขึ้นมาเพื่อจัดตั้งองค์กรทางการเมือง ระบบกฎหมายและระบบการเมืองขึ้นมาใหม่ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนในการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีเจ้าของอำนาจเป็นประชาชนแล้ว การล้มล้างหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญของคณะรัฐประหารนั้นย่อมกระทำไม่ได้ ไม่ว่าจะคำสั่งคณะรัฐประหารจะเป็นอย่างไรก็ไม่อาจยกเลิกรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ได้ แต่ประเด็นปัญหาในเรื่องอำนาจดังกล่าวยังเป็นที่ยกเถียงจากนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์เป็นจำนวนมากซึ่งคงอยู่ที่แนวคิดในการใช้พิจารณาคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว

ประการที่สอง มีการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 ของประเทศไทย มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 39 มาตรา ประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ.2549 โดยมีจุดมุ่งหมาย 2 ประการ คือ ประการแรก เพื่อกำหนดกลไกการปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน และประการที่สอง ดำเนินการให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ด้วยการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางจากประชาชนในทุกชั้นตอน

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เข้าใจกันว่าเป็นผลจากการยกร่างรัฐธรรมนูญของนายมีชัย ฤชุพันธ์ อดีตประธานวุฒิสภาสมัยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ²⁵⁹

ในทางพิจารณาหากยอมรับคณะรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตย รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะถูกสร้างขึ้นโดยผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่าคณะรัฐประหารเป็นเจ้าของอำนาจทางการเมืองที่จะใช้อำนาจนั้นแทนรัฐอันเป็นอำนาจอธิปไตยและมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้วินิจฉัยไว้ในช่วงต้นเกี่ยวกับเรื่องอำนาจทางการเมือง และการกำเนิดรัฐ แต่หากพิจารณาว่าการกระทำรัฐประหารดังกล่าวเป็นการแย่งชิงอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชนแล้ว การรัฐประหารดังกล่าวย่อมสิ้นผลทางกฎหมาย ประกาศ คำสั่ง ตลอดจนรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะไม่มีความหมายทันทีเปรียบเสมือนไม่เคยมีรัฐธรรมนูญฉบับนี้มาก่อน แต่ด้วยวัฒนธรรมทางการเมืองของไทย

²⁵⁹ คณิน บุญสุวรรณ, ประวัติรัฐธรรมนูญไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย, 2556), หน้า.125.

เป็นเหตุให้ไม่มีการคัดค้าน และกลับยินยอมให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้เยี่ยงรัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย

รัฐธรรมนูญฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยบุคคลเพียงคนเดียวหรือ คณะบุคคลภายใต้การควบคุมของ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจึงไม่เป็นประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญฉบับนี้เองที่เป็นบทกฎหมายที่กำหนดให้มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอันเป็นป่อเกิดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในเวลาต่อมา และด้วยบทบัญญัติในการกำหนดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เองที่นำมาซึ่งปัญหาในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังกล่าว

ประการที่สาม ผลจากการรัฐประหารนอกจากมีผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แล้ว ยังเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกด้วย

ภายหลังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ถูกประกาศใช้เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550 ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากสังคมและนักวิชาการเป็นวงกว้างทั้งเรื่องความชอบธรรมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่ยึดโยงต่อประชาชน ทั้งถูกวิจารณ์ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นผลพวงจากการรัฐประหารควรถูกยุบเลิก หรือให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเสียใหม่ ตลอดจนกลุ่มนักวิชาการเหล่านี้ได้วิพากษ์วิจารณ์รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวข้างต้นอย่างมีหลักการและเป็นแถลงการณ์ ซึ่งมีสองกลุ่มด้วยกันคือ กลุ่มคณาจารย์ คณะนิติฯ มธ. ซึ่งต่อมามีการรวมตัวของนักวิชาการเป็นจำนวนมากและได้เปลี่ยนชื่อกลุ่มเป็น คณะนิติศาสตร์เพื่อราษฎร หรือที่รู้จักกันในนาม คณะนิติราษฎร์ฯ กับอีกกลุ่มหนึ่งที่ออกแถลงการณ์ไม่เห็นด้วยกับแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ฯ อันได้แก่ กลุ่มคณาจารย์นิติศาสตร์ โดยมีรายละเอียดอันควรค่าแก่การศึกษา ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กลุ่มคณาจารย์ คณะนิติฯ มธ.

“แถลงการณ์ ของคณาจารย์ คณะนิติฯ มธ. ฉบับที่ 1 (ก่อนเปลี่ยนเป็น คณะนิติราษฎร์ฯ)

ตามที่ได้มีบุคคลกลุ่มหนึ่งกระทำการ “รัฐประหาร” โดยได้ใช้กำลังอาวุธเข้าล้มล้างรัฐบาลพลเรือนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 นั้น มีว่ากลุ่มบุคคลข้างต้นจะอาศัยเหตุผลอย่างไร คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ดังมีรายนามตอนท้ายมีความจำเป็นต้องออกแถลงการณ์ เพื่อแสดงความเห็นถึงเรื่องดังกล่าว

1. ขอคัดค้านและประณามการรัฐประหารในครั้งนี้ เพราะถือเป็นการกระทำที่ไม่เคารพและเป็นการย่ำยีอำนาจการตัดสินใจของประชาชนในการเลือกผู้บริหารประเทศโดยตัวของประชาชนเองตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2. ขอคัดค้านและประณามการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพราะถือว่าเป็นการทำลายสัญญาประชาคมของประชาชนโดยวิถีทางที่มีอาจรับได้อย่างยิ่งตามกระบวนการประชาธิปไตย

3. ขอคัดค้านและประณามการทำลายเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน โดยเฉพาะการห้ามมิให้มีการแสดงออกถึงความไม่เห็นพ้องด้วยกับการรัฐประหารในครั้งนี้ตามสื่อมวลชนแขนงต่างๆ

4. ขอคัดค้านและประณามการจำกัดสิทธิในร่างกายของประชาชนที่บุคคลกลุ่มนี้ ได้ทำการจับกุมผู้ที่ประท้วงการกระทำรัฐประหารไปคุมขัง อันถือเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุ

คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ดังมีรายนามตอนท้ายมิได้มีวัตถุประสงค์อื่นใดในการออกแถลงการณ์ครั้งนี้ นอกจากมีความมุ่งหมายประการเดียวคือ ขอเรียกร้องให้ทุกสิ่งทุกอย่างกลับไปสู่ครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยเร็วที่สุด อนึ่งจะมีการติดตามสถานการณ์ในเรื่องนี้อย่างใกล้ชิดต่อไป จนกว่ากลุ่มบุคคลผู้ทำการรัฐประหารจะกระทำการทั้งหลายทั้งปวงที่สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยเคารพสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างแท้จริง²⁶⁰*

แถลงการณ์ภายหลังเปลี่ยนชื่อเป็นคณะนิติราษฎร์เกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนผลพวงรัฐประหารในแถลงการณ์ครบรอบ 1 ปี การก่อตั้งนิติราษฎร์ เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2554 ดังนี้²⁶¹

“ประเด็นที่ 1 การลบล้างผลพวงของรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทำลายนิติรัฐ-ประชาธิปไตย และยังเป็นต้นเหตุของปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ด้วยเหตุนี้ คณะนิติราษฎร์จึงเสนอให้มีการลบล้างผลพวงของรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 ดังต่อไปนี้

1. ประกาศให้รัฐประหาร 19 กันยายน 2549 และการกระทำใดๆที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

²⁶⁰ รายชื่อคณาจารย์แนบท้าย 1.รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2.รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 3. อาจารย์ปิยนุตร แสงกนกกุล และ 4.อาจารย์ธีระ สุธีรวงศ์

²⁶¹ คำแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ในวันครบรอบ 1 ปี การก่อตั้งคณะนิติราษฎร์, หน้า- เมื่อวันที่ 18 เมษายน 2554 ณ ท่าพระจันทร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

(คปค.) ตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2549 เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้น และไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย

2. ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 และมาตรา 37 เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย

3. ประกาศให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่อาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่เป็นผลต่อเนื่องจากรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาคำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่เกิดจากการเริ่มกระบวนการโดยคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย

4. ประกาศให้เรื่องที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ และเรื่องที่อยู่ในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ที่เกิดจากการเริ่มเรื่องโดยคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) เป็นอันยุติลง

5. การประกาศความเสียเปล่าของบรรดาคำวินิจฉัยและคำพิพากษตามข้อ 3 และการยุติลงของกระบวนการตามข้อ 4 ไม่ใช่เป็นการนิรโทษกรรมหรือการอภัยโทษหรือการล้างมลทินแก่บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด และไม่ใช่เป็นการลบล้างการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด ดังนั้น หากจะเริ่มดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวใหม่ก็สามารถกระทำไปตามกระบวนการทางกฎหมายปกติได้

6. เพื่อความชอบธรรมทางประชาธิปไตย คณะนิติราษฎร์เสนอให้นำข้อเสนอดังกล่าวข้างต้นไปจัดทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ”

กลุ่มที่ 2 กลุ่มคณาจารย์นิติศาสตร์

กลุ่มคณาจารย์นิติศาสตร์ที่ไม่เห็นด้วยกับคำแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ฯ ในเรื่องการลบล้างผลพวงของการรัฐประหารดังกล่าว โดยเป็นกลุ่มอาจารย์คณะนิติศาสตร์รวมทั้งสิ้น 23 คนได้

รวมตัวกันลงรายชื่อออกแถลงการณ์ของคณาจารย์นิติศาสตร์ แสดงความเห็นโต้แย้งข้อเสนอของ กลุ่ม "นิติราษฎร์" โดยมีข้อความดังนี้²⁶²

"คำแถลงการณ์ของคณาจารย์นิติศาสตร์" มีสาระสำคัญ ดังนี้

เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2554 นักวิชาการกลุ่มหนึ่ง ซึ่งใช้ชื่อว่า "กลุ่มนิติราษฎร์" ได้เสนอแนวคิดในการลบล้างผลของการรัฐประหารในเหตุการณ์เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 โดยใช้ตรรกะวิธีคิดในทำนองว่าเหตุการณ์การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 เป็นต้นธารแห่งความเลวร้ายของการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย ตรรกะวิธีคิดเช่นนั้นเป็นความถูกต้องแท้จริงหรือไม่?

หาก "กลุ่มนิติราษฎร์" ถือว่าการรัฐประหารเป็นความเลวร้ายอย่างสมบูรณ์แบบจนถึงขนาดต้องลบล้างการกระทำทั้งหมดให้สิ้นผลไป ก็คงต้องพิจารณาย้อนกลับไปถึงการทำให้รัฐประหารทุกครั้งที่ผ่านมา เริ่มตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยคณะราษฎร เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จนถึงการทำให้รัฐประหารโดยคณะรสช. เมื่อ พ.ศ. 2534 ซึ่งย่อมต้องถือว่าเป็นความเลวร้ายสมบูรณ์แบบเช่นเดียวกัน

และหากมีการประกาศให้มีการลบล้างผลของการรัฐประหาร ผลพวงของการกระทำการบัญญัติกฎหมาย และการบริหารราชการแผ่นดินที่เกิดขึ้นในช่วงระหว่างหรือหลังการรัฐประหารทุกครั้งที่ผ่านมา รวมถึงผลประโยชน์ที่บุคคลบางกลุ่มได้รับจากการรัฐประหาร (สัมปทานโทรคมนาคมหรือกิจการต่างๆ) แล้ว ย่อมต้องถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นผลพวงของความเลวร้ายทั้งสิ้นและต้องถูกลบล้างให้สิ้นผลไปเสมือนเป็น "ผลไม้จากต้นไม้พิษ" หรือนิติกรรมที่เป็นโมฆะตามตรรกะวิธีคิดดังกล่าวด้วย

แต่ด้วยเหตุผลใด "กลุ่มนิติราษฎร์" จึงมีตรรกะวิธีคิดว่าเฉพาะการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 เป็นความเลวร้ายที่ต้องถูกลบล้าง แต่กลับไม่ได้ถือเอาผลพวงของการรัฐประหารทุกครั้ง ทุกประการเป็นพิษหรือเสียเปล่าไปด้วย เช่น การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2550 หรือเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2554 เป็นต้น

ข้อน่าสงสัยและน่าพิจารณาเชิงวิชาการในเบื้องต้นจึงมีว่า ข้อเสนอที่ประกอบขึ้นจากตรรกะวิธีคิดที่ก่อให้เกิดผลประหลาดนี้เป็นไปเพื่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่เป็นการเอื้อประโยชน์แก่กลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะหรือไม่!!!

คณาจารย์นิติศาสตร์ดังมีรายนามข้างท้ายนี้ใคร่ขอเสนอข้อสังเกตและความคิดเห็นที่แตกต่างกับความเห็นของ "กลุ่มนิติราษฎร์" เพื่อประกอบการพิจารณาของสาธารณชนในประเด็น

²⁶² 23 คณาจารย์นิติศาสตร์, "23 คณาจารย์นิติศาสตร์ เห็นต่าง "นิติราษฎร์" ต้องกล่าววิพากษ์วิจารณ์เผด็จการทุกรูปแบบ ไม่ใช่แค่เผด็จการทหาร" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1317551814&grpId=01&catid=02 เผยแพร่เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม 2554

สำคัญบนพื้นฐานของหลักการทางจริยธรรมของนักวิชาการ หลักการทางนิติศาสตร์ และหลักการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอันจะนำไปสู่การพิเคราะห์ตรรกะวิธีคิดดังกล่าวข้างต้นว่าชอบด้วยเหตุผลหรือไม่? โดยขอ นำเสนอต่อสาธารณชนผู้มีใจเป็นธรรมพิจารณาและทำความเข้าใจในหลักการสำคัญประกอบดังต่อไปนี้

1. หลักการทางจริยธรรมของนักวิชาการ

ก่อนที่จะมีการสร้างตรรกะวิธีคิดและวิเคราะห์ทางวิชาการไปสู่การชี้นำสังคมโดยนักวิชาการ นักวิชาการควรมีสำนึกสำคัญในทางวิชาการในหลักการสำคัญที่สำคัญของการเป็นนักวิชาการ คือ ต้องมีคุณธรรมและมีสำนึกในทางจรรยา (วิธีการครองตนที่ดีงาม) ของการนำเสนอ งานทางวิชาการ หรืออีกนัยหนึ่งคือ มีสำนึกในทางจริยธรรมหรือจรรยาบรรณของวิชาชีพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการงานวิชาการหรือวิชาชีพด้านกฎหมายนั้น ต้องเน้นถึงความสุจริต ความถูกต้อง มีความสมเหตุสมผล ความเป็นธรรม และมุ่งต่อผลประโยชน์สังคม และประชาชนโดยรวม อันเป็นสิ่งสำคัญสูงสุด

รวมถึงต้องต่อสู้กับความไม่ถูกต้องในสังคมทุกรูปแบบ โดยการนำเสนอและตีแผ่ความเป็นจริงโดยอาศัยหลักวิชาและต้องไม่มีอคติความนิยม ชมชอบใดที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความถูกต้องตามหลักวิชา แล้วจึงนำเสนอผลงานทางวิชาการอย่างกล้าหาญ โดยไม่เลือกการนำเสนอหรือวิพากษ์วิจารณ์เฉพาะเรื่องในศาสตร์ของตนที่นักวิชาการมีอคติในวิชาเป็นพิเศษ

นักวิชาการต้องตีแผ่ถึงความไม่เป็นธรรม หรือการเอื้อประโยชน์อันมิชอบดังกล่าวให้สาธารณชนได้รับรู้ถึงความเป็นจริง ไม่เสนอหลักการอันก่อผลประหลาดทางวิชาการ คลาดเคลื่อนต่อหลักการทางวิชาการที่ถูกต้องแท้จริง

นักวิชาการที่ละเลยหรือบิดเบือนหลักการทางวิชาการ ถือว่าเป็นผู้ขาดไร้ซึ่งคุณธรรมจริยธรรม หรือจรรยาบรรณอันงดงามในวิชาการและวิชาชีพที่ดี จะสร้างค่านิยมผิดและทัศนคติที่ผิดพลาดให้แก่ประชาชน เป็นการทำลายหลักการอันเป็นวิถีสำคัญอันดีงามในการดำรงตนเป็นนักวิชาการ

นักวิชาการที่เลือกกล่าวแต่เรื่องที่เอื้อประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือพวกพ้อง โดยเฉพาะ และงดเว้นการนำเสนออย่างกล้าหาญในหลักการที่ถูกต้องในเรื่องสำคัญ เป็นการสร้างความเสียหายต่อสังคมโดยรวมโดยมิอาจแก้ไขได้

2. หลักนิติธรรม

หลักการพื้นฐานสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ เป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักในการกำหนดวิธีการใช้อำนาจของรัฐให้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายที่ชอบธรรมและสมเหตุสมผล หลักนิติธรรมถูกใช้เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบ ไม่สุจริตในการใช้อำนาจต่อต้านการทุจริตฉ้อฉลในการใช้อำนาจ และการแสวงประโยชน์ด้วย

การกระทำที่ไม่ชอบของผู้มีอำนาจรัฐในทุกรูปแบบ หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญที่นักนิติศาสตร์ยึดถือในวิถีชีวิตของการดำรงตนเป็นนักนิติศาสตร์

อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐดังกล่าวต้องคำนึงถึงการคุ้มครองประชาชนที่มีความสุจริต หลักความสุจริตจึงถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการพิจารณาประกอบหลักนิติธรรม หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองประชาชนคนดีที่มีความสุจริตจากการใช้อำนาจอันฉ้อฉลของผู้มีอำนาจรัฐ ให้อำนาจเป็นเพียงเครื่องมือทางวาทกรรมสำหรับผู้ซึ่งหวังผลในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตนและพวกพ้องที่กระทำการอันทุจริตหยาบช้ำ ประพฤติมิชอบ และกระทำตนเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักนิติธรรม จะใช้เพื่อกล่าวอ้างคุ้มครองตนจากกระบวนการตรวจสอบ และกระบวนการยุติธรรมที่ชอบธรรม โดยหวังแต่ได้ประโยชน์ว่าเป็นไปตามหลักนิติธรรม แต่เมื่อไม่ได้ประโยชน์ก็กล่าวอ้างว่าไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม

นักวิชาการที่ยึดถือหลักนิติธรรมและมีจริยธรรมหรือจรรยาบรรณในวิชาชีพ พึงนำเสนอความถูกต้องในหลักการอย่างแท้จริงอันปราศจากอคติแก่ประชาชน เพื่อสร้างความถูกต้องดีงามในทางความคิดอันจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมต่อไป

3. หลักประชาธิปไตย

รูปแบบในการปกครองในโลกนี้มีหลากหลายรูป เช่น รูปแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย สังคมนิยม ฯลฯ ตลอดจนเผด็จการเบ็ดเสร็จโดยผู้มีอำนาจหรือโดยกลุ่มบุคคลหรือพรรคการเมือง การที่ประเทศใดควรที่จะยึดถือรูปแบบการปกครองใด ย่อมขึ้นอยู่กับค่านิยม อุดมการณ์ทางการเมืองของคนในชาตินั้นๆ รวมทั้งประวัติศาสตร์ บทเรียน และบริบททางสังคมที่เป็นจริงในประเทศนั้นเป็นสำคัญ

การกล่าวว่รูปแบบการปกครองใดดีกว่ารูปแบบใดนั้นเป็นการกล่าวอ้างที่มีการโต้เถียงทางวิชาการไม่จบสิ้น เพียงแต่การปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้น ประชาชนมีส่วนร่วมและได้รับความนิยมนมากที่สุดในโลกเสรีนิยม

อย่างไรก็ตาม หากจะพิจารณาว่าประเทศนั้นๆ ยึดถือหลักการประชาธิปไตยโดยแท้หรือไม่ คงต้องพิจารณาทั้งในมิติของรูปแบบและเนื้อหาของหลักประชาธิปไตย ซึ่งการปกครองในระบบประชาธิปไตยที่แท้ต้องมีเนื้อหาที่เป็นการปกครองโดยประชาชน ของประชาชน และเพื่อประชาชน ตลอดจนมีอุดมการณ์เพื่อให้เกิดการปกครองเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยรวมเป็นเป้าหมายสูงสุด คำนึงและรับฟังเสียงข้างน้อยหรือความเห็นที่แตกต่าง

การปกครองในระบบประชาธิปไตยมิได้ยึดถือเพียงแค่หลักการของเสียงข้างมากเป็นเสียงสวรรค์ โดยไม่รับฟังเสียงข้างน้อยหรือไม่คำนึงถึงความถูกต้องชอบธรรมที่มีอยู่ตามกฎหมายและบรรทัดฐานอื่นๆ ที่สังคมร่วมสร้างกันมา ย่อมเป็นการยึดถือแต่หลักเสียงข้างมากแต่ขาดสำนึกตาม

หลักนิติธรรมที่มีความสำคัญยิ่งในฐานะหลักการที่กำกับความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรมของการปกครองแบบประชาธิปไตย

การทำลายหลักกฎหมาย และความชอบธรรม การกระทำทุกรูปแบบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจรัฐโดยไม่คำนึงถึงวิธีการที่ชอบธรรม ทุจริตการเลือกตั้ง ทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวง หลอกลวงปิดบังประชาชน แทรกแซงกระบวนการตรวจสอบและกระบวนการยุติธรรม เพื่อประโยชน์ของบุคคลหรือพวกพ้อง ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในเนื้อหาที่แท้จริง แต่กลับกลายเป็นเพียงการปกครองในระบอบเผด็จการเสียงข้างมาก ที่อาศัยรูปแบบแอบแฝงภายใต้เสียงข้างน้อยที่มากกว่ากลุ่มเสียงอื่นเป็นฐาน เพื่อกระทำการอันเป็นประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อกล่าวการปกครองในระบอบเผด็จการนั้น นักวิชาการต้องศึกษา และกล้าที่จะวิพากษ์วิจารณ์เผด็จการในทุกรูปแบบ มิใช่เฉพาะการกล่าวอ้างเผด็จการทหารว่าเป็นเผด็จการเบ็ดเสร็จแต่เพียงรูปแบบเดียว เพราะในสภาพความเป็นจริงทางวิชาการเผด็จการมีหลายรูปแบบ

ดังนั้น การวิพากษ์วิจารณ์จึงต้องเป็นไปตามหลักวิชาการอย่างถูกต้อง ภายใต้บริบทของสังคมในขณะนั้น โดยเฉพาะบริบทในสังคมไทย ได้มีการศึกษาและวิเคราะห์กันมาแล้วว่าเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเชิงรูปแบบที่มีการเลือกตั้งเป็นวิธีการในการเข้าสู่อำนาจแต่แอบแฝงเนื้อหาสาระการผูกขาดอำนาจเพื่อประโยชน์ของกลุ่มทุนธุรกิจทางการเมืองบางกลุ่มหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการปกครองในระบอบเผด็จการทุนนิยมพรรคการเมืองแอบแฝงในคราบประชาธิปไตย

พวกเราเหล่าคณาจารย์นิติศาสตร์ตั้งมีรายนามข้างท้ายนี้ จึงมีความเห็นแตกต่าง และมีข้อสงสัยในตรรกะวิธีคิดของ “กลุ่มนิติราษฎร์” ดังกล่าวข้างต้น ที่กล่าวอ้างเสมือนกับให้เหตุผลว่าการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 นั้น เป็นต้นธารแห่งความเลวร้าย ไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม หลักประชาธิปไตย และเป็นเผด็จการทหาร

โดยละเอียดการกล่าวและวิพากษ์ถึงเหตุปัจจัยหรือบริบททางสังคมสืบเนื่องก่อนการรัฐประหารอันเป็นต้นเหตุของความเลวร้ายที่แท้จริง คือ พฤติกรรมของนักการเมืองในอดีตก่อนการรัฐประหาร เป็นเผด็จการรัฐสภา มีการทุจริตคอร์รัปชันอย่างกว้างขวาง และแทรกแซงองค์กรตรวจสอบและกระบวนการยุติธรรม ทำให้ไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาความไม่ชอบธรรมดังกล่าวด้วยกระบวนการปกติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ได้ อันเป็นการทำลายหลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตย

จึงมีคำถามอย่างมากมายว่า ปัญหาเหตุปัจจัยดังกล่าวที่หาได้ถูกกล่าวขึ้น ยังคงอยู่ในอุดมการณ์หรือในตรรกะวิธีคิดของ “กลุ่มนิติราษฎร์” หรือไม่

สภาพการณ์ทางสังคมในปัจจุบันได้ตั้งข้อสงสัยในพฤติกรรมของคณาจารย์ที่ใช้ชื่อว่า “กลุ่มนิติราษฎร์” จากแถลงการณ์ดังกล่าวนี้ ว่า ยังคงมีอุดมการณ์ที่ยึดถือการปกครองในระบอบ

ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเป็นระบอบการปกครองที่ประเทศไทยยึดถือมาเป็นระยะเวลายาวนาน นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันหรือไม่ และหากยังยึดถืออุดมการณ์ดังกล่าวอยู่ คณะอาจารย์กลุ่มนี้กระทำไปโดยวัตถุประสงค์อย่างไร หรือเพื่อบุคคลใด

พวกเราเหล่าคณาจารย์นิติศาสตร์ ดังมีรายนามข้างท้ายนี้ จึงขอเสนอความเห็นแตกต่างในหลักการทางวิชาการ เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม ให้ลูกคิดอย่างรอบด้านในข้อมูลเหตุปัจจัยพื้นฐานที่มาของเหตุการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้น พวกเราไม่มีความประสงค์เป็น “เผด็จการทางภูมิปัญญา” ที่จะประณามผู้หนึ่งผู้ใดที่มีความเห็นแตกต่างว่า ไม่รักชาติ ประชาธิปไตย หรือประชาชน หรือกล่าวหาว่าการไม่เห็นด้วยกับความคิดของพวกเราต้องเป็นฝ่ายตรงข้าม แต่ต้องการให้เกิดความงดงามในวิถีประชาธิปไตยที่เคารพความแตกต่างทาง ภูมิปัญญาและทัศนคติที่แตกต่างอย่างสร้างสรรค์” *²⁶³

จากแนวความคิดของกลุ่มนักวิชาการดังกล่าวข้างต้นทำให้ประชาชนชาวไทยเกิดกระบวนการคิดมากขึ้น ซึ่งถือเป็นคุณประโยชน์ต่อการพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองของประเทศไทย และพัฒนากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยทั้งสิ้น

4.2 ปัญหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ในที่นี้จะขอเรียกรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550) เป็นรัฐธรรมนูญที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีปัญหาในการจัดทำรัฐธรรมนูญเพราะมิได้เกิดขึ้นโดยประชาชน ไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ องค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญมิได้เกิดขึ้นจากการยอมรับของประชาชน จึงไม่ใช่ผู้แทนปวงชน ถูกวิจารณ์ว่ามีกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่โปร่งใส ถูกแทรกแซงโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และมีการทำประชามติที่ไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองที่แท้จริง

จากการศึกษาพบว่า การสรรหาบุคคลเพื่อจัดตั้งเป็นองค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนั้นกำหนดให้มีการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจัดตั้งเป็นสมัชชาแห่งชาติ และให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติทำการคัดเลือกสมาชิกด้วยกันเองเพื่อเป็นผู้แทนที่มี

²⁶³ รายชื่อคณาจารย์แนบท้ายคำแถลงการณ์ 1.ศาสตราจารย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2.ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ, 3.ศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต, 4.รองศาสตราจารย์ นพนิธิ สุริยะ, 5.รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี, 6.รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร, 7.รองศาสตราจารย์ ดร.วิจิตรา (วิเชียรชม) พุ่งลัดดา, 8.รองศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ, 9.ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 10.ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิวัฒน์ จันทร์โชติ, 11.ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, 12.อาจารย์ เกศราภรณ์ ปานงาน, 13.อาจารย์ คมสัน โพธิ์คง, 14.อาจารย์ จันทร์เพ็ญ หงษ์ม้ายัย, 15.อาจารย์ ฉัตรพร ภาธรบุตร, 16.อาจารย์จุมพล ชื่นจิตศิริ, 17.อาจารย์ นฤมล เสกธีระ, 18.อาจารย์ นิตวาทธรรม เพราะสุนทร, 19.อาจารย์ รัฐศักดิ์ บำรุงสุข, 20.อาจารย์ วศิน สุวรรณรัตน์, 21.อาจารย์ ศักดิ์ณรงค์ มงคล, 22.อาจารย์ศาสตรา โตอ่อน และ 23.อาจารย์ อัจฉรา จันทร์เสนา

สิทธิได้รับคัดเลือกให้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบขึ้นเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ และการกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญสรรหาคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญที่มีหน้าที่หลักในการยกร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 25 คน และจากการสรรหาของคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติอีกจำนวน 10 คน

จากบทบัญญัติข้างต้นนำมาสู่ปัญหาว่าการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาตินั้นไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน เนื่องด้วยการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาตินั้น ถูกคัดเลือกโดยคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติที่มีขึ้นและแต่งตั้งโดยคำสั่งประธานคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งเป็นบทบัญญัตินอกเหนือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าว อีกทั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาตินี้ล้วนเป็นบุคคลที่คณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติแต่งตั้งขึ้นมาทั้งสิ้น เกิดปัญหาเรื่องกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติไม่มีกฎหมายกำหนด ปัญหาเรื่องสภาพบังคับของประกาศ และคำสั่งของคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติที่แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ ปัญหาเรื่องที่มาและความจำเป็นของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ และปัญหาอื่นอีกมาก จากนั้นเมื่อสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติได้จำนวนไม่เกินกว่าที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการสรรหาผู้แทนสมาชิกสภาแห่งชาติที่จะมีสิทธิได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยการคัดเลือกจากสมาชิกสภาแห่งชาติด้วยตนเองให้เหลือจำนวน 200 คน ก็เกิดปัญหาเรื่องระยะเวลาในการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติด้วยตนเอง และปัญหาเรื่องวิธีการลงคะแนนคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติด้วย

จากนั้นเมื่อสมาชิกสภาแห่งชาติได้ทำการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติด้วยตนเองให้เหลือจำนวน 200 คนแล้ว กระบวนการต่อไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้มีการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติให้เหลือจำนวน 100 คน เพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ โดยในกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติทางกฎหมายใดๆ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้แทนของคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติไว้เลย จึงเกิดปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใสในกระบวนการ ตลอดจนปัญหาการแทรกแซงการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ และความไม่ยึดโยงต่อประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่กำหนดให้ “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย”

นอกจากนี้เมื่อคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติได้สรรหาบุคคลที่จะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ครบจำนวน 100 คนแล้ว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวยังกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบกันขึ้นเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการจัดตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นหรือไม่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้ ขึ้นมาจำนวน 25

คน และจากการแต่งตั้งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอีกจำนวน 10 คน รวมเป็นจำนวนทั้งสิ้น 35 คน จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใสในการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกว่า มีเพียงบุคคลจำนวน 35 คนเท่านั้นที่ทำหน้าที่หลักในการยกร่างรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติก็ยังคงเข้าแทรกแซงโดยแต่งตั้งบุคคลเข้ามาเป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ถึงสิบคน ตลอดจนปัญหาที่สำคัญที่เกิดขึ้นด้วยคือ การเลือกบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเสมือนมีการกำหนดบุคคลให้เข้ามาดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาต่อไปในบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนการยกร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนว่าการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนหรือไม่ และหากทำการรับฟังความคิดเห็นแล้ว ต้องปฏิบัติตามความคิดเห็นของประชาชนหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ.2539 ที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดให้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ อีกทั้งการร่างรัฐธรรมนูญยังมีกำหนดระยะเวลาในการร่างรัฐธรรมนูญเพียง 180 วัน ประกอบกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้กระบวนการสุดท้ายก่อนนำร่างรัฐธรรมนูญไปทำประชามติให้นำร่างรัฐธรรมนูญไปให้สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติรับรองหรือไม่รับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวซึ่งเป็นเรื่องแปลกที่ให้องค์กรที่ร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ลงมติในร่างรัฐธรรมนูญของตนเอง จึงก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ปัญหาเรื่องกำหนดระยะเวลาในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ปัญหากระบวนการแปรญัตติ และปัญหาการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในขั้นตอนสุดท้ายเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติรับรองร่างรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญนำร่างรัฐธรรมนูญไปทำประชามติ โดยการประชามตินี้แม้จะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่การทำประชามติดังกล่าวยังคงมีปัญหาว่าเป็นการทำประชามติที่ไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนที่แท้จริง

เมื่อกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อจัดตั้งเป็นองค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการลงประชามติ ไม่มีความยึดโยงต่อประชาชน จึงก่อให้เกิดปัญหาว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้เกิดขึ้นจากความชอบธรรม และมีใช้รัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

จากปัญหาดังกล่าว ในหัวข้อ 4.2 นี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายปัญหาของการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยวิเคราะห์ตามหลักทฤษฎีของกฎหมาย

มหาชน และเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต โดยแยกอธิบายเป็นสามปัญหา คือ ปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ปัญหากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ และปัญหาในกระบวนการลงประชามติ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 (ในที่นี้จะขอเรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว) ได้กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นต้องประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 100 คน ซึ่งเกิดจากการสรรหาและการคัดเลือกตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 23 ให้มีสมาชิกแห่งชาติประกอบด้วยสมาชิกที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 2,000 คน และให้สมาชิกสมาชิกแห่งชาติคัดเลือกสมาชิกด้วยตนเองให้เหลือ 200 คน ภายใน 7 วัน เพื่อเสนอคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) จำนวน 100 คน จากนั้นให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทำการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาหนึ่งคณะซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาจำนวนยี่สิบห้าคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสิบคนตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามบทบัญญัติมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

บทบัญญัติในการคัดเลือกและสรรหาบุคคลเพื่อทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประสบปัญหาความไม่ยืดหยุ่นต่อประชาชนตั้งแต่เริ่มกระบวนการ กล่าวคือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนั้นไม่ได้กำหนดวิธีการคัดเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติไว้ว่าให้กระทำการคัดเลือกอย่างไร เพียงแต่กำหนดว่าให้มีสมาชิกสมาชิกแห่งชาติจำนวนไม่เกิน 2,000 คน จึงเป็นเหตุให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ โดยประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ “กตส.” เพื่อทำหน้าที่ในการกำหนดและควบคุมการสรรหาสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ อันเป็นกระบวนการแต่งตั้งที่ไม่โปร่งใส เพราะไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุมการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว เป็นอำนาจตัดสินใจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเท่านั้น นอกจากนี้คำสั่งดังกล่าวยังเป็นคำสั่งที่อยู่นอกเหนือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดให้การสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น อีกทั้งยังพบว่าไม่มีกระบวนการคัดเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติที่ชัดเจนแน่นอน ตลอดจนกระบวนการคัดเลือกของสมาชิกสมาชิก

แห่งชาติด้วยกันเองเพื่อเป็นผู้แทนที่จะมีสิทธิได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มีปัญหาหลายประการดังที่จะได้เรียนให้ทราบในหัวข้อถัดไป

เมื่อสมาชิกสมัชชาแห่งชาติได้คัดเลือกกันเองเหลือผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 200 คนแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้คณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกบุคคลจากผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติดังกล่าวให้เหลือจำนวน 100 คน เพื่อโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ อันนำมาสู่ปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใส ปัญหาการกำหนดตัวบุคคลเพื่อให้มาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือปัญหาการวางตัวบุคคล โดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดๆ เข้ามาควบคุมการคัดเลือกของคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ เป็นปัญหาว่าไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะทำให้ประชาชนทราบและรับรู้วิธีการหรือกระบวนการในกระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ และเป็นการแทรกแซงตลอดจนมีอิทธิพลเหนือสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่ทำการคัดเลือกบุคคลมาให้

อย่างไรก็ตามกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นหนึ่งคณะ ซึ่งประสบปัญหาการแทรกแซงจากบุคคลภายนอกและจากคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงจะได้อธิบายปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งเป็นสามปัญหาคือ ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และปัญหาของกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียดดังนี้

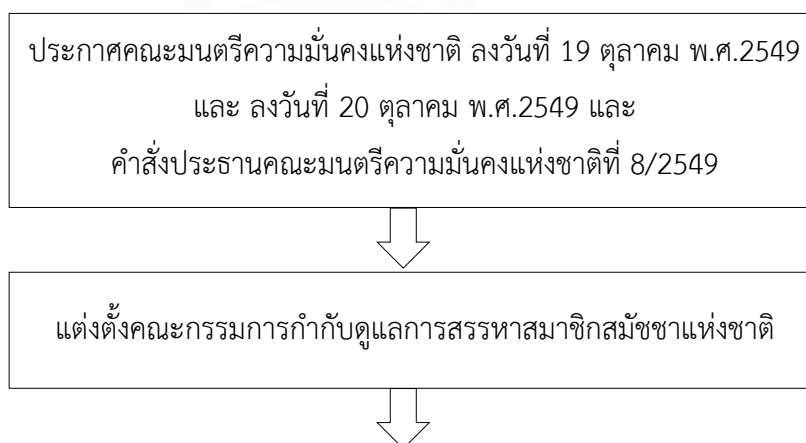
4.2.1.1 ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ

ตามที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 20 กำหนดให้มีสมัชชาแห่งชาติ ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการสรรหาเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากผู้มีสัญชาติไทย โดยกำเนิด อายุไม่ต่ำกว่าสิบแปดปี จำนวนไม่เกินสองพันคน เพื่อทำหน้าที่คัดเลือกสมาชิกด้วยกันเองให้เหลือจำนวนสองร้อยคน โดยให้เสร็จสิ้นใน 7 วันนับแต่วันที่มีการเปิดประชุมสมัชชาครั้งแรก เพื่อให้คณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกสมาชิกสมัชชาจำนวนดังกล่าวให้เหลือจำนวน 100 คน เพื่อนำความกราบบังคมทูลพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น

คณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ โดยประธานคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 34 จึงมีประกาศคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม

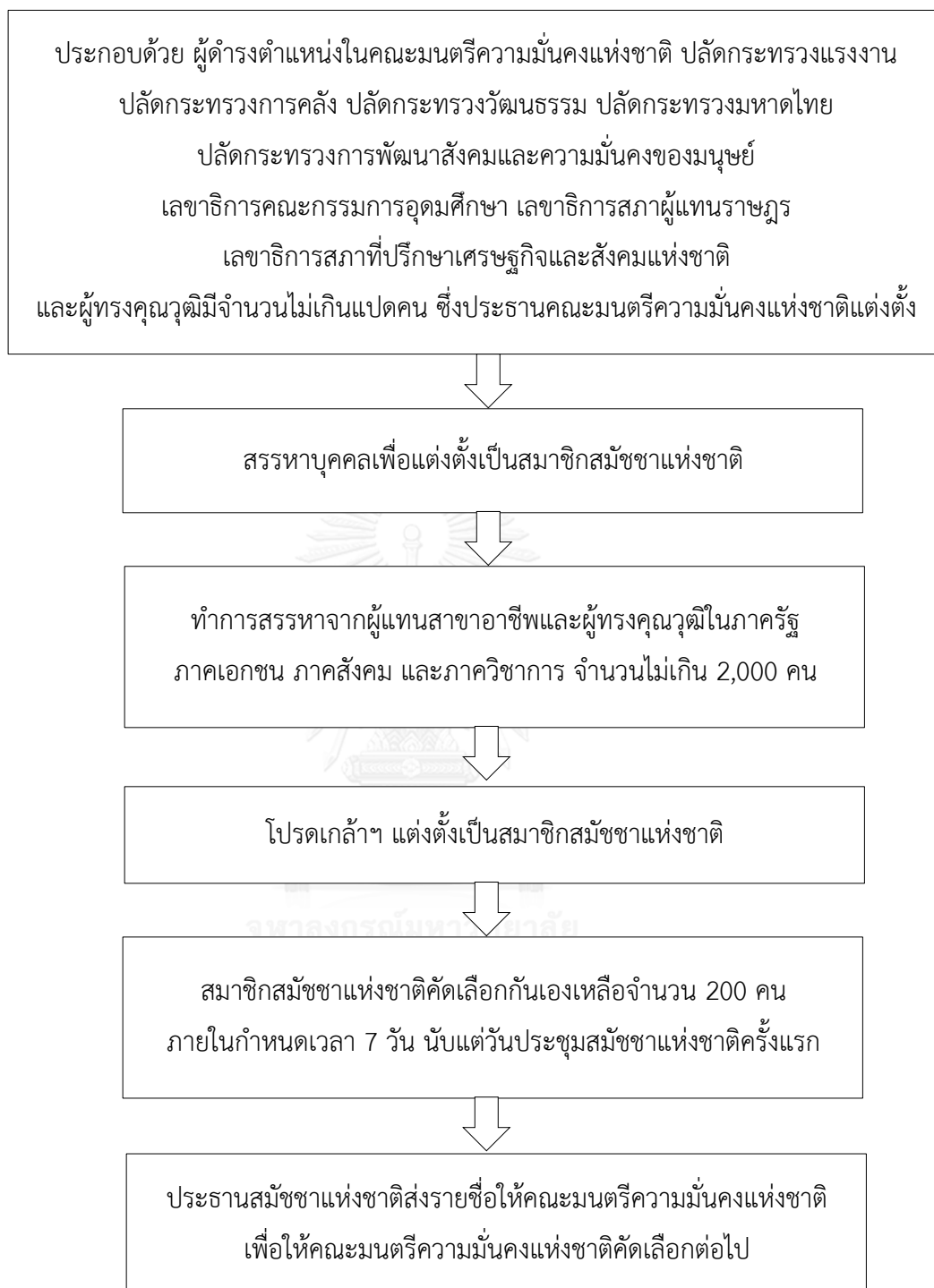
พ.ศ.2549²⁶⁴ และประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติม ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 ซึ่งได้ประกาศ ณ วันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549²⁶⁵ และมีคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กตส.” ขึ้น เพื่อให้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการต่อไปโดยเร็ว และเพื่อให้ได้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่เหมาะสมในเวลาเร่งรัด โดยในประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการสรรหาบุคคลเพื่อมาเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจากผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ จำนวน 2,000 คน แบ่งเป็น 9 ประเภท เมื่อ กตส. ได้สรรหาบุคคลเพื่อมาเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติได้จำนวนไม่เกิน 2,000 คนแล้ว ให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติทั้งหมดทำการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเองให้เหลือจำนวนสองร้อยคน เพื่อส่งต่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติดำเนินการคัดเลือกให้เหลือจำนวน 100 คนเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป จากกระบวนการดังกล่าวข้างต้นสรุปเป็นตารางได้ดังนี้

ตารางที่ 9 ตารางการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ



²⁶⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 117ก, หน้า.3-5 วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

²⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.



จากตารางที่ 9 เป็นตารางแสดงกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ
 ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและตามประกาศ และคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคง
 แห่งชาติ โดยผู้เขียนจะได้อธิบายปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามลำดับ

ขั้นตอนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติแบ่งเป็นสองปัญหาคือ ปัญหาที่หนึ่ง ปัญหาการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และปัญหาที่สอง ปัญหาการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน ดังนี้

4.2.1.1.1 ปัญหาการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ

ตามที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ โดยประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้มีประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549²⁶⁶ และประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549²⁶⁷ และมีคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กคส.” นั้น ถือเป็นกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่เป็นปัญหาสำคัญ เพราะเป็นขั้นตอนแรกของการสรรหาบุคคลเพื่อจะไปทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและหลักสัญญาประชาคมที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่สะท้อนเจตนารมณ์ของคนทั้งประเทศนั้น ต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการสรรหาบุคคลเพื่อจะไปทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญตั้งแต่ขั้นตอนนี้ แต่ปรากฏว่ากระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเกิดขึ้นโดยคณะกรรมการที่ถูกแต่งตั้งขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่โปร่งใสในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และเกิดปัญหาว่าสมาชิกสมัชชาแห่งชาติมิได้มีส่วนยึดโยงกับประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยผู้เขียนจะแยกอธิบายเป็นสองส่วนเพื่อให้เกิดความเข้าใจในปัญหา โดยในส่วนแรกผู้เขียนจะได้อธิบายขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และผู้เขียนจะได้อธิบายปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นส่วนที่สองของเรื่องนี้ ดังนี้

²⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

²⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

4.2.1.1.1 การแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ

ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กตส.” ขึ้นจำนวน 17 คน โดยให้ประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งในคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามที่ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมอบหมายหรือผู้แทนเป็นประธานคนหนึ่ง และกรรมการ ได้แก่ ปลัดกระทรวงแรงงาน ปลัดกระทรวงการคลัง ปลัดกระทรวงวัฒนธรรม ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เลขาธิการคณะกรรมการอุดมศึกษา เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เลขาธิการสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และผู้ทรงคุณวุฒิมีจำนวนไม่เกินแปดคนซึ่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมิได้เป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ ผู้บริหารหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ องค์กรหน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองท้องถิ่น ผู้บริหารหรือสมาชิกสภาหรือองค์กรปกครองท้องถิ่น สมาชิกพรรคการเมือง โดยให้คณะกรรมการดังกล่าวเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นเลขานุการ²⁶⁸ รายละเอียดตามตารางที่ 9

นอกจากนี้ตามประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2549 กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ มีหน้าที่ดังต่อไปนี้

1. จัดประชุมเจ้าหน้าที่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการเลือกผู้แทนกลุ่มหรือภาคต่างๆ
2. กำหนดระยะเวลาและขั้นตอนต่างๆ ตามความจำเป็น
3. ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ได้รับการเสนอชื่อเพื่อเป็นผู้แทนกลุ่มหรือภาค
4. จัดทำบัญชีรายชื่อเสนอประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ
5. ส่งผู้แทนเข้าสังเกตการณ์การสรรหาผู้แทนของกลุ่มหรือภาค

²⁶⁸ รายชื่อคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ ได้แก่ 1. พลอากาศเอก ชลิต พุกผาสุข เป็นประธานกรรมการ, 2. ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นกรรมการ, 3. ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เป็นกรรมการ, 4. ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นกรรมการ, 5. ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นกรรมการ, 6. ปลัดกระทรวงวัฒนธรรม เป็นกรรมการ, 7. เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ, 8. เลขาธิการสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นกรรมการ, 9. เลขาธิการคณะกรรมการอุดมศึกษา เป็นกรรมการ, 10. นายเดชอุดม ไกรฤทธิ์ เป็นกรรมการ, 11. แพทย์หญิง กมลพรธม ชิวพันธุ์ศรี เป็นกรรมการ, 12. นายอำนาจ สอนอัมสาตร์ เป็นกรรมการ, 13. ศาสตราจารย์ ดร.อมรา พงศาพิชญ์ เป็นกรรมการ, 14. นายสมชาติ เลขา ลาวัลย์ เป็นกรรมการ, 15. นายสุพจน์ ไข่มุกด์ เป็นกรรมการ, 16. นางสุทธีณี เมธิประภา เป็นกรรมการ และ 17. นายชวลิต หมีนุช เป็นกรรมการ อ้างถึงใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 117 ก หน้า 3-5 วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

6. แต่งตั้งคณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ต่างๆ ตามความจำเป็น

7. ให้คำแนะนำและวินิจฉัยการดำเนินการขององค์กรหรือคณะบุคคล และ ในกรณีสมควรอาจสั่งให้มีการสรรหาผู้แทนใหม่ โดยคำนึงถึงกรอบระยะเวลาอันจำกัด คำวินิจฉัยของ กตส. ให้เป็นที่สุด

ขั้นตอนการดำเนินงานการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาตินั้น คณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ “กตส.” (ในที่นี่จะขอเรียกว่า กตส.) ได้มีมติแต่งตั้งเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร นายพิฑูร พุ่มหิรัญ เป็นเลขานุการคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ (กตส.) พร้อมทั้งมอบหมายให้สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้สนับสนุนการดำเนินงานของ กตส.

จากนั้น กตส. ได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการ 5 คณะ เพื่อจัดแบ่งหน้าที่ในดำเนินงาน ประกอบด้วย

1. คณะกรรมการให้คำแนะนำและวินิจฉัยการดำเนินการขององค์กร หรือคณะบุคคล จำนวน 15 คน และแต่งตั้งให้ นายเดชอุดม ไกรฤทธิ เป็นประธาน และ นายจเร พันธุ์เปรื่อง เป็นเลขานุการ²⁶⁹

2. คณะกรรมการสังเกตการณ์การสรรหาผู้แทนของกลุ่มหรือภาคจำนวน 13 คน และแต่งตั้งให้ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นประธาน และ นายพลวัตร ชยานุวัชร เป็นเลขานุการ²⁷⁰

3. คณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ จำนวน 13 คน และแต่งตั้งให้ศาสตราจารย์ อมรา พงศาพิชญ์ เป็นประธาน และ พันโทหญิง กมลพรรณ ชิวพันธุ์ศรี เป็นเลขานุการ²⁷¹

4. คณะกรรมการประชาสัมพันธ์ จำนวน 12 คน และแต่งตั้งให้ นายสุพจน์ ไข่มุกด์ เป็นประธาน และนายคัมภีร์ ดิษฐากรณ์ เป็นเลขานุการ²⁷²

5. คณะกรรมการงบประมาณและการเงิน จำนวน 8 คน และแต่งตั้งให้ ปลัดกระทรวงการคลัง เป็นประธาน และนายสมภพ บัณฑรวิพากษ์ เป็นเลขานุการ²⁷³

²⁶⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 129ง, คำสั่งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ (กตส.), หน้า.49-50. วันที่ 15 ธันวาคม 2549

²⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51-52

²⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-54.

²⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-57.

²⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57-58.

จากนั้น กตส. และคณะอนุกรรมการได้ดำเนินการสรรหาสมาชิกสมาชิกแห่งชาติตามประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 โดยมีหลักเกณฑ์การคัดเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ดังนี้

1.) คุณสมบัติ

ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 กำหนดให้ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้²⁷⁴

1. เป็นผู้มิใช่สัญชาติไทยโดยกำเนิด
2. อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์
3. ไม่เป็นรัฐมนตรี
4. ไม่เป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ
5. ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกพรรคการเมือง หรือดำรงตำแหน่งใด

ในพรรคการเมืองภายในเวลาสองปีก่อนวันได้รับการคัดเลือกให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

โดยมีคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมาชิกแห่งชาติเป็นองค์กรที่ดำเนินกิจการเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสมาชิกแห่งชาติที่มีคุณสมบัติข้างต้น จำนวนไม่เกิน 2,000 คน เมื่อได้ครบจำนวนแล้ว ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ²⁷⁵ และในการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ต้องคำนึงถึงบุคคลจากกลุ่มต่าง ๆ ในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการจากภูมิภาคต่างๆ อย่างเหมาะสม และในกรณีที่มีกฎหมายห้ามมิให้บุคคลดำรงตำแหน่งทางการเมือง มิให้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่การได้รับแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ²⁷⁶

2.) ขั้นตอนการคัดเลือก

ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และฉบับ

²⁷⁴ ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมาชิกแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 ข้อ 2

²⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 20

²⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 5

แก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการสรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อสมาชิกสมัชชาแห่งชาติดังนี้

ให้องค์กรและคณะบุคคลตามบัญชี 1 (บัญชีการแบ่งประเภทบุคคลหรือองค์กรที่จะถูกคัดเลือกเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ) แนบท้ายประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 (ต่อไปนี้จะขอเรียกอย่างย่อว่า บัญชีฯ) ดำเนินการเลือกกันเองให้ได้จำนวนตามที่กำหนดไว้ในบัญชีฯ นี้ โดยต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเวลาและตามวิธีการที่ กตส. กำหนด ในกรณีที่มีรายชื่อซ้ำซ้อน หรือบุคคลใดขาดคุณสมบัติ ลาออก หรือเสียชีวิต ให้ กตส.มีอำนาจตัดรายชื่อนั้นออกโดยไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการเลือกหรือเสนอชื่อผู้อื่นแทน

เมื่อเลือกบุคคลตามที่กำหนดไว้เรียบร้อยแล้ว ให้องค์กรและคณะบุคคลผู้ได้รับมอบหมายตามบัญชีฯ นี้ ดำเนินการจัดส่งรายชื่อพร้อมทั้งข้อมูลตามแบบที่แนบท้ายประกาศฉบับแก้ไขลงวันที่ 20 ตุลาคม 2549 ให้ กตส. เป็นหนังสือภายในสองวัน โดยจัดส่งทางโทรสาร ไปรษณีย์หรือนำมาส่งด้วยตนเอง หาก กตส. ไม่สามารถสรรหาผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติได้ทันตามกำหนดระยะเวลา หรือไม่ได้ส่งรายชื่อภายในกำหนดระยะเวลา โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร หรือมีการตัดรายชื่อของบุคคลใดออกด้วยเหตุขาดคุณสมบัติ ลาออก หรือเสียชีวิต เป็นเหตุให้รายชื่อผู้แทนองค์กรหรือคณะบุคคลว่างลง ให้ กตส. แบ่งจำนวนที่ว่างลงนั้นออกเป็นสองส่วนมีจำนวนเท่ากันหรือใกล้เคียงกันที่สุดและแจ้งให้คณะรัฐมนตรีเสนอรายชื่อส่วนแรกไปยังคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติภายในเวลาที่กำหนด และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเสนอส่วนที่เหลือรวมกับรายชื่อส่วนของคณะรัฐมนตรีต่อ กตส. ภายใน 5 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายชื่อจากคณะรัฐมนตรี โดยการเสนอรายชื่อดังกล่าวนั้น ให้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมที่หลากหลายของประชาชนในแต่ละกลุ่มอาชีพ จังหวัดหรือภูมิภาค ตามความสันตติชิตใจในการยกร่างกฎหมาย หรือวิชาการด้านรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือนิติศาสตร์ โดยเน้นการเพิ่มเติมจากบัญชีที่ยังครอบคลุมไม่ถึง อันมีลักษณะเสมือนว่าหากมีบุคคลที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติยังไม่ครบจำนวนคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจะสรรหาบุคคลมาเติมให้ครบจำนวนโดยคำนึงการมีส่วนร่วมที่หลากหลายของประชาชน

เมื่อ กตส. ได้ทำการสรรหาบุคคลครบถ้วนตามที่ต้องการแล้ว ให้ กตส. จัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลทั้งหมด โดยจำแนกเป็นภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ โดยเรียงรายชื่อตามตัวอักษร และนำเสนอต่อประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เพื่อนำความกราบบังคมทูลทูลพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติต่อไป และเมื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งแล้ว ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ส่งเรื่องให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญต่อไป

3.) ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ จำนวน 2,000 คน แบ่งได้ 9 ประเภท

ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 ได้กำหนดให้ กตส. สรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ตามบันทึกฯ โดยแบ่งบุคคลออกเป็น 9 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 ผู้แทนภาคเศรษฐกิจ – สังคม จำนวนรวม 767 คน²⁷⁷

(1) ผู้แทนองค์กรด้านการเกษตรประเภทต่างๆ เช่น การทำนา การทำไร่ การทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืชและสัตว์ การประมง การแปรรูปสินค้าเกษตรชุมชนหรืองานเกษตรกรรม จังหวัดละ 2 คน จำนวน 152 คน

(2) ผู้แทนองค์กรด้านอุตสาหกรรมประเภทต่างๆ เช่น การทำเหมืองการระเบิด หรือย่อยหิน การผลิตอาหารเครื่องดื่ม สิ่งทอ เครื่องนุ่งห่ม เครื่องหนัง การผลิตไม้เฟอร์นิเจอร์ กระจก การผลิตเคมีภัณฑ์ ยา ผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม ยางธรรมชาติ แก้ว ปูนซีเมนต์ เซรามิก วัสดุก่อสร้าง อัญมณี เครื่องประดับ โลหะ เครื่องจักรกลและอุปกรณ์ ยานยนต์ และอะไหล่เครื่องใช้ไฟฟ้า อิเล็กทรอนิกส์และอุปกรณ์ หรือการผลิตและอุตสาหกรรมอื่น ๆ จังหวัดละ 2 คน จำนวน 152 คน

(3) ผู้แทนองค์กรด้านการบริการ เช่น กิจการด้านคมนาคม การขนส่ง การสื่อสาร การโทรคมนาคมและเทคโนโลยีสารสนเทศ การนำเข้า-ส่งออก การค้าสินค้าเกษตรและสินค้าอุตสาหกรรมในประเทศ การท่องเที่ยว การกีฬาและนันทนาการ ศิลปิน นักร้อง นักแสดง นักประพันธ์ จังหวัดละ 2 คน จำนวน 152 คน

²⁷⁷ ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติม ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 ซึ่งได้ประกาศ ณ วันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 ได้กำหนดให้การดำเนินการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ประเภทที่ 1 ผู้แทนภาคเศรษฐกิจ-สังคม ตาม (1),(2),(3) และ (7) ในแต่ละจังหวัดให้มีคณะกรรมการดำเนินการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติประจำจังหวัด... เรียกโดยย่อว่า “กตส.ประจำจังหวัด” ซึ่งประกอบด้วย ผู้ว่าราชการจังหวัด หัวหน้าศาลประจำจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน อธิการบดีสถาบันอุดมศึกษาของรัฐหรือเอกชน 1 คน อัยการจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน วัฒนธรรมจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน แรงงานจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน ประธานสหภาพนายความจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน และพัฒนาสังคมจังหวัดหรือผู้แทน 1 คน สำหรับกรุงเทพมหานครให้มีคณะกรรมการดำเนินการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติประจำกรุงเทพมหานคร เรียกโดยย่อว่า “กตส.ประจำกรุงเทพมหานคร” ซึ่งประกอบด้วย ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้แทนสำนักงานศาลยุติธรรม 1 คน ประธานเครือข่ายที่ประชุมอธิการบดี 1 คน อัยการสูงสุดหรือผู้แทน 1 คน ผู้แทนกระทรวงวัฒนธรรม 1 คน ผู้แทนกระทรวงแรงงาน 1 คน ผู้แทนสหภาพนายความ 1 คน และผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ 1 คน อ้างอยู่ใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 117ก, หน้า.7 วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

(4) นายกสภา ประธานสภาหรือผู้ดำรงตำแหน่งลักษณะเดียวกัน หรือผู้แทน ซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งองค์ละหนึ่งคน ได้แก่ เนติบัณฑิตยสภา สภานายความ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย สภาหอการค้าไทย สภาวิศวกร สภาสถาปนิก แพทยสภา สัตวแพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเทคนิคการแพทย์ สภากายภาพบำบัด สภาอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย ครูสภา สภาวิชาชีพบัญชี สภาการเหมืองแร่ สภาเกษตรกรรม สภาผู้ส่งสินค้าทางเรือแห่งประเทศไทย จำนวน 18 คน

(5) ผู้แทนสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ 45 แห่ง แห่งละหนึ่งคน ซึ่งกระทรวงแรงงานจัดให้เลือกกันเองได้เหลือ 20 คน ผู้แทนสหภาพแรงงานภาคธุรกิจเอกชน 1,372 แห่ง แห่งละหนึ่งคน ซึ่งกระทรวงแรงงานจัดให้เลือกกันเองเหลือ 76 คน จำนวน 96 คน

(6) ผู้แทนสื่อมวลชน สาขาหนังสือพิมพ์ ซึ่งสภาการหนังสือพิมพ์แห่งชาติเลือก 15 คน สาขาวิทยุกระจายเสียง และสาขาวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติจัดให้เลือกกันเองให้เหลือสาขาละ 15 คน จำนวน 45 คน

(7) ผู้แทนสมาคมหรือมูลนิธิจดทะเบียนซึ่งมิใช่องค์กรหรือบุคคล ตาม (1)-(6) และซึ่งดำเนินการในเรื่องการพัฒนาชุมชน การสาธารณสุข การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม สัตว์ป่าหรือพันธุ์พืช การศึกษา ศิลปวัฒนธรรมและศาสนา การพัฒนาการสงเคราะห์คนพิการ การส่งเสริมรายได้และอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค หรือการสาธารณสุขประโยชน์อื่น จังหวัดละ 2 คน จำนวน 152 คน

ประเภทที่ 2 ผู้แทนภาครัฐ จำนวนรวม 318 คน

(1) ผู้แทนกระทรวง กระทรวงละ 1 คน จำนวน 20 คน

(2) ผู้แทนกองบัญชาการทหารสูงสุด ผู้แทนกองทัพบก ผู้แทนกองทัพเรือ ผู้แทนกองทัพอากาศ ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ จำนวน 5 คน

(3) ผู้แทนข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหาร ข้าราชการครู ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการอัยการ ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด พนักงานเทศบาล พนักงานส่วนตำบล ข้าราชการกรุงเทพมหานคร ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการศาลยุติธรรม ข้าราชการตุลาการศาลปกครอง ข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง ข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ซึ่งองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการแต่ละประเภท เลือกองค์กรละ 5 คน โดยให้องค์กรกลางบริหารงานบุคคลแต่ละประเภทดำเนินการจำนวน 75 คน

(4) หัวหน้าสูงสุดของรัฐวิสาหกิจซึ่งเลือกกันเอง โดยให้กระทรวงการคลังดำเนินการ จำนวน 20 คน

(5) หัวหน้าสูงสุดขององค์การมหาชนซึ่งเลือกกันเอง โดยให้สำนักงาน กพร. ดำเนินการ จำนวน 10 คน

(6) ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งเลือกกันเอง โดยให้กระทรวงมหาดไทย ดำเนินการจำนวน 36 คน

(7) กำนันผู้ใหญ่บ้านซึ่งเลือกกันเองจังหวัดละ 2 คน โดยให้ กตส. ประจำจังหวัดแต่ละจังหวัด ดำเนินการ จำนวน 152 คน

ประเภทที่ 3 ผู้แทนภาคการเมืองและการปกครองท้องถิ่นจำนวน รวม 227 คน

(1) ผู้แทนพรรคการเมืองพรรคละหนึ่งคน จำนวน 44 คน
 (2) นายองค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งเลือกกันเอง จำนวน 36 คน
 (3) ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครและประธานสภากรุงเทพมหานคร จำนวน 2 คน

(4) ผู้แทนนายกเทศมนตรีเทศบาลต่าง ๆ ซึ่งเลือกกันเอง จำนวน 72 คน

(5) ผู้แทนนายกองค์การบริหารส่วนตำบลซึ่งเลือกกันเอง จำนวน 72 คน การดำเนินการตามข้อนี้ (2) (4) (5) ให้กระทรวงมหาดไทยดำเนินการ

(6) นายกสภาเมืองพัทยา จำนวน 1 คน

ประเภทที่ 4 ผู้แทนองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ จำนวนรวม 16 คน

(1) ผู้แทนคณะกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 2 คน

(2) ผู้แทนศาลยุติธรรม จำนวน 2 คน

(3) ผู้แทนศาลปกครอง จำนวน 2 คน

(4) ผู้แทนผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา จำนวน 2 คน

(5) ผู้แทนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จำนวน 2 คน

(6) ผู้แทนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 2 คน

(7) ผู้แทนคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

จำนวน 2 คน

(8) ผู้แทนสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ จำนวน 2 คน

ประเภทที่ 5 ผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนรวม 302 คน

(1) ผู้แทนอดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ซึ่งเลือกกันเอง จำนวน 10 คน

(2) อธิการบดีสถาบันอุดมศึกษาของรัฐและอธิการบดีสถาบันอุดมศึกษาเอกชน จำนวน 140 คน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ และนิติศาสตร์ ซึ่งสภามหาวิทยาลัยที่มีคณะ ภาควิชาหรือสาขาวิชาดังกล่าวเลือกแห่งละ 2 คน จำนวน 152 คน

ประเภทที่ 6 นิสิตนักศึกษา จำนวนรวม 140 คน

นายกองค์การบริหารนิสิตนักศึกษาหรือตำแหน่งในลักษณะเดียวกันของสถาบันอุดมศึกษาทั้งของรัฐและเอกชน จำนวน 140 คน

รวม 6 ประเภท จำนวน 1,770 คน

ประเภทที่ 7 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่คณะรัฐมนตรีสรรหา จำนวน 115 คน

ประเภทที่ 8 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติสรรหา จำนวน 115 คน

โดยการสรรหาผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ประเภทที่ 8 นี้ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้ออกประกาศ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง การเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ฉบับลง วันที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 เพื่อให้การสรรหาในส่วนที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติรับผิดชอบ เป็นไปด้วยความโปร่งใส มีความหลากหลายและมีส่วนร่วมจากทุกฝ่าย คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ จึงได้ขอความร่วมมือองค์กรและบุคคลตามประกาศดังกล่าวเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งสมาชิก สมัชชาแห่งชาติ ตามหลักเกณฑ์ในประกาศดังกล่าว โดยหลักเกณฑ์ในประกาศดังกล่าว นั้น มีเนื้อหาโดยสรุปเป็นการขอความร่วมมือให้บุคคล เช่น ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประธานศาลฎีกา ประธาน ศาลปกครองสูงสุด อดีตประธานคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญสภาว่างรัฐธรรมนูญ (นายอานันท์ ปันยารชุน) ประธานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ประธานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เป็นจำนวน 45 คน ทั้งนี้โดยบุคคลเหล่านี้ต้องไม่ เสนอชื่อบุคคลที่อยู่ในสังกัดหรือปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่บุคคลผู้เสนอสังกัดอยู่ และได้ขอความร่วมมือองค์กร เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเลือกกันเอง ที่ประชุมสภาอาจารย์มหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย ซึ่งเลือกกันเอง สมาคมสภาองค์การพัฒนาเด็กและเยาวชนในพระบรมราชูปถัมภ์ สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี ซึ่งเลือกกันเอง เสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งสมาชิก สมัชชาแห่งชาติ เป็นจำนวน 50 คน รวมทั้งสิ้นเป็น 95 คน จากนั้นให้บุคคลและองค์กรส่งรายชื่อพร้อม ข้อมูลตามประกาศฯ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 ให้สำนักงานเลขาธิการคณะมนตรีความมั่นคง

แห่งชาติ ภายในวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 และให้สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการความมั่นคง
แห่งชาติ ประกาศรายชื่อดังกล่าวให้สาธารณชนทราบเป็นการทั่วไป

ส่วนจำนวนที่เหลืออยู่ 20 คน คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจะ
เป็นผู้พิจารณา²⁷⁸

ประเภทที่ 9 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ
ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ที่เหลือจากการสรรหาตามข้อ 5 (ของประกาศ) โดยให้แบ่ง
จำนวนที่เหลือที่มีจำนวนเท่ากัน หรือใกล้เคียงกันที่สุดเป็นสองส่วน โดยให้คณะรัฐมนตรี และคณะ
มนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้สรรหาเพิ่มเติมแต่ละส่วนจนครบ 2,000 คน

ในส่วนของผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ
ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ประเภทที่ 5 ผู้ทรงคุณวุฒิ ประเภทผู้แทนอดีตสมาชิกสภา
ร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539
(ต่อไปนี้จะขอเรียกว่า สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฯ) ซึ่งเลือกกันเอง จำนวน 10 คน นั้น สำนักงาน
เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้จัดประชุมเพื่อเลือกตัวแทนอดีตสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ใน
วันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2549²⁷⁹ โดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้เตรียมวิธีการเลือกไว้
2 วิธี คือ

วิธีที่หนึ่ง เลือกกันเองจากจำนวนอดีตสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฯ
ที่คงมีชีวิตอยู่ จำนวน 86 คน โดยแจกบัตรลงคะแนนให้แต่ละท่านเลือกได้ท่านละ 3 ชื่อ

วิธีที่สอง เลือกโดยให้อดีตสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฯ เสนอชื่อผู้
สมควรเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามวิธีการเลือกกรรมการในสภาผู้แทนราษฎร ถ้ามีการเสนอชื่อ
เกิน 10 คน ก็จะให้ลงคะแนนเฉพาะผู้ได้รับการเสนอชื่อโดยให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฯ 1 คน เสนอ
ชื่อผู้ที่สมควรเป็นตัวแทนได้ 3 คน และ 10 ชื่อแรกที่ได้คะแนนสูงสุด จะได้รับการเสนอชื่อเป็นสมาชิก
สมัชชาแห่งชาติต่อไป หากคะแนนเท่ากันจะใช้วิธีการจับสลาก²⁸⁰

ในที่ประชุมเห็นชอบใช้วิธีที่สอง โดยในที่ประชุมครั้งนั้นมีสมาชิก
สภาร่างรัฐธรรมนูญฯ อยู่ในที่ประชุมทั้งสิ้น 19 คน โดยผลการเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฯ เป็น
ตัวแทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ รอบแรก มีผู้ที่ได้รับเลือกที่มีคะแนนเท่ากันจำนวน 4 คน ซึ่งทำให้

²⁷⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 118ก, หน้า.40-42. วันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

²⁷⁹ บันทึกการประชุมการสรรหาผู้แทนอดีตสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม
(ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ซึ่งเลือกกันเองเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ครั้งที่ 1/2549 วันอังคารที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

²⁸⁰ คณะกรรมการการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การ
จัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551), หน้า.48.

จำนวนผู้ถูกเลือกเกินจำนวนที่ต้องการ (10 คน) จึงได้ทำการจับสลากเพื่อให้เหลือ 3 คน กระทั่งได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญฯ ที่เป็นตัวแทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 10 คน²⁸¹

เมื่อ กตส. ได้ทำการคัดเลือกผู้แทนในแต่ละประเภทครบถ้วนตามกระบวนการแล้ว พลอากาศเอกชลิต พุกผาสุข ประธานคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ได้มีหนังสือแจ้งไปยังประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติในวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 ว่าได้ดำเนินการคัดเลือกสรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามข้อ 6 ของประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเรียบร้อยแล้ว โดยมีจำนวนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวนทั้งสิ้น 1,982 คน²⁸² โดยแยกเป็นบุคคล 4 กลุ่ม ได้ดังนี้ 1. ภาครัฐ 574 คน 2. ภาคเอกชน 545 คน 3. ภาคสังคม 538 คน 4. ภาควิชาการ 325 คน

4.2.1.1.1.2 ปัญหาของการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ

จากกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาตินำมาซึ่งปัญหาดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

ตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้หมดหน้าที่ลงตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และมีการจัดตั้งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว²⁸³ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงแห่งชาติ โดยกำหนดให้มีคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ประกอบด้วยบุคคลตามประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 24 ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549²⁸⁴ นั้น

²⁸¹ รายชื่อตัวแทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจากอดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ 1. นายเดโช สนวนานนท์, 2. รองศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ (ตำแหน่งในขณะนั้น), 3. รองศาสตราจารย์ธทอง จันทรางศุ (ตำแหน่งในขณะนั้น), 4. นายเสรี สุวรรณภานนท์, 5. นางสาวอุทัยวรรณ ดำรงกิจการวงศ์, 6. นายสนั่น อินทรประเสริฐ, 7. นางพินทิพย์ สีสากรณ์, 8. นายธีรวัฒน์ ร่มไทรทอง, 9. นายประดิ่ง ปรีชญากูร และ 10. ร้อยตรี สมนึก ชูวิเชียร

²⁸² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 127ง, หน้า.38 วันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ.2549

²⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 34

²⁸⁴ รายงานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติตามประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 24 ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549 มีดังต่อไปนี้ 1. พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน เป็น

คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าว จึงมีฐานะเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ หากใช้รัฐธรรมนูญอีกต่อไปไม่ เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนตามการปกครองระบอบประชาธิปไตย อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็มีบทบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตลอดมาจึงเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเท่านั้น

จึงทำให้เกิดปัญหาต่อกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติใช้อำนาจใดในการออกประกาศและคำสั่งเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และการกำหนดประเภทผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิตามบัญชีฯ ที่ได้กล่าวไว้แล้วในขั้นตอนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เพราะการออกประกาศและคำสั่งดังกล่าวเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกจากสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ประกอบกับคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญมีอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจไว้ให้ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมไม่สามารถใช้อำนาจอย่างรัฐธรรมนูญอีกต่อไปได้ จึงเป็นประเด็นที่ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตและปัญหาไว้เพื่อให้พิจารณาว่าแท้จริงแล้วคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติไม่มีสิทธิและไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วการดำเนินการต่างๆ ต่อมาภายหลังซึ่งเกิดขึ้นจากผลของประกาศและคำสั่งดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะผู้ออกประกาศและคำสั่งดังกล่าวออกประกาศและคำสั่งไปโดยไม่มีอำนาจ ซึ่งแตกต่างจากการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันและประเทศติมอร์-เลสเต ที่แม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญขั้นต้นจะเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของผู้มีอำนาจนอกรัฐทั้งเอกสารแฟรงเฟิร์ต และข้อบังคับของสหประชาชาติ แต่ผู้มีอำนาจนอกรัฐเหล่านั้นก็ได้ใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของตนแต่อย่างใด อีกทั้งการใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศดังกล่าวข้างต้นก็ยังเป็นการใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชนมิใช่ใช้อำนาจเพียงรัฐธรรมนูญดังเช่นคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เอกสารแฟรงเฟิร์ตหรือข้อบังคับของสหประชาชาตินั้นได้กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญในทุกขั้นตอนด้วย เหตุผลว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนเท่านั้นที่มีสิทธิในการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศเกิดขึ้นจากการรับรองของประชาชนทั้งในเรื่องการ

ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 2. พลอากาศเอก ชลิต พุกผาสุข เป็นรองประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 3. พลเรือเอก สิริพันธ์ เกยานนท์ เป็นรองประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 4. พลเอก บุญสร้าง เนียมประดิษฐ์ เป็นสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 5. พลตำรวจเอก โกวิท วัฒนะ เป็นสมาชิกคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 6. พลเอก วินัย ภัททิยกุล เป็นเลขาธิการคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 7. พลโท สพร้ง กัลยาณมิตร เป็นผู้ช่วยเลขาธิการคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ, 8. พลโท อนุพงษ์ เผ่าจินดา เป็นผู้ช่วยเลขาธิการคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ

เลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ การทำประชามติในการกำหนดประเด็นในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการจัดทำประชามติโดยประชาชนผ่านผู้แทน ประชาชนมีสิทธิเลือกที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับร่างรัฐธรรมนูญและปฏิเสธกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ หมายความว่าประชาชนมีสิทธิตัดสินใจที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับรัฐธรรมนูญที่จะใช้เป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมในการปกครองพวกตน สุดท้ายแล้วกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็กลับไปสู่ประชาชนทำให้ประชาชนเกิดการยอมรับในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ มีไขหวงกันอำนาจหรือเพิ่มอำนาจให้แก่องค์กรตนเองและใช้อำนาจเผด็จการในการจัดทำรัฐธรรมนูญเหมือนดังการเพิ่มอำนาจให้ตนเองของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ อีกทั้งการเพิ่มอำนาจดังกล่าวเป็นการเพิ่มอำนาจของตนเองให้มีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กรณีการเพิ่มอำนาจดังกล่าวนี้ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจะไม่กล้ากระทำเลยหากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเคารพในหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่พวกตนเองเป็นผู้สร้างขึ้นมา โดยเฉพาะหากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเคารพในหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนดังบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติสามารถเลือกวิธีการในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ ทั้งเรื่องของการสรรหาบุคคลเพื่อมาเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และการลงประชามติโดยประชาชน แต่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติหาได้ทำเช่นนั้นไม่ กลับออกกฎหมายที่เพิ่มอำนาจให้ตนในการสรรหาบุคคลเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญ ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอยู่ที่กลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียวคือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคล้ายกับการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศฝรั่งเศสหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญในยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ หรือเผด็จการในยุคสมัยนโปเลียนที่อำนาจทั้งหมดรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว แม้มีการกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมบ้างในบางช่วงบางตอนของการจัดทำรัฐธรรมนูญ ก็หาทำให้เป็นการลบล้างกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยลงไปได้ กระบวนการเริ่มต้นของการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 จึงไม่เป็นประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องแปลกที่การสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ การแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ตลอดจนกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ยังคงดำเนินต่อไปภายใต้อำนาจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ

(2) ปัญหาเรื่องสภาพบังคับของประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 และคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ “กตส.”

เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นหน่วยงานที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ย่อมที่จะต้องปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งร้อยคน²⁸⁵ หมายความว่ากระบวนการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

การคัดเลือกสมัชชาแห่งชาติเพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งต้องมีการแต่งตั้งตามวิธีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว การกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสรรหาสมัชชาแห่งชาติตามประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549 และประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2549 และคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติซึ่งไม่ใช่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ “กตส.” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการคัดเลือกแต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ ประกาศและคำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

(3) ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติกับประชาชน

ดังที่ได้อธิบายแล้วว่าประกาศและคำสั่งว่าด้วยเรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เกิดขึ้นโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งเป็นเพียงองค์กรหนึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

²⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 19 วรรคสอง

หากเราไม่ปฏิเสธรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนี้ ตามหลักทฤษฎีกฎหมายมหาชน และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนชาวไทยแล้ว ประชาชนเท่านั้นจึงเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญถูกก่อตั้งขึ้นมาแล้ว รัฐธรรมนูญคือกฎหมายสูงสุด กฎใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ องค์กระใดที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นก็จะมีเพียงอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ ตามหลักองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจที่ได้รับมาจากอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เมื่อคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติถูกแต่งตั้งขึ้นโดยประกาศและคำสั่งดังกล่าว ซึ่งมีได้ออกหรือได้รับความยินยอมจากประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประการหนึ่งแล้ว บุคคลผู้ได้รับการแต่งตั้งจากคำสั่งและประกาศดังกล่าวปรากฏว่าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามที่ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมอบหมายหรือผู้แทนข้าราชการประจำ และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้คัดเลือกและมีผู้แทนปวงชนอีกประการหนึ่ง คณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติดังกล่าวจึงไม่มีสมาชิกหรือส่วนหนึ่งส่วนใดที่มาจาก การรับรองหรือความยินยอมของประชาชน แต่คณะกรรมการดังกล่าวกลับมีอำนาจหน้าที่ในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นและหัวใจสำคัญในการการคัดเลือกสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญประกอบขึ้นเป็นสภาว่างรัฐธรรมนูญ ที่มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และเป็นหัวใจสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเป็นองค์กรที่ให้กำเนิดกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ กระบวนการคัดเลือกคณะกรรมการดังกล่าวจึงไม่มีความสัมพันธ์ต่อประชาชนไม่ว่าด้านใดๆ กระบวนการนี้จึงไม่เป็นประชาธิปไตย

(4) ปัญหาเรื่องการดำเนินการของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ

การแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เป็นอำนาจเด็ดขาดและไม่มีกระบวนการคัดเลือกที่ชัดเจน ไม่ปรากฏขั้นตอนการสรรหาหรือกฎเกณฑ์ใดในการกำหนดคุณสมบัติ มีเพียงการกำหนดตำแหน่งตามข้อ 1. ของประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549²⁸⁶ เท่านั้น รายละเอียดปรากฏตามตารางที่ 9

คณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาชาตินั้น ถูกแต่งตั้งขึ้นเพื่อช่วยในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่เหมาะสมในเวลาเร่งรัด และเพื่อให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการต่อไปได้โดยเร็ว ด้วยระยะเวลาที่เร่งรัดนี้เอง ทำให้การดำเนินการ

²⁸⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 117ก, หน้า.3-5 วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

หลายๆ ขั้นตอนไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย มีความไม่โปร่งใสและความชัดเจนในหลายประเด็นทั้งการกำหนดกฎเกณฑ์ อำนาจหน้าที่ และงบประมาณที่ใช้จ่ายไปจำนวนมาก โดยไม่มีการตรวจสอบ เนื่องจากการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติให้ได้จำนวนกว่า 2,000 คน ต้องใช้กำลังคนและกำลังทรัพย์จำนวนมาก อีกทั้งกรรมการยังถูกแต่งตั้งโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ยิ่งทำให้ประชาชนขาดความศรัทธาในกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติยิ่งขึ้น อันเป็นการไม่เอื้อต่อการส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

(5) ปัญหาเรื่องข้าราชการประจำในคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติกับประชาชน

แม้คำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ 8/2549 แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “กตส.” จะกำหนดให้มีคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่เกินแปดคนซึ่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมิได้เป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ ผู้บริหารหรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ องค์กรหน่วยงานของรัฐ หรือองค์กรปกครองท้องถิ่น ผู้บริหารหรือสมาชิกสภาหรือองค์กรปกครองท้องถิ่นสมาชิกพรรคการเมือง ก็ตาม แต่เมื่อคณะกรรมการคนอื่น ล้วนแล้วแต่เป็นข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำทั้งสิ้น ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ไม่ควรเข้ามายุ่งเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมากที่สุดเพราะอาจเกิดปัญหาผลประโยชน์ทับซ้อนในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ยิ่งส่งผลทำให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญและร่างรัฐธรรมนูญที่จะทำการร่างขึ้นนั้นขาดความชอบธรรม

(6) ปัญหาเรื่องผู้มีอำนาจในการคัดเลือกผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ประเภทที่ 7 – ประเภทที่ 9

ด้วยบัญชีแนบท้ายประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2549 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2549 กำหนดให้มีผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ประเภทที่ 7 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่คณะรัฐมนตรีสรรหา จำนวน 115 คนประเภทที่ 8 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติสรรหา จำนวน 115 คน และประเภทที่ 9 ผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ที่เหลือจากการสรรหาตามข้อ 5 (ของประกาศ) โดยให้แบ่งจำนวนที่เหลือที่มีจำนวนเท่ากัน หรือใกล้เคียงกันที่สุดเป็นสองส่วน โดยให้คณะรัฐมนตรี และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้สรรหาเพิ่มเติมแต่ละส่วนจนครบ 2,000 คน

นั้น พบว่าประกาศดังกล่าวเปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรี และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งมีใช้ คณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ มีบทบาทและคัดเลือกผู้แทนสาขาอาชีพ และผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ได้เองเป็นจำนวนรวมทั้งสิ้น ไม่น้อยกว่า 230 คน (ยังไม่รวมจำนวนที่ไม่แน่นอนของผู้ทรงคุณวุฒิประเภทที่ 9) โดยไม่มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดดุลยพินิจที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความชอบธรรมของผู้ได้รับการคัดเลือกดังกล่าวจากประชาชน เป็นการแทรกแซงการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและเป็นที่สังเกตว่า มีจำนวนสมาชิกสมัชชาที่ได้รับการแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรี และคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เพิ่มจำนวนมากขึ้นในทุกขั้นตอน ดังนี้แล้วเมื่อสมาชิกสมัชชาแห่งชาติคัดเลือกกันเองเหลือจำนวน 200 คน และส่งต่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกต่อตามกระบวนการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแล้ว จะเป็นที่ครหาว่าคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอาจเลือกผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่ตนได้แต่งตั้งเข้าไปในกระบวนการต่างๆ ของการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติอย่างเช่นในกรณีนี้ไปเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใสในการคัดเลือกผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในกระบวนการต่อไป

อนึ่ง ด้วยบัญชีฯ นั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดคุณสมบัติและคัดเลือกผู้แทนในแต่ละประเภท จึงไม่อาจรับรองได้ว่าเป็นผู้แทนสาขาอาชีพ และผู้ทรงคุณวุฒิที่จะมีความสามารถในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้เลย และเมื่อไม่ได้มาจากการมีส่วนร่วมของประชาชนยิ่งทำให้เกิดความหวั่นวิตกว่า แทนที่จะเป็นการได้ประชาชนมาจากทุกภาคส่วนแต่แท้จริงอาจเป็นการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเพื่อให้ได้จำนวนตามที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวบัญญัติไว้เท่านั้น โดยมีกลุ่มบุคคลที่ได้กำหนดให้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ซึ่งนอกจากจะไม่เอื้อต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว ยังอาจเป็นการสรรหาที่ไม่มีประโยชน์และสิ้นเปลืองงบประมาณเป็นจำนวนมาก

จากที่ได้ทำการศึกษาขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และศึกษาปัญหาจากกระบวนการดังกล่าวแล้วทำให้ทราบว่ากระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการสรรหาบุคคลเพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญเลย ตลอดจนคณะกรรมการที่มีอำนาจในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเองก็ไม่ได้รับการเลือกตั้ง หรือให้ความยินยอมแต่อย่างใด ทั้งยังมีปัญหาในเรื่องอำนาจหน้าที่และสภาพบังคับของประกาศและคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอยู่ตามที่ได้อธิบายเบื้องต้น การแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติและการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจึงเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย

4.2.1.1.2 ปัญหาการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน

เมื่อ กคส. ได้จัดส่งบัญชีรายชื่อ ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติแล้วในวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ โดยมีประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ตามบทบัญญัติมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 จำนวน 1,982 คน เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ.2549²⁸⁷ และตามรัฐธรรมนูญมาตรา 22 กำหนดให้สมัชชาแห่งชาติมีหน้าที่คัดเลือกสมาชิกด้วยตนเองเพื่อจัดทำบัญชีรายชื่อผู้สมควรได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนสองร้อยคนให้แล้วเสร็จภายในเจ็ดวันนับแต่วันเปิดประชุมสมัชชาแห่งชาติครั้งแรก และเมื่อได้คัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว หรือเมื่อครบกำหนดเวลาแล้วยังไม่อาจคัดเลือกได้ครบถ้วน ให้สมัชชาแห่งชาติเป็นอันสิ้นสุดลง

สมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 1,982 คน ได้เข้ารายงานตัวนับตั้งแต่วันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ.2549 ณ อาคารรัฐสภา 1 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้เรียกประชุมสมัชชาแห่งชาติในวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2549 เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2549²⁸⁸

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้ทราบล่วงหน้าว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้เรียกประชุมสมัชชาแห่งชาติในช่วงระหว่างวันที่ 17-18 ธันวาคม พ.ศ.2549 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจึงมีหนังสือด่วนมากที่สุด สผ 0014/ว414 ลงวันที่ 14 ธันวาคม พ.ศ.2549 เรื่อง พิธีเปิดการประชุมสมัชชาแห่งชาติ แจกไปยังสมาชิกสมัชชาแห่งชาติทุกคนทราบ โดยเรียกประชุมสมัชชาแห่งชาติในวันอาทิตย์ที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2549 และกำหนดให้มีการประชุมสมัชชาแห่งชาติ เพื่อคัดเลือกสมาชิกด้วยกันเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในวันจันทร์ที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2549 ณ หอประชุมกองทัพเรือ กรุงเทพมหานคร การคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจึงเริ่มต้นขึ้นเมื่อมีการเปิดประชุมสมัชชาแห่งชาติในวันดังกล่าว โดยในส่วนของ การคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเองนี้ ผู้เขียนจะได้ขออธิบายเป็นสองส่วนคือ ขั้นตอนและวิธีการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเอง และปัญหาที่เกิดขึ้นจากการคัดเลือกดังกล่าว ดังนี้

²⁸⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 127ง, หน้า.38 วันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ.2549

²⁸⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 121ก, หน้า.1 วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ.2549

4.2.1.1.2.1 ขั้นตอนการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทน
จำนวน 200 คน

ในวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2549 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สมเด็จพระบรมโอรสาธิราชฯ สยามมกุฎราชกุมาร เสด็จพระราชดำเนินแทนพระองค์ประกอบพิธีเปิดประชุมสมัชชาแห่งชาติ โดยมี นายมีชัย ฤชุพันธ์ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่ประธานสมัชชาแห่งชาติ และรองประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รองประธานสมัชชาแห่งชาติ²⁸⁹

ด้วย นายมีชัย ฤชุพันธ์ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่ประธานสมัชชาแห่งชาติ ซึ่งมีหน้าที่กำหนดระเบียบการประชุมสมัชชาแห่งชาติและวิธีการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ นายมีชัย ฤชุพันธ์ จึงได้มีประกาศสมัชชาแห่งชาติ เรื่อง การประชุมสมัชชาแห่งชาติและวิธีการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

ภายหลังเสร็จพิธีเปิดประชุมสมัชชาแห่งชาติ ได้มีการประชุมสมัชชาแห่งชาติ เพื่อชี้แจงเกี่ยวกับการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเอง เพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่จะมีขึ้นในวันที่ 18 ธันวาคม 2549 เกี่ยวกับคุณสมบัติสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และเรื่อง สิทธิประโยชน์ของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ โดยนายมีชัย ฤชุพันธ์ เป็นประธานสมัชชาแห่งชาติ และนายพิฑูร พุ่มหิรัญ เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสมัชชาแห่งชาติ

ในการนี้ นายพิฑูร พุ่มหิรัญ เลขาธิการสมัชชาแห่งชาติได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า มีสมาชิกสมัชชาแห่งชาติขาดคุณสมบัติในการเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 17 คน ดังนั้นสมาชิกทั้ง 17 คน มีสิทธิเลือกสมาชิกคนอื่นได้ แต่ไม่มีสิทธิได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในวันจันทร์ที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2549 สมัชชาแห่งชาติได้ทำการประชุมสมัชชาแห่งชาติเป็นวันที่สอง และเป็นวันออกเสียงคัดเลือกสมาชิกด้วยตนเองเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญในส่วนจำนวน 200 คน โดยวิธีการออกเสียงนั้นให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติมีสิทธิเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเองได้คนละไม่เกินสามรายชื่อและให้ผู้ที่ได้คะแนนเสียงสูงสุดเรียงลงไปตามลำดับจนครบสองร้อยคนเป็นผู้ได้รับเลือก ในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากันในลำดับใดอันจะทำให้มีผู้ได้รับเลือกเกินสองร้อยคน ให้ใช้วิธีจับสลาก

การคัดเลือกกำหนดให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติใช้ดินสอ 2B ที่จัดเตรียมไว้ให้ เลือกสมาชิกจากเลขประจำตัวสมาชิกที่ต้องการจะเลือกลงในบัตรลงคะแนน จากนั้นให้นำบัตรลงคะแนนใส่ซองแล้วนำไปหย่อนลงในหีบบัตรลงคะแนนที่จัดไว้ให้จำนวน 10 หีบ โดย

²⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 21

กำหนดปิดการลงคะแนนในเวลา 10.30 นาฬิกา โดยมีคณะกรรมการตรวจนับคะแนนจำนวน 10 คน ที่ประธานสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แต่งตั้ง ประจำที่บัตรแต่ละหีบ และเมื่อมีการนับคะแนน และมีการประกาศผลการนับคะแนนแล้ว ห้ามมิให้มีการคัดค้านผลการนับคะแนนอีก²⁹⁰

ในการนับคะแนนรอบแรกนั้น มีสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่มารับบัตรลงคะแนนทั้งสิ้น 1,915 คน แต่ส่งบัตรลงคะแนนเพียง 1,911 คน ที่เหลือจำนวน 4 คน ส่งบัตรลงคะแนนไม่ทัน ผลการนับคะแนนมีบัตรเสีย 7 ใบ และมีคะแนนเท่ากันที่ 7 คะแนน จำนวน 37 คน ซึ่งทำให้มีผู้ได้รับคัดเลือกเกิน 200 คน จึงดำเนินการคัดเลือกโดยวิธีการจับสลาก ให้เหลือเพียง 16 คน กระทั่งครบจำนวน 200 คน โดยแบ่งเป็น ภาครัฐจำนวน 75 คน คิดเป็นร้อยละ 37.00 ภาคเอกชนจำนวน 54 คน คิดเป็นร้อยละ 27.00 ภาคสังคมจำนวน 38 คน คิดเป็นร้อยละ 19.00 และภาควิชาการจำนวน 34 คน คิดเป็นร้อยละ 17.00

เมื่อที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติได้คัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเอง เป็นผู้สมควรเป็นผู้แทนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบถ้วนจำนวน 200 คนแล้ว ประธานสมัชชาแห่งชาติ ได้แจ้งรายชื่อผู้สมควรเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไปยังประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เพื่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติดำเนินการคัดเลือกบุคคลดังกล่าวให้เหลือ 100 คน และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 23

4.2.1.1.2.2 ปัญหาการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน

ตามที่ได้มีการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามขั้นตอนที่ปรากฏในตารางที่ 9 และตามที่ได้อธิบายประกอบในข้อ 4.2.1.1.2.1 นั้น ขั้นตอนการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน มีปัญหาดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาเรื่องระยะเวลาในการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเองเพื่อเป็นผู้แทนที่จะได้รับคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาพบว่าสมาชิกสมัชชาแห่งชาติทั้ง 1,982 คน มีเวลาในการทำความรู้จักกันเพียง 8 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับโปรดเกล้าฯ วันที่ 11 ธันวาคม พ.ศ.2549 ถึงวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2549 ซึ่งไม่มีความเป็นไปได้ที่สมาชิกสมัชชาจะสามารถทำความเข้าใจ และทำความรู้จัก ตลอดจนพิจารณาคุณสมบัติของสมาชิกสมัชชาด้วยตนเองให้ท่องแท้ว่าผู้ที่ตนจะเลือกนั้นมี

²⁹⁰ ประกาศสมัชชาแห่งชาติ เรื่อง การประชุมสมัชชาแห่งชาติและวิธีการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 ข้อ 21 ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 123ง, หน้า.49 วันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ.2549

คุณสมบัติ และมีความรู้ความสามารถ หรือมีวุฒิภาวะที่จะเป็นผู้แทนที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิก สภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป การคัดเลือกผู้แทนในระยะเวลาที่จำกัดจึงไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่าจะได้ผู้แทนที่มีคุณสมบัติเพียงพอ

(2) ปัญหาเรื่องวิธีการลงคะแนนคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ โดยสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยตนเอง

จากการลงคะแนนและวิธีการลงคะแนนคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดยสมาชิกสมัชชาแห่งชาติมีปัญหาที่ต้องพิจารณาห้าปัญหา ดังต่อไปนี้

ปัญหาที่หนึ่ง ปัญหาการลงคะแนนของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติในวันจันทร์ที่ 18 ธันวาคม 2549 จากสาเหตุการแจกบัตรลงคะแนน ดินสอ และยางลบ ให้สมาชิกล่วงหน้าเมื่อมารายงานตัวที่จุดลงทะเบียนจากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสมัชชาแห่งชาติ ปรากฏว่ามีสมาชิกบางส่วนลงคะแนนล่วงหน้านอกคูหาเลือกตั้ง ทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติบางคนออกมาวิพากษ์วิจารณ์ว่าการลงคะแนนของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติมีความไม่โปร่งใส เพราะไม่ได้ลงคะแนนในคูหาเลือกตั้ง

ในกรณีดังกล่าว นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานสมัชชาแห่งชาติ ตรวจสอบพบว่า มีสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่า 100 คน ที่ลงคะแนนล่วงหน้า แต่น้อยกว่าจำนวนสมาชิกที่ยังไม่ได้ใช้สิทธิ และภายหลังเมื่อได้นับคะแนนเรียบร้อยแล้ว นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ให้สัมภาษณ์กับผู้สื่อข่าวว่า ไม่พบว่ามีกรทุจริตแต่อย่างใด และผลที่ออกมาถือว่ามีสัดส่วนสมาชิกที่ได้รับการคัดเลือกจากภาคต่าง ๆ เฉลี่ยกันไปตามจำนวนคน นอกจากนี้ประกาศสมัชชาแห่งชาติ เรื่อง การประชุมสมัชชาแห่งชาติและวิธีการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ²⁹¹ ไม่ได้ระบุให้ลงคะแนนลับ แต่กำหนดให้ไปลงคะแนนในคูหา เมื่อไม่ได้ลงคะแนนในคูหาก็ไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นความผิดได้อย่างชัดเจน เนื่องจากสมาชิกบางคนอาจจะลงคะแนนนอกคูหาเพราะไม่ต้องการเข้าไปเปิดเผยชื่อเมื่อถึงเวลาลงคะแนน²⁹²

ปัญหาที่สอง ปัญหากรณีที่มีสมาชิกหลายคนตั้งข้อสังเกตว่าการจัดคูหาเลือกตั้งครั้งนี้ มีความไม่เหมาะสม เนื่องจากสมาชิกสามารถเดินเข้าออกคูหาได้ ในประเด็นนี้ นายมีชัย

²⁹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-49

²⁹² “คลอด 200 สภาร่างรัฐธรรมนูญ โวยไม่โปร่งใส” ออนไลน์ (เข้าถึงได้จาก) : <http://www.nacwna.com> อ้างถึงใน คณะกรรมการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 68-69.

ฤชุพันธุ์ กล่าวว่า เนื่องจากมีข้อจำกัดในเรื่องสถานที่จัดการเลือกตั้ง ทำให้ต้องดำเนินการจัดคูหาในลักษณะนี้²⁹³

ปัญหาที่สาม ปัญหาเรื่องความไม่โปร่งใสเนื่องจากวิธีการเลือกกันเอง โดยมีกำหนดระยะเวลาที่ได้ทำความรู้จักกันในช่วงสั้นๆ และวิธีการคัดเลือกผู้แทนประเภทต่างๆ เพื่อให้ได้สมาชิกจำนวนไม่เกิน 2,000 คน นั้น ก็มีระยะเวลาจำกัด เกิดความระแวงสงสัยในคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติอยู่แล้วแต่แรกเพราะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยความพึงพอใจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องความไม่ไว้วางใจ ซึ่งนำมาสู่ปัญหาที่สงสัยเรื่องการบล็อกโหวต (Block Vote) กันได้โดยง่าย ดังปรากฏจากหลักฐานการลงคะแนนเสียงของสมาชิกสมัชชาแห่งชาติให้เหลือ 200 คน ปรากฏว่าในบรรดาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจำนวน 2,000 คน มีสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่ไม่เลือกแม้แต่ตัวเอง คือ ไม่ได้รับคะแนนเสียงเลย จำนวน 502 คน (ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีเจตนาแท้จริงที่จะเป็น ส.ส.ร. หรืออาจจะเป็นไปได้ที่อีกส่วนหนึ่งอาจเป็นคะแนนเสียงจัดตั้งที่แฝงอยู่ คือ แต่งตั้งมาสำหรับให้เลือกบุคคลอื่น) สมาชิกที่ได้รับคะแนนเสียง 1 คะแนน จำนวน 433 คน (ส่วนใหญ่อาจมาจากคะแนนที่เลือกตนเอง 1 คะแนน) และสมาชิกที่ได้รับคะแนนเสียง 2-3 คะแนน จำนวน 466 คน โดยเป็นผู้ได้รับคะแนนเสียง 2 คะแนน จำนวน 277 คน และผู้ได้รับคะแนนเสียง 3 คะแนน จำนวน 189 คน (ส่วนใหญ่ของผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงกลุ่มนี้ อาจมาจากการแลกเปลี่ยนคะแนนเสียงระหว่างกันเอง) และไม่ได้รับคะแนนเสียงจากบุคคลอื่นเลย) และเมื่อรวมจำนวนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติทั้งหมดที่ได้รับเลือก จาก 0-3 คะแนน จะเป็นจำนวน 1,555 คน จากจำนวนทั้งหมด 1,982 คน²⁹⁴

ปัญหาที่สี่ รูปแบบการคัดเลือกกรณีมีสมาชิกสมัชชาแห่งชาติได้คะแนนเท่ากัน และทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติผู้เป็นตัวแทนเพื่อได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนเกิน 200 คน โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ใช้วิธีการจับสลาก ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลักษณะองค์กรแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และมีความสำคัญเป็นอย่างมากตามที่ได้เรียนให้ทราบในช่วงต้นแล้ว วิธีการจับสลากย่อมไม่ใช่วิธีที่แสดงออกซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะอำนาจอธิปไตย และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่อาจฝากไว้บนความน่าจะเป็น หรือการสุ่มเลือกผู้มีคุณสมบัติจะได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเมื่อรัฐธรรมนูญ และประกาศของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ

²⁹³ “มีชัยอ้างดูคะแนนแล้วไม่มีบล็อกโหวต” ออนไลน์ (เข้าถึงได้จาก) <http://www.sbuyzone.com/2007/newsview.php?id=1707> (อ้างถึงหนังสือพิมพ์มติชน) อ้างถึงใน คณะกรรมการการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551), หน้า 69.

²⁹⁴ มนตรี รูปสุวรรณ, บทความทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (กรุงเทพฯ: มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์, 2550), หน้า.27.

เรื่อง หลักเกณฑ์การคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติก็เน้นย้ำให้เลือกบุคคลซึ่งมีความรู้ความสามารถ มีความหลากหลาย และการมีส่วนร่วมของประชาชน หากรัฐธรรมนูญเองบัญญัติเสียให้วิธีการคัดเลือกกระทำโดยการจับสลากแล้ว นอกจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะขัดแย้งกันเองในเรื่องของหลักการ ยังขัดแย้งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนอีกด้วย

ประการที่ห้า สืบเนื่องจากปัญหาวิธีการคัดเลือกด้วยการจับสลากตามปัญหาที่ชี้ข้างต้น เมื่อผู้มีคะแนนซ้ำกันจนทำให้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติผู้เป็นตัวแทนเพื่อได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนเกิน 200 คน นั้น มีด้วยกันทั้งหมด 37 คน โดยได้คะแนนเท่ากันที่จำนวน 7 คะแนน สะท้อนให้เห็นว่าบุคคลผู้ซึ่งเป็นตัวแทนจะได้รับคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีคะแนนเพียง 7 คะแนน จากคะแนนเสียงทั้งหมด 1,982 เสียง ก็ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตัวแทนของประชาชนชาวไทยทั่วประเทศแล้ว ดังนี้ยังทำให้เกิดความไม่ไว้วางใจ และเกิดความสงสัยต่อความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกในหมู่ประชาชนยิ่งขึ้นไปอีก

จากการศึกษาจึงวิเคราะห์ปัญหาได้ว่า เมื่อการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดย กตส. ไม่มีความเชื่อมโยงและการมีส่วนร่วมจากประชาชนซึ่งเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตยแล้ว การคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเพื่อเป็นผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยกันเอง ก็เป็นกระบวนการที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการคัดเลือกอีกทั้งเป็นการคัดเลือกจากสมาชิกที่ไม่ได้มาโดยกระบวนการประชาธิปไตยจึงทำให้การคัดเลือกนี้ไม่เป็นประชาธิปไตย

จากการศึกษากระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติดังรายละเอียดข้างต้นพบว่าเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายใต้บุคคลที่ถูกแต่งตั้งและสรรหามาจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติทั้งสิ้น ทั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และการดำเนินการประชุมภายใต้กำกับของประธานสมัชชาแห่งชาติที่เป็นประธานสภานิติบัญญัติซึ่งถูกแต่งตั้งขึ้นโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งสิ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นกระบวนการที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเลย อย่างไรก็ตามในประเด็นการสรรหาสมาชิกสมัชชาชาตินี้มีทั้งกลุ่มที่เห็นด้วยกับการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามกฎระเบียบที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติกำหนดขึ้น และกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติด้วยวิธีการดังกล่าว โดยแยกอธิบายได้ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มที่เห็นด้วยกับการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามกฎระเบียบที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติกำหนดขึ้น โดยมีเหตุผลกำหนดว่าสมัชชาแห่งชาติ เป็นกลไกที่ใช้ในสถานการณ์ที่บ้านเมืองประสบปัญหาทางการเมือง และหวังให้ได้บุคคลที่เป็นคนกลางที่มาจากทุกภาคส่วนทั่วประเทศ ถือเป็นโอกาสให้ประชาชนทุกภาคส่วนสามารถเข้ามาเป็นผู้ได้รับเลือกเป็น

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้เกิดความหลากหลายในสาขาอาชีพ และให้ได้มาซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิ ตลอดจนเพื่อให้เป็นการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจริงในสังคม เมื่อมีผู้แทนจากทุกภาคส่วนแล้ว ย่อมทำให้สามารถแก้ไขปัญหาต่างๆ ได้ถูกต้อง และการกำหนดคุณสมบัติไม่ให้ผู้เคยเป็นสมาชิกพรรคการเมือง หรือดำรงตำแหน่งใดในพรรคการเมืองภายในเวลา 2 ปี ก่อนวันได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการแก้ไขปัญหาความไม่ไว้วางใจนักการเมืองในเวลา นั้นได้เป็นอย่างดี

กลุ่มที่สอง กลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดยให้ความเห็นว่าการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาตินั้นไม่ได้มีความยึดโยงต่อประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เป็นการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดยไม่ได้รับความยินยอมจากประชาชนเจ้าของอำนาจ อีกทั้งการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติจากผู้แทนสาขาอาชีพและผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการที่ชัดเจน อาจไม่ได้จำนวนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติในสัดส่วนที่เหมาะสม เพราะมิได้กำหนดสัดส่วนไว้ชัดเจนซึ่งอาจทำให้ได้สมาชิกสมัชชาแห่งชาติไม่ครบทุกภาคส่วน ตามเจตนาของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว การดำเนินการของ กตส. เป็นไปอย่างรีบด่วนอาจเกิดปัญหาในการคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติที่เพียงพอต่อการเป็นผู้แทนหรือเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

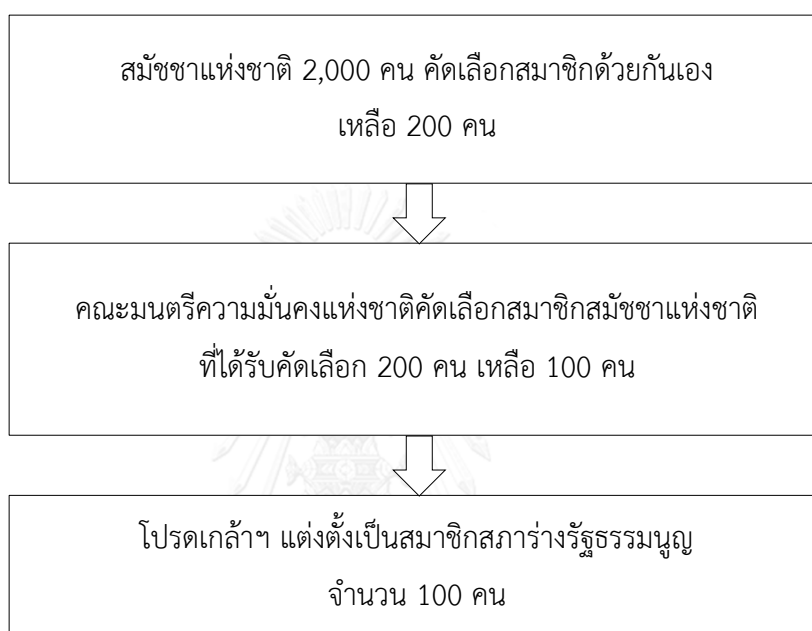
จากกลุ่มความคิดข้างต้นทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยต่อการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า ในกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติไม่มีส่วนยึดโยงหรือเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือมีส่วนร่วมในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเลย ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติดังกล่าว เพราะเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย การแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ไม่ได้เกิดขึ้นโดยความยินยอมของประชาชน อีกทั้งยังมีปัญหาในเรื่องของสภาพบังคับของประกาศและคำสั่งในการแต่งตั้งคณะกรรมการดังกล่าว ไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดคุณสมบัติผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นผู้แทนจำนวน 200 คน อาจทำให้เกิดการแทรกแซงและถูกล้อผลโหวตได้ ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการสรรหาดังกล่าวตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว

4.2.1.2 ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 23 เมื่อคณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติได้รับบัญชีรายชื่อที่ได้รับการคัดเลือกจากสมัชชาแห่งชาติแล้ว ให้คณะกรรมการความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกบุคคลตามบัญชีรายชื่อดังกล่าวให้เหลือหนึ่งร้อยคน และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่สมาชิกแห่งชาติปฏิบัติหน้าที่ไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติมีอำนาจเลือกสมาชิกสมาชิกแห่งชาติจำนวนหนึ่งร้อยคนเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้เอง และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป อธิบายตามตารางได้ดังนี้

ตารางที่ 10 ตารางการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ



จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจึงได้ทำการคัดเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อผู้สมควรเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 200 คน ให้เหลือ 100 คน เพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยตรวจสอบคุณสมบัติของสมาชิกทั้งหมด และจัดลำดับสมาชิกตั้งแต่ ลำดับที่ 1 ถึง 200 ซึ่งการพิจารณาคัดเลือกจะยึดหลักของกลุ่มหรือภาค ได้แก่ ภาครัฐ ภาควิชาการ ภาคเอกชน และภาคสังคม และพิจารณาตามภูมิภาคของประเทศ เพื่อให้ได้บุคคลที่หลากหลายทั้งด้านอาชีพ หน้าที่การงาน ประกอบกับความรู้ความสามารถของแต่ละบุคคล

ในการนี้ พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ผู้บัญชาการทหารบก และประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ได้ชี้แจงว่า ในการคัดเลือกบุคคลดังกล่าวเพื่อเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จะต้องนำนักกฎหมาย หรือผู้เชี่ยวชาญการร่างกฎหมาย เข้ามาเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วย²⁹⁵

²⁹⁵ คณะกรรมการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 69.

เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อผู้สมัคร เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 200 คน ให้เหลือ 100 คน เพื่อเป็นสมาชิกสภาร่าง รัฐธรรมนูญเรียบร้อยแล้ว ได้นำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 100 คน ขึ้นทูลเกล้าฯ และ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาร่าง รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 23 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ในวันที่ 1 มกราคม 2550²⁹⁶ โดยมีพลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ทั้งนี้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 100 คน ที่คณะมนตรีความมั่นคง แห่งชาติได้ทำการคัดเลือกนั้น แยกเป็น 2 ภาคได้ดังนี้²⁹⁷ 1.) ภาคอาชีพ ประกอบด้วย -ภาครัฐ 28 คน คิดเป็นร้อยละ 28.00 -ภาคเอกชน 27 คน คิดเป็นร้อยละ 27.00 -ภาคสังคม 23 คน คิดเป็นร้อยละ 23.00 -ภาควิชาการ 22 คน คิดเป็นร้อยละ 22.00 และ 2.) ภาคภูมิภาค ประกอบด้วย - ภาคเหนือ 10 คน -ภาคกลาง 68 คน -ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ 12 คน และภาคใต้ 10 คน

จากการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรายละเอียดข้างต้น นำมาสู่ ปัญหาของการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ดังนี้

4.2.1.2.1 ปัญหาวิธีการคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติโดยคณะมนตรีความ มั่นคงแห่งชาติ

เมื่อสมาชิกสภาแห่งชาติเลือกกันเองจนได้ตัวแทนผู้มีสิทธิได้รับคัดเลือกเป็น สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 200 คน แล้ว ประธานสภาแห่งชาติจึงได้นำส่งบัญชีรายชื่อ ผู้แทนดังกล่าวให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเพื่อให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ดำเนินการคัดเลือกบุคคลดังกล่าวให้เหลือจำนวน 100 คน เพื่อนำความกราบบังคมทูลให้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป ในส่วนนี้เอง นำมาซึ่งปัญหาในการคัดเลือกดังนี้

ปัญหาที่หนึ่ง ปัญหาเรื่องความโปร่งใสในการคัดเลือกผู้แทนเป็นสมาชิกสภา ร่างรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกสมาชิกสภาร่าง รัฐธรรมนูญโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ประกอบด้วยจากการค้นคว้าของผู้เขียนไม่ปรากฏ เอกสารหรือข้อบังคับใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับ หรือการกำหนด คุณสมบัติผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเช่นกัน ปรากฏเพียงประกาศแต่งตั้ง สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงไม่อาจพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เลยว่า

²⁹⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอน 1ก, หน้า.5 วันที่ 3 มกราคม พ.ศ.2550

²⁹⁷ มนตรี รุประธรรม, บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 7.

ประชาชนจะได้ผู้แทนคนใดหรือมีคุณสมบัติใดที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของตน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาตินั้น ซึ่งการคัดเลือกโดยไม่มีกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการทำลายความน่าเชื่อถือในตัวผู้แทนที่มีอยู่น้อยให้ลดน้อยลงไปอีก และเป็นการทำลายหลักการว่าด้วยเรื่องผู้มีคุณสมบัติ ความหลากหลาย และการมีส่วนร่วมของประชาชน และอาจทำให้การดำเนินการ และงบประมาณที่ใช้จ่ายในการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติที่ผ่านมาสูญเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ เพราะในที่สุดผู้ที่ได้รับการคัดเลือกนั้นก็มาจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติแต่เพียงองค์กรเดียว จึงไม่อาจปฏิเสธความสงสัยในเรื่องการบล็อกโหวต และการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ นานา ขึ้นมาเพื่อเป็นหนทางและวิธีการให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่น่าเกลียดน้อยที่สุด

ปัญหาที่สอง ปัญหาเรื่องความเท่าเทียมและการมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมในแต่ละภูมิภาค กล่าวคือ เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้คัดเลือกบุคคลเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ผลปรากฏว่ามีผู้ได้รับคัดเลือกที่มาจากภาคกลางถึง 68 คน ในขณะที่มาจากภาคเหนือ 10 คน ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ 12 คน และภาคใต้ 10 คน ซึ่งเมื่อรวมกันแล้วจะมีผู้แทนแยกตามภูมิภาคที่มาจากภาคอื่นที่ไม่ใช่ภาคกลางเพียง 32 คน เท่านั้น

4.2.1.2.2 ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญกับประชาชน

จากปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติตามข้อ 4.2.1.1 และปัญหาวิธีการคัดเลือกสมาชิกสมัชชาแห่งชาติโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติตามข้อ 4.2.1.2. ทำให้เห็นว่าสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นได้รับการคัดเลือกมาโดยองค์กรและกลุ่มบุคคลที่ถูกจัดตั้งและได้รับการคัดเลือกโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งสิ้น คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี สามารถแทรกแซงกระบวนการทำงาน และการคัดเลือกผู้แทนได้ตลอดเวลา และไม่มีส่วนหนึ่งส่วนใดของขั้นตอนการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับ หรือให้ความยินยอม หรือได้รับการคัดเลือกจากผู้แทนปวงชน สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 จึงไม่มีความยึดโยงกับประชาชนเลยไม่ว่าขั้นตอนใดๆ แตกต่างจากกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยของประเทศฝรั่งเศส กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศติมอร์-เลสเต ที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีที่มาจากประชาชนทั้งสิ้นดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3

4.2.1.2.3 เปรียบเทียบกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540²⁹⁸ กับกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550

ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญต่างประเทศ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทย องค์ครที่มีหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นส่วนสำคัญและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย องค์ครที่มีหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นกุญแจสำคัญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ นั่นก็เป็นเพราะว่าองค์ครดังกล่าวจะเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจากประชาชน เป็นองค์ครที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนให้มีอำนาจและเป็นตัวแทนประชาชนทั้งชาติในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงสุดและเป็นกฎหมายที่กฎหมายอื่นใดภายในรัฐจะขัดหรือแย้งไม่ได้ หากประชาชนคือหัวใจสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย องค์ครในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็คือหัวใจสำคัญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งหมด ดังนั้นองค์ครในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงควรมีความยึดโยงหรือได้รับความยินยอมความไว้วางใจจากประชาชนให้มาทำหน้าที่สำคัญดังกล่าว

ประเทศไทยมีองค์ครยกร่างรัฐธรรมนูญ หรือองค์ครที่มีหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญในอดีตเป็นจำนวนมาก แต่องค์ครในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ได้ชื่อว่าดีที่สุด มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญมากที่สุด และเป็นองค์ครที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนมากที่สุดนั่นคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ซึ่งได้รับหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังนั้นการจะศึกษาปัญหากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้เกิดความเข้าใจได้มากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 และกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ซึ่งเป็นองค์ครที่มีอำนาจในการให้มีรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนหัวข้อ 4.2.1.2.3 นี้ ผู้เขียนจะสรุปเปรียบเทียบจำนวน และที่มาของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 กับสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 โดยมีรายละเอียดดังนี้²⁹⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 กำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมี 2 ประเภท โดยมาจากการเลือกตั้งของรัฐสภาซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน โดยมีรายละเอียดการเลือกตั้งดังต่อไปนี้

²⁹⁸ เรียกแทน “สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2534)”

²⁹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 114-116.

ประเภทที่ 1 เลือกจากผู้แทนจังหวัดต่างๆ จังหวัดละ 1 คน³⁰⁰ โดยผู้ที่จะมีสิทธิสมัครเป็นสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้จะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วน เช่น มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง และสำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าชั้นปริญญาตรีหรือเทียบเท่า เป็นต้น และไม่ใช่ผู้มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ เช่น เป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือข้าราชการการเมือง เป็นต้น ทั้งนี้ผู้ที่ประสงค์จะเป็นตัวแทนจังหวัดจะต้องเข้ามาสมัครรับเลือกตั้ง ถ้าหากจังหวัดใดมีจำนวนผู้สมัครเกิน 10 คน ให้ผู้สมัครทุกคนลงคะแนนเสียงเลือกกันเองให้เหลือ 10 คน โดยผู้สมัครแต่ละคนสามารถลงคะแนนเสียงเลือกผู้สมัครด้วยตัวเองได้จำนวน 3 คน เมื่อได้ผู้สมัครครบจำนวน 10 คน แล้ว ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดส่งรายชื่อผู้สมัครทั้ง 10 คน ให้แก่ประธานรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาเลือกให้เหลือจังหวัดละ 1 คน

ประเภทที่ 2 เลือกจากผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ ได้แก่ ผู้เชี่ยวชาญสาขากฎหมายจำนวน 8 คน ผู้เชี่ยวชาญสาขารัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์จำนวน 8 คน และผู้มีประสบการณ์ด้านการเมือง การบริหารราชการแผ่นดินหรือการร่างรัฐธรรมนูญ ตามหลักเกณฑ์ที่ประธานรัฐสภากำหนดจำนวน 7 คน ทั้งนี้ให้สภาสถาบันอุดมศึกษาที่มีการให้ปริญญาทางสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ หรือ รัฐประศาสนศาสตร์ แต่ละแห่งคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะเป็นสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญตามประเภทต่างๆ ประเภทละไม่เกิน 5 คน โดยทำเป็นบัญชีรายชื่อของแต่ละประเภท แล้วส่งให้ประธานสภา เพื่อให้รัฐสภาเลือกให้ได้จำนวนตามที่กำหนด

ในวันที่ 3-13 ธันวาคม พ.ศ.2539 ได้ทำการเปิดรับสมัครสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญประเภทตัวแทนของจังหวัด โดยมีจำนวนมากน้อยตามแต่ภูมิภาคของแต่ละจังหวัด โดยกรุงเทพมหานครมีผู้สมัครมากที่สุดถึง 1,148 คน ต่อมาในวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ.2539 แต่ละจังหวัดได้ทำการคัดเลือกจนได้ผู้สมัครจังหวัดละ 10 คน และในวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ.2539 รัฐสภาได้ทำการคัดเลือกผู้สมัครให้เหลือจังหวัดละ 1 คน รวมเป็น 76 คน และคัดเลือกผู้เชี่ยวชาญจากบัญชีรายชื่อที่สภาสถาบันอุดมศึกษาว่า 30 แห่งในประเทศ ส่งให้จากรายชื่อทั้งหมด 279 รายชื่อ ให้เหลือ 23 คน รวมเป็นสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมด 99 คน ทั้งนี้สมาชิกรัฐสภามาใช้สิทธิทั้งหมด 630 คน จากจำนวน 653 คน

จะเห็นได้ว่าสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 มีที่มาจากผู้แทนประชาชนคือรัฐสภา ในขณะที่สมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 มีที่มาโดยการคัดเลือกกันเองของสมาชิกสภาจำนวนไม่เกิน 2,000 คน ให้เหลือ 200 คน โดยมีที่มาจากกฎเกณฑ์และองค์กรคัดเลือกที่ได้รับการแต่งตั้งมาจากคณะรัฐประหาร เมื่อได้ครบจำนวน 200 คน แล้วประธาน

³⁰⁰ ในเวลานั้นประเทศไทยมีทั้งหมด 76 จังหวัด รวมแล้วมีสมาชิกสภาาร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้ทั้งหมด 76 คน อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 114-

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องส่งให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติพิจารณาและคัดเลือกให้เหลือ 100 คน ซึ่งไม่มีกระบวนการขั้นตอนใดที่ได้รับความยินยอมจากประชาชน

การคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นอีกปัญหาสำคัญของการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ถูกวิจารณ์ว่าไม่มีความยึดโยงกับประชาชนและไม่มีความโปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกเพราะไม่มีกฎเกณฑ์กำหนดวิธีการคัดเลือกแต่อย่างใด

หากพิจารณาประเด็นปัญหาเรื่องการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ พบว่ามีกลุ่มที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับกระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีความเห็นดังนี้

กลุ่มที่เห็นด้วยพิจารณาว่ากระบวนการคัดเลือกดังกล่าวเกิดขึ้นโดยรัฐสภาธิบดี มีอำนาจในการคัดเลือกและเป็นการดำเนินการไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเหมาะสมต่อระยะเวลาในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่จำกัด

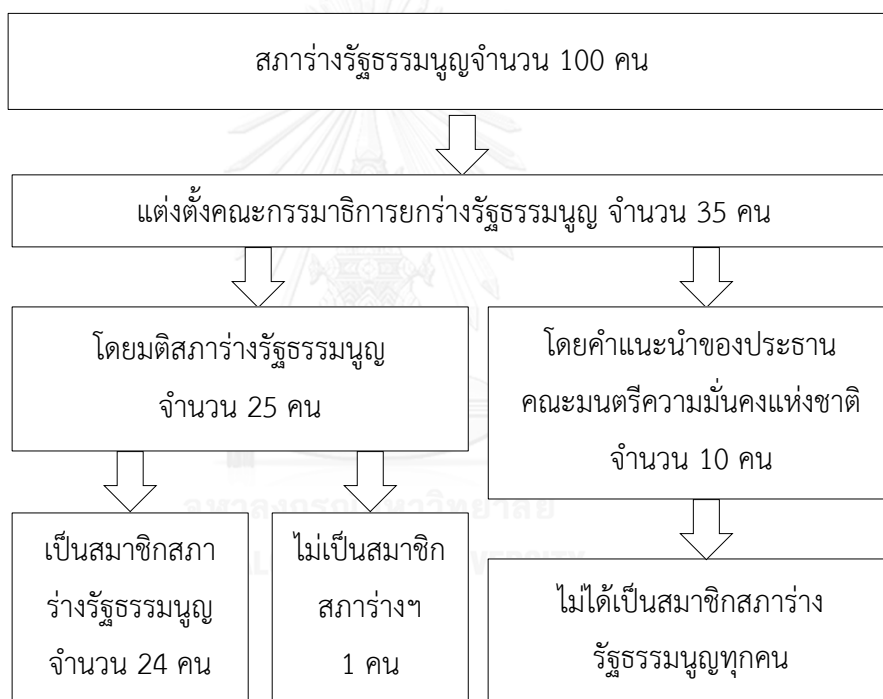
กลุ่มที่ไม่เห็นด้วยพิจารณาว่าความไม่ชัดเจนและความเร่งรีบในกระบวนการสรรหาบุคคลมาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการแทรกแซงการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ อาจเกิดขึ้นจากบุคคลที่เตรียมการไว้แล้วหรือได้บุคคลที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้กำหนดไว้แล้ว อีกทั้งไม่มีการยึดโยงต่อประชาชน

ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาตินี้ขัดต่อหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่กำหนดให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และเป็นกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ไม่โปร่งใส เพราะประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการคัดเลือกอีกเช่นเดิม ซึ่งแตกต่างจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2540 ที่กำหนดให้มีการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดละ 1 คน ที่ถือได้ว่าเป็นผู้แทนของปวงชนในการใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญแทนประชาชนผ่านการมีส่วนร่วมทางการเมืองประชาธิปไตยทางอ้อม หากพิจารณาทฤษฎีสัญญาประชาคมและอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนประกอบด้วยแล้ว กระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติถือได้ว่าเป็นการทำลายทฤษฎีทั้งสองดังกล่าว เพราะสัญญาประชาคมนั้นต้องเกิดขึ้นจากเจตจำนงร่วมของประชาชนนั้นหมายความว่า ประชาชนต้องได้แสดงเจตนาของตนต่อมติต่างๆ ที่จะกำหนดขึ้น เมื่อประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่อาจถือได้ว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แทนประชาชนที่จะมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสัญญาประชาคมแทนประชาชนตลอดจนใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของประชาชนได้

4.2.1.3 ปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 25 กำหนดให้ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญนั้น ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นได้คณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนยี่สิบห้าคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสิบคนตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้สามารถแยกพิจารณาได้สองส่วนคือ กระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ และปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ตารางที่ 11 ตารางการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ



4.2.1.3.1 กระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ดังนั้นในวันที่ 10 มกราคม พ.ศ.2550 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่าง

รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550³⁰¹ โดยพลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ นายกรัฐมนตรี เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ดังกล่าว มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังนี้³⁰²

1) มาตรา 3 กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (ส.ส.ร.) แต่งตั้งคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 20 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นครั้งแรก

โดยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญต้องมีสัญชาติไทยโดยกำเนิด มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปี ไม่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกพรรคการเมือง หรือดำรงตำแหน่งใดในพรรคการเมืองภายในเวลาสองปีก่อนวันได้รับเลือกให้เป็นกรรมการ ไม่เป็นภิกษุ สามเณร นักพรต หรือนักบวช และไม่อยู่ระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง

2) มาตรา 4 ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ คัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 25 คน เป็นกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ โดยคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ ภาคละ 2 คน และอีกส่วนหนึ่งให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิโดยคำนึงถึง คุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

ก. ผู้ซึ่งได้รับหรือเคยได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ประจำหรือศาสตราจารย์พิเศษทางรัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือนิติศาสตร์

ข. ผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมายตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522

ค. มีประสบการณ์ในการบริหารราชการแผ่นดินที่ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เทียบเท่า หรือเคยเป็นสมาชิกรัฐสภา หรือเป็นหรือเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุด ผู้พิพากษาศาลฎีกา หรือตุลาการศาลปกครองสูงสุด

ง. ผู้ซึ่งมีประสบการณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งมาแล้ว โดยเคยดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญหรือกรรมการในคณะกรรมการการยกย่องหรือพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ

³⁰¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนพิเศษ 5ก, หน้า.1 วันที่ 11 มกราคม พ.ศ.2550

³⁰² คณะกรรมการศึกษาประเด็นการยกย่องรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 77-78.

3) มาตรา 5 ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 10 คน พร้อมหนังสือให้ความยินยอมต่อประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้การเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิดังกล่าวให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคำนึงถึงผู้มีความรู้ความสามารถหรือมีประสบการณ์ที่จะจัดทำร่างรัฐธรรมนูญประกอบหลักเกณฑ์ตามคุณสมบัติที่ระบุไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง

4) มาตรา 7 วรรคสามการยกร่างรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง ตาย ลาออก ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 3 วรรคสอง หรือกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติให้พ้นจากตำแหน่งด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

เมื่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นครั้งแรกในวันที่ 8 มกราคม 2550 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชกฤษฎีกา สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 20 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกนั้นคือภายในวันที่ 27 มกราคม 2550 ทั้งนี้ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2/2550 เมื่อวันที่ 16 มกราคม พ.ศ.2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการลงมติคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเป็นกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 25 คน³⁰³ เป็นที่เรียบร้อย และในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 3/2550 เมื่อวันที่ 22 มกราคม 2550 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้คัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิเพิ่มอีกจำนวน 10 คน³⁰⁴ รวมกับคณะกรรมการที่มาจากการคัดเลือกของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 25 คน รวมเป็น 35 คน เพื่อทำหน้าที่เป็นกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

³⁰³ รายชื่อผู้ได้รับเลือกให้เป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ 1.นายธนพิชญ์ มูลพฤกษ์, 2.นางสดศรี สัตยธรรม, 3.ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฉัตรพันธ์ุ เชื้อบุญชัย, 4.รองศาสตราจารย์นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, 5.นายพิสิฐ ลี้อาธรรม, 6.นายวิทยา งานทวี, 7.นายมานิจ สุขสมจิตร, 8.รองศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย, 9.นายจรัญ ภักดีธนากุล, 10.ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, 11.ศาสตราจารย์(พิเศษ) วิชา มหาคุณ, 12.ศาสตราจารย์เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, 13.รองศาสตราจารย์ศรีราชา เจริญพานิช, 14.นายไพบุลย์ วราหะไพฑูรย์, 15.นายไพโรจน์ พรหมสาสน์, 16.นางอังคณา นีละไพจิตร, 17.นางสาวพวงเพชร สารคุณ, 18.ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ, 19.นายชูชัย ศุภวงศ์, 20.นายประพันธ์ นัยโกวิท, 21.นายอัศวินวิทย์ สุมาวงศ์, 22.นายอนุรักษ์ มาประณีต, 23.นายปกรณ์ ปรียากร, 24.นายสนั่น อินทรประเสริฐ, 25.นายคมสัน โพธิ์คง อ้างถึงในบันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2/2550 วันอังคารที่ 16 มกราคม พ.ศ.2550

³⁰⁴ รายชื่อผู้ได้รับเลือกให้เป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ได้แก่ 1.พลเอก อัญญา เจริญพานิช, 2.นายมนตรี ศรีเอี่ยมสะอาด, 3.นายอัศวิน จารุจินดา, 4.นายสุพจน์ ไช้มุกด์, 5.รองศาสตราจารย์ทอง จันทรางศุ, 6.นายเดชอุดม ไกรฤทธิ์, 7.นาวาอากาศตรี ประสงค์ สุ่นศิริ, 8.นายธนบุลย์ จิรานูวัฒน์, 9.นายวิจิตร วิชัยสาร, 10.นางกาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์

4.2.1.3.2 ปัญหาการคัดเลือกคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ

ในส่วนปัญหาการคัดเลือกคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญนี้พบปัญหาว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้สภากร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นได้คณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญ โดยมาจากมติที่ประชุมสภากร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 25 คน และตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจำนวน 10 คน โดยมีข้อสังเกตว่าเมื่อได้ทำการแต่งตั้งคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ปรากฏว่าสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติเลือกสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญด้วยกันเองเป็นคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 24 คน และคัดเลือกบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญเป็นคณะกรรมการการยกร่างจำนวน 1 คน ส่วนคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติจำนวน 10 คน นั้น ล้วนไม่ใช่สมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ซึ่งพิจารณาได้เป็นสองประเด็น คือ

ประเด็นแรก กรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นหรือไม่เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้มาตามกระบวนการสรรหาตามรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญของประชาชนซึ่งประชาชนไม่ได้ยินยอม สูดท้ายบุคคลผู้ซึ่งจะร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็คือ 35 คนนี้ เป็นการแทรกแซงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่สอง เรื่องการคัดเลือกคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นอำนาจเด็ดขาดของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่สามารถคัดเลือกบุคคลให้เป็นคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้จำนวน 10 คน การให้อำนาจเด็ดขาดดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการแทรกแซงการยกร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นขั้นตอนสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกขั้นตอนหนึ่ง นอกจากคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับคัดเลือกมาจากสภากร่างรัฐธรรมนูญด้วยกันเองจะเกิดความระแวงคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญที่มาจาก การคัดเลือกประเภทนี้แล้ว ประชาชนซึ่งคอยติดตามการยกร่างรัฐธรรมนูญก็เกิดความระแวงสงสัยในความชอบธรรมของการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอีกด้วย

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในต่างประเทศที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนแล้วจะพบว่าในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้แทนในสภากร่างรัฐธรรมนูญล้วนเป็นผู้แทนของประชาชนในแต่ละมลรัฐ ซึ่งมีความยึดโยงกับประชาชน หรือกรณีการจัดทำรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ที่มีองค์การสหประชาชาติเข้าช่วยเหลือในการจัดทำรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญยังเกิดขึ้นโดยผู้แทนของประชาชน

ส่วนการคัดเลือกคณะกรรมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันตามที่คุณเขียนได้อธิบายไปในบทที่ 3 แล้วนั้น จะพบว่าคณะกรรมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นเสมือนเครื่องมือในการช่วยร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น เมื่อในท้ายที่สุดร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังคงต้องได้รับการพิจารณาโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญและต้องผ่านการรับรองโดยฝ่ายสัมพันธมิตรและการลงประชามติอีกครั้ง แม้คณะกรรมการชุดดังกล่าวจะมิได้มีส่วนยึดโยงต่อประชาชนก็ไม่ได้ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญต้องเสียไปหรือไม่เป็นประชาธิปไตยเพราะยังมีอีกหลายขั้นตอนที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งแตกต่างจากการจัดตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 นี้ ที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและกำหนดให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีที่มาจากบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้โดยมีนัยว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนี้เป็นส่วนหนึ่งของสภาร่างรัฐธรรมนูญและเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แม้ขั้นตอนในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจะกำหนดให้มีขั้นตอนนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้สภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติให้ความเห็นชอบ หรือมีการแปรญัตติแก้ไขเปลี่ยนแปลงร่างรัฐธรรมนูญได้ ตลอดจนกำหนดให้ต้องนำร่างรัฐธรรมนูญไปผ่านการทำประชามติโดยประชาชนอีกก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในขั้นตอนการสรรหาบุคคลเพื่อเป็นคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนี้มีความชอบธรรมหรือเป็นประชาธิปไตยขึ้นมาได้ เพราะกระบวนการขั้นตอนต่างๆ ต่อไปตามที่คุณเขียนได้อธิบายนั้นก็ยังมีปัญหาในเรื่องของความไม่ยึดโยงต่อประชาชนและไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประชาชนที่เป็นประชาธิปไตยอีกเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

การคัดเลือกคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติสามารถแทรกแซงได้จึงไม่มีความเป็นประชาธิปไตย

กระบวนการสรรหาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญยังคงเป็นกระบวนการที่ไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญในกระบวนการอื่นๆ นอกจากประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญแล้ว ในกระบวนการคัดเลือกคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนี้ยังเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และบุคคลภายนอกซึ่งมิได้เป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ โดยเมื่อพิจารณาจะพบว่ามีการมีการจำนวนหนึ่งที่มาจากศาลปกครอง ศาลยุติธรรม ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคม

แห่งชาติ ซึ่งถือได้ว่าเป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในรัฐธรรมนูญ เพราะผู้มีส่วนได้เสียในรัฐธรรมนูญมิใช่เพียงผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรต่างๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย³⁰⁵ จึงยิ่งทำให้เกิดข้อสงสัยว่าคณะกรรมการการเหล่านี้จะเข้ามาจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเพื่อเข้ามาจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อประโยชน์ขององค์กรของตนและเพื่อให้องค์กรของตนมีอยู่ต่อไป

จากการศึกษาปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสามส่วน คือ ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ปัญหาของกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ พบว่ามีทั้งกลุ่มที่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ประกาศ และคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าว ดังนี้

กลุ่มที่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ากระบวนการสรรหาดังกล่าวเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้ประชาชนทุกภาคส่วนเข้ามามีบทบาทในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และเป็นกระบวนการสรรหาที่เหมาะสมกับระยะเวลาที่เร่งด่วนที่จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และเป็นกระบวนการที่กีดกันนักการเมืองออกจากกระบวนการแสวงหาผลประโยชน์ที่อาจได้จากการร่างรัฐธรรมนูญ และเป็นการกระทำของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติซึ่งเป็นรัฐชาติปัตย์และเป็นกระบวนการที่จะช่วยปฏิรูปการปกครองของประเทศให้ดำเนินต่อไปได้

กลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ากระบวนการสรรหาดังกล่าวไม่มีความยึดโยงกับประชาชน ในส่วนของกระบวนการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติก็ไม่มีกฎหมายที่กำหนดไว้โดยชัดเจนว่ามีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกอย่างไร มีเพียงแต่ดุลยพินิจของคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเท่านั้น และด้วยระยะเวลาที่เร่งรีบ กระบวนการสรรหาดังกล่าวอาจไม่ได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกแห่งชาติเพื่อเป็นผู้แทนปวงชนในการได้รับการคัดเลือกเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต่อไป อีกทั้งในการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดเลือกโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติยังไม่มีกฎระเบียบที่ชัดเจนว่าจะมีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้แทนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติอย่างไร ทำให้เกิดปัญหาความไม่โปร่งใสในกระบวนการคัดเลือกและเป็นกรณีการแทรกแซงจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ อันนำมาสู่ความไม่ไว้วางใจและข้อสงสัยในเรื่องการกำหนดตัวบุคคลเพื่อจะเป็นสภาร่างรัฐธรรมนูญไว้ก่อนแล้ว อีกทั้งในกระบวนการสุดท้ายที่สรรหาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ

³⁰⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, "ว่าด้วยคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ บทบรรณาธิการครั้งที่ 153" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1029> เผยแพร่เมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2550

ก็ยังเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกเข้ามามีส่วนได้เสียกับกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ และเกิดการแทรกแซงจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติอีกขั้นตอนหนึ่งด้วย เมื่อกระบวนการสรรหาบุคคลในขั้นตอนต่างๆ ไม่มีความยึดโยงต่อประชาชน และเกิดความไม่โปร่งใส ตลอดจนเกิดการแทรกแซงจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ จึงไม่เห็นด้วยกับกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ประกาศและคำสั่งของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ

ทั้งนี้จากประเด็นปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า การจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและเป็นผู้มีและใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หากประเทศนั้นประชาชนและองค์กรต่างๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญยังสามารถขับเคลื่อนและสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาชนหรือองค์กรดังกล่าวได้อยู่ มิใช่ล่มสลายด้วยเหตุสงครามอย่างกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือการประกาศเอกราชของสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ที่ไม่อาจจัดทำรัฐธรรมนูญได้เอง ต้องอาศัยองค์กรภายนอกหรือผู้มีอำนาจภายนอกเป็นผู้ริเริ่มในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยเข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนแทนแล้ว ก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าประชาชนเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิและใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในขั้นตอนต่างๆ จึงต้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเพื่อให้เกิดความยอมรับและเกิดความหวงแหนรัฐธรรมนูญของตนไปในคราวเดียวกัน ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงความสำเร็จและทำให้รัฐธรรมนูญได้รับสมญาว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนอย่างแท้จริง

การสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหัวใจสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตยจึงต้องได้รับการยอมรับ หรือได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชนเพื่อให้เกิดความเชื่อถือ และความไว้วางใจในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

การรัฐประหารด้วยเหตุผลทางการเมืองมิใช่การแก้ไขปัญหาตามระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เมื่อเริ่มต้นมิใช่ประชาธิปไตยแล้ว ต่อมายังกำหนดและตั้งกฎเกณฑ์ในการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ การสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการสรรหาคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกโดยประชาชนไม่มีส่วนร่วมใดๆ ย่อมทำให้เกิดความสงสัย และไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน ทั้งที่จากบทเรียนของต่างประเทศพบว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้สถานการณ์ดังกล่าวแม้จะเกิดขึ้นจากกระบวนการที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือมุ่งหวังให้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่ผู้มีอำนาจหรือผู้นำในขณะนั้นสามารถเลือกให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นโดยกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตยได้ เพียงแค่คืนอำนาจอธิปไตยให้ประชาชน หรือกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ากระบวนการสรรหาบุคคลใน

การจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่มีกฎเกณฑ์แน่ชัดนี้จึงไม่ใช่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย เมื่อผู้ริเริ่มจัดทำรัฐธรรมนูญมิได้มาโดยกระบวนการประชาธิปไตย และสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากกฎเกณฑ์ที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วม และถูกกำหนดขึ้นโดยคณะรัฐประหารตลอดจนคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติที่ยังคงมีปัญหารื่องอำนาจหน้าที่อยู่ ทำให้กระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญไม่มีความเป็นประชาธิปไตย ทำให้ได้มาซึ่งกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ กระบวนการสรรหาสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตย

4.2.2 ปัญหากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว”) กำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก³⁰⁶ ในระหว่างที่สภาร่างรัฐธรรมนูญยังปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญไม่แล้วเสร็จหากมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งไม่ว่าด้วยเหตุใด ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติคัดเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อที่เหลืออยู่ หรือจากบุคคลที่เคยเป็นสมาชิกสภาแห่งชาติ เพื่อนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีตำแหน่งว่าง และในระหว่างที่ยังมิได้แต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกเท่าที่เหลืออยู่³⁰⁷

ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่งเพื่อช่วยในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาจำนวนยี่สิบห้าคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสิบคนตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา³⁰⁸

เมื่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้จัดทำคำชี้แจงว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่นั้น มีความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องใด พร้อมด้วยเหตุผลในการแก้ไขไปยังสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะ

³⁰⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 29 วรรคแรก

³⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 24

³⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 25

มนตรีความมั่นคงแห่งชาติ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และสถาบันอุดมศึกษา เพื่อพิจารณาและเสนอความคิดเห็น และให้คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและเอกสารชี้แจงให้ประชาชนทั่วไปทราบ ตลอดจนส่งเสริมและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนประกอบ³⁰⁹

เมื่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับร่างรัฐธรรมนูญและเอกสารแล้ว หากสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประสงค์จะแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติม ให้กระทำได้เมื่อมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญลงชื่อรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่และต้องยื่นคำขอแปรญัตติพร้อมทั้งเหตุผลก่อนวันนัดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวตามที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนด โดยสมาชิกที่ยื่นคำขอแปรญัตติหรือที่ให้คำรับรองคำแปรญัตติของสมาชิกอื่นแล้ว จะยื่นคำขอแปรญัตติหรือรับรองคำแปรญัตติของสมาชิกอื่นได้อีกไม่ได้³¹⁰

ภายหลังจากที่ครบกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญส่งร่างรัฐธรรมนูญและเอกสารไปยังบุคคลและองค์กรต่างๆ ตามที่ได้ชี้แจงให้ทราบข้างต้นแล้ว รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญพิจารณาความเห็นที่ได้รับจากบุคคลและองค์กรต่างๆ ตลอดจนพิจารณาคำแปรญัตติของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติม พร้อมทั้งจัดทำรายงานการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่แก้ไขเพิ่มเติม (จากความเห็นและการแปรญัตติ) และเหตุผล เผยแพร่ให้ทราบเป็นการทั่วไป แล้วนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา

การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับและเฉพาะมาตราที่สมาชิกยื่นคำขอแปรญัตติ หรือที่คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญเสนอ โดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจะแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติมนอกจากที่ยื่นคำขอแปรญัตติพร้อมทั้งเหตุผลอกมิได้ เว้นแต่คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญจะเห็นชอบด้วยหรือสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมีจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ยื่นไว้³¹¹

³⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 26

³¹⁰ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 27

³¹¹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 29

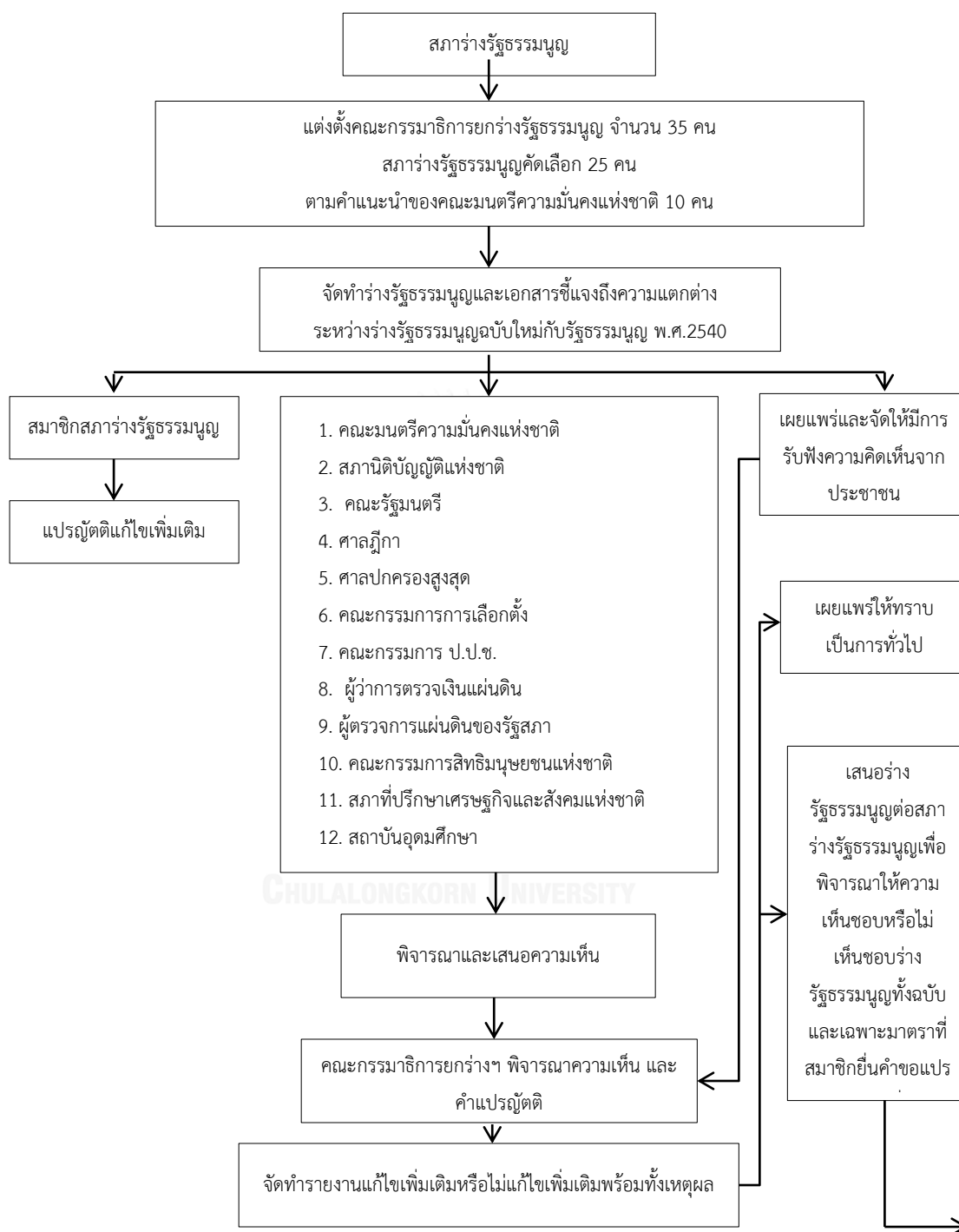
เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบ และจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ โดยต้องจัดทำไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนด และมีข้อบังคับว่าการออกเสียงประชามติ ต้องกระทำภายในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร³¹² ในกรณีที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวัน หรือกรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ หรือในการออกเสียงประชามติ ประชาชนโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบให้ใช้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ดี ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง และให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบ และนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป³¹³



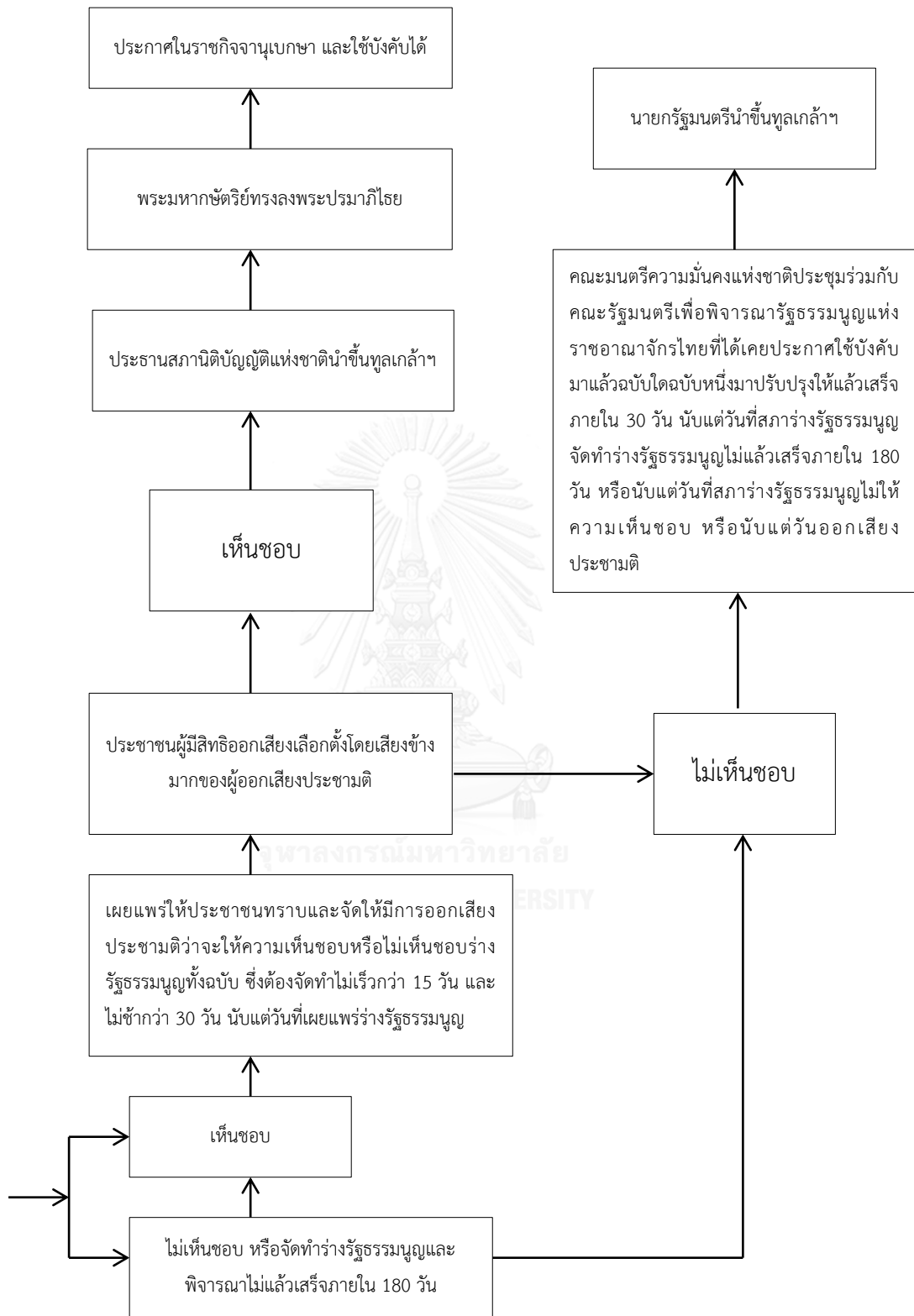
³¹² เรื่องเดียวกัน, มาตรา 29 วรรคสองถึงวรรคสาม

³¹³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 32

ตารางที่ 12 ตารางขั้นตอนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญปี 2550³¹⁴



³¹⁴ คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการรณ์ จัดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550 (กรุงเทพฯ: สภาร่างรัฐธรรมนูญ, สิงหาคม 2550), หน้า.21-22.



จากขั้นตอนในกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญตามตารางที่ 12 ข้างต้น สามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่งเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และส่วนที่สองเป็นปัญหาของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

4.2.2.1 กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นกระบวนการที่สำคัญที่สุดที่จะกำหนดบทบัญญัติ และจัดวางโครงสร้างของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะบังคับใช้กับคนไทยทั่วประเทศ รัฐธรรมนูญจะกำหนดรูปแบบการปกครองอย่างไร จะมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ มีหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ตลอดจนหลักทฤษฎีอื่นๆ ที่เป็นการคุ้มครองประชาชน ทั้งนี้ การร่างรัฐธรรมนูญจะเป็นเช่นไร คงต้องพิจารณาที่กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ และกรอบการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้เห็นเจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ จากตารางที่ 12 สามารถอธิบายในส่วนของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญได้เป็นแปดประเด็นดังต่อไปนี้

4.2.2.1.1 กฎระเบียบข้อบังคับในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ

หลังจากที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2550 สำนักงานเลขาธิการสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้เปิดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเข้ารายงานตัวที่ห้องโถงอาคารรัฐสภา 1 ตั้งแต่วันที่ 3 มกราคม พ.ศ.2550

ทั้งนี้ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1/2550 เมื่อวันที่ 8 มกราคม พ.ศ.2550 ได้มีการเลือกประธานและรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งที่ประชุมมีมติเลือก นายธนนิติ เศรษฐบุตร ทำหน้าที่ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ นายเสรี สุวรรณภานนท์ เป็นรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญคนที่หนึ่ง และนายเตโช สนวนานนท์ เป็นรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญคนที่สอง ต่อมาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานและรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 10 มกราคม พ.ศ.2550 โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 19 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549³¹⁵

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 19 วรรคท้าย กำหนดให้นำกฎระเบียบว่าด้วยองค์ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม มาบังคับใช้กับองค์ประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญและให้นำข้อบังคับของสภานิติบัญญัติแห่งชาติมาใช้บังคับแก่การประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม

³¹⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนพิเศษ 3ง, หน้า.1 วันที่ 11 มกราคม พ.ศ.2550

4.2.2.1.2 อำนาจหน้าที่ และการสิ้นสุดของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจและหน้าที่หลักดังนี้³¹⁶

1. จัดทำร่างรัฐธรรมนูญและพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันเปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก

2. เลือกประธานและรองประธานเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง โดยมีประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

3. ออกประกาศเพื่อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการ ออกเสียงประชามติ

4. ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่าง รัฐธรรมนูญขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกตามมติของสภาจำนวน 25 คน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกสภาร่าง รัฐธรรมนูญ จำนวน 10 คน ตามคำแนะนำของประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา³¹⁷

5. เมื่อคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ แล้วเสร็จแล้ว ให้จัดทำคำชี้แจงว่าร่างรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นใหม่นั้น มีความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในเรื่องใด พร้อมทั้งเหตุผลในการแก้ไขไปยังสมาชิกสภาร่าง รัฐธรรมนูญ 12 องค์กร และบุคคล เพื่อพิจารณาและเสนอความคิดเห็น³¹⁸

การสิ้นสุดของสภาร่างรัฐธรรมนูญ

1. เมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามมาตรา 30 แล้วเสร็จแล้ว หรือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตาม มาตรา 30 (45 วัน) สุดแต่เวลาใดจะถึงก่อน (ตามรัฐธรรมนูญ(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549) หรือ

2. จัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันเปิด ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งแรก หรือไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการยกร่าง รัฐธรรมนูญเสนอ หรือ

3. ประชาชนโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติไม่ เห็นชอบให้ใช้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

³¹⁶ คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตการณารมณ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม, กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550 หน้า 14.

³¹⁷ มนตรี รูปสุวรรณ, บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 10.

³¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

4.2.2.1.3 การแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

สภากร่างรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวโดยแบ่งเป็นคณะกรรมการที่เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 24 คน และที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 1 คน และประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติได้แต่งตั้งบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกสภากร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญอีกจำนวน 10 คน³¹⁹

ทั้งนี้สภากร่างรัฐธรรมนูญยังได้มีมติตั้งคณะกรรมการสามัญและวิสามัญประจำสภากร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 13 คณะ³²⁰ เพื่อช่วยเหลือกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ การประชาสัมพันธ์ การรับฟังความคิดเห็น เตรียมการจัดทำประชามติ และอื่นๆ ตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดต่างๆ

4.2.2.1.4 กรอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ

การประชุมสภากร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 7 เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 ที่ประชุมมีมติให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญพิจารณากร่างรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และให้คำนึงถึงรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ เป็นแนวทางในการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการยกร่างรัฐธรรมนูญ

โดยในการกำหนดกรอบในการยกร่างรัฐธรรมนูญนั้น คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 3 เมื่อวันที่จันทร์ที่ 29 มกราคม พ.ศ.2550 มีการพิจารณาและมีมติตั้งคณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางในการร่างรัฐธรรมนูญ 3 คณะ ตามการพิจารณาการประชุมคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2 ที่พิจารณาให้ตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อกำหนดกลุ่มย่อยและศึกษาเรื่องต่างๆ โดยแบ่งเป็นสามกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 สิทธิเสรีภาพการมีส่วนร่วมของประชาชน และการกระจายอำนาจ พิจารณาศึกษาในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย หมวดหน้าที่ของชนชาวไทย หมวด

³¹⁹ ดูปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในหัวข้อ 4.2.1.3

³²⁰ คณะกรรมการสามัญและวิสามัญประจำสภากร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 13 คณะ ได้แก่ 1) คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ, 2) คณะกรรมการวิสามัญประสานการมีส่วนร่วมและการประชามติ, 3) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคกลาง, 4) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ, 5) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคตะวันออกเฉียงเหนือ, 6) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคใต้, 7) คณะกรรมการวิสามัญประจำจังหวัด 76 จังหวัด, 8) คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ, 9) คณะกรรมการประชาสัมพันธ์และเผยแพร่, 10) คณะกรรมการวิสามัญวิชาการ ตรวจร่างรัฐธรรมนูญและร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ, 11) คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จัดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม, 12) คณะกรรมการกิจการสภากร่างรัฐธรรมนูญ และ 13) คณะกรรมการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออกเสียงประชามติและการออกเสียงประชามติ

แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ และหมวดการปกครองส่วนท้องถิ่น โดยได้จัดตั้งคณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกรอบที่ 1 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ การมีส่วนร่วมของประชาชนและการกระจายอำนาจ

กลุ่มที่ 2 สถาบันการเมือง พิจารณาศึกษาในหมวดรัฐสภา และหมวดคณะรัฐมนตรี โดยจัดตั้งคณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกรอบที่ 2 ว่าด้วยสถาบันการเมือง

กลุ่มที่ 3 องค์กรตรวจสอบอิสระและศาล พิจารณาศึกษาในหมวดศาล และในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอิสระ และองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ โดยจัดตั้งคณะอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญกรอบที่ 3 ว่าด้วยองค์กรตรวจสอบอิสระ และศาล

ทั้งนี้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ยังได้กำหนดหลัก 10 ประการ เพื่อเป็นแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

- (1) ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกไม่ได้
 - (2) ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย
 - (3) องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ และจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางใดๆ มิได้
 - (4) ประเทศไทยปกครองด้วยระบบนิติรัฐ
 - (5) ประเทศไทยปกครองด้วยระบบรัฐสภา
 - (6) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย โดยพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล
 - (7) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้
 - (8) ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
 - (9) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ หน้าที่ เสรีภาพ ความเสมอภาค การมีส่วนร่วมของประชาชนและอำนาจของประชาชน ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครอง
 - (10) ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาและพิพากษา อรรถคดีทั้งหลายในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรมตามรัฐธรรมนูญ
- ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 15 เมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ.2550 คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้ว และได้เสนอร่างดังกล่าวต่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ องค์กร และบุคคล เพื่อพิจารณาตามมาตรา 26 ของ รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22 เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ.2550 ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอให้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ที่คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำเสร็จแล้ว โดยพิจารณาเริ่มตั้งแต่ชื่อร่าง คำปรารภ เรียงตามลำดับ

4.2.2.1.5 กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

กระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนมีคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของประชาชนทั้งหมด 5 คณะกรรมการ ได้แก่ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของประชาชนภาคกลาง คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของประชาชนภาคตะวันออกเฉียงเหนือ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและมีส่วนร่วมของประชาชนภาคใต้ และคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในระหว่างกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการติดตามผลการรับฟังความคิดเห็นของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นโดยตลอดปรากฏให้เห็นได้จากการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ (พิจารณาเฉพาะประเด็นสำคัญไม่รวมการแต่งตั้งกรรมการ) ดังนี้

ครั้งที่ 6 แต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนประจำจังหวัดต่างๆ จำนวน 48 คณะ

ครั้งที่ 7 แต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนประจำจังหวัดเพิ่มเติม

ครั้งที่ 9 พิจารณารายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคใต้

ครั้งที่ 12 รายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคกลาง

ครั้งที่ 17 รายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคใต้

ครั้งที่ 18 รายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ ภาคกลาง และภาคตะวันออกเฉียงเหนือ

ครั้งที่ 21 มอบหมายอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมให้กับคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนประจำจังหวัด และภาคต่างๆ ด้วย

ครั้งที่ 41 พิจารณารายงานความคืบหน้าในการประสานงานเพื่อการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการประชาสัมพันธ์ การออกเสียงประชามติของคณะกรรมการการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคเหนือ

พิจารณารายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนภาคใต้ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคกลาง

ในการพิจารณารายงานความคืบหน้าในการดำเนินงานของคณะกรรมการการรับฟังความคิดเห็นและการมีส่วนร่วมของประชาชนในสามภาค คือ ภาคเหนือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคกลาง มีเนื้อหาโดยสรุปได้ดังนี้

-ภาคเหนือ มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ การกำหนดให้ศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ และควรเพิ่มสิทธิสตรีในทางศาสนา ให้มีสภาประชาชนในทุกระดับ

-ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ ควรกำหนดหน้าที่ของประชาชน ควรห้ามทหารปฏิบัติ รัฐธรรมนูญควรกำหนดเรื่องการมีส่วนร่วมของประชาชนในด้านต่างๆ ไว้ จัดตั้งกองทุนสนับสนุนภาคพลเมือง ควรกำหนดคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และมีบทลงโทษที่รุนแรงกว่าคนธรรมดา ห้ามนักการเมืองที่ทำผิดเล่นการเมืองตลอดชีวิต และสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทุจริตไม่ควรมียายุความในการฟ้องร้อง

-ภาคกลาง รับทราบว่าร่างประกาศหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญและออกเสียงประชามติ พ.ศ.... ได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2550

ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า เมื่อได้มีการรวบรวมความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญของประชาชนชนทั้ง 76 จังหวัด พบว่ามีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้ ประเด็นเรื่องการบัญญัติสิทธิเสรีภาพของเพศที่ 3 ประเด็นเรื่องการบรรจุศาสนาพุทธเป็นศาสนาประจำชาติ ประเด็นเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ประเด็นเรื่องระยะเวลาสังกัดพรรคการเมืองของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ประเด็นที่มาของนายกรัฐมนตรี

อีกทั้งยังมีการจัดประชุม และสัมมนา และการรับฟังความคิดเห็นอีกหลายครั้ง อาทิ

1.) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้จัดสัมมนาเชิงปฏิบัติการในหัวข้อ “รัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมือง” (ในมุมมองภาคปฏิบัติ) ประสพการณ์สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

2.) การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในระดับจังหวัด ครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 28 มีนาคม พ.ศ.2550 โดยมีการแบ่งเป็นภาคเหนือ 177 เวที ภาคกลาง 100 เวที ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ 213 เวที ภาคใต้ 47 เวที รวม 537 เวที

3.) สำนักงานสถิติแห่งชาติและสถาบันพระปกเกล้า ได้ดำเนินการเก็บรวบรวมสถิติจากประชาชนทั่วประเทศ ด้วยวิธีการสัมภาษณ์ ระหว่างวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2550 ถึงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 ซึ่งได้ประชาชนตัวอย่างจำนวนทั้งสิ้น 34,776 ราย กระจายในทุกจังหวัด และกลุ่มของผู้เคยดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยสอบถามทางไปรษณีย์ ระหว่างวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2550 ถึงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 โดยได้กลุ่มตัวอย่างจำนวนทั้งสิ้น 144 ราย³²¹

4.) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ จัดสัมมนาระดมความคิดเห็นในเวทีต่างๆ จำนวนรวม 23 เวที ตั้งแต่วันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2550 ถึงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550³²² จากนั้นได้นำผลการสัมมนาเวทีระดับจังหวัดทั่วประเทศมารวมกันอภิปรายและวิเคราะห์ โดยมีนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชน อดีตนักการเมือง และผู้เข้าร่วมการสัมมนา เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นเป็นจำนวนมาก

5.) รายงานการสรุปการรับฟังความคิดเห็นผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์

6.) เครือข่ายพลเมืองเพื่อการมีส่วนร่วม (คพส.)

7.) ศูนย์การศึกษาวิจัยการเมืองไทย คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

8.) คณะทำงานศึกษาวิเคราะห์และติดตามการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

9.) สำนักกลางนักเรียนคริสเตียนเวทีประชาธิปไตยประชาชน

10.) สมาคมนักข่าวหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย

11.) วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า ในการจัดสัมมนา “ร่างรัฐธรรมนูญอย่างไร ประชาธิปไตยจึงไม่มีรัฐประหาร” เมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ.2550

4.2.2.1.6 การแปรญัตติ

ในขั้นตอนการแปรญัตติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มีดังต่อไปนี้

การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นการภายในเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ.2550 ประธานคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ และศาสตราจารย์ ดร.สมคิด

³²¹ สำนักงานสถิติแห่งชาติและสถาบันพระปกเกล้า, สำรวจความคิดเห็นของประชาชนต่อการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (บทสรุปสำหรับผู้บริหาร) (2550), หน้า.- วันที่ 26 มกราคม – 12 กุมภาพันธ์ 2550

³²² สรุปประมวลความคิดเห็นเบื้องต้น เรื่อง “รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยควรมีสาระสำคัญอย่างไร”, จากการจัดสัมมนาระดมความคิดเห็นกลุ่มจังหวัดทั่วประเทศ 23 เวที (76 จังหวัด) ตั้งแต่วันที่ 26 มกราคม ถึง 10 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2550 จัดโดยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, หน้า 2.

เลิศไพฑูรย์ ได้เสนอรายงานสรุปความเห็นของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคำแปรญัตติร่างรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญให้ที่ประชุมทราบ

การประชุมครั้งที่ 25 เมื่อวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ.2550 ที่ประชุมมีมติกำหนดระยะเวลาอภิปราย โดยขอให้ผู้สงวนคำแปรญัตติอภิปรายท่านละ 10 นาที และผู้รับรองคำแปรญัตติอภิปรายท่านละ 5 นาที

การประชุมครั้งที่ 37 เมื่อวันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ.2550 รองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญคนที่หนึ่ง ได้ปรึกษาที่ประชุมเพื่อขอนำมาตราที่ที่ประชุมได้มีมติรอกการพิจารณาไว้มาพิจารณารวมกับญัตติที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญฯ ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ซึ่งแบ่งเป็น ญัตติขอแก้ไข 4 ญัตติ ญัตติพิจารณาเพิ่มเติม 2 ญัตติ ญัตติพิจารณาทั่วไป 1 ญัตติ และญัตติพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม 1 ญัตติ

การประชุมครั้งที่ 38 มีสมาชิกฯ ขอลอนญัตติที่ได้เสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญฯ จำนวน 8 ฉบับ

4.2.2.1.7 กระบวนการให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 39³²³ เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ.2550 ศาสตราจารย์ ดร.สมคิดเลิศไพฑูรย์ เลขาธิการคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้แถลงสรุปร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช... และสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้มีการแก้ไขอภิปรายแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำของร่างรัฐธรรมนูญฯ จนจบร่าง

จากนั้นในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 40³²⁴ เมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ.2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฯ ด้วยคะแนนเสียงเห็นชอบ 98 เสียง ไม่เห็นชอบไม่มี โดยมีสมาชิกที่ไม่เข้าร่วมประชุม 2 คน ซึ่งจำนวนคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบมีมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าที่ประชุมได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช...

และที่ประชุมได้มีมติกำหนดให้วันอังคารที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2550 เป็นวันนำร่างรัฐธรรมนูญออกเผยแพร่ให้ประชาชนทราบในราชกิจจานุเบกษาตามประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2550 ข้อ 4

³²³ บันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 39/2550 วันอังคารที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ.2550

³²⁴ บันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 40/2550 วันอังคารที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ.2550

4.2.2.1.8 เปรียบเทียบอำนาจหน้าที่ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ และการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 กับอำนาจหน้าที่ กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ และการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ต้องร่างรัฐธรรมนูญให้เสร็จภายใน 240 วัน นับแต่วันที่มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวน โดยที่ประชุมได้ลงมติให้นายอุทัย พิมพ์ใจชน เป็นประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ และในที่ประชุมได้ลงมติให้มีการตั้งคณะกรรมการธิการสามัญ จำนวน 5 คณะ ได้แก่ คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นและปรึกษาหารือ คณะกรรมการวิชาการและข้อมูล คณะกรรมการประชาสัมพันธ์ และคณะกรรมการจดหมายเหตุ ตรวจสอบรายงานการประชุม และกิจการสภา โดยในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 สามารถแยกพิจารณาโดยสรุปได้ 3 ส่วน ดังนี้³²⁵

ส่วนที่หนึ่ง การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 (ต่อไปในส่วนนี้จะขอเรียกว่า รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2539) ได้กำหนดหลักของการร่างรัฐธรรมนูญไว้ 2 ประการ หนึ่งในนั้นคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชน เป็นสำคัญในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ ที่ประชุมจึงได้มีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในแต่ละจังหวัดขึ้นอีก จังหวัดละ 15 คน ทั้ง 76 จังหวัด โดยให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นผู้แทนของแต่ละจังหวัดเป็นประธาน

จากนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้วางกรอบในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนจนแล้วเสร็จ โดยกำหนดเป็นกรอบใหญ่ 3 กรอบ คือ กรอบแรก กรอบเรื่องสิทธิ เสรีภาพ และการมีส่วนร่วมของพลเมือง กรอบที่สอง กรอบเรื่องตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และกรอบที่สาม กรอบเรื่องสถาบันการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมือง

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับฟังความคิดเห็นจากประชาชนอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลา 3 เดือน (ตั้งแต่เดือนมกราคม ถึงเดือนมีนาคม) สภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญโดยมีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ

ส่วนที่สอง การยกร่างรัฐธรรมนูญโดยคณะอนุกรรมการ

สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 ได้เริ่มร่างรัฐธรรมนูญในวันที่ 11 เมษายน พ.ศ.2540 โดยมีการแต่งตั้งนักวิชาการผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนจากภายนอกเข้ามาเป็น

³²⁵ สรุปจาก บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 116-123.

คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญอีก 4 คน และได้แต่งตั้งคณะกรรมการอีก 3 คณะ เพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งสามกรอบ

ส่วนที่สาม การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญและมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในบางส่วนจนเสร็จเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้นำร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว 92 เสียง งดออกเสียง 4 เสียง และมีผู้ไม่เข้าร่วมประชุม 3 คน

เมื่อสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาได้อภิปรายและลงมติให้ความเห็นชอบ โดยในวันที่ 27 กันยายน พ.ศ.2540 ที่ประชุมรัฐสภาได้ลงมติเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญด้วยคะแนนเสียง 578 เสียง งดออกเสียง 17 เสียง จากนั้นประธานรัฐสภาได้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย และได้มีการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จะเห็นได้ว่าในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีบุคคลภายนอกที่ไม่มีอำนาจเข้ามายุ่งเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายถูกคัดเลือกมาโดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย

4.2.2.2 ปัญหาของกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งคณะกรรมการคณะต่างๆ ขึ้นเพื่อให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญได้อย่างถูกต้อง เหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนด จึงถือได้ว่ากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการคณะต่างๆ ตลอดจนคณะกรรมการต้องดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

อย่างไรก็ตามในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญนี้ยังมีส่วนที่ยังเป็นปัญหาอันมีลักษณะไม่เป็นประชาธิปไตย โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการยึดโยงกับประชาชน และประเด็นเรื่องความเหมาะสมในกรอบระยะเวลา การทำความเข้าใจ และการมีส่วนร่วมได้เสียในร่างรัฐธรรมนูญ โดยแยกพิจารณาได้สี่ประเด็น ดังนี้

4.2.2.2.1 ปัญหาการคัดเลือกคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นหน่วยงานสำคัญ และเป็นหน่วยงานหลักในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ยังมีปัญหาเรื่องการแต่งตั้งบุคคลซึ่งเป็นหรือไม่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการแทรกแซงโดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ³²⁶

4.2.2.2.2 ปัญหาเรื่องกำหนดระยะเวลาในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญและปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่เปิดประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีกำหนดระยะเวลาในการจัดทำรัฐธรรมนูญสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญครบจำนวนแล้วนั้น ที่มีระยะเวลามากกว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังก่อให้เกิดปัญหาจนกระทั่งมีการรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับนั้น จะพบว่ากระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 นี้ มีระยะเวลาน้อยกว่ามาก จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจปัญหาสังคม และปัญหาการเมืองที่เป็นอยู่ อันส่งผลให้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ครอบคลุมและแก้ปัญหาได้รอบด้าน ซึ่งอาจเป็นรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดปัญหาและถูกล้มล้างโดยการรัฐประหารอีกครั้งได้

อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่ได้กำหนดในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเหมือนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 6) พุทธศักราช 2539 ที่กำหนดให้ในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ ซึ่งเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่ได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างในการร่างรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ.2540 ทำให้กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ จึงอาจไม่จำเป็นต้องฟังประชาชนหรือไม่ต้องปฏิบัติตามก็ได้ ทำให้กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เป็นไปด้วยความรวดเร็วและใช้เวลาไม่นาน ซึ่งนำมาสู่ปัญหาว่ารัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นนั้นไม่ได้สนองต่อเจตนารมณ์ของประชาชน และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญไม่เป็นประชาธิปไตย

จากการศึกษาพบว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยและเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการทำประชาพิจารณ์ดังปรากฏในขั้นตอนการทำประชาพิจารณ์ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศติมอร์-เลสเต หรือขั้นตอนการ

³²⁶ ดูปัญหาของกระบวนการสรรหาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในหัวข้อ 4.2.1.3

จัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องมีการประชุมและมีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาพิจารณารายละเอียดที่มีหน้าที่สรุปประเด็นการประชุมและพิจารณารายละเอียดที่จะต้องเขียนอยู่ในรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ที่สะท้อนถึงการใส่ใจและให้ความสำคัญต่อความคิดเห็นของประชาชนดังเคยปรากฏในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540

4.2.2.2.3 ปัญหาของกระบวนการแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และการจัดทำรายงานการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่แก้ไขเพิ่มเติมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ

กรณีปัญหาบทบัญญัติ มาตรา 27 ที่กำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับร่างรัฐธรรมนูญและเอกสารแล้ว หากประสงค์จะแปรญัตติแก้ไขเพิ่มเติม ให้กระทำได้เมื่อมีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญลงชื่อรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ นั่นคือต้องมีผู้รับรองไม่น้อยกว่า 10 คน ในประเด็นนั้นๆ (กรณีสภาร่างรัฐธรรมนูญมีสมาชิกครบ 100 คน) โดยสมาชิกที่ยื่นคำขอแปรญัตติหรือที่ให้คำรับรองคำแปรญัตติของสมาชิกอื่นแล้ว จะยื่นคำขอแปรญัตติหรือรับรองคำแปรญัตติของสมาชิกอื่นได้อีกไม่ได้ ในส่วนนี้เองนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อความรวดเร็วในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่ขอแปรญัตติแก้ไขแล้ว ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความหลากหลายในการแสดงความคิดเห็น ด้วยเหตุเพราะเมื่อยื่นคำขอแปรญัตติไปแล้ว หรือรับรองคำแปรญัตติของใครแล้วจะไม่สามารถยื่นคำขอแปรญัตติหรือรับรองคำแปรญัตติของสมาชิกอื่นได้อีก เท่ากับเป็นการตัดสิทธิสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญคนนั้นในการจะแสดงความคิดเห็นในการแก้ไขประเด็นในร่างรัฐธรรมนูญอีก อีกทั้งการกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำไว้เป็นจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ยังเป็นการเพิ่มภาระในการรวมกลุ่มแปรญัตติด้วยตัวอย่างเช่น สมมติว่าสมาชิกกลุ่ม ก. ต้องการขอแปรญัตติเรื่องจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ส่วนสมาชิกกลุ่ม ข. ต้องการขอแปรญัตติเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภา แต่ลำพังกลุ่ม ก. กลุ่มเดียว หรือ กลุ่ม ข. กลุ่มเดียว ไม่สามารถขอแปรญัตติได้ เพราะจำนวนสมาชิกไม่ครบตามที่กำหนด ดังนั้น กลุ่ม ก. กับกลุ่ม ข. ต้องร่วมกันขอแปรญัตติ โดยรวมประเด็นดังกล่าวเป็นญัตติเดียวกัน แล้วยื่นคำขอแปรญัตติ ทั้งที่กลุ่ม ก. อาจจะเห็นว่า ที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามที่ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้นดีอยู่แล้ว ไม่ต้องการขอแปรญัตติอีก แต่กลุ่ม ก. ก็จำเป็นต้องร่วมขอแปรญัตติในประเด็นดังกล่าวด้วย เพราะถ้าหากไม่รวมประเด็นกับกลุ่ม ข. เป็นญัตติเดียวกัน กลุ่ม ก. ก็จะได้ไม่แปรญัตติในประเด็นที่ตนเองต้องการ เพราะจำนวนสมาชิกไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนด³²⁷

³²⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร, สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย, หน้า 133-134.

4.2.2.2.4 ปัญหาของการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐธรรมนูญถูกร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญย่อมถือได้ว่าสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าว เมื่อมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเป็นข้อบังคับเชิงข่มขู่ว่าหากร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้รับความยินยอมจากสภาร่างรัฐธรรมนูญให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงทันทีอันเป็นการตัดอำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยตัวเอง การขอความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญจากสภาร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่เห็นความเป็นไปได้ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่อาจมีสภาพบังคับในทางความเป็นจริงได้

หากพิจารณาเปรียบเทียบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 จะพบว่าเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญจะต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไปให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบมิใช่ได้รับความเห็นชอบจากสภาร่างรัฐธรรมนูญเอง การกำหนดบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเหมือนมีลักษณะขงเองกินเอง ร่างรัฐธรรมนูญเองก็ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญเอง

ในการให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จเรียบร้อยแล้วให้สภาร่างรัฐธรรมนูญส่งร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไปให้มลรัฐแต่ละมลรัฐให้คำรับรอง มิได้เกิดจากคำรับรองของสภาร่างรัฐธรรมนูญเอง แม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันหรือกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศติมอร์-เลสเต จะกำหนดให้ร่างรัฐธรรมนูญต้องผ่านการลงมติให้ความเห็นชอบจากประชาชนหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ก็ตาม แต่ก็มีความแตกต่างที่การลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้นได้รับมติให้ความเห็นชอบจากทั้งฝ่ายสัมพันธมิตรและรัฐสภาของรัฐแต่ละรัฐซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน อีกทั้งการลงมติให้ความยินยอมรับร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญประเทศติมอร์-เลสเต ก็เกิดขึ้นจากผู้แทนประชาชนเช่นกัน

จากการศึกษาปัญหากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญนั้นยังคงมีปัญหาในเรื่องการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนอยู่เช่นเดิม แม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในขั้นตอนอื่นๆ จะเหมือนการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาช่วยจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่ด้วยกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญในยุคนั้นต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการร่างรัฐธรรมนูญ และอยู่ในช่วงที่ประชาชนเรียกร้องในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงมีการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยตลอด ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญในครั้งนี้ ที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตย

4.2.3 ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมีบทบัญญัติกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญนำร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแล้ว และเป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับการลงมติรับร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว นำออกให้ประชาชนทำประชามติเพื่อให้ประชาชนตัดสินใจ ในรัฐธรรมนูญอีกครั้งก่อนนำไปประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไป

อย่างไรก็ตามจากบทบัญญัติว่าด้วยการลงประชามติดังกล่าวยังนำมาสู่ปัญหาการไม่มีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนอยู่เช่นเดิม ซึ่งผู้เขียนจะได้แยกอธิบายเป็นสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่ง กระบวนการลงประชามติ และส่วนที่สอง ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ ดังนี้

4.2.3.1 กระบวนการลงประชามติ

ในหัวข้อ 4.2.3.1 นี้ ผู้เขียนได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ประกอบประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่รัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ และพระราชบัญญัติว่าด้วยความเรียบร้อยในการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 โดยแบ่งอธิบายได้ดังนี้

4.2.3.1.1 ขั้นตอนในสภาร่างรัฐธรรมนูญ

ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ และรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ประชุมหารือกันเกี่ยวกับการวางกรอบในการทำงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยสิ่งที่ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ และรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบตั้งแต่เริ่มรับตำแหน่งหน้าที่ คือ การวางกรอบในการทำประชามติตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้กำหนดไว้ โดยในการประชุมประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ และรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองคนได้กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานที่ช่วยดำเนินการในการลงประชามติ³²⁸

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 2 เมื่อวันที่อังคารที่ 16 มกราคม พ.ศ.2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีมติตั้งคณะกรรมการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออกเสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติขึ้น ให้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดรูปแบบ แนวทาง และวิธีการในการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออกเสียงประชามติ และการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ เพื่อบังคับใช้อย่างถูกต้องเหมาะสม โดยคณะกรรมการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออก

³²⁸ “นรินทร์ เตินเครื่องร่างรัฐธรรมนูญ สืบคำหน้า” เว็บไซต์กรุงเทพธุรกิจ อ้างถึงใน คณะกรรมการการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 77.

เสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติได้ตั้งคณะกรรมการเพื่อการดำเนินการในขอบเขตอำนาจ รวม 5 คณะ ได้แก่

1. คณะอนุกรรมการยกร่างหลักเกณฑ์ วิธีการออกเสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติ
2. คณะอนุกรรมการสนับสนุน และติดตามการจัดการออกเสียงประชามติประจำภาคเหนือ
3. คณะอนุกรรมการสนับสนุน และติดตามการจัดการออกเสียงประชามติประจำภาคใต้
4. คณะอนุกรรมการสนับสนุน และติดตามการจัดการออกเสียงประชามติประจำภาคตะวันออกเฉียงเหนือ
5. คณะอนุกรรมการสนับสนุน และติดตามการจัดการออกเสียงประชามติประจำภาคกลางและกรุงเทพมหานคร

และในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 10 เมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ.2550 ที่ประชุมได้ลงมติเห็นชอบในวาระที่ 3 ร่างประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่รัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ.... เพื่อใช้เป็นประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวต่อไป โดยมีสาระสำคัญที่น่าสนใจ คือ ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนดวันออกเสียงประชามติ ให้ใช้เขตจังหวัดเป็นเขตออกเสียง กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิออกเสียงต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ในวันที่ 1 มกราคม ของปีที่การออกเสียง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการจัดและควบคุมการออกเสียงประชามติให้เป็นไปด้วยความสุจริตและเที่ยงธรรม ตามที่สภาร่างรัฐธรรมนูญมอบหมาย และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งแจ้งผลการออกเสียง และจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงไปยังสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อประกาศผลการออกเสียงประชามติ

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 เมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ.2550 ที่ประชุมมีมติมอบหมายให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้ดำเนินการจัดและควบคุมการออกเสียงประชามติ ตามข้อ 8 วรรคแรก ของประกาศสภาร่างฯ และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความเรียบร้อยในการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 เพื่อรองรับการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ และเพื่อความเรียบร้อยในการออกเสียงประชามติ

ในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 40³²⁹ เมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ.2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติให้วันอาทิตย์ที่ 19 สิงหาคม พ.ศ.2550³³⁰ เป็นวันออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ ตามประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการเผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญ และการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2550 ข้อ 9

วันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ.2550 ได้มีการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 41 โดยสาระสำคัญในการประชุมนั้น ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้แจ้งให้ที่ประชุมรับทราบเกี่ยวกับการลงประชามติในเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. คำสั่งคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐบุคคลหรือคณะบุคคล เพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ

2. ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการใช้จ่ายเงินในการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2550

3. การดำเนินการจัดทำประชามติ

4. การออกประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยค่าตอบแทนผู้ได้รับการแต่งตั้งให้ช่วยเหลือการปฏิบัติงานในการออกเสียงประชามติ พ.ศ.2550

และประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้แจ้งให้ที่ประชุมรับทราบ เรื่อง การดำเนินการจัดทำประชามติ เกี่ยวกับระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการออกเสียงประชามติ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2550

การประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 43 เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม พ.ศ. 2550 ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้แจ้งให้ที่ประชุมรับทราบ เรื่อง คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและได้ส่งให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ.2550 จำนวน 3 ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ให้ที่ประชุมทราบ (โดยในส่วนของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับได้รับการลงมติวาระที่ 3 จากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สมควรประกาศใช้เป็นกฎหมายทั้ง 3 ฉบับ เมื่อวันที่ 26 กันยายน พ.ศ.2550³³¹ และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยในร่าง

³²⁹ บันทึกการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 40/2550 วันอังคารที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ.2550

³³⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอน 82ง, หน้า.11 วันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ.2550

³³¹ บันทึกการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 53/2550 วันพุธที่ 26 กันยายน พ.ศ.2550

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ และประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ.2550 เป็นต้นไป³³²)

และในการประชุมครั้งนี้เองที่ประชุมได้รับทราบผลการออกเสียง และจำนวนผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และได้แจ้งเรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งได้รายงานผลการนับคะแนนและรวมคะแนนการแสดงความเห็นการออกเสียงประชามติดังนี้

- 1.) จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงซึ่งปรากฏในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิออกเสียง 45,092,955 คน
- 2.) จำนวนบัตรออกเสียงที่ได้รับมาทั้งหมด 46,346,895 บัตร
- 3.) จำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงที่มาแสดงตนขอรับบัตรออกเสียงเพื่อการลงคะแนน 25,978,954 คน
- 4.) จำนวนบัตรออกเสียงที่ลงคะแนนออกเสียง 25,474,747 บัตร (คิดเป็นร้อยละ 57.61 จากจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด)
- 5.) จำนวนบัตรเสีย 504,120 บัตร
- 6.) การแสดงความเห็นการออกเสียงประชามติ ปรากฏผลคะแนน ดังนี้ เห็นชอบ 14,727,306 คะแนน (คิดเป็นร้อยละ 56.69) ไม่เห็นชอบ 10,747,441 คะแนน (คิดเป็นร้อยละ 41.37)

ทั้งนี้หากพิจารณาเป็นรายภาค พบว่า ภาคกลางเห็นชอบร้อยละ 65.38 ไม่เห็นชอบร้อยละ 32.89 ภาคใต้เห็นชอบร้อยละ 86.47 ไม่เห็นชอบร้อยละ 11.46 ภาคเหนือเห็นชอบร้อยละ 53.15 ไม่เห็นชอบร้อยละ 44.44 และภาคตะวันออกเฉียงเหนือเห็นชอบร้อยละ 36.53 และไม่เห็นชอบร้อยละ 61.67³³³

4.2.3.1.2 ประเด็นพิจารณาและงบประมาณ

ในวันเปิดประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 5 มีนาคม พ.ศ.2550 ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้กล่าวเกี่ยวกับประเด็นการทำประชามติว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญคงไม่เป็นคนทำประชามติเอง การทำประชามติต้องเลือกวิธีการที่ดีที่สุด เป็นที่ยอมรับของประชาชน เนื่องจากการทำประชามติเป็นสิ่งที่ไม่เคยทำมาก่อนในประเทศไทย ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเลือกวิธีการที่เหมาะสมที่สุด เป็นที่ยอมรับ และทำได้จริง โดยไม่คำนึงถึงเรื่องงบประมาณ โดยเรื่องการทำ

³³² ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 64ก, หน้า.1 วันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ.2550

³³³ คณะกรรมการการศึกษาประเด็นการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 364.

ประชามตินี้ได้มีการพิจารณากันอย่างมากในการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 10 เมื่อวันอังคารที่ 13 มีนาคม พ.ศ.2550 ทั้งเรื่ององค์กรที่จะรับผิดชอบดูแลการทำประชามติ การปรึกษาหารือให้กระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ดำเนินการเรื่องประชามติ เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีบุคลากรเป็นจำนวนมากสามารถเข้าไปได้ทุกหมู่บ้านทุกตำบล จนถึงบุคคลระดับรากหญ้า พิจารณาเรื่องงบประมาณที่ต้องใช้จ่าย โดยรองประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ชี้แจงว่ากรรมาธิการกิจการสภาร่างรัฐธรรมนูญมีการหารือเรื่องงบประมาณ พิจารณาปรับลดจากเดิม 2,000 ล้านบาท เป็น 1,700 ล้านบาท

ทั้งนี้ในประเด็นเรื่องงบประมาณดังกล่าว ปรากฏว่า นายไพโรจน์ พรหมสาสน์ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ประสานไปยังกระทรวงมหาดไทย โดยกระทรวงมหาดไทยได้มีการประเมินตัวเลขค่าใช้จ่ายเบื้องต้นเป็นเงินประมาณ 599 ล้านบาท ซึ่งต่างจากงบประมาณตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด ดังนั้นก่อนที่จะอนุมัติงบประมาณ สภาร่างรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบให้ชัดเจนว่าต้องใช้งบประมาณแท้จริงเท่าไร

4.2.3.1.3 บทบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

มาตรา 29 วรรคสองและวรรคสามของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว บัญญัติให้เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว ให้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ซึ่งต้องจัดทำไม่เร็วกว่าสิบห้าวันและไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันที่เผยแพร่ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สภาร่างรัฐธรรมนูญประกาศกำหนด และกรรมาธิการออกเสียงประชามติต้องกระทำภายในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

มาตรา 31 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว บัญญัติว่าในการออกเสียงประชามติ ถ้าประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติเห็นชอบให้นำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาใช้บังคับแล้ว ให้ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และเมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและใช้บังคับได้

ในกรณีที่ประชาชนโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบให้ใช้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง และให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบ และนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป โดยในการประชุมร่วมกันของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และคณะรัฐมนตรีนั้น

ให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติทำหน้าที่ประธานในที่ประชุม และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญดังกล่าว ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ³³⁴

ก่อนที่จะมีการออกเสียงประชามติมีหน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชน กลุ่มอาชีพ กลุ่มมวลชนต่างๆ ได้มีการรณรงค์ให้ประชาชนมาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ เพราะถือเป็นการออกเสียงประชามติครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองไทย แต่ในขณะเดียวกันก็มีกลุ่มนักวิชาการและพลเมืองที่ออกมารณรงค์ให้ประชาชนออกเสียงไม่รับร่างรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

จากการศึกษาพบว่า ในวันที่ 3 สิงหาคม พ.ศ.2550 ได้มีการจัดเวทีเพื่อการประชันทางความคิด (DEBATE) จุดเด่นจุดด้อยของร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 โดยมี นายจรัญ ภักดีธนากุล รองประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ นายสมคิด เลิศไพฑูรย์ เลขาธิการคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และนายเจิมศักดิ์ ปิ่นทอง สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เป็นฝ่ายสนับสนุนที่เห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 ควรทำการลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นฝ่ายไม่สนับสนุนให้มีการรับร่างรัฐธรรมนูญ หรือกลุ่มโหวตโน นำโดย นายนิธิ เอียวศรีวงศ์ นักวิชาการมหาวิทยาลัยเที่ยงคืน นายจาตุรนต์ ฉายแสง หัวหน้ากลุ่มไทยรักไทย และนายวรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ร่วมแสดงความคิดเห็นไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 โดยมีผู้เข้าร่วมฟังกว่า 300 คน³³⁵ อย่างไรก็ตามการจัดเวทีเพื่อการประชันทางความคิดในครั้งนั้น เกิดวาทะกรรมว่าให้รับร่างรัฐธรรมนูญไปก่อนแล้วจึงค่อยแก้ไขทีหลัง

นอกจากนี้ พลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์ นายกรัฐมนตรี พร้อมด้วย คณะรัฐมนตรี ข้าราชการ อาสาสมัครพัฒนาประชาธิปไตย นักเรียน นิสิต นักศึกษา พ่อค้า ประชาชน และกลุ่มพลังมวลชน ทุกหมู่เหล่าจากกรุงเทพมหานคร และ 17 จังหวัดภาคกลาง ร่วมเดินรณรงค์ ที่ลานพระบรมรูปทรงม้า เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ.2550 ในงาน “มหกรรมรวมพลังประชาธิปไตย พร้อมใจลงประชามติ” เพื่อเชิญชวนประชาชนที่มีสิทธิออกเสียงเกิดความตระหนักและไปใช้สิทธิออกเสียงลงประชามติ³³⁶

อย่างไรก็ตามผลการลงประชามติจากประชาชนเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ.2550 ประชาชนเสียงข้างมากของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงประชามติ ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550

³³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

³³⁵ คณะกรรมการการศึกษาประเด็นการร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 363.

³³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน

วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550 นายมีชัย ฤชุพันธุ์ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ นายบรรณิทธิ์ เศรษฐบุตร ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้เข้าเฝ้าฯ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ... เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ได้พระราชทานคืน และได้นำไปประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550³³⁷

4.2.3.1.4 เปรียบเทียบการลงประชามติและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 กับการลงประชามติและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550

การออกเสียงประชามติในกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 นั้น รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2539 มาตรา 211 ปันรส วรรคห้า บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิฉะนั้นเสียงให้ความเห็นชอบไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ให้ดำเนินการจัดให้มีการลงประชามติเพื่อให้ประชาชนออกเสียงลงคะแนนว่าจะเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเสนอ” ให้ประธานรัฐสภาดำเนินการต่อไป แต่ถ้าเสียงข้างมากไม่เห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญนั้นหรือมีผู้ใช้สิทธิออกเสียงประชามติเป็นจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งในห้าของจำนวนผู้มีสิทธิออกเสียงประชามติ ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ซึ่งการออกเสียงประชามติดังกล่าวหมายถึงคะแนนเสียงของรัฐสภา

ทั้งนี้รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2539 ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญได้ โดยเมื่อรัฐสภาลงมติให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ประธานรัฐสภานำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายและให้นำบทบัญญัติมาตรา 93 มาใช้บังคับโดยอนุโลม และให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ และพระราชทานคืนมาหรือเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมาให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ซึ่งในกระบวนการลงประชามติและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจยับยั้งดังกล่าว หากรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการลงประชามติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และคณะรัฐมนตรีจะประชุมร่วมกันและเลือกรัฐธรรมนูญฉบับใดที่เคยบังคับใช้มาปรับปรุงแก้ไข และประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญปกครองประเทศได้ทันที

³³⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 47ก, หน้า.1 วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550

4.2.3.2 ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ

แม้การลงประชามติจะได้ชื่อว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ อันเป็นการแสดงออกซึ่งกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงแล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงทำประชามติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวยังคงมีปัญหาอยู่ โดยพิจารณาได้สองปัญหา ดังนี้

4.2.3.2.1 ปัญหาเรื่องงบประมาณ

ตามที่ได้มีการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการพิจารณางบประมาณพบว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งตั้งงบประมาณในการทำประชามติเป็นจำนวนเงินสูงถึง 1,700 ล้านบาท ในขณะที่กระทรวงมหาดไทยประเมินงบประมาณในการจัดการทำประชามติเพียง 599 ล้านบาท เท่านั้น

4.2.3.2.2 ปัญหาเรื่องบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปตามหลักการลงประชามติที่เป็นประชาธิปไตย

การนำร่างรัฐธรรมนูญไปให้ประชาชนทำประชามติถือได้ว่าเป็นการส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประชาชนได้เป็นอย่างดี เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำแล้ว ย่อมเป็นการส่งเสริมความชอบธรรมให้เกิดขึ้นในร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว และการมีส่วนร่วมในทางการเมืองโดยการกำหนดให้ประชาชนมีอำนาจตัดสินใจในการรับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญนั้น ถือได้ว่าเป็นกระบวนการที่มีความเป็นประชาธิปไตย

แต่อย่างไรก็ตามการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนนั้น ต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ เนื่องจากจะต้องเป็นไปตามความต้องการอันแท้จริงของประชาชนในการกำหนดความเป็นไปของสังคม พื้นฐานการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างน้อยต้องมีความสมัครใจที่จะเข้าร่วมโดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ มิเช่นนั้นก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการมีส่วนร่วม นอกจากนี้ประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมตัดสินใจในกิจการนั้นๆ จะต้องยอมรับถึงผลกระทบของเรื่องที่ได้ตัดสินใจดังกล่าวด้วย

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 จะกำหนดให้ประชาชนชาวไทยมีส่วนร่วมในทางการเมือง โดยการกำหนดให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญได้โดยการลงประชามติเพื่อพิจารณารับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญนั้น แม้จะพิจารณาได้ว่าเป็นกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงสมัยใหม่ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเกิดความชอบธรรมและได้รับการยอมรับจากประชาชนก็ตาม แต่เมื่อมีการกำหนดเงื่อนไขในการลงประชามติไว้

อย่างไม่อาจมีความชัดเจนและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้ ว่าหากร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ผ่านการลงประชามติ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติและคณะรัฐมนตรีสามารถพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จ และนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไปได้นั้น นอกจากจะไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดว่าจะป็นรัฐธรรมนูญฉบับใดอันไม่มีลักษณะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ว่าจะได้กฎหมายฉบับใดมาเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศแล้ว ผู้เขียนพิจารณาว่าการกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวยังเป็นการข่มขู่ผู้มาใช้สิทธิออกเสียงลงประชามติอีกด้วย ด้วยเหตุผลว่าเกรงกลัวคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติและคณะรัฐมนตรีจะนำรัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่เป็นประชาธิปไตยหรือมีความเป็นประชาธิปไตยน้อย อาจไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักรัฐธรรมนูญนิยม ประชาชนชาวไทยจำต้องยอมรับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และการกำหนดบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวที่ทำให้ประชาชนขาดความมั่นใจในการออกเสียงประชามตินั้น ไม่อาจกล่าวได้ว่าประชาชนชาวไทยทั้งหมดจะยอมรับถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว กระบวนการลงประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่เป็นไปตามหลักการลงประชามติที่เป็นประชาธิปไตยที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในบทที่ 2

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรการลงประชามติเลือกรูปแบบการปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสในยุคสาธารณรัฐที่ 4 จะพบว่า การทำประชามติในครั้งนั้น นายพลเดอโกลได้กำหนดให้ประชาชนรับรู้และเข้าใจว่าให้ประชาชนเลือกรูปแบบการปกครองในระบอบสาธารณรัฐหรือไม่ และประสงค์จะให้การจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ซึ่งหากประชาชนลงประชามติว่าไม่ประสงค์จะให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในเงื่อนไขการลงประชามติก็ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าให้ประเทศฝรั่งเศสกลับไปใช้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 3 อันเป็นการทำประชามติโดยใช้กระบวนการประชาธิปไตยทางตรงอย่างแท้จริง เพราะประชาชนสามารถเลือกได้และเข้าใจในเนื้อหา มีหลักเกณฑ์ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะยังคงมีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดปกครองประเทศต่อไป หากแต่เป็นฉบับใหม่หรือเป็นฉบับสาธารณรัฐที่ 3 และเป็นการให้ประชาชนยอมรับถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการลงประชามติไม่ประสงค์ให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าเสียดายว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในขั้นตอนการลงประชามตินี้หากกำหนดให้การลงประชามติสอดคล้องต่อหลักการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยแล้ว กระบวนการลงประชามติดังกล่าวอาจทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยขึ้นบ้างและอาจเป็นการลบล้างกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยที่ผ่านมาได้ ดังการลงประชามติให้

ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยรัฐสภาของแต่ละมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กระบวนการลงประชามติของผู้แทนประชาชนเป็นผลลบล้างกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในส่วนที่ไม่เป็นประชาธิปไตยตามที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าการบวนการทำประชามติที่จะลบล้างกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตยได้นั้นต้องพิจารณาองค์ประกอบหลักหลายประการทั้งที่มาของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมาจากประชาชนเช่นเดียวกับที่มาของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญต้องมีการทำประชาพิจารณ์หรือให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญดังเช่นกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ตลอดจนต้องมีการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้วิพากษ์วิจารณ์กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญได้อย่างเสรี และมีการลงประชามติโดยประชาชนเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาด้วย จึงจะทำให้การลงประชามติลบล้างหรือทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยขึ้นมาได้ มิใช่เพียงการพิจารณากระบวนการลงประชามติที่เกิดขึ้นแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

กระบวนการลงประชามติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเพียงขั้นตอนในการสร้างความชอบธรรมให้เกิดขึ้นแก่ร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น กระบวนการลงประชามตินี้จึงไม่เป็นประชาธิปไตย

ในส่วนปัญหากระบวนการลงประชามตินี้ เกิดเป็นกระแสสังคมอย่างกว้างขวาง มีการรณรงค์ให้รับร่างรัฐธรรมนูญไปก่อนแล้วหากไม่ตีค้อยแก้ไขที่หลัง เนื่องจากในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ง่ายขึ้นกว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ และกลุ่มที่รณรงค์ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญเนื่องด้วยเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากผลพวงของการรัฐประหาร โดยแบ่งเป็นกลุ่มที่เห็นด้วยให้รับร่างรัฐธรรมนูญและพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับภายหลังลงประชามติรับร่าง และกลุ่มที่ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

กลุ่มที่เห็นด้วยให้รับร่างรัฐธรรมนูญและพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับภายหลังลงประชามติรับร่างรัฐธรรมนูญ โดยกลุ่มนี้พิจารณาว่ารัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นโดยรัฐสภาปัดยเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาทางการเมือง และปฏิรูปการเมืองการปกครอง มีกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญที่กระจายไปทุกภาคส่วน และเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการประชาธิปไตยทางตรงแล้ว เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม เป็นกระบวนการที่เป็นประชาธิปไตย เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ผ่านการทำประชามติรับร่าง

รัฐธรรมนูญโดยประชาชนแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญจึงมีสิทธิประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้

กลุ่มที่ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กระบวนการและขั้นตอนในการจัดทำรัฐธรรมนูญไม่มีความยึดโยงกับประชาชน และเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยการรัฐประหารเป็นวิธีการนอกวิถีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากรัฐธรรมนูญได้ผ่านการทำประชามติและผลเป็นรับร่างรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวย่อมไม่อาจบังคับใช้ได้ เพราะมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย

ด้วยความเคารพต่อแนวความคิดของทั้งสองกลุ่มข้างต้น ผู้เขียนมีความคิดเห็น ว่า กระบวนการลงประชามติในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่มีความเป็นประชาธิปไตย และไม่ปฏิบัติตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนที่เป็นประชาธิปไตย การลงประชามติดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ส่วนจะรับร่างรัฐธรรมนูญหรือจะให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับหรือไม่ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าคงเป็นดุลยพินิจของผู้่านในการที่จะตัดสินใจถึงประเด็นปัญหาดังกล่าวด้วยตนเอง แต่อย่างไรก็ตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ถูกประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว อาจไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาถึงประเด็นปัญหาดังกล่าวอีก แต่อาจมีค่าเป็นอย่างยิ่งหากประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารอีกครั้ง ถึงเวลานั้นผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะช่วยเป็นส่วนหนึ่งของการตัดสินใจให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น

จากการศึกษาปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พบว่า เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากวิวัฒนาการทางการเมืองและวัฒนธรรมทางการเมืองของไทยที่มีลักษณะเป็นระบบศักดินา อุปถัมภ์ค้ำชู และอำนาจนิยม ทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยแก้ไขปัญหาทางการเมืองด้วยการรัฐประหาร ดังการรัฐประหารสำเร็จที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเป็นจำนวนถึง 12 ครั้ง การยอมรับการรัฐประหาร การไม่มีความหวงแหนในอำนาจอธิปไตย การขาดจิตสำนึกร่วมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยเพราะเกิดความเคยชินในการเป็นผู้รับ เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการรัฐประหาร ฉีกรัฐธรรมนูญ และร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้ปกครองประเทศ และวนกลับไปรัฐประหาร ฉีกรัฐธรรมนูญ และร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นวัฏจักรนั้นก็เพราะด้วยเหตุความเคยชินกับการรัฐประหารและความไม่หวงแหนรัฐธรรมนูญของประชาชนชาวไทย เมื่อเกิดการรัฐประหารในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ถูกล้มล้างลง กลายเป็นวัฒนธรรมทางการเมืองไทย และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ถูกจัดให้มีขึ้นด้วยวัฒนธรรมดังกล่าว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญอีกฉบับหนึ่งที่ถูกจัดทำขึ้นภายหลังการรัฐประหารของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมี

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ที่ถูกจัดทำขึ้นโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข องค์กรในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งกระบวนการคัดเลือกคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสภาแห่งชาติ “กตส.” การคัดเลือกสมาชิกสภาแห่งชาติ และการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นภายใต้การแทรกแซงของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติทั้งสิ้น

จากวัฒนธรรมทางการเมืองของไทยในการยอมรับการรัฐประหาร จึงนำมาสู่การยอมรับประกาศ และคำสั่ง ตลอดจนรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นโดยคณะรัฐประหาร จนทำให้เกิดปัญหาในการยอมรับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวกำหนดให้กระบวนการคัดเลือกสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญถูกจำกัดภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และเมื่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดความยึดโยงของประชาชนกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญไว้ จึงนำมาสู่ปัญหาที่มาของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ขาดความชอบธรรมจากประชาชน และก่อให้เกิดปัญหาในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอีกหลายขั้นตอนต่อมา กระทั่งการลงประชามติก็เป็นกำหนดให้มีการทำประชามติแบบมีเงื่อนไขที่ไม่ชัดเจนแน่นอน ประชาชนไม่สามารถรู้และเข้าใจถึงการมีส่วนร่วมดังกล่าวได้

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน และประเทศติมอร์-เลสเต แล้ว พบว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของต่างประเทศนั้นกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ทำให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ข้างต้นมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย แตกต่างจากกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ไม่มีความเป็นประชาธิปไตย เพราะไม่ได้มีส่วนใดได้รับการยอมรับจากประชาชนอย่างแท้จริง อีกทั้งเป็นกระบวนการจัดทำที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่มาจาก การรัฐประหาร ขาดความชอบธรรมและไม่เป็นประชาธิปไตย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน เป็นการปกครองที่คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการกำหนดทิศทางระบบการเมืองและระบบกฎหมายภายในรัฐ โดยให้ความชอบธรรมแก่การใช้อำนาจของรัฐกับประชาชน หรือการให้ความชอบธรรมแก่การปกครองของมนุษย์ที่มีต่อมนุษย์ด้วยกันเอง การปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยซึ่งประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนี้จึงเป็นการปกครองที่ให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครอง รัฐซึ่งเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของประชาชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคม จึงมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดในการปกครองประเทศ และเป็นที่มาของระบบกฎหมายและระบบการเมือง ที่กำหนดรูปแบบโครงสร้างทางการเมืองและรูปแบบการปกครอง เมื่อถูกจัดทำขึ้นในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมีการกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญจึงเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญจึงต้องมีบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศตามหลักกฎหมายมหาชน เช่น การร่างรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม ร่างรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กำหนดกรอบการจัดทำรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ เป็นต้น และรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นภายใต้ระบอบการปกครองดังกล่าวต้องถูกจัดทำขึ้นโดยกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญด้วย จึงจะถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติที่เป็นประชาธิปไตยและมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย

เมื่อรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นภายใต้ข้อตกลงร่วมกันของประชาชนและเกิดขึ้นจากกระบวนการที่ประชาชนเป็นผู้มีส่วนร่วมและรับผิดชอบร่วมกัน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญาประชาคมที่เกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันของคนในชาติอย่างแท้จริงทั้งนี้เพราะเมื่อประชาชนปกครองประชาชนด้วยตนเอง รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นจึงต้องมีกระบวนการจัดทำที่มาจากประชาชนเพื่อให้เกิดการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญที่ใช้ปกครองประชาชนด้วยตนเองนั้น ก็มาจากประชาชนด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้นเมื่อมีการกำหนดกติกาหรือรูปแบบทางการเมือง หรือโครงสร้างทางการเมืองอย่างไร ก็จะทำให้เกิดการยอมรับและความชอบธรรมที่ประชาชนมีส่วนร่วม หากภายหลังมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือมีการดำเนินการใดๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นโดยประชาชนแล้ว ก็จะไม่เกิดข้อครหาว่าเป็นกฎกติกาที่ไม่ถูกต้องไม่ชอบธรรม หรือมีความรู้สึกว่าตนแข่งขันแพ้เพราะ

กติกามาเปรียบเทียบ เช่น หลักเกณฑ์การเลือกตั้งภายใต้กติกาของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังนั้นรัฐธรรมนูญที่จะเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายได้ จึงต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการจัดทำโดยประชาชน กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยประชาชนจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะเป็นที่มาของการยอมรับและความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญที่จะบังคับใช้แก่ประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย

จากการศึกษาพบว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นโดยกษัตริย์ โดยคณะบุคคล โดยกลุ่มเผด็จการ หรือโดยประชาชน จะมีขั้นตอนในการจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับวิวัฒนาการทางการเมือง ตลอดจนวัฒนธรรมทางการเมืองของแต่ละประเทศ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศตะวันตก เช่น ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เริ่มต้นขึ้นโดยกษัตริย์เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ ต่อมาเมื่อมีการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพในประเทศฝรั่งเศส กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสก็มีการพัฒนาไปพร้อมกับวิวัฒนาการทางการเมือง จนในที่สุดปรากฏเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยทั้งสิ้น 4 ฉบับ ได้แก่รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1793 (รัฐธรรมนูญฉบับมองตาญยาร์ด), รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1848, รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4) และรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ฉบับปัจจุบัน)) ซึ่งล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประชาชน ที่ถือได้ว่าเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย หรือในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันที่เริ่มจัดทำรัฐธรรมนูญในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งมีกษัตริย์เป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการปกครองประเทศ ต่อมาเมื่อประเทศเยอรมันเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สอง และมีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่อีกครั้ง กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็เกิดขึ้นโดยประชาชนชาวเยอรมันและเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างระบบการเมืองการปกครอง และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย จะเห็นได้ว่าในประเทศที่มีการปกครองโดยกษัตริย์ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็จะมีรูปแบบที่แตกต่างไปในแต่ละยุคสมัย แต่เมื่อมีวิวัฒนาการทางการเมืองที่เปลี่ยนไป มีการเปลี่ยนรูปแบบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจอิสระสูงสุดและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญก็จะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ หรืออย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยติมอร์-เลสเต ที่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นภายหลังการประกาศอิสรภาพ ก็กำหนดรูปแบบและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และเป็นรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นรับรองเอกราช และกำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของทั้งสี่ประเทศดังกล่าว

ข้างต้นซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่จัดทำขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนเป็นที่ยอมรับและเกิดความชอบธรรมที่จะบังคับใช้แก่ประชาชนในประเทศ กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตย ภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยตะวันตก

สำหรับประเทศไทยจากการศึกษาพบว่านอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนที่ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมากที่สุด จนได้รับการอ้างอิงจากนักกฎหมายทั่วโลกแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ของประเทศไทยหากไม่เกิดขึ้นโดยกลุ่มบุคคลในทางการเมือง ก็เกิดขึ้นจากการรัฐประหาร ซึ่งประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็เป็นรัฐธรรมนูญหนึ่งในหลายๆ ฉบับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดขึ้นจากการรัฐประหาร โดยประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถูกจัดทำขึ้นภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย ที่มีการยอมรับการรัฐประหารว่าเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศและเป็นรัฐธำธิปัตย์ วัฒนธรรมทางการเมืองไทยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทยเป็นอย่างมาก และปัญหาประการหนึ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้จากลักษณะวัฒนธรรมทางการเมืองของไทย คือ การทำให้การรัฐประหารเกิดขึ้นได้โดยประชาชนชาวไทยเห็นเป็นเรื่องปกติ เป็นความคุ้นเคย ขาดความรักความหวงแหนในรัฐธรรมนูญ และไม่มีความรู้สึกเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เพราะมิได้เกิดขึ้นจากการเรียกร้องดังเช่นวัฒนธรรมทางการเมืองประชาธิปไตยตะวันตก เมื่อเกิดปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองมักจะลงเอยด้วยการรัฐประหารอยู่เรื่อยไป

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย ภายหลังจากการรัฐประหารดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาของกระบวนการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยกระบวนการเริ่มต้นในการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ และการกำหนดขั้นตอนในการสรรหาสมาชิกสมัชชาแห่งชาติเกิดขึ้นโดยประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ และคำสั่งประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว หาใช่รัฐธำธิปัตย์อีกต่อไปไม่ นำมาสู่ปัญหาเรื่องสภาพบังคับของ

ประกาศ และคำสั่ง ดังกล่าว ว่าเป็นการกำหนดขั้นตอนการสรรหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเกิดขึ้นจากองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ตลอดจนความหวาดระแวงจากการถูกแทรกแซงในกระบวนการสรรหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การสรรหาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ โดยคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ที่ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบ เชื่อใจ และไว้วางใจได้

ประการที่สอง ปัญหากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ เกิดความหวาดระแวงในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญระหว่างผู้ร่างรัฐธรรมนูญด้วยกัน และความหวาดระแวงของประชาชนที่มีต่อกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ เนื่องด้วยเป็นกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้บรรยากาศความไม่ไว้วางใจว่าจะถูกแทรกแซงโดยอำนาจนอกรัฐธรรมนูญหรือไม่ อีกทั้งการรัฐประหารเกิดขึ้นมาจากเหตุผลทางการเมือง ทำให้เกิดความหวาดระแวงว่าการรัฐประหารครั้งนี้กระทำขึ้นเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาทางการเมืองเพียงอย่างเดียว มากกว่าการมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ การสร้างเสถียรภาพทางการเมืองให้เกิดขึ้นในสังคม ตลอดจนส่งเสริมการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ

การอ้างเหตุผลในทางการเมืองเพื่อสนับสนุนและสร้างความชอบธรรมให้แก่การรัฐประหารเป็นข้ออ้างที่ไม่ถูกต้อง ไม่เหมาะสม และไม่ชอบด้วยการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ที่ไม่ว่าจะเกิดปัญหาใดๆ ในประเทศ ต้องแก้ปัญหาไปตามครรลองของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แก้ไขปัญหาตามกระบวนการยุติธรรมหรือดำเนินการไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มิใช่การอ้างเหตุผลและจัดตั้งโครงสร้างทางการเมืองใหม่โดยการรัฐประหาร

ประการที่สาม ปัญหาของกระบวนการลงประชามติ แม้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะกำหนดให้มีการนำร่างรัฐธรรมนูญไปลงประชามติเป็นครั้งแรก ซึ่งถือเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การมีส่วนร่วมทางการเมืองดังกล่าวจำกัดไปด้วยเงื่อนไข เนื่องด้วยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 อันเกี่ยวข้องกับการทำประชามติไม่มีความชัดเจน และไม่อาจทำให้ประชาชนเข้าใจหรือทำให้ประชาชนยอมรับถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการลงประชามติดังกล่าว อันเป็นหลักการเบื้องต้นของการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนได้ จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าการทำประชามติรับหรือไม่รับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเกิดจากความสมัครใจของประชาชนอย่างแท้จริง

นอกจากนี้การลงประชามติยังสะท้อนปัญหาของผลคะแนนที่มีผู้เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 14,727,306 คะแนน (คิดเป็นร้อยละ 56.69) และผู้ไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 10,747,441 คะแนน (คิดเป็นร้อยละ 41.37) ว่าคะแนนของผู้ไม่เห็นชอบต่างจากคะแนนเห็นชอบจำนวนไม่มาก นอกจากจะพิจารณาได้ว่าเสียงข้างมากเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ยัง

พิจารณาได้ว่ามีผู้ไม่เห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นจำนวนสิบล้านคะแนน หรือสิบล้านคน เช่นเดียวกัน ซึ่งสะท้อนว่ายังมีคนไทยอีกเกือบครึ่งของผู้มาใช้สิทธิออกเสียงไม่เห็นชอบ และไม่รับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นเสียงข้างน้อยจำนวนมาก

ดังนั้น กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงไม่สอดคล้องต่อหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และกระบวนการดังกล่าวนำมาสู่ปัญหาต่อความไม่ไว้วางใจ และความเชื่อใจที่ประชาชนมีต่อรัฐธรรมนูญ ประชาชนชาวไทยต้องพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองให้มีความเป็นประชาธิปไตย ไม่จำเป็นต้องเป็นวัฒนธรรมทางการเมือง ประชาธิปไตยแบบตะวันตกทั้งหมด หากแต่เป็นวัฒนธรรมทางการเมืองไทยที่มีความเป็นประชาธิปไตยก็เพียงพอต่อการพัฒนากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศไทยแล้ว ดังที่ได้เรียนไว้เบื้องต้นว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศนั้นขึ้นอยู่กับวิวัฒนาการทางการเมือง และวัฒนธรรมทางการเมืองของแต่ละประเทศ เมื่อประเทศไทยสามารถพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองให้เป็นประชาธิปไตยได้แล้ว จะทำให้สังคมไม่อาจยอมรับการรัฐประหาร และกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำอันเป็นการกระทำที่นอกวิถีทางของรัฐธรรมนูญและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อีก นำมาซึ่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่บทบัญญัติใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เกิดความเคารพในอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญสามารถบังคับใช้ได้จริงและมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม องค์การรัฐถูกตรวจสอบจากประชาชน มีการต่อต้านระบบและวิธีนอกวิถีรัฐธรรมนูญ การรัฐประหารจะไม่อาจเกิดขึ้นได้อีกเพราะเกรงกลัวต่ออำนาจของประชาชน กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะถูกจัดทำขึ้นจากประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน อย่างแท้จริง มิใช่จากการรัฐประหาร

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่เกิดปัญหาความไม่ไว้วางใจอันเนื่องมาจากการสรรหาบุคคลต่างๆ ที่มาทำหน้าที่ในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ปัญหาของความชอบธรรมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการที่ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และการจัดทำประชามติที่ไม่เป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อให้กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในครั้งต่อไปไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยกระบวนการตามรัฐธรรมนูญหรือโดยการรัฐประหารควรกำหนดให้รัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากประชาชน โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นสัญญาประชาคมที่ใช้บังคับแก่ประชาชนทุกคน และให้รัฐธรรมนูญมีความยั่งยืน โดยแบ่งข้อเสนอแนะเป็น 3 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสรรหาบุคคลในการจัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ให้มีองค์กรที่ใช้อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชน เช่นการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศติมอร์-เลสเต และประเทศเยอรมัน ที่แม้กระบวนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศติมอร์-เลสเตและประเทศเยอรมันจะเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของผู้มีอำนาจออกรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดให้สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งของประชาชน เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญและสอดคล้องต่อหลักประชาธิปไตย

ประการที่สอง ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. ในการร่างรัฐธรรมนูญนั้น ต้องให้มีการแสดงออกทางความคิดเห็นในการวิพากษ์วิจารณ์ถึงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการกำหนดให้การร่างรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชน เพื่อให้เกิดการต่อสู้กันเชิงความคิด และให้สังคมได้รับรู้ถึงปัญหาและความต้องการที่แท้จริงของแต่ละภาคส่วนเพื่อนำไปพัฒนาระบบประชาธิปไตย และวัฒนธรรมทางการเมืองของไทย และเป็นการสะท้อนถึงหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในประเด็นต่างๆ ด้วย ดังเช่นกรณีตัวอย่างของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในยุคสมัยการจัดทำรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 4 ที่ นายพลเดอโกล ออกมาแสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญ และความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญฉบับแรกอยู่ตลอด และมีการรณรงค์ไม่ให้มีการรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ด้วยเหตุผลว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศฝรั่งเศส จนทำให้เกิดกระแสไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ และมีการลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกไปในที่สุด หรือกรณีกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาในขั้นตอนการให้สัตยาบันของแต่ละมลรัฐที่มีการเปิดอภิปรายต่อสู้กันเชิงความคิดระหว่างฝ่ายที่สนับสนุนการให้สัตยาบันร่างรัฐธรรมนูญซึ่งสนับสนุนการสร้างอำนาจให้แก่รัฐบาลกลาง กับฝ่ายที่ต่อต้านการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เห็นด้วยกับการให้อำนาจอย่างมากแก่รัฐบาลกลาง ในมลรัฐเวอร์จิเนีย และนิวยอร์ก เป็นต้น

2. ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และต่อต้านการกระทำนอกวิถีทางของการปกครองในระบบประชาธิปไตย โดยรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และให้เกิดความเป็นประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญจะไม่มี ความหมายและไร้ซึ่งประโยชน์และขาดความชอบธรรมและการยอมรับจากประชาชนหากกระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้เกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ดังเช่นการยกร่างรัฐธรรมนูญในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำการศึกษาความคิดเห็นของประชาชนเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำรัฐธรรมนูญต่อไป ตลอดจนจัดทำประชาพิจารณ์ในทุกชั้นตอนเพื่อสอบถามความต้องการของประชาชนและให้ทันต่อสถานการณ์ทางสังคมที่เปลี่ยนไป

3. ดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองการปกครองไม่ให้ขยายความรุนแรง และจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากกติกาที่ทุกฝ่ายยอมรับ เพื่อลดผลกระทบจากปัญหาทางการเมืองการปกครอง และให้รักษาไว้ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ให้อำนาจเป็นของประชาชน ที่ประชาชนสามารถกำหนด หรือกำกับควบคุมการตรวจสอบได้

ประการที่สาม ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกระบวนการลงประชามติ ดังนี้

1. สร้างจิตสำนึกให้คนในประเทศเกิดความหวงแหนรัฐธรรมนูญ และเกิดความเข้าใจในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยให้ความรู้และปรับโครงสร้างในการเรียนการสอนให้สามารถนำกระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองมาประยุกต์ใช้ได้จริง เช่น การจัดให้มีการเลือกตั้งหัวหน้าห้อง การตัดสินใจด้วยการให้นักเรียนลงประชามติ เพื่อให้เกิดความเคยชินในการปกครองระบอบประชาธิปไตยทั้งโดยวิธีประชาธิปไตยทางตรง และโดยวิธีประชาธิปไตยทางอ้อม ตลอดจนเผยแพร่ความรู้เรื่องการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและการประยุกต์ใช้กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนสู่ภูมิภาคและท้องถิ่นให้ทั่วถึงเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในการเข้าถึงข้อมูล

2. จัดให้มีการทำประชามติที่เกิดขึ้นจากความสมัครใจ ความตั้งใจ ความเข้าใจของประชาชนอย่างแท้จริง โดยไม่สร้างเงื่อนไขในการลงประชามติจนเป็นการบิดเบือนหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนที่เป็นประชาธิปไตย

3. ในกระบวนการลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญนั้น ให้มีการเผยแพร่ประเด็นการจัดทำรัฐธรรมนูญให้ทั่วถึงทุกท้องที่ และกำหนดระยะเวลาการเผยแพร่ที่เหมาะสม เพื่อให้ประชาชนทำการศึกษาให้ละเอียดรอบครอบก่อนลงประชามติ

อย่างไรก็ตามการรัฐประหารโดยใช้อำนาจนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในตัว ไม่ว่าจะการรัฐประหารนั้นจะเกิดขึ้นจากความจำเป็นด้วยเหตุผลทางสภาพสังคม เศรษฐกิจ หรือทางการเมืองเปลี่ยนแปลงไปเช่นไร ก็ไม่อาจยกอ้างเป็นเหตุผลในการล้มล้างรัฐธรรมนูญอันเป็นสัญญาประชาคมและเจตจำนงร่วมกันของประชาชนได้ เพราะการรัฐประหารดังกล่าวขัดต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การกระทำ กฎหรือคำสั่งใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ การรัฐประหารยังขัดต่อหลักนิติรัฐ และละเมิดต่อทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน กระนั้นหากการรัฐประหารได้เกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้แล้ว ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าหากคณะรัฐประหารต้องการให้รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากประชาชนดังที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ คณะรัฐประหารจำต้องให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญของประชาชนตามที่คุณเขียนได้เสนอแนะไว้ เพื่อให้ประชาชนมีความรู้สึกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่คณะรัฐประหารจะได้จัดทำขึ้นนั้นมีการกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย เกิด

ความไว้วางใจหากผู้ใช้อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญแทนประชาชนนั้นเกิดขึ้นจากการยอมรับและการรับรองของประชาชน และเกิดการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับการลงประชามติโดยประชาชนตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองที่เป็นประชาธิปไตย ดังนั้นแล้วรัฐธรรมนูญที่ถูกจัดทำขึ้นแม้จะเกิดขึ้นโดยคณะรัฐประหาร แต่หากกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นได้กำหนดให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำดังที่ผู้เขียนได้เสนอแนะไว้ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญาประชาคมที่เกิดขึ้นจากประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามผู้เขียนขอยืนยันว่าไม่ได้สนับสนุนให้มีการรัฐประหารแต่อย่างใด ด้วยเป็นกระบวนการที่ไม่สมควรเกิดขึ้นในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่หากการรัฐประหารได้เกิดขึ้นขอให้คณะรัฐประหารคำนึงถึงประชาชนเป็นหลัก

นอกจากข้อเสนอแนะทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นแล้วสังคมไทยต้องพัฒนาวัฒนธรรมทางการเมืองไทยให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นควบคู่กับข้อเสนอแนะดังกล่าวด้วย โดยการสร้างความรู้สึกร่วมในการวางแผนรัฐธรรมนูญ ส่งเสริม ให้การศึกษา และกำหนดแนวทางให้ประชาชนเข้าใจถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพื่อให้ประชาชนมีความรู้สึกร่วมว่าเป็นเจ้าของประเทศ และรักษาผลประโยชน์ของประเทศร่วมกัน ด้วยวิธีการให้ความสำคัญและเคารพต่ออำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชน จัดทำรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกำหนดให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญทุกขั้นตอน เพื่อให้สอดคล้องต่อแนวความคิดว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่เกิดขึ้นจากเจตน์จำนงร่วมของประชาชน และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

23 คณาจารย์นิติศาสตร์. 23 คณาจารย์นิติศาสตร์ เห็นต่าง “นิตินาฎราช” ต้องกล้าวิพากษ์วิจารณ์
เผด็จการทุกรูปแบบ ไม่ใช่แค่เผด็จการทหาร [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1317551814&grpId=01&catid=02

---. 2516. "บันทึกประกอบคำบรรยาย วิชา มธ. 112 อารยธรรมยุคใหม่ (ภาคหนึ่งถึงภาคสี่)".

กนกรัตน์ ปัญญาบุรุษวงศ์. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,
2547.

----- . เอกสารวิชาการ ของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครอง
ต่างประเทศ ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ สยามศิลป์การ
พิมพ์, 2543.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. วัฒนธรรมทางการเมือง อำนาจการเมืองและรัฐธรรมนูญ [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1154>

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. อเมริกันศึกษา : การเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา แนวพินิจทางรัฐศาสตร์.

พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โครงการรัฐศาสตร์ศึกษา มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2553.

ขจรชัย ชัยพัฒนนานันท์. การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี
ตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 วิทยานิพนธ์นิติ
ศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

คณะกรรมการศึกษาประเด็นการยกร่างรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ประมวล
เหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพฯ:
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551.

คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จัดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่าง
รัฐธรรมนูญ. กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ 2550. กรุงเทพฯ: สภาร่างรัฐธรรมนูญ,
สิงหาคม 2550.

- คณิน บุญสุวรรณ. ๑๓๒ คำถาม-คำตอบเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ: บริษัท เอมี เอ็นเตอร์ไพร์ส จำกัด, 2554.
- . ประวัติรัฐธรรมนูญไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย, 2556.
- คณินจิ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. รายงานการวิจัยเรื่อง แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : ปัญหาอุปสรรค และทางออก. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2545.
- คำแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ในวันครบรอบ 1 ปี การก่อตั้งคณะนิติราษฎร์.
- จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552.
- จินตนา ดำรงค์เลิศ. การเมืองฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- เจ.เอ็ม. ทอมป์สัน. ประวัติศาสตร์ยุโรป ค.ศ. 1494-ค.ศ. 1789 = Lectures on Foreign History 1494-1789, แปลโดย นันทา โชติกะพุกกะณะ และ นีออน สนิทวงศ์ ณ อยุธยา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2525.
- เจริญ ไชยชนะ. ประวัติศาสตร์สากล. พิมพ์ครั้งที่ 3. พระนคร: การพิมพ์ไชยวัฒน์, 2497.
- ชนาทิพย์ เกสรวัดนะ. ประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมฝรั่งเศส (สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการจนถึงสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- ชมพูทนต์ ตั้งถาวร. กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชยกร แก้วมาก การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญภายใต้วัฒนธรรมทางการเมืองไทย. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- . พัฒนาการกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.
- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. การปกครองแห่งความเข้าใจผิด. ใน ประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557.
- ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ. รายงานวิจัย เรื่อง โครงการการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2546.

- ทวีศักดิ์ ล้อมลิ้ม. ประวัติศาสตร์ยุโรปสมัยใหม่ ค.ศ.1453 -1804. กรุงเทพมหานคร: โอเด็ยส์โตร์, 2542.
- ธงชัย วงศ์ชัยสุวรรณ และเทียนชัย วงศ์ชัยสุวรรณ. รายงานการวิจัย เรื่อง การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนชั้นกลาง. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2542.
- ธงชัย วินิจจะกุล. ประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์อยู่เหนือรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ฟ้ายเดียวกัน, 2556.
- . มองอดีตด้วยปัจจุบัน. ใน ประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557.
- ธนิต ภูริเวทย์. หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนด และทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2534.
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และชาย ไชยชิต. "การออกเสียงประชามติ : กระบวนการประชาธิปไตยสมัยใหม่." In วารสารสถาบันพระปกเกล้า ปีที่ 7 ฉบับที่ 3 (ก.ย.-ธ.ค. 2552) กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. อย่างนี้ถึงจะเรียกตุลาการภิวัตน์ บทบรรณาธิการครั้งที่ 226 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1406>
- . คำแปรรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. ว่าด้วยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ บทบรรณาธิการครั้งที่ 153 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1029>
- นิธิ เอียวศรีวงศ์. ชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มติชน, 2557.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร. สาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชาญชัย แสวงศักดิ์. การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- . กฎหมายมหาชน เล่มที่ 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ประกาศคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภามัชชาแห่งชาติ ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2549.

- ปรางทิพย์ พรวัฒนะกิจ. รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2556.
- ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. "การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่กับความ เป็นประชาธิปไตยทางตรง." In วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 2 (สิงหาคม 2541) กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2541.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปาน พึ่งสุจริต. ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา. กรุงเทพฯ: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทร วัโรฒ, 2523.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1001>
- พีรศักดิ์ ภัทรปิติกุล. ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการยึดทรัพย์สินนักรการเมืองตามประกาศคณะรักษา ความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะ นิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.
- มนตรี รูปสุวรรณ. บทวิเคราะห์ทางวิชาการเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. กรุงเทพฯ: มูลนิธิคอนราด อาเดนาัวร์, 2550.
- มานิตย์ จุมปา และพรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตรา พร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.
- รองพล เจริญพันธ์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 118ก.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอน 121ก.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 117ก.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 123ง.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 127ง.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนพิเศษ 129ง. คำสั่งคณะกรรมการกำกับดูแลการสรรหาสมาชิก สมิชชาแห่งชาติ (กตส.).
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอน 1ก.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอน 82ง.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 47ก.
- ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 64ก.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนพิเศษ 3ง.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนพิเศษ 5ก.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลังจุดเริ่มต้น คือจุดเริ่มต้น. ใน ประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2557.

วลัยมาศ แก้วศรชัย. สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2541.

วิทยากร เชียงกุล. ปรัชญา การเมือง เศรษฐกิจ สังคม. กรุงเทพฯ: สายธาร, 2555.

วิโรจน์ ธิตา. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารโดยศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2552.

วิชณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2530.

วิชณุ วรัญญู. หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (เอกสารถอดเทปคำบรรยายในการอบรมนักกฎหมาย กฤษฎีกา รุ่นที่ 2) (อัดสำเนา).

ศรีสุข ทวีชาประสิทธิ์. ประวัติศาสตร์การเมืองยุโรป : จากกลางคริสต์ศตวรรษที่ 17 ถึงสิ้นคริสต์ศตวรรษที่ 18. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2539.

สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์ และรุ่งพงษ์ ชัยนาม. เอกสารการสอนชุดวิชาการเมืองการปกครองในยุโรป และอเมริกาหน่วยที่10 : การเมืองการปกครองของฝรั่งเศส. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2531.

สมบัติ ชำรงธัญวงศ์. การเมืองอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: สมาธรรม, 2548.

สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2536.

สรภัทร สีระสาพร. ความสำคัญของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสที่มีต่อบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2547.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ พ.ศ.2550. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.

- สำนักงานสถิติแห่งชาติและสถาบันพระปกเกล้า. สำรวจความคิดเห็นของประชาชนต่อการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (บทสรุปสำหรับผู้บริหาร). 2550.
- สุจินต์ ทังสุขตร์. เยอรมันวิเคราะห์ : อำนาจรัฐ วิวัฒนาการการเมือง ระบบการเมืองเปรียบเทียบ.... แผนกวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุภาคีพรรณ ตั้งตรงไพโรจน์. ติมอร์ตะวันออก. เอเชียรายปี 2006/2549 (ตุลาคม 2549).
- สุภางพรรณ ชันชัย. ติมอร์ตะวันออก. เอเชียรายปี 2002/2545 (สิงหาคม 2545): 40.
- สุรพล ราชภัณฑารักษ์. การเมืองฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523.
- สุรีย์ พงษ์จันทร์. ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิมพ์เนต, 2526.
- สุวัฒน์ เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา. สภาสูงในบางประเทศ. วิทยานิพนธ์ รัฐศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะรัฐศาสตร์ หลักสูตรชั้นปริญญาโท ภาค 2 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2498.
- หยุด แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2506.
- อภิญา แก้วกำเหนิด. การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- อมร จันทรสมบูรณ์. คอนสติติวชันแนลลิสม์ Constitutionalism : ทางออกของประเทศไทย. กรุงเทพฯ มูลนิธิคอนราดอเดนาัวร์, 2539.
- เอี่ยม ฉายางาม. ประวัติศาสตร์ฝรั่งเศส ค.ศ. 1789-1848. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2523.
- . ประวัติศาสตร์อังกฤษ. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.
- ภาษาอังกฤษ
- Agnes Strauss. Testing the “View of Ignorance” Hypothesis in Constitutional Choice : Evidence from the German Basic Law [Online]. 2012. Available from: <http://www.pubchoicesoc.org/papers.2012/Strauss.pdf>
- Alain Peyrefitte. Le Mal Francais. Paris: Plon, 1976.
- Bob Lowry. “East Timor: An Overview of Political Developments.” in Chris Manning and Peter Van Diermen, Eds. Indonesia in Transition. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2000.
- Dwight Y. King. East Timor’s Founding Elections and Emerging Party System. Asian Survey 43, 5 (September-October 2003).
- Gregory E. Maggs and Peter J. Smith. Constitutional Law: A Contemporary Approach. 1 ed. U.S.A: Thomson Reuters, 2009.

- Hauriou (Andre), G. J. a. e. G. P. Droit Constitutionel Et Institutions Politiques. 6 ed. Paris: Montchrestien, 1975.
- James Dunn. Timor: A People Betrayed. Sydney: ABC Books, 1996.
- James Mussatti. The Constitution of the United States Princeton: D. Van Nostrand Co., Inc., 1960.
- Leonard W. Cowie. Eighteenth -Century Europe. London: G. Bell and Sons, Ltd., 1971.
- Loughlin, M. The Idea of Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- N. Matsunami. The Constitution of Japan. The Report of The Japanese Maritime Law Association (1929).
- Randall Garrison. The Role of Constitution – Building Processes in Democratization : Case Study East Timore.. Sweden: International IDEA Democracy and Conflict Management Programme (DCM), 2005.
- Robert A. Goldwin and Kaufman (Written by Walter Berns). Constitution Makers on Institution Making.: American Enterprise Institution for Public Policy Research, 1988.
- Roger Price. A Concise Hirtory of France. London: Cambridge University Press, 1993.
- Russell F. Moore. Modern Constitutions with Brief Commentaries. Littlefield: Adams & Company, 1957. ศาลากลางกรมมหาวิทยาลัย
- S.Goyard-Fabre et R. Seve. Les Questions De La Philosophie Du Droit. Paris: Press Universitaire de France, 1986.
- UNTAET. Daily Press Briefing. Cited as UNTAET September 6 (2001).
- . Daily Press Briefing. UNTAET October, Cited as UNTAET October (October 20,2000).
- UNTAET/REG/2001/2.



UNITED NATIONS
United Nations Transitional
Administration in East Timor
des Nations Unies en Timor
Oriental



NATIONS UNIES
Administration Administrative Transitoire
au Timor

UNTAET

UNTAET/REG/2001/2
16 March 2001

REGULATION NO. 2001/2

**ON THE ELECTION OF A CONSTITUENT ASSEMBLY
TO PREPARE A CONSTITUTION FOR AN INDEPENDENT AND
DEMOCRATIC EAST TIMOR**

The Special Representative of the Secretary-General (hereinafter: Transitional Administrator),

Pursuant to the authority given to him under United Nations Security Council Resolution 1272 (1999) of 25 October 1999,

Recalling United Nations Security Council Resolution 1338 (2001) of 31 January 2001 which acknowledges that it is the responsibility of the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) to ensure free and fair elections in East Timor in collaboration with the East Timorese people,

Taking into account UNTAET Regulation No. 1999/1 of 27 November 1999 on the authority of the Transitional Administration in East Timor,

For the purpose of electing a constituent assembly to prepare a Constitution for an independent and democratic East Timor,

Encouraging the equal participation of women and men at all stages of the electoral and constitutional process, and undertaking to promote the full enjoyment by women of their civil and political rights,

After considering the recommendations of the National Council and of the Cabinet of the Transitional Government in East Timor,

Promulgates the following:

I: The Constituent Assembly

Section 1

Constituent Assembly for East Timor

1.1 In order to implement the decision of the people East Timor in the popular consultation of 30 August 1999 and so as to protect the inalienable human rights of the people of East Timor including freedom of conscience, freedom of expression, freedom of association and freedom from all forms of discrimination, there shall be a Constituent Assembly to prepare a Constitution for an independent and democratic East Timor. The Constituent Assembly shall be unicameral.

1.2 The election of the Constituent Assembly shall be governed by the present regulation and shall be free and fair, with universal adult suffrage and a secret ballot.

Section 2

Mandate of the Constituent Assembly

2.1 The Constituent Assembly shall prepare a Constitution for an independent and democratic East Timor.

2.2 The Constituent Assembly shall adopt a Constitution only by an affirmative vote of at least sixty (60) representatives of the eighty-eight (88) representatives elected pursuant to the present regulation.

2.3 The Constituent Assembly should adopt a Constitution within ninety (90) days of the first day of sitting of the Constituent Assembly.

2.4 In its deliberations, the Constituent Assembly should give due consideration to the results of the consultations conducted by any duly constituted Constitutional Commission or Commissions.

2.5 The Constituent Assembly will also consider such draft regulations as may be referred to it by the Transitional Administrator. In such circumstance, an affirmative vote of a simple majority of the Constituent Assembly would constitute the endorsement of such draft regulation.

2.6 The Constituent Assembly shall become the legislature of an independent East Timor, if so provided in the Constitution.

2.7 The Constitution shall enter into force on the date of East Timor's independence. Prior to the date of independence, the Constitution or relevant provisions thereof (such as

those pertaining to elections) may enter into force with the consent of the Transitional Administrator.

Section 3
Composition of the Constituent Assembly

The Constituent Assembly shall comprise eighty-eight (88) representatives elected in accordance with the present section. Such representatives shall be made up of:

- (a) thirteen (13) representatives, being one representative from each of the existing thirteen (13) administrative districts (hereinafter "districts"), namely:

Aileu
Ainaro
Baucau
Bobonaro
Cova Lima
Dili
Ermera
Lautem
Liquica
Manatuto
Manufahi
Oecussi
Viqueque;

and

- (b) seventy-five (75) representatives, being representatives elected on the basis of one single nationwide constituency.

Section 4
District representation

4.1 Each district in the territory of East Timor shall elect one representative who shall represent the district in the Constituent Assembly (hereinafter "district representative").

4.2 Only residents of a given district, who registered as such in that district and are present in that district on polling day, shall be allowed to vote for that district's representative.

Section 5

National representation

5.1 Seventy-five (75) representatives shall be elected on a nationwide basis (hereinafter, “national representative”) in accordance with the procedures prescribed in section 37 of the present regulation.

5.2 All persons eligible to vote, as defined in section 30 of the present regulation, who have registered in East Timor and who are present in East Timor on polling day may vote for the national representatives.

Section 6 Rules of procedure

Upon its election, the Constituent Assembly shall elect a presiding officer, and shall make its own rules of procedure.

Section 7 Privileges and immunities

7.1 No representative, duly elected to the Constituent Assembly under the present regulation, shall be liable, either criminally or civilly, for any act or omission, if the matter or thing was done in the performance of his or her functions as a representative under the present regulation.

7.2 Unless immunity is specifically waived, by a simple majority present and voting, of the Constituent Assembly, no representative shall be tried in a court of law for any offence during the sittings of the Constituent Assembly. This provision shall not be construed as prohibiting a trial following the dissolution of the Constituent Assembly.

Section 8 Remuneration

A representative, duly elected to the Constituent Assembly under the present regulation, shall receive such remuneration as may be prescribed by the Transitional Administrator.

Section 9 Resignation

A representative, duly elected to the Constituent Assembly under the present regulation, may resign from office by submitting a resignation in writing to the presiding officer of the Constituent Assembly. The presiding officer shall immediately inform the Transitional Administrator of any such resignation.

Section 10

Replacement of representatives where a vacancy arises

In the event of a vacancy arising subsequent to the election, a replacement shall be appointed by the Transitional Administrator as soon as is practicable in accordance with the following:

- (a) where the representative to be replaced was elected as a district representative, a replacement shall be appointed having due regard to the electoral will of the district constituency in question as expressed at the election;
- (b)(i) where the representative to be replaced was elected as a national representative, then the replacement shall be the candidate next appearing on the political party list submitted at the election;
- (b)(ii) where there is no political party list or such list has been exhausted or that such political party has ceased to exist, the replacement shall be appointed having due regard to the electoral will of the national constituency as expressed at the election.

II: The Independent Electoral Commission

Section 11

Independent Electoral Commission

11.1 The Independent Electoral Commission (hereinafter, "IEC") is hereby established.

11.2 Electoral authority in East Timor shall be exclusively vested in the IEC which shall operate as an independent body and shall exercise its functions without regard to any improper influence, direct or indirect, from any source.

11.3 The IEC shall consist of voting Commissioners and a Chief Electoral Officer who shall be a non-voting member of the IEC.

Section 12

Period of operation of Independent Electoral Commission (IEC)

The IEC shall operate from the date of entry into force of the present regulation until such date, after the declaration of the results of the Constituent Assembly election, as may be prescribed by the Transitional Administrator.

Section 13
The Commissioners

13.1 Pursuant to section 11, the Commission shall be composed of the Chief Electoral Officer and five (5) voting Commissioners appointed by the Secretary-General of the United Nations Organization, two (2) of whom shall be East Timorese, and three (3) of whom shall be internationally recognized experts in electoral matters.

13.2 The Transitional Administrator shall publish the names of those appointed as Commissioners in the Official Gazette of East Timor as soon as is practicable.

13.3 Upon convening as the IEC, the Commissioners shall select one of their members as Chair of the Commission.

Section 14
Functions of the Independent Electoral Commission (IEC)

14.1 The IEC shall be responsible for the organization and conduct of the electoral process.

14.2 The IEC is responsible for the procedures, instructions, prescribed forms and guidelines for the electoral process made under the present regulation.

14.3 The IEC shall be responsible for the registration of political parties for the purposes of the present regulation.

14.4 The IEC is responsible for ensuring the prevention and control of election irregularities.

14.5 The IEC shall consider such electoral matters as may be referred to it by the Transitional Administrator.

14.6 The IEC may, on the basis of information received by it, or complaints made or referred to it, or on its own initiative, inquire into, and where appropriate, rule on, any matter or situation which may involve any person or entity whatsoever, in an act or omission constituting intimidation, obstruction, coercion, corruption, or the publication of

false information, or any other act or omission intended to or actually resulting in the obstruction or frustration of the preparation for, or the conduct of, free and fair elections in accordance with the present regulation.

14.7 The IEC shall adjudicate any dispute related to the electoral process including any dispute relating to the registration of political parties, eligibility of voters and candidates, and the validity of votes cast. All such decisions of the IEC are final. There shall be no appeal to any court or tribunal.

14.8 The IEC shall advise the Secretary-General of the United Nations Organization as to whether the criteria for a fair and free election have been met.

14.9 The IEC shall have the power to certify the results of the election and shall convey such results to the Secretary-General of the United Nations Organization through the Special Representative of the Secretary-General in East Timor.

14.10 Upon its establishment, the IEC shall make its own rules of procedure.

Section 15 Meetings of the Commission

15.1 The Special Representative of the Secretary-General shall convene the first meeting of the Commission. The Chair shall convene subsequent meetings and shall determine the time and venue of meetings of the Commission and prepare the agenda for the meetings after consultation with the other Commissioners and with the Chief Electoral Officer.

15.2 The Commission shall take decisions by consensus, when possible, and, in the absence of consensus, by a majority vote of the five Commissioners with voting rights. A Commissioner may cast his or her vote by proxy.

15.3 The quorum for meetings of the IEC shall be three members of the Commission.

15.4 The IEC shall hold meetings in open or closed session at its discretion and shall make a written record of its meetings.

Section 16 Replacement of Commissioners

16.1 A Commissioner shall hold office for the period of operation of the IEC.

16.2 A Commissioner may resign from office by submitting a resignation in writing to the Chair of the Commission.

16.3 Upon resolution of the IEC, the Commissioners may recommend to the Secretary-General of the United Nations Organization that a Commissioner be removed from the IEC, based on evidence indicating incapacity or incompetence, or that the Commissioner has undertaken an act which threatens to compromise the credibility of, or public trust in, the IEC.

16.4 In the event of resignation or removal from office or death of a Commissioner, a replacement Commissioner shall be appointed in accordance with the requirements of Section 13 of the present regulation.

Section 17
Chief Electoral Officer

17.1 There shall be a Chief Electoral Officer appointed by the Secretary-General of the United Nations Organization.

17.2 The Chief Electoral Officer shall have the role of chief executive officer of the IEC and shall be vested with such incidental powers as are proper and necessary for the exercise of his or her management and administrative functions.

17.3 The Chief Electoral Officer shall report to the IEC on a regular basis. He or she may designate a delegate to attend IEC meetings or to report to the Commissioners on his or her behalf.

17.4 Subject to the authority of the IEC, the Chief Electoral Officer shall develop procedures, instructions, prescribed forms and guidelines for the electoral process.

17.5 The Chief Electoral Officer may refer any dispute, complaint, appeal or matter concerning the electoral process to the Chair of the IEC, for inquiry, report or adjudication.

17.6 The Chief Electoral Officer shall determine procedures for the accreditation of election observers, and of political party agents or the agents of independent candidates, and shall be responsible for the granting of such accreditation.

Section 18
Staff of IEC

The IEC shall have such staff as it deems necessary for its proper functioning.

Section 19
Obligations of office holders, officials and staff of the IEC

19.1 All office holders, officials and staff of the IEC shall be independent and impartial in the exercise of their functions and shall be guided by the goal of ensuring a free and fair election reflecting the will of the people of East Timor.

19.2 All office holders, officials and staff shall refrain from any action which might impugn their neutrality or impartiality, and shall not, in the performance of their duties seek or receive instructions from any government, political party, candidate or any other authority or person.

19.3 All office holders, officials and staff shall refrain from any action which is likely to compromise the integrity of the electoral process.

III: Registration of Political Parties

Section 20

Registered party has right to nominate candidates

20.1 A political party which is registered pursuant to the present regulation may nominate candidates for election.

20.2 A political party which is not registered pursuant to the present regulation may not nominate candidates for election.

20.3 In accordance with the laws of East Timor as established by Section 2 and Section 3 of UNTAET Regulation No. 1999/1, persons in East Timor have the right to freedom of association, the right to peaceful assembly, the right to freedom of expression, the right to vote and to be elected and to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives.

Section 21

Lodging an application

21.1 A political party may apply to the IEC for registration pursuant to the present regulation.

21.2 An application shall be lodged with the Chief Electoral Officer by the competent authority within a political party.

21.3 No fee shall be payable by a political party for lodging an application for registration.

Section 22

Information to be contained in application

An application shall be in writing in the manner prescribed by the IEC, and shall contain the following items:

- (a) a notice in the form prescribed in the Schedule to the present regulation (which is an integral part of the present regulation), stating that the political party applies for registration for the purpose of nominating candidates for election to a Constituent Assembly to prepare a constitution of an independent and democratic East Timor;
- (b) the full name, the acronym and the symbol of the political party;
- (c) the name, address, other contact information and signature or personal mark of the leader of the political party;
- (d) a written declaration signed by the leader and all other officers of the political party that they will continuously reside in East Timor for at least three (3) months prior to the date of the election, and that they are habitual residents of East Timor as defined in an UNTAET Regulation on civil registration;
- (e) the address or other contact information of one office of the political party in Dili to which all correspondence to the political party will be addressed;
- (f) the names, dates and places of birth, addresses, and signatures or personal marks of no fewer than five hundred (500) persons who are eligible to vote under the present regulation and who have not signed the registration application of another political party; and
- (g) the statutes of the political party, including the names of party officers and a description of the party's internal structure.

Section 23

Notification and publication of applications: objections

23.1 The Chief Electoral Officer shall, as soon as is practicable, notify the public, by entry in the Official Gazette of East Timor, newspaper advertisement, radio announcement and by notice display at each District Administration office of the receipt of an eligible application for registration, and shall make the application available for public inspection for a period of fourteen (14) days from the date of lodgment of the application.

23.2 A person eligible to vote may lodge an objection with the IEC to an application for the registration of a political party. The grounds upon which an objection may be lodged are limited to a claim that the items contained in the application are deficient or

inaccurate. Objections will not be considered more than fourteen (14) days after the lodgment of the application.

Section 24
Registration

24.1 A political party which has lodged an application for registration shall be deemed to be registered fourteen (14) days after the date of lodgment of the application, if the Chief Electoral Officer is satisfied

- (a) that there is no prima facie deficiency or inaccuracy in the items contained in the application;
- (b) that the political party does not have a name, acronym or symbol which is likely to incite hatred or violence;
- (c) that the political party does not have a symbol which is the same as or similar to the flag of another nation, any currently used military symbol or insignia, the Falintil symbol, or the National Council of East Timorese Resistance symbol; and
- (d) that the political party does not have a name, acronym or symbol which is the same as or similar to the name, acronym or symbol of a previously registered or previously established political party, such that confusion is likely to result in the minds of the East Timorese people.

24.2 In considering whether the criterion in Section 24.1(d) is met, the Chief Electoral Officer shall take into account the totality of the history and political circumstances surrounding the application for registration.

24.3 If the IEC is not satisfied that the criteria set out in Section 24.1 are met, it shall, within fourteen (14) days of the date of lodgment of the application, notify the political party which lodged the application. The party may cure any deficiency in the application at any time and may, in particular, propose a different name, acronym or symbol.

Section 25
Immaterial deficiencies

The IEC shall not reject an application for registration if it is satisfied on reasonable grounds that a deficiency or inaccuracy in the items contained in the application would not materially prejudice the purposes of the present regulation if the application were accepted.

Section 26
Registered party has legal identity

A political party which is registered pursuant to the present regulation shall operate as a legal entity in East Timor. A registered political party shall be capable of owning property, and shall be capable of suing and being sued.

Section 27
No registration during election period

The lodging of any application for registration of a political party will not be accepted any later than twenty-one (21) days prior to the commencement of the campaign period. The date of commencement of the campaign period shall be declared no later than thirty (30) days before the commencement of the campaign period.

Section 28
IEC to maintain Register

The IEC shall maintain a Register of registered political parties, which shall contain the registration applications of the parties. After the IEC ceases to consider objections, the lists of signatures given in support of those applications will not be included in the Register.

Section 29
Political parties to inform of change of information

Within fourteen (14) days of any material change with respect to information contained in the Register in relation to a registered political party, the competent authority within the political party shall inform the Chief Electoral Officer in writing of the change.

IV: Eligibility Criteria and Forms of Candidacy

Section 30
Eligibility of voters

The following persons, aged seventeen (17) years or above, shall be eligible to vote in the election for the Constituent Assembly:

- (a) persons born in East Timor,

- (b) persons born outside East Timor, but with at least one parent having been born in East Timor, and
- (c) persons whose spouses fall under either paragraph (a) or (b) above.

Section 31
Electoral Roll

In order to vote, an eligible voter must be included on the electoral roll established by the IEC.

Section 32
Eligibility of candidates

- 32.1 Any person who is eligible to vote, as defined in Section 30 of the present Regulation, shall be able to be a candidate for election to the Constituent Assembly.
- 32.2 A candidate for election as a district representative must be a resident of the constituency for which he or she is a candidate.
- 32.3 No person may be a candidate in the election for more than one constituency.

Section 33
Party candidates

- 33.1 Each registered political party wishing to participate in the election shall lodge with the IEC a list, in such order as that political party may determine, of up to seventy-five (75) nominees for election to the Constituent Assembly as national representatives.
- 33.2 Each registered political party wishing to participate in the election shall lodge with the IEC the name(s) of that political party's nominees for election to the Constituent Assembly as district representative(s), indicating the district for which each candidate is nominated.
- 33.3 Pursuant to sections 33.1 and 33.2, nominations of candidates of a registered political party for election as district or national representative(s) shall:
- (a) be made by the competent authority within that political party in the form prescribed by the IEC;
 - (b) be lodged with the IEC prior to the declared nomination deadline; and

- (c) be accompanied by a statement, in a form prescribed by the IEC, from each nominee, providing proof of eligibility and confirming that he or she is an eligible candidate, and is willing to be nominated by the political party in question.

33.4 A political party may only nominate a candidate for election to the Constituent Assembly if the candidate is affiliated with that party.

33.5 No person may be a candidate in the election for more than one political party.

Section 34

Independent candidates

34.1 A person seeking nomination to stand as an independent candidate for election as a national representative shall make such application to the IEC in the form prescribed by the IEC. Such application must be accompanied by no fewer than five hundred (500) signatures of individuals who are eligible to vote and who support that person's nomination.

34.2 A person seeking nomination to stand as an independent candidate for election as district representative shall make such application as prescribed to the IEC. Such application must be accompanied by no fewer than one hundred (100) signatures of individuals who are eligible to vote, who are residents of the district in which the person seeks nomination and who support that person's nomination.

V: Determining the Allocation of Seats

Section 35

Tallying vote results

When the number of votes recorded at the election for each political party or independent candidate has been tallied, the Chief Electoral Officer shall determine, in the manner provided in this part, the candidates who shall be elected.

Section 36

District representatives

The candidate with the highest number of votes in the district shall be the district representative. In the event that two candidates receive the same highest number of votes, the candidate to be awarded the seat shall be decided by the toss of a coin.

Section 37

National representation

37.1 For the purposes of this Section:

- (a) an independent candidate shall be deemed to be the candidate of a political party which has nominated only one candidate for election as a national representative; and
- (b) any votes recorded for that independent candidate shall be deemed to be votes recorded for that party.

37.2 In this Section, an “unexcluded party” means a political party which has not been excluded in accordance with the rules set out in subsection 37.4 under the heading “Stage 3”.

37.3 A reference in this section to the number of vacancies to be filled is a reference to the number 75, minus the total number of candidates of excluded parties who have already been elected.

37.4 The number of candidates elected from each political party is to be determined in accordance with the following rules.

Stage 1

For each unexcluded party, calculate or recalculate (as the case requires) the ratio (A/B), where:

A represents the number of votes recorded for the political party concerned; and

B is determined by dividing the total number of valid votes recorded for all the unexcluded political parties which have nominated candidates for election as national representatives by the number of vacancies to be filled (disregarding any remainder).

Go to Stage 2.

Stage 2

Determine if any unexcluded political party has nominated a number of candidates smaller than the ratio (A/B) calculated or recalculated in relation to the party at Stage 1.

If there are any such parties, go to Stage 3.

If there are no such parties, go to Stage 4.

Stage 3

If an unexcluded political party has nominated a number of candidates smaller than the ratio (A/B) calculated or recalculated in relation to the party at Stage 1:

- (a) all of the party's candidates are elected; and
- (b) the party is thereupon excluded.

Unless all vacancies have been filled, go to Stage 1.

Stage 4Substage 1

For each unexcluded party, the number of candidates elected shall be calculated in accordance with the formula:

$$X = (A/B) + C$$

in which:

X represents the said number;

A represents the number of votes recorded for the political party concerned;

B is determined by dividing the total number of valid votes recorded for all the unexcluded political parties which have nominated candidates for election as national representatives by the number of vacancies to be filled (disregarding any remainder).

C represents the value 1 if a seat is allocated to the political party concerned in terms of Substage 2, and the value 0 if no seat is so allocated to the political party concerned,

and any remainder obtained in calculating the value of (A/B) is disregarded except for the purposes of Substage 2, in which such remainder shall be referred to as unallocated votes.

Substage 2

If, when the value of (A/B) has been determined in terms of Substage 1 for each unexcluded political party, the number of seats represented by the aggregate of all such values is less than the number of vacancies to be filled, the number representing the shortfall shall be allocated on the basis of one seat each to an equal number of political parties, being those political parties having the greatest numbers of unallocated votes.

Substage 3

If, in the application of the provisions of Substage 2, only one seat remains to be allocated and two or more political parties have an equal number of unallocated votes, and such political parties have more unallocated votes than any other political party that has not been allocated a seat at that Substage, the remaining seat shall be allocated to that political party with the equal number of unallocated votes that has received the lowest total number of votes in the election.

VI: MiscellaneousSection 38
Interpretation

In the present regulation, unless the contrary intention appears:

“constituency” means a geographical area forming an electorate for the election of representatives for the purposes of the present regulation;

“independent candidate” means an individual seeking election to the Constituent Assembly, who is not nominated as a candidate of any political party;

“IEC” means the Independent Electoral Commission established under Section 11 of the present Regulation;

“registered political party” means political party registered under the present regulation;

“resident” means a person who can provide his or her address as being in one of the thirteen (13) districts of East Timor, as listed in Section 3 of the present regulation.

Section 39
Entry into force

The present regulation shall enter into force upon the date of promulgation.

Sergio Vieira de Mello
Transitional Administrator

SCHEDULE TO UNTAET REGULATION NO. 2001/2

NOTICE OF APPLICATION FOR REGISTRATION OF A POLITICAL PARTY

**For the nomination of candidates for election to a Constituent Assembly to prepare a constitution for
an independent and democratic East Timor**

Pursuant to Section 22 (a) of UNTAET Regulation No. 2001/2 On the Election of
a Constituent Assembly to Prepare a Constitution for an Independent and Democratic
East Timor,

I,

.....
.....

(name of person authorized by the competent authority within the political party applying for registration)

on behalf of

.....
.....

.....
.....

(name of political party)

apply for the registration of the political party mentioned above, for the purpose of nominating candidates for election to a constituent Assembly to prepare a constitution of an independent and democratic East Timor.

.....
.....

(signed / personal mark inscribed, and dated)

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายธีรเดช ลิ้มเทียมเจริญ เกิดวันที่ 20 พฤศจิกายน 2533 ณ โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาในระดับมัธยมจากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย ระดับปริญญาตรีได้รับปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ เมื่อปีการศึกษา 2554 ได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจากสภาทนายความ เมื่อปี 2557 เข้าศึกษาต่อระดับมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2555 ปัจจุบันเป็นนิติกรประจำฝ่ายกฎหมาย สำนักแฟรนไชส์ บริษัท ซีพี ออลล์ จำกัด (มหาชน)

