

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557*

รชต สุระเศรณีกุล^{1**}

บทนำ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญสูงสุด เพราะเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งระบอบการเมืองและสถาบันการเมือง ทั้งยังกำหนดฐานะและความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมืองกับพลเมือง ทั้งนี้รัฐธรรมนูญได้กลายเป็นเครื่องมือสำคัญของรัฐสมัยใหม่ในการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างรัฐในฐานะผู้ปกครองกับประชาชน โดยประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญจะให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่คำนึงถึงหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง

รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับที่ผ่านมาของไทยนั้นได้ถูกยกเลิกและประกาศใช้ฉบับใหม่โดยคณะรัฐประหารหรือคณะผู้ยึดอำนาจการปกครองตลอดมา ซึ่งประชาชนไม่มีโอกาสได้เข้าไปมีส่วนร่วมกำหนดกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ ทั้งยังถูกผู้มีอำนาจทางการเมืองใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่ชอบธรรมแต่ชอบด้วยกฎหมายเพราะผู้บังคับใช้กฎหมายเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเสียเองก็ย่อมบัญญัติกฎหมายมาเพื่อผลประโยชน์ของตนเองและพวกพ้องประชาชนจึงไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้ปกครองตน

การจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือ Constitution Making มิได้หมายความถึงการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญโดยองค์รวมทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหลักการวางรากฐานทางด้านการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคมของประเทศนั้น ๆ การออกแบบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศจึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง

ในปัจจุบันกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญยังไม่มีรูปแบบที่ตายตัวแน่นอน ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้จัดทำรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ แต่ก็มีแนวคิดที่เป็นที่ยอมรับว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญมีสถาบันหรือองค์กรที่มีหน้าที่อยู่ 3 ประเภท กล่าวคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และรัฐสภา สภาร่างรัฐธรรมนูญถือกำเนิดมาจากแนวคิดที่ว่า

* เรียบเรียงจากสารนิพนธ์เรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

** นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

รัฐธรรมนูญควรจะได้รับกร่างโดยคณะกลุ่มบุคคลที่ผ่านกระบวนการสรรหาแบบพิเศษมีลักษณะเป็นสภาเดี่ยวแยกต่างหากจากรัฐสภาของประเทศนั้น ๆ ในขณะที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อทำการกร่างรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐสภา คือองค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติ เมื่อมีความต้องการหรือข้อเสนอจากผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญก็ได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมหรือจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ว่า กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากผลผลิตของคณะรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีปัญหาอำนาจจัดให้มีและจัดทำรัฐธรรมนูญตามกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยหรือไม่ กรอบการร่างรัฐธรรมนูญและการดำเนินการออกเสียงประชามติสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของประชาชนตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนหรือไม่อย่างไร

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ

ก่อนจะพิจารณาว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญรูปแบบใดจึงจะเป็นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยนั้น ต้องทำความเข้าใจความหมายของรัฐธรรมนูญ ความสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน อำนาจจัดให้มีและจัดทำรัฐธรรมนูญ หลักนิติรัฐ นิติธรรม แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมและหลักการมีส่วนร่วมของประชาชน ดังนี้

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของรัฐธรรมนูญ คือ เอกสารที่มีความศักดิ์สิทธิ์พิเศษทางกฎหมาย กำหนดกรอบแห่งองค์การปกครองแห่งรัฐ และหลักการสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ปกครองรัฐมีความมุ่งหมายให้ถาวรยั่งยืน โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ไม่ไข่มลาย²

โดยสรุป รัฐธรรมนูญกฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐที่รวบรวมไว้อย่างเป็นระบบในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญ โดยมีกระบวนการจัดทำเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา

ศาสตราจารย์ ดร.วิชณุ เครืองาม อธิบายว่า อำนาจอธิปไตย คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ หรืออำนาจในการแสดงความเป็นเจ้าของประเทศ อำนาจที่แสดงความเป็นใหญ่ ความอิสระ ความไม่ขึ้นแก่ใครหรือต้องเชื่อฟังคำสั่งคำบัญชาของผู้ใดที่เหนือตนโดยปราศจากความยินยอมของตน

² จิตติ ดิงศภัทย์, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, หัวข้อบรรยายในวิทยาลัยการทัพอากาศ, วทอ. รุ่นที่ 14, 2522-2523, หน้า 1. อ้างใน พรชัย เลื่อนฉวี กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), หน้า 16.

ดังนั้น อำนาจอธิปไตยในทางรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐและเป็นอำนาจที่ตนอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยจึงเป็นทฤษฎีหลักในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ

จอห์น ล็อก และ ฌอง ฌาคส์ รูสโซเป็นนักปราชญ์ผู้คิดค้นทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน กล่าวว่ มนุษย์ควรอยู่ร่วมกันในสังคมการเมือง โดยมนุษย์เสมอกันและเป็นอิสระต่อกัน และรัฐบาลที่ชอบธรรมต้องมาจากความยินยอมของประชาชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งการยอมรับรัฐของประชาชนควรเป็นการยอมรับอย่างมีเงื่อนไขว่ารัฐจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน และรัฐควรมีอำนาจจำกัดแค่เรื่องการคุ้มครองดูแลสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น ประชาชนสามารถเพิกถอนอำนาจรัฐได้หากละเมิดต่อพันธสัญญาของประชาชน ถือได้ว่าเป็นการวางรากฐานการปกครองและยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และหลักการปกครองเสรีนิยมประชาธิปไตยดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อการกำหนดผู้มีอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ว่า ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญต้องเป็นผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งคือประชาชนนั่นเอง

อำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Constitution Power) หมายถึง อำนาจทางการเมืองของคณะบุคคลหรือบุคคลที่อยู่ในฐานะบันดาลให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นได้สำเร็จ หรือเรียกอย่างหนึ่งว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยนัยนี้ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หมายถึง รัฐอธิปไตย (Sovereign) หรือผู้มีฐานะอย่างรัฐอธิปไตย (ผู้มีอำนาจสูงสุด) ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ อาจจำแนกได้ ดังนี้ ประมุขของรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้น ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้จัดให้มีขึ้น ราชนครเป็นผู้จัดให้มีขึ้น ประมุขของรัฐ คณะปฏิวัติหรือรัฐประหารและราชนครร่วมกันจัดให้มีขึ้น ผู้มีอำนาจจากองค์กรภายนอกจัดให้มีขึ้น

ในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถือว่าอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ (Authorized by the Constitution) เป็นอำนาจที่ควบคู่กับอำนาจการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ เพราะถ้าไม่มีผู้จัดให้มีย่อมไม่มีผู้จัดทำ เว้นแต่ในบางกรณี ผู้มีอำนาจจัดให้มิกับผู้จัดให้ทำบุคคลเดียวกัน เช่น ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นต้น

หลักนิติรัฐเป็นรากฐานของปรัชญาความคิดที่มาจากแนวคิดของอริสโตเติลซึ่งเห็นถึงความจำเป็นอย่างยิ่งของการปกครองภายในรัฐ หลักการนี้เป็นรูปแบบที่ดีที่ประชาชนในรัฐสามารถจะทราบถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสังคม

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ให้คำจำกัดความของนิติรัฐว่าเป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝนในสิทธิปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราชนคร เช่น เสรีภาพในร่างกายและทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐบาลจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราชนคร มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่ง

กฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบไต่ที่กฎหมายยังใช้อยู่ที่กฎหมายก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอและโดยการที่มีบทบาททำให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยใช่การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้นกรณีของรัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร³

ศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้นิยามคำว่า นิติธรรม ว่าหมายถึง หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิแห่งมนุษยชนทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ่มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราช หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชนหรือเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม

เมื่อการปกครองในระบบประชาธิปไตยมีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยตามทฤษฎีสัญญาประชาคมแล้ว รัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นภายใต้การปกครองในระบบประชาธิปไตยนี้จึงต้องให้ความสำคัญแก่ประชาชนในการมีส่วนร่วมจัดทำรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญ เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีค่าเป็นสัญญาประชาคม (Social Contract) ที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของคนในสังคมอย่างแท้จริง โดยการมีส่วนร่วมในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั้นหากพิจารณาแนวคิดของรุสโซแล้วอาจแสดงออกได้โดยรูปแบบประชาธิปไตยทางตรง เช่น การออกเสียงประชามติ หรือรูปแบบประชาธิปไตยทางอ้อม เช่น การเลือกตั้งผู้แทนเข้าไปทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญแทนประชาชน หรือรูปแบบประชาธิปไตยกึ่งทางตรง เช่น การถามความคิดเห็นของประชาชนต่อการบริหารราชการแผ่นดินโดยการทำประชามติ

ในปัจจุบันประเทศที่มีการปกครองในระบบประชาธิปไตยจะร่างรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งเป็นแนวคิดที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการวางหลักเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน โครงสร้างการปกครองที่มีลักษณะถ่วงดุลอำนาจระหว่างสถาบันหลักต่าง ๆ และตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ รวมถึงการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล ประเทศที่ประสบความสำเร็จในการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมักจะสามารถใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการปฏิรูปประเทศด้วย ตัวอย่าง การร่างรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ในประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

หากพิจารณาองค์การร่างรัฐธรรมนูญกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในอดีตที่ผ่านมา ทั้งที่เป็นรูปแบบองค์กรที่เป็นประชาธิปไตย กล่าวคือ ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นโดยรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และสภาร่างรัฐธรรมนูญ และรูปแบบองค์กรที่ไม่เป็นประชาธิปไตย กล่าวคือ ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่

³ หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า 23.

รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นโดยคณะปฏิวัติ พบว่าองค์กรร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทยทุกรูปแบบในอดีตที่ผ่านมา ไม่มีรูปแบบใดที่สามารถร่างรัฐธรรมนูญสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยม

รูปแบบและลักษณะของหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยนั้น ต้องเกิดจากความสมัครใจ โดยปราศจากการบังคับขู่เข็ญ เนื่องจากการมีส่วนร่วมจะต้องเป็นไปตามความต้องการกำหนดความเป็นไปของสังคม มิเช่นนั้นก็ไม่อาจถือว่าเป็นการมีส่วนร่วม อีกทั้งประชาชนที่เข้ามามีส่วนร่วมจะต้องมีความเสมอภาคกันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ และต้องมีความรู้ในเรื่องนั้น ๆ เพราะหากกิจกรรมที่เข้ามามีส่วนร่วมมีความสลับซับซ้อนเกินความสามารถมีส่วนร่วมย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ นอกจากนี้ประชาชนต้องยอมรับถึงผลกระทบของเรื่องที่ได้ตัดสินใจด้วย ดังนั้นการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำรัฐธรรมนูญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงมีความสำคัญและอิทธิพลต่อการกำหนดโครงสร้างทางการเมืองที่ใช้ปกครองประเทศเป็นอย่างมาก

คำว่า ประชาธิปไตย หรือ Referendum หรือบางรัฐเรียกว่า Plebiscite มีรากฐานมาจากภาษาละตินที่เรียกว่า Plebiscita ซึ่งหมายถึง การลงคะแนนเสียงหรือการลงคะแนนชี้ขาดโดยประชาชนทั่วไปเป็นผู้ชี้ขาดในการยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวของรัฐบาล อาทิเช่น การลงประชามติรับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ หรือการลงประชามติในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (Constitution amendment) หรือกฎหมายหรือการลงประชามติเพื่อกำหนดแนวทางในการปกครองประเทศ จึงถือได้ว่าการลงประชามติเป็นประชาธิปไตยทางตรงแนวหนึ่ง⁴ และเป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตย นอกจากการเลือกตั้งโดยทั่วไป (General Election) การเลือกตั้งทางอ้อม (Indirect Election) หรือการเลือกตั้งที่กำหนดขึ้นเพื่อจุดประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง (Local Election)

ในประเทศต่าง ๆ ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy System) ที่มีการปกครองโดยประชาชนแล้ว จะเห็นได้ว่าประชาธิปไตยนั้นมีอยู่ 2 รูปแบบที่แตกต่างกัน โดยรูปแบบแรกเรียกว่าประชาธิปไตยทางตรง (Democracy Direct) และรูปแบบที่สองเรียกว่าประชาธิปไตยแบบตัวแทน (Democracy Representative) โดยประชาธิปไตยทางตรงเป็นรูปแบบที่เน้นการมีส่วนร่วมทางตรงของพลเมืองทุกคนในการใช้อำนาจทางการเมือง ในขณะที่รูปแบบที่สอง คือประชาธิปไตยแบบตัวแทนนั้นจะเป็นรูปแบบที่อำนาจทางการเมืองถูกมอบหมายให้ตัวแทนที่ได้รับการเลือกตั้งจากพลเมืองเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว และจะต้องรับผิดชอบในการดำเนินการของตนเอง แต่หากเป็นระบอบการปกครองแบบเผด็จการ การทำประชามติจะเป็นเครื่องมือหรือกลไกในการสร้างความชอบธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ อำนาจเผด็จการจะใช้ผลของประชามติเป็นฐานรองรับการใช้อำนาจ

⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 183-186.

ดังนั้นในบทบัญญัติหรือข้อกำหนดว่าด้วยเรื่องการออกเสียงประชามติ ต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนใช้อำนาจของตนได้อย่างเสรี โดยสมัครใจ และเป็นไปตามความต้องการของประชาชน โดยไม่ชักนำหรือตีกรอบการลงประชามติให้ประชาชนต้องเลือกหรือจำต้องเลือกหรือให้เห็นด้วย ตลอดจนต้องกำหนดประเด็นในการลงประชามติต้องให้ชัดเจนแน่ชัด เพื่อความถูกต้องในความเข้าใจร่วมกันของประชาชน และถือได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ใช้อำนาจของตนได้ด้วยความสะดวกเรียบร้อยถูกต้องเข้าใจ

ปัญหากระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557⁵

นับตั้งแต่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ที่ผ่านมาถึงปัจจุบัน ซึ่งเป็นระยะเวลา 84 ปี ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรมาแล้วเป็นจำนวนทั้งสิ้น 19 ฉบับ โดยร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังจัดทำอยู่ในขณะนี้ถือเป็นฉบับที่ 20 เมื่อนำระยะเวลามากำหนดกับจำนวนรัฐธรรมนูญทั้งหมดดังกล่าวจะพบว่ารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีผลใช้บังคับโดยเฉลี่ย ฉบับละ 4 ปีเท่านั้น

นับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จนกระทั่งคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับออกเสียงลงประชามติ พุทธศักราช 2559 แล้วเสร็จ มีคำถามและข้อวิพากษ์วิจารณ์ถึงกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ไม่เคารพสิทธิของประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง และการขาดการมีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จากการศึกษาพบว่ามีปัญหาสามส่วน คือ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจจัดให้มีและจัดทำรัฐธรรมนูญ ปัญหาเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญ ปัญหาเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ

ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจจัดให้มีและจัดทำรัฐธรรมนูญ

เมื่ออำนาจคณะรัฐประหารมิใช่เป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงเกิดขึ้นด้วยอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองของคณะผู้ก่อการรัฐประหาร อันเป็นกฎหมายของเผด็จการ (Will) แต่มิใช่ประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงขาดซึ่งหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและเจตจำนงร่วมกันของประชาชน (General will)

⁵ ในที่นี้ขอเรียกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 โดยย่อว่า “รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว”

หากมองในเชิงรูปแบบการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในฐานะรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญมิได้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวคงเป็นเพียงรัฐธรรมนูญในเชิงรูปแบบที่ใช้ชื่อรัฐธรรมนูญและจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยขึ้นเท่านั้น โดยคณะรัฐประหารได้ใช้ความเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศในเชิงรูปแบบ โดยกำหนดให้คำสั่งหรือประกาศที่มีขึ้นก่อนหน้าการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมหรือจะเรียกได้ว่าเป็นการใช้รัฐธรรมนูญเป็นฐานของการรองรับของการกระทำคำสั่งและประกาศคณะรัฐประหารขึ้นเท่านั้น

ปัญหาเกี่ยวกับกรอบการร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 35 (1)-(10) ไม่ได้รับรองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย แต่เป็นกลไกในการตอบโต้สภาวะการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นและดำรงอยู่ต่อเนื่องตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548-2557

มาตรา 35 (2) ทำให้เกิดคำถามว่าการที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติกำหนดให้ต้องมีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของไทยจะเป็นการปกครองประชาธิปไตยแบบใด ซึ่งหลักการปกครองแบบประชาธิปไตยซึ่งมีที่มาตั้งแต่ 700 กว่าปีมาแล้วในประเทศอังกฤษ อาจจะนับได้จากการเริ่มต้นการลงนามกฎบัตรใหญ่ หรือ Magna Carta ปี ค.ศ.1215 และต่อมาก็ได้มีการขยายระบบดังกล่าวไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศอื่น ๆ รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับการนำไปใช้ของแต่ละประเทศตามประวัติความเป็นมา สภาพความเป็นจริงทางสังคมและเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตามหลักการใหญ่ ๆ ที่ไม่สามารถจะตัดออกจากระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยได้มีดังต่อไปนี้ คือ

ประการแรก ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นระบบที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประชาชนเป็นผู้ให้อำนาจแก่กลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคล ให้ทำหน้าที่นิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ด้วยการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

ประการที่สอง ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค มีสิทธิที่จะอยู่ภายใต้ระบบกระบวนการยุติธรรมในมาตรฐานสากล มีสิทธิมนุษยชนและมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ประการที่สาม ประชาชนมีสิทธิที่จะมีรัฐบาลที่ตนเป็นผู้ให้ความยินยอมหรือรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งมิใช่มาจากการแต่งตั้ง ดังนั้นผู้ที่บริหารประเทศจะต้องได้รับคะแนนเสียงจากการเลือกตั้งพอที่จะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติ บริหาร

ประการที่สี่ ประชาชนต้องมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองตั้งแต่การลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง การแสดงความคิดเห็นด้วยกบนโยบายและคัดค้านด้วยวิธีการต่าง ๆ โดยสงบ และปราศจากอาวุธหรืออยู่ในกรอบของกฎหมาย

ประการที่ห้า การปกครองบริหารจะต้องอยู่ภายใต้ระบบนิติธรรม (The Rule of Law) โดยมีหลักการประชาธิปไตยเป็นหลักที่สำคัญที่สุด ส่วนการปกครองโดยรัฐบาลที่มาจากกรียิตอำนาจและใช้อำนาจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป็นหลัก (The Rule by Man) ย่อมขัดต่อหลักการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยสิ้นเชิง

ระบบการปกครองใดก็ตามที่ขาดคุณลักษณะดังที่กล่าวมาแล้วจะถือว่าเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยไม่ได้เพราะขัดต่อหลักสากล ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่นำมาปรับเปลี่ยนให้เข้ากับบริบทวัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ เช่น ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแบบไทย ๆ เป็นต้น ซึ่งความหมายก็คือเป็นการนำเพียงบางส่วนของระบอบการปกครองดังกล่าวมาใช้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพียงเพื่อให้เห็นภาพในลักษณะที่เป็นฉากหน้า (facade) ประชาธิปไตยเท่านั้น แต่ในเนื้อหาอาจจะเป็นประชาธิปไตยที่เรียกว่าประชาธิปไตยแบบควบคุม (Controlled Democracy) หรือประชาธิปไตยแบบชี้นำ (Guided Democracy) เช่นในกรณีของรัฐบาลหอย โดยทหารคอยทำหน้าที่ประคับประคองให้ความคุ้มครองในยุคลหลังการรัฐประหารวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519

โดยเฉพาะมาตรา 35 (4) คณะรักษาความสงบแห่งชาติในฐานะผู้จัดให้มีและจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอ้างว่ามีจุดประสงค์แก้ปัญหาความขัดแย้งและสร้างความปรองดอง แต่บทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 มาตรา 111 (8) และ (15) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณี (8) มีการห้ามมิให้บุคคลบางกลุ่มลงสมัครรับเลือกตั้ง อันได้แก่ “เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ขอบด้วยกฎหมายว่ากระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบหรือกระทำการอันทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตหรือไม่เที่ยงธรรม” ซึ่งครอบคลุมบุคคลผู้ถูกตัดสิทธิทางการเมืองโดยออกกฎหมายย้อนหลังและยุบพรรคครั้งแรกตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2551 และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็ห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ามาเกี่ยวข้องทางการเมืองอันเป็นการตัดสิทธิครั้งที่สอง และการกำหนดไว้ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 เท่ากับเป็นการตัดสิทธิครั้งที่สามหรือเป็นการลงโทษ 3 ครั้ง (Triple jeopardy) ซึ่งผิดหลักกฎหมายและขัดต่อหลักสากลอย่างยิ่ง

ที่สำคัญ คำว่า “คำสั่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย” ยังเป็นที่ถกเถียงกันในทางนิติศาสตร์ว่าคำสั่งหรือกฎหมายที่เป็นผลผลิตของคณะรัฐประหารตั้งแต่การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 บัญญัติการนิรโทษกรรมและอ้างว่าถูกต้องตามกฎหมายในมาตรา 309 ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ทั้ง ๆ ที่เป็นการใช้อำนาจล้มล้างรัฐบาลที่มาจากกรียิตเลือกตั้ง การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ

ในการลงโทษจึงกลายเป็น The Rule By Law ไม่ใช่เป็นการปฏิบัติตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) คำอ้างว่าเป็นคำสั่งที่ถูกต้องตามกฎหมายจึงเป็นคำสั่งที่ไม่เป็นธรรม แต่ที่สำคัญเป็นการขัดแย้งกับคำพูดที่ว่า จะสร้างความปรองดองในสังคม นอกเหนือจากนี้ยังมองได้ว่าเป็นการประทุษร้ายต่อความยุติธรรม โดยละเมิดกระบวนการยุติธรรม (Due Process of Law)

ทั้งนี้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับเสนอสภาพปฏิรูปแห่งชาติ พ.ศ. 2558 และร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2559 ซึ่งต้องร่างตามมาตรา 35 (1)-(10) นั้นเท่าที่กล่าวสถาบันการเมืองและระบอบการเมืองที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติปรารถนาได้ถูกบัญญัติและจัดตั้งไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคง และชอบธรรมมากขึ้น โดยวัตถุประสงค์ของการรัฐประหาร 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ถูกแปลงให้อยู่ในรูปของรัฐธรรมนูญถาวร เป็น “ของ” ที่ดูดีมีเหตุผลมากกว่าอำนาจรัฐประหารแบบชัดแจ้ง ทำให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติสามารถอ้างได้ว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและต่อกรพรรัฐธรรมนูญ

เมื่อหลักการตามมาตรา 35 (1)-(10) ถูกบรรจุลงไปในร่างรัฐธรรมนูญใหม่ หากรัฐสภาผู้ทรงอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องการจะแก้ไขในเรื่องเหล่านี้ต้องเจอกับ “กลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้มีการทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะได้วางไว้” ซึ่งบทบัญญัติที่สะท้อนว่า คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 35 (9) คือ ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2559 หมวด 15 เมื่อพิเคราะห์แล้ว จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในลักษณะที่ยากแก่การแก้ไขอย่างยิ่ง กล่าวคือ ในวาระที่หนึ่ง ขึ้นรับหลักการ จะต้องมิละเลยเสียงเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาารวมกัน และจะต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ซึ่งหมายความว่า แม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่วนใหญ่หรือทั้งหมดเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่หากสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยน้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมก็ไม่อาจผ่านวาระที่หนึ่งไปได้ และหากร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมผ่านวาระที่หนึ่งและวาระที่สองไปได้แล้ว ในวาระที่สามนั้นนอกจากจะต้องได้คะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาารวมกันแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังกำหนดเอาไว้ด้วยว่าในจำนวนผู้เห็นชอบนั้นจะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

ยิ่งไปกว่านั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าควบคุมตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกด้วย ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดเข้าชื่อกันยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรซึ่งทรงอำนาจผูกขาดการให้ความหมายของข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าเรื่องใดไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และแม้จะมีการกำหนดให้ต้องทำประชามติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางกรณี แต่ประชามติดังกล่าวก็ไม่ได้สะท้อนถึงความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของปวงชน เนื่องจากยังถูกจำกัดโดยข้อจำกัดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ให้ความหมายอยู่นั่นเอง

การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นไปได้ยากมากเช่นนี้ ย่อมขัดต่อสภาพของรัฐธรรมนูญที่ต้องมีความสมดุลกันระหว่างการแก้ไขยากเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับการแก้ไขง่ายเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของบ้านเมืองและความเป็นพลวัตของการเมือง ซึ่งการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในลักษณะเช่นนี้จะส่งผลให้โอกาสในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยแทบจะเป็นไปไม่ได้

ปัญหาเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ

การลงประชามติร่างรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นการลงประชามติที่ปราศจากทางเลือก ให้แก่ประชาชน รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและคณะรักษาความสงบแห่งชาติไม่เคยประกาศให้ทราบล่วงหน้าเลยว่าหากประชาชนโดยเสียงข้างมากไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คณะรักษาความสงบแห่งชาติจะดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญต่อไปหรือไม่อย่างไร หรือจะนำรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งมาแก้ไขแล้วประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญต่อไป ซึ่งแท้จริงแล้วการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องให้ประชาชนเห็นทางเลือกชัดเจนว่า หากรับร่างรัฐธรรมนูญจะได้รัฐธรรมนูญแบบใดใช้บังคับ และหากไม่รับร่างรัฐธรรมนูญจะได้รัฐธรรมนูญแบบใดใช้บังคับ การลงประชามติที่ผู้มีอำนาจบอกว่าให้เลือกเฉพาะสิ่งที่เห็นอยู่ตรงหน้าดีกว่าเลือกในสิ่งที่มองไม่เห็น จึงทำให้การออกเสียงประชามติโดยแท้จริงไม่

เมื่อวิเคราะห์ถึงการตัดสินใจออกเสียงประชามติ รัฐจำเป็นต้องให้ประชาชนมีทางเลือกที่ชัดเจนเพื่อที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจจะได้แสดงเจตจำนงของตนได้อย่างถูกต้อง แต่การออกเสียงประชามติในครั้งนี้มีปัญหาเรื่องความครบถ้วนของข้อมูลในการตัดสินใจตั้งแต่ต้น สำหรับประชาชนผู้ออกเสียงเห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ย่อมชัดเจนว่าประชาชนเหล่านั้นทราบว่าได้ตัดสินใจยอมรับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้มีผลเป็นรัฐธรรมนูญใช้บังคับต่อไป แต่สำหรับประชาชนที่ไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และตัดสินใจออกเสียงลงคะแนนไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ย่อมไม่อาจทราบได้ว่าหากร่างรัฐธรรมนูญไม่ผ่านการออกเสียง

ประชามติ จะเกิดอะไรขึ้นต่อไป กฎเกณฑ์ในลักษณะเช่นนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่มีปัญหาในแง่ของความยุติธรรมต่อผู้ออกเสียงประชามติ และอาจส่งผลกระทบต่อการยอมรับผลของประชามติในครั้งนี้อีกเช่นกันในอนาคต ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อไม่มีความชัดเจนว่าหากร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ผ่านการออกเสียงประชามติ จะเกิดอะไรขึ้นต่อไป ประชาชนจำนวนหนึ่งย่อมเห็นว่าการออกเสียงประชามติในลักษณะดังกล่าวนี้หาได้เป็นการออกเสียงประชามติโดยแท้จริงอันจะผูกพันตนไม่

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นบ่อยครั้งในประเทศกำลังพัฒนา สิ่งเหล่านี้ได้สะท้อนให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงทางด้านแนวคิดในเรื่องความสำคัญและวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่า ประเทศกำลังพัฒนาได้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการสร้างชาติ (Constitution for nation Building) อีกทั้งยังใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการพัฒนาประเทศอีกด้วย กลุ่มประเทศในทวีปตะวันออกได้จัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ภายใต้เงื่อนไขการประสานผลประโยชน์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ในรัฐ ในขณะที่รัฐธรรมนูญบางประเทศถือกำเนิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองการปกครอง จากระบอบเผด็จการทหารมาเป็นระบอบประชาธิปไตยดังเช่นประเทศไทย ยิ่งไปกว่านั้นรัฐธรรมนูญอีกหลายประเทศมีผลสืบเนื่องมาจากการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและความรุนแรงในประเทศ

การจัดทำรัฐธรรมนูญ หรือ Constitution Making มิได้หมายความถึงการยกร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญโดยองค์รวมทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหลักการวางรากฐานทางด้านการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคมของประเทศนั้นๆ การออกแบบกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศจึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง

สถานการณ์ในประเทศขณะจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ผู้จัดทำรัฐธรรมนูญควรคำนึงถึงเป็นประการแรก เนื่องจากสถานการณ์ของประเทศจะเป็นเครื่องบ่งชี้ว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญจะเดินไปในทิศทางไหน ซึ่งขณะนี้ประเทศไทยกำลังประสบปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเมืองหรือ Political Crisis กระแสเรียกร้องจากประชาชนให้มีการปฏิรูปการเมืองและการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองจึงเกิดขึ้นบ่อยครั้ง โดยผู้เขียนมองว่า กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในช่วงที่เกิดวิกฤตเช่นนี้มีความซับซ้อน ยุ่งยากและยากกว่ากระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญในประเทศที่เกิดใหม่เสียอีก เนื่องจากผู้จัดทำรัฐธรรมนูญต้องเผชิญความท้าทายในการสร้างกลไกการแก้ปัญหาพร้อมไปกับจัดทำรัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยอมรับของกลุ่มผลประโยชน์ที่มีอยู่ในสังคม

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ส่งผลให้รัฐธรรมนูญขาดไปซึ่งมาตรฐานทางด้านความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือการสถาปนาความศักดิ์สิทธิ์ของ

รัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้จากกระบวนการร่างและตราขึ้นตามระบอบประชาธิปไตย โดยจะต้องได้รับการสนับสนุนและยอมรับจากสาธารณชน อีกทั้งการที่ประชาชนมองว่ารัฐธรรมนูญเป็นเอกสารทางการเมืองหรือกฎหมายฉบับหนึ่งที่เป็นศูนย์กลางของการประพฤติปฏิบัติทางสังคม หากปราศจากการสนับสนุนและการยอมรับตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ก็คงจะกล่าวไม่ได้ว่ามีกฎหมายที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในสังคม ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อให้กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเกิดขึ้นในระบอบการปกครองใดจะต้องมีมาตรฐานทางรูปแบบและกระบวนการจัดทำ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญควรประกอบด้วยบุคคลซึ่งมีที่มาจาก 2 ส่วน คือ บุคคลซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม และบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยแต่งตั้งจากผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ ผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ ผู้ที่มีประสบการณ์ด้านการเมืองและการบริหารราชการแผ่นดิน

(2) ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม จึงควรเปิดรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและยกร่างภายใต้กรอบความคิดเห็นของประชาชน ส่วนบทบัญญัติมาตรา 35 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดกรอบการร่างรัฐธรรมนูญไว้โดยยังมีได้มีการเปิดรับฟังความคิดเห็นของประชาชน จึงเห็นควรยกเลิกมาตราดังกล่าวและให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

(3) ในกระบวนการออกเสียงประชามติ รัฐธรรมนูญควรบัญญัติให้ชัดเจนถึงสิทธิของประชาชนว่าหากไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว จะมีกระบวนการต่อไปอย่างไร

บรรณานุกรม

กาญจนารัตน์ ลิวิโรจน์. การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ. ใน **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. เล่มที่ 1. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้ำของคุรุสภา, 2544. หน้า 3-7.

กนกรัตน์ ปัญญาอนุรักษ์วงศ์. **การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2558.

ขจรชัย ชัยพิพัฒนานันท์. **การมีส่วนร่วมของประชาชนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

- คณะกรรมการศึกษาประเด็นการยกเว้นรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **ประมวลเหตุการณ์การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551.
- จรัญ โฆษณานันท์. **นิติปรัชญา.** พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย รามคำแหง, 2552.
- จันทนา สุทธิจारी. **การมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครองไทยตามรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน.** กรุงเทพมหานคร: ศูนย์หนังสือจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- ชมพูนุช ตั้งถาวร. **กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ.** นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2556.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- _____. **กฎหมายมหาชน : ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- ณัฐกร วิทิตานนท์. **หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ถาวร ฤทัยวัฒน์. **แนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญของไทย ศึกษากรณีรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พุทธศักราช 2511, 2517 และ 2540.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชารัฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2542.
- แถมสุข นุ่มนนท์. **สภาร่างรัฐธรรมนูญ: เส้นทางปฏิรูปการเมืองไทย.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2550.
- ธีรเดช ลิ้มเทียมเจริญ. **ปัญหาของกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2557.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์ และคณะ. **กระบวนการขั้นตอนการออกเสียงประชามติ.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการเลือกตั้ง, 2550.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชมพูนุช ตั้งถาวร. **สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญา และลักษณะกฎหมายมหาชนในยุคต่างๆ เล่มที่ 1.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- _____. **กฎหมายมหาชน เล่มที่ 3 : ที่มาและนิติวิธี.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ปรางทิพย์ พรวัฒนะกิจ. **รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2558.
- ปาน พึ่งสุจริต. **ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา**. กรุงเทพมหานคร: คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ, 2523.
- ภาณุวัตร วิริยะจรรยา. **การศึกษาเปรียบเทียบบทบาทชนชั้นนำไทยในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พุทธศักราช 2540 และ 2550**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชารัฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. 2552.
- ภูริชญา วัฒนรุ่ง. **ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.
- มานิตย์ จุมปา และ พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. **รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- วลัยมาศ แก้วศรชัย. **สภาร่างรัฐธรรมนูญกับการร่างรัฐธรรมนูญตามแนวรัฐธรรมนูญนิยม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2541.
- สมทรัพย์ ศิริมงคล. **สภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2539 ฉบับที่ 6) : ศึกษาเฉพาะกรณีที่มาและอำนาจหน้าที่**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2541.
- สุรีย์ พงษ์จันทร์. **ประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกา**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิมพ์แอนด์, 2526.
- อภิญา แก้วกำเนิด. **การสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปประเทศ : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมัน ฝรั่งเศส และไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- อมร จันทร์สมบูรณ์. **คอนสติติวชันแนลลิสม์ Constitutionalism : ทางออกของประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิคอนราดอเดนาัวร์. 2539.