

บทที่ 3

สถาบันการเมืองและการควบคุมความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

รัฐธรรมนูญนั้น คือ กติกาการเมืองที่กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐและวางระเบียบการดำเนินการปกครอง โดยมีกำหนดองค์กรและสถาบันการเมืองไว้อย่างชัดเจนว่าแต่ละองค์กรและสถาบันมีหน้าที่ใด และใช้อำนาจปกครองเช่นไร ซึ่งอาจจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่ประเทศส่วนใหญ่ในโลกเลือกตรารัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กติกาทางการเมืองการปกครองที่เป็นรัฐธรรมนูญนี้จะได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงมีผลผูกพันกับองค์กรหรือสถาบันการเมืองให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย คือ การให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเพื่อมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการใดอันเป็นการลิดรอนต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานก็จะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่ 10 ของประเทศไทยนั้น ที่ถูกร่างขึ้นในบรรยากาศที่เสรี โดยไม่มีกลุ่มบุคคลใดมาคอยบงการให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและสมาชิกสภานิติบัญญัติสร้างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามความประสงค์ของกลุ่มคนเหมือนรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ บางฉบับ² จึงมีความพยายามที่จะทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความสมบูรณ์พร้อมทั้งในด้านเป็นกติกาของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเป็นเครื่องมือที่ฝ่ายบริหารสามารถใช้แก้วิกฤตการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น โดยเฉพาะวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจได้ ซึ่งในส่วนของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมหลายประการ ดังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

3.1 องค์ประกอบในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

3.1.1 การให้ความสำคัญในเรื่องแบบพิธีของรัฐธรรมนูญไทย

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนับเป็นเรื่องสำคัญ เพราะทุก ๆ ระบบที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุดดังได้กล่าวไว้ข้างต้น

¹พินัย ฌ นคร, ประวัติดีและวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญในประเทศไทย : จากสมัยการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมาสู่สมัยปฏิรูปการเมือง, วารสารกฎหมายปกครอง, 16 (ฉบับพิเศษ 2540) : 213-214.

²กระมล ทองธรรมชาติ, วิวัฒนาการของระบอบรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณกิจ, 2524), หน้า 48.

ยกเว้นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมที่เปิดโอกาสให้กฎหมายระหว่างประเทศเข้ามามีผลต่อรัฐธรรมนูญ
ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมณุนั้น ไม่ได้เกิดจากเพียงการเขียนในรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายใด
ขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นอันสิ้นสุด แต่ยังมีองค์ประกอบในการพิจารณาอีกหลายประการด้วยกันที่ทำให้
รัฐธรรมนูญหลายลักษณะอักษรเป็นกฎหมายสูงสุด เช่น การยึดถือรัฐธรรมนูญตามแบบพิธี และสำหรับ
ประเทศไทยที่มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญหลายครั้ง โดยการปฏิวัติ รัฐประหาร ซึ่งในบางช่วงเวลา
ได้มีการออกกฎหมายที่มีลำดับต่าง ๆ ในช่วงเวลาดังกล่าว โดยมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจ
ภายในรัฐ อันเป็นช่วงสูญญากาศทางรัฐธรรมนูญในความหมายตามแบบพิธี เช่น คำสั่งหรือประกาศ
ของคณะปฏิวัติ คำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิรูป ฯลฯ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจสูงสุดภายในรัฐ
โดยไม่ได้ผ่านกระบวนการของรัฐธรรมณุนั้น แต่เนื่องจากประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญตามแบบพิธีเป็นหลัก
ดังนั้น บรรดากฎหมายทั้งหลายที่อยู่นอกรัฐธรรมณุนั้นจะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐก็ตาม จึงต้องถือว่า
กฎหมายเหล่านั้นไม่เป็นรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นกฎหมายสูงสุด³ ซึ่งถ้าประเทศไทยได้ยึดถือการให้ความหมาย
รัฐธรรมนูญโดยมุ่งดูที่เนื้อหาเป็นเกณฑ์แล้วคงจะเกิดปัญหาอย่างมาก และระบบที่ยึดถือการให้ความหมาย
รัฐธรรมนูญตามแบบพิธีนี้เองที่ให้ความสำคัญกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมณุนั้น

3.1.2 การสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

นอกจากประเด็นในเรื่องการถือความหมายรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีของไทย
แล้วยังมีสิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด คือ การสถาปนาหรือการจัดให้
มีรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะต้องใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรืออำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir
constituant) อันเป็นอำนาจพื้นฐานของรัฐทุกรัฐที่เป็นเอกราชอธิปไตย อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจเริ่มแรก
ไม่มีอำนาจใดเหนือกว่า เป็นอำนาจอิสระเต็มที่ ปราศจากเงื่อนไข และเนื่องจากก่อนมีรัฐธรรมนูญไม่มี
สถาบันการเมือง ไม่มีกฎหมายทางกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมาย
อยู่เลย จึงเป็นอำนาจที่อิสระมาก ไม่มีอะไรเป็นข้อจำกัดว่าจะร่างรัฐธรรมนูญอย่างไร ซึ่งเมื่อมีรัฐธรรมนูญ
แล้ว รัฐธรรมนูญย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมือง
ในการปกครอง รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ⁴ และผูกพันให้สถาบันทางการเมืองปฏิบัติตาม

³วิชฌ วรวิญญู, หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ, กฎหมายมหาชนและการบริการราชการแผ่นดิน,
โครงการอบรมนักกฎหมายกฤษฎีกา รุ่นที่ 1, หน้า 16

⁴บรรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม,
2537), หน้า 19-20

รัฐธรรมนูญ

ในส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นการร่างรัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญที่กำลังใช้อยู่ คือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ซึ่งได้วางระเบียบวิธีการดำเนินการไว้ ซึ่งนายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย เห็นว่าอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแบบนี้เรียกว่า “อำนาจพิจารณาใหม่” ซึ่งไม่ได้หมายความว่าผู้ถืออำนาจนี้สามารถจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติบางบทของรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่เท่านั้น แต่ยังคงรวมถึงอำนาจที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งหมดอีกด้วย⁹ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้กำหนดไว้ในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ตามมาตรา 10 และมาตรา 11⁶ ดังนี้

มาตรา 10 คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญต้องกระทำเป็นสามวาระ สำหรับการพิจารณาในวาระที่หนึ่งและวาระที่สอง ให้เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สำหรับวาระที่สาม ให้กระทำได้ต่อเมื่อการพิจารณาในวาระที่สองได้ล่วงพ้นไปแล้วสิบห้าวัน

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม ให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด การประชุมตามความในวรรคสาม ต้องมีสมาชิมาประชุมไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ให้ประธานสภานำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ให้ประธานสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ มาตรา 11 ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งหรือวาระที่สาม ให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติไม่ให้ความเห็นชอบ

⁹พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญและการปกครองรวมบทความของพงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, ม.ร.ว.พฤษวิศาล ชุมพล และดวงพร มาจำเนียร รวบรวม, หน้า 10.

⁶ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 192 วันที่ 15 ธันวาคม 2515.

ให้นำความในมาตรา 10 มาใช้บังคับแก่การพิจารณาและการประกาศใช้ร่าง
รัฐธรรมนูญซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอตามวรรคหนึ่ง

ส่วนข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามที่มาตรา 10 ได้
กำหนดให้ใช้ประกอบในการพิจารณาในวาระที่หนึ่งและวาระที่สองมีดังนี้

ข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หมวด 10 การพิจารณาร่าง
รัฐธรรมนูญ

ข้อ 111 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

การพิจารณาในวาระที่ 1 ให้วินิจฉัยว่าจะรับร่างรัฐธรรมนูญนั้นไว้พิจารณา
หรือไม่

การออกเสียงลงคะแนนให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการ
ที่จะรับร่างรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาไม่ต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

การประชุมตามความในวรรค 1 ต้องมีสมาชิมาประชุมไม่น้อยกว่า 2 ใน 3
ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

ข้อ 112 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

ในกรณีที่สภาลงมติในวาระที่ 1 ให้รับร่างรัฐธรรมนูญไว้พิจารณา ให้สภา
พิจารณาต่อไปเป็นวาระที่ 2

การพิจารณาในวาระที่ 2 ให้สภาตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งมี
จำนวน 35 คน เพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น

ข้อ 113 กำหนดว่า

สมาชิกผู้ใดเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญก็ให้เสนอคำแปรญัตติเป็น
หนังสือต่อประธานคณะกรรมการในเวลาที่ยกกำหนด

การแปรญัตติโดยปกติต้องแปรเป็นรายมาตรา

ข้อ 114 กำหนดว่า

เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้วให้เสนอร่าง
รัฐธรรมนูญนั้น โดยแสดงร่างเดิมและการแก้ไขเพิ่มเติมพร้อมทั้งรายงานต่อประธานสภา รายงานนั้น
อย่างน้อยต้องระบุได้ว่ามีหรือไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราใดบ้าง และถ้าการแปรญัตติ มติของ
คณะกรรมการเกี่ยวกับคำแปรญัตตินั้นเป็นประการใด หรือมีการสงวนคำแปรญัตติของผู้แปรญัตติ
หรือมีการสงวนความเห็นของกรรมการก็ให้ระบุไว้ในรายงานด้วย

ข้อ 115 กำหนดว่า

เมื่อประธานสภาได้รับร่างรัฐธรรมนูญและรายงานของคณะกรรมการตามข้อ 114 แล้ว ให้ประธานสภาจัดเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วน

ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้ว ให้สภาพิจารณาเริ่มต้นด้วยชื่อร่างรัฐธรรมนูญ คำปรารภ แล้วเรียงตามลำดับมาตรา และให้อภิปรายได้เฉพาะถ้อยคำหรือข้อความที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือที่ผู้แปรญัตติสงวนคำแปรญัตติ หรือที่กรรมการสงวนความเห็นไว้ ทั้งนี้ เว้นแต่ที่ประชุมจะลงมติเป็นอย่างอื่น

ข้อ 116 กำหนดว่า

เมื่อพิจารณาตามข้อ 115 จนจบร่างแล้ว ให้สภาพิจารณาทั้งร่างเป็นการสรุปอีกครั้งหนึ่ง และในการพิจารณาครั้งนี้สมาชิกอาจจะเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำได้ แต่จะแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความใดมิได้ นอกจากเนื้อความที่เห็นว่ายังขัดแย้งกันอยู่

หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวประกอบกับข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กำหนดขั้นตอนให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ อันเป็นการตัดสิทธิสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่จะเสนอร่างรัฐธรรมนูญสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงคงมีสิทธิในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดให้กระทำเป็น 3 วาระ กล่าวคือ ในวาระที่ 1 พิจารณาว่าจะรับหลักการหรือไม่รับหลักการในการพิจารณา ซึ่งถ้าสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่รับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญนั้นเลย คณะรัฐมนตรีต้องหาเหตุผลว่าเพราะเหตุใดสภาจึงไม่รับหลักการ และจัดให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่โดยมีหลักการที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะเห็นชอบด้วย และในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติรับหลักการแห่งร่างรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีเสนอแล้ว ก็จะต้องตั้งคณะกรรมการไปพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้นแล้วรายงานต่อสภา ซึ่งสมาชิกย่อมมีสิทธิที่จะแปรญัตติ คือ ขอแก้ไขในชั้นคณะกรรมการได้ ถ้าคณะกรรมการและสมาชิกสามารถตกลงกันได้ ไม่ว่าจะ เป็นโดยคณะกรรมการยอมรับการแปรญัตติของสมาชิกหรือคณะกรรมการไม่ยอมรับข้อแปรญัตติและสมาชิกเห็นด้วยกับคณะกรรมการ ก็เป็นอันยุติ แต่ถ้าคณะกรรมการกับสมาชิกไม่สามารถตกลงกันได้ สมาชิกก็อาจสงวนข้อแปรญัตติของตนไว้อภิปรายในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 2 ได้ หลังจากนั้นสมาชิกก็จะลงมติในการพิจารณาในวาระที่ 3 ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่ให้ความเห็นชอบในวาระที่สาม ก็เป็นการยากที่คณะรัฐมนตรีจะทราบ ว่า เพราะเหตุใดสภาจึงไม่ให้ความเห็นชอบ เพราะสภาได้ให้ความเห็นชอบในการพิจารณา วาระที่สองมาแล้ว ในเรื่องนี้คณะรัฐมนตรีต้องหาทางแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สมาชิกถึงสองในสามเห็นชอบด้วย แต่ถ้าหากในการพิจารณา วาระที่ 3

สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ให้ความเห็นชอบด้วยเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของประธานสภาที่จะนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่าวิธีการนี้แตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติธรรมดา ซึ่งเป็นหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีที่จะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย ทั้งนี้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญการปกครองฯ คงประสงค์ให้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นอิสระจากรัฐบาล นอกจากนี้ยังกำหนดให้ประธานสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญด้วย เพื่อให้การประกาศใช้รัฐธรรมนูญไม่ขึ้นอยู่กับรัฐบาล เพราะแม้คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติก็จริง แต่สภานิติบัญญัติแห่งชาติอาจแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญในรูปลักษณะที่คณะรัฐมนตรีไม่พอใจก็ได้ ฉะนั้น การให้ประธานสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการจึงเป็นหลักประกันว่าจะได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญโดยเร็วในรูปลักษณะที่สภานิติบัญญัติเห็นชอบ นายหยุดแสงอุทัย เห็นว่า การที่ประธานสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้น ในทางปฏิบัติมีประโยชน์ 2 ประการ คือ

1. ประธานสภารับรองต่อพระมหากษัตริย์ว่าร่างรัฐธรรมนูญที่นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเป็นร่างรัฐธรรมนูญที่สภานิติบัญญัติได้ให้ความเห็นชอบ โดยถูกต้อง
2. เป็นการที่ประธานสภาได้รับรองว่าเป็นพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ที่แท้จริง

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาบางประการที่ควรต้องพิจารณา คือ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้นายหยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า คำตอบปัญหานี้ขึ้นอยู่กับว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติหรือไม่ ซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติและร่างรัฐธรรมนูญด้วย แต่ในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์ย่อมจะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งบ่อยนัก และคงจะทรงใช้พระราชอำนาจนั้นต่อเมื่อเป็นเรื่องกระทบกระเทือนประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติอย่างแท้จริง ในประเทศอังกฤษพระมหากษัตริย์ไม่ได้ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งมานานแล้ว จนผู้เขียนตำรารัฐธรรมนูญอังกฤษถือว่าพระราชอำนาจยับยั้งล้าสมัย (obsolete) เสียแล้ว แต่พระราชอำนาจยับยั้ง

⁷หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณการ, 2516), หน้า 106-107.

⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 105-106.

ของพระมหากษัตริย์อังกฤษเป็นการยับยั้งเด็ดขาด (absolute veto) ซึ่งหมายความว่า ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งแล้ว ร่างพระราชบัญญัตินั้นก็ป็นอันตกไป แต่พระราชอำนาจยับยั้งของพระมหากษัตริย์ไทยนั้นเป็นการยับยั้งหน่วงเหนี่ยวให้ล่าช้า (suspensive veto) ซึ่งไม่ทำให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างรัฐธรรมนูญตกไป เป็นแต่ทำให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีโอกาสตรวจสอบข้อผิดพลาดของตนเอง และตรวจสอบสาธารณมติ (public opinion) อีกครั้งหนึ่งเท่านั้น การใช้พระราชอำนาจยับยั้งมีข้อเสียอยู่บ้าง คือ ทำให้การประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติล่าช้าไป แต่เมื่อคำนึงถึงข้อดีแล้ว ข้อดีมีมากกว่า ซึ่งนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก็มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่า พระมหากษัตริย์ไทยมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย แต่มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องผลของการยับยั้ง โดยอธิบายว่าในประเทศตะวันตกถือว่า แม้กษัตริย์จะมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายแต่มีจารีตประเพณีว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งดังที่ปรากฏในอังกฤษว่า ตั้งแต่ปี 1807 ที่พระราชินีนาถแอนน์ทรงยับยั้งกฎหมายเป็นครั้งสุดท้ายแล้ว ไม่ปรากฏว่ากษัตริย์อังกฤษเคยยับยั้งร่างกฎหมายอีกเลย แต่ในประเทศไทยประเพณีการปกครองที่ประชาชนไทยยอมรับต่างจากของอังกฤษโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ต้องถือในทางตรงกันข้ามกับของอังกฤษว่า หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย หรือมีพระราชดำริให้แก้กฎหมาย องค์กรตามรัฐธรรมนูญพึงดำเนินการตามพระราชวินิจฉัยนั้น โดยปกติจะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ แต่เมื่อทรงใช้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ พ.ศ. 2500 เป็นต้นมาก็ปฏิบัติตาม ดังจะเห็นได้จากพระราชกระแสที่มีพระบรมราชวินิจฉัยรัฐธรรมนูญ 2517 ว่า การให้ประธานองคมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตั้งสมาชิกวุฒิสภา เป็นการดึงพระมหากษัตริย์มาเกี่ยวกับการเมืองนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปี 2518 ตามพระราชกระแสซึ่งยังไม่เคยมีปรากฏการณ์เช่นนี้ในประเทศอื่น

เมื่อพิจารณากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แล้วจะเห็นว่า ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติรัฐธรรมนูญหรือผู้ที่มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญตามกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติร่วมกับพระมหากษัตริย์ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น แต่เมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้ว เห็นได้ว่า เดิมการแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติครั้งแรก หลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรกระทำโดยหัวหน้าคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ให้ทรงแต่งตั้ง ซึ่งเมื่อพิจารณารายชื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติที่ได้รับแต่งตั้งในครั้งแรกนี้ จะประกอบด้วยบุคคลในคณะปฏิวัติ ทหารบก

^๖บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 195.

ทหารเรือ ทหารอากาศ ตำรวจ ผู้คุมกำลังข้าราชการพลเรือนตำแหน่งปลัดกระทรวงและอธิบดีแห่งกรมสำคัญต่าง ๆ และข้าราชการบำนาญและบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องอีกบ้าง อันเป็นความประสงค์ของคณะปฏิวัติที่สามารถดำเนินการตามนโยบายของตนได้ในระบบรัฐสภาตามธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 และจะเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาด้วย แต่ในภายหลังเกิดเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 แล้ว จอมพลถนอม กิตติขจร นายกรัฐมนตรีกราบบังคมลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและเดินทางออกนอกประเทศโดยทันที เป็นผลให้ประเทศไทยในขณะนั้นไม่มีนายกรัฐมนตรีรวมทั้งคณะรัฐมนตรีที่ต้องพ้นตำแหน่งไปโดยปริยายเนื่องจากคณะรัฐมนตรีเหล่านี้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งขึ้นตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำทั้งไม่มีคณะรัฐบาลรักษาการทำหน้าที่รักษาการจนกว่าจะมีการแต่งตั้งรัฐบาลชุดใหม่แต่อย่างใด แม้ว่าในขณะนั้นจะมีสภานิติบัญญัติแห่งชาติอยู่ แต่ในสถานการณ์เร่งด่วนคับขันเช่นนั้น พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว¹⁰ จึงมีพระราชกระแสรับสั่งทางวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ในคอนคำวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ทรงแต่งตั้งให้นายสัญญา ธรรมศักดิ์ องคมนตรีเป็นนายกรัฐมนตรี และเนื่องจากประชาชนเรียกร้องให้จัดให้มีรัฐธรรมนูญโดยเร็ว ซึ่งรัฐบาลใหม่ได้ให้สัญญาว่าจะดำเนินการจัดให้มีรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่ภายใน 6 เดือน แต่เนื่องจากมีเสียงเรียกร้องจากนักศึกษาประชาชนขอให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดเก่าซึ่งมีที่มาดังกล่าวข้างต้นลาออกจากตำแหน่ง เพื่อเปิดทางให้รัฐบาลแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดใหม่เพื่อพิจารณาจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏว่าได้มีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทยอยกันยื่นใบลาออกจากสมาชิกภาพตามลำดับ จนในที่สุดเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2516 ได้มีประกาศพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ เพื่อให้ทำหน้าที่เลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดใหม่แทนชุดเก่า ซึ่งจำนวนสมาชิกสมัชชาแห่งชาติซึ่งทรงแต่งตั้งขึ้นในคราวนั้นมีจำนวนถึง 2,347 คน โดยมีสัดส่วนมาจากหลายสาขาอาชีพ โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมโองการในครั้งนี้ และอีกไม่กี่วันถัดมาก็ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยเนื้อหาในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวสรุปได้ว่า

¹⁰ผู้สนใจเรื่องพระราชอำนาจตามจารีตประเพณีทางปกครองในสภาวะวิกฤติ โปรดอ่านรายละเอียดในบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 193-194, วิษณุ เครืองาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์, หน้า 179-180, ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 130-132.

เนื่องจากสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนมากได้แสดงความจำนงขอลาออกจากสมาชิกภาพ และประกอบกับสมาชิกที่เหลืออยู่มีจำนวนไม่เพียงพอที่จะเป็นองค์ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฉะนั้น สมควรยุบสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อจะได้แต่งตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติขึ้นใหม่เป็นการ สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน และจากการที่ที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติได้ทำการคัดเลือกบุคคลเพื่อ มาดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดใหม่แล้ว นายกรัฐมนตรีก็นำรายชื่อขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งเป็นผลให้มีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดใหม่จำนวน 299 คน เพื่อทำหน้าที่พิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร ซึ่งในการจัดตั้งสมัชชาแห่งชาตินี้ สำนักนายกรัฐมนตรีได้ออกคำสั่งแจ้งแก่ ประชาชนเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2516 ดังนี้¹¹

1. ขณะนี้การปกครองของประเทศไทยเป็นไปตามรัฐธรรมนูญการปกครอง ราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515
2. ก่อนที่จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ ปรากฏว่ามีสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติลาออกจากตำแหน่งเป็นลำดับติดต่อกันเป็นจำนวนมาก เป็นเหตุที่จะทำให้ไม่ครบองค์ประชุมของสภานิติบัญญัติที่จะปฏิบัติหน้าที่รวมทั้งพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับใหม่ตามมาตรา 10 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
3. การแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ตามมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งทั้งหมด 299 คน ในกรณีเริ่มแรกหรือในกรณียุบสภา หรือแต่งตั้งซ่อมในเมื่อตำแหน่งสมาชิกสภานิติบัญญัติ แห่งชาติว่างลงเพราะเหตุอื่นใดนอกจากถึงคราวออกตามวาระ
4. ในการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ จะทรงใช้วิธีการใดย่อมสุดแต่พระบรมราชวินิจฉัย
5. สำหรับการแต่งตั้งคราวสำคัญนี้ โปรดเกล้าฯ ให้ใช้วิธีการตั้งสมัชชา แห่งชาติขึ้น ประกอบด้วยบุคคลผู้เป็นตัวแทนกลุ่มผลประโยชน์ อาชีพ วิชาความรู้ ตลอดจนทรรศนะ และแนวความคิดทางการเมืองให้มากและกว้างขวาง แล้วมาประชุมกันเลือกบุคคลที่เหมาะสมจาก สมาชิกสมัชชาแห่งชาติขึ้นจำนวนหนึ่งแล้วนำรายชื่อขึ้นกราบบังคมทูลพระกรุณาเพื่อทรงพระกรุณา โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลเหล่านั้นเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป
6. สำหรับการนัดหมายและจัดการประชุมสมาชิกสมัชชาแห่งชาติ โปรดเกล้าฯ

¹¹รัฐสภาสาร (ธันวาคม 2516) : หน้า 85.

ให้รัฐบาลจัดการ โดยทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานและรองประธานที่ประชุมขึ้น

7. รัฐบาลได้จัดการสนองพระราชประสงค์ทั้งนี้โดยเร่งรีบ และดำเนินการนัดหมายติดต่อกับสมาชิกสภาแห่งชาติโดยใกล้ชิด พร้อมทั้งวางระเบียบวิธีการออกเสียงเลือกตั้งที่ถูกต้องรวดเร็ว ซึ่งจะได้ชี้แจงให้สมาชิกสภาแห่งชาติทราบโดยชัดเจน โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ ทั้งนี้โดยได้รับความร่วมมืออย่างดียิ่งของเจ้าหน้าที่ทุกกระทรวง ทบวง กรม และสถาบันที่เกี่ยวข้อง พร้อมด้วยนิสิตนักศึกษาอาสาสมัครเป็นจำนวนมาก

และในการประชุมสมาชิกสภาแห่งชาติครั้งแรก พลตรี พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิปกประพันธ์ ประธานที่ประชุมสมาชิกสภาแห่งชาติ ทรงปราศรัยต่อที่ประชุมว่า “ตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 การแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นพระราชอำนาจของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว แต่ด้วยพระกรุณาธิคุณต่อปวงประชาราษฎร์ จึงมิได้ทรงใช้พระราชอำนาจนั้นด้วยพระองค์เองหรือทรงหาหรือในวงแคบ แต่ทรงมีพระราชประสงค์ให้ประชาชนมีส่วนร่วมวางรากฐานการปกครองตั้งแต่ต้น การที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งชาติ เพื่อเลือกบุคคลที่เหมาะสมแก่การเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เป็นการไว้วางพระราชหฤทัยและพระราชทานเกียรติยศอย่างสูง จึงทรงขอให้สมาชิกทุกคนฉลองพระเดชพระคุณ โดยลงคะแนนด้วยความรับผิดชอบด้วยความสุจริตใจ และด้วยวิจรรณญาณอันสุขุม เพื่อประโยชน์สุขของชาติและประชาชน และเพื่อความวิวัฒนาการของระบอบประชาธิปไตย สมตามพระราชประสงค์ทุกประการ¹² ในความเห็นของผู้เขียนแล้วสภานิติบัญญัติชุดใหม่มีที่มาจากกรณีที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งสมาชิกสภาแห่งชาติ และให้สมาชิกสภาแห่งชาติเลือกกันเองจนได้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติชุดใหม่ที่มีที่มาจากพระมหากษัตริย์ ผู้ที่เป็นผู้ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แม้ในทางรูปแบบอาจจะเป็นสภานิติบัญญัติชุดใหม่ร่วมกับพระมหากษัตริย์ แต่ในทางเนื้อหาแล้วผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นั้น คือ พระมหากษัตริย์นั่นเอง

แต่เมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแล้วปรากฏว่า ได้มีการรวมตัวของกลุ่มสมาชิกสภานิติบัญญัติ (ชุดที่ 2) ซึ่งได้แก่ กลุ่มดุสิต 99 อันประกอบด้วยกลุ่มข้าราชการและกลุ่มนักธุรกิจ ซึ่งมีอิทธิพลต่อการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฯ 2517 อยู่มาก สมาชิกคนสำคัญของกลุ่มนี้ ได้แก่ นายเกษม จาคิวณิช หัวหน้ากลุ่ม นายกำธน สินธวานนท์ เลขาธิการกลุ่ม

¹²รัฐสภาสาร (มกราคม 2517) : หน้า 98.

โดยนายเกษม จาติกวณิช ได้เล่าว่า¹³ “เดิมมีสมาชิกรวม 20 กว่าคน ต่อมาสมาชิกกลุ่มเพิ่มขึ้นเรื่อง ๆ ทหารก็มีคุณเสริม ณ นคร คุณเทียนชัย ศิริสัมพันธ์ นักธุรกิจนายเบงค์ก็มีหลายคน อย่าง คุณอำนาจ วีรวรรณ คุณบัญชา ลำซำ คุณสนอง คู่จินดา จำได้แม่นมีคุณบรรหาร ศิลปอาชา สมัยเป็นพ่อค้าธรรมดา ไม่ใช่ข้าราชการเมืองแบบทุกวันนี้ นอกเหนือจากนี้เป็นกลุ่มสารสิน คุณพงษ์ คุณภา เป็นต้น” สมาชิกยอรวมของกลุ่มนี้มี 99 คน และในการลงคะแนนเสียงมักจะพร้อมกันถึง 99 เสียง ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ 2517 กลุ่มนี้จึงมีอิทธิพลมาก ดังจะเห็นได้จากในการอภิปรายเรื่องการกำหนดอายุผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งมีการอภิปรายเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว แต่เมื่อถึงเวลาลงมติกลับพ่ายแพ้ไปหรือกรณีการมีวุฒิสภามีที่มาจากการแต่งตั้ง ซึ่งกลุ่มนี้สนับสนุน เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าตามข้อเท็จจริงในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ 2517 แล้ว มีกลุ่มข้าราชการและกลุ่มนักธุรกิจมีบทบาทอยู่สูงมากในการอนุมัติให้ร่างรัฐธรรมนูญผ่านหรือไม่ ซึ่งก็พยายามที่จะผ่านหลักเกณฑ์ที่เอื้อประโยชน์กับกลุ่มของตนมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น

3.1.3 กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ 2517 ยกกว่าการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นอกจากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 โดยเฉพาะในวาระที่ 3 แล้วจะเห็นได้ว่าการบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับนี้กระทำได้ยากกว่าการบัญญัติพระราชบัญญัติธรรมดา โดยกำหนดให้การพิจารณา วาระที่ 3 จะกระทำต่อเมื่อการพิจารณา วาระที่ 2 ได้ผ่านพ้นไปแล้วสิบห้าวันเสียก่อน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการที่จะให้สมาชิกฯ มีเวลาเดินทางเข้ามาร่วมประชุม ให้สมาชิกฯ ใคร่ครวญให้รอบคอบว่าสมควรจะเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวหรือไม่ และเพื่อเปิดโอกาสให้สมาชิกฯ ได้สำรวจตรวจสอบมติมหาชนว่าเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเมื่อพ้นกำหนดสิบห้าวันหลังจากมีการพิจารณา วาระที่ 2 แล้ว ในการประชุมพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่ 3 ยังถูกกำหนดให้ต้องมีสมาชิกร่วมประชุมไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม ทั้งนี้ เนื่องจากการประชุมพิจารณาในวาระที่ 3 เป็นการพิจารณาตัดสินร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้

¹³ วัลยา รัตนศิลปชัย (เรียบเรียง), คือชีวิตและความหวัง เกษม จาติกวณิช, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วัลยา, 2536), หน้า 105.

ยังกำหนดให้ต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมด มิฉะนั้นร่างรัฐธรรมนูญจะตกไป โดยในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 3 นี้ไม่มีการอภิปรายอย่างใด แต่จะมีการลงมติเห็นชอบด้วยหรือไม่เห็นชอบด้วยโดยวิธีลงคะแนนเสียงโดยเปิดเผย เพื่อให้สมาชิกแต่ละคนได้ลงมติไปด้วยความรู้สึกลึกซึ้งชอบเต็มที่ เพราะจะทราบได้ว่าบุคคลใดบ้างเห็นด้วย บุคคลใดบ้างไม่เห็นด้วย การที่กำหนดให้ต้องมีเสียงเห็นชอบถึงสองในสามของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมดในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฯ 2517 นี้ นั้น มีข้อดี คือ ทำให้รัฐธรรมนูญฯ 2517 เป็นกฎหมายสำคัญที่สุดของประเทศ

3.1.4 ลักษณะการเป็นสัญญาประชาคมของการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครั้งนี้ แม้จะไม่มีกำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยตรงในการร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในการร่างรัฐธรรมนูญไม่ว่าในชั้นกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการรับฟังและนำเอาความคิดเห็นของประชาชนที่ส่งเข้ามาเพื่อใช้ประโยชน์ประกอบในการพิจารณาด้วย¹⁴ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายที่ก่อนที่จะมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2517 นายป๋วย อึ๊งภากร และสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติอีก 79 ท่าน¹⁵ ได้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 ในมาตรา 10 และ 11 เป็นว่า

ร่างมาตรา 10 ที่เสนอ

“คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญต้องกระทำเป็นสามวาระ สำหรับการพิจารณาในวาระที่หนึ่งและวาระที่สอง ให้เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สำหรับวาระที่สาม ให้กระทำได้เมื่อการพิจารณาในวาระที่สองได้ล่วงพ้นไปแล้วสิบห้าวัน

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ประกาศเป็นรัฐธรรมนูญไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

¹⁴ ชัยอนันต์ สมุทรวานิช, เสียงจากประชาชน, (กรุงเทพฯ : เจ้าพระยาการพิมพ์, 2528).

¹⁵ ร่างรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช เสนอโดยนายป๋วย อึ๊งภากร และสมาชิกสภานิติบัญญัติฯอีก 79 ท่าน เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2517.

การประชุมตามความในวรรคสาม ต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ความเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีจัดให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามที่กำหนดไว้ในร่างรัฐธรรมนูญนั้น ออกเสียงเป็นประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญนั้น ภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติให้ความเห็นชอบในวาระที่สาม

ในการให้ประชาชนออกเสียงตามมาตรา นี้ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ ถ้ามีประชามติเห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ ให้ประธานสภานำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้ประธานสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ”

ร่างมาตรา 11

“ในกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในวาระที่หนึ่งและวาระที่สาม หรือในกรณีที่มิได้มีประชามติไม่เห็นชอบด้วยร่างรัฐธรรมนูญ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติหรือมิได้มีประชามติไม่ให้ความเห็นชอบแล้วแต่กรณี

ให้นำความในมาตรา 10 มาใช้บังคับแก่การพิจารณาและการประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอตามวรรคหนึ่ง”

แต่ปรากฏว่าผู้คิดดังกล่าวได้ถูกนำมาพิจารณาในประเด็นปัญหาว่า จะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญการปกครองฯดังกล่าวได้หรือไม่¹⁶ ซึ่งสมาชิกสภานิติบัญญัติฯก็มีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแก้ไขไม่ได้ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอมายังขัดต่อรัฐธรรมนูญ อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแก้ไขได้ แต่จะใช้เสียงในการเสนอรับรองและเห็นชอบเท่าไรนั้นก็ยังคงถกเถียงกันอยู่

ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขไม่ได้ ได้แสดงคำปรายดังนี้

นายชานาญ พงนา เห็นว่า รัฐธรรมนูญการปกครองฯ ได้บัญญัติถึงกระบวนการในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรไว้โดยครบถ้วนแล้วตามมาตรา 10, 11 ดังนั้น จึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นประการอื่นได้โดยอาศัยมาตรา 22 วรรคแรก ด้วยเหตุผลว่ารัฐธรรมนูญการปกครองฯมิได้บัญญัติถึง

¹⁶รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 33, วันที่ 17 พฤษภาคม 2517 และครั้งที่ 30 วันที่ 9 พฤษภาคม 2517.

การแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญการปกครองฯเอาไว้

นายเกษม สุวรรณกุล เห็นว่า ในคำปรารภของธรรมนูญการปกครองฯเขียนไว้ว่า “...ให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย” ดังนั้น จึงเป็นเจตนารมณ์ของธรรมนูญการปกครองฯว่าให้ใช้ไปโดยไม่มีแก้ไข จนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญซึ่งได้ร่างขึ้นตามบทบัญญัติ นั้น

ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขได้ให้แสดงคำอภิปรายดังนี้

นายธานินทร์ กรัยวิเชียร เห็นว่า เมื่อสภานิติบัญญัติทรงไว้ซึ่งอำนาจนิติบัญญัติ ข่อมแก้ไขได้แม้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุด โดยอาศัยหลักว่ารัฐสภาในอดีต ไม่มีอำนาจที่จะผูกพันรัฐสภาในปัจจุบัน และแม้จะมีข้อห้ามแก้ไขไว้ก็ยังสามารถแก้ไขได้

นายมารุต บุณนาท เห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ในธรรมนูญการปกครองฯ ที่ห้ามแก้ไขธรรมนูญการปกครองฯ และถึงแม้จะมีบทบัญญัติห้าม บทบัญญัตินั้นข่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และธรรมนูญการปกครองฯไม่ใช่รัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กฎหมายสูงสุดเพราะไม่ได้ร่างโดยราษฎรหรือโดยตัวแทนที่แท้จริงของราษฎร

นายธวัช มกรพงษ์ เห็นว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติเกิดขึ้นเนื่องจากเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจใหม่ ดังนั้น สภานิติบัญญัติฯจึงไม่มีความผูกพันกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดที่ร่างโดยระบอบเผด็จการ

นอกจากนี้ ฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขได้ก็ยังมีความเห็นในเรื่องวิธีการแก้ไขแตกต่างกันอีก คือฝ่ายหนึ่งเห็นว่าแก้ไขได้อย่างธรรมดา คือ ใช้เสียงข้างมากธรรมดา อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าต้องมีผู้เสนอ 1 ใน 5 และมีเสียงเห็นชอบ 2 ใน 3 โดยถือตามประเพณีการปกครอง (มาตรา 22) ซึ่งก็ไม่ใช่ที่ยุติว่าจะถือตามรัฐธรรมนูญฉบับใด ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นว่าธรรมนูญฯนี้แก้ไขไม่ได้ก็โต้แย้งอีกว่า ถ้าจะแก้ไขแบบกฎหมายธรรมดาก็ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับการประชุมสภา ก็ต้องมีผู้รับรอง ซึ่งผู้ติดขอแก้ไขที่เสนอมามีผู้เสนอถึง 79 คน แต่ก็ไม่มีผู้รับรอง

นายโกสิน พลกุล เห็นว่า¹⁷ เหตุผลของฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขไม่ได้ นั้น เป็นเหตุผลที่แสดงออกถึงการยอมรับในผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญเดิมและความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ โดยมิได้พิจารณาว่าเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 นั้น ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างของอำนาจแล้ว

¹⁷โกสิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : โครงการศึกษานโยบาย สาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 71-74.

ส่วนฝ่ายที่เห็นว่าแก้ไขได้นั้นส่วนใหญ่ก็ยอมรับในผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญเดิม เพียงแต่คิดขัดที่รัฐธรรมนูญ การปกครองฯมิได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ จึงต้องหาหลักมาสนับสนุนการแก้ไข ซึ่งเหตุผลใน 3 ประการแรกนั้น ค่อนข้างสับสนและไม่ถูกต้องเท่าไรนัก กล่าวคือ การอ้างหลักรัฐสภาในอดีตไม่มีอำนาจผูกพันรัฐสภาในปัจจุบันเป็นหลักของอังกฤษ ซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร จึงไม่มีหลักเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ดังนั้น อังกฤษจึงถือหลัก Supremacy of Parliament

ส่วนที่ว่ารัฐธรรมนูญการปกครองฯไม่ใช่กฎหมายสูงสุด ไม่ใช่รัฐธรรมนูญนั้นก็แล้วแต่ว่าจะมองรัฐธรรมนูญในแง่ใด ถ้ามองว่าหากกฎหมายใดเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงรูปแบบและสถาบันในการปกครองประเทศแล้ว กฎหมายนั้นก็คือรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่าจะมีการจำกัดอำนาจผู้ปกครองและรับรองคุ้มครองเสรีภาพของราษฎรหรือไม่ คือ มีลักษณะเป็น constitutionalism หรือไม่ รัฐธรรมนูญการปกครองฯย่อมเป็นรัฐธรรมนูญ และอันที่จริงแล้วความหมายของคำว่ารัฐธรรมนูญในสมัยหลัง ๆ นี้ไม่ได้คำนึงถึงลักษณะ constitutionalism กันเท่าไร คงมุ่งในแง่รูปแบบเป็นสำคัญ

นอกจากนี้ นายโทคิน พลกุล เห็นด้วยกับคำอธิบายของ ดร.รัช มกรพงศ์ ที่เห็นว่าเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ได้เปลี่ยนโครงสร้างอำนาจใหม่ ดังนั้น สภานิติบัญญัติจึงเป็นองค์กร “จัดให้มีรัฐธรรมนูญ” และแม้จะใช้รัฐธรรมนูญเดิม ก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันกับข้อจำกัดที่ผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญเดิมวางไว้ สภานิติบัญญัติฯเป็นสภาชุดใหม่ที่มีใหม่เป็นองค์กรที่ได้อำนาจมาจากผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ หากไม่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างอำนาจ สภานิติบัญญัติฯชุดเดิมย่อมไม่อาจแก้ไขรัฐธรรมนูญการปกครองฯได้ ถ้าแก้ไขก็เท่ากับเป็นการปฏิวัติหรือรัฐประหารผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ และถ้าผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญการปกครองฯต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญฯ ก็เป็นการกระทำเพราะถือว่าตนเป็นรัฐอธิปไตย ด้วยเหตุนี้ ถ้าสมาชิก สภานิติบัญญัติฯชุดใหม่เข้าใจว่าสภานิติบัญญัติฯคือ รัฐอธิปไตยแล้วก็ย่อมแก้ไขรัฐธรรมนูญการปกครองฯได้ และจะแก้ไขอย่างไรก็หรือกันเองเอง ไม่ใช่เรื่องต้องโยงไปหาประเพณีการปกครองฯแต่อย่างใดเลย

อย่างไรก็ตาม ในที่สุดสภานิติบัญญัติฯได้ลงมติว่า ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมของ ดร.ป๋วย ชัดต่อรัฐธรรมนูญการปกครองฯ (74 ต่อ 54)

เห็นได้ว่าถ้ามีการแก้ไขรัฐธรรมนูญการปกครองฯตามญัตติที่ท่านอาจารย์ป๋วย อึ้งภากรณ์ และพวกเสนอแล้ว กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็จะมีการประชาชนร่วมในการร่างอย่างแท้จริง อันจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม สอดคล้องกับมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่กำหนดว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และก็จะสามารถถือได้ว่าประชาชนเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับนี้ขึ้นมาเอง

กล่าวโดยสรุปแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นกฎหมายสูงสุด โดยพระมหากษัตริย์ร่วมกับสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างไรก็ตามความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ซึ่งนายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย ได้ให้ความเห็นว่าเป็นอำนาจร่างรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากธรรมนูญการปกครองฯ ซึ่งได้วางระเบียบการตั้งอำนาจและกำหนดวิธีการดำเนินการไว้ อำนาจนี้เรียกว่า “อำนาจพิจารณาใหม่” ซึ่งสามารถจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งหมด ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น แต่นายหยุด แสงอุทัย เห็นว่า¹⁸ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไม่แตกต่างกัน เพราะการบัญญัติรัฐธรรมนูญตามธรรมนูญการปกครองฯ นี้ก็มีลักษณะคล้ายกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยการบัญญัติใหม่ทั้งฉบับเท่านั้น ดังนั้น การร่างรัฐธรรมนูญจะต้องมีข้อจำกัดจะล้มล้างสถาบันของรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งนายวิญญู วรวิญญู ได้ให้ความเห็น¹⁹ การสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นการจัดให้มีสถาบันทางการเมือง ในต่างประเทศอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะอิสระจริง ๆ แต่ในประเทศไทยมีข้อแตกต่างจากต่างประเทศ คือ ณ จุดที่จะมีการสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ละครั้งมีสถาบันการเมืองอยู่แล้ว ซึ่งจำเป็นจะต้องรับรองมาในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ตรงนี้เป็นข้อจำกัดในทางข้อเท็จจริงที่ทำให้การสถาปนารัฐธรรมนูญของไทยไม่สามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้อย่างอิสระเต็มที่ร้อยเปอร์เซ็นต์ ซึ่งจากข้อเท็จจริงในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 นั้น ชั้นกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ นายปราโมทย์ นาครทรรพ ได้แสดงความเห็น²⁰ ทศนคติในการร่างรัฐธรรมนูญ เรามัวแต่เกรงว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือน กฎหมายนี้กระทบกระเทือน กฎหมายนั้นมีอยู่แล้ว ซึ่งข้อเท็จจริงจะตรงกันข้าม ผมขอชักชวนตั้งสติว่าเรากำลังร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นจะต้องแอสจัสท์อินเดอะไรท์ของอุดมคติของรัฐธรรมนูญซึ่งเราจะวางกันไว้ และในการพิจารณาเรื่องอำนาจตุลาการ²¹ ก็ปรากฏว่ามีการถกเถียงกันอย่างมากในเรื่องความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ และการเปลี่ยนแปลงให้องค์กรตุลาการให้มีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาด้วย ซึ่งในที่สุดก็ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่ง

¹⁸หยุด แสงอุทัย, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515, หน้า 103.

¹⁹วิญญู วรวิญญู, หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 16.

²⁰รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 6/2516 วันจันทร์ ที่ 12 พฤศจิกายน 2516 ณ ทำเนียบรัฐบาล หน้า 2/3.

²¹รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24/2516 วันจันทร์ ที่ 24 ธันวาคม 2516 ณ ทำเนียบรัฐบาล.

เห็นได้ว่าการร่างรัฐธรรมนูญในครั้งนี้มีข้อจำกัดในการร่าง ดังตัวอย่างเรื่องอำนาจสถาบันตุลาการ และโครงสร้างบทบัญญัติกฎหมายเดิม ซึ่งอาจจะเกิดจากเหตุผลในเรื่องการนำเอารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาเป็นแบบในการร่างหรือเหตุผลอื่น ๆ ใดก็ตาม แต่แสดงให้เห็นข้อเท็จจริงว่าอำนาจสถาปนาราชการทางการเมืองนี้ไม่สามารถใช้ได้โดยอิสระเต็มที่นัก

3.2 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

ด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศดังได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น องค์กรต่าง ๆ ของรัฐซึ่งถูกสถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ ฯลฯ เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ (pouvoir constitue) มาจากรัฐธรรมนูญ และจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น²² องค์กรดังกล่าวจึงใช้อำนาจได้ตามที่ได้รับมอบมาและจะใช้อำนาจให้ขัดกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ การตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความเจตนาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ถ้าองค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจต่างจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อาจถือว่าเป็นการรัฐประหารอย่างหนึ่ง ในเรื่องของหน้าที่เช่นกันองค์กรเหล่านี้จะต้องปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดอย่างเคร่งครัดด้วยจะมอบให้องค์กรอื่นดำเนินการแทนไม่ได้ แต่เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจ สังคมวิทยา การเมือง มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ รัฐธรรมนูญจึงต้องเปลี่ยนแปลงเพื่อให้เหมาะสมและคงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่สอดคล้องกับความเป็นจริง ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือบางประการย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ประชาธิปไตยเพราะเจ้าของอำนาจอธิปไตยในสมัยหนึ่งไม่มีอำนาจไปจำกัดสิทธิของเจ้าของอำนาจอธิปไตยในอนาคต²³ แต่เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้น กลับไปแก้ไข

²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 19.

²³ สมภพ โทตระกิตช์, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายมหาชน(ภาค 1), (พระนคร : นำเชียการพิมพ์, 2512).

รัฐธรรมนูญนั่นเอง ดังนั้น ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเคร่งครัด โดยเป็นการใช้อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (pouvoir constituant derive) ซึ่งอยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติ²⁴ หลักในเรื่องนี้เดิมในรัฐธรรมนูญแรก ๆ ในศตวรรษที่ 18, 19 ถือเคร่งครัดมาก โดยจะกำหนดกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีความสำคัญเทียบเคียงกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ยาก ซึ่งเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญในยุคนั้นถูกฉีกและยกร่างกันใหม่ ต่อมาในระยะหลังการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อใดก็ได้ โดยใช้กระบวนการที่พิเศษกว่ากระบวนการออกกฎหมายธรรมดา แต่ไม่ถึงกับให้เหมือนกับกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ

การที่จะดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ นอกจากจะต้องการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมแล้ว ต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย เพื่อเป็นการยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเอาไว้ การที่เราจะยืนยันได้ว่าศักดิ์แห่งกฎหมายหรือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญมีจริงหรือไม่ ก็โดยการตรวจสอบค่า (valeurs) แห่งกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่องค์กรผู้มีอำนาจในระบบกฎหมายเป็นผู้ตั้งขึ้นจริง ๆ และโดยนัยนี้ ถ้าเรายอมรับว่าการตีความเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดที่ทำให้เกิดกฎเกณฑ์เหล่านี้ขึ้นจริง เราก็ต้องยอมรับต่อไปว่าการตีความนั่นเองกำกับและก่อให้เกิดศักดิ์แห่งกฎหมาย ไม่ใช่ศักดิ์กฎหมายกำกับการตีความอย่างที่เข้าใจกันอยู่²⁵

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีศาลหรือตุลาการรัฐธรรมนูญ อำนาจของศาลหรือองค์กรเหล่านี้ในการตีความควบคุมกฎหมายหรือการกระทำไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นหาได้ครอบคลุมไปถึง “กฎหมายหรือการกระทำที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ” ทุกกรณีไม่ ด้วยเหตุนี้ในบางระบบ แม้พระราชบัญญัติ (les lois) ซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอาจถูกยกเลิก เพิกถอน หรือพิพากษาให้ไม่มีผลในระบบกฎหมายนั้นก็ตาม แต่กฎหมายหรือการกระทำอย่างอื่นที่สำคัญอีกมาก เช่น กฎหมาย หรือการกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ (การยุบสภาผู้แทนราษฎร การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล การเรียกหรือ ไม่ยอมเรียกประชุมรัฐสภา ฯลฯ) หรือในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจขององค์กรบางอย่าง (เช่น

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 20.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ, “ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ (กันยายน 2527) : หน้า 8.

ในฝรั่งเศส การตัดสินใจประกาศใช้มาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ, ในประเทศไทย การใช้อำนาจของ นายกรัฐมนตรีตามมาตรา 17, 21, 27 แห่งธรรมนูญการปกครอง ปี 2502, 2515, 2519, 2520) เหล่านี้ กลับ ให้อยู่ในความควบคุมมิให้ขัดรัฐธรรมนูญขององค์กรใดไม่²⁶ เนื่องจากในกรณีที่ปราศจากการควบคุม มิให้กฎหมายหรือการกระทำเช่นว่านี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายอาจเห็นว่ากฎหมายหรือการกระทำ เช่นว่านั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่แม้จะขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายหรือการกระทำนั้นยังคงมีผลใช้ได้ อยู่ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับรองความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ ดังที่จะได้กล่าวดังต่อไปนี้

3.2.1 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2517 เป็นไปโดยง่าย

ดังได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีที่เข้ามา เกี่ยวข้อง คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญจะเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากหรือแก้ไขได้ง่าย และมีข้อจำกัด ในการแก้ไขเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับเจตน์จำนงของผู้จัดให้มีหรือผู้ให้รัฐธรรมนูญประกอบกับการ พิจารณาถึงอำนาจในการให้ตนเอง อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากอำนาจดั้งเดิม (pouvoir constituant derive) ซึ่งเรียกว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (pouvoir de revision) นั่นเอง ซึ่งในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในชั้นกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอแบบอย่างการ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ ที่มีกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมยาก แต่ในชั้นการพิจารณาของกรรมาธิการวิสามัญ นายเกษม ศิริสัมพันธ์ เสนอขอแก้ไขเกี่ยวกับผู้เสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจะต้องมาจากคณะรัฐมนตรีหรือจาก สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือจากคณะกรรมการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 220 ทวิ การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งชั้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยใน การแก้ไขเพิ่มเติมมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกของทั้งสองสภา โดยให้เหตุผลว่าเพื่อให้การแก้ไข รัฐธรรมนูญกระทำได้ง่าย และไม่ควรมีให้สมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเสนอญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้²⁷

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 10.

²⁷ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ครั้งที่ 24/2517 วันจันทร์ ที่ 10 มิถุนายน 2517, กองกรรมาธิการ 2.

นายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย เสนอให้บทบัญญัติในหมวดนี้มีเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 228 ดังนี้ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับเลือกตั้งตามมาตรา 111 ดำเนินการแก้ไขตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนด” โดยให้เหตุผลว่าเพื่อความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ ควรให้มีการแก้ไขได้ง่าย โดยสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแก้ไข เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญของประชาชนโดยแท้จริง สภาผู้แทนราษฎรในอนาคตควรเป็นทั้งสภานิติบัญญัติและสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วย ได้มีการลงมติว่าควรคงไว้ตามร่างเดิมหรือควรแก้ไขหลักการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ง่าย²⁸ ซึ่งผลปรากฏว่าที่ประชุมมีมติเห็นควรแก้ไขหลักการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ง่ายด้วยคะแนนเสียง 13 ต่อ 9 เสียง และมีการลงมติว่าควรรับหลักการตามข้อเสนอของนายเกษม ศิริสัมพันธ์ หรือของนายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย ผลปรากฏว่าที่ประชุมเห็นด้วยกับหลักการของนายเกษม ศิริสัมพันธ์ ด้วยคะแนนเสียง 20 ต่อ 6 เสียง และที่ประชุมมีมติว่าวุฒิสภาไม่ควรมีสิทธิเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ นายเสวตร เปี่ยมพงศ์สานต์ เสนอว่าสมควรให้มีการแสดงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งปรากฏว่าที่ประชุมมีมติเห็นชอบด้วยให้มีการแสดงประชามติ โดยให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ที่ประชุมได้มอบหมายให้คณะอนุกรรมการยกร่างไปพิจารณาขยายร่างหมวด 12 ตามหลักการที่ได้มีมติไปแล้ว

จากข้อเสนอของนายพงศ์เพ็ญฯที่ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น เป็นข้อความที่ดูเหมือนแก้ไขได้ยาก แต่ความจริงแล้วอาจแก้ไขได้ง่ายยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาเสียอีก เพราะไม่ได้บอกว่าสภาผู้แทนราษฎรต้องใช้วิธีพิเศษอย่างไร ซึ่งจะทำให้สถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเสียไป เนื่องจากการให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรอย่างสูงอันเป็นรูปแบบที่ใกล้เคียงกับระบบของประเทศอังกฤษ ที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (soverignty of paliament) แต่ทั้งนี้ ข้อเสนอของนายพงศ์เพ็ญฯได้จำเพาะไว้เพียงสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเสนอของนายเกษม ศิริสัมพันธ์ แล้วยังให้ความสำคัญกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอยู่ เนื่องจากแม้ว่าจะกำหนดให้มีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างง่าย แต่ก็เป็นการที่พิเศษต่างจากวิธีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติธรรมดา เช่น การกำหนดให้ผู้มีสิทธิแก้ไข คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 1 ใน 5 ของจำนวน

²⁸สำนักงานเลขาธิการรัฐสภา, บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ครั้งที่ 25/2517 วันพุธ ที่ 12 มิถุนายน 2517, กองกรรมาธิการ 2.

สมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร หรือคณะรัฐมนตรี และมีการพิจารณา 3 วาระ รวมทั้งมีกระบวนการพิเศษ คือ การออกเสียงประชามติของประชาชนเพื่อให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดให้เป็นพระราชดำริของพระมหากษัตริย์ว่าสมควรนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ไปให้ประชาชนแสดงประชามติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบอีกชั้นหนึ่งหรือไม่ ทั้งนี้ ให้ทำเป็นประกาศพระบรมราชโองการและให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสียก่อน จากนั้นจึงตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวันลงประชามติอีกทีหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้มีการประชุมกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 ได้มีการพิจารณาปรากฏว่ามีกรรมาธิการไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่าประชามติจะไม่ได้เสียงที่แท้จริง และเป็นการให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้วินิจฉัยว่าควรจะให้มีประชามติหรือไม่ อาจทำให้กระทบกระเทือนถึงองค์พระมหากษัตริย์ได้ ส่วนที่กรรมาธิการที่เห็นด้วยกับการควรให้มีประชามติให้เหตุผลว่า ถ้ามองประชามติเป็นเพียงได้การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรก็เป็นเท็จได้ และการใช้พระราชอำนาจวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ว่าควรจะมีประชามติหรือไม่ก็ไม่กระทบกระเทือนอะไร เนื่องจากมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการอยู่แล้ว การมีประชามติทำให้อำนาจวิไลของพระมหากษัตริย์มีทางใช้ได้จริง²⁹ นายโกศล พลกุล ได้ให้ความเห็นว่า รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติให้มีเรื่องประชามติทั้งในการแก้ไขรัฐธรรมนูญและในเรื่องอื่น แต่ไม่ควรให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้วินิจฉัยว่าควรให้มีประชามติหรือไม่ เพราะจะทำให้พระองค์อยู่ในฐานะลำบากที่จะทรงตัดสินพระทัย ถ้าทรงเห็นว่าควรให้ประชาชนลงมติ ก็อาจจะมีการมองไปได้ว่า ทรงไม่เห็นด้วยกับรัฐสภา ยิ่งถ้าผู้ตีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาจากคณะรัฐมนตรี ก็ยิ่งทำให้มองไปอีกว่าทรงไม่เห็นด้วยกับคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา จริงอยู่แม้จะมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และให้ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ โดยประธานรัฐสภา(พระบรมราชโองการ) และนายกรัฐมนตรี(พระราชกฤษฎีกา) แต่ในทางความเป็นจริงคงจะต้องมีการกระทบกระเทือนแน่ ๆ และถ้าพระองค์ไม่ทรงปรารถนาให้เกิดความรู้สึกในทางกระทบกระเทือน ก็จะไม่ทรงใช้อำนาจให้มีประชามติ ดังนั้นประชามติก็จะไม่ได้มีการใช้อำนาจ³⁰ ซึ่งนายโกศลฯ ได้เสนอให้ควรกำหนดองค์กรหรือผู้ที่กำหนดให้ต้องมีประชามติว่าควรจะเป็นคณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่ง หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนหนึ่ง หรืออาจจะกำหนดให้ต้องมีประชามติในกรณีใดกรณีหนึ่งไปเลย เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรง และถ้าได้มีการใช้กันบ้างตามความเหมาะสมก็จะเป็นการกระตุ้นความ

²⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 ครั้งที่ 15/2521 วันพฤหัสบดี ที่ 9 มีนาคม 2521, หน้า 3/6 – 3/7.

³⁰ โกศล พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 85-86.

ต้นตัวและจิตสำนึกในการมีบทบาททางการเมืองของประชาชนยิ่งขึ้น

ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้ประกาศใช้แล้ว กระทรวงมหาดไทยได้ร่างกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงแสดงประชามติ และเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวไปยังคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีได้ประชุม เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2518 ลงมติรับหลักการของร่างกฎหมายดังกล่าว และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาในวันที่ 18 กันยายน 2518 เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาเรียบร้อยแล้วยังไม่ได้เสนอต่อรัฐสภา ก็มีการรัฐประหารยกเลิกการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เสียก่อน จึงยังไม่มีการใช้กระบวนการแสดงประชามติของประชาชน แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่าถ้ามีกฎหมายดังกล่าวแล้วจะมีการประชามติแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ในช่วงระยะเวลาการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้มีความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้

3.2.2 ความเคลื่อนไหวให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2517

ความเคลื่อนไหวให้มีการแก้ไขหลักการเกี่ยวกับอายุของผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน ได้เริ่มตั้งแต่สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 2 เสร็จเมื่อวันที่ 14 กันยายน 2517 แล้ว โดยกลุ่มนักเรียน นิสิต นักศึกษา ประมาณ 300 คน ได้ไปชุมนุมบริเวณหน้าที่ทำการรัฐสภาเพื่อยื่นหนังสือต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญ รวม 4 ประเด็น คือ เรื่องอายุผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ซึ่งในร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ 20 ปี ขอให้แก้ไขเป็น 18 ปี เรื่องอายุผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งในร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ 25 ปี ขอให้แก้ไขเป็น 23 ปี เรื่องระบบสภาขอให้แก้ไขให้มีเพียงสภาเดียว คือ สภาผู้แทนราษฎร และเรื่องการที่มีทหารต่างชาติเข้ามาในประเทศ หรือการส่งอาสาสมัครออกไปรบนอกประเทศจะต้องผ่านการอนุมัติจากสภาเสียก่อน³¹

ซึ่งในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นการทบทวนได้มีสมาชิกบางท่านนำข้อเรียกร้องของนิสิต นักศึกษา และประชาชนที่จะให้มีการแก้ไขร่างรัฐธรรมนูญมาอภิปราย ซึ่งสมาชิกได้อภิปรายกันอย่างกว้างขวาง โดยนายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย ได้เสนอให้คงใช้ข้อบังคับการประชุม ข้อ 116 ที่กำหนดว่า “ในการพิจารณาทบทวนร่างรัฐธรรมนูญ สมาชิกจะแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความมิได้ นอกจากเนื้อความที่เห็นว่ายังขัดแย้งกันอยู่เท่านั้น” โดยอาศัยข้อบังคับการประชุมข้อ 112 ที่กำหนดว่า “ถ้าประธานสภาขอปรึกษาหรือสมาชิกเสนอญัตติโดยมีสมาชิก

³¹ สยามรัฐ (19 กันยายน 2517), หน้า 1, 16.

รับรองไม่น้อยกว่า 30 คน ให้คดีใช้ข้อบังคับการประชุมข้อหนึ่งข้อใดเป็นการชั่วคราวเฉพาะกรณี และที่ประชุมลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดก็ให้คดีใช้ข้อบังคับนั้นได้” แต่ผลการลงมติปรากฏว่าสมาชิกสภาไม่เห็นด้วยกับการระงับใช้ข้อบังคับดังกล่าว³²

กลุ่มผู้คัดค้านร่างรัฐธรรมนูญอันประกอบด้วยนักเรียน นิสิต นักศึกษา และประชาชน จึงได้ชุมนุมคัดค้านที่อนุสาวรีย์ประชาธิปไตย และเปิดอภิปรายโจมตีรัฐสภา ซึ่งปรากฏว่า ได้มีกลุ่มนักเรียนอาชีวะได้แยกตัวออกไปอภิปรายโจมตีผู้นำนักศึกษาว่าเป็นการกระทำที่หวังผล การเมือง³³

ภายหลังที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ 2517 แล้ว สมาชิกสภานิติบัญญัติ บางท่านได้พยายามเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ 2517 แต่มีประเด็นปัญหาว่า สภานิติบัญญัติ ชุดนี้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เนื่องจากตามมาตรา 228 อนุมาตรา 3 ของ รัฐธรรมนูญดังกล่าว กำหนดว่า ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรีหรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร และตามบทเฉพาะกาล มาตรา 234 กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่ง นายไพโรจน์ ชัยนาม ให้ความเห็นว่า³⁴ สภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่อาจเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญได้ เพราะขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น และมาตรา 165 อนุมาตรา 16 ได้บัญญัติชัดเจนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะทำได้ก็แต่โดยการประชุมร่วมกันของทั้งสองสภา แต่ในขณะนั้นมีเพียงสภาเดียว³⁵ ส่วนนายกระมล ทองธรรมชาติ และนายพงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย ให้ความ เห็นว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เพราะบทเฉพาะกาลได้บัญญัติให้สภานิติบัญญัติ แห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภา ซึ่งเท่ากับทำหน้าที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา³⁶

ต่อมาเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2517 สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งเสนอโดยคณะรัฐมนตรี ในการประชุมครั้งนี้ สภาได้นำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติมของนายอมร จันทรมบูรณ เข้า

³²รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 67 วันพฤหัสบดี ที่ 19 กันยายน 2517

³³สยามรัฐ (20 กันยายน 2517), หน้า 16.

³⁴สยามรัฐ (21 กันยายน 2517), หน้า 16.

³⁵สยามรัฐ (8 ตุลาคม 2517), หน้า 1, 16.

³⁶สยามรัฐ (7 ตุลาคม 2517), หน้า 8.

พิจารณาด้วย ซึ่งที่ประชุมได้มีมติให้พิจารณาร่วมกัน เพราะเป็นเรื่องทำนองเดียวกัน นายสัญญาธรรมศักดิ์ นายกรัฐมนตรี ได้แถลงเหตุผลในการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมว่า ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้รัฐสภาประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร และกำหนดให้วุฒิสภามีหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรแล้ว โดยมีอำนาจเพียงยับยั้งร่างกฎหมายชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น กับมีอำนาจควบคุมฝ่ายบริหาร ได้เพียงแต่การตั้งกระทู้ถามเท่านั้น เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในทางการเมืองและการปกครองประเทศแล้วเห็นว่า วุฒิสภาในสภาพดังกล่าวไม่อาจทำหน้าที่นิติบัญญัติได้เหมาะสมแก่สถานการณ์ของบ้านเมือง ได้สมควรมีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียวเพื่อจะได้ปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสะดวกและรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³⁷ หลังจากนั้นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้อภิปรายกันอย่างกว้างขวางทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยกับการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ และที่ฝ่ายไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ได้ให้เหตุผลดังนี้คือ

นายกมล สมวิเชียร เห็นว่า การขอแก้ไขรัฐธรรมนูญภายหลังการประกาศใช้ได้ไม่นานเท่าไรนั้น จะเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการผิดหลักการออกเสียงในระบอบประชาธิปไตยที่เคารพเสียงข้างมาก เพราะในการพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้เอง ได้ลงมติให้มีสองสภา ถ้าหากจะแก้ไขในข้อนี้ โดยให้มีสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียว ก็เท่ากับว่าการลงมติของเสียงข้างมากนั้น ไม่มีความหมาย

นายอดุลย์ วิเชียรเจริญ เห็นว่า การเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในขณะนี้ เป็นระยะที่ไม่เหมาะสมเพราะทั้งรัฐบาลและสภา กำลังจะพ้นหน้าที่ ไม่ควรจะทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญควรให้เป็นหน้าที่ของรัฐบาลและสภาที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน เป็นผู้แก้ไขจะเป็นการสมควรกว่า

นายทวิช เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา เห็นว่า พระราชกระแสเรื่องร่างรัฐธรรมนูญของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวนั้น พระองค์ท่านมิได้ระบุว่าไม่ทรงเห็นด้วยกับวุฒิสภา เพียงแต่ทรงไม่เห็นด้วยกับวิธีการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกที่ให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

³⁷รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ชุดที่ 2 ครั้งที่ 19 วันพฤหัสบดี ที่ 19 ธันวาคม 2517.

ส่วนสมาชิกฝ่ายที่เห็นด้วยที่จะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลดังนี้
 นายอมร จันทรมบูรณ์ เห็นว่า การที่รัฐบาลเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข
 เพิ่มเติมขึ้นมา นับเป็นความกล้าของรัฐบาลที่กล้าสู้กับความจริง ซึ่งเป็นความต้องการของประชาชนให้
 สัมฤทธิ์ผล และเป็นการดีกว่าที่รัฐบาลจะนิ่งเฉยไม่ทำอะไรเลย

นายสุชน ชื่นสมจิตร เห็นว่า การขอแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้มีใช่เป็นการไม่เคารพ
 หลักการเสียงข้างมากที่ลงมติไปแล้วแต่ประการใด แต่สิ่งต่าง ๆ นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความ
 เหมาะสมและกาลเวลา การที่รัฐบาลขอแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยให้สิทธิแก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น รับฟังเสียง
 ประชาชนมากยิ่งขึ้น เป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่ประวัติศาสตร์จะต้องจารึกไว้

นายไพจิตร เอื้อทวีกุล เห็นว่า ตามข้อเท็จจริงวุฒิสภามาที่บัญญัติใน
 รัฐธรรมนูญนั้นไม่มีความสำคัญหรือประโยชน์เท่าใดนัก และถ้ายิ่งเอาวุฒิสภานี้ไปเกี่ยวข้องกับสถาบัน
 พระมหากษัตริย์ ยิ่งเป็นการกระทำที่ไม่สมควร ดังนั้น จึงเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยยกเลิก
 วุฒิสภาเสีย

เมื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติอภิปรายแสดงความคิดเห็นจนถึงเวลา
 ลงมติในวาระที่ 1 แล้วนั้น ก่อนการลงมติ นายประภาส อวยชัย ประธานสภาได้ขอมติจากที่ประชุม
 เกี่ยวกับจำนวนสมาชิกที่จะถือเป็นเกณฑ์ในการรับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม
 วาระที่ 1 ซึ่งตามมาตรา 228 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 อนุมาตรา 3 กำหนด
 ว่า “การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบ
 ด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา” ซึ่งในขณะนั้นมีสมาชิก
 สภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งสิ้น 292 คน และตามมาตรา 6 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
 พุทธศักราช 2515 กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 299 คน ดังนั้น จึงขอมติ
 จากที่ประชุมว่าจะเอาจำนวนสมาชิกเท่าใดเป็นเกณฑ์ ในที่สุดสมาชิกได้ลงมติให้ถือเอาครึ่งหนึ่งของจำนวน
 สมาชิกที่มีอยู่ในขณะนั้น คือ 292 คน เป็นเกณฑ์ด้วยคะแนนเสียง 148 ต่อ 28 ต่อจากนั้นเป็นการลงมติใน
 วาระที่ 1 ขึ้นรับหลักการ ผลการลงมติปรากฏว่าสมาชิกที่เห็นควรรับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแห่ง
 ราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเสนอโดยคณะรัฐมนตรีและนายอมร จันทรมบูรณ์ กับคณะ มีจำนวน
 121 คน สมาชิกที่ไม่เห็นด้วยมี 54 เสียง และสมาชิกงดออกเสียง 35 คน เป็นอันว่าที่ประชุมสภานิติบัญญัติ
 แห่งชาติลงมติไม่รับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ เพราะคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยใน
 การแก้ไขเพิ่มเติมน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะนั้น คือ 292 คน และในการ
 ประชุมครั้งนี้สมาชิกที่ขาดประชุมมีจำนวน 82 คน

ภายหลังการประชุม นายไพโรจน์ ชัยนาม สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และอดีตประธานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้กล่าวถึงเหตุผลที่ลงมติงดเว้น ไม่ออกเสียงว่า เป็นเพราะมีความรู้สึกหนักใจในปัญหาข้อกฎหมาย เช่นเดียวกับนักกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งมีความเห็นว่า สภานิติบัญญัติไม่มีอำนาจพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญ และกล่าวต่อไปว่า แม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งวุฒิสภา แต่ความจริงแล้วพระมหากษัตริย์มิได้ทรงคัดเลือกเอง แต่มีผู้เสนอให้ทรงแต่งตั้ง และตามปกติแล้วผู้รับสนองพระบรมราชโองการจะเป็นผู้กราบบังคมทูลเสนอรายชื่อ ดังนั้น เมื่อจะให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้กราบบังคมทูลเสนอรายชื่อผู้ที่สมควรจะทรงโปรดเกล้าฯแต่งตั้ง ซึ่งคิดว่าจะทำให้เกิดปัญหาต่อไป โดยนายกรัฐมนตรีที่มาจากพรรคหรือกลุ่มการเมืองก็จะต้องเสนอรายชื่อผู้ที่เป็นพรรคพวกของตนเป็นวุฒิสภา³⁸

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติลงมติไม่รับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับที่ขอให้ยกเลิกวุฒิสภาโดยให้มีเพียงสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียวก็คือ มีการอ้างถึงบันทึกพระราชกระแสเรื่องร่างรัฐธรรมนูญของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว พระองค์ท่านทรงไม่เห็นด้วยกับการให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก มิใช่ไม่ทรงเห็นด้วยกับการมีวุฒิสภา

หลังจากนั้นเมื่อวันที่ 26 ธันวาคม 2517 นายสิงห์โต อ่างตระกูล กับคณะ 68 คน ได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยมีหลักการขอแก้ไขให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกและนายสมพร เทพสิทธา กับคณะ 65 คน ได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยขอแก้ไขให้คณะองคมนตรีเป็นผู้จัดทำรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ 300 คน เป็นบัญชีลับเพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเลือกตั้งและให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ประชุมพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว³⁹

³⁸“บันทึกข่าว ธันวาคม 2517,” รัฐสภาสาร 1 (ธันวาคม 2517) : 65 – 66.

³⁹รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภา ครั้งที่ 21 วันพฤหัสบดี ที่ 26 ธันวาคม 2517.

นายสิงห์โต จ่างตระกูล ได้อภิปรายสนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ของตนว่า การกำหนดให้ประธานองคมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสภา นั้นจะทำให้ประธานองคมนตรีอยู่ในลักษณะที่เป็นองค์กรทางการเมือง และการที่ตนเองและคณะเสนอ ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกก็เพราะเห็นว่านายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นผู้ที่มีความสุจริตยุติธรรม เหมาะสมที่จะเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้ง วุฒิสมาชิก

นายสมพร เทพสิทธา ได้อภิปรายว่า การให้คณะองคมนตรีเป็นผู้จัดทำบัญชี รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิให้สภาผู้แทนราษฎรเลือก เลือกตั้งเป็นการถ่วงถ่วงถึงสองชั้น และเป็นทั้งการแต่งตั้ง และการเลือกตั้ง ด้วยเหตุที่องคมนตรีเป็นผู้ที่ไม่ฝักใฝ่ในทางการเมือง จึงเชื่อว่า บุคคลผู้ทรงคุณวุฒิที่ องคมนตรีคัดเลือกเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้ที่เหมาะสมกับตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาและ โดยที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน จึงถือได้ว่าผู้แทนของประชาชน เป็นผู้เลือกวุฒิสมาชิก ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย เป็นการเลือกวุฒิสมาชิก โดย ประชาชนทางอ้อม

นายไพจิตร เอื้อทวีกุล อภิปรายสนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ของนายสิงห์โต จ่างตระกูล ว่าเป็นการสมควรที่จะให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรม ราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก ซึ่งนายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้รับผิดชอบ ส่วนตามร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข เพิ่มเติมของนายสมพร เทพสิทธา นั้นที่ให้คณะองคมนตรีเป็นผู้จัดทำรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว ให้สภา ผู้แทนราษฎรเลือกตั้งและให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่งตั้งวุฒิสมาชิกนั้น ยังคงทำให้วุฒิสมาชิกผูกพันกับสถาบันพระมหากษัตริย์โดยผ่านองคมนตรีอยู่ เช่นเดิม ส่วนสมาชิกสภาที่สนับสนุนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของนายสมพร เทพสิทธา อภิปราย สนับสนุนว่าเป็นการประสานระหว่างสถาบันที่เป็นกลาง คือ องคมนตรีทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ 300 คน และให้สถาบันการเมืองที่เป็นอำนาจของประชาชน คือ สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกตั้ง ส่วน การจะให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้น แม้จะเชื่อมั่นว่า นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นคนดี มีความยุติธรรม แต่เป็นเรื่องของการยึดถือตัวบุคคล ซึ่งในอนาคตนี้นายกรัฐมนตรี คนอื่น ๆ ก็คงจะเลือกพรรคพวกของตนขึ้นเป็นวุฒิสมาชิก การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาอย่าง รอบด้านเพราะนอกจากปัญหาด้านความถูกต้อง ความชอบธรรม ความเกี่ยวข้องของอำนาจแล้ว เรายังต้อง คำนึงถึงระบบการเมือง หรือจักรกลทางการเมืองว่าจะทำงานได้หรือไม่ การให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนาม

รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก เกรงว่าจะเกิดความขัดแย้งระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภา กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะไม่เคารพและยอมรับสมาชิกวุฒิสภาเพราะถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งของประชาชน เป็นผู้แทนที่แท้จริงของประชาชนส่วนสมาชิกวุฒิสภานั้นเป็นพรรคพวกของนายกรัฐมนตรี เป็นฐานอำนาจทางการเมืองของฝ่ายรัฐบาลและถ้าเป็นเช่นนั้นจะทำให้วุฒิสภาขาดความศักดิ์สิทธิ์และไม่มีศักดิ์ศรี และเท่ากับว่าเป็นการละทิ้งหลักการที่จะให้วุฒิสภาเป็นผู้ใช้อำนาจยับยั้งได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะวุฒิสมาชิกจะเป็นพวกเดียวกันกับรัฐบาล

หลังจากที่สมาชิกอภิปรายพอสมควรแล้ว นายประภาศน์ อวยชัย ประธานสภาได้ให้ที่ประชุมลงมติก่อนว่าจะให้รวมหรือแยกการลงมติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 แก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับ ซึ่งที่ประชุมมีมติให้พิจารณาแยกกันพิจารณาด้วยคะแนนเสียง 105 ต่อ 30 เสียง สมาชิกสภาที่วิตกว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสองฉบับนี้จะต้องตกไปเพราะได้รับเสียงสนับสนุนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดจึงเรียนปรึกษาประธานสภาขอให้ประธานสภาปรึกษากับผู้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองท่านให้ท่านหนึ่งถอนญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้คงเหลือเพียงร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพียงร่างเดียวเพื่อที่จะได้มีโอกาสได้เสียงสนับสนุนเกินกว่ากึ่งหนึ่งแทนที่จะต้องตกไปทั้งสองฉบับ

ในการประชุมตอนบ่ายนายสิงห์โต จ่างตระกูล ได้ขอถอนญัตติขอแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ตนเองและคณะเป็นผู้เสนอ ที่ประชุมลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 134 ต่อ 5 ต่อจากนั้นที่ประชุมได้ลงมติรับหลักการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งนายสมพร เทพสิทธา กับคณะเป็นผู้เสนอด้วยคะแนนเสียง 182 ต่อ 8 ซึ่งเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภา มีสมาชิกงดออกเสียง 12 คน และที่ประชุมลงมติเห็นชอบให้มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม วาระที่ 2 โดยกรรมาธิการเต็มสภาด้วยคะแนนเสียง 110 ต่อ 25 นายมานะ พิทยาภรณ์ ได้เสนอให้เลื่อนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมวาระที่ 2 ไปอีก 1 วัน เพื่อให้สมาชิกสภาได้มีโอกาสศึกษาและพิจารณาปัญหาข้อกฎหมายต่าง ๆ อย่างละเอียดรอบคอบ ที่ประชุมลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 83 ต่อ 35 หลังจากนั้น นายใหญ่ สวัสดิชาติ เสนอให้ตั้งกรรมาธิการ 5 ท่าน เพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการพิจารณาในวาระที่ 2 ซึ่งการตั้งกรรมาธิการเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก่อนการพิจารณา ในวาระที่ 2 โดยกรรมาธิการเต็มสภานั้น เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รัฐสภา พ.ศ. 2517 ข้อ 101 วรรคท้าย ซึ่งกำหนดว่า “ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยกรรมาธิการเต็มสภานั้นจะตั้งคณะกรรมาธิการเพื่อพิจารณาปัญหาใด โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัตินั้นก็” ที่ประชุมลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 110 ต่อ 2 และเลือกกรรมาธิการจำนวน 5 คน

คือ นายสมภพ โทตระกิตย์ นายอมร จันทรสมบูรณ์ นายสมพร เทพสิทธา นายใหญ่ ศวิตชาติ และ นายเฉลิมชัย วสินนท์

วันรุ่งขึ้นคือวันที่ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2517 สภานิติบัญญัติแห่งชาติประชุม พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม วาระที่ 2 โดยกรรมาธิการเต็มสภาได้มี ผู้ขอแปรญัตติ 3 ท่าน คือ⁴⁰

1. นายสุรน ชื่นสมจิตร ขอให้สมาชิกสภาจังหวัดแต่ละจังหวัดคัดเลือกมา จังหวัดละหนึ่งคน ที่เหลือให้สมาชิกสภากรุงเทพมหานครเป็นผู้คัดเลือกโดยอภิปรายให้เหตุผลว่าการให้ คณะองคมนตรีเป็นผู้คัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒินั้นก็ยังคงเกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างหลีกเลี่ยง ไม่พ้น และองคมนตรีนั้นส่วนใหญ่เป็นผู้สูงอายุ การที่จะได้สังสรรค์กับคนทั่วไปในระดับชั้นต่าง ๆ มีน้อย ส่วนการที่จะให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกตั้งวุฒิสมาชิกก็จะทำให้วุฒิสภาขาดความเป็นกลางทางการเมือง การให้สมาชิกจังหวัดเลือกตั้งมาจังหวัดละ 1 คนนั้น จะได้คนที่ทราบปัญหา แต่ละภูมิภาคเข้ามา และจะเป็นตัวเชื่อมระหว่างส่วนกลางกับจังหวัดต่าง ๆ

2. นายเรณู สุวรรณสิทธิ์ ขอให้ประธานองคมนตรี นายกรัฐมนตรีและ ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอบัญชีรายชื่อแต่ละบัญชีจำนวน 300 คน เพื่อให้ผู้มีชื่อในบัญชี ดังกล่าวทำการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาตนเองโดยการลงคะแนนลับ และได้อภิปรายเหตุผลว่าการให้มีการเสนอชื่อจาก 3 สถาบันดังกล่าว และให้มีการเลือกตั้งกันขึ้นมาเองจะทำให้วุฒิสมาชิกเหล่านี้มีความ เป็นอิสระ จะไม่มีการพยายามที่จะไปหาเสียงกับฝ่ายรัฐบาลหรือฝ่ายใด และจะทำให้ความสัมพันธ์ ระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาเป็นไปด้วยดี

3. นายมานะ พิทยาภรณ์ ขอแปรญัตติให้แก้ไขมาตรา 107 เดิมเป็นข้อความ ดังต่อไปนี้ “วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนหนึ่งร้อยคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจาก ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งมีความรู้ความชำนาญในวิชาการหรือกิจการต่าง ๆ อันจะยังประโยชน์ให้เกิดแก่การ ปกครองแผ่นดิน มีคุณสมบัติตามมาตรา 117 (1) และมีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ ทั้ง ไม่เป็นบุคคล ต้องห้ามตามมาตรา 116 และมาตรา 118 วรรค 2 ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรม ราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา” โดยอภิปรายให้เหตุผลว่าเป็นการปฏิบัติตามพระราชวิจารณ์ ซึ่งไม่ประสงค์ให้องคมนตรีเข้ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งวุฒิสมาชิก อันอาจก่อให้เกิดการครหา ขึ้นมาได้ และเป็นาง่ายคือ แก้ไขเพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 107 และหากจะแก้มาตรา 110 ก็แก้ไข

⁴⁰รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ทำหน้าที่รัฐสภา ครั้งที่ 22 วันศุกร์ ที่ 27 ธันวาคม 2517.

เพียงเล็กน้อย คือ ตัดคำว่า “เลือกและ” ออกจากข้อความที่ว่า “ทรงเลือกและแต่งตั้ง” เป็น “ทรงแต่งตั้ง” เท่านั้น และนายกรัฐมนตรีคนต่อไปนั้นจะต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และต้องได้รับความยินยอมไว้วางใจจากสมาชิกส่วนมากของสภา ดังนั้น นายกรัฐมนตรีจึงเป็นผู้ที่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา ในที่สุด ที่ประชุมลงมติครั้งนี้ คือ มีสมาชิกเห็นด้วยกับคำแปรญัตติของนายมานะ พินยาภรณ์ มีจำนวน 110 คน สมาชิกเห็นด้วยกับคำแปรญัตติของนายสุรน ชื่นสมจิตร 12 คน และสมาชิกเห็นด้วยกับคำแปรญัตติของนายเรณู สุวรรณสิทธิ์ มีจำนวน 25 คน เป็นอันว่าสมาชิกส่วนใหญ่เห็นสมควรให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก

ภายหลังจากที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภา ได้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม วาระที่ 2 เรียบร้อยแล้ว ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แจ้งแก่ที่ประชุมว่า ตามมาตรา 228 อนุมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติไว้ว่า เมื่อพิจารณา วาระที่ 2 เสร็จสิ้นแล้ว ต้องรอให้พ้นกำหนด 15 วัน แล้วจึงจะพิจารณา วาระที่ 3 ต่อไปได้ ซึ่งที่ประชุมได้มีมติให้มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 3 ในวันพฤหัสบดี ที่ 16 มกราคม พ.ศ. 2518 ครั้นถึงวันประชุมพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญวาระที่ 3 ซึ่งการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ 3 นี้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่ประชุม ได้ลงมติเห็นชอบด้วยคะแนนเสียง 199 ต่อ 28 งดออกเสียง 12 ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเสนอ โดยนายสมพร เทพสิทธา กับคณะขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธย และได้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 19 มกราคม พ.ศ. 2518 โดยมีนายสัญญา ธรรมศักดิ์ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ⁴¹

อย่างไรก็ดี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องการเปลี่ยนตัวผู้รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาจากประธานองคมนตรีเป็นนายกรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นการแก้ไขที่ประชุมไม่ได้เรียกร้องและไม่แน่ว่าจะตรงกับพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้เคยทรงทักท้วงเรื่องนี้ไว้หรือไม่ นอกจากนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ ยังมีลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติโดยปริยาย⁴²

⁴¹“รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2518,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ 92 (23 มกราคม 2518).

⁴²กระมล ทองธรรมชาติ, วิวัฒนาการของระบบรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 43.

3.2.3 สถาบันที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ

ระบบการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเนื่องจากแนวความคิดที่ถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด มีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายใด ๆ เหนือกว่าการกระทำของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และเหนือกว่าคำพิพากษาของศาล นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นและได้รับอำนาจโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นการแย้งหรือขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เพราะจะเป็นการเกินขอบเขตอำนาจอันเป็นผลให้การกระทำนั้นไม่มีค่าบังคับ ถ้าเกิดมีการกระทำใด ๆ ขัดกับรัฐธรรมนูญก็ต้องถูก Sanction แต่จะมีองค์กรหนึ่งซึ่งหลายประเทศไม่ค่อยยอมรับการที่จะถูกควบคุมตรวจสอบ คือองค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายที่เป็นเช่นนี้เพราะองค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่มีลักษณะแตกต่างจากองค์กรอื่น ๆ ทั่วไป คือ เป็นองค์กรที่มาจากกรเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนกรออกกฎหมาย คือ เจตนาารมณ์ทั่วไปของประชาชน (general will) ฉะนั้น กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ประชาชนต้องการหรือประสงค์ โดยเหตุนี้หลายประเทศจึงยอมรับการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญลำบาก ในกรณีของประเทศไทยจะต่างกับต่างประเทศ คือ เราจะยอมรับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ง่าย แต่การกระทำขององค์กรอื่นเรากลับไม่มีกระบวนการที่จะ Sanction โดยเฉพาะการกระทำของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล กรณีฝ่ายบริหารกระทำการหรือละเว้นการกระทำซึ่งเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 6 ได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้จะมีการกำหนดองค์กรพิเศษเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” และยังคงให้อำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอยู่ในส่วนเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาไว้ด้วย ดังจะเห็นได้กล่าวต่อไปนี้

3.2.3.1 มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังมีการโต้เถียงพอสมควรว่าควรจะให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นหรือไม่ และขอบเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญควรมีแค่ไหน ในต้นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่คณะรัฐมนตรีจัดทำเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ได้ให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญ 9 คน โดยรัฐสภา

คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการตุลาการ เป็นผู้เลือกผู้ทรงคุณวุฒิฝ่ายละ 3 คน แต่สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหลายท่าน โดยเฉพาะผู้ที่เป็นตุลาการไม่ค่อยเห็นชอบด้วยกับการมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมถึงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวที่ปรากฏตามร่างของรัฐบาล⁴³

นายวิกรม เมลานันท์⁴⁴ ไม่เห็นด้วยกับการที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงการสิ้นสภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ประพฤติในทางนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่สภาผู้แทนราษฎร ด้วยเหตุผลว่าผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งของราษฎรจำนวนมาก ไม่ควรให้คน 9 คนไปทำให้เขาสิ้นสมาชิกภาพ

นายธานินทร์ กรัยวิเชียร⁴⁵ ไม่เห็นด้วยกับองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากฝ่ายละ 3 คน เพราะฝ่ายบริหารได้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่มีเสียงข้างมาก ดังนั้น ย่อมจะมีอิทธิพลครอบงำบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ท่านเกรงว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามร่างของรัฐบาลจะเป็นเพียงองค์กรรับหน้าที่เพื่อประโยชน์ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และเห็นว่าในอดีตที่ผ่านมาศาลยุติธรรมก็ได้ทำหน้าที่นี้มาไม่น้อย ถ้านับจำนวนสถิติแล้ว มากกว่าตุลาการรัฐธรรมนูญเสียอีก

นายอมร จันทรมบูรณ์⁴⁶ ได้อธิบายว่า “...คำว่า “ศาล” นี้ก็อีกละครับศาลเลข ๆ นั้นไม่มีความหมาย จะต้องดูว่าใครอยู่ที่ศาล ศาลที่ดี ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ดีนั้น ไม่มีความหมายในชื่อของมันเอง ตุลาการรัฐธรรมนูญในขณะนี้กับตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ก็จะต้องนึกถึงตัวบุคคลที่อยู่ในนั้นด้วย เพราะสิ่งที่อยู่ในชื่อนั้นคือแนวความคิด เมื่อพูดถึงศาล ถ้าหากเรานึกถึงสหรัฐอเมริกา เราก็จะมองเห็นทันทีว่าศาลของสหรัฐอเมริกานั้นมีที่มาในทางที่เป็นประชาธิปไตย เพราะว่าประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอได้รับความเห็นชอบจากสภาสูง ด้วยเหตุนี้อำนาจเขาก็เพิ่มขึ้นได้หรือว่า ถ้าหากว่าเราจะให้ศาลของเรา เราก็ต้องดูที่มาเหมือนกันของทุกประเทศนี้เราต้องดูที่มา คนที่อยู่ในศาลนั้นคืออะไร ด้วยเหตุนี้เองเนื่องจากว่าการที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นอำนาจที่แทรกแซงเข้ามาในอำนาจในทางการเมือง ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวความคิดที่ว่า เมื่อเป็นอำนาจใน

⁴³ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : โครงการศึกษานโยบาย สาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 53 – 55.

⁴⁴ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 20/2517 วันพุธ ที่ 3 เมษายน 2517.

⁴⁵ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 20/2517 วันพุธ ที่ 3 เมษายน 2517.

⁴⁶ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 20/2517 วันพุธ ที่ 3 เมษายน 2517.

ทางการเมือง เราก็จำเป็นต้องสร้างองค์กรที่มีลักษณะกึ่งการเมืองกึ่งยุติธรรม มันครึ่ง ๆ กลาง ๆ ถ้าการเมืองเสียเลยก็ไม่มีอะไรเกิดขึ้น ถ้ายุติธรรมเสียมากก็อาจจะขัดกับเจตจำนงของประชาชน

ท้ายที่สุดสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ก็เห็นด้วยกับการให้มี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น เพราะเห็นว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็น เรื่องที่ไม่ควรให้องค์กรตุลาการเข้าไปทำ เนื่องจากไม่ใช่การตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน การจะบอก ว่ากฎหมายใดที่สภานิติบัญญัติขึ้นใช้ไม่ได้ ควรจะให้เป็นที่ขององค์กรพิเศษ ซึ่งมีลักษณะทางการเมือง มากกว่า

ซึ่งในเรื่องนี้ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกที่มีความคิดเห็น ว่า กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติมาแล้ว ไม่ควรจะถูกอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด เพราะ สภานิติบัญญัติประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การที่สภานิติบัญญัติ ได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาทั่วไปของประชาชน (volonte generale) เจตนาทั่วไปนี้ก็คือ การแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตย จึงไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด ศาลยุติธรรมมิใช่สถาบันที่ประกอบด้วยผู้แทนของปวงชน จึงไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะมาขัดขวางหรือ ขยับยั้งการแสดงออกซึ่งเจตนาทั่วไปของประชาชน แต่ต่อมาประมาณปี ค.ศ. 1799 ได้มีนักการเมือง ฝรั่งเศส ชื่อ ซีเอแอส (Sieyes) ได้แสดงความเห็นว่า ควรมืองค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่คุ้มครอง ป้องกันรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นแล้วหลักการในรัฐธรรมนูญจะถูกเปลี่ยนแปลงผันแปร ไปโดยกฎหมายของ สภานิติบัญญัติ ซีเอแอสได้เสนอให้มีองค์กรทางการเมืองทำหน้าที่วินิจฉัยกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ⁴⁷

ส่วนการจะให้รัฐสภาเป็นผู้คุ้มครองเช่นนั้น นายอมร จันทรมบูรณ⁴⁸ เห็นว่า การที่จะให้ “สภาผู้แทนราษฎร” ซึ่งเป็นสถาบันการเมืองอันมีพรรคการเมืองหรือกลุ่มพรรคการเมืองควบคุมเสียงข้างมากในสภา อันเป็นการเผด็จการทางรัฐสภาตามระบบรัฐสภา (parliamentary system) แบบ monist เป็น “องค์กรชี้ขาด” นั้น อาจไม่ให้ความเป็นธรรมแก่พรรคการเมืองต่าง ๆ ที่เป็นฝ่ายข้างน้อย ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีสถาบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็น เครื่องถ่วงดุลหรือเป็น contre-poids⁽¹⁾

⁴⁷ สมภพ โทตระกิตย์, “การควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายปกครอง 17 (เมษายน 2541) : 9 – 10.

⁴⁸ ออมร จันทรมบูรณ, “ศาลรัฐธรรมนูญ(หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ)”, ในหนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 183.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่และส่วนประกอบที่แตกต่างจากที่เคยมีมาแล้ว โดยลักษณะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นทำนองคณะกรรมการดังที่เคยกระทำมา แต่เป็นสถาบันที่มีลักษณะคล้ายตุลาการที่มีอิสระพอควร โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยบุคคล 9 คน ที่มาจากการประชุมร่วมกันของรัฐสภา (วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร) เลือกขึ้น 3 คน คณะรัฐมนตรีเลือก 3 คน คณะกรรมการตุลาการ (ตามกฎหมายว่าด้วยตุลาการ) เลือก 3 คน และผู้ที่ได้รับเลือกนั้นกำหนดให้เป็นผู้ทรงคุณวุฒิ ไม่เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้ว ๆ มา ซึ่งให้เลือกหรือแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายโดยแท้เท่านั้น คำว่า “ผู้ทรงคุณวุฒิ” ตามรัฐธรรมนูญนี้ ไม่ได้จำกัดเฉพาะนักนิติศาสตร์เท่านั้น แต่มีความหมายกว้างมาก โดยปกติน่าจะรวมทั้งรัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ ฯลฯ ด้วย คุณสมบัติเรื่องนี้ได้เคยมีการอภิปรายพาดพิงไปถึงในคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และในสภานิติบัญญัติแห่งชาติเองขณะพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517⁴⁹ กล่าวคือ กรรมการบางท่านแสดงความวิตกว่า บุคคลที่จะเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะไม่เป็นกลางเพราะการให้ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเลือกผู้ทรงคุณวุฒิมาฝ่ายละ 3 คน ซึ่งเป็นไปได้ว่าฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจะอยู่ภายใต้พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมาก ดังนั้น พรรคการเมืองก็จะตั้งคนของตัวเองเข้าไป จึงได้มีการแสดงความเห็นดังนี้

นายธานินทร์ กรัยวิเชียร⁵⁰ เสนอให้เลือก 3 คน ที่เลือกโดยรัฐสภานั้น เป็นเลือกมาจากฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรแทน ซึ่งนายเฉลิมชัย วสินนท์⁵¹ ก็แย้งว่า ถ้าให้ฝ่ายค้านเลือกจะเกิดอุปสรรค เพราะหากมีการเปลี่ยนรัฐบาล เอาฝ่ายค้านมาเป็นรัฐบาล ดังนี้ก็ต้องเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญกันใหม่ นายไพโรจน์ ชัยนาม⁵² ประธานคณะกรรมการอธิบายว่าเรื่องตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ใช่ันักการเมือง แต่เป็นผู้ที่มีความรู้ในทางวิชาการ แต่ก็จริงที่ผู้เลือกย่อมจะไม่เลือก

⁴⁹ไพโรจน์ ชัยนาม, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทยและในบางประเทศ, คณะผู้จัดทำหนังสือพิมพ์รัฐสภาสาร, หน้า 32.

⁵⁰รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 66/2517 วันเสาร์ ที่ 14 กันยายน 2517.

⁵¹รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 66/2517 วันเสาร์ ที่ 14 กันยายน 2517.

⁵²รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ชุดที่ 2) ครั้งที่ 66/2517 วันเสาร์ ที่ 14 กันยายน 2517.

ผู้ที่ เป็นประจักษ์กับตนจนเกินไปนัก

เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้ว จะเห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้ให้ความสำคัญของความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดคุณสมบัติพิเศษ เพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานภาพที่เป็นกลางและไม่ขัดแย้งในการปฏิบัติหน้าที่ โดยกำหนดห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็น (1) สมาชิกสภา (วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร) (2) ข้าราชการประจำ (3) พนักงานรัฐวิสาหกิจ และ (4) พนักงานส่วนท้องถิ่น กำหนดการพ้นจากตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นสมาชิกสภา ข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ฯลฯ และห้ามดำรงตำแหน่งติดต่อกับ 2 ครั้ง นอกจากนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งและผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น โดยกำหนดให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย แม้ว่าจะมีเงื่อนไขบางประการที่ให้ความสำคัญกับสภาผู้แทนราษฎรมากก็ตาม ในกรณีที่ให้สมาชิกภาพตุลาการรัฐธรรมนูญพ้นตำแหน่งพร้อมกับสภาผู้แทนราษฎร อันทำให้ขาดอิสระอยู่บ้างก็ตาม

ส่วนในเรื่องขอบเขตอำนาจนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ขยายอำนาจหน้าที่ให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยหน้าที่อื่น ๆ ที่เพิ่มขึ้น นอกจากการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว การที่มอบให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาก็ด้วยเหตุผลความเป็นกลางขององค์กรเป็นสำคัญ อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้อาจแบ่งเป็นหัวข้อใหญ่ ๆ ได้ 5 ประการ คือ⁵³

(1) อำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มีวิธีการควบคุมได้ 2 กรณีคือ การควบคุมหลังจากที่กฎหมายได้ตราออกใช้บังคับแล้ว (a posteriori control) กรณีหนึ่ง กับการควบคุมร่างกฎหมายก่อนที่จะตราเป็นกฎหมาย (a priori control) อีกกรณีหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ 2517 ได้กำหนดให้มีวิธีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้ง 2 กรณี คือ

(ก) รัฐธรรมนูญฯ 2517 ยังคงบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลส่งความเห็นมาให้ เมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 225) ซึ่งกรณีนี้เป็นมาตรการควบคุม a posteriori และสำหรับผลของบทบัญญัติของกฎหมายเมื่อคณะตุลาการ

⁵³อมร จันทรสมบุญ, หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 178-179.

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้ได้ในคดีทั้งปวง เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ 2492

(๗) เพิ่มการควบคุมการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะตรากฎหมาย a priori ขึ้นอีกกรณีหนึ่ง (มาตรา 224) คือ ได้บัญญัติให้ (i) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรวมกันหรือแยกกันจำนวนไม่น้อยกว่า 1/5 ของสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา หรือ (ii) นายกรัฐมนตรีมีสิทธิส่ง “ร่างพระราชบัญญัติ” ซึ่งตนเห็นว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

(2) อำนาจวินิจฉัยการขาดสมาชิกภาพของสมาชิกสภา โดยสมาชิกสภา (สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกผู้แทนราษฎร) จำนวนไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภานั้นมีสิทธิเข้าชื่อร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ (มาตรา 105) ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญฯ 2492 และรัฐธรรมนูญฯ 2511 กำหนดไว้เพียง 5 คน

(3) อำนาจวินิจฉัยการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรี (มาตรา 188 วรรคสุดท้าย) เมื่อสมาชิกสภาเข้าชื่อร้องขอดังกล่าวใน (2)

(4) อำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจนี้ขึ้น (มาตร 213) โดยคำนึงว่าในอนาคตประเทศไทยคงจะมีศาลเชี่ยวชาญเฉพาะสาขาขึ้นตามแบบของประเทศที่พัฒนาแล้ว

(5) อำนาจวินิจฉัยว่า “ร่างพระราชบัญญัติ” มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ เพราะวุฒิสภาไม่เห็นชอบกับสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 151)

การที่ประเทศไทยจำเป็นต้องใช้ระบบการควบคุมก่อน และระบบการควบคุมหลัง เนื่องจากประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบ่อยครั้ง รัฐธรรมนูญขาดเสถียรภาพ เมื่อเปลี่ยนรัฐธรรมนูญบ่อยก็จะมีปัญหาว่า รัฐธรรมนูญที่ประกาศภายหลังอาจมีหลักการขัดกับกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ก่อนแล้ว และกฎหมายฉบับนั้นควรจะถูกยกเลิก การที่จะถูกยกเลิกนั้นเป็นไปโดยอัตโนมัติหรือไม่ เป็นประเด็นสำคัญในทางวิชาการ เพราะระหว่างที่บัญญัติกฎหมายฉบับนั้น กฎหมายฉบับนั้นยังชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับเก่าอยู่ ฉะนั้น ถ้าจะให้กฎหมายที่ตราไว้ก่อนและขัดรัฐธรรมนูญที่ออกมาทีหลัง สิ้นผลบังคับใช้ทันทีก็จะเกิดปัญหา ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาจึงมีการนำระบบการควบคุมทั้งสองมาใช้ร่วมกัน

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตอีกว่า การควบคุมก่อนนั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มุ่งที่จะควบคุมเฉพาะกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาเท่านั้น คือ ควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกำหนดหรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกควบคุมก่อนเลย อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ว่าจะตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือโดยฝ่ายบริหารย่อมถูกควบคุมภายหลังได้ทั้งสิ้น หากเข้าใจผิดว่าการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาล และศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะบังคับแก่นักคดีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงรอการพิจารณาคดีไว้ และส่งเรื่องไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁴⁴

ส่วนวิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ ซึ่งปรากฏว่าในระหว่างที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาฯ และไม่มีกรณีไปสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แม้ว่าจะมีการตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2518 แล้วก็ตาม จนกระทั่งเกิดการเปลี่ยนแปลงรัฐประหารเลิกล้มรัฐธรรมนูญฉบับนี้ แต่การที่ไม่กรณีไปสู่การพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เหตุผลประการหนึ่งอาจจะเนื่องมาจากยังไม่มีพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาฯ ซึ่งมีประเด็นที่น่าพิเคราะห์ว่า ถ้าปรากฏว่ามีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะสามารถพิจารณาได้หรือไม่ และการที่ไม่กรณีไปสู่การพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญอาจจะเนื่องมาจากไม่เกิดข้อโต้แย้งที่จะนำเข้าสู่การพิจารณา แม้ว่าจะมีกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่ก็ได้

3.2.1.2 อำนาจตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้กำหนดให้รัฐสภาและตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญควบคู่กันไป โดยแบ่งขอบเขตอำนาจในการตีความระหว่าง 2 สถาบันเอาไว้ โดยตามมาตรา 161 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวกำหนดให้อำนาจการตีความของสภามีอยู่เฉพาะในปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา อันเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับนี้ได้ยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภา โดยการให้อำนาจเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย

ในการตีความว่าเรื่องใดเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของรัฐสภานั้นเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เอาไว้ จึงถือว่าหลักเกณฑ์การตีความตามตัวอักษรหรือเจตนารมณ์เป็นหลักเบื้องต้น หากไม่สามารถตีความตามตัวอักษรหรือค้นหาเจตนารมณ์ไม่ได้ หรือกรณี

⁴⁴โกคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : โครงการศึกษานโยบายสาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), หน้า 65.

ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ก็ต้องตีความตามหลักประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และหากไม่สามารถค้นหาประเพณีการปกครองดังกล่าวได้ ก็ต้องตีความโดยอาศัยหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป⁵⁵

และในขณะที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้มีการนำเสนอมาสู่การตีความโดยนายมนตรี พงษ์พานิช ส.ส.พระนครศรีอยุธยา กับพวก รวม 50 คน ได้เสนอยุติข้อตั้งคณะกรรมการวิสามัญ เพื่อศึกษาเรื่องที่ได้มีข่าวแพร่หลายออกมาว่า มีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้ออนเงินไปต่างประเทศจำนวนนับพันล้านอันเป็นการบ่อนทำลายเศรษฐกิจของประเทศ โดยสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วส่งให้กระทรวงมหาดไทยพิจารณา แต่ในครั้งนั้นได้มีการยุบสภาเสียก่อน เมื่อมีการเลือกตั้งใหม่ นายมนตรี พงษ์พานิช กับพวก จึงเสนอขอตั้งกรรมการวิสามัญขึ้น ซึ่งประธานได้บรรจุระเบียบวาระเข้าสู่การประชุมสภาแล้ว ต่อมานายชุมพล มณีเนตร ส.ส.ฉะเชิงเทรา กับพวก ได้เสนอขอให้ตีความมาตรานี้ว่าการตั้งกรรมการวิสามัญเพื่อไปศึกษาเรื่องดังกล่าวนี้ อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาหรือไม่ ในที่สุดสภาก็ได้ตีความว่าสภาไม่มีอำนาจตั้งกรรมการวิสามัญพิจารณาเรื่องนี้⁵⁶

ผลจากการตีความมาตรานี้แสดงให้เห็นว่า สภาเองก็ไม่ได้ประสงค์จะขยายขอบเขตของตนเองออกไป โดยให้พยายามครอบคลุมถึงกรณีต่าง ๆ ให้มากที่สุด ตรงกันข้ามสภาเองก็พยายามจำกัดขอบเขตอำนาจของตนให้เหมาะสม ฉะนั้น เมื่อมีปัญหาว่าอะไรอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาหรือไม่ สภาจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะตีความปัญหานี้

โดยสรุป นอกจากกลไกในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฯ ให้เป็นไปอย่างง่าย และกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญและรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญฉบับนี้แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดความผิดร้ายแรงสำหรับการละเมิดรัฐธรรมนูญ โดยกำลังบังคับหรือการปฏิบัติเอาไว้ อันทำให้เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมีฐานะที่จะละเมิดมิได้ โดยมาตรา 3 ทวิ ได้บัญญัติห้ามการนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ โดยในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ⁵⁷ ได้มีการให้ความเห็นกันอย่างกว้างขวางโดยนายเกษม ศิริสัมพันธ์ เห็นว่า เป็นการแสดงเจตจำนงที่ไม่ให้ลิดรอนรัฐธรรมนูญอีก ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยคือ นายประจวบ ทองอุไร เห็นว่า แม้จะเขียนไว้อย่างไรก็ตามไม่มีผลในทางปฏิบัติจริง ๆ และนายไพโรจน์

⁵⁵ เทพปกรณ์ เดชา, “การตีความรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 108 – 171.

⁵⁶ รายงานการประชุมรัฐสภา สมัยสามัญ สมัยที่ 2 ครั้งที่ 1/2519 วันที่ 11 สิงหาคม 2519.

⁵⁷ ไพโรจน์ ชัยนาม, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทยและในบางประเทศ, หน้า 35.

ชัชนาม เห็นว่า บทบัญญัติเช่นนี้ในทางกฎหมายจะไม่เกิดผลอะไรขึ้น เพราะถ้าเข้าทำปฎิวัติแล้ว เขาเลิกรัฐธรรมนูญเก่าทั้งฉบับหรือเลิกเฉพาะมาตรานี้ก็ยังสามารถ และเขาออกกฎหมายขึ้นมาอำนาจในการปกครองก็ตกอยู่กับผู้ที่ทำรัฐประหารสำเร็จ แน่ละถ้าเข้าทำการไม่สำเร็จเขาก็กลายเป็นกบฏไป ไม่ต้องมาออกนิรโทษกรรม กระผมเห็นว่าการเขียนไว้เช่นนี้จะไม่เกิดผลทางกฎหมายแต่อย่างใด ในที่สุดก็มีการลงมติให้คงมาตรา 3 ทวิ ไว้ ด้วยคะแนนเสียง 90 คน ต่อ 79 คน ซึ่งปรากฏว่าเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ประกาศใช้บังคับในวันที่ 7 ตุลาคม 2517 ต่อมาเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ก็ถูกคณะรัฐประหารล้มเลิกการใช้บังคับเสีย ซึ่งในเรื่องนี้นายเสน่ห์ จามริก⁵⁸ ได้แสดงทรรศนะที่น่าสนใจว่า การสร้างฐานะความเป็นกฎหมายสูงสุดที่ศักดิ์สิทธิ์ และยั่งยืนสถาพรในกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย ต้องกระทำการปฏิรูปเปลี่ยนแปลงอย่างน้อย 2 ประการ คือ ประการแรก ต้องจัดการให้รัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน แทนที่จะถูกกำหนดหรือกำกับมาจากเบื้องบน และประการที่สอง ต้องปล่อยให้หลักการนิติธรรมและอำนาจฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจากอำนาจอัดบังของเผด็จการทหาร ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศใดก็ตาม ที่รูปการปกครองประเพณีถูกบั่นทอนหรือถูกทำลายล้างไป และไม่ได้มีมิมิมหาชนเข้มแข็งที่จะช่วยเสริมหรือเข้าแทนที่รูปการปกครองนั้น ๆ แล้วไซ้ การดำรงคงอยู่ของกำลังทหารที่ทรงพลัง ย่อมจะต้องคุกคามอยู่เสมอต่อการเติบโตของสถาบันประชาธิปไตย⁵⁹ ซึ่งเป็นข้อสังเกตที่น่าสนใจมากกับการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ 2517 ว่า นอกจากกลไกในการคุ้มครองป้องกันรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายสูงสุดดังกล่าวข้างต้นแล้ว การที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้ดำรงอยู่ได้ จะต้องจัดให้รัฐธรรมนูญเป็นของประชาชนอย่างแท้จริง องค์กรต่าง ๆ สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้ ดังจะวิเคราะห์ถึงในบทต่อ ๆ ไป

⁵⁸เสน่ห์ จามริก, รัฐธรรมนูญและสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย, หนังสือระพี 35 คณะนิติศาสตร์รามคำแหงฯ หน้า 32.

⁵⁹Josiah Crosby, Siam : The Crossroads, London, Hollis & Carter Ltd. หน้า 90 อ้างในเสน่ห์ จามริก, หน้า 148.