

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย

REMARKS ON THE STATUS AND ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN PROTECTING THE CONSTITUTION UNDER DEMOCRATIC REGIME

นิติกร จิรฐิติกาลกิจ*

Nitikon Jirathitikankit*

วันที่รับบทความ 8 พฤศจิกายน 2565

วันที่แก้ไขบทความ 27 พฤศจิกายน 2565

วันที่ตอบรับบทความ 29 พฤศจิกายน 2565

* รัฐศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาการปกครอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; Master of Arts in Security and Justice, University of Leeds; Master of Public Policy and Management; The Education University of Hong Kong;

นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการพิเศษ กลุ่มงานวิจัยและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

* Master of Political Science, Faculty of Political Science, Thammasat University

Constitutional Academic Officer, Constitutional Research and Development Division,
Office of the Constitutional Court.

* e-mail: niji.ballz@gmail.com

บทคัดย่อ

คำถามที่ว่า “องค์กรใดควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ?” ได้กลายเป็นข้อถกเถียงทางวิชาการด้านกฎหมายมาเกือบศตวรรษ และเป็นข้อความคิดพื้นฐานในการสนับสนุนให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลก ขณะที่ในกรณีของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” นอกจากจะมุ่งหมายที่ต้องการจะแก้ไขปัญหาประสิทธิภาพของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเดิมแล้วยังมีเจตนารมณ์ที่ต้องการจะให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นกลไกสำคัญในการปฏิรูปการเมืองเพื่อสร้างระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐที่มีประสิทธิภาพอันจะนำไปสู่การมีระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ในขั้นของการร่างรัฐธรรมนูญมีการระบุว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยยึดโยงตัวแบบมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทโดดเด่นในฐานะที่เป็น “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” แต่กระนั้นในมุมมองทางวิชาการกลับเห็นว่า บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยยังมีความแตกต่างไปจากตัวแบบอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทในการเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญไทย ดังนั้น การทบทวนข้อความคิดทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมนำไปสู่มุมมองทางวิชาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ

Abstract

The question of ‘who ought to be the guardian of the constitution?’ have been a significant academic debate in the area of public law for century, and it is also the fundamental idea to support the establishment of the Constitutional Court around the world. In case of Thailand, the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (1997), which was the first Constitution that instituted the Constitutional Court, intended to reform Thai politics toward an actual democratic constitutional monarchy by strengthening checks and balances system and civil rights protection mechanisms. Not only being a key institution for political reform, the Constitutional Court was purportedly established to resolve problems on an incompetence of the former Constitutional Council that founded by the past several Constitutions for 50 years. Additionally, it might be noted that the founding idea of the Thai Constitutional Court, which obviously discussed in the Constitutional Drafting Committee was basically imitated the Federal Constitutional Court of Germany, which has been famously regarded as ‘the Guardian of the Constitution.’ However, the role of the Thai Constitutional

Court in protecting the constitution has been academically criticized that it is significantly different from the German model in several aspects. It might therefore be mentioned that reconsidering the fundamental notions regarding the status and role of the Constitutional Court would lead to the valuable academic aspects, which could be essentially applied for the development of the Thai Constitutional Court in protecting the constitution under democratic regime with the King as head of state.

Keywords: Constitutional Court, Guardian of the Constitution, Constitution

บทนำ

คำถามที่ว่า “องค์กรใดควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ได้กลายเป็นข้อถกเถียงทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนมาเกือบศตวรรษ และเป็นข้อความคิดที่เป็นพื้นฐานในการสนับสนุนให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลก ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรรูปแบบเดิมที่ใช้บังคับมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งจากการศึกษาเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญก็มีข้อสังเกตว่า แม้ข้อเสนอในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญจะมีกรอบแนวคิดพื้นฐานมาจากการศึกษาวิจัยทางวิชาการ แต่ความต้องการให้มีการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญในชั้นของการอภิปรายของผู้ร่างรัฐธรรมนูญกลับสะท้อนให้เห็นเพียงความพยายามในการจัดตั้งองค์กรรูปแบบใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากการมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง โดยมีได้มีการถกเถียงกันให้เห็นถึงรากฐานทางทฤษฎีเกี่ยวกับที่มาของศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่เป็น “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” แต่อย่างไร

ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งหมายที่จะอภิปรายถึงข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเริ่มต้นจากการนำเสนอให้เห็นถึงข้อความคิดพื้นฐานว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญอันเป็นข้อความคิดที่มีการถกเถียงกันในทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนมาศตวรรษ เพื่อจะได้ทราบถึงที่มาในทางทฤษฎีของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ จากนั้นจะเป็นการนำเสนอให้เห็นถึงความสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย ในฐานะที่เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างระบอบประชาธิปไตยให้มีความเข้มแข็ง ขณะที่เนื้อหาในส่วนต่อมานำเสนอให้เห็นว่า ในกรณีของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งบัญญัติให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” นั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้มีการอ้างอิงว่ารูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีตัวแบบมาจากศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ แต่กระนั้นจากการสืบค้นรายงานการประชุมเกี่ยวกับการยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตถึงการขาดหายไปของการถกเถียงเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในชั้นของการอภิปรายของ

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวถือเป็นพื้นฐานสำหรับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การขาดหายไปของการถกเถียงกันเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยการเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ อาจนำไปสู่ประเด็นเกี่ยวกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่อาจคลาดเคลื่อนไปจากตัวแบบศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นสากล

ข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

เมื่อกล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้นผู้เขียนเห็นว่าอาจแบ่งการพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เป็น 2 กรณี คือ การพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่เป็น “สิทธิ” ประการหนึ่ง และการพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่เป็น “หน้าที่” อีกประการหนึ่ง โดยสิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นกลไกที่ใช้ในการปกป้องตนเองตามแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) ซึ่งรัฐธรรมนูญจะมีการบัญญัติกลไกหรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นประชาชนทั่วไป องค์กรที่เกี่ยวข้อง หรือแม้กระทั่งฝ่ายเสียงข้างน้อย (Minority) สามารถใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญได้อย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญเกิดผลได้จริงในทางปฏิบัตินั้น รัฐธรรมนูญก็ต้องบัญญัติให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญด้วย และแม้ว่าในโลกปัจจุบันหลายประเทศจะให้การยอมรับให้ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยหลักแล้วถือเป็นหนึ่งในองค์กรอัยการที่ใช้อำนาจตุลาการ ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ประเด็นที่ว่าองค์กรใดควรมีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เคยเป็นข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นจากมุมมองที่แตกต่างกันของนักวิชาการทางด้านนิติศาสตร์สองท่าน คือ คาร์ล ชมิทต์ (Carl Schmitt) และฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) ซึ่งได้ตั้งคำถามพื้นฐานสำหรับประเด็นนี้ไว้ว่า “ใครคือผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” โดยข้อถกเถียงดังกล่าวถือเป็นข้อความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับที่มาทางทฤษฎีของศาลรัฐธรรมนูญที่ปัจจุบันถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วย

งานของต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์¹ ได้ชี้ให้เห็นว่า ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งตั้งอยู่บนคำถามพื้นฐานที่ว่า “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” หรือ “ยามเฝ้ารัฐธรรมนูญ” เป็นคำถามสำคัญที่เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1928 – 1931 ระหว่างนักวิชาการทางด้านกฎหมายสองท่าน คือ คาร์ล ชมิทต์ ชาวเยอรมัน และฮันส์ เคลเซ่น ชาวออสเตรีย โดยประเด็นที่นักวิชาการทั้งสองท่านนำมาถกเถียงกันนั้นคือ องค์กรของรัฐองค์กรใดควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์หรือปกป้องรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติของรัฐสภาและการใช้อำนาจทางบริหารหรือการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐบาลและฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ คาร์ล ชมิทต์ เสนอว่า องค์กรที่ควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ คือ ประธานาธิบดี (Reichspräsident) ขณะที่ฮันส์ เคลเซ่น เห็นว่า องค์กรที่ควรทำหน้าที่ดังกล่าว คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgericht) ทั้งนี้ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ได้สรุปว่า ข้อถกเถียงของนักวิชาการทั้งสองท่านดังกล่าวตั้งอยู่บน 3 ประเด็นหลัก คือ ปัญหาความขัดกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับการเมือง ปัญหาความขัดกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และปัญหาความขัดกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับระบอบ

¹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิทต์ และ ฮันส์ เคลเซ่น, วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 42, น. 254, (2556).

ประชาธิปไตย² อย่างไรก็ดี อาร์คาดีอุส กอร์นิซิเวิช (Arkadiusz Górniewicz) นักวิชาการชาวโปแลนด์ด้านปรัชญาและทฤษฎีการเมือง ได้อธิบายไว้ในงานเขียนที่ชื่อ “Dispute over the Guardian of the Constitution Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Weimar Case” ว่าข้อถกเถียงที่ว่าใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญระหว่างคาร์ล ชมิตต์และฮันส์ เคลเซนนั้นให้ความสำคัญกับความซับซ้อนของปัญหาทางการเมืองที่เกิดขึ้นในรัฐเสรีประชาธิปไตย รวมถึงความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนระหว่างกฎหมายกับการเมือง ซึ่งข้อถกเถียงดังกล่าวได้รับความสนใจเป็นอย่างมากในช่วงเวลานั้น³

อย่างไรก็ดี ก่อนหน้าที่จะเกิดการถกเถียงกันเกี่ยวกับผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ คาร์ล ชมิตต์ ได้แสดงความคิดเห็นโจมตี “ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์” ของฮันส์ เคลเซิน ที่ได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ “ธรรมชาติและการพัฒนาของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: The Nature and Development of Constitutional Adjudication) ซึ่งเป็นงานเขียนที่ได้เคยนำเสนอในที่ประชุมผู้สอนวิชากฎหมายมหาชนในกรุงเวียนนา ซึ่งฮันส์ เคลเซิน เห็นว่า การที่ยืนยันความถูกต้องของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ถือเป็นปัญหาที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ดี ปัญหาดังกล่าวควรเริ่มต้นจากการยอมรับเสียก่อนว่า ระเบียบกฎหมายภายในรัฐนั้นมีลักษณะเป็นลำดับชั้นโดยธรรมชาติ (a Hierarchical nature) และทุกการกระทำในการตรากฎหมายถือได้ว่าเป็นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเวลาเดียวกัน นอกจากนี้ ฮันส์ เคลเซินยังเห็นว่า มีเพียงข้อความคิดว่าด้วยลำดับชั้นทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่จะสามารถใช้ในการทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญว่าเป็นสิ่งสำคัญที่กำหนดระบอบการเมืองของรัฐ และเพื่อเป็นหลักประกันให้กับกฎหมายสูงสุดของรัฐซึ่งเป็นสิ่งที่กำหนดกรอบสำหรับกฎหมายภายในรัฐ ฮันส์ เคลเซินจึงเสนอให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระจากองค์กรอื่น ๆ ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมถึงมีอำนาจในการที่จะวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญสิ้นผลใช้บังคับ ทั้งนี้ ฮันส์ เคลเซินเห็นว่า หากปราศจากซึ่งหลักประกันในการที่จะบังคับให้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญสิ้นผลใช้บังคับแล้ว ก็อาจนำไปสู่ปัญหาที่ว่ากฎหมายสูงสุดของรัฐไม่มีผลผูกพันอย่างแท้จริง อย่างไรก็ดี ความคาดหวังที่จะให้รัฐสภาทำหน้าที่ในการยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาตราขึ้นเองนั้น ถือเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อตรงทางการเมือง (Political naivety) มากเกินไป เนื่องจากรัฐสภาเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมายมากกว่าจะเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย⁴

สำหรับทัศนะของคาร์ล ชมิตต์ เห็นว่า ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของฮันส์ เคลเซิน แสดงให้เห็นถึงความคลั่งไคล้ที่มีต่อบทบัญญัติพื้นฐานนิยมทางกฎหมายหรือหลักการถือกฎหมายเหนือสิ่งอื่นใด (Normativism) โดยคาร์ล ชมิตต์เห็นว่า การใช้กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (Positivism norm) เป็นเพียงวิธีการในการคาดคะเนสิ่งที่เกิดขึ้น ณ ช่วงเวลาปัจจุบันเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมาย แบบอย่าง หรือ

² เพิ่งอ้าง, น. 256 – 259.

³ Arkadiusz Górniewicz, ‘Dispute over the guardian of the Constitution Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Wiemar case,’ *Politeja*, 3, p. 193, (2021).

⁴ *Ibid.*, pp. 198 – 199.

ชนบธรรมเนียม รวมถึงหลักการต่าง ๆ จะต้องถูกพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติในฐานะที่เป็นวิธีการในการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง ซึ่งมุมมองของฮันส์ เคลเซนสะท้อนให้เห็นถึงการพิจารณาแต่เฉพาะระบบแห่งกฎหมายที่ปรากฏตัวและมีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองเท่านั้น อีกทั้งฮันส์ เคลเซนยังมีความเข้าใจที่สับสนเกี่ยวกับสิ่งที่เป็นอย่างอยู่และสิ่งที่ควรจะเป็น⁵ ดังนั้น ในมุมมองของคาร์ล ชมิตต์ รัฐธรรมนูญจึงมิได้เป็นเพียงระบบแห่งกฎหมายที่สมบูรณ์ในตัวเองตามทัศนะของฮันส์ เคลเซน รวมทั้งมิได้เป็นเพียงนิยามในทางกฎหมายเท่านั้น หากแต่มีความเกี่ยวข้องกับนิยามทางการเมืองในสาระสำคัญด้วย⁶ นอกจากนี้ คาร์ล ชมิตต์ยังโต้แย้งความเห็นของฮันส์ เคลเซนที่สนับสนุนแนวทางการพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเท่านั้น อีกทั้งยังเห็นว่าเป็นข้อสรุปที่ผิวเผินเกินไปที่จะกล่าวว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและมองข้ามรูปแบบและวิธีการอื่น ๆ ทั้งนี้ คาร์ล ชมิตต์เห็นว่า องค์กรตุลาการไม่ควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ หากแต่หน้าที่ดังกล่าวควรเป็นของประมุขของรัฐซึ่งในบริบท ณ ขณะนั้น คือประธานาธิบดี⁷

สำหรับเหตุผลที่ประธานาธิบดีควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น คาร์ล ชมิตต์ เห็นว่าในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า “อะไรคือข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งในมุมมองของคาร์ล ชมิตต์ หมายถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรระดับสูงสุดของรัฐ และลักษณะข้อพิพาทมีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองโดยเฉพาะ เช่น ข้อพิพาทในเรื่องสัญญาสหพันธระหว่งมลรัฐต่าง ๆ หรือข้อพิพาทระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในแต่ละมลรัฐ ซึ่งข้อพิพาทเหล่านี้นำไปสู่ความล้มเหลวหรือไร้ประสิทธิภาพของระบบรัฐสภา อย่างไรก็ดี คาร์ล ชมิตต์เห็นว่า การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้น แม้จะเป็นการคุ้มครองรัฐธรรมนูญในรูปแบบหนึ่ง แต่ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง ดังนั้น ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญในกรณีนี้จะเกิดขึ้นได้ก็แต่เฉพาะเมื่อเกิดกรณีที่มี “วิกฤตรัฐธรรมนูญ” เท่านั้น โดยผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นผู้ที่สามารถแก้ไขสถานการณ์ที่เป็นวิกฤตหรือสถานการณ์ฉุกเฉินที่รัฐสภาไม่สามารถที่จะแก้ไขได้ ฉะนั้น หน้าที่ที่แท้จริงของผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเป็นการสร้างความเคารพต่อรัฐธรรมนูญและต่อต้านการละเมิดรัฐธรรมนูญ⁸

นอกจากนี้ คาร์ล ชมิตต์ยังเห็นว่า แม้ความเข้าใจโดยทั่วไปจะเห็นว่า การพิทักษ์รัฐธรรมนูญเป็นการคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งทำให้ทั้งสององค์กรไม่สามารถทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้ และหน้าที่ดังกล่าวควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่กระนั้นการมอบให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการเมืองโดยแท้ อาจเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้จริงและเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม เนื่องจากรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นผลผลิตที่เกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกันของฝ่ายต่าง ๆ ในทางการเมืองภายใต้สังคมพหุนิยม การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองโดยแท้ และไม่ใช่ข้อพิพาทที่ฝ่ายตุลาการจะเข้ามาใช้อำนาจในการชี้ขาดแต่อย่างใด ดังนั้น การตรวจสอบ

⁵ ตอพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 257 – 258.

⁶ เพิ่งอ้าว, น. 259.

⁷ เพิ่งอ้าว.

⁸ เพิ่งอ้าว, น. 260.

เนื้อหาของกฎหมายจึงควรเป็นหน้าที่โดยเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ การมอบอำนาจในการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาไปให้ฝ่ายตุลาการโดยให้อำนาจวินิจฉัยให้กฎหมายที่มาจากตัวแทนของประชาชนสิ้นผลใช้บังคับ จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่ก้าวล่วงเข้าไปในเขตแดนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ⁹ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การยินยอมให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในประเด็นที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายโดยตรง หรือทำให้ประเด็นปัญหากลายเป็นเรื่องที่ศาลสามารถที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ (the Juridization of politics) นั้น ย่อมเป็นการสร้างภาระและเป็นการทำลายฝ่ายตุลาการ โดยเป็นการทำให้องค์กรตุลาการกลายเป็นการเมือง (a Politicization of adjudication) เนื่องจากองค์กรใดก็ตามที่ทำหน้าที่ในการยุติข้อพิพาททางการเมืองย่อมนำตนเองเข้าสู่ความขัดแย้งนั่นเอง¹⁰

ด้วยเหตุนี้ ในมุมมองของคาร์ล ชมิตต์จึงเห็นว่า องค์กรที่จะทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐเคียงคู่กับสถาบันการเมืองอื่น ๆ และต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง ซึ่งหากพิจารณาบนพื้นฐานของข้อความคิดอำนาจที่เป็นกลาง (Pouvoir neuter) ที่เห็นว่าอำนาจที่เป็นกลางทางการเมืองได้แก่อำนาจขององค์กรสูงสุดภายในรัฐหรือประมุขแห่งรัฐ (Staatsoberhaupt) ซึ่งได้แก่สถาบันกษัตริย์ในราชอาณาจักรที่ปกครองแบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ หรือประธานาธิบดีในสาธารณรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว ตำแหน่งทางการเมืองที่คาร์ล ชมิตต์เห็นว่ามีความเป็นกลางทางการเมืองในขณะนั้นก็คือ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ ที่นอกจากจะเป็นตำแหน่งที่สะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของความเป็นกลางทางการเมืองแล้ว¹¹ ยังเป็นตำแหน่งที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนชาวเยอรมัน ดังนั้นประธานาธิบดีจึงเป็นตำแหน่งที่มีความเป็นไปได้อย่างมากที่สุดที่จะเป็นผู้คานอำนาจของรัฐสภา อีกทั้งด้วยสภาพสังคมเยอรมันที่มีลักษณะเป็นพหุนิยมที่ประกอบไปด้วยการแข่งขันกันระหว่างกลุ่มผลประโยชน์และพรรคการเมืองที่หลากหลาย การกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเป็นการสร้างข้อขัดแย้งที่สงบไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นผู้ที่มีอำนาจเพียงพอที่จะอยู่กึ่งกลางระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล¹² ขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ในมุมมองของคาร์ล ชมิตต์เห็นว่าทั้งสองสิ่งมีความสอดคล้องกัน เพราะประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนชาวเยอรมัน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติ อีกทั้งยังเป็นศูนย์กลางทางการเมืองที่เป็นอิสระและเป็นกลางจากขั้วการเมืองที่ขัดแย้งกัน ซึ่งเปรียบเสมือน “ใจกลางของพายุ” (the

⁹ เฟิงอ้าว, น. 260 – 261.

¹⁰ เฟิงอ้าว, และดู Arkadiusz Górniśiewicz, *supra* note 4, p. 201.

¹¹ ความเป็นกลางทางการเมืองตามข้อความคิดของ Benjamin Constant ที่คาร์ล ชมิตต์นำมาปรับใช้ในการอธิบายนั้น จะต้องมิคุณลักษณะที่เป็นองค์กรที่ไม่สามารถถูกล่วงละเมิดได้หรือเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษ รวมถึงมีการกำหนดให้องค์กรดังกล่าวมีอำนาจในการลงนามในกฎหมาย อำนาจในการแต่งตั้งรัฐมนตรีและข้าราชการ และอำนาจในการลงนามรับรองการยุบสภาของนายกรัฐมนตรี เป็นต้น.

¹² ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 261 – 262.

Eye of Cyclone)¹³ ดังนั้น การกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเป็นกำหนด “คนกลาง” ที่ทำหน้าที่ยุติข้อพิพาททางการเมืองเพื่อนำความสงบกลับคืนมาสู่รัฐ

สำหรับการทำหน้าที่ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีนั้น คาร์ล ชมิตต์ เห็นว่ารัฐธรรมนูญไว้มาร์ได้กำหนดเครื่องมือที่สำคัญไว้ในมาตรา 48¹⁴ โดยให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจด้วยความช่วยเหลือของกองกำลังติดอาวุธเพื่อบังคับให้มลรัฐหนึ่งปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งสหพันธ์ได้ รวมถึงมีอำนาจในการตราข้อกำหนดขึ้นใช้แทนกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน นอกจากนี้ สถานการณ์ฉุกเฉินที่จะเป็นเงื่อนไขให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 48 ได้ จะต้องเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นอันตรายร้ายแรงต่อความปลอดภัยสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของอาณาจักร และเป็นสถานการณ์ที่มีแนวโน้มที่จะส่งผลต่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางสังคมและการเมืองของรัฐ โดยเฉพาะสถานการณ์ที่มีการต่อสู้กันอย่างรุนแรงระหว่างพรรคการเมืองจนนำไปสู่ภาวะชะงักงันของระบบรัฐสภา อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตราดังกล่าวอาจมีผลทำให้ประธานาธิบดีกลายเป็นเผด็จการชั่วคราว แต่ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจนิตินัยโดยเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย¹⁵ อย่างไรก็ตาม ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ได้ตั้งข้อสังเกตต่อนิยามของคำว่าสถานการณ์ฉุกเฉินของคาร์ล ชมิตต์ว่า ไม่มีความชัดเจนและไม่อาจจะระบุได้ว่าเมื่อใดจึงจะถือว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่เป็นเงื่อนไขให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจตามมาตรา 48 ได้ นั่นจึงทำให้ประธานาธิบดีมีโอกาสอย่างมากที่จะผันตัวเองกลายเป็นเผด็จการและเป็นผู้ทำลายระบบรัฐสภาเสียเอง นอกจากนี้ ข้อเสนอเกี่ยวกับผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญของคาร์ล ชมิตต์ ยังตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอำนาจทางการเมืองและสถานการณ์ทางการเมืองที่ไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยระบบรัฐสภา ด้วยเหตุนี้ ข้อเสนอ

¹³ Arkadiusz Górniśiewicz, *supra* note 4, p. 205.

¹⁴ The Constitution of the German Empire of August 11, 1919 (Weimar Constitution)

Article 48 If a state fails to carry out the duties imposed upon it by the national constitution or national laws, the President of the Reich may compel performance with the aid of armed force.

If public safety and order be seriously disturbed or threatened within the German Reich, the President of the Reich may take the necessary measures to restore public safety and order; if necessary, with the aid of armed force. For this purpose he may temporarily suspend in whole or in part the fundamental rights enumerated in Articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 153.

The President of the Reich must immediately communicate to the Reichstag all measures taken by virtue of Paragraph 1 or Paragraph 2 of this Article. On demand of the Reichstag these measures must be abrogated. If there be danger in delay, the state ministry may, for its own territory, take such temporary measures as are indicated in Paragraph 2. On demand by the President of the Reich or by the Reichstag such measures shall be abrogated.

Detailed regulations shall be prescribed by a national law.

¹⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 263.

ดังกล่าวจึงอยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์สถานการณ์ทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว อันเป็นปัญหาที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมาย¹⁶

ภายหลังจากที่คาร์ล ชมิตต์ ได้แสดงทัศนะโต้แย้งทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของฮันส์ เคลเซิน และได้เสนอให้ประธานาธิบดีทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ฮันส์ เคลเซินได้ตอบโต้ความเห็นของคาร์ล ชมิตต์ ในบทความชื่อ “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ?” (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Who Ought to Be the Guardian of the Constitution?) โดยฮันส์ เคลเซินเริ่มต้นด้วยการเน้นย้ำว่า หลักประกันทางรัฐธรรมนูญคือ การประกันว่าการใช้อำนาจทางการเมืองจะต้องไม่เกินไปกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งยังมีหลักการที่ว่า ไม่ควรมีบุคคลใดทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินการกระทำของตนเอง (No one ought to be judge in his own cause) ด้วยเหตุนี้ ฮันส์ เคลเซินจึงค่อนข้างแปลกใจที่คาร์ล ชมิตต์อ้างถึงอำนาจที่เป็นกลางของกษัตริย์ในศตวรรษที่ 19 ตามแนวคิดอำนาจที่เป็นกลางของเบนจามิน คอนสแตนต์ (Benjamin Constant) นักคิดและนักเขียนด้านทฤษฎีการเมืองและศาสนา เพื่อสนับสนุนความคิดเห็นของตนเอง เนื่องจากเห็นว่า การนำเอาแนวคิดที่ปรับใช้กับระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับการปกครองในระบอบสาธารณรัฐดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่ยอมรับได้ยาก¹⁷

นอกจากนี้ ฮันส์ เคลเซินยังเห็นว่า รัฐธรรมนูญมิได้เป็นเรื่องทางการเมือง หากแต่เป็นกฎเกณฑ์ลำดับสูงสุดภายในรัฐและเป็นที่ยอมรับร่วมกัน (Norm) ที่มีลักษณะเป็นกติกามารยาทางการเมืองของสังคมพหุนิยมที่กลุ่มการเมืองทั้งหลายต่างแข่งขันกันอย่างรุนแรง ยิ่งไปกว่านั้นสังคมการเมืองของฮันส์ เคลเซินยังเป็นสังคมที่มีความหลากหลายที่ประกอบด้วยฝ่ายเสียงข้างมากและฝ่ายเสียงข้างน้อย ซึ่งแตกต่างไปจากความเห็นของคาร์ล ชมิตต์ที่เห็นว่าสังคมการเมืองมีลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การพิทักษ์รัฐธรรมนูญในสังคมที่มีความหลากหลายจึงไม่ใช่เป็นการรักษาไว้ซึ่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติ หากแต่เป็นการรักษา กติกามารยาทางการเมืองเพื่อไม่ให้กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งทำลายกติกามารยาหรือกฎเกณฑ์ทางการเมืองโดยอาศัยการครองเสียงข้างมาก ดังนั้น หน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยเสียงข้างมากทำลาย กติกามารยารัฐธรรมนูญหรือเปลี่ยนแปลงกติกามารยาในรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจ ด้วยเหตุนี้ วัตถุประสงค์ของการกำหนดหน้าที่ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเป็นการคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อยนั่นเอง¹⁸

สำหรับข้อเสนอของคาร์ล ชมิตต์ที่เห็นว่า ประธานาธิบดีควรทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญเนื่องจากเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางทางการเมืองนั้น ฮันส์ เคลเซินเห็นว่า ข้อเสนอดังกล่าวจะเลยที่จะอธิบายถึง การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 48 ที่อาจทำให้ประธานาธิบดีกลายเป็นนายเหนือรัฐธรรมนูญและอาจผันตัวเองเป็นเผด็จการและอาจทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถได้รับการคุ้มครอง อีกทั้งยังไม่ได้แสดงให้เห็นว่า การที่ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนนั้นจะเป็นกลางทางการเมืองได้อย่างไร ในเมื่อประธานาธิบดีย่อมต้องอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองของกลุ่มการเมืองและพรรคการเมืองต่าง ๆ และหากประธานาธิบดีตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองและไม่มีความเป็นกลางแล้ว การกำหนดให้ประธานาธิบดี

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 264 – 265.

¹⁷ Arkadiusz Górniewicz, *supra* note 4, pp. 205 - 206.

¹⁸ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 266.

ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญย่อมเป็นการมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทของตนเอง¹⁹ อีกทั้งการผูกโยงเรื่องความเป็นกลางทางการเมืองของประธานาธิบดีด้วยเหตุเพราะมาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งประเทศ (Whole nation) ยังเป็นการสะท้อนความเป็นจริงที่ผิดพลาดด้วย²⁰

นอกจากนี้ การที่คาร์ล ซมิตต์เห็นว่า ประธานาธิบดีเป็นองค์กรทางการเมืองที่อยู่เคียงข้างสถาบันการเมืองอื่น ๆ แต่กลับมีข้อสรุปว่าประธานาธิบดีเป็นองค์กรทางการเมืองเพียงองค์กรเดียวที่ควรมีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นจะไม่สมเหตุสมผล และยังสะท้อนให้เห็นว่า ทศนะของคาร์ล ซมิตต์นั้นเป็นการมองความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นแบบมิตรและศัตรู โดยการสร้างความสำคัญให้แก่ประธานาธิบดีด้วยการทำลายภาพลักษณ์ของรัฐสภา²¹ ขณะเดียวกันแม้อันส์ เคลเซ่นจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ แต่ก็ยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงหนึ่งในองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเคียงข้างกับองค์กรทางการเมืองอื่น

ส่วนมุมมองของคาร์ล ซมิตต์ที่เห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ใช่การกระทำทางตุลาการนั้น อันส์ เคลเซ่นเห็นว่า ความเห็นที่ว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้นที่เป็นการใช้อำนาจหรือการกระทำทางการเมือง ส่วนการใช้อำนาจทางตุลาการที่เป็นการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางการเมืองนั้น ถือว่าเป็นความเข้าใจที่ผิดพลาด อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าคาร์ล ซมิตต์มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับธรรมชาติขององค์กรตุลาการ กล่าวคือ หากเข้าใจว่าการกระทำทางการเมือง (Political activities) คือ การตัดสินใจ (a Decision) หรือการลงมติ (a Solution) ก็เป็นการยากที่จะโต้แย้งว่าการใช้อำนาจหรือการกระทำของฝ่ายตุลาการมิใช่การกระทำทางการเมือง อีกทั้งความเห็นที่ว่าองค์กรตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่เพียงปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง โดยไม่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายอันหนึ่งขัดกับกฎหมายอันหนึ่ง ย่อมทำให้ศาลหรือองค์กรตุลาการเป็นเพียงตุ๊กกฎหมายอัตโนมัติเท่านั้น²² นอกจากนี้ ความเห็นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีได้อยู่ในสถานะที่เป็นองค์กรตุลาการตามนิยามโดยทั่วไปเนื่องจากการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอยู่เกินขอบเขตนิยามของอำนาจของฝ่ายตุลาการนั้น อันส์ เคลเซ่นเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นองค์กรตุลาการ นั้นเป็นเพราะข้อเท็จจริงที่ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความเป็นอิสระ ซึ่งความเป็นอิสระของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับบริบทของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ที่มีแนวโน้มให้ศาลเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น หลักความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นคุณลักษณะสำคัญของการเป็นองค์กรตุลาการ ส่วนรูปแบบของการเป็นองค์กรตุลาการนั้นเป็นเพียงคุณลักษณะที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญทางประวัติศาสตร์เท่านั้น²³

¹⁹ เฟิงอ้าง, น. 267 – 268.

²⁰ Arkadiusz Górniśiewicz, *supra* note 4, p. 206.

²¹ เฟิงอ้าง.

²² ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, อ้างแล้ว เจริญฤทธิ์ที่ 2, น. 269 และ Arkadiusz Górniśiewicz, *supra* note 4, p. 207.

²³ *Ibid.*, p. 207.

นอกจากนี้ แม็คคาร์ล ขมิตต์จะเห็นว่า การกลายเป็นการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญ (the Politicization of the Constitutional Court) จะเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และไม่ได้เกิดขึ้นจากกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แต่เกิดขึ้นจากธรรมชาติของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่เป็นเพียงเรื่องของการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นก็ตาม แต่ฮันส์ เคลเซินก็ยอมรับว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็คือมนุษย์ปกติธรรมดาไม่ใช่เป็นตุ๊กตาทรงมืออัตโนมัติ อีกทั้งยังค่อนข้างกังวลว่าศาลรัฐธรรมนูญจะหลีกเลี่ยงการเข้าไปพัวพันกับปัญหาทางการเมืองได้อย่างไร ด้วยเหตุนี้ ฮันส์ เคลเซิน จึงเสนอให้องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องสะท้อนการกระจายอำนาจทางการเมืองในรัฐสภา ด้วยการยอมรับให้พรรคการเมืองต่าง ๆ มีส่วนในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากองค์กรเหล่านั้นล้วนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตย²⁴

ส่วนกรณีทีคาร์ล ขมิตต์เห็นว่า ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเป็นข้อพิพาททางการเมืองที่ไม่สามารถหาข้อยุติบนพื้นฐานของกฎหมายได้นั้นก็ถือว่าเป็นความเข้าใจที่ผิดพลาด เพราะในทัศนะของฮันส์ เคลเซิน ทุกข้อพิพาททางกฎหมายย่อมหมายถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์และอำนาจเสมอ ดังนั้น ข้อพิพาททางกฎหมายแสดงออกถึงลักษณะที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ อำนาจ หรือการเมืองแล้ว การชี้ขาดข้อพิพาทเหล่านั้นย่อมเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทในทางกฎหมาย และการชี้ขาดข้อพิพาทโดยศาลย่อมจะต้องมีส่วนใดส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับการเมืองอยู่เสมอ²⁵ และสำหรับข้อโต้แย้งที่ว่าทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญถือเป็นการละเมิดหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (the Sovereignty of the Parliament) และขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน (the Sovereignty of the People) รวมถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญจะกลายเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (a Negative legislator) โดยการวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายสิ้นผลใช้บังคับ ซึ่งถือว่าเป็นการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ฮันส์ เคลเซิน เห็นว่า ความต้องการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมิได้แตกต่างไปจากความต้องการให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งในกรณีหลังกลับไม่มีผู้ใดเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตย นอกจากนี้ สำหรับหลักการแบ่งแยกอำนาจหากพิจารณาหลักการดังกล่าวจะเห็นว่า มิได้เป็นหลักการที่ให้องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแยกขาดออกจากกันโดยสิ้นเชิง หากแต่เป็นหลักการที่สร้างให้เกิดกลไกในการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กร ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับระบอบประชาธิปไตยในการที่จะป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งที่เกินกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่เสริมสร้างและสนับสนุนหลักการแบ่งแยกอำนาจมากกว่าที่จะขัดแย้งกับหลักการดังกล่าว²⁶

ในความเห็นของผู้เขียน ข้อถกเถียงเกี่ยวกับหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญว่าควรเป็นขององค์กรใดนั้น นอกจากจะทำให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับที่มาทางทฤษฎีของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งในปัจจุบันเป็นองค์กรที่ได้รับการยอมรับให้ทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในหลายประเทศแล้ว ยังได้นำไปสู่การตั้งคำถามของผู้เขียนด้วยว่า เพราะเหตุใดประเทศไทยจึงเลือกที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้

²⁴ *Ibid.*, p.199.

²⁵ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* เจริญรถที่ 2, น. 269.

²⁶ Arkadiusz Górniewicz, *supra note* 4, pp. 199 – 200.

จากการศึกษาข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของนักกฎหมายทั้งสองท่านก็ทำให้ผู้เขียนค่อนข้างประหลาดใจว่า ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นกับศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญขัดต่อระบบการเมือง ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ และขัดต่อหลักประชาธิปไตยนั้น ดูจะสอดคล้องกับข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่เกิดขึ้นกับศาลรัฐธรรมนูญไทยในปัจจุบัน ซึ่งในมุมมองของผู้เขียนก็เห็นว่า ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นกับศาลรัฐธรรมนูญไทยดังกล่าว ยังคงต้องการคำอธิบายบนพื้นฐานของข้อความคิดที่เป็นรากฐานของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยผู้เขียนจะได้นำเสนอในส่วนต่อไป

ศาลรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย

ในหนังสือชื่อ “ผู้พิพากษาในระบอบประชาธิปไตย” (The Judge in a Democracy) ของแอห์รอน บาร์ก (Aharon Barak) อดีตประธานศาลฎีกาแห่งอิสราเอล (the President of the Supreme Court of Israel) และศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมาย ได้กล่าวถึงระบอบประชาธิปไตยว่า มิได้หมายถึงแต่เฉพาะระบอบการปกครองที่อยู่บนพื้นฐานของการปกครองโดยประชาชนผ่านผู้แทน (Representatives) ซึ่งถือว่าเป็นประชาธิปไตยในเชิงรูปแบบ (Formal democracy) เท่านั้น หากแต่ยังหมายถึงระบอบการปกครองที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ (the Separation of powers) หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ (the Independence of the judiciary) หลักนิติธรรม (the Rule of law) และหลักสิทธิมนุษยชน (Human rights) ซึ่งถือว่าเป็นประชาธิปไตยในเชิงเนื้อหา (Substantive democracy) ด้วย นอกจากนี้ สืบเนื่องจากเหตุการณ์ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว (the Holocaust) ในช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เกิดขึ้นจากระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนที่ทำลายระบอบประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนเสียเองก็ทำให้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือได้ว่าเป็นสาระของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลหรือชนกลุ่มน้อยทั้งหลายจึงไม่ควรอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารที่โดยธรรมชาติอยู่บนพื้นฐานของการปกครองโดยเสียงส่วนใหญ่ (Majority opinion) เท่านั้น แต่ควรให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้วย ด้วยเหตุนี้ฝ่ายตุลาการจึงถูกเรียกร้องให้เข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในสังคมเพิ่มมากขึ้น

ทั้งนี้ แอห์รอน บาร์ก จึงสรุปว่าฝ่ายตุลาการในระบอบประชาธิปไตยมีบทบาทที่สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ (1) บทบาทในการเป็นสะพานเชื่อมระหว่างกฎหมายกับสังคม ผ่านการใช้และตีความกฎหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณภาพของระบบกฎหมายของสังคม และ (2) บทบาทในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยโดยฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ในการรักษาระบอบประชาธิปไตยทั้งในเชิงรูปแบบ ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและระบบการเลือกตั้งที่เหมาะสม และในเชิงเนื้อหา ผ่านการคุ้มครองหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติธรรม หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ และหลักสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม บทบาทในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยโดยองค์กรตุลาการเริ่มมีความสำคัญมากยิ่งขึ้นภายหลังจากการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 และการแผ่ขยายของข้อความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้น

บทบาทขององค์กรตุลาการในระบอบประชาธิปไตยก็อาจมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละประเทศ²⁷

ตัวอย่างเช่นในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณาเจตนารมณ์หลักในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าเป็น “การปฏิรูปการเมือง” ดังเช่นที่นายอานันท์ ปันยารชุน ประธานกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นเห็นว่า แม้ประเทศไทยจะได้ชื่อว่ามีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามแบบอย่างอารยประเทศ แต่ก็ยังมีสาเหตุปัจจัยหลายประการที่เป็นอุปสรรคขัดขวางมิให้การปกครองสามารถดำเนินการได้อย่างราบรื่น ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่ปฏิรูปการเมืองโดยกำหนดโครงสร้างและระบบการใช้อำนาจอธิปไตยใหม่ เพื่อให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้หมายความว่าประเทศจะเกิดการเปลี่ยนแปลงไปในวิถีทางประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อย่างรวดเร็ว เพราะยังต้องอาศัยกระบวนการอื่นมารองรับหรือบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญด้วย แต่กระนั้นก็ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ประชาชนจะร่วมกันสร้างสรรค์ระบอบการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง²⁸

อย่างไรก็ดี ความเห็นดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดวางโครงสร้างพื้นฐานทางการเมืองการปกครองของประเทศ แต่กระนั้นงานของบรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ ได้ให้ทัศนะที่น่าสนใจว่า การที่ประเทศไทยหนึ่งอาศัยรัฐธรรมนูญในการจัดวางโครงสร้างพื้นฐานในการปกครอง มิได้หมายความว่าประเทศนั้นจะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะการมีรัฐธรรมนูญกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นคนละประเด็นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศที่มีการปกครองโดยระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวแบบสังคมนิยมอย่างสาธารณรัฐประชาชนจีนก็มีรัฐธรรมนูญในการกำหนดโครงสร้างพื้นฐานของการปกครองเช่นกัน ดังนั้น การอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นพื้นฐานในการจัดวางโครงสร้างการปกครองกับการเป็นประชาธิปไตยจึงเป็นคนละประเด็น ซึ่งการจะพิจารณาว่าเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ อาจต้องพิจารณาเรื่องของการจัดวางโครงสร้างทางการเมืองว่าเป็นอย่างไร กล่าวคือ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายมักจะอาศัยหลักการต่อไปนี้ เป็นพื้นฐานในการจัดโครงสร้างการปกครอง คือ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กร²⁹

²⁷ Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006), pp. ix – xxi.

²⁸ คณะกรรมการการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *กรอบเบื้องต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน*, (คณะกรรมการการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, 2540), น. 3- 7.

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy)* เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (แอคทีฟพริ้นท์, 2563), น. 47.

หากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญคือเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญตามทัศนะของบรรดาศักดิ์ อูวรณโณ แล้ว³⁰ การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการปฏิรูปการเมืองให้เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น ในฐานะที่เป็นหนึ่งในระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐผ่านการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภามีให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การชี้ขาดอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไม่ให้ทับซ้อนกัน และการควบคุมพรรคการเมืองให้เป็นประชาธิปไตย³¹ ทั้งนี้ หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งพัฒนาการของการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างยืดยาว โดยฝ่ายที่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น ศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้มีอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นหน้าที่ในการคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงเป็นเพียงการขยายขอบเขตให้ศาลมีภาระหน้าที่ดังกล่าว³²

ในงานเขียนว่าด้วยพื้นฐานเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญของแอนดรูว์ ฮาร์ดิง (Andrew Harding) ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายเอเชียศึกษาและกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ ได้พยายามอธิบายให้เห็นว่าการปรับใช้อำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ของประเทศต่าง ๆ ในช่วงกว่าสามทศวรรษที่ผ่านมา ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “การปฏิรูปรัฐธรรมนูญ” (Constitutional-reform exercises) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับการพิจารณาว่าเป็นกลไกสำคัญในการได้มาซึ่งความเป็นประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเป็นปัจจัยที่เสริมสร้างสังคมประชาธิปไตยแบบพหุนิยม ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่าง ๆ จึงเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นผู้พิทักษ์ที่จำเป็น (a necessary guardian) สำหรับระบอบประชาธิปไตย หลักรัฐธรรมนูญนิยม และสิทธิขั้นพื้นฐาน³³ นอกจากนี้ แอนดรูว์ ฮาร์ดิง ยังระบุด้วยว่า แม้โดยหลักแล้วหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่กระนั้นในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญทั่วโลกก็มีหน้าที่และอำนาจที่แตกต่างหลากหลายซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 4 กลุ่ม ได้แก่ (1) การพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญ (Constitution-drafting jurisdiction) (2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติ (Judicial review of legislative acts) หรือการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ (3) การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Jurisdiction over officials and agencies) หรือการควบคุมฝ่ายบริหาร และ (4) การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองและ

³⁰ บรรดาศักดิ์ อูวรณโณ, 4 ปี รัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2544), น. 26.

³¹ เท็งอ้วง, น. 54.

³² บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 50.

³³ Andrew Harding, ‘The Fundamentals of Constitutional Courts,’ *International IDEA Constitution Brief*, (IDEA, 2017), p. 2.

การเลือกตั้ง (Jurisdiction over political parties and elections) หรือการควบคุมการเลือกตั้ง³⁴ อย่างไรก็ตามงานของแอนดรูว์ ฮาร์ดิง ก็ไม่ได้อธิบายให้เห็นว่า หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้สะท้อนให้เห็นถึงการเป็นผู้พิทักษ์ที่จำเป็นสำหรับระบอบประชาธิปไตย หลักรัฐธรรมนูญนิยม และสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างไร

ขณะที่งานของบรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ ได้อธิบายว่า หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยประการหนึ่ง นั่นคือ “หลักเสียงข้างมาก” ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญที่นำมาใช้ในการตัดสินใจที่เกิดขึ้นความเห็นต่างในสภา ทั้งนี้ การอาศัยหลักเสียงข้างมากดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหาของระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากการต่อสู้ทางการเมืองที่มีความเข้มข้นและรุนแรงมากขึ้น การอาศัยเสียงข้างมากบนพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยจึงกลายเป็นเครื่องมือในการตัดสินใจที่นำไปสู่การขยายอำนาจของฝ่ายการเมือง จนในที่สุดได้นำไปสู่การทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ³⁵ อย่างไรก็ตาม การอาศัยเสียงข้างมากของรัฐบาลหรือเสียงของประชาชนที่อาจกระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) การอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนเพื่อตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคล (Plebiscite) หรือเป็นการหาหรือในเรื่องการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งประชาชนให้การนับถือหรือถูกชักจูงให้เห็นด้วยโดยวิธีการโฆษณาชวนเชื่อ ซึ่งวิธีการดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย แม้ว่าจะมาจากเสียงข้างมากของประชาชนที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ตาม และ (2) การอาศัยเสียงข้างมากของรัฐบาลเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือเพื่อให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ซึ่งการอาศัยเสียงข้างมากของรัฐบาลเพื่อดำเนินการดังกล่าว แม้ว่าจะอยู่บนพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย แต่ก็ถือว่าเป็นการอาศัยเสียงข้างมากที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและนำไปสู่การทำลายหลักประชาธิปไตยในที่สุด³⁶

นอกจากนี้บรรเจิด สิงคะเนติ ยังได้ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาของการใช้หลักเสียงข้างมากที่มีผลกระทบต่อการหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเคยเป็นประเด็นถกเถียงสำคัญในช่วงที่ฮันส์ เคลเซินได้เสนอแนวคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแบบออสเตรีย เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญผ่านการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ แนวคิดดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐบาล (the Sovereignty of the Parliament) และขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน (the Sovereignty of the People) เนื่องจากการยอมรับให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ (a Negative legislator) นั้น ถือว่าเป็นการให้อำนาจแก่ศาลให้สามารถกระทำการแทรกแซงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและขัดต่อเจตจำนงของประชาชน³⁷

ต่อข้อโต้แย้งดังกล่าว ฮันส์ เคลเซิน ได้โต้แย้งว่า การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิได้แตกต่างไปจากการกำหนดให้การกระทำของฝ่ายปกครอง (Administration's actions) จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งในประเด็นดังกล่าวกลับไม่มีผู้ใดโต้แย้งว่าเป็นการ

³⁴ *Ibid.*, p. 3.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 30*, น. 50 – 51.

³⁶ *เพ็งอ้าว*, น. 51 – 52.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น. 35 – 39.

ละเมิดต่อหลักอำนาจอธิปไตย ดังนั้น การที่กล่าวว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับหลักอธิปไตยของรัฐสภานั้น เป็นการแสดงถึงแนวโน้มของการให้อำนาจทางการเมืองจำกัดอยู่เฉพาะในองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อาจจำกัดได้ โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะเห็นว่า หลักการดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่าองค์กรอธิปไตยจะแยกออกจากกันโดยสมบูรณ์ หากแต่หลักการดังกล่าวได้สร้างให้เกิดกลไก ในการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรอธิปไตย ซึ่งถือว่าเป็นหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยที่ ป้องกันมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจมากเกินไป ดังนั้น ความจำเป็นในการมีศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นการ สนับสนุนเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจมากกว่าขัดต่อหลักการดังกล่าว อีกทั้งบทบาทของ ศาลรัฐธรรมนูญยังช่วยเสริมสร้างระบบการประนีประนอม (a Compromise-based system) ในการคุ้มครอง ฝ่ายข้างเสียงน้อยจากการกระทำที่อาจคุกคามอำนาจของฝ่ายเสียงข้างมากด้วย³⁸

อย่างไรก็ดี ข้อความคิดที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการถ่วงดุลกับเสียงข้างมากของ รัฐสภาในระบอบประชาธิปไตยได้สะท้อนให้เห็นใน “กฎหมายพื้นฐาน” (Basic Law) ของสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี ซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่เป็นองค์กรในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ผ่านการ คุ้มครองหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และคุ้มครองฝ่ายเสียงข้างน้อย³⁹ ซึ่งการกำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญนั้นสะท้อนให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ถือเป็นกลไกของ “ระบอบประชาธิปไตยที่ ปกป้องตนเองได้” (Militant democracy) ซึ่งหมายถึงระบอบการปกครองที่สร้างหรือกำหนดกลไกในการ จำกัดเสรีภาพเพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่มีหวังจะล้มล้างระบอบการปกครองด้วยกลไกประชาธิปไตยสามารถทำลาย ระบอบประชาธิปไตยได้⁴⁰ อย่างไรก็ดี ปุนเทพ ศิริพงษ์ ได้อธิบายให้เห็นถึงตัวอย่างของกลไกของหลัก ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐานโดยมีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็น เครื่องมือสำคัญในการขับเคลื่อนกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อาทิ การประกาศการสูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน ของปัจเจกบุคคลในกรณีที่มีการใช้สิทธิและเสรีภาพบางประการเพื่อต่อต้านระบบพื้นฐานของเสรีประชาธิปไตย (มาตรา 18) การยุบพรรคการเมืองที่มุ่งทำลายหรือล้มล้างระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตยหรือพยายามทำให้ เกิดอันตรายต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์ (มาตรา 21) และการรับรองสิทธิต่อต้านขัดขืนบุคคลใดก็ตามที่ พยายามล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญ (มาตรา 20 วรรคสี่)⁴¹ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญใน การเป็นกลไกของระบอบประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงบทบาทหน้าที่ของศาล รัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่งานของปุนเทพ ศิริพงษ์ ที่ทำการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์ รัฐธรรมนูญในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ได้ชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของข้อความคิดว่าด้วยประชาธิปไตยที่

³⁸ Arkadiusz Górniewicz, *supra* note 4, pp. 199 – 200.

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *อ้าวแล้ว เชิงธรรมที่ 30*, น. 56.

⁴⁰ ปุนเทพ ศิริพงษ์, “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่ รับเข้าจากต่างประเทศ?, *วารสารนิติศาสตร์*, เล่มที่ 47, น. 85, (2561).

⁴¹ *เพ็ญอ้อ*, น. 87 – 97.

ปกป้องตนเองได้ว่าเป็นแม่แบบให้กับข้อความคิดว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ”⁴² ดังนั้น ข้อความคิดว่าด้วยประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จึงมีความสัมพันธ์กับข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อันเป็นพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการทำความเข้าใจสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในโลกยุคปัจจุบัน

ศาลรัฐธรรมนูญไทยกับข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

แม้ในทางวิชาการจะมีการจำแนกรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial control of constitutionality) หรือการมอบอำนาจให้ศาลหรือองค์กรที่ทำหน้าที่คล้ายศาล (Court-like body) สามารถที่จะยับยั้งหรือตัดสินว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดสิ้นผลใช้บังคับอันเนื่องมาจากขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ออกเป็น 2 แนวทางหลัก คือ (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบอเมริกัน (the American model of decentralized review) หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “แบบกระจายอำนาจ” (Diffused review) ซึ่งเน้นการกระจายอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปให้แก่ศาลยุติธรรมในทุกระดับ และ (2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบยุโรปภาคพื้นทวีป (the European continental centralized model) หรือเรียกว่าเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “แบบรวมศูนย์” (Concentrated review) ซึ่งเน้นการรวมศูนย์อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ที่องค์กรพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ก็ตาม⁴³ แต่กระนั้นในกรณีของประเทศไทยก็พบว่าได้มีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 62 ได้บัญญัติให้ “สภาผู้แทนราษฎร” เป็นองค์กรที่มีสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าต่อมาจะมีเหตุการณ์ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ว่าในการใช้หรือการบังคับกฎหมายนั้น ศาลย่อมมีอำนาจในการแปลหรือตีความกฎหมายและได้วินิจฉัยให้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2489 เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังขัดต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะก็ตาม แต่องค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกรูปแบบหนึ่ง คือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ก็ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รวมถึงรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาอีกหลายฉบับ หากแต่อาจมีการปรับเปลี่ยนรายละเอียดขององค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ตามความเห็นของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงเวลา⁴⁴ อย่างไรก็ตาม บวรเจตน์ สังคะเนติ ได้ชี้ให้เห็นว่า สาเหตุที่มีการนำเอาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาใช้ใน

⁴² เฟิงอว้าง, น. 85.

⁴³ Albert H.Y. Chen, ‘Constitutional Court in Asia Western Origins and Asian Practice’ in Albert H.Y. Chen and Andrew Harding (eds) *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, (Cambridge University Press 2018), p. 2.

⁴⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีการบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีทั้งสิ้น 7 ฉบับ คือ ฉบับปีพุทธศักราช 2489 ฉบับปีพุทธศักราช 2492 ฉบับปีพุทธศักราช 2495 ฉบับปีพุทธศักราช 2511 ฉบับปีพุทธศักราช 2517 ฉบับปีพุทธศักราช 2521 และฉบับปีพุทธศักราช 2534. อ้างใน กมลชัย รัตนสากววงศ์, รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น. 14.

ประเทศไทยนั้นเกิดขึ้นมาจากปัญหาที่ผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมเข้ามาวินิจฉัยในเรื่องที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าเป็นเขตอำนาจในการตรากฎหมายของสภาและศาลฎีกาได้ทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภานั้นเสียไป⁴⁵

สำหรับกรณีที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่ามิประเด็นเบื้องต้นที่น่าสนใจ เนื่องจากในมุมมองของบยอร์น เดรสเซล (Björn Dressel) นักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญและการเมืองเปรียบเทียบ นั้นเห็นว่า หากพิจารณา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมาจนฉบับปีพุทธศักราช 2540 จะพบว่าไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ชัดเจนแต่อย่างใด แม้ว่าจะมีการบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นต้นมาก็ตาม แต่ลักษณะของอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะที่ถูกแบ่งไปให้รัฐสภาด้วย⁴⁶ ดังเช่นที่บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายไว้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นับตั้งแต่ฉบับปีพุทธศักราช 2489 เป็นต้นมาจนถึงฉบับปีพุทธศักราช 2534 จะบัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรในการตีความรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญบางส่วนก็ยังคงถูกกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาด้วย เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2489 และฉบับปีพุทธศักราช 2490 ยอมรับอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาอย่างกว้าง ขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2492 ฉบับปีพุทธศักราช 2495 ฉบับปีพุทธศักราช 2511 ฉบับปีพุทธศักราช 2517 และฉบับปีพุทธศักราช 2521 ได้บัญญัติลดทอนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาลงให้เหลือแต่เพียงการตีความรัฐธรรมนูญเฉพาะปัญหาที่อยู่ในงานของสภาเท่านั้น ขณะที่รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพียงสถาบันเดียว⁴⁷ ทั้งนี้ความเห็นทางวิชาการและข้อเท็จจริงดังกล่าวสอดคล้องกับมุมมองของสมคิด เลิศไพฑูรย์ ที่เห็นว่า ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ผ่านมานั้นมิได้เป็น “ระบบการกระจายอำนาจ” (Diffused model) หรือ “ระบบรวมอำนาจ” (Centralized model) แต่อย่างใด หากแต่เป็นระบบผสมที่ให้ศาลยุติธรรมทุกชั้นศาล รวมถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁸

เมื่อสืบย้อนกลับไปถึงขั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้มีการจัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแทน “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” จะพบว่า นอกจากเจตนารมณ์ที่ต้องการจะปฏิรูปการเมืองเพื่อเสริมสร้างประสิทธิภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมถึงการปรับปรุงระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐเพื่อสร้างความโปร่งใสให้แก่ฝ่ายบริหารแล้ว การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเลือกที่จะปรับใช้องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบ “ศาล” มากกว่า “คณะกรรมการ” ก็เนื่องมาจากคณะตุลาการ

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 153.

⁴⁶ Björn Dressel, ‘Thailand Judicialization of politics or politicization of the judiciary?’ in Björn Dressel (ed) *The Judicialization of Politics in Asia*, (Routledge, 2012), p. 82.

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 38*, น. 143 - 147.

⁴⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *ตุลาการรัฐธรรมนูญ*, (นิติธรรม, 2536), น. 12.

รัฐธรรมนูญถูกวิพากษ์วิจารณ์ในชั้นของการร่างรัฐธรรมนูญว่ามีปัญหาอยู่หลายประการ อาทิ การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นองค์กรที่ไม่แน่นอนเนื่องจากวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีการเปลี่ยนแปลงตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเมื่อเกิดกรณีการยุบสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาผู้แทนราษฎรครบวาระ ก็จะเป็นเหตุให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงตามไปด้วย⁴⁹ หรือการกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งมาจากบุคลากรระดับสูงที่มีตำแหน่งประจำที่อาจทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เต็มเวลา⁵⁰ ขณะที่อีกส่วนหนึ่งมาจากผู้ทรงคุณวุฒิที่มีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และสามารถได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่ได้อีก ก็ส่งผลต่อความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁵¹ หรือการที่องค์กรมีลักษณะเป็นคณะกรรมการก็ส่งผลโดยตรงต่อวิธีพิจารณาซึ่งมีลักษณะไม่เปิดเผยและไม่มีความลับกันขึ้นพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีดังเช่นวิธีพิจารณาคดีโดยทั่วไปขององค์กรตุลาการ⁵²

นอกจากปัจจัยด้านองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ความไร้เสถียรภาพทางการเมืองของไทยที่เกิดขึ้นจากการรัฐประหารบ่อยครั้งก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ต้องหยุดชะงักลงพร้อมกับการยกเลิกการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ จึงทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้แสดงให้เห็นคุณูปการที่มีต่อระบอบรัฐธรรมนูญของประเทศไทยเท่าที่ควร⁵³ ด้วยเหตุนี้ ในชั้นของการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงเห็นว่า หากรัฐธรรมนูญยังคงบัญญัติให้องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นรูปแบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง ก็จะทำให้องค์กรดังกล่าวใช้ข้อพิจารณาทางการเมืองซึ่งเป็นการใช้ “ดุลพินิจ” มากกว่าข้อพิจารณาทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้ “เหตุผลทางกฎหมาย” ดังนั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงเลือกยึดแนวทางให้องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็น “องค์กรตุลาการ” หรือ “ศาลรัฐธรรมนูญ”⁵⁴

การถกเถียงกันของผู้ร่างรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น สะท้อนให้เห็นถึงสิ่งที่ทอม จินส์เบิร์ก (Tom Ginsburg) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายเปรียบเทียบได้อธิบายไว้ว่า การปรับใช้รูปแบบขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถือเป็นการปรับใช้ข้อความคิดของต่างประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการและบริบทของแต่ละประเทศโดยผ่านกระบวนการพิจารณา

⁴⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (23 มิถุนายน 2540), น. 13/3 – 13/4.

⁵⁰ อมร รักชาติ, รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน พร้อมบทวิจารณ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 161.

⁵¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), น. 214.

⁵² เพ็ญอ้อ, น. 213 – 214.

⁵³ Khemthong Tonsakulrungruang, ‘The Constitutional Court of Thailand: From Activism to Arbitrariness’ in Albert H.Y. Chen and Andrew Harding (eds) Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective, (Cambridge University Press, 2018), p. 185.

⁵⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 23 (21 กรกฎาคม 2540), น. 161.

ทางการเมือง (Political consideration)⁵⁵ ดังนั้น การทำความเข้าใจการปรับใช้รูปแบบองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงควรพิจารณาจากการถกเถียงกันของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในชั้นของการพิจารณาร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่ามีแนวคิดในการกำหนดรูปแบบขององค์กรว่าเป็นอย่างไร ทั้งนี้ หากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทย จะเห็นว่า ประเทศไทยมีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “แบบรวมศูนย์” (Centralized model) ที่อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญถูกบัญญัติให้เป็นขององค์กรพิเศษมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในการเลือกที่จะปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2540 นั้น หากพิจารณารายละเอียดเนื้อหาที่สามารถสืบค้นได้จากการอภิปรายของผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในทางวิชาการและผู้มีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายจะเห็นว่า การอภิปรายดังกล่าวให้ความสำคัญแต่เพียงปัญหาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ของสถานะและบทบาทอำนาจหน้าที่ โดยมีได้แสดงให้เห็นถึงข้อความคิดว่าเพราะเหตุใดรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นรูปแบบที่เหมาะสมในการเป็นองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ยิ่งไปกว่านั้น หากพิจารณาเอกสารคำชี้แจงกรอบเบื้องต้นของร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเผยแพร่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่นำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับกรอบแนวคิดพื้นฐานของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁵⁶ จะพบว่า ที่มาของกรอบเบื้องต้นดังกล่าวมาจากรายงานการวิจัยเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ” ของกมลชัย รัตนสภาวะวงศ์ โดยในรายงานการวิจัยดังกล่าว นอกจากจะชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยดังเช่นที่มีการอภิปรายในชั้นของการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้วิจัยยังยกตัวอย่างให้เห็นด้วยว่าประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้มีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรวมศูนย์ที่ให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นขององค์กรพิเศษอย่างเช่นศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการเลือกที่จะปรับใช้รูปแบบองค์กรในรูปแบบใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลในทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยาการเมืองของแต่ละประเทศ⁵⁷ นอกจากนี้ รายงานการวิจัยดังกล่าวยังได้เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรวินิจัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยในรูปแบบ “ศาลรัฐธรรมนูญ” โดยมีการยกกรายละเอียดของบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการสรรหา วาระการดำรงตำแหน่ง วิธีพิจารณา รวมถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่ควรได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเอาไว้ อย่างชัดเจน⁵⁸

⁵⁵ Tom Ginsburg, ‘Constitutional Court in East Asia: Understanding Variation,’ *Journal of Comparative Law*, 3, pp. 81 – 82 (2008).

⁵⁶ คณะกรรมาธิการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถ 29*, น. 29 – 32.

⁵⁷ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น. 13 – 25.

⁵⁸ *เพ็ญอึ้ง*, น. 57 – 63.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้รายงานการวิจัยของกมลชัย รัตนสกาวงค์ จะถือว่าเป็นงานวิชาการที่มีอิทธิพลสำคัญต่อกรอบพื้นฐานของการร่างรัฐธรรมนูญและนำไปสู่การอภิปรายและถกเถียงกันของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ตาม แต่จากการพิเคราะห์รายงานการวิจัยดังกล่าวในเบื้องต้นก็พบว่า รายงานการวิจัยดังกล่าว ยังมิได้มีการอธิบายให้เห็นถึงรากฐานของข้อความคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากแต่เป็นเพียงการนำเสนอให้เห็นถึงสภาพปัญหาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยเช่นเดียวกับที่มีการอภิปรายในขั้นของการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รวมถึงมีการนำเสนอให้เห็นถึงข้อมูลโดยสังเขปเกี่ยวกับองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (the Federal Constitutional Court of Germany) ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลี (Corte Costituzionale) ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย (Verfassungsgerichtshof) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Conseil Constitutionnel) เท่านั้น นอกจากนี้ รายงานการวิจัยดังกล่าวยังสอดคล้องกับงานเขียนอื่นของกมลชัย รัตนสกาวงค์ ที่อธิบายเกี่ยวกับเหตุผลสำคัญในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในงานดังกล่าวยังคงชี้ให้เห็นแต่เพียงปัญหาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าเป็นปัจจัยที่ควรปรับใช้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยมิได้อธิบายถึงข้อความคิดพื้นฐานของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด⁵⁹

แม้ในท้ายที่สุด ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะกำหนดให้มีการปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบข้อเสนอในรายงานการวิจัยของกมลชัย รัตนสกาวงค์ กับบทบัญญัติเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นผลมาจากการอภิปรายในขั้นของการร่างรัฐธรรมนูญ จะพบว่ามี ความแตกต่างกันพอสมควร ทั้งในแง่ขององค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญ ที่มาและคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เมื่อสืบค้นเพิ่มเติมในรายงานการประชุมสมัชชาร่างรัฐธรรมนูญว่าการปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีการอ้างอิงมาจากตัวแบบของศาลรัฐธรรมนูญประเทศใด ก็พบคำชี้แจงว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ลอกเลียนตัวอย่างมาจากประเทศใดโดยตรงทั้งหมด หากแต่มีความใกล้เคียงกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶⁰ ซึ่งคำอธิบายถึงตัวแบบของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวสอดคล้องกับข้อเสนอแนะของกมลชัย รัตนสกาวงค์ ที่เห็นว่า องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดีภายใต้พระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ เพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีอำนาจครอบงำหรือมีอิทธิพลเหนือศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงต้องมีหลักประกันความเป็นอิสระทั้งในด้านการบริหารงานและด้านงบประมาณ รวมทั้งมีหน่วยธุรการเป็นของตนเองเช่นเดียวกันกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶¹

⁵⁹ กมลชัย รัตนสกาวงค์, ‘องค์กรพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย’ ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต*, (กรุงเทพมหานคร: นานาสังพิมพ์, 2543), น. 19 – 21.

⁶⁰ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 55*.

⁶¹ กมลชัย รัตนสกาวงค์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58*, น. 25.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่พึงพิจารณาต่อไปว่า การปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของไทย โดยอ้างอิงมาจากตัวแบบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น อาจกล่าวได้ว่าสอดคล้องกับมุมมองทีมงานของเบเนดิกส์ โกเดอร์ริส (Benedikt Goderis) นักวิชาการด้านเศรษฐศาสตร์ และมิล่า เวสติก (Mila Versteeg) นักวิชาการด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเทียบ อธิบายว่า สาเหตุที่ประเทศต่าง ๆ มีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผลมาจากอิทธิพลจากภายนอกประเทศ ซึ่งอาจกระทำได้ในหลายลักษณะ เช่น การกำหนดเงื่อนไขโดยประเทศประเทศมหาอำนาจ (Powerful states) ผ่านโครงการให้ความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศที่ขอรับความช่วยเหลือจะต้องปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Coercion) หรือการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาประชาธิปไตยและระบบเศรษฐกิจอันนำไปสู่การดึงดูดความสนใจจากต่างชาติให้เข้ามาทำการค้าและการลงทุน (Competition) หรือการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยยึดต้นแบบมาจากประเทศที่ประสบความสำเร็จและความเข้มแข็งทางการด้านการเมืองการปกครอง (Learning) รวมไปถึงการลอกเลียนแบบระบอบรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อต้องการสร้างความชอบธรรมและได้รับการยอมรับจากนานาชาติ (Acculturation) เป็นต้น⁶²

นอกจากนี้ เบเนดิกส์ โกเดอร์ริสและมิล่า เวสติก ยังได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่า อาจเป็นการยากที่จะจำแนกว่าการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศหนึ่งเกิดขึ้นจากเหตุปัจจัยใด แต่กระนั้นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการแผ่ขยายของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นก็อาจเกิดขึ้นจากการมีความสัมพันธ์เชิงอาณานิคมร่วมกัน กล่าวคือ ประเทศเจ้าอาณานิคมมักมีอิทธิพลต่อการปรับใช้รัฐธรรมนูญของอดีตประเทศได้อาณานิคม นอกจากนี้ก็ปัจจัยหนึ่งที่มีความเป็นไปได้ นั่นคือ การมีภาษาและศาสนาร่วมกัน รวมถึงความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์⁶³ อย่างไรก็ตาม จากคำอธิบายเกี่ยวกับการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว งานของทอม จินส์เบิร์ก (Tom Ginsburg) และมิล่า เวสติก (Mila Versteeg) กลับโต้แย้งไว้อย่างน่าสนใจว่า ปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ ปัจจัยทางการเมืองภายในประเทศ (Domestic political incentives) ซึ่งมีความสำคัญมากกว่าปัจจัยอื่น⁶⁴

ไม่ว่าการตัดสินใจปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะเกิดขึ้นมาจากเหตุปัจจัยใดก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้สะท้อนให้เห็นถึงการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำเอาข้อความคิดและแนวปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศมาปรับใช้กับบริบทของประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณาการถกเถียงกันของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้เขียนก็เห็นว่าการปรับใช้รูปแบบศาล

⁶² Benedikt Goderis and Mila Versteeg, 'The Diffusion of Constitutional Rights,' *International review of law and economics*, 39, pp. 1 – 19 (2014).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Tom Ginsburg and Mila Versteeg, 'Why Do Countries Adopt Constitutional Review?,' *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 30, p. 617 (2013).

รัฐธรรมนูญของไทยโดยอ้างอิงว่ามีตัวแบบมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแสดงให้เห็นว่าเป็น “การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญ” (Constitutional transplant) ซึ่งงานของปุนเทพ ศิริบุพผะ ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญเอาไว้ที่น่าสนใจว่า การรับเข้ากฎหมายนั้นไม่ใช่เป็นเพียงการรับเอาตัวบทกฎหมายหรือสร้างตัวบทกฎหมายตามแนวทางของตัวแบบที่รับมาเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการที่มุ่งเน้นการเรียนรู้และทำความเข้าใจในกฎหมายที่รับมาอย่างเป็นเหตุเป็นผล นอกจากนี้ ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นอาจล้มเหลวหรือไม่ประสบความสำเร็จตามความมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของผู้ร่างด้วยเหตุเพราะเงื่อนไขปัจจัยต่าง ๆ อาทิ การรับเข้ากฎหมายโดยไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมหรือเป็นการรับเข้ากฎหมายโดยไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริงด้วยเหตุเพราะการสื่อสารที่ผิดพลาด การขาดความเข้าใจบริบท หรือการแปลความที่ไม่ถูกต้อง จนอาจนำไปสู่การที่กฎหมายที่รับเข้ามานั้นถูกให้ความหมายใหม่จนแตกต่างไปจากความหมายเดิม หรือถูกปรับใช้ในสถานการณ์ที่ก้าวข้ามขอบเขตการบังคับใช้เช่นเดียวกับต้นฉบับ ซึ่งในทางวิชาการอาจเรียกปรากฏการณ์นี้ว่าเป็น “การกลายพันธุ์” (Mutation effect) ของการรับกฎหมายรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ⁶⁵

อย่างไรก็ดี แม้เจตนารมณ์ในการปรับใช้รูปแบบศาลรัฐธรรมนูญของไทยจะมีที่มาจากการปรับใช้ข้อความคิดและแนวปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาความด้อยประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่กระนั้นพัฒนาการของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่เปลี่ยนแปลงไปนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติให้ข้อพิพาทบางประการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางการเมืองเป็นหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีสถานะที่เป็นทั้งผู้จัดการปัญหาทางการเมือง เป็นองค์กรการทางการเมือง รวมถึงเป็นส่วนหนึ่งของความขัดแย้งทางการเมืองมากกว่าการเป็นผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเจตนารมณ์ดั้งเดิมตามรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540⁶⁶ ดังเช่นที่บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ชี้ให้เห็นว่า แม้ว่าสาเหตุของการนำ “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะมีหลายประการก็ตาม แต่ก็ก่อให้เกิดปัญหาทางการเมืองและนำไปสู่เหตุการณ์รัฐประหารถึง 2 ครั้ง ขณะเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญยังเผชิญหน้ากับวิกฤตอยู่หลายครั้งทั้งจากอิทธิพลของฝ่ายการเมืองที่มีต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ทำให้เกิดความขัดแย้งกับฝ่ายการเมืองเพิ่มมากขึ้น⁶⁷ ด้วย

⁶⁵ ปุนเทพ ศิริบุพผะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* 41, น. 84 – 85.

⁶⁶ โปรดดู ข้อวิพากษ์วิจารณ์การปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น พงศ์พิพัฒน์ บัญชานนท์, ‘เมื่อฝ่ายตุลาการเล่นการเมืองผ่านคำพิพากษา คุยกับ สมชาย ปรีชาศิลปกุล’ (The Matter, 8 กรกฎาคม 2562) <<http://thematter.co/social/judicial-activism-in-thai-politics/80191>> สืบค้นเมื่อ 18 พฤษภาคม 2564.; ชาย ไซยชิต, “ศาล” ในฐานะสถาบันทางการเมือง: มิติการศึกษาและทิศทางในการเมืองเปรียบเทียบ, *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*, น. 31 – 53 (2561), ประมุข บัณฑุกุล และ ศิวชัย ศรีโสภากุล, ‘บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญท่ามกลางความขัดแย้งทางการเมือง’, *วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ มจร*, 5, น. 209 – 225 (2560). เป็นต้น

⁶⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ* ที่ 38, น. 159 – 163.

เหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะการตัดสินใจปรับใช้รูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาได้แสดงให้เห็นว่าอาจเป็นการรับเข้ากฎหมายโดยไม่เข้าใจความหมายที่แท้จริงเกี่ยวกับสถานะและบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ สิ่งที่เกิดขึ้นจึงสะท้อนให้เห็นถึง “การกลายพันธุ์” ขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยที่แตกต่างไปจากตัวแบบที่นำมาปรับใช้นำไปสู่ข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่มีต่อสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในปัจจุบัน

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับบทบาทศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ดังเช่นที่ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายถึงการตีความรัฐธรรมนูญว่ามีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ การตีความแบบแสดงความคิดเห็นซึ่งไม่มีผลใด ๆ ต่อระบบกฎหมาย เช่น การตีความของอาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่ง กับอีกประการหนึ่ง คือ การตีความที่มีผลในทางกฎหมาย ซึ่งทำให้ต้องมีการปฏิบัติตามการตีความนั้น ๆ เช่น การตีความของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในหลายประเทศมักไม่ต้องการให้การตีความรัฐธรรมนูญผูกขาดอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงแห่งเดียว เพราะอาจทำให้องค์กรนั้นมีอำนาจมากเกินไปจนอาจเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีอำนาจจำกัดเท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น และจะตีความรัฐธรรมนูญเกินไปกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้มิได้ มิฉะนั้นอาจถูกองค์กรอื่น เช่น รัฐสภา ตอบโต้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตัดทอนอำนาจหรือยุบเลิกศาลรัฐธรรมนูญได้⁶⁸

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า นอกจากรัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญแล้ว ยังบัญญัติให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญภายในเขตอำนาจหรือภายในขอบเขตการปฏิบัติงานขององค์กรนั้นเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ 16 กรณี อาทิ การวินิจฉัยว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วแต่นายกรัฐมนตรียังไม่ได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และการวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁶⁹

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในส่วนที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญนั้น อาจกล่าวได้ว่าได้รับอิทธิพลส่วนหนึ่งมาจากรายงานการวิจัยเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธี

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, น. 70.

⁶⁹ *เพ็ญอ้าว*, น. 71 – 72.

พิจารณาตีรัฐธรรมนูญ” ของกมลชัย รัตนสากววงศ์ ซึ่งข้อเสนอจากรายงานการวิจัยดังกล่าวมีการอ้างอิงตัวแบบมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ งานของปูนเทพ ศิริบุพงค์ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า ข้อเสนอของกมลชัย รัตนสากววงศ์ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทในการเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น ได้รับเอาอิทธิพลมาจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อาทิ การวินิจฉัยกรณีที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรี ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยการกระทำของบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดว่ามีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือสถาบันในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น ซึ่งอาจถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นสมควร หรือการวินิจฉัยกรณีที่พรรคการเมืองใดกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือการกระทำอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองและการกระทำได้กล่าวว่ามีผลต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาและมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปูนเทพ ศิริบุพงค์ เห็นว่า ข้อเสนอเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีการปรับแต่งให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิม เช่น การกำหนดให้อัยการสูงสุดทำหน้าที่เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมือง เป็นต้น⁷⁰

นอกจากนี้ ปูนเทพ ศิริบุพงค์ ยังชี้ให้เห็นถึงประเด็นที่น่าสนใจด้วยว่า อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งฉบับปีพุทธศักราช 2540 และฉบับปีพุทธศักราช 2550 ในส่วนที่เป็น “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้รับเข้าความคิดและอ้างอิงมาจากตัวแบบศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการปรับแต่งเนื้อหาของบทบัญญัติและรายละเอียดบางประการที่ทำให้ในท้ายที่สุดแล้ว สิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญของไทยได้ “กลายพันธุ์” และมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นตัวแบบไปโดยปริยาย เช่น จากเดิมที่ตัวแบบกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจที่จะประกาศการสูญเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานโดยเป็นมาตรการลงโทษการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างระบอบการปกครองนั้น กรณีของรัฐธรรมนูญไทยกลับบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่เพียงสั่งการให้เลิกการกระทำได้เท่านั้น ซึ่งในมุมมองของปูนเทพ ศิริบุพงค์ เห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยในลักษณะดังกล่าว แทบจะไม่มีผลใด ๆ ในทางปฏิบัติ อีกทั้งอาจไม่มีผลโดยตรงไปสู่การพิจารณาการใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย นอกจากนี้ ยังมีกรณีซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ประชาชนผู้รู้เห็นการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างระบอบการปกครองมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น การบัญญัติให้เรื่องดังกล่าวกลายเป็น

⁷⁰ ปูนเทพ ศิริบุพงค์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 41, น. 103.

“สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ได้ทำให้ความหมายของบทบัญญัติในส่วนนี้กลายพันธุ์ไปจากตัวแบบซึ่งเป็นเรื่องของขอบเขตและข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากการที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญแต่กลับฝากความหวังให้กับประชาชนที่จะต้องเสนอเรื่องให้กับศาลรัฐธรรมนูญนั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญไทยไม่ใช่รัฐธรรมนูญที่สามารถปกป้องตนเองได้ เพราะหากไม่มีการยื่นคำร้องจากประชาชนเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ และเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองและทำลายระบอบรัฐธรรมนูญในที่สุด⁷¹

นอกเหนือไปจากการกลายพันธุ์ของบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญแล้ว งานของบรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ ยังชี้ให้เห็นถึงปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย โดยปัญหาดังกล่าวสืบเนื่องมาจากการที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้เห็นอย่างชัดเจนว่าคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญและคุณค่าสูงสุดของระบอบประชาธิปไตยของไทยคืออะไร ส่งผลให้กลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยเกิดความพว้างเลือนตามไปด้วย หรืออีกนัยหนึ่งคือ ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยไม่สามารถที่จะชี้แจงได้ว่าหลักการใดมีคุณค่าสูงสุดและไม่สามารถตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดดังกล่าวได้ นั่นจึงทำให้กลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไม่มีความชัดเจนว่าเป็นกลไกที่มุ่งพิทักษ์หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือไม่⁷²

นอกจากนี้ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะยังชี้ให้เห็นเพิ่มเติมด้วยว่า ความไม่ชัดเจนของกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองด้วย ตัวอย่างเช่น มาตรการในการยุบพรรคการเมือง ซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการที่มีต้นแบบมาจากกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ในกรณีของไทยนั้น แม้จะมีการบัญญัติมาตรการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2540 และฉบับปีพุทธศักราช 2550 แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับไม่ได้มีการบัญญัติมาตรการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด แต่ไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 แทน ทั้งนี้ การที่มีได้บัญญัติมาตรการดังกล่าวซึ่งเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพของพรรคการเมืองและเกี่ยวข้องกับเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญแต่กลับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรองแทนนั้น อาจทำให้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองกว้างเกินไปกว่าเป้าหมายของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ เพราะจากเดิมที่ควรจะต้องกำหนดให้เฉพาะการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองและระบอบประชาธิปไตย รวมถึงการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยเท่านั้นที่เป็นเหตุในการยุบพรรคการเมือง การที่ไปกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองไว้ในกฎหมายเลือกตั้งที่เป็นเพียงกฎหมายลำดับรองอาจทำให้การกระทำอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นเพียงขัดกับกฎหมายดังกล่าวหรือ

⁷¹ เพิ่งอ้าง, น. 104 – 106.

⁷² บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 363 – 365.

ประเด็นในทางเทคนิคตามกฎหมายเลือกตั้ง กลายเป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองได้ ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพื่อกำหนดให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองจะต้องถูกกำหนดไว้โดยตรงและชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁷³

บทสรุป

การทำความเข้าใจข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ในการทำหน้าที่เป็น “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นประเด็นถกเถียงทางวิชาการระหว่างนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างคาร์ล ชมิตต์ และฮันส์ เคลเซิน และเป็นข้อความคิดรากฐานในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของหลายประเทศทั่วโลกนั้น ถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในทางวิชาการ เพราะนอกจากจะเป็นการยืนยันให้เห็นถึงที่มาทางทฤษฎีและความสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญผ่านบทบาทในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ยังนำมาซึ่งคำอธิบายที่เป็นเหตุเป็นผลสำหรับข้อวิพากษ์วิจารณ์ที่มีต่อสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเมื่อต้องพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมือง

ในกรณีของประเทศไทย แม้จะมีการปรับใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475 และได้มีการปรับใช้รูปแบบขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายรูปแบบแล้วก็ตาม แต่เหตุผลที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เลือกที่จะปรับใช้รูปแบบ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งอ้างอิงมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กลับให้ความสำคัญกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นรูปแบบที่ปรับใช้มากกว่าห้าทศวรรษ ประกอบกับในขั้นของการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้มีการถกเถียงหรืออภิปรายเกี่ยวกับข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในบริบทของประเทศไทยแต่อย่างใด ดังนั้น สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ แม้จะกล่าวได้ว่าสอดคล้องกับสภาพการณ์และสังคมวิทยาการเมืองของประเทศไทย แต่ในอีกแง่หนึ่งอาจสะท้อนให้เห็นถึงความคลาดเคลื่อนไปจากตัวแบบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั่นจึงอาจเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่มีนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนเห็นว่า นับตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญต้องเผชิญกับวิกฤติและฝ่ายการเมืองอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยคดีตามเขตอำนาจที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนก็เห็นว่า หากผู้ใดก็ตามต้องการที่จะวิพากษ์วิจารณ์ถึงสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ข้อโต้แย้งนั้นก็ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อความคิดทางวิชาการเช่นกัน และต้องไม่ใช่การวิพากษ์วิจารณ์บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่ข้อความคิดและมุมมองทางวิชาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อการ

⁷³ เฟื่องอ้าง, น. 372 – 375.

พัฒนาสถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกววงศ์. ‘องค์การพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก่อนจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย’ ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต. กรุงเทพมหานคร: นานาสีพิมพ์, 2543.

กมลชัย รัตนสกววงศ์. ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย). กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

พงศ์พิพัฒน์ บัญชานนท์. “เมื่อฝ่ายตุลาการเล่นการเมืองผ่านคำพิพากษา คู่กับ สมชาย ปริชาตศิลปกุล (The Matter, 8 กรกฎาคม 2562.” <http://thematter.co/social/judicial-activism-in-thai-politics/80191>, 18 พฤษภาคม 2564.

คณะกรรมการการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ. กรอบเบื้องต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน, คณะกรรมการการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, 2540.

ชาย ไชยจิต. “ศาล” ในฐานะสถาบันทางการเมือง: มิติการศึกษาและทิศทางในการเมืองเปรียบเทียบ.” วารสารสถาบันพระปกเกล้า. (2561): 31 – 53.

ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์. “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิตต์ และ ฮันส์ เคลเซน.’ วารสารนิติศาสตร์. เล่ม 42. (2556): 254.

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy) เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย). กรุงเทพมหานคร: แอคทีฟพริ้นท์, 2563.

บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.

บรรศักดิ์ อวรรณโณ. 4 ปี รัฐธรรมนูญ: ปัญหาและอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2544.

บรรศักดิ์ อวรรณโณ. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.

ประมุข บัณฑุกุล และ ศิวัช ศรีโกคางกุล. ‘บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญท่ามกลางความขัดแย้งทางการเมือง,’ วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ มจร. 5. (2560): 209 – 225.

ปุนเทพ ศิริบุบผะ. “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ.” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?. วารสารนิติศาสตร์. เล่มที่ 47. (2561): 85.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. ตุลาการรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 23 (21 กรกฎาคม 2540), น. 161.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, รายงานคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (23 มิถุนายน 2540), น. 13/3 – 13/4.

อมร รักษาสัตย์. รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน พร้อมบทวิจารณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

ภาษาต่างประเทศ

Aharon Barak. The Judge in a Democracy. Princeton University Press, 2006.

Albert H.Y. Chen. “Constitutional Court in Asia Western Origins and Asian Practice” in Albert H.Y. Chen and Andrew Harding (eds) Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective. (Cambridge University Press 2018): 2.

Andrew Harding. “The Fundamentals of Constitutional Courts.” International IDEA Constitution Brief. (IDEA, 2017): 2.

Arkadiusz Górniewicz. “Dispute over the guardian of the Constitution Hans Kelsen, Carl Schmitt and the Wiemar case.” Politeja, 3, (2021): 193.

Benedikt Goderis and Mila Versteeg. “The Diffusion of Constitutional Rights.” International review of law and economics, 39, (2014): 1-19.

Björn Dressel. “Thailand Judicialization of politics or politicization of the judiciary?” in Björn Dressel (ed) The Judicialization of Politics in Asia. (Routledge, 2012): 82.

Khemthong Tonsakulrungruang. “The Constitutional Court of Thailand: From Activism to Arbitrariness” in Albert H.Y. Chen and Andrew Harding (eds) Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective. (Cambridge University Press, 2018): 185.

Tom Ginsburg and Mila Versteeg. “Why Do Countries Adopt Constitutional Review?.” The Journal of Law, Economics, and Organization. 30. (2013): 617.

Tom Ginsburg. “Constitutional Court in East Asia: Understanding Variation.” Journal of Comparative Law. 3. (2008): 81-82.