รายงานการศึกษาวิจัย

"ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy)"

โดย
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

เสนอ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

เรื่อง

“ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy)”

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ
National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy).-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.
550 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. 2. ประชาธิปไตย. I. ชื่อเรื่อง.

342.593
ISBN 978-616-8033-54-8

ชื่อหนังสือ	ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy)
ปีที่พิมพ์	กรกฎาคม 2563
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 www.constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท แอคทีฟ พริ้นท์ จำกัด 9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310 โทร. 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951 E-mail: tanapress@gmail.com

คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง **"ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้"** สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจาก สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นผู้ศึกษาวิจัย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาค้นคว้ากรอบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Sustainable Democracy, Streitbare Demokratie) และได้ศึกษาหลักการดังกล่าวในต่างประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศได้สร้างกลไกในทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายเป็นเครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยไว้แตกต่างกัน จึงได้มีการศึกษากรณีศึกษา (Case Study) ที่ศาลได้นำเอาแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิ์พิทักษ์รัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีและผลกระทบทางการเมืองการปกครองทั้งในส่วนที่เป็นความสำเร็จและความล้มเหลว และได้มีการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของไทยและต่างประเทศ ประกอบด้วย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศแคนาดา ประเทศชิลี ประเทศตุรกี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส พร้อมทั้ง ศึกษาแนวทางการประยุกต์ใช้ที่เหมาะสมกับระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทย

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการรวมถึงเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านและหน่วยงานต่าง ๆ สามารถนำข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษาไปใช้ประโยชน์ทางวิชาการต่อไป

(นายเชาวนะ ไตรมาศ)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สารบัญ

หน้า

คำนำ ..... (1)

สารบัญ ..... (2)

บทที่ 1 บทนำ 1 1

1.1 หลักการและเหตุผล 1

1.2 วัตถุประสงค์ 10

1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน 10

1.4 ระเบียบวิธีวิจัย 12

1.5 ผลสัมฤทธิ์ที่คาดว่าจะได้รับ 12

1.6 ระยะเวลาการดำเนินการ 13

1.7 รายชื่อคณะผู้วิจัย 13

บทที่ 2 ข้อความคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตย" และ "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" 14

2.1 แนวคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตย" 14

2.1.1 แนวคิดประชาธิปไตยยุคกรีกโบราณ 14

2.1.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมของจอห์น ล้อค 17

2.1.3 แนวคิดประชาธิปไตยของมองเตสกิเออ 19

2.1.4 แนวคิดอำนาจอธิปไตยของปวงชนของรุสโซ 25

2.2 มิติในการพิจารณา "ประชาธิปไตย" 26

2.2.1 ประชาธิปไตยพิจารณาจากการแสดงเจตจำนงของประชาชน 26

2.2.1.1 ประชาธิปไตยทางตรง (die unmittelbare Demokratie) 26

2.2.1.2 ประชาธิปไตยโดยผู้แทนหรือประชาธิปไตยทางอ้อม (die mittelbare und repraesentative Demokratie) 29

หน้า

2.2.1.3 ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง 31
(parteienstaatliche Demokratie)
2.2.2 ประชาธิปไตยกับความเห็นชอบ 32
2.2.2.1 ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมาก 32
2.2.2.2 ประชาธิปไตยแบบฉันทามติ 32
2.2.3 ประชาธิปไตยกับรูปแบบของรัฐบาล 34
(form of government)
2.3 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) 37
กับ "ประชาธิปไตย"
2.3.1 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) 38
2.3.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการคุ้มครอง 48
หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
2.4 "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" 50
กับแนวคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้"

บทที่ 3 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของต่างประเทศ 57
3.1 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ใน 57
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
3.1.1 "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" ในฐานะกลไก 59
ในการไขความผิดพลาดในประวัติศาสตร์ยุคสาธารณรัฐไวมาร์
3.1.1.1 การอภิปรายเรื่องคุณค่าของ 60
ระบอบประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์
3.1.1.2 บทเรียนจากสาธารณรัฐไวมาร์ 67
3.1.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ 72
ภายใต้บังคับของกฎหมายพื้นฐาน
3.1.2.1 กฎหมายพื้นฐานในฐานะเครื่องแสดงออกถึง 72
"ประชาธิปไตยที่ยึดโยงกับคุณค่า"
(Wertgebundene Demikratie)

หน้า

3.1.2.2 "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบ 74
เสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitlich demokratische
Grundordnung) ในฐานะคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
3.1.2.3 กลไกต่าง ๆ ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ 75
ที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐาน
3.1.2.4 กลไกในกฎหมายอาญา..... 117
3.1.3 เครื่องมือในทางกฎหมายในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ 128
ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
3.1.3.1 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ..... 128
(Bundesverfassungsschutzgesetz) ในฐานะ
"กลไกในทางกฎหมาย" ในการทำให้บรรลุผล
ซึ่งหลักการในทางรัฐธรรมนูญเรื่อง"ประชาธิปไตย
ที่ปกป้องตนเองได้"
3.1.3.2 ปัญหาในทางรัฐธรรมนูญบางประการ 129
ในการจัดตั้ง "องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ"
(Ämter für Verfassungsschutz) ตามรัฐบัญญัติ
ว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ
(Bundesverfassungsschutzgesetz)
3.1.3.3 สถานะทางกฎหมายขององค์กร..... 131
พิทักษ์รัฐธรรมนูญ
3.1.3.4 "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรี 132
ประชาธิปไตย" ในฐานะแกนกลางของรัฐบัญญัติ
ว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)
3.1.3.5 ความหมายของ "ความพยายามในการล้มล้าง..... 133
การปกครองในระบอบประชาธิปไตย"
(Bestrebungen)

หน้า

3.1.3.6 อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ.....136
โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ “องค์กรสืบราชการลับ”
และ การควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว
3.1.3.7 ปัญหาเฉพาะเกี่ยวกับอำนาจขององค์กร.....147
พิทักษ์รัฐธรรมนูญและการคุ้มครองเสรีภาพ
ของพรรคการเมือง
3.1.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการ.....157
ป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมนี
3.1.4.1 สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญ.....157
เยอรมัน
3.1.4.2 พันธกิจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการ.....165
จำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญ
3.1.4.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ชั่งน้ำหนักระหว่าง.....168
หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้กับการ
คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางการเมือง
3.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศแคนาดา.....170
3.2.1 สภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญ 170
แห่งประเทศแคนาดา
3.2.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867.....171
3.2.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982.....174
3.2.2 เครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญ.....175
แห่งสหพันธรัฐแคนาดา
3.2.2.1 หลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด 175
ของรัฐธรรมนูญ
3.2.2.2 ระบบและกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ.....176
3.2.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการ.....181
ป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศแคนาดา

หน้า

3.3 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี 181
3.3.1 สภาพทางการเมืองของชิลี : ที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี 182
3.3.1.1 สาเหตุแห่งความขัดแย้ง 183
3.3.1.2 ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี 186
3.3.2 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ 192
3.3.3 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญชิลี 198
3.3.3.1 โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 198
3.3.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ 199
3.3.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศชิลี 206
3.4 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศรัฐตุรกี 207
3.4.1 สภาพทางการเมืองของตุรกี : ที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศตุรกี 208
3.4.2 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ 220
3.4.2.1 มาตรการป้องกันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐ 220
3.4.2.2 มาตรการและกลไกการยุบพรรคการเมือง 222
3.4.3 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ 225
3.4.3.1 โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 226
3.4.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ 228
3.4.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกลไกของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ 229

หน้า

3.4.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 229
3.4.4.2 การวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี 232
3.4.5 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศตุรกี 237
3.5 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส 239
3.5.1 สภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส 239
3.5.2 บทบัญญัติที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ 246
3.5.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ 1958 246
3.5.2.2 กฎหมายพรรคการเมือง 251
3.5.3 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส 262

บทที่ 4 “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย 264
4.1 แนวคิดเกี่ยวกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย 264
4.1.1 ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) 264
4.1.2 ช่วงหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) 268
4.2 ข้อความคิดว่าด้วย “หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ” และ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” 269

หน้า

4.2.1 หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ 269
4.2.2 หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข 275
4.3 การนำ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 282
4.3.1 การนำ "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) 282
4.3.1.1 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) 283
4.3.1.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) 290
4.3.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) 295
4.3.2.1 "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" ในฐานะคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ 296
4.3.2.2 กลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) 299
4.3.2.3 กลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 304
4.3.2.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) 312

หน้า

4.3.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ 332
4.3.3.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ 332
4.3.3.2 การพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยการคุ้มครองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ 334
4.3.3.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) 336
4.4 กลไกตามประมวลกฎหมายอาญา 342
4.5 "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" กับการบังคับใช้จริงในประเทศไทย 343
4.5.1 ช่วงปี พ.ศ. 2475 - 2499 344
4.5.2 ช่วงปี พ.ศ. 2500 - 2540 346
4.5.3 ช่วงปี พ.ศ. 2540 - ปัจจุบัน 348

บทที่ 5 บทวิเคราะห์ 351
5.1 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่างประเทศ 351
5.1.1 กลไกในระดับรัฐธรรมนูญ 351
5.1.2 กลไกระดับพระราชบัญญัติ 358
5.2 การใช้ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" ในประเทศไทย 363
5.2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการพื้นฐานหรือคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย" 363
5.2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย 364
5.2.3 ปัญหาการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ 368

หน้า

5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ 370
5.2.5 ปัญหาการรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ 370
กับแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการแสดง
เจตจำนงในการเข้าชื่อเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่
5.2.6 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกตามหลัก.....372
ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ
ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 กับการคุ้มครอง
สิทธิเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมือง
5.3 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับ 375
การรัฐประหารและกบฏ
5.3.1 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการยึดอำนาจและผู้ยึดอำนาจ 375
กุมอำนาจ “รัฏฐาธิปัตย์”
5.3.1.1 คำพิพากษาศาลฎีกา.....375
5.3.1.2 คำพิพากษาศาลปกครอง 389
5.3.1.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....399
5.3.2 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการเป็นกบฏ 416
5.3.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2857/2530 416
5.3.2.2 คดีกบฏสันติภาพ 418
5.3.2.3 คำพิพากษาศาลอาญา 422
หมายเลขแดงที่ 1295/2515
5.4 ปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดของการนำ 425
“หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” มาใช้ในระบบกฎหมายไทย
5.4.1 การรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองทุกครั้ง 426
จะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ.....
5.4.2 การรัฐประหารและการกระทำที่เป็นกบฏทุกครั้ง.....430
จะมีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมการกระทำให้ทุกครั้ง

หน้า

5.4.2.1 กรณีของการรัฐประหาร 430
5.4.2.2 กรณีของการเป็นกบฏ.....433
5.4.2.3 สถานะและผลของ “กฎหมายนิรโทษกรรม” 436
5.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับ “รัฏฐาธิปัตย์” อันสืบเนื่องมาจาก 440
การยึดอำนาจจากแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยของ
องค์กรตุลาการ
5.4.4 ข้อความคิดว่าด้วย “การปกครองในระบอบ 454
ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”
กับรัฐธรรมนูญตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้
5.5 ปัญหาที่เกี่ยวกับมาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญ.....462
ทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถปกป้องตนเองได้
5.5.1 มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย 462
5.5.2 มาตรการในการแก้วิกฤตทางการเมืองโดยกลไก 466
ของรัฐธรรมนูญเอง
5.6 การสร้างกลไกอื่นเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองการดำรงอยู่.....470
ของรัฐธรรมนูญ
5.7 ปัญหาที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ 474
แห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับปัญหาอุปสรรค
หรือกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทย

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....480
6.1 บทสรุป 480
6.2 ข้อเสนอแนะ 497
6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้การตีความ 497
บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ
6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการและกลไก 499
ของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

หน้า

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างคุณค่า ของประชาธิปไตยโดยพลเมือง 501

บรรณานุกรม 504

ภาษาไทย 504

ภาษาต่างประเทศ 508

ภาคผนวก 1

สรุปผลการสัมมนารับฟังความคิดเห็น 517

ร่างรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์

1) รายชื่อผู้เข้าร่วมสัมมนารับฟังความคิดเห็น 518

2) สรุปข้อเสนอแนะ 519

ภาคผนวกที่ 2

ตารางเปรียบเทียบกลไกของหลักประชาธิปไตย ที่ปกป้องตนเองได้ในแต่ละประเทศ 525

บทที่ 1
บทนำ

1.1 หลักการและเหตุผล

"ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" เป็นคำซึ่งแปลมาจากถ้อยคำภาษาเยอรมันว่า "Streitbare Demokratie" หรือตรงกับภาษาอังกฤษว่า "Militant Democracy" อันมีสาระสำคัญคือ รัฐเสรีประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีกลไกป้องกันตนเองจากภัยคุกคามที่จะทำให้รัฐมีรูปแบบการปกครองที่ไม่เป็นประชาธิปไตย หรือเป็นประชาธิปไตยน้อยลง เนื่องจากประชาธิปไตยมีโอกาสทำลายตัวเองเสมอ กล่าวคือ หากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยไม่ต้องการระบอบการปกครองนี้อีกต่อไปและมีเจตจำนงให้สถาปนาระบอบการปกครองอื่นที่ไม่เป็นประชาธิปไตยขึ้นมาแทนที่ ระบอบประชาธิปไตยย่อมต้องมีกลไกในการปกป้องตนเองได้ สามารถตอบโต้ ปราบปรามผู้ที่เป็นภัยคุกคามต่อการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตย อนึ่ง กลไกดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้จากการใช้อำนาจของสถาบันในรัฐธรรมนูญ เช่น ประมุขของรัฐ คณะรัฐบาล สภานิติบัญญัติตลอดจนประชาชนทั่วไป แต่เท่าที่ปรากฏเป็นรูปธรรมในประเทศต่างๆ เช่น เยอรมัน แคนาดา อิสราเอล ชิลี ได้มอบอำนาจในการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยไว้ให้แก่องค์กรตุลาการนำหลักการประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไปปฏิบัติโดยศาลมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าสิ่งใดเป็นภัยต่อการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตย

จากการสำรวจเบื้องต้นถึงวิวัฒนาการของหลักการดังกล่าว พอสรุปได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการจัดวางโครงสร้างรัฐธรรมนูญให้สามารถพิทักษ์ตนเองได้นั้นมีแม่แบบที่สำคัญมาจากกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีประสบการณ์อันเลวร้ายจากรัฐธรรมนูญในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ที่ระบอบนาซีได้เถลิงอำนาจโดยอาศัยกลไกตามรัฐธรรมนูญและตามระบอบประชาธิปไตยเพื่อทำลายแก่นของรัฐธรรมนูญเองอันเป็นสาระสำคัญของระบอบประชาธิปไตย รัฐบาลนาซีจึงสามารถสถาปนาระบอบเผด็จการได้ด้วยกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ Kart Loewenstein ซึ่งเป็นนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวเยอรมันที่ต้องลี้ภัยทางการเมืองจากระบอบนาซีไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา จึงได้พัฒนาแนวความคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy, Streitbare Demokratie)"

Loewenstein ได้เผยแพร่บทความหลายชุดที่แสดงความเห็นว่าระบอบประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีการรับมือและพร้อมต่อสู้กับศัตรูของประชาธิปไตยโดยต้องสร้างกลไกต่าง ๆ ที่จะเป็นไปเพื่อธำรงไว้ซึ่งคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยให้คงอยู่ และป้องกันระบอบประชาธิปไตยไม่ให้ถูกทำลายหรือกล่าวอีกนัยยะหนึ่งว่าเพื่อป้องกันมิให้มีการอาศัยกลไกสิทธิเสรีภาพหรือกระบวนการใช้อำนาจในระบอบประชาธิปไตยเองเพื่อทำลายระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ก็เพื่อไม่ให้เกิดปรากฏการณ์ประชาธิปไตยที่ทำลายตัวเองได้ขึ้นอีก อาจกล่าวได้ว่า Loewenstein เป็นผู้ให้กำเนิดหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ โดยชี้ให้เห็นถึงความอ่อนแอในระบอบประชาธิปไตย และชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนถึงปรากฏการณ์ในช่วงเวลานั้น กล่าวคือ แนวคิดลัทธิฟาสซิสต์ได้ใช้จุดอ่อนดังกล่าวโจมตีประชาธิปไตย จุดกำเนิดของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ก็คือการต่อต้านระบอบฟาสซิสต์ ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นประชาธิปไตยแบบสร้างป้อมปราการเพื่อป้องกันจุดอ่อนของตัวเองจากวิธีการเมืองอันโหดร้ายของระบอบฟาสซิสต์

ต่อมาข้อคิดของ Loewenstein ได้รับการพัฒนาและอธิบายขยายความโดย George van den Bergh นักทฤษฎีรัฐธรรมนูญชาวดัตช์ Van den Bergh อภิปรายอย่างจริงจังในประเด็นที่ว่ารัฐประชาธิปไตยมีความชอบธรรมในการจะรับมือกับพรรคการเมืองที่มุ่งทำลายประชาธิปไตยอย่างไร กล่าวคือ หากพรรคการเมืองใดมุ่งทำลายประชาธิปไตยโดยวิถีทางแห่งกฎหมายด้วยการลงสนามเลือกตั้งเพื่อให้ได้มาซึ่งเสียงข้างมากของรัฐสภาและดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญเปลี่ยนจากรัฐประชาธิปไตยไปเป็นรัฐซึ่งไม่เป็นประชาธิปไตย แม้ Van den Bergh จะยอมรับว่าสาระสำคัญของประชาธิปไตยคือการที่ทุกคนมีสิทธิที่จะโน้มน้าวความเชื่อและความคิดเห็นของประชาชนโดยประชาธิปไตยยอมรับคุณค่าต่าง ๆ อย่างเสมอภาคกัน แต่เขาก็ได้แสดงความเห็นว่าลักษณะสำคัญอีกประการของประชาธิปไตยก็คือความสามารถในการแก้ไขตนเองได้ หมายความว่าการตัดสินใจของประชาชนที่ได้ดำเนินการใด ๆ นั้นประชาชนย่อมเพิกถอนในภายหลังได้ การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงต้องเป็นรัฐที่อาจแก้ไขตนเองได้ตลอดเวลาเพราะหากไม่อนุญาตให้แก้ไขการตัดสินใจได้อีก จะนำไปสู่การทำลายเนื้อหาประการสำคัญของประชาธิปไตยลง จึงเป็นเหตุผลทางทฤษฎีอันอาจอธิบายถึงการจะห้ามดำเนินกิจการของพรรคการเมืองที่ต่อต้านประชาธิปไตยได้

อย่างไรก็ตาม หลักการประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ มีประเด็นที่ถือเป็นปัญหา (problems) และข้อขัดแย้ง (paradoxes) ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่[1]

1. แม้การปกครองระบอบประชาธิปไตยจะเป็นระบอบการปกครองที่มีความเสี่ยงระดับต่ำต่อการล่มสลายหรือถูกทำลาย เมื่อเทียบกับการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือระบอบเผด็จการ เนื่องจากระบอบประชาธิปไตยมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุล อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติกลับปรากฏว่าระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่สามารถทำลายตัวเองได้ด้วยวิธีการและกระบวนการของระบอบประชาธิปไตยเอง

2. ระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบการปกครองที่มีวิธีการและกระบวนการซึ่งเอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มคนผู้เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตย และกลุ่มคนดังกล่าวยังสามารถใช้วิธีการและกระบวนการของระบอบประชาธิปไตยทำลายตัวระบอบประชาธิปไตยได้อีกด้วย เช่น กรณีฮิตเลอร์ที่เข้าสู่อำนาจด้วยวิธีการและกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งผลจากสภาพปัญหาดังกล่าวของระบอบประชาธิปไตยได้นำไปสู่คำถามที่เกี่ยวข้อง 2 ประการ คือ

2.1 อะไรคือความหมายที่แท้จริงของระบอบประชาธิปไตย และ

2.2 การโต้แย้ง (debate) ซึ่งเป็นวิธีการที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตยมีผลทำให้ระบอบประชาธิปไตยแปรสภาพจากระบอบการปกครองที่ให้ความสำคัญกับนักกฎหมาย เป็นระบอบการปกครองที่ให้ความสำคัญกับความชอบธรรมหรือความไม่ชอบธรรมของการโต้แย้งกันหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ว่าการโต้แย้งกันจะมีความชอบธรรมหรือไม่ กิจกรรมดังกล่าวล้วนมีผลให้เกิดความไม่แน่นอนในเชิงความเป็นสถาบันของระบอบประชาธิปไตย (Institutionalized uncertainty) ทั้งสิ้น

3. ความพยายามในการปกป้องระบอบประชาธิปไตย มีผลทำลายระบอบประชาธิปไตยเสียเอง โดยเมื่อพิจารณาจากการดำเนินการของรัฐบาลในประเทศต่าง ๆ จะพบว่าความพยายามในการโต้ตอบกับผู้เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยได้ทำให้รัฐบาลต่าง ๆ กระทำการในลักษณะเดียวกับผู้เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยเสียเอง

---

[1] Jan-Werner Müller, “Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy”. Annual Review of Political Science (Vol. 19, 2016): p.249-265.

นอกจากนี้ ระบอบประชาธิปไตยยังมีความเสี่ยงที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ กลไกในการปกป้องระบอบประชาธิปไตยนั้น โดยทั่วไปแล้วย่อมได้แก่ กลไกภายใต้กระบวนการทางการเมืองปกติ เนื่องจากระบอบประชาธิปไตยไม่ยอมรับกลไกพิเศษใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นที่กลไกพิเศษทางการเมืองหรือกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เมื่อกลไกปกติทางการเมืองไม่สามารถปกป้องระบอบประชาธิปไตยได้ ก็จะไม่มีกลไกอื่นที่จะสามารถทำหน้าที่ดังกล่าวได้ และส่งผลให้ระบอบประชาธิปไตยเสี่ยงต่อการกลายสภาพเป็นระบอบอำนาจนิยมในท้ายที่สุด

แม้ว่าหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จะเป็นหลักการที่มีลักษณะนามธรรม แต่การสร้างความเป็นรูปธรรมให้แก่หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ก็สามารถดำเนินการได้โดยศึกษาพิจารณาจากแนวคิดทางศีลธรรม การเมือง และสถาบันทางกฎหมายซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยการศึกษาพิจารณาดังกล่าวจะต้องให้ความสำคัญกับการตอบปัญหาสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* หลักการและเหตุผลประการใดที่ควรใช้เป็นข้อพิจารณาตัดสินความชอบธรรมของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ *ประการที่สอง* มาตรการใดของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (เช่น การยุบพรรคการเมือง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น) ที่สมควรนำมาปรับใช้แก่กรณีปัญหาได้อย่างถูกต้องเหมาะสม และ *ประการที่สาม* องค์กรหรือสถาบันใดที่ควรมีหน้าที่และอำนาจในการปรับใช้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการริเริ่มนำหลัก “ระบอบประชาธิปไตยที่ปกป้องตัวเองได้” ที่เรียกว่า “streitbare Demokratie” หรือความคิดว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนประกันกระบวนการประชาธิปไตยเอาไว้นั้น สิทธิเสรีภาพและกระบวนการประชาธิปไตย ต้องไม่กลายเป็นอาวุธ คือ ไม่ถูกนำมาใช้มาทำลายรัฐธรรมนูญเสียเอง เช่น การจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อลงสมัครรับเลือกตั้งในระบอบรัฐสภา ต้องไม่ใช่การรณรงค์เพื่อทำลายระบบรัฐสภา หรือรณรงค์เพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ หรือการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในการชุมนุม ต้องไม่ใช้เพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง หนึ่งในกลไกที่ถูกพัฒนาขึ้นมาภายใต้แนวความคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตัวเองได้ ก็คือ กลไก “การประกาศ

การสูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน” กรณีที่มีการใช้สิทธิเสรีภาพไปในทางที่ผิด ตามบัญญัติไว้ในมาตรา 18 แห่งกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บัญญัติไว้ว่า *“ผู้ใดใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในทางที่ผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของสื่อมวลชน (มาตรา 5 (1)) เสรีภาพในการสอน (มาตรา 5 (3)) เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 8) เสรีภาพในการสมาคม (มาตรา 9) สิทธิส่วนบุคคลในการติดต่อทางจดหมายไปรษณีย์และโทรคมนาคม (มาตรา 10) สิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 14) หรือสิทธิในการลี้ภัย (มาตรา 16 (ก)) เพื่อต่อต้านระบอบพื้นฐานเสรีประชาธิปไตย ต้องสูญเสียสิทธิพื้นฐานเหล่านั้น ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเป็นผู้ประกาศการสูญเสียสิทธิและขอบเขตแห่งการสูญเสียสิทธินั้น* การยุบหรือการห้ามการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองนั้นถือเป็นอีกกลไกหนึ่งที่สำคัญของ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตัวเองได้” (Militant Democracy, streitbare Demokratie) โดยแม่แบบที่สำคัญของรัฐธรรมนูญหลายประเทศมาจากมาตรา 21 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“พรรคการเมืองซึ่งมีเป้าหมายหรือมีพฤติการณ์ของผู้สนับสนุนอันจะทำลายหรือล้มล้างระเบียบพื้นฐานทางเสรีประชาธิปไตย หรือเป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์”*

ในเยอรมันมีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการทำงานร่วมกันของสหพันธ์และมลรัฐในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและสำนักงานแห่งสหพันธ์เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ” (Gesetz ueber die Zusammenarbeit des Bundes und der Laender in Angelegenheit des Verfassungs-schutzes und ueber das Bundesamt fuer Verfassungsschutz) หรือเรียกโดยย่อว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองรัฐธรรมนูญสหพันธ์” (Bundesverfassungsschutzesgesetz - BVerfSchG) รัฐบัญญัติฉบับนี้ประกาศ ใช้บังคับเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 1990 โดยกฎหมายมีทั้งหมด 27 มาตรา แบ่งสาระสำคัญออกเป็น 4 หมวด ดังนี้ หมวด 1 การทำงานร่วมกัน, ภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 1 - มาตรา 7) หมวด 2 สำนักงานแห่งสหพันธ์เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 8 - มาตรา 16) หมวด 3 บทบัญญัติว่าด้วยการสืบค้นข้อมูล (มาตรา 17 - มาตรา 26) และหมวด 4 บทสุดท้าย (มาตรา 27) โดยมีสาระสำคัญโดยสรุปเฉพาะหมวดที่ 1 ดังนี้

หมวด 1 การทำงานร่วมกัน, ภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 1 - มาตรา 7) มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1) หน้าที่ในการทำงานร่วมกัน (มาตรา 1) การคุ้มครองรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย การดำรงอยู่และความมั่นคงของสหพันธรัฐและบรรดามลรัฐทั้งหลาย โดยสหพันธรัฐและมลรัฐต่างมีหน้าที่ในการทำงานร่วมกันในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญการทำงานร่วมกัน หมายถึงการสนับสนุนและการช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐ

2) เจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 2) โดยให้มีสำนักงานแห่งสหพันธ์เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญเป็นเจ้าหน้าที่ของสหพันธ์ โดยเป็นหน่วยงานอยู่ในกระทรวงมหาดไทย ส่วนของมลรัฐให้มีเจ้าหน้าที่ในระดับมลรัฐเพื่อการทำงานร่วมกับสหพันธรัฐ

3) ภาระหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 3) คือ ก. การรวบรวมข้อมูลและประเมินข้อมูลดังกล่าว โดยเฉพาะข้อมูลที่เกี่ยวกับบุคคลและสิ่งของ รวมทั้งข่าวสารหรือเอกสารที่เกี่ยวกับความพยายามที่มีความมุ่งหมายเพื่อคัดค้านหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย หรือที่เกี่ยวการดำรงอยู่หรือความมั่นคงของสหพันธ์และมลรัฐ หรือการดำเนินการเพื่อทำให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์หรือของมลรัฐ ข. โดยเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบบุคคล โดยการตรวจสอบดังกล่าวให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการตรวจสอบเพื่อความมั่นคง

4) คำนิยามของรัฐบัญญัติฉบับนี้ ได้ให้คำนิยามที่สำคัญไว้ 4 คำ (มาตรา 4) ดังนี้

ก. "ความพยายามในการต่อต้านการดำรงอยู่สหพันธ์และมลรัฐ" ข. "ความพยายามในการต่อต้านความมั่นคงของสหพันธ์และของมลรัฐ" ค. ความพยายามในการต่อต้านหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย" และ ง. "หลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย" ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ ดังนี้ ง.1) สิทธิของประชาชนในการใช้อำนาจอธิปไตยผ่านองค์กรของรัฐ และผู้แทนของปวงชนซึ่งมาจากการเลือกตั้งตามหลักเลือกตั้งทั่วไป โดยตรง โดยอิสระ โดยเสมอภาค และโดยลับ ง.2) หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ง.3) สิทธิของฝ่ายค้านในรัฐสภา ง.4) หลักความสามารถปรับเปลี่ยน

ได้ของฝ่ายบริหารและหลักความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารต่อผู้แทนของประชาชน ง.5) หลักความอิสระของศาล ง.6) หลักข้อห้ามการปกครองโดยอำนาจและการปกครองโดยอำเภอใจ และ ง.7) หลักสิทธิมนุษยชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

5) ขอบเขตของอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (มาตรา 5) โดยเจ้าหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐจะทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูล ข่าวสาร และเอกสารต่าง ๆ และประเมินข้อมูลต่าง ๆ ดังกล่าวและส่งต่อให้สำนักงานแห่งสหพันธ์เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ

สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญนานาประเทศ ตัวอย่างหนึ่งที่เป็นแนวทางหรือแม่แบบในการนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ก็คือ มาตรา 20 วรรคสี่ แห่งกฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติไว้ว่า *“ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิในการต่อต้านขัดขืนบุคคลใดก็ตามที่กระทำการเพื่อล้มล้างระบอบ (รัฐธรรมนูญ) นี้ หาหนทางในการปัดป้องด้วยวิธีการอื่นไม่สามารถเป็นไปได้”*

แนวคิดเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้ถูกนำเข้ามาบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยครั้งแรกคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 ซึ่งบัญญัติว่า

> *“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ*
>
> *การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก* และมาตรา 65 ซึ่งบัญญัติว่า
>
> *“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมการจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้*

การจัดองค์กรภายใน การดำเนินกิจการ และข้อบังคับของพรรคการเมือง ต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองตามจำนวนที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งเห็นว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้น จะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ให้มติหรือข้อบังคับนั้นเป็นอันยกเลิกไป”

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ก็ได้นำหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 68 ว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการ บริหารของพรรคการเมือง

ที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว”

มาตรา 69 บัญญัติว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้”

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ก็ยังคงบัญญัติถึงกลไกของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไว้ใน มาตรา 49 ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้

ผู้ใดทราบว่ามีการกระทำตามวรรคหนึ่ง ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้

การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการตามวรรคหนึ่ง”

จึงสรุปได้ว่าแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ หรือแนวคิดเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับจากรัฐธรรมนูญไทยสืบมาถึง 3 ฉบับ

ดังที่ปรากฏข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรซึ่งรัฐธรรมนูญไทยได้มอบอำนาจและกลไกในการป้องกันตนเองของระบอบประชาธิปไตยหรือการพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้ให้สามารถระงับยับยั้งการกระทำที่จะนำไปสู่การทำลายระบอบประชาธิปไตยได้ และตลอดช่วงการใช้บังคับรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับปีพุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญหลายคดี หลายคำวินิจฉัยก็มีข้อวิพากษ์วิจารณ์เชิงวิชาการกฎหมาย คณะผู้วิจัยจึงเห็นว่ามีความจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและหลักการของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญ

ของต่างประเทศอันเป็นแม่แบบของกลไกสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของไทยได้นำเข้ามานั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในขอบเขตและเนื้อหาสาระของหลักการดังกล่าวยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์

1) เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของต่างประเทศและของประเทศไทย

2) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 มาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 68 มาตรา 69 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 49

3) เพื่อศึกษากรณีศึกษา (Case study) ที่ศาลได้นำเอาแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีและผลกระทบทางการเมืองการปกครองทั้งในส่วนที่เป็นความสำเร็จและความล้มเหลวทั้งในกรณีของต่างประเทศและประเทศไทย

4) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของต่างประเทศและของประเทศไทย พร้อมทั้งศึกษาหาแนวทางการประยุกต์ใช้ที่เหมาะสมกับระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทย

1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน

1) ศึกษาให้เห็นถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการของแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในต่างประเทศ 5 ประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา ชิลี ตุรกี และประเทศฝรั่งเศส โดยนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทย รวมทั้งการเสนอแนะแนวทางที่เป็นรูปธรรมในการสร้างประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองในส่วนที่เกี่ยวกับ (1) หลักการและเหตุผลในการสร้างความชอบธรรม (2) มาตรการ และ (3) องค์กรสถาบันที่มีอำนาจหน้าที่ในการสนับสนุนการบรรลุเป้าหมายการสร้างประชาธิปไตยที่ป้องกันตนเองได้ที่เหมาะสมกับประเทศไทย

2) รวบรวมแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวกับการกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตย โดยนำเสนอว่าในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีระบบการให้องค์กรตุลาการเข้ามามีบทบาทในการปกป้องประชาธิปไตยและ

พิทักษ์รัฐธรรมนูญอย่างไร การกระทำในลักษณะใดที่ถือว่าเป็นทำลายประชาธิปไตยในแต่ละประเทศ ตลอดจนข้อโต้แย้งและวิพากษ์วิจารณ์ในทางวิชาการ พร้อมทั้งสามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ โดยยกตัวอย่างกรณีคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญประกอบ

3) โดยศึกษาจากเอกสาร ตำราและงานวิจัย ดังนี้

1.1) ศึกษาจากงานวิจัยเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ได้ศึกษาไว้แล้วในประเด็นต่าง ๆ

1.2) ศึกษาหลักพื้นฐานในทางทฤษฎี หลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

1.3) ศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศ

4) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 มาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 68 มาตรา 69 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 49 เพื่อให้เห็นถึงที่มาของแนวคิดในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

5) ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดในการใช้กลไกในการปกป้องตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ

6) ศึกษากรณีศึกษา (Case study) ที่ศาลได้นำเอาแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีและผลกระทบทางการเมืองการปกครองทั้งในส่วนที่เป็นความสำเร็จและความล้มเหลวทั้งกรณีของต่างประเทศและของประเทศไทย โดยมีประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา ชิลี ตุรกีและประเทศฝรั่งเศส โดยนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทย

7) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เห็นถึงแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญทั้งของต่างประเทศและของประเทศไทย โดยมีประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา ชิลี ตุรกีและประเทศฝรั่งเศส โดยนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทย พร้อมทั้งศึกษาหาแนวทางการประยุกต์ใช้ที่เหมาะสมกับระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทย ศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดในการใช้กลไกในการปกป้องตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ

8) จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษาเพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย และจัดหาผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ พิจารณาให้ความเห็นร่างรายงานการศึกษาที่ผ่านการประชุมหรือสัมมนา เพื่อนำความเห็นดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาร่างรายงานการศึกษาก่อนเสนอให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา

9) หลังจากเสร็จสิ้นโครงการ นำผลการวิจัยเผยแพร่ในวารสารวิชาการและสื่ออิเล็กทรอนิกส์

1.4 ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาวิเคราะห์จากเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคำพิพากษาศาลปกครอง ตลอดจนเอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) ได้แก่ ตำรา รายงานการวิจัย บทความทางวิชาการและวิทยานิพนธ์ทั้งที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในรูปแบบของเอกสารและสื่ออิเล็กทรอนิกส์สารสนเทศ (Internet) ที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวข้องกับประเด็นของการศึกษาวิจัยนี้แล้วนำมาวิเคราะห์เพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.5 ผลสัมฤทธิ์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

2) หน่วยงานของรัฐและเอกชน สถาบันการศึกษา และประชาชนทั่วไป สามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นประโยชน์หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยขั้นต่อไป

3) ทำให้ทราบถึงกลไกการพัฒนา และผลกระทบของการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญและมีฐานรองรับความน่าเชื่อถือเป็นไปตามหลักวิชา

4) ใช้เป็นแนวทางในการศึกษาต่อยอดทางวิชาการต่อไป

1.6 ระยะเวลาการดำเนินการ

12 เดือน นับจากวันที่ลงนามในสัญญาจ้าง (29 กันยายน 2561) ทั้งนี้ ให้รวมเวลาที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการตรวจรับรายงานการศึกษาวิจัยในแต่ละขั้นตอนและระยะเวลาที่ที่ปรึกษาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรวมเป็นระยะเวลาของที่ปรึกษาด้วย

1.7 รายชื่อคณะผู้วิจัย

1) ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ	หัวหน้าโครงการ
2) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์	นักวิจัย
3) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร	นักวิจัย
4) อาจารย์ ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์	นักวิจัย

บทที่ 2

ข้อความคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตย" และ "ประชาธิปไตยที่ปกป้องที่ปกป้องตนเองได้"

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยประชาธิปไตยและประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ โดยจะได้นำเสนอแนวคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตย (2.1) มิติในการพิจารณา "ประชาธิปไตย" (2.2) ซึ่งนำเสนอมุมมองของ "ประชาธิปไตย" ในมิติต่าง ๆ ทั้งการพิจารณาจากการแสดงเจตจำนงของประชาชน ความเชื่อมโยงกับหลักความเห็นชอบ และประชาธิปไตยในรูปแบบรัฐบาลในแต่ละรูปแบบ และได้ศึกษาแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) กับ "ประชาธิปไตย" (2.3) และ "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" กับแนวคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" (2.4) โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 แนวคิดว่าด้วย "ประชาธิปไตย"

การศึกษาแนวคิดว่าด้วยประชาธิปไตยในที่นี้ศึกษาจากแนวคิดประชาธิปไตยยุคกรีกโบราณ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมของ จอห์น ล้อค แนวคิดประชาธิปไตยของมองเตสกิเออ และแนวคิดอำนาจอธิปไตยของปวงชนของรุสโซ

2.1.1 แนวคิดประชาธิปไตยยุคกรีกโบราณ

"ประชาธิปไตย" เป็นรูปแบบของรัฐรูปแบบหนึ่ง ตามที่อริสโตเติลกล่าวไว้ในหนังสือ "Politik" ซึ่งเป็นหนังสือปรากฏออกมาในช่วงระหว่างปี 345 - 325 ก่อนคริสต์ศักราช การให้ความหมายของประชาธิปไตยในยุคของอริสโตเติลมิได้มีความมุ่งหมายเฉพาะกับการกำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น หากแต่มีความมุ่งหมายต่อความเป็นจริงของการปกครองของรัฐ อริสโตเติลให้ความหมายของประชาธิปไตยทั้งในลักษณะของการอธิบายความและใช้ในลักษณะของการวิเคราะห์ ความมุ่งหมายของอริสโตเติลนั้นมุ่งหมายเพื่อค้นหาลักษณะการปกครองของรัฐที่ดีที่สุดหรืออย่างน้อยเป็นระบอบการปกครองที่สามารถเป็นไปได้และอยู่ในความหมายของรัฐที่ดี ซึ่งเป็นรัฐที่ดำรงอยู่เพื่อความผาสุกของพลเมือง การค้นหารูปแบบของรัฐที่ดีวางอยู่บนพื้นฐานของการเปรียบเทียบของประชาธิปไตยกับรูปแบบอื่น ๆ ของระบบการปกครองในยุคกรีกโบราณ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปแบบการปกครองของผู้ปกครองคนเดียว (ราชาธิปไตย) ระบบ

การปกครองโดยคณะบุคคล ส่วนการปกครองโดยประชาชนซึ่งเป็นการปกครองในประเทศกรีกโบราณ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมืองเอเธนส์จนถึงช่วงการปกครองของแมคคาโดเนีย ในเมืองเอเธนส์โครงสร้างการปกครองเป็นแบบประชาธิปไตยซึ่งเป็นการปกครองโดยประชาชน ประชาธิปไตยแบบเอเธนส์ประกอบด้วย 4 เสาหลัก[2] **เสาแรก** คือ ที่ประชุมร่วมของสภาประชาชน (Ekklesia) ซึ่งจะประชุมประมาณ 40 ครั้งต่อปี โดยมีอำนาจในการตัดสินใจเรื่องที่มีความสำคัญที่เกี่ยวกับประชาชนโดยรวม **เสาที่สอง** สภาห้าร้อย (Phylen) ซึ่งเป็นสถาบันที่ประกอบด้วยจำนวนพลเมืองที่แบ่งตามเขตการปกครองทางภูมิศาสตร์ โดยมีภาระหน้าที่ที่สำคัญคือการเตรียมการตามญัตติของที่ประชุมสภาประชาชนและกำหนดวาระการประชุมสภาประชาชนและทำหน้าที่ร่วมกับฝ่ายบริหารในการดำเนินการ **เสาที่สาม** ข้าราชการ ซึ่งเลือกมาจากผู้นำในทางการเมือง ทางทหาร ทางศาสนา ทางวัฒนธรรม และทางปกครอง **เสาที่สี่** ศาลซึ่งเป็น “ศาลประชาชน” โดยประกอบด้วยบุคคลธรรมดาที่ได้รับเลือกให้ทำหน้าที่ในการตัดสิน ประชาธิปไตยทางตรงจึงเป็นเครื่องหมายของเมืองเอเธนส์ที่เป็นการปกครองโดยพลเมืองโดยการสร้างองค์กรในทางออกกฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตัดสินคดีความ

สำหรับความหมายของประชาธิปไตยตามความหมายของอริสโตเติลนั้น ประชาธิปไตยแตกต่างไปจากระบอบการปกครองโดยคนคนเดียว การปกครองโดยคณะบุคคลแต่สาระสำคัญของระบอบประชาธิปไตยตามความเห็นของอริสโตเติล ระบอบประชาธิปไตยหมายถึง ระบอบการปกครองที่เสียงของประชาชนส่วนใหญ่เป็นฝ่ายข้างมากที่มีอำนาจปกครองและเสียงข้างมากดังกล่าวจะทำเพียงเพื่อประโยชน์ของตนเท่านั้น ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่มีอิสระย่อมมีสถานะเป็น “พลเมือง” ของเมือง บุคคลเหล่านี้มีความเป็นอิสระที่จะกำหนดความเป็นไปของตนได้ ซึ่งแตกต่างไปจากบุคคลซึ่งไม่มีความอิสระ เช่น ทาสในยุคกรีกโบราณ พลเมืองเหล่านั้นถือว่าเป็นกลุ่มคนส่วนใหญ่ของสังคมที่แตกต่างไปจากกลุ่มชนชั้นนำของสังคมซึ่งเป็นคนส่วนน้อย ในปัจจุบันบุคคลเหล่านี้ย่อมหมายถึงประชาชนทั่วไปนั้นเอง แต่โดยที่พลเมืองส่วนใหญ่เหล่านี้มีความเท่าเทียมทางการเมืองกับพลเมืองทั้งหลาย เท่าเทียมกับบรรดาชนชั้นนำของสังคม

---

[2] Manfred G. Schmidt, Demokratietheorie, 4. Aufl., VS Verlag 2008, p.27

ดังนั้น พลเมืองทั่วไปเหล่านี้ย่อมถือว่าเป็นเสียงข้างมากของสังคม พลเมืองทั่วไปเหล่านี้ได้แก่ ชาวนา, ช่างฝีมือ, พ่อค้า, กรรมกร และทหาร แต่อย่างไรก็ตาม จำนวนพลเมืองที่มีอิสระเหล่านี้เป็นเพียงส่วนน้อยของประชากรทั้งหมด ส่วนคนอีกกลุ่มหนึ่งที่มีจำนวนมากคือพวกทาส, คนต่างด้าว นอกจากยังบรรดาผู้หญิงทั้งหลาย บุคคลเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นพลเมืองที่มีสิทธิในการปกครองแต่อย่างใด ดังนั้น พลเมืองที่มีสิทธิในการปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการเป็นพลเมืองของเอเธนส์ในช่วง 451-450 ปีก่อนคริสต์ศักราช จึงหมายถึงเฉพาะผู้ที่มีความสามารถในการรบที่ได้สัญชาติโดยพลเมืองดังกล่าวหมายถึงผู้ชายที่เกิดมาจากครอบครัวที่มีพ่อและแม่มาจากครอบครัวของชาวเอเธนส์ พลเมืองเหล่านี้จึงเป็นบุคคลที่ครอบครองอำนาจการปกครอง ซึ่งหมายถึง ความเหนือกว่าอำนาจการปกครอง และการใช้อำนาจในความเป็นพลเมืองในที่ประชุมของสภาประชาชนและในศาลซึ่งท้ายที่สุดแล้วการใช้ประโยชน์จากอำนาจการปกครองดังกล่าวย่อมหมายถึง การใช้อำนาจซึ่งมิได้ใช้เพื่อผลประโยชน์โดยรวมของประชาชน หากแต่ใช้เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง[3]

นอกจากนี้ เสรีภาพที่เท่าเทียมกันของบุคคลย่อมเป็นเงื่อนไขสำคัญของประชาธิปไตย เสรีภาพจึงเป็นสัญลักษณ์ประการแรกของประชาธิปไตย ประชาธิปไตยจะมีอยู่เมื่อบุคคลเป็นทั้งผู้สั่งการและเป็นผู้ต้องเชื่อฟังคำสั่ง โดยมีสิทธิในการออกเสียงโดยคะแนนเสียงที่เท่ากันและตัดสินโดยหลักเสียงข้างมากและถือปฏิบัติตามมติดังกล่าว สัญลักษณ์ประการที่สองของประชาธิปไตยคือ บุคคลทุกคนอยู่ดำรงอยู่ตามความประสงค์ของแต่ละบุคคล ซึ่งแตกต่างไปจากสภาวะที่ไร้เสรีภาพบุคคลดำรงชีพแม้ไม่เป็นไปตามความประสงค์ของตนจากหลักเสรีภาพดังกล่าวจึงก่อให้เกิดลักษณะเฉพาะของประชาธิปไตย การได้รับตำแหน่งของรัฐเป็นไปโดยการจับสลากหรือการเลือก การเข้าไปมีส่วนร่วมของคนจำนวนมากในการตรากฎหมาย การบริหารประเทศ และการพิพากษาคดีนั้น การมอบหมายภาระหน้าที่ดังกล่าวเป็นไปตามหลักหมุนเวียนกันในการปฏิบัติงานโดยมีวาระในการปฏิบัติงานที่สั้น โดยมีค่าตอบแทนการปฏิบัติงานสำหรับตำแหน่งการบริหาร ตำแหน่งในศาล และการทำหน้าที่ในการสภาประชาชนซึ่งคนที่ยากจนก็ย่อมเข้าไปมีส่วนร่วมดังกล่าวได้ ความแปลกของประชาธิปไตยในทัศนะของอริสโตเติลคือ

---

[3] Ibid, p.29

การมีสิทธิของบุคคลเหล่านั้นมิได้เกี่ยวโยงกับที่มาในทางเชื้อสาย การครอบครองทรัพย์สินและการศึกษา แต่พลเมืองทุกคนมีสิทธิเท่ากันโดยไม่แยกคนยากดีมีจน พลเมืองที่มีสิทธิดังกล่าวซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ยากไร้จึงกลายเป็นมีอำนาจอธิปไตยในฐานะผู้มีสิทธิออกเสียง ลักษณะดังกล่าวในทัศนะของอริสโตเติลเป็นลักษณะที่ปรากฏออกมาจากการปกครองแบบประชาธิปไตย อริสโตเติลเห็นว่าลักษณะการปกครองดังกล่าวเป็นพัฒนาแนวคิดพื้นฐานของประชาธิปไตยที่เกิดขึ้นในเอเธนส์ในช่วง 500-400 ปีก่อนคริสต์ศักราช

2.1.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีนิยมของจอห์น ล้อค

จากหนังสือ Two Treatises of Civil Government ล้อคได้วางหลักการพื้นฐานของการปกครองที่มีความชอบธรรมและทำให้ไม่เกิดระบบอำนาจนิยม หลักการปกครองที่ได้รับการพัฒนาดังกล่าวเป็นระบบการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่การปกครองโดยระบบอำนาจนิยม โดยล้อคเรียกว่าแนวคิดการปกครองที่มีความชอบธรรมต่อพลเมืองที่มีความอิสระ เสรีภาพและเท่าเทียมกัน โดยการปกครองดังกล่าวนั้นมีเหตุผลมาจากรัฐธรรมนูญ สิทธิในกรรมสิทธิ์ และสิทธิตามธรรมชาติ โดยล้อคได้วิพากษ์การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างรุนแรง ในการวิพากษ์ดังกล่าวและจากแนวคิดการปกครองโดยกฎหมายของล้อคมิได้พิจารณาเฉพาะการทำให้เกิดความเชื่อมั่นในทางการเมืองเท่านั้น หากแต่ได้วางหลักการอย่างลึกซึ้งในเรื่องทางศาสนาด้วย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นรากฐานของความคิดที่ว่า “มนุษย์เป็นประดิษฐกรรมของพระเจ้า” การวิพากษ์การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และข้อเสนอของการปกครองอย่างเสรีถือว่าเป็นเนื้อส่วนใหญ่ของหนังสือ Two Treatises of Civil Government ในส่วนแรกนั้นเป็นการตั้งคำถามถึงความชอบธรรมของการปกครองแบบสมบูรณาญา-สิทธิราชย์ ความมุ่งหมายในการวิพากษ์ของล้อคนั้นมิได้มุ่งหมายไปที่ฮอบส์ หากแต่มุ่งหมายไปที่ โรเบิรต์ ฟิล์มเมอร์ส (Robert Filmers) โดยโรเบิรต์ ฟิล์มเมอร์สมีแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองแบบพ่อปกครองลูก โดยเห็นว่ากษัตริย์ได้อำนาจในการปกครองมาจากพระเจ้าและเห็นว่าในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นมีระเบียบการปกครองที่มีความชอบธรรมเพียงหนึ่งเดียว แนวคิดของระบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูกของโรเบิรต์ ฟิล์มเมอร์สเป็นภาพสะท้อนสังคมเกษตรกรรมในขณะนั้น ดังนั้นแนวคิดของฟิล์มเมอร์สจึงมีอิทธิพลในทางการเมือง โดยแนวคิด

ของฟิล์มเมอร์สได้ให้เหตุผลการปกครองโดยกษัตริย์เป็น “เทวสิทธิราชย์” (divine right of king) ซึ่งถือว่ากษัตริย์ทรงเป็นผู้ได้รับอำนาจโดยตรงมาจากพระเจ้า ในขณะที่ล้อคปฏิเสธแนวคิดทางการเมืองของอำนาจปกครองที่ได้มาจากพระเจ้า โดยล้อคมีแนวคิดเช่นเดียวกับฮอบส์ โดยเห็นว่าความชอบธรรมของผู้ปกครองนั้นมีพื้นฐานมาจากสัญญาประชาคม หนังสือ Two Treatises of Civil Government ของล้อคมีส่วนที่ว่าด้วยการต่อต้านคัดค้านระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งในด้านหนึ่งโต้แย้งคัดค้านระบบการสืบสายโลหิตของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในอีกด้านหนึ่งกล่าวถึงทฤษฎีสังคมและรัฐที่มีพื้นฐานมาจากสภาพธรรมชาติ ซึ่งแนวคิดเหล่านี้จะเป็นพื้นฐานของลัทธิเสรีนิยมในเวลาต่อมา ซึ่งมีอิทธิพลอย่างสำคัญต่อแนวคิดประชาธิปไตยและทฤษฎีประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเสรีภาพ ความเสมอภาคของมนุษย์และสิทธิของปัจเจกบุคคลเหนือกรรมสิทธิ์ ภายใต้ข้อความคิดดังกล่าวในความหมายอย่างแคบ ล้อค หมายถึง สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน ในความหมายอย่างกว้างหมายถึง ชีวิต เสรีภาพ และที่ดิน นอกจากนี้ยังรวมถึง เสรีภาพในความเชื่อ ความเหนือกว่าของสังคมต่อการเมือง และการปกครองโดยกฎหมาย นอกจากนี้ยังจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และการมีสิทธิในการต่อต้านของพลเมืองต่อรัฐบาลที่ขาดความธรรมในการปกครอง และพื้นฐานของความยินยอมของประชาชน (government by consent) จากแนวคิดดังกล่าวถือว่า ล้อคเป็น “บิดาของแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ” คนหนึ่ง และเป็นผู้เสนอแนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของปวงชน[4]

“อำนาจปกครองที่ชอบธรรม” จึงเท่ากับ “อำนาจ” + “กฎหมาย” + “ความยินยอม” รูปแบบของรัฐบาลในความเห็นของล้อคย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องมีฐานมาจากประชาชน ประเด็นนี้ถือว่าเป็นสาระสำคัญของประชาธิปไตยแบบดั้งเดิมในทฤษฎีของล้อค ท้ายที่สุดเสียงข้างมากของประชาชนจะเป็นการสร้างรูปแบบของรัฐ (die Staatsform) โดยเสียงข้างมากของประชาชนเห็นด้วยกับประชาธิปไตย ราชาธิปไตย หรือคณาธิปไตย ตามความเห็นของล้อค ประเด็นสำคัญขึ้นอยู่กับว่า ผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจได้ใช้อำนาจในขอบเขต

---

[4] Manfred G. Schmidt, Demokratietheorie, 4. Aufl., VS Verlag 2008, p.59

ของปทัสถานของผู้ปกครองเพื่อวัตถุประสงค์ของสังคมโดยรวมเพียงใด หากผู้ปกครองได้ใช้อำนาจในขอบเขตดังกล่าวและเคารพในสิทธิของพลเมือง กรณีนี้ย่อมถือว่าเป็นอำนาจรัฐที่ชอบธรรม อำนาจรัฐที่ชอบธรรมก็คือ อำนาจที่บวกด้วยความชอบธรรม ท้ายที่สุดแล้วอำนาจรัฐย่อมต้องการความยินยอมจากประชาชน ซึ่งเป็นความยินยอมของเสียงข้างมาก

สาระสำคัญของประชาธิปไตย เสรีภาพ อำนาจในทฤษฎีทางการเมืองของล้อค ซึ่งงานของล้อคมีบทบาทอย่างสำคัญในการสร้างจิตวิญญาณทางประชาธิปไตยและเสรีภาพของบุคคล พลังแห่งจิตวิญญาณทั้งสองประการในงานของล้อคได้แผ้วถางทางไปสู่คิดใหม่ แนวคิดว่าด้วยเสรีภาพและประชาธิปไตยของล้อคเป็นสิ่งที่ต้องใช้เวลาอีกยาวนาน แนวคิดดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งโดยเฉพาะต่อข้อความคิดของหนังสือ Two Treatises of Civil Government ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของข้อความคิดของล้อคที่ว่าด้วยการปกครอง สิทธิตามธรรมชาติ พื้นฐานในความเชื่อทางศาสนา กฎหมายและการแบ่งแยกอำนาจ และรัฐบาลที่มีมาจากความยินยอม นอกจากนี้ยังเรื่องความมั่นคงเสรีภาพและกรรมสิทธิ์

กล่าวโดยสรุป ถือได้ว่าแนวคิดของจอห์น ล้อคเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการวางรากฐานข้อความคิดของฝ่ายเสรีประชาธิปไตย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ล้อคเป็น นักคิดก่อนยุคเสรีนิยม หรือเป็น “บิดาคนแรกแห่งลัทธิเสรีนิยม” เป็นผู้เสนอแนวคิด “ประชาธิปไตยเสรี” หรือเป็นนักทฤษฎีคนสำคัญของแนวคิด “รัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแบบประชาธิปไตย”

2.1.3 แนวคิดประชาธิปไตยของมองเตสกิเออ

แนวคิดปรัชญาในยุครุ่งเรืองทางปัญญาได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งมีบทบาทอย่างยิ่งต่อแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยรัฐในภาคพื้นยุโรป รวมทั้งในอังกฤษ บุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการวิพากษ์ระบบดังกล่าวไม่น้อยไปกว่าจอห์น ล้อค ก็คือมองเตสกิเออ โดยถือว่ามองเตสกิเอออยู่ในกลุ่มของนักคิดเช่นเดียวกับล้อคที่มีส่วนสำคัญในการกระตุ้นให้เกิดการต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระของดินแดนอาณานิคมของอังกฤษในอเมริกาเหนือและกระตุ้นให้เกิดสถาปนิกในการออกแบบรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา งานชิ้นเอกของมองเตสกิเออเป็นงานที่เผยแพร่ในปี ค.ศ. 1748 คือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” มองเตสกิเออมีลักษณะเช่นเดียวกับล้อคคือไม่ใช่บุคคลที่ในกลุ่มนิยมแนวคิดประชาธิปไตย แต่แท้จริงแล้วมองเตสกิเออมีแนวคิด

สนับสนุนระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญและมีแนวคิดแบบเสรีนิยม มองเตสกิเออมีแนวคิดในการปกป้องความมีอภิสิทธิ์ของขุนนาง แนวคิดหลักของมองเตสกิเออจึงไม่ใช่เรื่องประชาธิปไตย หากแต่เป็นประเด็นเรื่อง ระบบการปกครองที่กดขี่ โดยเฉพาะอย่างการปฏิเสธระบบการปกครองโดยกษัตริย์ที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จของฝรั่งเศส ด้วยเหตุพื้นฐานดังกล่าวมองเตสกิเออจึงพยายามค้นหารูปแบบของรัฐที่ดีกว่าซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อแนวคิดว่าด้วยประชาธิปไตย เพราะฉะนั้นแนวคิดของมองเตสกิเออจึงคล้ายกับล้อคที่มีผลในทางอ้อมในการช่วยพัฒนาทฤษฎีประชาธิปไตย สาระสำคัญของงานของมองเตสกิเออคือระบบการควบคุมอำนาจและการทำให้เกิดความสมดุลของอำนาจซึ่งทำให้สามารถถ่วงดุลอำนาจทางการเมืองได้และจะทำให้เกิดหลักประกันในความมั่นคงในสิทธิของพลเมือง ดังนั้นแนวคิดของมองเตสกิเออจึงมีบทบาทสำคัญในแนวคิดของประชาธิปไตยทางสายกลางในความหมายของระบบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญโดยมีพื้นฐานของประชาธิปไตยด้วย แนวคิดดังกล่าวก่อให้เกิดหลักการใหม่ของสถาบันประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนขึ้น[5]

แนวคิดว่าด้วยรูปแบบของรัฐของมองเตสกิเออมีรูปแบบพื้นฐานอยู่ 3 รูปแบบ คือ การปกครองแบบกดขี่ (die Despotie) การปกครองโดยกษัตริย์ (die Monarchie) และการปกครองแบบสาธารณรัฐ (die Republik) การปกครองแบบกดขี่ (die Despotie) เป็นการปกครองโดยบุคคลซึ่งปราศจากกฎเกณฑ์และกฎหมายการปกครองจึงขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ปกครอง การปกครองโดยกษัตริย์ (die Monarchie) รูปแบบของรัฐบาลของการปกครองโดยกษัตริย์เป็นการปกครองโดยคนคนเดียวแต่เป็นการปกครองตามกฎหมายที่กำหนดไว้และประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน ส่วนการปกครองแบบสาธารณรัฐ (die Republik) เป็นการปกครองโดยประชาชนในฐานะเป็นองค์กรกลุ่ม หรือประชาชนเพียงส่วนหนึ่งถืออำนาจอธิปไตย ในส่วนของการปกครองแบบสาธารณรัฐมองเตสกิเออยังแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ อภิชนาธิปไตย (Aristokratie) และประชาธิปไตย (Demokratie) ดังนั้น การปกครองแบบสาธารณรัฐที่ประชาชนจึงเป็นองค์กรกลุ่มที่ถืออำนาจอธิปไตยระบบนี้เรียกว่า “ประชาธิปไตย แต่หากอำนาจอธิปไตยอยู่ในมือของประชาชนเพียงบางส่วนจึงเรียกระบบนี้ว่า “อภิชนาธิปไตย” ประชาธิปไตย

---

[5] Manfred G. Schmidt, Demokratietheorie, 4. Aufl., VS Verlag 2008, p.67

สำหรับมองเตสกิเออถือว่าเป็นรูปแบบของรัฐซึ่งประชาชนเป็นผู้อำนาจในการตรากฎหมาย และโดยพื้นฐานแล้วมีหน้าที่ในการวินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งแน่นอนมิได้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงตามความคิดของ โบแดง, ฮอบส์ และรุสโซ หากแต่เป็นการใช้อำนาจผ่านการเลือกองค์กรที่จะใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นมองเตสกิเออจึงคิดถึงองค์กรที่จะให้คำปรึกษาหรือวุฒิสภาและการแต่งตั้งรัฐมนตรีโดยผ่านประชาชน โดยการลงคะแนนเสียงของประชาชนจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ มองเตสกิเออ ให้คุณค่าสิ่งเหล่านี้ว่าเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของประชาธิปไตย แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดรูปแบบของรัฐตามแนวคิดของมองเตสกิเออนั้นมีความสัมพันธ์กับโครงสร้างทางสังคม ความแตกต่างระหว่างคณาธิปไตย ราชาธิปไตยและประชาธิปไตยนั้นการแบ่งโครงสร้างทางสังคมในส่วนของ “ขุนนาง” “กษัตริย์” และ “ประชาชน” ภายใต้“ประชาชน” ตามความเข้าใจของมองเตสกิเออนั้นมิได้หมายถึงประชาชนทั่วไป แต่หมายถึง พลเมืองที่ถือครองทรัพย์สินประชาชนอื่น ๆ นั้นไม่ถือว่าเป็นพลังสำคัญในทางการเมืองแต่อย่างใด การนำความหมายของ “ประชาชน” ในความหมายอย่างแคบมาใช้นั้นมองเตสกิเออได้อาศัยทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติของประชาธิปไตยแบบเอเธนส์ แต่ที่แตกต่างจากแนวคิดประชาธิปไตยแบบโบราณในอดีตซึ่งได้รับการเน้นย้ำโดยมองเตสกิเออคือความจำเป็นที่จะต้องมีตัวแทนของประชาชน ประชาธิปไตยโดยการมาร่วมประชุมกันโดยประชาชนตามแนวทางของประชาธิปไตยยุคดั้งเดิมนั้นตามความเห็นของมองเตสกิเออเป็นระบบการปกครองที่มีข้อเสียมากมาย

หนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” ของมองเตสกิเออถือว่ามีส่วนอย่างสำคัญในการพัฒนาแนวคิดในทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบทที่ 11 ของหนังสือที่เกี่ยวกับประเทศอังกฤษในบทดังกล่าวมองเตสกิเออได้วิเคราะห์ระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นระบอบราชาธิปไตยที่มีความเหมาะสมกับยุคสมัยนั้น และจากจุดนั้นเองที่มองเตสกิเออได้พัฒนาความคิดทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ เป็นทฤษฎีของการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็นนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ แต่ในความเป็นจริงแล้วมองเตสกิเออได้สร้างรูปแบบของการแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจแบบเสรีโดยเฉพาะอย่างมองเตสกิเออได้เน้นย้ำในบทที่ 12 ของหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” ในเรื่องการแบ่งอำนาจและการกระจายอำนาจ ไม่ใช่เรื่องของการตัดขาด

อำนาจและแยกให้เป็นอิสระ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออจึงเป็นการสังเคราะห์จาก “ความชอบด้วยกฎหมาย” “สิทธิขั้นพื้นฐาน” “การแบ่งอำนาจ” และ “การผสานของหลักการดังกล่าว” ซึ่งพลังในทางสังคมได้เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว ซึ่งหมายถึง กษัตริย์ ขุนนาง และพลเมือง แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อแนวคิดประชาธิปไตยโดยเฉพาะอย่างใน 3 ประการ

ประการแรก ความคิดพื้นฐานซึ่ง Riklin กล่าวว่า เพราะมนุษย์มีอำนาจซึ่งมีความโน้มเอียงที่จะใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบหากปราศจากการกำหนดขอบเขตของอำนาจ ด้วยเหตุนี้จำเป็นจะต้องบังคับให้มีการกระจายอำนาจไปยังผู้ใช้อำนาจหลายคน ซึ่งแต่ละผู้ใช้อำนาจสามารถยับยั้งการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของอีกอำนาจหนึ่งได้

ประการที่สอง เป็นแนวคิดว่าด้วยการถ่วงดุลอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงและเสรีภาพของประชาชน

ประการที่สาม เป็นเรื่องความผูกพันเข้าด้วยกันของประชาธิปไตยในระบบแนวคิดที่มีการผสมผสานหลักการต่างและหลักการแบ่งแยกอำนาจ[6]

แนวคิดในการถ่วงดุลอำนาจของมองเตสกิเออประกอบด้วยส่วนประกอบที่สำคัญ 4 ส่วน ดังนี้ (1) อำนาจรัฐซึ่งแยกออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ (2) พลังอำนาจทางสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กษัตริย์, ขุนนางและพลเมือง (3) องค์กรของรัฐ ซึ่งได้รับเลือกมาจากพลเมือง, สภาของพลเมือง, สภาของขุนนาง, ศาลประชาชนซึ่งมาจากการเลือกของพลเมือง, ศาลของขุนนาง, นอกจากนี้สถาบันกษัตริย์และรัฐมนตรีซึ่งเป็นที่ปรึกษาของกษัตริย์ และ (4) อำนาจรัฐ ในการเลือกตัวแทนและอำนาจในการออกกฎหมาย โดยส่วนประกอบของหลักการถ่วงดุลอำนาจของมองเตสกิเออเป็นการเชื่อมโยงหลักการที่สำคัญ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากสองหรือสามอำนาจนั้นเป็นอำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐ หรือเป็นอำนาจทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

ประการที่สอง เสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากทั้งสามอำนาจนั้นได้มอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐ หรือมอบหมายให้อำนาจทางสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

---

[6] Ibid, p.73

ประการที่สาม เสรีภาพไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากพลังทางสังคมไม่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมอย่างเหมาะสมกับทั้งสามอำนาจ ซึ่งหมายถึงเป็นเพียงผู้อยู่ภายใต้อำนาจปกครอง

ประการที่สี่ ความเสมอภาคและความอิสระของอำนาจทางสังคมที่สำคัญที่สุด (กษัตริย์, ขุนนางและพลเมือง) จึงเป็นพื้นฐานของการทำงานร่วมกัน

หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออได้กำหนดให้มีการแบ่งอำนาจและการจำกัดการใช้อำนาจรัฐและอำนาจทางสังคม สถาปัตยกรรมของหลักการถ่วงดุลอำนาจที่เป็นผลมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจอธิบายได้ดังนี้ อำนาจในการออกกฎหมายเป็นอำนาจที่แบ่งให้กับสามอำนาจทางสังคมของพลเมือง ขุนนางและกษัตริย์ หรือสภาพลเมือง สภาขุนนาง และสถาบันกษัตริย์ ในเวลาเดียวกัน ทำให้พลเมืองมีสถานะที่เข้มแข็งที่สุด สถาบันกษัตริย์อ่อนแอที่สุด ส่วนขุนนางมีความเข้มแข็งปานกลาง การตรากฎหมายไม่สามารถจะกระทำได้หากปราศจากความยินยอมจากทั้งสามอำนาจทางสังคม ดังนั้นทั้งสามองค์กรดังกล่าวจึงมีอำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจดังกล่าวจึงอยู่ในมือของทั้งสามอำนาจทางสังคม ซึ่งก็คือ สภาพลเมือง สภาขุนนาง และสถาบันกษัตริย์ซึ่งกระทำการโดยรัฐมนตรี ในลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้ส่วนสถาบันกษัตริย์เป็นส่วนที่เข้มแข็งที่สุด รัฐสภาไม่สามารถที่จะขัดขวางการตัดสินใจของฝ่ายบริหารได้ตราบเท่าที่รัฐสภาไม่ได้มีส่วนร่วมในฝ่ายบริหารด้วย แต่รัฐสภาสามารถมีอิทธิพลเชิงป้องกัน (ความผูกพันตามกฎหมายและทางการคลังของสถาบันกษัตริย์) หรือมีอิทธิพลเชิงแก้ไข (การควบคุมการดำเนินการตามกฎหมาย, การควบคุมและการลงโทษทางอาญาต่อรัฐมนตรี) อำนาจตุลาการมีการแบ่งให้กับ 2 อำนาจทางสังคมโดยมี 4 องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจ (ศาลพลเรือน, ศาลขุนนาง, สภาพลเรือน, สภาขุนนาง) ในส่วนของอำนาจตุลาการสถาบันกษัตริย์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ

รากฐานของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการประเมินคุณค่าสถาบันทางการเมืองของอังกฤษ ซึ่งมองเตสกิเออประทับใจในเสรีภาพ ซึ่งมองเตสกิเออได้พบเห็นว่าปกคลุมอยู่ในดินแดนของอังกฤษ ประเทศอังกฤษสำหรับมองเตสกิเออแล้วเป็นประเทศที่มีเสรีภาพมากที่สุดในโลก มีเสรีภาพเพราะในอังกฤษกษัตริย์ปราศจากอำนาจที่จะกระทำต่อพลเมืองคนใดคนหนึ่งโดยผิดกฎหมาย เพราะอำนาจของกษัตริย์ถูกจำกัดโดยกฎหมายของรัฐสภาและถูกควบคุมตรวจสอบได้

มองเตสกิเออพิเคราะห์ความสมดุลแห่งอำนาจของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในการมีบทบาทร่วมกันจากสถาบันของประเทศอังกฤษ[7]

ความน่าสนใจในทฤษฎีประชาธิปไตยของมองเตสกิเออไม่ใช่เพียงเพราะมองเตสกิเออวิพากษ์วิจารณ์ระบอบการปกครองแบบกดขี่ และการเพิ่มคุณค่าของประชาธิปไตยในแนวคิดว่าด้วยรูปแบบของรัฐ นอกจากนี้การพิเคราะห์ถึงเงื่อนไขในการทำภารกิจในทางประชาธิปไตยของรัฐธรรมนูญของรัฐให้เกิดความกระจ่างขึ้น ประชาธิปไตยจะเติบโตได้อย่างดีที่สุดในรัฐเล็ก ๆ และรัฐใดก็ตามที่มีความเสมอภาคของสังคม นอกจากนี้ในรัฐนั้นต้องมีความสำคัญของวัฒนธรรมและการเมืองซึ่งมีความมุ่งหมายต่อความเสมอภาค สิ่งเหล่านี้ถือว่าเพียงพอสำหรับเงื่อนไขของความเป็นประชาธิปไตย เพราะในสังคมประชาธิปไตยทุก ๆ คนควรจะได้รับความประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน รูปแบบของรัฐตามความคิดของมองเตสกิเออที่ปรากฏออกมาในช่วงเวลานั้น ถือว่าผลงานของมองเตสกิเออมีความสำคัญทั้งในส่วนของแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจและแนวคิดว่าด้วยประชาธิปไตย ในงานของมองเตสกิเออได้ผสมผสานระหว่างหลักการแบ่งแยกอำนาจกับหลักการปกครองโดยกษัตริย์ ดังนั้นรูปแบบของรัฐของมองเตสกิเออจึงประกอบด้วยส่วนสำคัญที่ว่าด้วยประชาธิปไตย ในหนังสือดังกล่าวของมองเตสกิเออในบางครั้งเรียกรูปแบบของรัฐโดยรวมว่า “ประชาธิปไตยเสรี” หรือจำแนกว่าเป็น “ประชาธิปไตยทางสายกลาง” มองเตสกิเออไม่ถือว่าเป็นสมาชิกของกลุ่มคิดประชาธิปไตย แต่อยู่ในกลุ่มระหว่างกลุ่มที่มีความพอใจระบอบอภิชนาธิปไตยและมีความชอบในระบอบสาธารณรัฐ คือเป็นระบอบการปกครองโดยกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญและเพิ่มเติมด้วยระบอบอภิชนาธิปไตยและระบอบสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยสำหรับมองเตสกิเออในเบื้องต้นจึงเป็นส่วนประกอบทางความคิดที่เกิดจากการวิพากษ์วิจารณ์ระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม สาระสำคัญของแนวคิดประชาธิปไตยของมองเตสกิเออสำหรับช่วงเวลานั้นถือว่าเป็นแนวคิดที่รุนแรง งานเขียนบางชิ้นกล่าวถึงแนวคิดดังกล่าวว่าเป็นแนวคิดเชิงปฏิวัติ ซึ่งได้รับการกล่าวอ้างจากพวกมีแนวคิดในการปฏิวัติของฝรั่งเศส รวมทั้งในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งปรากฏแนวคิดของมองเตสกิเอออยู่ด้วย

---

[7] Ibid, p.75

2.1.4 แนวคิดอำนาจอธิปไตยของปวงชนของรุสโซ[8]

แนวความคิดของรุสโซมีบทบาทต่อการพัฒนาระบบการเมืองในอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยแนวความคิดของรุสโซจะแตกต่างจากแนวความคิดของฮอบส์ และจอห์น ล้อค แนวความคิดว่าด้วยสัญญาและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยได้ถูกพัฒนามาจากสงครามทางศาสนาและสงครามกลางเมืองของยุโรป สงครามทั้งสองมีคำตอบอยู่ที่ความอ่อนแอของสถาบันการเมืองและสังคม ความสงบสุขภายในซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐซึ่งมีรากฐานมาจากทฤษฎีสัญญาและอำนาจอธิปไตย ซึ่งรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยทั้งภายในและภายนอกและแนวคิดเรื่องดังกล่าวถือว่าเป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากพลเมืองทั้งหลาย โครงสร้างทางแนวคิดทั้งสองประการได้รับการยอมรับจากรุสโซ รุสโซได้วิพากษ์วิจารณ์แนวคิดอำนาจอธิปไตยมาสู่อำนาจอธิปไตยของปวงชนกับการรวมเข้ากับแนวคิดประชาธิปไตย และในขณะเดียวกันกับการรวมเข้ากับอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด นักทฤษฎีว่าด้วยสัญญาและนักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยก่อนรุสโซได้โต้แย้งการเปลี่ยนผ่านอำนาจอธิปไตยของปวงชนมาสู่รัฐหรือผู้ปกครอง ซึ่งในประเด็นดังกล่าวรุสโซกำหนดขอบเขตในเรื่องนั้นอย่างชัดเจน การเปลี่ยนผ่านอำนาจอธิปไตยจากประชาชนมาสู่ผู้ปกครองไม่สามารถกระทำได้ อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ประชาชนและจะต้องคงอยู่ที่ประชาชน สังคมเองย่อมมีสิทธิที่จะตกลงทำสัญญาในการที่จะรักษาสถานะของอำนาจอธิปไตยไว้ แนวคิดในเรื่องสัญญาประชาคมของรุสโซจึงแตกต่างจากแนวคิดของฮอบส์ตามแนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยในยุคก่อนของโบแดงและของฮอบส์นั้นรุสโซด้วยว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ เป็นอำนาจที่ไม่อาจมอบต่อได้ และเป็นอำนาจที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ นอกจากนี้รุสโซยังเห็นว่าเป็นอำนาจที่ไม่อาจผิดพลาดได้และเป็นอำนาจที่เป็นที่สุด อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนย่อมหมายความว่า ผู้ปกครองของปวงชนโดยรวม ดังนั้น รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารโดยรวมตามแนวคิดของรุสโซจึงเป็นเพียง “ ผู้รับใช้ของอำนาจอธิปไตย” จากแนวคิดของรุสโซดังกล่าวจึงทำให้รุสโซมีความคิดตรงข้ามกับความคิดของ จอห์น ล้อค

---

[8] Ibid, p.81

รุสโซเห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจที่ไม่อาจแบ่งแยกได้และให้การดำเนินภารกิจของรัฐนั้นผูกพันกับภารกิจของประชาชน ซึ่งทำให้รัฐและสังคมมีความเป็น "เอกภาพ" ความเป็นเอกภาพดังกล่าวถูกก่อตั้งขึ้นโดย "สัญญาประชาคม" ซึ่งประชาชนให้ความยินยอม สัญญาประชาคมดังกล่าวมีความชอบด้วยกฎหมาย เพราะประชาชนทั้งได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และสัญญาประชาคมดังกล่าวมีความชอบด้วยวัตถุประสงค์เพราเป็นสัญญานั้นมีความมุ่งหมายเพื่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม รูปแบบของรัฐและประชาธิปไตย โดยที่ชีวิตของรุสโซอยู่ในช่วงที่ยุโรปปกครองโดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ บางสังคมที่มีลักษณะกึ่งประชาธิปไตย เช่นในการปกครองส่วนท้องถิ่นในสวิสเซอร์แลนด์ หรือในเมืองเจนีวาที่เป็นบ้านเกิดของรุสโซ แต่เมืองเหล่านี้ก็เป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ในงานเขียนของรุสโซจึงพยายามจะผูกโยงแนวคิดของรุสโซกับรูปแบบของรัฐในยุคเก่า ซึ่งรุสโซได้แบ่งแยกระบอบการปกครองเช่นเดียวกับนักคิดอื่น ๆ ที่แบ่งแยกระหว่างประชาธิปไตย คณาธิปไตย ราชาธิปไตย รวมทั้งระบอบผสมอื่น ๆ ระบอบประชาธิปไตยแตกต่างจากระบอบคณาธิปไตยและราชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหาร ตามระบอบประชาธิปไตยฝ่ายบริหารมาจากการมอบอำนาจของประชาชนโดยรวมหรือประชาชนส่วนใหญ่ ดังนั้น จึงเป็นการมอบอำนาจให้กับพลเมืองให้มีอำนาจรัฐ และพลเมืองที่ว่านั้นย่อมเป็นเพียงบุคคลทั่วไปเท่านั้น ส่วนอำนาจนิติบัญญัติย่อมอยู่ในมือของประชาชน เช่นเดียวกับรูปแบบของรัฐบาลรูปแบบอื่น ๆ

2.2 มิติในการพิจารณา "ประชาธิปไตย"

มิติในการพิจารณาเกี่ยวกับ "ประชาธิปไตย" อาจแยกพิจารณาได้หลายมิติดังนี้ 2.2.1 ประชาธิปไตยพิจารณาจากการแสดงเจตจำนงของประชาชน 2.2.2 ประชาธิปไตยกับความเห็นชอบ และ 2.2.3 ประชาธิปไตยกับรูปแบบของรัฐบาล (form of government)

2.2.1 ประชาธิปไตยพิจารณาจากการแสดงเจตจำนงของประชาชน

2.2.1.1 ประชาธิปไตยทางตรง (die unmittelbare Demokratie)

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นถึงประชาธิปไตยในยุคกรีกโบราณซึ่งเกิดขึ้นที่เมืองเอเธนส์ถือว่าเป็นประชาธิปไตยทางตรง ซึ่งมีความหมายว่า ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจด้วยตนเอง อันเป็นระบอบการปกครองที่เกิดขึ้นในเอเธนส์ซึ่งกินเวลาประมาณ

200 ปี ซึ่งในปัจจุบันนี้อาจพบได้ในการปกครองส่วนท้องถิ่นเล็ก ๆ ของสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งประชาชนได้มาประชุมร่วมกันเพื่อตัดสินใจในเรื่องภารกิจของท้องถิ่น ถึงแม้ว่าจะเป็นเพียงท้องถิ่นเล็ก ๆ ที่ไม่มีปัญหาความยุ่งยากซับซ้อนในเรื่องที่จะตัดสินใจแต่ท้องถิ่นดังกล่าวได้กำหนดให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิมาประชุมเพื่อตัดสินใจร่วมกันเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญเท่านั้น ส่วนเรื่องที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ประจำทั้งหลายก็มอบหมายให้กับผู้แทนไปดำเนินการแทนประชาชนในท้องถิ่น ดังนั้นแม้จะเป็นเพียงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเล็ก ๆ ยังจำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรขึ้นมาใช้อำนาจแทนเหตุผลสำคัญของเรื่องนี้มีเหตุผลจากเรื่อง “ประสิทธิภาพ” ในการสร้างโครงสร้างขององค์กรเพื่อทำภารกิจดังกล่าว ความยุ่งยากซับซ้อนของรัฐสมัยใหม่ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกภารกิจของรัฐเพื่อทำให้สามารถบรรลุภารกิจเหล่านั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมได้ นับตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ซีเอเยส์ได้เรียกร้องให้ทบทวนตรวจสอบหลักประชาธิปไตยทางตรงและแทนที่ประชาธิปไตยทางตรงด้วยประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน การทำให้เกิดความพอใจต่อความจำเป็นของสังคมยังจำเป็นจะต้องมีเจตจำนงร่วมกันของสังคม แต่เจตจำนงร่วมกันของสังคมมิได้หมายถึงเจตจำนงของแต่ละบุคคลที่นำมารวมกัน หากจะต้องการให้เจตจำนงของบุคคลในสังคมที่มีขนาดใหญ่สามารถเป็นไปได้จะต้องอาศัยเสียงข้างมากมาแทนเจตจำนงของทุกคนที่นำมารวมกันโดยเจตจำนงของเสียงข้างมากเป็นเจตจำนงที่มีผลผูกพัน หากแต่การดำเนินการเช่นนั้นก็อาจยังไม่เพียงพอ อาจต้องยอมให้ประชาชนกลุ่มหนึ่งสามารถที่จะแสดงเจตจำนงได้โดยตรงหรือโดยการเสนอกฎหมายได้โดยตรง ดังนั้น รัฐสมัยใหม่ทั้งหลายจึงไม่ดำเนินการโดยอาศัยเจตจำนงของสมาชิกที่มาประชุมร่วมกัน หากแต่อาศัยการสร้างเจตจำนงร่วมกันโดยผ่านทางผู้แทน ซึ่งเป็นการพัฒนาของสังคมมนุษย์ที่อาศัยอยู่ร่วมกันภายใต้กฎหมายและกระบวนการตรากฎหมายกระทำโดยผ่านตัวแทนของประชาชน[9]

จากข้อจำกัดของประชาธิปไตยทางตรงดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ในรัฐสมัยใหม่ซึ่งมีปัญหายุ่งยากซับซ้อนทั้งในทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนเท่านั้นที่สามารถทำให้หลักประชาธิปไตยดำเนินไปได้ แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีคำถามที่ตามมาว่า การให้ประชาชนทั้งหมดมาออกเสียงนั้นควรจะนำมาใช้เพื่อเสริม

---

[9] Zippelius Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 12. Aufl., Muenchen 1994, p.172

หรือเติมเต็มประชาธิปไตยแบบผู้แทนหรือไม่ เพียงใด ซึ่งประชาธิปไตยทางตรงอาจแสดงออกในรูปแบบที่หลากหลายได้ดังนี้[10]

(1) การให้ประชาชนตัดสินใจ (Volkentschied) หมายถึง การให้ประชาชนซึ่งเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตัดสินใจปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยผลการตัดสินใจของประชาชนดังกล่าวมีผลผูกพันในทางกฎหมาย

(2) การออกเสียงของประชาชน (Volksabstimmung) หมายถึง กระบวนการในการให้ประชาชนตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งนำมาสู่กระบวนการออกเสียงของประชาชน

(3) การเสนอญัตติจากประชาชน (Volksbegehren) หมายถึง การเสนอญัตติจากประชาชนเพื่อให้ดำเนินการจัดให้ประชาชนได้ออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้น ๆ หรือให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดเป็นองค์กรในการตัดสิน

(4) การเสนอญัตติของประชาชนต่อสภา (Volksinitiative) หมายถึง การเสนอญัตติของประชาชนต่อสภาเพื่อให้สภาดำเนินการให้มีการตัดสินใจในเรื่องนั้น ๆ

(5) ประชามติ (Referendum) หมายถึง การตัดสินใจของประชาชนเกี่ยวกับกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาแล้ว หรือเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภาแล้ว

(6) การถามความเห็นประชาชน (Volksbefragung) หมายถึง การตั้งคำถามอย่างเป็นทางการของประชาชนเกี่ยวกับกิจการบ้านเมืองในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะตรงกันข้ามกับการให้ประชาชนตัดสินใจ (Volkentschied) การถามความเห็นประชาชนดังกล่าวไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากเป็นการถามประชาชนอย่างเป็นทางการ และการตัดสินของประชาชนย่อมมีผลในทางการเมือง

ดังนั้น ลักษณะของประชาธิปไตยทางตรงตั้งแต่สมัยกรีกโบราณจึงยังคงมีบทบาทต่อประชาธิปไตยในปัจจุบัน โดยการนำคุณลักษณะของประชาธิปไตยทางตรงที่ให้ประชาชนทุกคนที่มีสิทธิได้ใช้สิทธิของตนโดยตรงเพื่อดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ดังนั้น ในปัจจุบันนี้รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้ออกแบบให้ใช้ประชาธิปไตยทางตรงเพื่อถ่วงดุลกับประชาธิปไตยทางผู้แทน โดยเฉพาะในเรื่องที่มี

---

[10] Maurer Hartmut, Staatsrecht I, 2. Aufl., Muenchen 2001, p.196

ความสำคัญ เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบในการแก้ไขแล้ว จะต้องนำมาให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติอีกชั้นหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจว่าประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยเห็นพ้องกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ประชาธิปไตยทางตรงยิ่งมีบทบาทมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อประชาธิปไตยพัฒนาไปสู่ "ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง" (parteienstaatliche Demokratie) ซึ่งมีการอาศัยเสียงข้างมากของระบบตัวแทนเพื่อตนเองและพวกพ้องนำไปสู่ความเสื่อมของระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ด้วยเหตุนี้ประชาธิปไตยของหลายประเทศจึงออกแบบให้มีลักษณะผสมระหว่างประชาธิปไตยทางผู้แทนกับประชาธิปไตยทางตรง

2.2.1.2 ประชาธิปไตยโดยผู้แทนหรือประชาธิปไตยทางอ้อม (die mittelbare und repraesentative Demokratie)

พัฒนาการของประชาธิปไตยโดยผู้แทนหรือประชาธิปไตยทางอ้อมมีพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ในช่วงศตวรรษที่ 18 ถึงศตวรรษที่ 20 โดยมีพัฒนาการที่แตกต่างหลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสในปี 1789 เนื่องจากการตัดสินใจของรัฐในเรื่องต่าง ๆ อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนโดยรวม ดังนั้น เพื่อความถูกต้องในการตัดสินใจของรัฐและความเห็นชอบของประชาชนจึงควรจะทำให้เกิดความมั่นใจโดยการให้สิทธิในการตรวจสอบหรือให้หลักประกันว่าให้พลเมืองทั่วไปเลือกผู้แทนของตนและยอมให้มีการตรวจสอบการตัดสินใจของรัฐเหล่านั้นได้[11] พื้นฐานความคิดเหล่านี้มีส่วนสำคัญในการผลักดันให้แนวคิดประชาธิปไตยพัฒนาการไปสู่ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่ชนชั้นแรงงานเริ่มมีความเข้มแข็งประกอบกับความเข้าใจเรื่องหลักความเสมอภาคมีความเปลี่ยนแปลงไป พัฒนาการของประชาธิปไตยโดยผู้แทนจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญของการพัฒนาประชาธิปไตย

สำหรับรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่มีรัฐใดในศตวรรษที่ 20 ที่ยังคงใช้ระบอบประชาธิปไตยทางตรงต่อไปได้ ประชาธิปไตยทางตรงจึงมีบทบาทเป็นเพียงการเติมเต็มระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ดังนั้นประชาธิปไตยสมัยใหม่โดยทั่วไปแล้วถือว่าเป็นประชาธิปไตยโดยผู้แทน ด้วยเหตุนี้ในเบื้องต้นจะได้กล่าวถึง

---

[11] Bleckmann, Albert, Staatsrecht I-Staatsorganisationsrecht, Carl Heymanns Verlag KG 1993, p.164

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เลือกและผู้ถูกเลือก[12] ดังนั้น ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กระบวนการเลือกตั้งจึงเป็นกระบวนการทางประชาธิปไตยที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ทำหน้าที่ในการตัดสินใจแทนประชาชน กระบวนการการเลือกตั้งจึงเป็นเสมือนกระบวนการในการสร้างเจตจำนงของประชาชนผ่านการเลือกตั้ง แต่การเลือกตั้งผู้แทนย่อมไม่ใช่การแต่งตั้งบุรุษไปรษณีย์ของประชาชน ซึ่งในรัฐสภาทำหน้าที่เป็นเพียงให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้เลือกตั้งเท่านั้นและผูกพันต่อความประสงค์ของผู้เลือกตั้ง แต่แท้จริงแล้วการเลือกตั้งเป็นการตัดสินใจที่แสดงถึงความไว้วางใจของผู้เลือกตั้งที่มีต่อผู้ถูกเลือกที่เป็นผู้ที่มีความสามารถในการรักษาผลประโยชน์ที่แท้จริงของประชาชนได้ การทำหน้าที่เป็นตัวแทนจึงผลมาจากแบ่งภารหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ หลักอำนาจอธิปไตยของปวงชนได้กำหนดให้เรื่องใดเป็นอำนาจในการตัดสินใจของรัฐสภาและเรื่องใดเป็นอำนาจในการตัดสินใจของประชาชนโดยตรง[13] หลักการของประชาธิปไตยโดยผู้แทนหรือประชาธิปไตยทางอ้อม (die mittelbare und repraesentative Demokratie) ประชาธิปไตยทางผู้แทนเป็นประเด็นการตอบคำถามเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง “ประชาชน” กับ “องค์กรของรัฐ” ซึ่งหลักประชาธิปไตยทางผู้แทนไม่อาจตอบคำถามในประเด็นดังกล่าวได้ โดยทั่วไปแล้วความสัมพันธ์เหล่านี้ ในด้านหนึ่งองค์กรของรัฐมีความผูกพันต่อเจตจำนงอันแท้จริงของประชาชน แต่ในอีกด้านหนึ่งองค์กรของรัฐมีความอิสระจากเจตจำนงของประชาชน ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในความหมายของถ้อยคำที่นำมาใช้นั้นย่อมมีความหมายเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการตัดสินใจว่า องค์กรของรัฐซึ่งมีพื้นฐานมาจากประชาชนและกระทำในนามของประชาชนในการตัดสินใจของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งองค์กรของรัฐนั้น ๆ ย่อมไม่ผูกพันต่อแต่ละเจตจำนงของประชาชน ในประเด็นนี้รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จึงมักบัญญัติหลักการไม่อยู่ภายใต้อาณัติใด ๆ ของสมาชิกสภาหรือหลัก “free mandate” ซึ่งหลักการดังกล่าวกำหนดว่าแม้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นตัวแทนของปวงชน แต่สมาชิกสภาเหล่านั้นไม่ผูกพันหรือไม่อยู่ภายใต้อาณัติใด ๆ หากแต่ต้องดำเนินการใด ๆ ภายใต้มโนธรรมสำนึกของตนเป็นที่ตั้ง[14]

---

[12] Waldemar Besson/Gotthard Jasper, Das Leitbild der modernen Demokratie, Schriftenreihe Band 30, Bundeszentrale fuer politische Bildung, Bonn 1990, p.33

[13] Ibid, p.34

[14] Herzog, Art. 20 GG, in Maunz-Duerig, Grundgesetz Kommentar, Band II (Art. 14-37), Muenchen 1997, Art. 20, p.55

2.2.1.3 ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง (parteienstaatliche Demokratie)

ชัยชนะของแนวคิดประชาธิปไตยนำไปสู่พัฒนาการของหลักการต่าง ๆ หลายประการ ทำให้พลเมืองได้เข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง ทำให้พลเมืองเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือเป็นผู้สมัครเป็นผู้แทนประชาชน ชัยชนะประการสำคัญประการหนึ่งคือ ผู้ดำเนินการในกิจกรรมทางการเมืองโดยอาศัยหลักประชาธิปไตยได้เข้ามามีส่วนร่วมในการร่วมสร้างเจตจำนงทางการเมืองและเข้าไปสู่การใช้อำนาจรัฐในฐานะผู้นำทางการเมือง ดังนั้น ผู้ที่ได้ชัยชนะจากหลักประชาธิปไตยย่อมหมายรวมถึงกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ และพรรคการเมือง ในทางทฤษฎีว่าด้วยรัฐให้ความหมายของ “รัฐโดยพรรคการเมือง” (Parteienstaat) ว่าเป็นผลิตผลของการเปลี่ยนแปลงในทางโครงสร้างของระบบตัวแทนเสรีแบบรัฐสภามาสู่ประชาธิปไตยแบบมวลชนโดยพรรคการเมือง (die parteienstaatliche Massendemokratie) การเปลี่ยนแปลงในทางโครงสร้างดังกล่าวนี้ทำให้พรรคการเมืองมีบทบาทสำคัญในกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองและกระบวนการการตัดสินใจในเรื่องสาธารณประโยชน์ทั้งหลายรวมทั้งยังเข้าไปมีบทบาทในส่วนของฝ่ายปกครองของรัฐและในภาคบริการสาธารณะของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “รัฐโดยพรรคการเมือง” (Parteienstaat) มีความหมายถึงโครงสร้างที่มีลักษณะเฉพาะของประชาธิปไตยสมัยใหม่ของตะวันตก Gerhard Leibholz เห็นว่า รัฐโดยพรรคการเมืองสมัยใหม่นั้นเป็นการปรากฏตัวของประชาธิปไตยที่มีการปรับเปลี่ยนโดยเชื่อมโยงกับมวลชนหรือเป็นการเข้ามาเสริมประชาธิปไตยทางตรงในรัฐสมัยใหม่ ความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวทำให้รัฐสภาสูญเสียลักษณะของความเป็นสถาบันที่มีอิสระในการสร้างเจตจำนงและตัดสินใจในทางการเมือง ซึ่งถูกแทนที่โดยการตัดสินใจของสมาชิกพรรคการเมืองที่มีความผูกพันต่อมติพรรค ลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดผลตามมาคือ รัฐโดยพรรคการเมืองทำให้พรรคการเมืองมีส่วนอย่างสำคัญในการสร้างเจตจำนงของประชาชนหรือเจตจำนงโดยรวมของสังคม[15] ในรัฐที่พรรคการเมืองมีบทบาทสำคัญในการการปกครองพรรคการเมืองพยายามจะสร้างระบบอุปถัมภ์ต่อระบบข้าราชการหรือทำให้เกิดระบบข้าราชการโดยพรรคการเมือง และไม่อาจเป็นการกล่าว

---

[15] Manfred G. Schmidt, Demokratietheorie, 4. Aufl., VS Verlag 2008, p.357

เกินเลยไปว่ารัฐที่ปกครองโดยพรรคการเมืองถือว่าเป็นความเสื่อมของสาธารณรัฐ และถือว่าเป็นความเติบโตที่ขัดต่อหลักประชาธิปไตยของการปกครองโดยผู้นำพรรคการเมือง เกี่ยวกับประเด็นข้อพิจารณาดังกล่าวโครงสร้างของรัฐที่ปกครองโดยพรรคการเมืองทำให้เกิดการสมยอมกันของผู้นำพรรคการเมืองและก่อให้เกิดชนชั้นทางการเมืองขึ้น ดังนั้น การศึกษาค้นคว้าในทางรัฐศาสตร์จึงต้องพิจารณาใคร่ครวญถึงการเป็นประชาธิปไตยโดยพรรคการเมืองอย่างพินิจพิเคราะห์

2.2.2 ประชาธิปไตยกับความเห็นชอบ

ในการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับประชาธิปไตยประเด็นหนึ่งที่ Lijphart ได้มีการศึกษาเปรียบเทียบรูปแบบของประชาธิปไตย 2 รูปแบบ คือ ประชาธิปไตยแบบเวสต์มินสเตอร์หรือประชาธิปไตยเสียงข้างมาก (Westminster-oder Mehrheits-demokratie) กับประชาธิปไตยแบบฉันทามติ (Konsensusdemokratie) ซึ่งในที่นี้จะได้ศึกษาเปรียบเทียบประชาธิปไตยในมิติดังกล่าว[16]

2.2.2.1 ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมาก

ตามทัศนะของ Lijphart เห็นว่า ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากมีลักษณะที่สำคัญ 10 ประการ ดังนี้ (1) การรวมศูนย์ของอำนาจของฝ่ายบริหารอยู่ในมือของพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียวที่มีเสียงข้างมากในสภา (2) ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือรัฐสภา (3) ระบบพรรคการเมืองเป็นระบบสองพรรค (4) ระบบการเลือกตั้งใช้ระบบเสียงข้างมาก (5) มีระบบกลุ่มผลประโยชน์ที่หลากหลายในสังคม (6) รัฐนั้นมีลักษณะเป็นรัฐที่รวมศูนย์ (7) ใช้ระบบสภาเดียว (8) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใช้เสียงข้างมากแบบธรรมดา หรือมิฉะนั้นเป็นรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญแบบจารีต (9) การตัดสินใจขั้นสุดท้ายในกระบวนการตรากฎหมายอยู่ที่รัฐสภา และ (10) ธนาคารกลางมักขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหาร

2.2.2.2 ประชาธิปไตยแบบฉันทามติ

ตามทัศนะของ Lijphart เห็นว่าประชาธิปไตยแบบฉันทามติมีลักษณะที่สำคัญ 10 ประการ ดังนี้ (1) มีการแบ่งอำนาจในการบริหารให้กับพรรคการเมืองที่ร่วมรัฐบาล (2) มีการถ่วงดุลอย่างมีดุลยภาพระหว่างอำนาจบริหารกับอำนาจนิติบัญญัติ (3) เป็นระบบหลายพรรค (4) ใช้ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วน (5) ใช้ระบบความร่วมมือ

---

[16] Ibid, p.319

เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับภาคประชาสังคม (6) โครงสร้างของรัฐเป็นรัฐกระจายอำนาจหรือสหพันธรัฐ (7) ใช้ระบบสองสภาโดยแต่ละสภามีอำนาจเท่าเทียมกัน (8) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากโดยต้องได้เสียงข้างมากเด็ดขาด (9) มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ (10) มีรัฐบาลกลางที่เป็นอิสระ ความแตกต่างระหว่างประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากกับประชาธิปไตยแบบฉันทามติตามทัศนะของ Lijphart นั้นมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากมักเป็นรัฐที่รวมศูนย์อำนาจ โดยประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากจะใช้ระบบรัฐสภาเสียงข้างมากและรัฐบาลค่อนข้างมีอิสระในการตัดสินใจทางการเมือง ในทางตรงกันข้ามกับประชาธิปไตยแบบฉันทามติรัฐที่ใช้ประชาธิปไตยแบบนี้มักเป็นรัฐที่มีการแบ่งอำนาจ โดยประชาธิปไตยแบบฉันทามติมีความมุ่งหมายให้มีการกระจายอำนาจในการปกครอง เพื่อให้เกิดความมั่นใจและเพื่อเป็นการคานอำนาจกับเสียงข้างมากของรัฐสภาและเป็นการคานอำนาจกับฝ่ายบริหาร ประชาธิปไตยแบบฉันทามติต้องการจะให้โอกาสแก่ฝ่ายข้างน้อยในการเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจด้วย เช่น การให้อำนาจในการยับยั้ง อำนาจในการโต้แย้ง หรือการกำหนดให้ใช้เสียงข้างมากเด็ดขาดหรือเอกฉันท์

จากการศึกษาของ Lijphart ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 ใน 36 ประเทศที่เป็นเสรีประชาธิปไตย โดย Lijphart มีข้อสังเกตที่สำคัญ 4 ประการ ดังนี้

(1) ประชาธิปไตยมิได้มีเพียงรูปแบบเดียว หากแต่มีประชาธิปไตยที่เกี่ยวพันกับโครงสร้างที่มีความแตกต่างหลากหลายอยู่มากมาย

(2) ความแตกต่างที่จะต้องกล่าวถึงเป็นพิเศษระหว่างประชาธิปไตยเสียงข้างมากกับประชาธิปไตยแบบฉันทามติ คือ บางรัฐให้ความสำคัญกับประชาธิปไตยเสียงข้างมาก เช่น อังกฤษ แต่บางรัฐให้ความสำคัญกับประชาธิปไตยแบบฉันทามติ เช่น สวิสเซอร์แลนด์ สำหรับกลุ่มที่สามมีลักษณะของการผสมผสาน เช่น เยอรมนี

(3) ไม่เพียงแต่ความแตกต่างระหว่างประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากกับประชาธิปไตยแบบฉันทามติจะมีความสำคัญเท่านั้น แต่ยังมีความแตกต่างระหว่างประชาธิปไตยรัฐเดี่ยว รัฐรวมศูนย์ และรัฐที่เป็นสหพันธ์อีกด้วย งานศึกษาของ Lijphart ครอบคลุม 4 ประเภท กล่าวคือ ก) ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากของรัฐเดี่ยว (อังกฤษ) ข) ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากของสหพันธรัฐ (สหรัฐอเมริกา) ค) ประชาธิปไตย

แบบฉันทามติของรัฐเดี่ยว (รัฐทางตอนเหนือของยุโรปและประเทศในกลุ่มเบเนลักซ์) และ ง) ประชาธิปไตยแบบฉันทามติของสหพันธรัฐ (อิตาลี, เยอรมนี, ออสเตรีย, สวิสเซอร์แลนด์)

(4) รูปแบบของประชาธิปไตยที่แตกต่างกันทำให้เกิดความแตกต่างในการทำภารกิจของรัฐด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นปัญหาในเรื่องนโยบายในทางเศรษฐกิจ การเมือง และนโยบายเพื่อความมั่นคงปลอดภัยภายในประเทศ ในประเด็นเหล่านี้การใช้ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากจะไม่ดีกว่าประชาธิปไตยแบบฉันทามติ หรือในกรณีนโยบายทางสังคมก็เช่นกันประชาธิปไตยแบบฉันทามติทำหน้าที่ได้ดีกว่าประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากซึ่งเป็นการดำเนินการในลักษณะที่เป็นมิตรและมีความอ่อนโยนต่อสังคม เช่น การมีค่าใช้จ่ายเพื่อนโยบายในทางสังคมที่เพิ่มขึ้น ประเด็นปัญหาเหล่านี้รัฐบาลของประชาธิปไตยแบบฉันทามติประสบความสำเร็จในการต่อสู้กับปัญหาเงินเฟ้อมากกว่ารัฐบาลของประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากงานศึกษารูปแบบประชาธิปไตยของ Lijphart ไม่เพียงแต่มุ่งที่จะอธิบายถึงโครงสร้างของประชาธิปไตยสมัยใหม่เท่านั้น แต่งานศึกษาของ Lijphart ยังมีส่วนในการตอบคำถามว่า รูปแบบประชาธิปไตยแบบใดที่สอดคล้องเหมาะสมกับสังคมใดสังคมหนึ่ง ประชาธิปไตยแบบเสียงข้างมากย่อมสอดคล้องเหมาะสมกับประเทศที่มีสังคมความกลมเกลียวกันหรือสังคมที่ไม่มีความแตกแยกขัดแย้ง สังคมที่ไม่การแบ่งชนชั้น สังคมที่ไม่มีแบ่งแยกชนกลุ่มน้อย ดังนั้น ในสังคมที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมในประเทศเหล่านี้ประชาธิปไตยแบบฉันทามติจะเป็นหลักการที่จะทำให้เกิดการรวมกันในทางสังคม รวมทั้งการสร้างเจตจำนงทางการเมืองและการตัดสินปัญหาร่วมกัน

2.2.3 ประชาธิปไตยกับรูปแบบของรัฐบาล (form of government)

ประชาธิปไตยกับรูปแบบของรัฐบาลมีรูปแบบพื้นฐานที่สำคัญคือ ประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (die parlamentarische Demokratie) กับประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี (die praesidentielle Demokratie) ทั้งสองรูปแบบนี้มีความแตกต่างที่สำคัญคือ การถอดถอนรัฐบาลโดยรัฐสภาได้[17] ในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาสาระสำคัญของฝ่ายบริหารหรือการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารย่อมขึ้นอยู่กับ

[17] Manfred G. Schmidt, Demokratietheorie, 4. Aufl., VS Verlag 2008, p.292

ความไว้วางใจของเสียงข้างมากในสภา โดยทั่วไปแล้ว ประชาธิปไตยแบบรัฐสภานั้นแน่นอนว่าผลประโยชน์ของเสียงข้างมากในสภาและรัฐบาลนั้นมีความสัมพันธ์กัน ดังนั้น การไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยสภาจึงเป็นเรื่องที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง ไม่ถือเป็นหลักทั่วไป เหตุผลพื้นฐานก็เพราะว่า รูปแบบของประชาธิปไตยแบบนี้นั้นรัฐบาลย่อมมาจากรัฐสภาและกลุ่มการเมืองของพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลย่อมจะต้องพยายามในการที่จะรักษาอำนาจไว้กับพรรคการเมืองฝ่ายตน ดังนั้นพรรคการเมืองเหล่านั้นจะต้องทำให้เกิดเสถียรภาพและทำให้การดำรงอยู่ของรัฐบาลสามารถอยู่ได้จนครบวาระ

ในขณะที่ระบบประธานาธิบดีมีลักษณะในทางตรงกันข้ามรัฐบาลและรัฐสภามีความอิสระต่อกัน วาระของประธานาธิบดีโดยทั่วไปแล้วย่อมมีวาระตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และเสียงข้างมากของรัฐสภาไม่สามารถที่จะถอดถอนประธานาธิบดีได้ยกเว้นกรณีที่ประธานาธิบดีอาจถูกฟ้องให้พ้นจากตำแหน่งอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวแล้วรัฐสภาหรือเสียงข้างมากของรัฐสภามิอาจมีผลให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบอบประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี คือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีลักษณะที่สำคัญของระบบประธานาธิบดี ดังนี้ (1) การที่รัฐบาลไม่สามารถถูกถอดถอนได้ถือว่าเป็นลักษณะสำคัญของระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี (2) ฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยประมุขของรัฐและหัวหน้ารัฐบาล รวมอยู่ในบุคคลเดียวกันของประธานาธิบดี (3) มีการเลือกประธานาธิบดีโดยตรงหรือเลือกโดยทางอ้อมผ่านตัวแทนในการเลือกประธานาธิบดี (4) ส่วนใหญ่ถือหลักห้ามมิให้ฝ่ายบริหารเป็นสมาชิกรัฐสภาในเวลาเดียวกัน (das Gebot der Inkompatibilitaet) (5) ห้ามมิให้หัวหน้าฝ่ายบริหารยุบสภา (6) ความอิสระของพรรคการเมืองต่อหัวหน้าฝ่ายบริหารและมีระบบวินัยพรรคการเมืองที่ไม่เข้มงวด และ (7) ระบบพรรคการเมืองมีโครงสร้างแบบหลวม ๆ

ในขณะระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภามีลักษณะในทางตรงกันข้าม การไม่ไว้วางใจรัฐบาลโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นการถ่วงดุลกันระหว่างเสียงข้างมากของรัฐสภาด้านหนึ่งกับฝ่ายค้านอีกด้านหนึ่ง ดังนั้น ในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาแท้จริงแล้วมิใช่การเผชิญหน้าระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล ดังเช่นระบบรัฐสภาในยุคเริ่มต้น หากแต่เป็นการเผชิญหน้าระหว่างฝ่ายค้านในรัฐสภาด้านหนึ่งกับเสียงข้างมากของรัฐสภาอีกด้านหนึ่ง

สำหรับพื้นฐานของความชอบธรรมทางกฎหมายมีความแตกต่างกันระหว่างระบบรัฐบาลแบบรัฐสภากับระบบประธานาธิบดี ระบบรัฐบาลแบบรัฐสภามีลักษณะความชอบธรรมทางกฎหมายแบบธรรมดา ในขณะที่ระบบประธานาธิบดีมีความชอบธรรมทางกฎหมายสองระดับ ในระบบรัฐสภาฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีพื้นฐานของความชอบธรรมทางกฎหมายร่วมกันเพียงระดับเดียว ในขณะที่ระบบประธานาธิบดีนั้นรัฐสภาก็มีความชอบธรรมทางกฎหมายโดยการเลือกรัฐสภา ส่วนประธานาธิบดีก็มีความชอบธรรมโดยผ่านการเลือกประธานาธิบดีโดยตรงเป็นพื้นฐานความชอบธรรมทางกฎหมายของตนเอง

ประชาธิปไตยแบบรัฐสภากับประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดีถือว่าเป็นรูปแบบพื้นฐานของเสรีประชาธิปไตยโดยรูปแบบพื้นฐานทั้งสองรูปแบบอาศัยมาตรการกลไกระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีความแตกต่างกัน 4 ประการ คือ ก) การสามารถถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ข) การเลือกโดยทางตรงหรือโดยวิธีอื่นในการเลือกประธานาธิบดี ค) การกำหนดวาระหรือไม่กำหนดวาระของรัฐสภาและของประธานาธิบดี และ ง) การมีหรือไม่มีอำนาจในการวีโต้ของประธานาธิบดีในกระบวนการตรากฎหมาย

ระบบของรัฐบาลอาจแยกระบบรัฐบาลในรูปแบบสาธารณรัฐกับรูปแบบของราชอาณาจักร รูปแบบของรัฐบาลแบบราชอาณาจักรคือรูปแบบที่นายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่เป็นผู้นำในการบริหาร ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐโดยผูกพันกับพระมหากษัตริย์ ตัวอย่างเช่น เบลเยียม เดนมาร์ก อังกฤษ เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ และสวีเดน ส่วนรูปแบบของสาธารณรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกระหว่างประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กลุ่ม กลุ่มแรกเป็นการใช้อำนาจบริหารร่วมกันโดยแบ่งอำนาจบริหารให้สมดุลระหว่างประมุขของรัฐกับหัวหน้าของฝ่ายบริหาร เช่น อิตาลี กลุ่มที่สอง เป็นการแบ่งอำนาจที่ให้หัวหน้าฝ่ายบริหารมากกว่าประมุขของรัฐซึ่งทำให้หัวหน้าฝ่ายบริหารมีบทบาทที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน ตัวอย่างเช่น เยอรมนี หรือเรียกว่าประชาธิปไตยแบบคานซเลอร์ (Kanzlerdemokratie) กลุ่มที่สามเป็นกลุ่มที่ให้อำนาจในการบริหารอยู่ที่ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีมีบทบาทน้อยในการบริหารราชการแผ่นดิน ตัวอย่างเช่น ฝรั่งเศสช่วงสาธารณรัฐที่ 5, เยอรมนีช่วงรัฐธรรมนูญไวมาร์, กรีซ กลุ่มที่สี่ กลุ่มที่ให้อำนาจมากกับฝ่ายสภา เช่น ฝรั่งเศสช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากประชาธิปไตยแบบรัฐสภาและแบบประธานาธิบดีแล้วยังมีระบบกึ่งประธานาธิบดี ฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบกึ่งประธานาธิบดี ฝ่ายบริหารของระบบกึ่งประธานาธิบดีประกอบด้วยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี ประธานาธิบดีแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีแต่ประธานาธิบดีไม่สามารถปลดนายกรัฐมนตรีได้ การให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น แต่ประธานาธิบดีย่อมมีอำนาจยุบสภาได้และจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่เพื่อแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีใหม่ได้ ในประเทศฝรั่งเศสประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีมีภารกิจที่จะต้องดำเนินการร่วมกันหลายเรื่อง แต่โดยทั่วไปแล้ว ประธานาธิบดีจะมีอำนาจครอบงำฝ่ายบริหาร แต่อาจเกิดกรณีที่ประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรีมาจากพรรคการเมืองคนละขั้วก็ได้ เช่น ช่วง ค.ศ. 1993-1995 ประธานาธิบดีมาจากฝ่ายซ้ายส่วนนายกรัฐมนตรีมาจากฝ่ายขวา หรือในช่วง ค.ศ. 1997-2002 มาจากฝ่ายขวาส่วนนายกรัฐมนตรีมาจากพรรคฝ่ายซ้าย กรณีเหล่านี้จึงถูกบังคับให้ต้องบริหารประเทศร่วมกันที่เรียกว่า “Kohabitation” ประธานาธิบดีของฝรั่งเศสแม้ว่าจะต้องร่วมบริหารประเทศร่วมกับนายกรัฐมนตรี แต่ประธานาธิบดีของฝรั่งเศสก็มีสถานะที่เข้มแข็ง เพราะประธานาธิบดีมาจากการเลือกโดยตรงของประชาชน ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงมีอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี มีอำนาจที่จะยุบสภาได้ รวมทั้งมีอำนาจเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายระหว่างประเทศ มีอำนาจในทางทหาร จากลักษณะดังกล่าวจึงไม่อาจจัดฝรั่งเศสอยู่ในกลุ่มประชาธิปไตยแบบรัฐสภา แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจจัดเป็นประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดี ระบบรัฐบาลของฝรั่งเศสจึงเป็นระบบผสม ลักษณะประชาธิปไตยแบบผสมดังกล่าวนั้นมิใช่เพียงฝรั่งเศสเท่านั้น หากแต่ยังมีหลายประเทศที่ลักษณะเป็นประชาธิปไตยแบบผสม โดย Duverger เห็นว่าลักษณะของการผสมผสานนั้นประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ 3 ประการ คือ ก) การเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงจากประชาชน ข) อำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดี และ ค) การบริหารร่วมกันกับนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่น ๆ ซึ่งอาศัยการสนับสนุนจากรัฐสภา และอาจถูกถอดถอนได้โดยประธานาธิบดี

2.3 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) กับ “ประชาธิปไตย”

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง 2.3.1 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) และ 2.3.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.3.1 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism)

แนวคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวคิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร วางโครงสร้างพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครอง และการวางโครงสร้างของสถาบันการเมือง ตลอดจนความสัมพันธ์ขององค์กรดังกล่าว รวมทั้งการจัดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ส่วนจะจัดวางโครงสร้างสถาบันการเมืองแบบใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับอุดมการณ์ทางการเมืองเป็นเบื้องต้น เช่น อุดมการณ์แบบเสรีประชาธิปไตย หรืออุดมการณ์ของระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวแบบคอมมิวนิสต์ ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างก็ใช้รัฐธรรมนูญวางโครงสร้างพื้นฐานของระบบการปกครองทั้งสิ้น ดังนั้น “รัฐธรรมนูญ” จึงไม่ใช่เครื่องมือของฝ่ายเสรีประชาธิปไตยเท่านั้น เพียงแต่รัฐธรรมนูญมีพัฒนาการมาจากฝ่ายเสรีประชาธิปไตย ดังนั้น หากกล่าวเฉพาะในฝ่ายเสรีประชาธิปไตย เมื่อใช้รัฐธรรมนูญจัดวางโครงสร้างพื้นฐานของระบบการปกครอง ประเด็นที่จะเกี่ยวโยงกับการจัดโครงสร้างสถาบันการเมือง คือ จะอาศัย “รูปแบบรัฐบาล” (form of government) รูปแบบใดในการจัดโครงสร้างสถาบันการเมืองซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบหลักคือ (1) ระบบรัฐสภา (2) ระบบประธานาธิบดี (3) ระบบกึ่งประธานาธิบดี หากกล่าวถึง 3 ระบบนี้ ระบบรัฐสภาไม่ใช่ระบบที่ใช้แนวคิดรัฐธรรมนูญในการออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองของอังกฤษ แต่ระบบรัฐสภาเป็นระบบที่อาศัยความขัดแย้ง การต่อสู้ระหว่างกษัตริย์กับขุนนางและพัฒนามาสู่การเกิดขึ้นของสถาบันรัฐสภา ในปัจจุบัน ส่วนระบบรัฐสภาและระบบกึ่งประธานาธิบดี เป็นระบบที่อาศัยการออกแบบของบรรดานักคิดและได้วางโครงสร้างสถานบันการเมืองโดย “ประธานาธิบดีอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นฐานของการออกแบบ”

ตามแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้แบ่งวิวัฒนาการของ Constitutionalism อาจแบ่งออกเป็นยุคใหญ่ได้ 4 ยุค[18] ดังนี้ **ยุคแรก** การเริ่มต้นของการเขียนรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2330) **ยุคที่สอง** รัฐธรรมนูญของสหภาพโซเวียตในปี ค.ศ. 1918 (พ.ศ. 2461) **ยุคที่สาม** รัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรป หลังสงครามโลกครั้งที่สอง **ยุคที่สี่** หลังจากที่สหภาพโซเวียตล่มสลายลงในปี ค.ศ. 1991 (พ.ศ. 2534) ในที่นี้จะกล่าวถึงยุคที่สำคัญคือ ยุคแรก และยุคที่สาม ซึ่งเป็นยุคที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อพัฒนาการในปัจจุบันนี้

---

[18] อมร จันทรสมบูรณ์, ปฏิรูปการณ์เมืองไทย: หลงทางหรือไร้จุดหมาย, รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า 121.

ยุคแรก การเริ่มต้นของการเขียนรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1787 (พ.ศ. 2330) แนวความคิดของ Constitutionalism เกิดขึ้นจากการเขียนรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยคณะผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดโครงสร้างของรัฐธรรมนูญแบบสาธารณรัฐ ผลงานดังกล่าวถือว่าเป็นผลงานของ George Washington โดยมี "คณะทำงาน" ที่มีผู้มีความสามารถอยู่เพียงไม่กี่ท่าน เช่น Thomas Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison เป็นต้น ผู้กำหนดโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้วางโครงสร้างพื้นฐานไว้อย่างไร

(1) แบ่งอำนาจการบริหารประเทศออกเป็น 2 ส่วน คือ เป็นอำนาจของสหรัฐส่วนหนึ่งและเป็นอำนาจของมลรัฐส่วนหนึ่ง

(2) สร้างระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ ระหว่างอำนาจของประธานาธิบดีซึ่งมีอำนาจทางบริหารกับอำนาจของสภาครองเกรส และให้มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างประธานาธิบดีกับวุฒิสภา ในด้านการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และการแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง

(3) สร้างกลไกศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา โดยมีระบบการแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาโดยให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอและต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา

(4) สร้างกลไก impeachment ซึ่งเป็นโทษทางวินัยของนักการเมืองและข้าราชการสำหรับการกระทำผิดต่าง ๆ โดยให้สภาผู้แทนฯเป็นผู้ริเริ่มกล่าวหา และให้วุฒิสภาเป็นองค์กรวินิจฉัย

(5) ระบบการพิจารณา "คดีอาญา" ในศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติหลักประกันว่าต้องพิจารณาโดยมี "ลูกขุน" เพื่อคานอำนาจของผู้พิพากษา

แนวความคิดในการใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกที่เป็น infra - structure ของรัฐ ที่เรียกกันว่า "constitutionalism" นั้นมีต้นกำเนิดจากกลุ่มผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (framers) โดยที่ในขณะนั้นแนวความคิดในเรื่อง "ประชาธิปไตย" ยังไม่ปรากฏในขณะที่ยกร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ถึงแม้สหรัฐอเมริกาจะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้งแล้วก็ตาม แต่ส่วนที่เป็นโครงสร้างสถาบันการเมืองและระบบการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวก็ยังดำรงอยู่ และนี่คือความสำเร็จในการใช้รัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานการปกครองและ

ออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองของสหรัฐอเมริกา และจะเป็นแนวทางให้กับประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา

ยุคที่สอง รัฐธรรมนูญของสหภาพโซเวียตในปี ค.ศ. 1918 (พ.ศ. 2461) ระบบของประเทศคอมมิวนิสต์ปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะถือว่าแหล่งอำนาจมีเพียงแห่งเดียวคือประชาชน การจัดสถาบันการเมืองจึงจัดลำดับเรียงจากอำนาจสูงสุดไปสู่อำนาจที่ต่ำกว่า สภานิติบัญญัติเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุด รองลงมา คือ สภาบริหารของสภานิติบัญญัติ (The Presidium) ส่วนคณะรัฐมนตรีอยู่ในลำดับสุดท้าย

ยุคที่สาม รัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรป หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ในยุคที่สามนั้นอาจแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 การปฏิรูปการระบบการเมืองในยุโรป และส่วนที่ 2 การอาศัย “รัฐธรรมนูญ” เป็นการประกาศเอกราชของประเทศที่เคยอยู่ภายใต้อาณานิคมของตะวันตกหรือการตั้งประเทศใหม่

ส่วนที่ 1 การปฏิรูปการระบบการเมืองในยุโรป ประเทศที่มีบทบาทหลักในการปฏิรูประบบการเมือง “แบบรัฐสภา” คือ เยอรมนีและฝรั่งเศส ทั้งสองประเทศล้วนใช้ “ระบบรัฐสภา” แต่นำไปสู่ภาวะวิกฤตทั้งสองประเทศ สาเหตุของวิกฤตของระบบรัฐสภาเกิดจากระบบรัฐสภาดั้งเดิมเป็นระบบสองอำนาจ แต่เมื่อเกิดพรรคการเมืองขึ้นทำให้ระบบรัฐสภากลายเป็นระบบอำนาจเดียวซึ่งเป็นสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นในเยอรมนี ในอีกด้านหนึ่งระบบรัฐสภามีปัญหาเรื่องการมีผู้นำทางบริหารที่เข้มแข็งที่แตกต่างจากระบบประธานาธิบดีซึ่งเป็นระบบที่สร้างผู้นำให้มีความเข้มแข็งในการบริหารประเทศ สภาวะดังกล่าวเป็นสภาพการณ์ของระบบรัฐสภาในประเทศฝรั่งเศส ทั้งสองประเทศอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมปฏิรูประบบการเมืองใหม่ โดยเยอรมนีสร้าง “ระบบรัฐสภาแบบเยอรมัน” และฝรั่งเศสสร้าง “ระบบกึ่งประธานาธิบดี” กลายเป็นแบบอย่างของโลกทั้งสองประเทศ

1.1 วิกฤต “ระบบรัฐสภา” ในเยอรมนี ภายหลังจากฮิตเลอร์ขึ้นสู่อำนาจ รัฐสภาได้แก้ไขรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎหมายได้เอง การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องอาศัยเสียง 2 ใน 3 ซึ่งหมายความว่า การที่ฮิตเลอร์ขึ้นสู่เผด็จการได้ก็โดยการอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภานั่นเอง การขึ้นสู่เผด็จการของฮิตเลอร์มีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดสงครามครั้งที่ 2 ขึ้น ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศเยอรมนีต้องอยู่ภายใต้การดูแลของฝ่ายสัมพันธมิตร ในส่วนของเยอรมนีตะวันตกอยู่

ภายใต้การดูแลของประเทศในฝ่ายเสรีประชาธิปไตย จึงได้เริ่มกระบวนการในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยมีการตั้ง “คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมา 1 ชุด ประเด็นที่ “คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ” ได้สรุปสภาพปัญหาที่สำคัญคือ ปัญหาของ “ระบบรัฐสภา” ที่ขาดองค์กรในการถ่วงดุลกับเสียงข้างมากของรัฐบาล และประเด็นต่อมา คือ รัฐธรรมนูญขาดกลไกในการปกป้องตนเอง จากสภาพปัญหาดังกล่าวนี้เองจึงนำมาสู่การออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองใหม่โดยมีกรอบคิดในการออกแบบ ดังนี้ (1) ไม่ถือ “หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” แต่ให้ถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” (2) อำนาจของรัฐสภาย่อมถูกผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ การที่เสียงข้างมากกระทำการใด ๆ ที่อาจจะเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายข้างน้อยย่อมเสนอเรื่องให้องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบเพื่อทำการตรวจสอบได้ (3) สร้างองค์กรเพื่อตรวจสอบเสียงข้างมากของรัฐสภา โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบดังกล่าว และ (4) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เป็นหัวใจสำคัญของการปฏิรูประบบการเมืองของเยอรมนี โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิทักษ์กติกานิติรัฐ ประชาธิปไตย และหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ คุ้มครองฝ่ายข้างน้อยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การปรับโครงสร้างทางการเมืองของเยอรมนีโดยรัฐธรรมนูญ 1949 ถือเป็นการปฏิรูประบบรัฐสภาที่เป็นระบบอำนาจเดี่ยว กล่าวคือ อำนาจในทางบริหารและอำนาจในทางนิติบัญญัติเป็นอำนาจของพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา จากปัญหาของระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยวนี้เองที่นำไปสู่การทำให้เกิด “เผด็จการรัฐสภา” ในเยอรมนี ดังนั้น การสร้างศาลรัฐธรรมนูญมาถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมาก และให้ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหลาย การปฏิรูปการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ 1949 ของเยอรมนีก่อให้เกิดผลอย่างน้อย 2 ประการ คือ ก. ทำให้ “ระบบรัฐสภา” อาจถูกออกแบบให้แตกต่างไปจาก “ระบบรัฐสภา” ของอังกฤษได้ และการออกแบบของเยอรมนีเป็นการออกแบบเพื่อแก้ปัญหาจุดอ่อนของระบบรัฐสภาที่เคยเกิดขึ้นในเยอรมนี ข. ทำให้เกิด “ศาลรัฐธรรมนูญ” แนวใหม่ที่เรียกว่า “เยอรมันโมเดล” ซึ่งแตกต่างไปจากแนวทางเดิมที่เป็นแบบ “ออสเตรียโมเดล” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งแรกของโลกเกิดขึ้นที่ออสเตรีย ในทศวรรษ 1920 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่เพียงตรวจสอบว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานั้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

ความสำเร็จของประเทศเยอรมนีได้กลายเป็นแบบอย่างให้ประเทศต่าง ๆ สร้างกลไกของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมาก โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ "ระบบรัฐสภา" เพราะลำพังฝ่ายข้างน้อยไม่สามารถที่จะถ่วงดุลกับเสียงข้างมากได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นองค์กรที่สร้างดุลยภาพอำนาจระหว่างฝ่ายต่าง ๆ นี่คือความสำเร็จของการใช้ "แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม" ในการสร้างดุลยภาพให้กับสถาบันการเมือง

1.2 ความไร้เสถียรภาพของ "ระบบรัฐสภา" ในฝรั่งเศส ภายใต้รัฐธรรมนูญ 1946 หรือในช่วงสาธารณรัฐที่ 4 ฝรั่งเศสใช้ "ระบบรัฐสภา" แต่โดยที่ระบบพรรคการเมืองของฝรั่งเศสในการจัดตั้งรัฐบาลเป็นรัฐบาลผสมหลายพรรค ความอ่อนแอของรัฐบาลผสมนำไปสู่การไม่สามารถแก้ไขภาวะวิกฤตของความขัดแย้งได้ ในภาวะวิกฤตดังกล่าวจึงมีการไปเชิญนายพลเดอโกลด์ให้เข้ามาแก้ปัญหาวิกฤตโดยการปฏิรูประบบการเมืองใหม่ นายพลเดอโกลด์ได้วางกรอบสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 โดยมีกรอบความคิดที่สำคัญ 5 ประการ คือ (1) ฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารมาจากการเลือกตั้งทั่วไป (2) รัฐสภาและรัฐบาลเป็นอิสระต่อกัน และสามารถปฏิบัติภารกิจของตนภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองได้ (3) รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา (4) ฝ่ายตุลาการต้องเป็นอิสระ (5) รัฐธรรมนูญกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสาธารณรัฐกับประชาชน

หากพิเคราะห์หลักการสำคัญ 5 ประการข้างต้นของนายพลเดอโกลด์แล้ว หลักการสำคัญที่เป็นการออกแบบจะเป็นหลักการตาม (1) (2) และ (3) ส่วนหลักการที่ (4) และ (5) ถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของประเทศเสรีประชาธิปไตย ประเด็นคำถามเบื้องต้น คือ มีเหตุผลอะไรที่นายพลเดอโกลด์ จึงวางหลักการไว้เช่นนั้น การออกแบบดังกล่าวย่อมเป็นผลมาจากสภาพพื้นฐานปัญหาของระบบการเมืองของฝรั่งเศส กล่าวคือ ระบบการเมืองประกอบด้วยพรรคเล็กพรรคน้อยจำนวนมาก และการจัดตั้งรัฐบาลต้องอาศัยพรรคการเมืองหลายพรรคทำให้รัฐบาลขาดเสถียรภาพ ในภาวะวิกฤตรัฐบาลขาดภาวะผู้นำที่แก้ปัญหาวิกฤตของประเทศ จากสภาพพื้นฐานดังกล่าวนี้เองจึงนำมาสู่การออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองใหม่ โดยนายพลเดอโกลด์ได้นำจุดแข็งของ 2 ระบบ คือ "ระบบรัฐสภา" และ "ระบบประธานาธิบดี" มาผสมผสานกัน จุดแข็งของ "ระบบประธานาธิบดี" คือ ระบบความเป็นผู้นำเดี่ยวของประธานาธิบดี ซึ่งเป็นส่วนที่ฝรั่งเศสขาดภาวะดังกล่าว

ในช่วงที่เกิดวิกฤตทางการเมือง ในขณะที่จุดแข็งของ “ระบบรัฐสภา” คือ การที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ดังนั้น หลักการของนายพลเดอโกลด์ข้อ (1) ฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารมาจากการเลือกตั้งทั่วไป และ (2) รัฐสภาและรัฐบาลเป็นอิสระต่อกันและสามารถปฏิบัติภารกิจของตนภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองได้ จึงเป็นหลักการที่มาจากระบบประธานาธิบดี ในขณะที่หลักการข้อ (3) รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา เป็นหลักการที่มาจากระบบรัฐสภา

จากกรอบคิดดังกล่าวนายพลเดอโกลด์ ได้ออกแบบระบบการเมืองใหม่ที่เรียกว่า “ระบบกึ่งประธานาธิบดี “ ดังนี้

ก. ฝ่ายบริหารประกอบด้วยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐและรัฐบาลโดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะรัฐบาล ก) ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงเป็นการเลือกตั้งทั่วไป โดยใช้ระบบเสียงข้างมากสองรอบ มีวาระ 5 ปี ข) นายกรัฐมนตรีได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีและแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

ข. ความสัมพันธ์ภายในฝ่ายบริหาร อำนาจของประธานาธิบดีโดยตรง เช่น การยุบสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, อำนาจในภาวะฉุกเฉิน, อำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นอำนาจที่เป็นความรับผิดชอบทางการเมืองของประมุขแห่งรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐบาล อำนาจของประธานาธิบดีมีภารกิจหลักคือ ภารกิจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและภารกิจในการป้องกันประเทศ ส่วนภารกิจทั่วไปเป็นภารกิจของนายกรัฐมนตรี

ค. ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

- อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภามีอำนาจเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ส่วนเรื่องอื่น ๆ เป็นอำนาจของรัฐบาลในการตรากฤษฎีกา
- สมาชิกสภาดำรงตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีได้ในขณะเดียวกัน
- สภานิติบัญญัติไม่มีส่วนในการให้ความเห็นชอบกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี หากแต่เป็นอำนาจประธานาธิบดี
- การควบคุมรัฐบาลโดยรัฐสภาอาจตั้งกระทู้ถามเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจา ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องเร่งด่วน หรือเรื่องผลประโยชน์ของชาติ

- การลงมติไม่ไว้วางใจ (มาตรา 49) สมาชิกสภานิติบัญญัติฯ เข้าชื่อไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 และมติไม่ไว้วางใจต้องเป็นมติเสียงข้างมากเด็ดขาด
- อำนาจในการยุบสภาเป็นอำนาจของประธานาธิบดี (มาตรา 12)

ความสำเร็จของนายพลเดอโกลด์ในการออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองใหม่ให้ฝรั่งเศสโดยการร่างรัฐธรรมนูญ 1956 เป็นการอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานที่ประสบความสำเร็จและสร้าง "รูปแบบของรัฐบาล" (form of government) ซึ่งเป็นรูปแบบใหม่ซึ่งไม่เคยปรากฏมาก่อน และสามารถแก้ไขปัญหาความไร้เสถียรภาพทางการเมืองของฝรั่งเศสได้ และสร้างดุลยภาพให้กับอำนาจทางการเมืองของฝรั่งเศสมาจนถึงปัจจุบันนี้

โดยสรุปแม้ประเทศในตะวันตกด้วยกันสภาพสังคมวิทยาคล้ายกัน รากฐานทางวัฒนธรรมเดียวกัน ศาสนาเดียวกัน แต่ก็ยังนำมาสู่บริบทบางประการที่แตกต่างที่มีผลสำคัญต่อการออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมือง ดังนั้น หากนำบริบทสังคมวิทยาการเมืองระหว่างตะวันตกและตะวันออกที่แตกต่างกันอย่างยิ่งมาเปรียบเทียบยิ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่สะท้อนให้เห็นว่า โครงสร้างทางการเมืองที่ออกแบบบนพื้นฐานของสังคมวิทยาแบบตะวันตกมีโอกาสยากที่จะประสบความสำเร็จบนพื้นฐานของสังคมวิทยาการเมืองแบบตะวันออก เว้นเสียแต่สังคมตะวันออกนั้น ๆ ได้พัฒนาใกล้เคียงกับสังคมแบบตะวันตกแล้ว

ส่วนที่ 2 การอาศัย "รัฐธรรมนูญ" เป็นการประกาศเอกราชของประเทศที่เคยอยู่ภายใต้อาณานิคมของตะวันตกหรือการตั้งประเทศใหม่

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในช่วงหลังสงครามโลกที่มีบทบาทสำคัญแต่มีมูลเหตุที่แตกต่างไปจากกลุ่มแรก คือ กลุ่มประเทศที่อยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศตะวันตกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ประกาศเอกราช สัญลักษณ์ของการเป็นเอกราชคือการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับที่สหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพจากอังกฤษโดยสหรัฐอเมริกาถือว่าตนปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงอยู่ในฐานะสูงสุด ตัวอย่างของประเทศเหล่านี้ได้แก่ อินเดีย อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ เป็นต้น ซึ่งการที่ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้อาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครอง และโครงสร้างสถาบันการเมืองนั้น กลุ่มประเทศเหล่านี้มีสภาพสังคมวิทยาการเมืองที่แตกต่างไปจากประเทศในทางตะวันตก ไม่ว่าจะเป็น

ระบบบริหารราชการแผ่นดิน ระบบการกระจายอำนาจ ระบบในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และระบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง รวมทั้งสภาพของประชาชนส่วนใหญ่ยังมีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับระบบอุปถัมภ์ในระดับใดระดับหนึ่ง ปัจจัยพื้นฐานเหล่านี้นี่เองที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของการออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองของประเทศในกลุ่มนี้ หากประเทศเหล่านี้ออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองให้สอดคล้องกับสภาพสังคมวิทยาการเมืองของประเทศนั้น ๆ ย่อมมีแนวโน้มว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเหล่านั้นจะมีความมั่นคงในการใช้บังคับ แต่หากประเทศใดต้องเปลี่ยนรัฐธรรมนูญบ่อยครั้งย่อมสะท้อนให้เห็นว่า การออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองของประเทศนั้นไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมวิทยาการเมือง ซึ่งในบทต่อไปจะได้ศึกษาสภาพสังคมวิทยาการเมืองของประเทศในทางตะวันออกประกอบกับการออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองว่ามีความสอดคล้องหรือไม่

กล่าวโดยสรุป แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นเพียงหลักการทั่วไปของการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในการวางโครงสร้างพื้นฐานของระบบการเมืองการปกครองและวางโครงสร้างของสถาบันการเมือง ส่วนประเด็นว่าจะวางโครงสร้างอย่างไรนั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าจะอาศัย “รูปแบบของรัฐบาล” แบบใด จะออกแบบระบบสภาแบบใด จะวางระบบการควบคุมตรวจสอบแบบใด ประเด็นเหล่านี้ย่อมมีความสัมพันธ์กับ “สภาพสังคมวิทยาการเมือง” ของแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนและต้องการองค์ความรู้และความสามารถในการออกแบบให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมวิทยาของประเทศนั้น ดังนั้น ลำพังองค์ความรู้หรือแนวคิดของประเทศตะวันตกเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอที่จะนำไปสู่การออกแบบโครงสร้างสถาบันการเมืองของประเทศในทางตะวันออกได้ การขาดความเข้าใจสภาพสังคมของประเทศนั้นจึงกลายเป็นจุดอ่อนสำคัญของประเทศในทางตะวันออกที่อาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ ซึ่งสภาพปัญหาดังกล่าวย่อมรวมถึงประเทศไทยด้วย

ยุคที่สี่ หลังจากที่สหภาพโซเวียตล่มสลายลงในปี ค.ศ. 1991 (พ.ศ. 2534)

สหภาพโซเวียตล่มสลายในปี ค.ศ. 1991 ทำให้สาธารณรัฐต่าง ๆ แบ่งแยกออกมาตั้งเป็นประเทศทั้งหมด 15 ประเทศ โดยหลักจากการแยกประเทศออกมาแล้วประเทศเหล่านี้ยังมีการรวมกลุ่มกันเป็น Commonwealth of Independent State (CIS) ยกเว้น เอสโตเนีย ลัตเวีย และลิทัวเนีย ประเทศที่แยกออกมาตั้งเป็นรัฐใหม่ 15 ประเทศ

ได้แก่ เอสโตเนีย, ลัตเวีย, ลิทัวเนีย, เบลารุส, ยูเครน, รัสเซีย, อาร์เมเนีย, อาเซอร์ไบจาน, คาซัคสถาน, คีร์กิซสถาน, มอลโดวา, ทาจิกสถาน, เติร์กเมนิสถาน, อุซเบกิสถาน และจอร์เจีย โดยประเทศใหม่ทั้ง 15 ประเทศนี้ได้อาศัยรัฐธรรมนูญวางโครงสร้างพื้นฐานการปกครองประเทศ โดยแต่ละประเทศได้วางโครงสร้างพื้นฐานการปกครองประเทศดังนี้

(1) ประเทศที่เกิดขึ้นใหม่หลังจากสหภาพโซเวียตล่มสลายทั้ง 15 ประเทศ เป็นประเทศ “สาธารณรัฐ”

(2) รูปแบบของรัฐบาล(form of government) ประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภามีจำนวน 12 ประเทศ ได้แก่ จอร์เจีย, มอลโดวา, อุซเบกิสถาน, คีร์กิซสถาน, คาซัคสถาน, อาร์เมเนีย, รัสเซีย, ยูเครน, เบลารุส, ลิทัวเนีย, เอสโตเนีย และ ลัตเวีย, ประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดีมีจำนวน 3 ประเทศ ได้แก่ เติร์กเมนิสถาน, ทาจิกสถาน และอาเซอร์ไบจาน,

(3) กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จำนวน 13 ประเทศ ได้แก่ จอร์เจีย, มอลโดวา, อุซเบกิสถาน, คีร์กิซสถาน, คาซัคสถาน, อาเซอร์ไบจาน, อาร์เมเนีย, รัสเซีย, ยูเครน, เบลารุส, ลิทัวเนีย และ ลัตเวียทาจิกสถาน (ใช้ระบบประธานาธิบดี)

กล่าวโดยสรุป ประเทศทั้ง 15 ประเทศ ที่แยกตัวออกมาจากสหภาพโซเวียตเดิมได้อาศัยรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานของการปกครองโดยใช้ระบบรัฐสภา 12 ประเทศ และใช้ระบบประธานาธิบดี 3 ประเทศ และกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญถึง 13 ประเทศ ในจำนวน 15 ประเทศ มีจำนวนถึง 12 ประเทศ ที่นำการวางโครงสร้างพื้นฐานของการปกครองของประเทศเยอรมนีมาใช้ในการเขียนรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ก. เป็นประเทศ “สาธารณรัฐ” ข. ประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ ค. รูปแบบของรัฐบาลใช้ “ระบบรัฐสภา และ ง. กำหนดให้มี “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรในการพิทักษ์กติกาของรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่า “ระบบรัฐสภาสมัยใหม่” ของเยอรมนีมีบทบาทสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการเขียนรัฐธรรมนูญของรัฐที่เกิดขึ้นใหม่ ๆ เพราะ “ระบบรัฐสภา” ของเยอรมนีเป็นระบบรัฐสภาที่มีการปรับเปลี่ยนจากระบบรัฐสภาของอังกฤษ เป็นระบบรัฐสภาที่มีความสมเหตุผลมากขึ้นและประการสำคัญทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงยิ่งขึ้น

จาก "แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม" (constitutionalism) นั้นจะเห็นได้ว่า "รัฐธรรมนูญ" มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการวางโครงสร้างพื้นฐานการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าประเทศใดอาศัยรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานในการปกครองประเทศแล้ว ประเทศนั้นจะมีระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะการมีรัฐธรรมนูญกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นคนละประเด็นกัน กล่าวคือ แม้ประเทศนั้นจะมีการปกครองโดยระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวแบบสังคมนิยม เช่นประเทศจีน แต่ประเทศจีนก็ยังมีรัฐธรรมนูญในการกำหนดโครงสร้างพื้นฐานการปกครองประเทศเช่นกัน หรือประเทศที่ปกครองโดยหลักศาสนา เช่น ประเทศอิหร่านมีรัฐธรรมนูญเรียกว่า "รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน" (Constitution of the Islamic Republic of Iran) ดังนั้นการอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นพื้นฐานในการวางโครงสร้างการปกครองกับการเป็นประชาธิปไตยจึงเป็นคนละประเด็น การจะพิจารณาว่าเป็นประชาธิปไตยหรือไม่จึงเป็นเรื่องของการวางโครงสร้างทางการเมืองอย่างไร กล่าวโดยทั่วไป บรรดารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยมักจะอาศัยหลักการต่อไปนี้เป็นพื้นฐานในการจัดโครงสร้างการปกครอง กล่าวคือ (1) หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (3) หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ (4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (5) หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ฯลฯ

จากการศึกษา เรื่องแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีประชาธิปไตยมีพื้นฐานสำคัญมาจากสหรัฐอเมริกาโดยสร้างระบบประธานาธิบดีขึ้นมา ต่อมารัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรปจึงใช้รัฐธรรมนูญวางโครงสร้างพื้นฐานใน "ระบบรัฐสภา" และเมื่อระบบรัฐสภามีปัญหาจึงมีการอาศัยรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานการปกครองใหม่ ซึ่งพัฒนาทำให้เกิด "ระบบรัฐสภาสมัยใหม่" แบบเยอรมนี ในขณะที่ฝรั่งเศสได้พัฒนาให้เกิด "ระบบกึ่งประธานาธิบดี" ขึ้น และเมื่อสหภาพโซเวียตล่มสลายเกิดประเทศใหม่ขึ้น 15 ประเทศในจำนวนนี้มีถึง 12 ประเทศที่ใช้แนวทางของรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีเป็นแนวทางในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงบทบาทและความสำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการเมืองการปกครองของประเทศต่าง ๆ

2.3.2 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) ประกอบด้วยเครื่องมือดังต่อไปนี้ (1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (Widerstandrecht) (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) (4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)[19]

(1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassungsänderung)

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงความเป็นเหตุผล ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐ และจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้นภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลาย จึงมีพื้นฐานและอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ และด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรจะแก้ไขให้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติสามารถจะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดาในกรณีของการแก้ไขกฎหมายย่อมมีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้วิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้เป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt)

(2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandrecht)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมีความสำคัญอย่างไร และหลักการดังกล่าวมีผลอย่างไรต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการตั้งคำถามถึงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ

---

[19] Starck Christain, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in : Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Baden-Baden, 1986, S อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560, หน้า 30

ความมั่นคงของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความผูกพันขององค์กรของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จึงเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิการต่อต้านซึ่งอย่างน้อยที่สุดย่อมมีความสำคัญในทางทฤษฎี สิทธิในการต่อต้านได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische Staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง ซึ่งปกครองโดยไม่ชอบแต่เห็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจกระทำได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยทรราช ในทางทฤษฎีเห็นว่าวัตถุประสงค์ของและความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของผู้ปกครองนั้นมีขอบเขตอยู่ที่ความเชื่อฟังของผู้อยู่ใต้ปกครอง แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาที่จะพิจารณาว่า กรณีนั้นเกินขอบเขตที่กำหนดไว้หรือไม่ เฉพาะในกรณีที่รุนแรงจริง ๆ เท่านั้น ที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการโดยผู้ปกครอง ซึ่งกรณีนี้การใช้สิทธิในการต่อต้านย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากมีปัญหาในเรื่องการใช้สิทธิในการต่อต้านในทางปฏิบัติย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากมีปัญหาในเรื่องการใช้สิทธิในการต่อต้านในทางปฏิบัติซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับว่า การใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้องอย่างชัดแจ้งนั้นซึ่งจะทำให้เกิดสิทธิในการต่อต้านนั้นอาจเกิดขึ้นได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้สิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรปตะวันตกจึงแยกออกจากการควบคุมอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ

(3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลัก checks and balances ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่การทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ การนำหลักการแบ่งแยกมาใช้ปรากฏอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญของอเมริกา ค.ศ. 1787 ความเป็นไปได้ของหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจนำไปใช้ได้อย่างหลากหลาย หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดี (ein Präsidialsystem) ย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้รัฐสภา (ein parlamentarisches Regierungssystem) สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมขึ้นอยู่กับว่า

หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้น ๆ มีประสิทธิผลต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจรัฐหรือไม่

(4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

พัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่ง ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มีความเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เองมีการขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย

การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยการให้ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงของศตวรรษที่ 19 นั้น หลักการดังนี้มิได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศในภาคพื้นยุโรป ในขณะที่ในอังกฤษยังคงถือหลักอธิปไตยของรัฐสภา (Parlamentssouveränität) ในฝรั่งเศสด้วยผลของเหตุการณ์ในทางการเมืองได้มีการแยกรัฐธรรมนูญกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Charten) ออกจากกัน และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของบทบัญญัติดังกล่าว ในทางปฏิบัติมิได้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน และอำนาจของตุลาการเป็นอำนาจที่ไม่เข้มแข็งนัก ในขณะที่ในประเทศเยอรมนีอำนาจในการปกครองของกษัตริย์มีข้อจำกัดโดยตัวแทนของประชาชน ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีที่สร้างให้อำนาจทั้งสองอยู่ในภาวะที่สมดุลกัน และเป็นโครงสร้างที่หลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในประเทศเยอรมนีจึงไม่มีความเป็นไปได้ในการพัฒนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาล

2.4 “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” กับแนวคิดว่าด้วย “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้”

โดยที่หลักการพื้นฐานของหลักประชาธิปไตยประการหนึ่งคือ หลักเสียงข้างมากเป็นหลักที่นำมาใช้ในการตัดสินใจในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันในสภา การใช้หลัก

เสียงข้างมากในสภานี้เองที่เป็นปัญหาของประชาธิปไตยในระยะเวลาต่อมา เนื่องจากการต่อสู้แข่งขันทางการเมืองที่เข้มข้นและรุนแรงขึ้น การอาศัยเสียงข้างมากของหลักประชาธิปไตยเป็นเครื่องมือในการตัดสินใจนำไปสู่การขยายอำนาจให้ฝ่ายการเมืองหรือพรรคพวกของฝ่ายการเมือง หรือนำไปสู่การทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเอง การอาศัยเสียงข้างมากของสภาหรือเสียงของประชาชนที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะ ก. การอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนเพื่อตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคล และ ข. การอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์พื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. การอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนเพื่อตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคล หรือที่เรียกว่า “plebiscite” เป็นการหารือราษฎรในการกระทำของบุคคลคนหนึ่งซึ่งราษฎรนับถืออยู่แล้ว เพราะคุณความดีที่ได้ทำมาเพื่อชาติบ้านเมือง หรือเพราะราษฎรได้ถูกชักจูงไปให้เห็นชอบโดยวิธีการโฆษณาชวนเชื่อนานประการ ดังนั้น “plebiscite” จึงแตกต่างไปจาก “referendum” หรือการลงประชามติ ซึ่งหมายถึงกรณีที่ประชาชนมาลงคะแนนแสดงประชามติในร่างกฎหมายธรรมดาเรื่องใดเรื่องหนึ่งทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการบางอย่าง หรือร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หรือเพียงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ ประชาชนจะลงคะแนนเป็นประชามติว่าจะรับร่างกฎหมายนั้นหรือไม่รับ และผลก็จะเป็นไปตามคะแนนของเสียงส่วนข้างมาก “referendum” จึงเป็นเรื่องของประชาธิปไตย ในขณะที่ “plebiscite” ไม่ใช่เรื่องของประชาธิปไตยทุกเรื่อง[20] กรณีตัวอย่างของ “plebiscite” ที่เคยเกิดขึ้น เช่น

- สาธารณรัฐฝรั่งเศส การลงคะแนนเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1802 ที่ให้ราษฎรชาวฝรั่งเศสมาออกเสียงเป็นประชามติในคำถามที่ว่า “นโปเลียนควรจะดำรงตำแหน่งกงสุลตลอดชีวิตหรือไม่ ?” เวลานั้นนโปเลียนดำรงตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลเป็นกงสุลที่ 1 ในจำนวนกงสุล 3 คน อยู่แล้ว แต่อยู่ในตำแหน่งได้คราวละ 10 ปี ตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ ผลของการลงคะแนนประชามติแบบนี้เป็นการแผ้วถางทางให้นโปเลียน โบนาปาร์ต รวบอำนาจเป็นกษัตริย์ต่อไป

---

[20] ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ: สารศึกษาการพิมพ์, 2524, หน้า 175

- สาธารณรัฐฝรั่งเศส การลงคะแนนเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1804 ราษฎรมาลงประชามติในคำถามที่ว่า “ประชาชนจะยอมให้มีการสืบราชสันตติวงศ์จักรพรรดิจากผู้สืบราชสกุลของพระเจ้านโปเลียน โบนาปาร์ตหรือไม่ ?” ซึ่งประชาชนก็ลงคะแนนเสียงประชามติให้เป็นจำนวนมาก

- เยอรมนีในสมัยฮิตเลอร์ เมื่อวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1939 หลังจากที่รวมออสเตรียเข้ามาในประเทศเยอรมนีแล้ว รัฐบาลนาซีได้จัดให้มีการทำ “plebiscite” ใหญ่โตทั่วทั้งเยอรมนีและออสเตรียรวมกัน โดยมีคำถาม 2 ข้อ คือ (1) ท่านเห็นชอบในการรวมออสเตรียเข้ากับไร้ช์เยอรมนี เมื่อวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ. 1939 หรือไม่ และ (2) ท่านยินดีลงคะแนนให้รายชื่อผู้แทน (ในสภาผู้แทนราษฎร) ของผู้นำของเราอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ หรือไม่ และปรากฏผลว่าในจำนวนผู้มาออกเสียง 49,316,791 คนนั้นมีผู้เห็นด้วยถึง 48,789,269 คน ซึ่งเท่ากับ 99.08 % ราษฎรผู้มาออกเสียงลงคะแนนมีหน้าที่แต่เพียงมาตอบว่าเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยเท่านั้น[21]

กล่าวโดยสรุป “plebiscite” เป็นการอาศัยเสียงของประชาชนให้ตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลดังกรณีตัวอย่างข้างต้น ซึ่งไม่ถือว่าเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย แม้จะอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ตาม

ข. เป็นการอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์พื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ก็คือกรณีที่อาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรืออาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาเพื่อให้อำนาจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งให้มีอำนาจนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งหรือ รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติกระบวนการตรวจสอบการกระทำเหล่านั้นไว้ การอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาในการดำเนินการดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และนำไปสู่การทำลายหลักการประชาธิปไตยในที่สุด การอาศัยเสียงข้างมากที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างใหญ่หลวง คือ กรณีที่เกิดขึ้นในการช่วงการปกครองของนาซีภายใต้การนำของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ซึ่งอยู่ในช่วงของการใช้รัฐธรรมนูญไวมาร์ 1919 การเลือกตั้ง

---

[21] เพิ่งอ้าง, หน้า 179

ทั่วไปเมื่อวันที่ 5 มีนาคม 1933 พรรคนาซีร่วมได้คะแนนเสียง 44 เปอร์เซ็นต์ ได้ร่วมกับพรรคประชาชนเยอรมนี (DNVP) ซึ่งได้ที่นั่งในสภา 8 เปอร์เซ็นต์ โดยมีคะแนนเสียง 52 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งทำให้มีเสียงข้างมากเพียงพอสำหรับการออกกฎหมาย แต่ต่อมาพรรคนาซีต้องการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขดังกล่าวจะต้องใช้เสียง 2 ใน 3 ของสภา พรรคนาซีได้ขอความร่วมมือจากพรรคการเมืองอื่นในการขอสนับสนุนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อทำให้รัฐบาลมีอำนาจในการแก้ไขวิกฤตของประเทศได้ ซึ่งได้เสียงสนับสนุนจากสภาแต่การออกเสียงดังกล่าวพรรค SPD ลงมติไม่เห็นชอบ การแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายได้เอง (Ermaechtigungsgesetz) ซึ่งการออกกฎหมายดังกล่าวย่อมรวมถึงกฎหมายว่าด้วยงบประมาณด้วย หลังจากแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วรัฐบาลได้ออกกฎหมายเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 1933 โดยให้พรรคนาซี (NSDAP) เป็นพรรคการเมืองที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงพรรคเดียวและห้ามพรรคการเมืองอื่น ๆ กฎหมายของรัฐบาลฉบับต่อมาได้ห้ามสหภาพแรงงานและกลุ่มในทางสังคมต่าง ๆ และได้เปลี่ยนโครงสร้างความเป็นสหพันธ์ของรัฐเสียใหม่ ในวันที่ 2 สิงหาคม 1934 ประธานาธิบดี Hindenburg ถึงแก่อสัญกรรม ฮิตเลอร์ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีก็เข้ารับตำแหน่งดังกล่าวแทนโดยการอาศัยกฎหมายที่ออกโดยสภาและมีการให้อำนาจประธานาธิบดีเพิ่มเติม และได้เรียกตำแหน่งดังกล่าวว่า “ท่านผู้นำ” ทำให้ฮิตเลอร์กลายเป็นเผด็จการโดยสมบูรณ์[22] กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการอาศัยเสียงข้างมากของสภาในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ และต่อมาได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญออกกฎหมายที่เป็นการทำลายหลักประชาธิปไตยต่อเนื่องมาเป็นลำดับ

ปัญหาของการใช้เสียงข้างมากของหลักประชาธิปไตยและมีผลกระทบต่อหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ประเด็นนี้เคยเป็นประเด็นข้อถกเถียงสำคัญในช่วงที่ Hans Kelsen ได้เสนอแนวคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย โดย Kelsen ได้เขียนบทความเรื่อง *“ใครควรเป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญ ?”* (Wer soll Hueter der Verfassung ?)[23] โดยมีแนวคิดในการผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญ

---

[22] Maurer Hartmut, Staatsrecht I, 2. Aufl., Muenchen 2001, p.72

[23] H. Kelsen, Wer soll Hueter der Verfassung?, Die Justiz, Band 6 (1930/31), S. 11 อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560, หน้า 40

มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ แต่แนวความคิดของ Kelsen ถูกโต้แย้งในประเด็นสำคัญว่า การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นการสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐหรือไม่[24] ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าวเห็นว่าการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (die Souveraenitaet des Parlaments) หรือขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยของปวงชน (die Volks-souveraenitaet) เพราะการยอมรับให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ก็เท่ากับให้อำนาจศาลกระทำการขัดต่อเจตจำนงของปวงชนได้นั่นเอง ตามความเห็นของ Kelsen เห็นว่าการพูดถึงอำนาจอธิปไตยนั้น ลำพังองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่อาจจะกล่าวได้ว่าตนเป็นองค์กรอธิปไตย การกล่าวอ้างว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับหลักอธิปไตยของรัฐสภานั้นเป็นการแสดงถึงแนวโน้มของการให้อำนาจทางการเมืองจำกัดอยู่เฉพาะในองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่สามารถจำกัดได้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ Friesenhahn เห็นว่า ตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีการแบ่งแยกอำนาจนั้น ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่จะถือว่าเป็นองค์กรสูงสุด ซึ่งทำให้การวินิจฉัยขององค์กรนั้นผูกพันองค์กรอื่นทั้งหมด องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนก็อาจกระทำการขัดกับรัฐธรรมนูญได้ หากองค์กรนั้นกระทำการเกินขอบเขตที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ Kelsen เห็นว่า ความจำเป็นของการมีศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีพื้นฐานอยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำภาระหน้าที่ในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยจากการแทรกแซงของเสียงข้างมาก ซึ่งการปกครองโดยเสียงข้างมากจะเป็นการปกครองที่ยอมรับได้ต่อเมื่อฝ่ายข้างมากได้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อถกเถียงดังกล่าวเป็นข้อถกเถียงที่เกิดขึ้นก่อนที่จะเกิดปัญหา “เผด็จการทางรัฐสภา” ในช่วงของการปกครองโดยพรรคนาซี แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1937 Loewenstein ได้เผยแพร่บทความเรื่อง “Militant Democracy and Fundamental Rights” เพื่อชี้ให้เห็นถึงจุดอ่อนของประชาธิปไตย และประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้เองที่นำไปสู่การปฏิรูประบบรัฐสภาของเยอรมนี โดยการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (1949) หลักการสำคัญประการหนึ่งของการปรับสถาบันทางรัฐธรรมนูญ (Institutionlization)

---

[24] บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 30

คือการสร้างองค์กรใหม่เพื่อถ่วงดุลกับเสียงข้างมากของรัฐสภา ซึ่งในที่นี้จะได้กล่าวเพียงสังเขปถึงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญเยอรมนีที่สร้างขึ้นเพื่อให้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีเครื่องมือที่จะปกป้องตนเองได้ โดยมีหลักการที่สำคัญ ดังนี้

(1) การวางหลักสำคัญไว้ในมาตรา 20 รัฐธรรมนูญ[25] ซึ่งเป็นกำหนดหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ ดังนี้

ก. รัฐเยอรมนีเป็น "สาธารณรัฐ", "สหพันธรัฐ" เป็นรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย และยึดถือ "หลักนิติรัฐ"

ข. อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ปวงชนได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยการเลือกตั้งและออกเสียงลงคะแนน และใช้อำนาจโดยผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ

ค. อำนาจนิติบัญญัตินั้นผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการนั้นผูกพันกฎหมาย หลักการในข้อนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ

ง. ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญในกรณีที่การดำเนินการอื่น ๆ ไม่อาจกระทำได้

(2) การวาง "หลักนิรันดร" ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 79 วรรค 3[26] ซึ่งมาตรา 79 วรรค 3 กำหนดไว้ 3 เรื่อง คือ ก. การแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบกับการแบ่งเขตพื้นที่ของมลรัฐ ข. หลักการมีส่วนร่วมในการตรากฎหมาย

---

[25] มาตรา 20 (หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ; สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ)

(1) สาธารณรัฐเยอรมันเป็นสหพันธรัฐประชาธิปไตยและสหพันธรัฐสังคม

(2) อำนาจของรัฐมาจากปวงชน ปวงชนได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยการเลือกตั้งและออกเสียงลงคะแนนและใช้อำนาจโดยผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ

(3) อำนาจนิติบัญญัตินั้นผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการนั้นผูกพันกฎหมาย

(4) ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญในกรณีที่การดำเนินการอื่น ๆ ไม่อาจกระทำได้

[26] มาตรา 79 การแก้ไขรัฐธรรมนูญ

(3) การแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลกระทบกับการแบ่งเขตพื้นที่ของมลรัฐ (หลักการมีส่วนร่วมในการตรากฎหมายของมลรัฐ หรือหลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 นั้นไม่อาจกระทำได้)

ของมลรัฐมลรัฐ และ ค. หลักการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1[27] และมาตรา 20 นั้น ไม่อาจกระทำได้

(3) การกำหนดให้ "ศาลรัฐธรรมนูญ" เป็นองค์กรในการพิทักษ์ "รัฐธรรมนูญ" ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 93 รัฐธรรมนูญ 1949 โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยมุ่งหมายให้ (ก) พิทักษ์หลักประชาธิปไตย/หลักนิติรัฐ (ข) ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (ค) คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ (ง) คุ้มครองฝ่ายข้างน้อย

(4) การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักพื้นฐานการปกครองตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 (2) รัฐธรรมนูญ 1949 หลักการหรือมาตรการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญซึ่งไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ 1919 ของเยอรมนี ไม่ว่าจะเป็นหลักการพื้นฐานการปกครองตามที่บัญญัติในมาตรา 20, "หลักนิรันดร" ตามมาตรา 79 (3) ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในอันที่ปกป้องหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างองค์กรใหม่ อย่าง "ศาลรัฐธรรมนูญ" นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแม้จะเคยมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญของออสเตรียมาก่อน แต่ก็ต้องถือว่ามีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงกับ "ศาลรัฐธรรมนูญ" ของเยอรมนี นอกจากนี้ยังกลไกและมาตรการอื่น ๆ อีกหลายประการ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 3

---

[27] มาตรา 1 (การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์)

(1) ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ไม่อาจจะถูกล่วงละเมิดได้ อำนาจรัฐทั้งหลายผูกพันที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ชาวเยอรมันยอมรับว่า สิทธิขั้นพื้นฐานอันมิอาจล่วงละเมิดและมิอาจจำหน่ายจ่ายโอนได้นั้นเป็นพื้นฐานสำคัญต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ต่อสันติภาพ และต่อความยุติธรรมของโลก

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติอำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการโดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง

บทที่ 3
หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงผลการศึกษาเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แคนาดา ชิลี ตุรกี และประเทศฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีนับได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบที่ได้นำหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Wehrhafte Demokratie; Militant Democracy) มาใช้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตในประการเบื้องต้นว่า บทบัญญัติหลายมาตราในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz; Basic Law; ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่ากฎหมายพื้นฐาน) ได้รับรองหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ระเบียบพื้นฐานของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” (Freiheitliche demokratische Grundordnung) จากภัยที่มาจากทั้งภายในและภายนอกประเทศ[28] ในกฎหมายพื้นฐานซึ่งได้รับการตราขึ้นในปี ค.ศ. 1949 ภายหลังจากการยอมแพ้แบบไม่มีเงื่อนไขในสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1945 นั้นได้มีการกำหนดหลักการที่เป็นเป้าหมายของรัฐอยู่หลายประการ ซึ่งสองเป้าหมายสำคัญของรัฐที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐานได้แก่ เป้าหมายในการรวมประเทศอีกครั้งของรัฐเยอรมันทั้งสองที่ถูกแบ่งแยกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (Wiedervereinigung) และอีกประการหนึ่งได้แก่ เป้าหมายในการปกป้องระบอบประชาธิปไตยที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาใหม่โดยการกำหนดเครื่องมือและกลไกต่าง ๆ ที่เกิดจากการเรียนรู้ความผิดพลาดจากประสบการณ์ของสาธารณรัฐไวมาร์ โดยเฉพาะเป้าหมายในประการหลังนั้นนับว่ามีความสำคัญมาก เพราะถือเป็นภารกิจหน้าที่สำคัญของรัฐในการใช้ความพยายามทุกวิถีทางไม่ให้ประวัติศาสตร์อันเลวร้ายเกิดขึ้นซ้ำอีก นอกเหนือจากความพยายามในการปกป้องประชาธิปไตยไม่ให้กลับไปสู่

---

[28] *Papier, Hans-Jürgen,* Streibare Demokratie, AöR 128 (2003), p.340-341.

การเป็นรัฐอำนาจเด็ดขาดอย่างที่เคยเกิดขึ้นในอดีตแล้ว กลไกเรื่องการปกป้องประชาธิปไตยที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานนั้นยังถูกนำมาประยุกต์ใช้กับความพยายามในการต่อต้านภยันตรายต่อรัฐในรูปแบบใหม่ ๆ อย่างเช่นภยันตรายจากแนวคิดสุดโต่งในทางศาสนาอย่างเช่นลัทธิไซแอนโทโลจี (Scientologie-Kirche) หรือภัยจากการก่อการร้าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากที่เกิดเหตุการณ์ก่อวินาศกรรมที่อาคารเวิร์ดเทรดเซ็นเตอร์ในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงการใช้กลไกตามรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นในการต่อต้านพรรคการเมืองที่มีแนวคิดรุนแรงและต้องการเปลี่ยนแปลงรัฐไปสู่แนวทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตย เป็นต้น[29]

อย่างไรก็ตามการนำแนวคิดในเรื่องหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Militant Democracy) ซึ่งเป็นกลไกที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าสามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลรวมถึงกลุ่มหรือฝ่ายทางการเมืองทั้งหลายได้นั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องถูกควบคุมตรวจสอบในทางกฎหมายด้วย และเป็นที่แน่นอนว่าแนวคิดนี้ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองหรือเสรีภาพทางการเมืองอย่างชัดเจนนั้นย่อมถูกวิพากษ์วิจารณ์และตั้งคำถามถึงความถูกต้องเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในรัฐที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย เครื่องมือในลักษณะดังกล่าวจึงมีทั้งผู้ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ดังนั้น การอธิบายเรื่องดังกล่าวที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีนั้นจึงต้องย้อนกลับไปสู่ต้นกำเนิดดั้งเดิมของหลักการดังกล่าวว่าเกิดขึ้นตามหลักหรือแนวคิดใด รวมถึงบริบททางสังคมที่ทำให้เกิดแนวคิดดังกล่าวขึ้น รวมถึงต้องศึกษาผลของการใช้กลไกหรือเครื่องมือดังกล่าวในสังคมการเมืองว่าก่อให้เกิดผลทางกฎหมายและผลทางการเมืองอย่างไรบ้าง ซึ่งการตอบคำถามดังกล่าวนั้น จะต้องศึกษาจากวัตถุแห่งการศึกษาหลายส่วนด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นคำอธิบายในทางตำราและจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน บทเรียนจากการศึกษาในเรื่องดังกล่าวน่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อสังคมการเมืองของไทย รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อองค์กรตุลาการของไทยที่เป็นที่คาดหวังกันว่าจะทำหน้าที่เป็น “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและผู้ปกป้องระบอบประชาธิปไตย” ต่อไปด้วย

---

[28] *Papier, Hans-Jürgen,* Streibare Demokratie, AöR 128 (2003), p.340-341.

[29] *Papier, Hans-Jürgen,* AöR 128 (2003), 340, p.341-342.

3.1.1 "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" ในฐานะกลไกในการไขความผิดพลาดในประวัติศาสตร์ยุคสาธารณรัฐไวมาร์

Hans-Jürgen Papier อดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และ Wolfgang Durner[30] ศาสตราจารย์ประจำมหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ (University of Bonn) ได้ให้ข้อสรุปเรื่องกลไกการปกป้องตนเองของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) ไว้อย่างน่าสนใจว่าการก่อตั้งระบอบประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์ ซึ่งเป็นสาธารณรัฐที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นใหม่และยังไม่สามารถจัดระบบระเบียบทางการเมืองได้อย่างมั่นคงนัก เพราะยังปรากฏการต่อสู้ระหว่างฝ่ายข้างมากที่ต้องการการปกครองรูปแบบประชาธิปไตยและฝ่ายข้างน้อยที่ต่อต้านระบอบประชาธิปไตยโดยการนำระบอบคอมมิวนิสต์มาใช้นั้น[31] มีเป้าหมายประการสำคัญ ได้แก่ ความพยายามในการต่อต้านการกระทำทั้งหลายที่เป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพื่อสร้างความสงบเรียบร้อยทางการเมืองให้เกิดขึ้นในสาธารณรัฐที่จัดตั้งขึ้นใหม่และรักษาความสงบเช่นว่านั้นเอาไว้ให้ได้[32] อย่างไรก็ตามแม้ในขณะที่มีการก่อตั้งสาธารณรัฐไวมาร์จะมีการกำหนดเป้าหมายของสาธารณรัฐที่ก่อตั้งขึ้นใหม่ไว้ในเรื่องดังกล่าวก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไวมาร์แล้วจะพบว่า "ในรัฐธรรมนูญไวมาร์นั้น ปราศจากซึ่งบทบัญญัติที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการต่อกรกับการกระทำที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญและที่เป็นอันตรายต่อระบอบประชาธิปไตยโดยสิ้นเชิง"[33] กล่าวคือ รัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งไม่มีกลไกในการปกป้องตนเองเลย ยกตัวอย่างเช่น การที่มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นทำได้ด้วยเสียงข้างมากสองในสามโดยกระบวนการทางนิติบัญญัติปกติ ทั้งนี้โดยไม่มีการกำหนดขอบเขตของอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ดังนั้น อำนาจของเสียงข้างมากในรัฐสภาในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจึงเป็นอำนาจที่ไม่มีข้อจำกัดเลย และย่อมมีความล่อแหลมเป็นอย่างยิ่งที่อำนาจของเสียงข้างมากเช่นว่านั้นอาจเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยเสียเอง

---

[30] *Papier, Hans-Jürgen,* AöR 128 (2003), 340, p.343-344.

[31] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 กันยายน, 2559, หน้า 736

[32] *Möller, Horst,* Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie, München 2008, p.31.

[33] *Papier, Hans-Jürgen,* AöR 128 (2003), 340, 343.

การที่รัฐธรรมนูญไวมาร์ขาดไปซึ่งกลไกในการคุ้มครองตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการใช้อำนาจของเสียงข้างมากนั้นแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้ขาดไปซึ่งการยืนยันถึง "คุณค่าพื้นฐาน" ที่รัฐธรรมนูญต้องมุ่งคุ้มครองหรือรักษาไว้ ไม่ให้การใช้อำนาจทั้งหลายหรือการกระทำทั้งหลายของบุคคลมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐธรรมนูญไวมาร์ยังไม่มีเครื่องมือทั้งหลายที่ใช้ในการยืนยันว่า "ประชาธิปไตยเป็นคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ" และไม่มีกลไกในการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยจากความพยายามในการเปลี่ยนแปลงรูปแบบทางการเมืองไปในทิศทางของอุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ ปัญหาเรื่อง "คุณค่าพื้นฐานของรัฐ" หรือ "คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" จึงเป็นปัญหาพื้นฐานที่เป็นเงื่อนไขในการดำรงอยู่หรือการล่มสลายของระบอบการเมืองการปกครองของรัฐใดรัฐหนึ่งได้ ปัญหาเรื่องคุณค่าจึงเป็นปัญหาที่ได้รับการอภิปรายมาอย่างยาวนาน จนกระทั่งมาถึงช่วงเวลาของการร่างกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบัน ปัญหาเรื่องคุณค่าก็ยังคงเป็นใจกลางสำคัญที่ใช้เป็นธงนำในการร่างรัฐธรรมนูญและการกำหนดเป้าหมายของรัฐด้วย ปัญหาในเรื่องดังกล่าวเช่นว่านั้นผู้วิจัยจะได้ทำการอธิบายไปตามลำดับ ดังต่อไปนี้

3.1.1.1 การอภิปรายเรื่องคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์

1) ความหมายและสาระสำคัญของ "ประชาธิปไตย" ในฐานะคุณค่าพื้นฐานของสังคมการเมือง

อะไรคือ "สิ่งที่มีคุณค่า" นั้นเป็นเรื่องที่มีการอภิปรายกันมาอย่างช้านานในแทบทุกสังคม การอภิปรายในเรื่องคุณค่าดังกล่าวนั้นยังนำไปสู่คำถามที่สำคัญต่อไปว่า "คุณค่า" (Werte; Values) ทั้งหลายที่สังคมยึดถือร่วมกันในสังคมใดสังคมหนึ่งนั้นจะสามารถใช้เป็น "กฎเกณฑ์" หรือ "บรรทัดฐาน" (Norm) ในการดำเนินชีวิตร่วมกันในสังคมการเมืองนั้น ๆ ได้หรือไม่ และรวมถึงคำถามที่ว่าบรรดาคุณค่าทั้งหลายภายในสังคมนั้นมีอิทธิพลต่อการใช้และการตีความกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในสังคมนั้น ๆ ได้มากน้อยเพียงใดด้วย[34]

---

[34] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (มกราคม), 2561, หน้า 109.

ในทางสังคมนั้นคุณค่าเป็น "ทัศนคติขั้นพื้นฐาน" (Grundeinstellung) ที่เกิดจากความเชื่อในความถูกต้องและอารมณ์ความรู้สึกร่วมกันของคนในสังคม[35] นอกจากนั้นคุณค่ายังเป็นรากฐานหรือบ่อเกิดแห่งกฎหมาย ศีลธรรม รวมถึงสิ่งที่มนุษย์ถือว่าเป็นสิ่งที่กำหนดเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในการใช้ชีวิตรวมถึงการกระทำการต่าง ๆ ของตน เช่น การให้คุณค่าต่อเสรีภาพหรือภาวะที่เป็นอิสระของมนุษย์ การให้คุณค่าต่อความขยันขันแข็งของบุคคล การให้ความเคารพต่อสถาบันครอบครัวและการสมรสในฐานะรูปแบบปกติในการดำรงชีวิต หรือการให้ความเคารพต่อสถาบันในทางศาสนา ต่อความดีหรือความยุติธรรม เป็นต้น[36] ดังนั้น คุณค่าจึงมีลักษณะสำคัญคือการมีเนื้อหาเป็น "กฎเกณฑ์" หรือ "บรรทัดฐาน" ที่ใช้ในการกำหนดพฤติกรรมของผู้คนในสังคม หรือมีเนื้อหาเป็น "ฉันทามติพื้นฐาน" (Grundkonsen; Basic Consensus) ที่ใช้ในการดำรงชีวิตร่วมกันในสังคม กล่าวคือเป็นสิ่งที่กำหนดว่าบุคคลต่าง ๆ ควรต้องกระทำอะไรและต้องห้ามไม่ให้กระทำอะไร[37]

การอภิปรายในเรื่องคุณค่านั้นอาจเกิดขึ้นได้ในทุกพรมแดน ไม่ว่าจะเป็นพรมแดนในทางจริยศาสตร์ พรมแดนทางการเมือง พรมแดนทางเศรษฐกิจ รวมถึงในพรมแดนทางกฎหมายและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในพรมแดนทางกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น "คุณค่า" ซึ่งถือว่าเป็น "กระบวนการในการให้เหตุผลในการใช้ชีวิตในแต่ละวันของมนุษย์ในสังคม (Alltagsvernunft der Menschen) ก็ได้รับการนำมาปรับใช้ในเรื่องการใช้การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย คุณค่าจึงมีความสำคัญในฐานะสิ่งที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (Verfassungsnorm) เข้ากับข้อเท็จจริงในทางสังคม (Wirklichkeit)[38] ทั้งนี้ในการสถาปนารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมักจะมีการกำหนดให้คุณค่าพื้นฐานบางประการเป็นเป้าหมายในการมีรัฐธรรมนูญและรวมถึงเป็น "หลักการพื้นฐาน" ที่สำคัญที่สุดสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับนั้น (Grundordnung) และกำหนดหน้าที่ให้รัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ปกปักษ์รักษาคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญเหล่านั้นเอาไว้ให้ได้ คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับหรือในแต่ละระบบ

---

[35] *Di Fabio, Udo,* Grundrechte als Wertordnung, JZ 59 (2004), 1, p.2.

[36] *Di Fabio, Udo,* JZ 59 (2004), 1, p.4.

[37] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 109

[38] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 115.

กฎหมายจึงอาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสำนึกร่วมกันของคนในชาติ วัฒนธรรม หรือประสบการณ์ทางการเมืองของสังคมการเมืองนั้น[39] ยกตัวอย่างเช่น การร่างกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz; Basic Law) ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้นย่อมเกิดขึ้นจากการพิจารณาและให้ความสำคัญกับประสบการณ์อันเลวร้ายของเยอรมนีที่ส่งผลให้เกิดความล่มสลายทางการเมืองและโดยเฉพาะอย่างยิ่งความล่มสลายในทางศีลธรรมและการนับถือคุณค่าในความเป็นมนุษย์ ที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้จะต้องวางรากฐานในทางสังคมและการเมืองเพื่อไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นอีกครั้ง ดังนั้น "คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" จึงเปรียบได้กับประภาคารที่คอยส่องแสงสว่างไปยังการดำรงตนของผู้คนในสังคม ให้ผู้คนในสังคมจะต้องพยายามหลีกเลี่ยงการดำเนินการทั้งหลายที่เป็นการละเมิดคุณค่าพื้นฐานเช่นว่านั้น และเมื่อประชาชนระลึกถึงคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นอยู่เสมอ ย่อมส่งผลให้การจัดระบบระเบียบสังคมการเมืองนั้นเป็นไปในทิศทางที่เป็นเป้าหมายของรัฐธรรมนูญไปด้วย[40]

2) ประชาธิปไตยในไวมาร์; ประชาธิปไตยที่เป็นกลางในแง่คุณค่า (Wertneutralität, Demokratische Relativismus) หรือประชาธิปไตยที่ยึดโยงกับคุณค่า (Wertgebundene Demokratie)

แกนกลางของการอธิบายเรื่องประชาธิปไตยในไวมาร์ได้แก่การตั้งคำถามว่าประชาธิปไตยในไวมาร์ที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยผลของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ภายหลังการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองนั้น เป็นรัฐธรรมนูญที่ประกอบขึ้นด้วยคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ และรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีการกำหนดกลไกใด ๆ บ้างหรือไม่ เพื่อทำหน้าที่ในการคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานเช่นว่านั้น ทั้งนี้เมื่อนักวิชาการหลายท่านได้ศึกษาย้อนกลับไปถึงประวัติศาสตร์ในช่วงสาธารณรัฐไวมาร์แล้วก็ได้ให้ข้อสรุปไปในทิศทางเดียวกันว่า การล่มสลายลงในเวลาอันสั้นของสาธารณรัฐไวมาร์และประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นมีสาเหตุประการสำคัญได้แก่ การที่ประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นเป็นประชาธิปไตยที่ยังขาดไปซึ่ง "คุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย" และ

---

[39] เพิ่งอ้าง

[40] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 116.

ยังขาด "กลไกในการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตย"[41] เราอาจเรียกระบอบประชาธิปไตยที่มีลักษณะดังกล่าวได้ว่า "ประชาธิปไตยที่เป็นกลางในแง่คุณค่า" (Wertneutralität) หรือ "ประชาธิปไตยที่มีคุณค่าในแบบสัมพัทธ์" (Wertrelativismus) ทั้งนี้ หลักฐานในทางรัฐธรรมนูญสองประการที่ทำให้รัฐธรรมนูญไวมาร์และประชาธิปไตยในไวมาร์พัฒนาไปในทิศทางที่สวนทางกับคุณค่าพื้นฐานของระบอบเสรีประชาธิปไตย ได้แก่ การกำหนดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไว้โดยไม่มีขอบเขตจำกัดประการหนึ่ง รวมถึงการกำหนดอำนาจเด็ดขาดให้แก่ประธานาธิบดีในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่ง ในประการแรกนั้น มาตรา 76[42] ของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กำหนดอำนาจให้เสียงข้างมากในรัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ซึ่งรวมถึงอาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยด้วยก็ได้ ส่วนในประการที่สองนั้น การที่มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจได้ในฐานะเผด็จการชั่วคราว (Kommissarischer Diktatur)[43] ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินได้นั้น อาจทำให้

---

[41] โปรดดู Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, Befugnisse und Kontrolle der Ämter für Verfassungsschutz im streitbaren Parteienstaat, KritV 85, No.2 (2002), 188, 192; Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 345.

[42] มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการนิติบัญญัติ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะทำได้เฉพาะกรณีที่ผู้เข้าร่วมประชุมครบสองในสามของสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร และมีเสียงเห็นชอบกับญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดที่เข้าร่วมประชุม ในกรณีของวุฒิสภาเช่นเดียวกันที่ต้องการเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดที่มาออกเสียงในบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ที่ประชุมรัฐสภาอาจมีมติโดยเสียงข้างมาก ให้มีการทำประชามติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้

ในกรณีที่วุฒิสภามีมติไม่เห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่สภาผู้แทนมีมติยืนยันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งอาณาจักรจะประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ หากว่าวุฒิสภาได้ร้องขอภายในระยะเวลาสองสัปดาห์ให้มีการทำประชามติในเรื่องดังกล่าวเสียก่อน"

[43] เป็นคำกล่าวของ Carl Schmitt ซึ่งได้แสดงปาฐกถาสนับสนุนอำนาจเผด็จการชั่วคราวของประธานาธิบดีแห่งอาณาจักร (Diktatur des Reichpräsidenten) ไว้ในคราวประชุมผู้สอนวิชากฎหมายมหาชน ณ เมืองเยนา (Jena) ในปี ค.ศ.1924 โปรดดู Quaritsch, Helmut, Position und Begriffe Carl Schmitts, Berlin 1989, p.11, อ้างใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่าง คาร์ล ชมิตต์ และฮันส์ เคลเซ่น, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42 ฉบับที่ 2 มิถุนายน, 2556, หน้า 264.

ประธานาธิบดีเป็นนายเหนือรัฐธรรมนูญและสามารถผันตัวเองไปเป็นเผด็จการได้ในที่สุด ในเรื่องที่เกี่ยวกับ “คุณค่าของประชาธิปไตย” ในสาธารณรัฐไวมาร์นั้น Carl Schmitt นักวิชาการคนสำคัญที่มีบทบาทโดดเด่นเกี่ยวกับการใช้การตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์ ได้ให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า การที่มาตรา 76 รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กำหนดให้เสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภาสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญไปในทิศทางใดก็ได้โดยที่ไม่มีข้อจำกัดนั้น ทำให้เสียงข้างมากอาจทำลายหลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญและทำการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปในทิศทางของการเป็นรัฐอำนาจเด็ดขาดได้ ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาไปสู่การเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือการเป็นระบอบคอมมิวนิสต์ ดังนั้น อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานทางการเมืองของรัฐจึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และไม่สมควรอย่างยิ่งที่รัฐสภาซึ่งเป็นเพียงองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจะกระทำการในลักษณะดังกล่าว[44] คาร์ล ชมิตต์ เน้นย้ำว่า “การใช้การตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์ในลักษณะซึ่งปราศจากการเชื่อมโยงรัฐธรรมนูญกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยนั้น เท่ากับเป็นการสร้างความชอบธรรมในการทำลายตัวเองของรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย[45] และนำไปสู่การฆ่าตัวตายทางการเมืองของสังคมการเมืองไวมาร์ในที่สุด”[46] ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่รัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่มีกลไกในการปกป้องตนเอง แต่กลับไปให้อำนาจทางการเมืองสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของรัฐได้โดยไม่มีข้อจำกัดนั้น ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มทางการเมืองหรือฝ่ายทางการเมืองในรัฐสภาที่มีวัตถุประสงค์อย่างชัดแจ้งที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยสามารถที่จะอาศัย

---

[44] Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 1928, S. 26 u. 77 ff., อ้างใน Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 345.

[45] เปรียบเทียบ Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 192

[46] Schmitt, Carl, Legalität und Legitimität, 1932, S. 49 f. u. 61, อ้างใน Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 345; Isensee, Josef, Verfassungsnorm in Anwendbarkeitsnöten: Artikel 18 des Grundgesetzes, Grundrechtsverwirkung in rechtsdogmatischer Sicht und im internationalen Menschenrechtskontext, in: FG Karin Graßhof (1998), 289.

รัฐธรรมนูญเป็นเกราะป้องกันตนเองในการดำเนินการเช่นว่านั้นด้วย[47] และไม่เป็นที่น่าแปลกใจเลยว่าผู้ที่มีหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์จะเห็นว่าการขึ้นสู่อำนาจของพรรคนาซีนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[48]

ในทำนองเดียวกัน Hans Kelsen ได้กล่าวถึงเรื่องความเข้าใจต่อระบอบประชาธิปไตยและการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยไว้ในงานเขียนชื่อก้องของเขาที่มีชื่อว่า "การปกป้องประชาธิปไตย" (Verteidigung der Demokratie)[49] มีใจความสำคัญว่า ในระบอบประชาธิปไตยนั้นศัตรูที่สำคัญอาจไม่ใช่พรรคบอลเชวิค หรือลัทธิฟาสซิสต์แต่อาจได้แก่ผู้ที่อยู่ในระบอบประชาธิปไตยเสียเอง ทั้งนี้ประชาธิปไตยเป็นการปกครองรูปแบบเดียวที่มีความพยายามในการต่อต้านศัตรูน้อยที่สุด ดูเหมือนว่าจะเป็นโชคชะตาของระบอบประชาธิปไตยที่จำต้องเลี้ยงดูศัตรูที่น่ากลัวที่สุดไว้ที่อกของตัวเอง หากว่าระบอบประชาธิปไตยจะมั่นคงต่อแนวคิดของตัวเองแล้วก็จำต้องมีความอดทนอดกลั้นต่อการกระทำทั้งหลายที่มุ่งหมายทำลายระบอบประชาธิปไตยด้วย และต้องยินยอมให้ความเชื่อทางการเมืองอื่น ๆ มีโอกาสในการพัฒนาตนเองได้ด้วยเสมอ นอกจากนั้นระบอบประชาธิปไตยก็ต้องจำยอมรับว่า ในกรณีที่ประชาชนทั้งหลายภายในรัฐไม่ต้องการระบอบประชาธิปไตยแล้ว ก็จำต้องยอมให้เสียงข้างมากทางการเมืองดังกล่าวสามารถเปลี่ยนแปลงแนวคิดในการปกครองประเทศไปในทิศทางอื่นได้ด้วย จากคำกล่าวข้างต้นจะพบว่า เคลเซ่นเข้าใจว่าในรัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ศัตรูของประชาธิปไตยสามารถกระทำการทั้งหลายที่สั่นคลอนความมั่นคงของประชาธิปไตยได้ แต่ในความเห็นของเคลเซ่นนั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงนั้นจำต้องยอมรับแนวทางการเคลื่อนไหวทั้งหลายที่เป็นไปใน

---

[47] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 193. ยกตัวอย่างเช่น Dr. Joseph Goebbels นักการเมืองคนสำคัญจากพรรค NSDAP ซึ่งอยู่ในช่วงของสาธารณรัฐไวมาร์ ได้เคยกล่าวไว้เมื่อได้รับการเลือกตั้งเข้าไปในสภาผู้แทนราษฎรว่า "พวกเราเข้ามาในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อใช้อาวุธที่ระบอบประชาธิปไตยมอบให้ในการจัดการกับระบอบประชาธิปไตย เราเข้ามาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทำให้กลไกของประชาธิปไตยเป็นอัมพาตโดยความสนับสนุนของรัฐธรรมนูญไวมาร์ และในเมื่อระบอบประชาธิปไตยช่างโง่เง่าเช่นนี้ ที่ปล่อยให้พวกเราเข้ามาก่อความเสียหายต่อประชาธิปไตยได้อย่างอิสระเสรี ความล่มสลายของประชาธิปไตยจึงเป็นเรื่องที่สาธารณรัฐไวมาร์ต้องรับผิดชอบเอง"

[48] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 192.

[49] Hans, Kelsen, Verteidigung der Demokratie (1932), in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver, Verteidigung der Demokratie, Abhandlungen der Demokratietheorie, Tübingen 2006, p.237.

ทิศทางที่ตรงข้ามกับประชาธิปไตยด้วย และไม่อาจกระทำการทั้งหลายที่เป็นการต่อต้านหรือทำลายอุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ โดยอ้างภารกิจหน้าที่ในการปกป้องประชาธิปไตย ในตอนท้ายของงานเขียนเรื่อง "การปกป้องประชาธิปไตย" ข้างต้นนั้น Hans Kelsen ได้สรุปไว้อย่างน่าฟังว่า ต่อคำถามที่ว่าระบอบประชาธิปไตยควรปกป้องตนเองจากประชาชนฝ่ายข้างมากที่ไม่ต้องการประชาธิปไตยและต้องการทำลายประชาธิปไตยหรือไม่ คำตอบ คือ ระบอบประชาธิปไตยไม่ควรทำเช่นนั้น ทั้งนี้ เพราะระบอบประชาธิปไตยที่ต่อต้านความต้องการของเสียงข้างมากของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการใช้กำลังบังคับ ย่อมไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตยอีกต่อไป การปกครองโดยประชาชนจึงไม่อาจใช้เพื่อต่อต้านความต้องการของประชาชนเองได้ ระบอบประชาธิปไตยไม่ควรใช้วิธีการของเผด็จการเพื่อปกป้องประชาธิปไตย "เราต้องยึดธงให้มั่นเมื่อเรือจมลง และเมื่อเรากำลังจมดิ่งไปพร้อมกับเรือ เราจะพาเพียงความหวังไปด้วยเท่านั้นว่า อุดมการณ์แห่งเสรีภาพจะต้องไม่ถูกทำลายลง และยิ่งเรือจมดิ่งลึกลงไปเพียงใด มันก็จะถูกกอบกู้ขึ้นมาอย่างยิ่งใหญ่มากขึ้นเท่านั้น"[50] ข้อสรุปเรื่องความเชื่อในแนวทางการปกป้องตนเองของประชาธิปไตยโดย Hans Kelsen แม้จะเป็นข้อสรุปที่ฟังดูงดงาม แต่ก็มีผู้คล้อยตามในประเด็นนี้ไม่มากนัก ทั้งนี้ เพราะคนส่วนใหญ่ยังเห็นว่าการปกป้องประชาธิปไตยจากการล้มล้างโดยฝ่ายต่าง ๆ นั้นยังเป็นภารกิจหน้าที่ที่มีความสำคัญ[51]

ในเรื่องการปกป้องคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยนั้นยังมีนักวิชาการสำคัญอีกท่านหนึ่งที่ได้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ และความเห็นของท่านดังกล่าวนี้เองที่เป็นที่มาสำคัญของการพัฒนาหลักเรื่องประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) นักวิชาการท่านนี้ได้แก่ Karl Loewenstein[52] ซึ่งเป็นนักกฎหมายและนักวิชาการรัฐศาสตร์คนสำคัญแห่งศตวรรษที่ 20 อีกท่านหนึ่ง Karl Loewenstein ได้แสดงปาฐกถาไว้ในการสัมมนาผู้สอนวิชากฎหมายมหาชนในปี ค.ศ. 1931 เมื่อครั้งยังเป็นอาจารย์อัตราจ้าง (Pravatdozent) ประจำมหาวิทยาลัยมิวนิคว่า รัฐมีความจำเป็น

---

[50] เพิ่งอ้าง

[51] ภูริ ฟูวงศ์เจริญ, หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการภิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 43 ฉบับที่ 3 กันยายน, 2557, หน้า 655.

[52] Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 345-346.

ที่จะต้องต้านทานเสียงข้างมากในรัฐสภาจากการกำหนดทิศทางของรัฐไปในทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ทั้งนี้รัฐมีหน้าที่ในการป้องกันตนเองจากภยันตรายในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีหน้าที่ในการต่อต้านและทำลายพรรคการเมืองที่มีแนวทางที่จะทำลายระบบรัฐสภา อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า หลังจากที่ Karl Loewenstein ได้แสดงทัศนะดังกล่าวในปี ค.ศ. 1931 แล้วนั้น แนวคิดเรื่องการปกป้องประชาธิปไตยหรือประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของเขานั้นกลับได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างจริงจังหลังจากที่เขาอพยพไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา และทำการสอนอยู่ที่ Amherst College[53] ซึ่งในที่ดังกล่าวเขาได้ค้นพบว่า ลัทธิฟาสซิสต์นั้นไม่เพียงเป็นแนวคิดที่มีผลอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่กลับเป็นแนวคิดที่เคลื่อนไหวไปในหลายประเทศเพื่อที่จะต่อต้านและทำลายระบอบประชาธิปไตย[54] ดังนั้น ระบอบประชาธิปไตยจะต้องปรับตัวให้มีลักษณะที่แข็งข้อหรือพร้อมที่จะต่อสู้ (militant) มากยิ่งขึ้น และต้องคิดค้นกลไกทางเทคนิคทั้งหลายในการรักษาตัวเองเอาไว้ให้ได้[55] ยกตัวอย่างเช่น จะต้องใช้มาตรการตามกฎหมายอาญาในการต่อต้านความเคลื่อนไหวที่ไม่เป็นประชาธิปไตย จะต้องมีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม และเสรีภาพในการชุมนุมที่ถูกใช้เพื่อเคลื่อนไหวต่อต้านประชาธิปไตย รวมถึงอาจจะต้องมีการยุบพรรคการเมืองที่เป็นภัยต่อประชาธิปไตย การห้ามบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งข้าราชการ และการเพิกถอนสัญชาติของบุคคล[56] กลไกเช่นว่านี้เท่านั้นที่ Karl Loewenstein เห็นว่าอาจใช้ในรักษาคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยเอาไว้ได้

3.1.1.2 บทเรียนจากสาธารณรัฐไวมาร์

การที่สาธารณรัฐไวมาร์ถูกเรียกว่ามีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่เต็มใบ หรือที่เป็นประชาธิปไตยที่ปราศจากคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นสาเหตุโดยตรงต่อความล้มเหลวของประชาธิปไตยในไวมาร์ ซึ่งบทเรียนทางประวัติศาสตร์ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เองที่ทั่วโลกต่างพยายามที่จะเรียนรู้ และนำไปใช้ในการป้องกัน

---

[53] ภูริ ฟูวงศ์เจริญ, เพิ่งอ้าง

[54] Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 346.

[55] Loewenstein, Karl, Militant Democracy and Fundamental Rights, The American Political Science Review 31 (1937), 417, 423, 430 ff.

[56] Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 346.

ไม่ให้เกิดความล้มเหลวเช่นว่านั้นในรัฐของตน ในหัวข้อนี้จะได้พยายามสรุปให้เห็นถึงประวัติศาสตร์ช่วงดังกล่าวอันเป็นบทเรียนสำคัญของชนชาติเยอรมันและสังคมโลกอีกครั้ง ก่อนที่จะได้อธิบายแนวทางการสถาปนาประชาธิปไตยในรูปแบบที่เกิดขึ้นตามกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมนีต่อไป

1) กลไกการระงับข้อพิพาททางการเมืองตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ซึ่งก่อให้เกิดพัฒนาการของรัฐที่เป็นรัฐอำนาจเด็ดขาด[57]

สาธารณรัฐไวมาร์เป็นตัวอย่างสำคัญของประชาธิปไตยที่เรียกว่า "ประชาธิปไตยไปไม่เต็มใบ" หรือดังได้กล่าวไปแล้วว่าเป็น "ประชาธิปไตยที่ปราศจากคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" เหตุผลสำคัญที่ประชาธิปไตยในไวมาร์เกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้นนั้นมีสาเหตุทางการเมืองสำคัญอยู่หลายประการด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ก่อให้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมในเยอรมนีในขณะนั้นเป็นอย่างมาก และทำให้เกิดการจลาจลขึ้นในเมืองต่าง ๆ โดยเฉพาะในกรุงเบอร์ลิน เป็นผลให้สาธารณรัฐที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นใหม่เกิดความระส่ำระสายเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญไวมาร์ซึ่งได้ก่อตั้งรูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาขึ้นมาจะถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดในโลกฉบับหนึ่ง โดยเฉพาะเป็นรัฐธรรมนูญที่รับรองว่าอำนาจรัฐหรืออำนาจปกครองทั้งหลายย่อมมาจากประชาชนก็ตาม[58] แต่การที่รัฐธรรมนูญไวมาร์ซึ่งถูกร่างขึ้นในขณะที่สาธารณรัฐใหม่นั้นยังจัดตั้งระบบระเบียบทางการเมืองได้ไม่มั่นคงนัก เพราะยังมีการต่อสู้กันระหว่างฝ่ายที่ต้องการประชาธิปไตยและฝ่ายที่ต่อต้านระบอบประชาธิปไตย ทำให้ยังไม่เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมการเมืองไวมาร์ ดังนั้นเป้าหมายทางการเมืองที่สำคัญของผู้ถืออำนาจรัฐในขณะนั้นคือการสร้างความสงบเรียบร้อยทางการเมืองขึ้นในสาธารณรัฐไวมาร์และรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นเอาไว้ให้ได้[59] ดังนั้นในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมานั้นจึงต้องสร้างกลไกในการปกป้องรัฐธรรมนูญ

---

[57] โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 735-740.

[58] Hans, Kelsen, Verteidigung der Demokratie (1932), in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver, Verteidigung der Demokratie, Abhandlungen der Demokratietheorie, Tübingen 2006, p.229.

[59] Möller, Horst, Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie, p.31.

ด้วยเครื่องมือพิเศษบางอย่างที่จะใช้ในการปกปักษ์รักษาความสงบสุขให้เกิดขึ้นในรัฐ และเครื่องมือทางการเมืองดังกล่าวได้แก่บทบัญญัติมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์[60] ที่ให้อำนาจประธานาธิบดีใช้อำนาจเป็น "เผด็จการชั่วคราว" (Kommissarischer Diktatur) ในการป้องกันอาณาจักรจากสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ในทางปฏิบัตินั้นข้อพิพาททางการเมืองทั้งหลายที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐไวมาร์ก็ถูกทำให้ยุติลงโดยการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดี (Präsidiale Notverordnung) แทบทั้งสิ้น[61] กลไกการใช้อำนาจของประมุขแห่งรัฐในทำนองเช่นว่านี้เองที่ถูกมองว่าทำให้กลไกการระงับข้อพิพาททางการเมืองในสาธารณรัฐไวมาร์เกิดความบิดเบี้ยวและเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถืออำนาจรัฐสามารถผันตัวเองไปเป็นเผด็จการได้ในที่สุด และการใช้เครื่องมือทางการเมืองในลักษณะดังกล่าวก็ได้กลายมาเป็นบทเรียนราคาแพงให้แก่ชนชาติเยอรมันในท้ายที่สุดด้วย

2) ความล่มสลายของประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์[62]

สาธารณรัฐไวมาร์นั้นมีอายุอยู่เพียงแค่ 14 ปีเท่านั้น คำถามสำคัญจากบรรดานักประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญทั้งหลายได้แก่คำถามที่ว่า อะไรคือสาเหตุแห่งความล่มสลายของสาธารณรัฐไวมาร์ลงในเวลาอันสั้นนี้ ในเรื่องดังกล่าว Frotscher/Pieroth[63] ได้ให้ข้อสรุปว่า สาเหตุสำคัญของความล่มสลายของสาธารณรัฐไวมาร์ลงในเวลาอันสั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ ได้แก่ สาเหตุภายนอกประการหนึ่งและสาเหตุภายในอีกประการหนึ่ง สาเหตุภายนอกได้แก่ภารกิจหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากสนธิสัญญาแวร์ซาย ซึ่งเนื้อหาของสนธิสัญญาทำให้สาธารณรัฐที่เพิ่งถูกก่อตั้งขึ้นใหม่นั้นมีความยากลำบากเป็นอย่างยิ่ง

---

[60] มาตรา 48 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์กำหนดไว้ในวรรคแรกว่า "ในกรณีที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งสหพันธ์มอบหมายประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจโดยความช่วยเหลือของกองกำลังติดอาวุธ เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้"

มาตรา 48 วรรคสองซึ่งเป็นวรรคสำคัญ บัญญัติว่า "ในกรณีที่ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อยของอาณาจักรเยอรมันถูกทำลายหรือตกอยู่ในอันตราย ประธานาธิบดีสามารถใช้กองกำลังติดอาวุธดำเนินการด้วยมาตรการที่จำเป็น เพื่อนำความปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยของรัฐกลับคืนมาได้ ซึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ประธานาธิบดีสามารถยกเว้นผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญบางมาตราที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้"

[61] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 737

[62] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 741-743.

[63] Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, 8. Aufl., München 2009, p.295 ff.

ในการพัฒนาทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม นอกจากนั้นสาเหตุภายนอกที่สำคัญอีกประการ ได้แก่ วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกที่เกิดขึ้นและก่อให้เกิดปัญหาการว่างงานและเกิดการใช้กำลังขึ้นในพื้นที่ส่วนต่าง ๆ ของรัฐ[64] ส่วนสาเหตุภายในที่นำไปสู่ความล่มสลายของประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นมาจากกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญ 2 ประการเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญทั้งสองประการนั้นได้นำไปสู่ความขัดแย้งที่รุนแรงเกินกว่าที่สาธารณรัฐใหม่จะแบกรับไหว กฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญประการแรกที่ก่อให้เกิดปัญหา ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญออกแบบให้รัฐสภาและประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขของรัฐมีอำนาจเสมอกันในลักษณะที่ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนว่า องค์กรทางการเมืองใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดโครงสร้างทางการเมืองที่จะนำไปสู่การใช้กำลังรุนแรงได้เสมอ (Desintegrationsfaktor)[65] โครงสร้างทางการเมืองในลักษณะเช่นว่านี้เรียกว่า "โครงสร้างทางการเมืองที่มีผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมืองหลายองค์กร" (Polykratie) ซึ่งได้แก่ความไม่ชัดเจนว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนหรือประมุขแห่งรัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดภายในรัฐ ทำให้ส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อการกำหนดโครงสร้างและความรับผิดชอบทางการเมือง และเป็นโครงสร้างที่ทำให้ระบบรัฐสภาไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร ส่วนปัญหาในทางกฎเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่สำคัญ ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญไม่มีกลไกในการปกป้องตนเองและระบบรัฐสภา และไม่มีกลไกในการรักษาเสถียรภาพของรัฐบาล โดยรัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้พรรคหัวรุนแรงทั้งฝ่ายซ้ายและฝ่ายขวาทั้งหลายสามารถเข้ามามีบทบาทในรัฐสภา รวมถึงการเข้ามาทำให้กลไกของระบบรัฐสภาเกิดความพิกลพิการไปด้วย[66]

เหตุผลที่แท้จริงที่เป็นสาเหตุสำคัญของความล่มสลายของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในไวมาร์ ได้แก่ เหตุผลที่ว่า "ประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นยังไม่ใช่ประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนทั้งหมดอย่างแท้จริง"[67] ภาวการณ์ดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็น "ประชาธิปไตยที่ปราศจากความยินยอมพร้อมใจ

---

[64] Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, p.295 f.

[65] Lehnert, Detlef, Kritische Justiz, Vol. 32, Nr. 3 (1999), 398, 401.

[66] Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, S. 295

[67] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 742.

ของประชาชน" (Demokratie ohne Konsens) หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่ารัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นยังขาดลักษณะของการเป็น "สัญญาประชาคม" นั่นเอง "ความยินยอมพร้อมใจของประชาชน" ในความหมายข้างต้น ได้แก่ "ความตกลงร่วมกันในปัญหาที่สำคัญทางรัฐธรรมนูญ" โดยในไวมาร์นั้นยังขาดไปซึ่งความตกลงร่วมกันที่ชัดเจนและเป็นที่ยุติว่าจะมีการละทิ้งระบอบกษัตริย์ซึ่งเป็นอำนาจเก่า และยอมตนอยู่ภายในระบอบการเมืองและอำนาจปกครองรัฐที่ถูกสถาปนาขึ้นมาใหม่ Kimminich[68] ได้วิเคราะห์อาการป่วยของสาธารณรัฐไวมาร์ว่า ตลอดระยะเวลา 14 ปี ของสาธารณรัฐไวมาร์นั้น ยังไม่อาจสร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจปกครองได้อย่างแท้จริง ซึ่งหมายถึง ยังไม่อาจก่อให้เกิดความยินยอมอย่างแท้จริงของประชาชนทั้งหลายต่อระบบรัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้น การยอมรับหรือยินยอมของประชาชนดังกล่าวยังหมายความต่อไปด้วยว่าประชาชนจะต้องยอมรับร่วมกันว่าสถาบันทางการเมืองทั้งหลายที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องดำรงอยู่ต่อไปได้ แม้จะถูกวิจารณ์หรือถูกกล่าวหาว่าสถาบันทางการเมืองเหล่านั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงใดก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ฝ่ายทางการเมืองทั้งหลายใช้ข้ออ้างเช่นว่านั้นในการขัดขวางการทำหน้าที่ของสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้ล้มสถาบันในทางการเมืองนั้นได้ง่ายดายเกินไป จนทำให้ในรัฐนั้น ๆ ไม่สามารถจัดตั้งอำนาจปกครองรัฐได้อย่างแท้จริง "ในไวมาร์นั้นไม่เคยมีแม้แต่ครั้งเดียวที่จะเกิดการยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับคุณค่าของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย" เมื่อความชอบธรรมของระบบการเมืองและสถาบันทางการเมืองเช่นว่านี้ไม่เกิดขึ้นในรัฐ ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดว่าระบบการเมืองเช่นว่านี้จะต้องพังครืนและล่มสลายลงในที่สุด"[69]

---

[68] Kimminich, VerfGesch, p.531, zitiert nach Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo, Verfassungsgeschichte, p.297, โปรดดูใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 742.

[69] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 743, Wilhelm Henke อธิบายเรื่องดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า คนทั่วไปต่างมองเห็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งได้อย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นได้แสดงออกน้อยมากถึงความยินยอมพร้อมใจของประชาชนต่อระบอบการปกครองที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาใหม่ อีกทั้งองค์กรทั้งหลายที่ถืออำนาจรัฐต่างไม่ยอมรับหลักการพื้นฐานบางประการร่วมกันซึ่งจะใช้เป็นเงื่อนไขในการดำรงอยู่ของระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญ ดังนั้นรัฐธรรมนูญไวมาร์จึงไม่ได้แสดงออกอย่างแท้จริงถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในการสถาปนารัฐธรรมนูญร่วมกันเพื่อใช้ในการปกครองประเทศ, ดู Henke, Wilhelm, Verteidigung der Demokratie, JZ 28 (1973), 293, 293.

3.1.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ภายใต้บังคับของกฎหมายพื้นฐาน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" (Streitbare Demokratie; Militant Democracy) เป็นปฏิกิริยาของประเทศเยอรมนีต่อความล้มเหลวของประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐไวมาร์[70] ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของ "สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี" ซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นใหม่โดยผลของกฎหมายพื้นฐานในการที่จะต้องสร้างกลไกและเครื่องมือในการป้องกันไม่ให้ประวัติศาสตร์ในสมัยไวมาร์เกิดขึ้นอีกครั้ง กล่าวอีกนัยหนึ่งระบอบประชาธิปไตยที่ถูกก่อตั้งโดยกฎหมายพื้นฐานนั้นจะต้องเป็นประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จากภยันตรายทางการเมืองทั้งหลายนั่นเอง

3.1.2.1 กฎหมายพื้นฐานในฐานะเครื่องแสดงออกถึง "ประชาธิปไตยที่ยึดโยงกับคุณค่า" (Wertgebundene Demikratie)

จากประสบการณ์ความล้มเหลวของประชาธิปไตยในไวมาร์ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงเวลาอันสั้นก่อนหน้านี้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบันหรือกฎหมายพื้นฐานจึงต้องทำการ "กำหนดเงื่อนไขพื้นฐานในการดำรงชีวิตร่วมกันอย่างสงบของประชาชนในรัฐ" ซึ่งในที่นี้อาจเรียกได้อีกนัยหนึ่งว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" อันเป็นหลักการหรือเงื่อนไขพื้นฐานที่ต้องห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจใด ๆ มาแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้[71] โดยระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของสาธารณรัฐใหม่นี้ได้แก่คุณค่าในเรื่องการเป็นสาธารณรัฐ การเป็นประชาธิปไตย และนิติสังคมรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นระเบียบการปกครองที่เกิดจากความยินยอมพร้อมใจ (Konsens) ของประชาชนและพรรคการเมืองต่าง ๆ[72] ดังนั้น ข้อความคิดว่าด้วย "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) จึงเป็นหัวใจสำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักการที่เรียกร้องโดยตรงให้รัฐต้องดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายประการเพื่อปกปักษ์รักษาคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญนี้ไว้ให้จงได้ ดังนั้น โดยแตกต่างจากรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่ตราขึ้นโดยยึดโยงอยู่กับหลักที่เรียกร้องให้รัฐ "อดทนอดกลั้น" (Toleranz) ต่ออุดมการณ์ทางการเมืองทั้งหลายที่ไม่เป็นประชาธิปไตย หรือที่เรียกว่าเป็น "ระบบที่เป็นกลาง

---

[70] Lameyer, Johannes, Streitbare Demokratie contra Terrorismus?, ZRP 11 (1978), 49, 49.

[71] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 193.

[72] Henke, Wilhelm, JZ 28 (1973), 293, 293.

ในแง่คุณค่า" (Wertneutralität)[73] ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเยอรมันฉบับปัจจุบันทั้งในกรณีของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (Herrenchiemseekonvent) และสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Palarmentarischer Rat) จึงเห็นว่าเป็นสำนึกหน้าที่โดยตรงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญในการแก้ไขความผิดพลาดในอดีตของชนชาติตนด้วย[74] การแก้ไขความผิดพลาดเช่นว่านั้นต้องเป็นการแก้ปัญหาที่เป็นแกนกลางดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญไวมาร์ที่เป็นรัฐธรรมนูญที่ปราศจากคุณค่าพื้นฐาน ด้วยการกำหนด "การตัดสินใจพื้นฐานของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ" (Grundentscheidung) ให้ประชาธิปไตยที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือกฎหมายพื้นฐานเป็น "รัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับคุณค่า" (Wertgebundene Demokratie)[75] นั่นเอง กล่าวให้แคบยิ่งขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องการสถาปนาและรักษาไว้ซึ่งรัฐที่เป็นสาธารณรัฐ เป็นประชาธิปไตย และเป็นนิติสังคมรัฐ[76] ดังนั้น กฎหมายพื้นฐานจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่ประกอบไปด้วยคุณค่าพื้นฐาน (Grundwerte) หลายประการที่อำนาจรัฐหรืออำนาจภายนอกรัฐธรรมนูญทั้งหลายจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ และเมื่อมีความเคลื่อนไหวหรือความพยายามที่เป็นการล้มล้างคุณค่าพื้นฐานเหล่านั้น รัฐธรรมนูญย่อมมีกลไกในการที่จะป้องกันตนเองและต่อกรกับการกระทำที่เป็นอันตรายต่อประชาธิปไตยทั้งหลายเหล่านั้น ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตอย่างยิ่งว่า กลไกในการป้องกันตนเองของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยเช่นว่านี้ย่อมอาจมีผลเป็นการกระทบหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพทางการเมือง และดังนั้นเมื่อ "การปกป้องประชาธิปไตย" เป็นคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ รัฐย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างถึงหน้าที่ในการป้องกันตนเองของประชาธิปไตย (Streitbare Demokratie; Militant Democracy) นี้ขึ้นมาเพื่อเป็นฐานในการใช้อำนาจของตนในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองคุณค่าที่เป็นพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญซึ่งมีลำดับสูงกว่า[77]

---

[73] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194.

[74] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 744

[75] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194; Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 348.

[76] Henke, Wilhelm, Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Parteiquarantäne, JZ 28 (1973), 293, 293.

[77] Lameyer, Johannes, ZRP 11 (1978), 49, 49.

3.1.2.2 "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitlich demokratische Grundordnung) ในฐานะคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

แม้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) จะปรากฏตัวอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานหลายมาตรา เพื่อทำหน้าที่ในการคุ้มครอง "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า คำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) เป็นถ้อยคำที่ไม่ปรากฏนิยามอยู่ในกฎหมายพื้นฐานแต่อย่างใด ทั้งที่ข้อความคิดดังกล่าวเป็นเหตุผลสำคัญของการตรากฎหมายพื้นฐานขึ้นมาก็ตาม กรณีเช่นว่านี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่ในการวางหลักในเรื่องดังกล่าวผ่านการใช้การตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ[78] ได้เคยวางหลักในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ย่อมมีความหมายว่าเป็น "หลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" (Oberste Grundwerte der Verfassung) ซึ่งหลักการพื้นฐานที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามความหมายในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ได้แก่[79]

- หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน
- หลักการแบ่งแยกอำนาจ
- หลักความรับผิดชอบของรัฐบาล
- หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง
- หลักความเป็นอิสระของศาล
- หลักการมีหลายพรรคการเมือง
- หลักความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง และ
- หลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย เป็นต้น

---

[78] BVerfGE 2 (12), sog. SRP-Urteil von 1952.

[79] ดู Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194 .

หลักการที่เป็นคุณค่าเหล่านี้เป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญต้องสร้างกลไกในการคุ้มครองและต่อต้านการกระทำทั้งหลายที่เป็นอันตรายต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ นอกจากหลักการที่กล่าวไปข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญยังได้พัฒนาข้อความคิดต่อไป โดยได้ขยายความให้หลักการบางประการอยู่ในความหมายของ "ระเบียบพื้นฐานของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยด้วย" ยกตัวอย่างเช่น การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การรับรองสิทธิของบุคคลในชีวิตและความเป็นอยู่ส่วนบุคคล รวมถึงเสรีภาพในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง นอกจากนั้นยังหมายความรวมถึง "เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น" ในฐานะคุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย โดยเป้าประสงค์ในเรื่องดังกล่าวทั้งหมดของรัฐธรรมนูญนี้เองที่แสดงให้เห็นว่า กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับคุณค่าพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตย (Wertgebundene Ordnung)

3.1.2.3 กลไกต่าง ๆ ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ปรากฏในกฎหมายพื้นฐาน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่ารัฐธรรมนูญเยอรมันหรือกฎหมายพื้นฐานเป็นรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องสร้างเครื่องมือหรือกลไกในการคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานเหล่านั้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเครื่องมือหรือกลไกที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็นเครื่องมือของหลัก "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" (Militant Democracy) ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายรายละเอียดของแต่ละกลไก รวมถึงปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดจากการใช้เครื่องมือหรือกลไกเช่นว่านั้นต่อไปด้วย

1) การกำหนดหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Ewigkeitsklausel)

มาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐที่เป็นแบบสหพันธรัฐ หรือกระทบการมีส่วนร่วมของมลรัฐทั้งหลายในการใช้อำนาจในการตรากฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 และ 20 นั้นไม่อาจกระทำได้"

ประสบการณ์จากสาธารณรัฐไวมาร์ได้ให้บทเรียนว่า การปล่อยให้รัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด[80] ซึ่งรวมถึงอาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยด้วยก็ได้ ย่อมนำรัฐนั้น ๆ ไปสู่จุดจบทางการเมืองในที่สุด ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) จึงได้เรียนรู้จากบทเรียนดังกล่าว เพื่อป้องกันไม่ให้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งก่อตั้งขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนั้นต้องกลับไปเผชิญกับภาวการณ์รัฐที่เป็นประชาธิปไตยที่ล้มเหลวดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์อีก บทบัญญัติมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญอีกประการหนึ่งของความพยายามในการปกป้องประชาธิปไตย หรือหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie)[81] การเรียนรู้จากปัญหาของสาธารณรัฐไวมาร์เช่นว่านั้นทำให้ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานได้ตราบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นข้อจำกัดในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Materielle Schranken der Verfassungsänderung) หรือที่เรียกว่า "การประกันหลักการที่เป็นนิรันดร" (Ewigkeitsgarantie)[82] เพื่อไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อทำลายหลักการที่เป็นพื้นฐานดังกล่าว เป้าหมายประการสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐานจึงได้แก่การป้องกันไม่ให้รัฐอาศัยอำนาจของเสียงข้างมากหรืออาศัยเสียงเรียกร้องทางการเมืองที่เกิดขึ้นในขณะใดขณะหนึ่งเพื่อทำลายหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ อย่างไร

---

[80] มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการนิติบัญญัติ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะทำได้เฉพาะกรณีที่ผู้เข้าร่วมประชุมครบสองในสามของสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร และมีเสียงเห็นชอบกับญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดที่เข้าร่วมประชุม ในกรณีของวุฒิสภาเช่นเดียวกันที่ต้องการเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดที่มาออกเสียงในบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ที่ประชุมรัฐสภาอาจมีมติโดยเสียงข้างมาก ให้มีการทำประชามติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้

ในกรณีที่วุฒิสภามีมติไม่เห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่สภาผู้แทนมีมติยืนยันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งอาณาจักรจะประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ หากว่าวุฒิสภาได้ร้องขอภายในระยะเวลาสองสัปดาห์ให้มีการทำประชามติในเรื่องดังกล่าวเสียก่อน"

[81] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 348.

[82] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, 1. Aufl., München 2009, Art. 79 Rn. 18.

ก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานนี้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะที่อาจปะทะกับพลังทางการเมืองได้โดยตรง ดังนั้น ต้องถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีสถานะเป็นเพียงข้อยกเว้นและต้องตีความมาตราดังกล่าวโดยเคร่งครัด[83] กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยหลักแล้วรัฐสภามีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เฉพาะแต่กรณีที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่สอดคล้องกับข้อเรียกร้องของมาตรา 79 วรรค 3 นี้โดยชัดแจ้งเท่านั้นที่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การตีความมาตราดังกล่าวกว้างจนเกินไป ย่อมทำให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจเกิดขึ้นได้ และทำให้เกิดข้อพิพาททางการเมืองขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญมาตรา 79 วรรค 3 นี้ห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาทำการเปลี่ยนแปลง ได้แก่ หลักการจัดรูปของรัฐเป็นรัฐรวม ซึ่งประกอบไปด้วยสหพันธรัฐและมลรัฐ หลักการให้มลรัฐมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ รวมถึงหลักการพื้นฐานที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 1[84] และมาตรา 20[85] ของกฎหมายพื้นฐาน

---

[83] BVerfGE 109, 279, 310.

[84] มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกล่วงละเมิดมิได้ อำนาจรัฐทั้งหลายมีหน้าที่ในการระมัดระวังและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ปวงชนชาวเยอรมัน ยอมรับร่วมกันว่า หลักการล่วงละเมิดมิได้และพรากไปไม่ได้ของสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานของทุกสังคมมนุษย์ รวมถึงเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีภาพและความยุติธรรมในโลก

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมีผลผูกพันโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

[85] มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสหพันธรัฐประชาธิปไตยและเป็นสหพันธ์สังคมรัฐ

(2) อำนาจรัฐทั้งหลายมาจากประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐผ่านทางการเลือกตั้งและการออกเสียง โดยองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทนประชาชน

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันตนต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมาย

(4) ในกรณีที่ไม่มีหาทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้ ที่ประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลที่มีความพยายามในการทำลายระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตสำคัญตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht)[86] ว่ารัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายแต่เพียง "การคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ" ที่ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามแต่อย่างใด ในการที่จะให้มีการแก้ไข "เนื้อความหรือถ้อยคำ" ของบทบัญญัติที่รับรองหลักการพื้นฐานต่าง ๆ เหล่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการแก้ไขปรับปรุงเนื้อความหรือถ้อยคำของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐที่ได้รับการรับรองเอาไว้ในบทบัญญัติเหล่านั้นจึงไม่ขัดต่อมาตรา 79 วรรค 3 นี้แต่อย่างใด แต่ในส่วนที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Grundsätze) ย่อมได้รับการคุ้มครองโดยเด็ดขาด (Absolut) อย่างไรก็ตาม ถ้อยคำในบทบัญญัติของมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น อาจมีบางถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriff) ซึ่งในการใช้และตีความถ้อยคำเช่นว่านี้จะต้องเป็นไปเพื่อการคุ้มครองหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง ในขณะเดียวกันก็จะต้องไม่เป็นการปิดโอกาสของรัฐสภาที่จะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลงโดยสิ้นเชิงด้วย ทั้งนี้ หลักการพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองจากมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1.1) หลักการจัดรูปของรัฐเป็นสหพันธรัฐ

มาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐานเรียกร้องว่า การจัดรูปของรัฐหรือการจัดโครงสร้างอำนาจรัฐในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะต้องเป็นไปในรูปแบบ "สหพันธรัฐ" (Bundesstaat) เท่านั้น อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีมีมลรัฐทั้งสิ้น 16 มลรัฐ แต่ความหมายของมาตรา 79 วรรค 3 นี้ไม่ได้หมายความว่า จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มหรือลดจำนวนของมลรัฐลงไม่ได้ ความหมายของมาตรานี้มีอยู่แต่เพียงว่า จะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนรูปของรัฐจากรัฐรวมหรือสหพันธรัฐไปเป็นรัฐเดี่ยวไม่ได้[87] การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับมลรัฐนั้นจะต้องแน่ใจว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะยังคงประกอบไปด้วยมลรัฐหลายมลรัฐ ซึ่งอย่างน้อยที่สุดจะต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 3 มลรัฐ

---

[86] BVerfGE 30, 1, 4; 109, 279, 310.

[87] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 79 Rn. 21.

ประกอบกัน[88] ทั้งนี้ มลรัฐทั้งหลายที่มาประกอบกันเข้าเป็นสหพันธรัฐนั้น จะต้องมีลักษณะเป็นรัฐที่แท้จริงหรือมี "คุณภาพความเป็นรัฐ" ซึ่งหมายความว่า เป็นรัฐที่มีอำนาจรัฐในความหมายของกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริง อำนาจรัฐของแต่ละมลรัฐในความหมายดังกล่าว แสดงออกมาในรูปของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ การจัดโครงสร้างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเหล่านั้นด้วย นอกจากนั้นมลรัฐจะต้องมีอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ รวมถึงอำนาจในทางงบประมาณเป็นของตัวเองด้วย

(1.2) หลักการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ

ความหมายของหลักการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติมีอยู่ว่า ในกระบวนการนิติบัญญัติหรือกระบวนการตรากฎหมายของสหพันธ์ (Bund) รัฐธรรมนูญจะต้องประกันให้แต่ละมลรัฐมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวด้วย ซึ่งตามระบบปัจจุบันของกฎหมายพื้นฐานคือการให้ผู้แทนของมลรัฐต่าง ๆ เข้ามาเป็นสมาชิกของวุฒิสภาสหพันธ์ (Bundesrat)[89] เพื่อทำหน้าที่ในการกลั่นกรองและให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายของสหพันธ์ อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการเปลี่ยนแปลงหลักการมีส่วนร่วมของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติของสหพันธ์โดยรูปแบบและกระบวนการอื่น ๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของการเปลี่ยนแปลงกลไกของกระบวนการนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ (Systemwechsel)[90] เช่น การกำหนดให้รัฐสภาของมลรัฐต่าง ๆ (Landesparlamente) เข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในกระบวนการนิติบัญญัติในระดับสหพันธ์ แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญในเรื่องกระบวนการนิติบัญญัติในระดับสหพันธ์ไปอย่างไรก็ตาม จะต้องมีหลักประกันว่า มลรัฐจะต้องยังคงมี

---

[88] Evers in: BK, Art. 79 III Rn. 212; Dreier in ders., Art. 79 III Rn. 21, อ้างใน Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 79 Rn. 21.

[89] มาตรา 50 กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติว่า มลรัฐเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติและกระบวนการใช้อำนาจบริหารของสหพันธ์ รวมถึงเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการเกี่ยวกับสหภาพยุโรป ผ่านทางวุฒิสภาสหพันธ์ (Bundesrat)

มาตรา 51 กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติว่า (1) วุฒิสภาสหพันธ์ประกอบไปด้วยสมาชิกของรัฐบาลที่ได้รับการแต่งตั้งมาจากมลรัฐต่าง ๆ สมาชิกรัฐสภาสหพันธ์อาจถูกแทนที่ด้วยสมาชิกของรัฐบาลคนอื่น ๆ ที่ได้รับการแต่งตั้งจากมลรัฐต่าง ๆ

[90] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 79 Rn. 23.

ส่วนร่วมหรือมีอิทธิพลในกระบวนการนิติบัญญัติของสหพันธ์เสมอ ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกไปได้

(1.3) หลักการพื้นฐานที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

1. หลักการพื้นฐานในมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน

ในบทบัญญัติมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน[91] มีหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ไม่อาจถูกแก้ไขหรือยกเลิกได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

ก. หลักการล่วงละเมิดไม่ได้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐทุกองค์กรในการที่จะต้องให้ความระมัดระวังและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเมื่อหลักการดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ จึงเป็นหลักการที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวมีสาระสำคัญอยู่ว่ามนุษย์ไม่อาจตกเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำ และองค์กรของรัฐทั้งหลายจะปฏิบัติต่อมนุษย์ในลักษณะที่เป็นการลดทอนคุณค่าในความเป็นมนุษย์ลงไม่ได้ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความหมายที่ชัดแจ้งว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Menschenwürde) มีความหมายที่แน่นอนว่าอย่างไร ซึ่งลักษณะการบัญญัติบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีของการไม่กำหนดนิยามที่แน่นอนของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญได้แก่ การที่ข้อความคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะไม่ถูกทำให้แข็งกระด้างจนเกินไปจนปรับตัวไม่ทันกับความเปลี่ยนแปลงและความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวของสังคม ดังนั้นการใช้และการตีความ

---

[91] มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า

(1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกล่วงละเมิดมิได้ อำนาจรัฐทั้งหลายมีหน้าที่ในการระมัดระวังและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) ปวงชนชาวเยอรมันยอมรับร่วมกันว่า หลักการล่วงละเมิดมิได้และพรากไปไม่ได้ของสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานของทุกสังคมมนุษย์ รวมถึงเป็นหลักการพื้นฐานของเสรีภาพและความยุติธรรมในโลก

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมีผลผูกพันโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงได้อย่างหลากหลาย ในทางตรงกันข้าม ข้อเสียของการที่ไม่มีการกำหนดนิยามของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การที่การจะชี้ขาดว่าอะไรเป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการกระทำใดมีลักษณะเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะกลายเป็นเรื่องที่ต้องการ "ฉันทามติของสังคม" เป็นเงื่อนไขเสียก่อนเสมอ ดังนั้นการใช้และตีความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวอาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลจากเรื่องในทางจริยศาสตร์ การเมือง รวมถึงโลกทัศน์ของผู้คนในสังคมด้วย ซึ่งอาจทำให้การใช้การตีความกฎหมายเกิดความไม่แน่นอน[92]

ข. หลักการพรากไปไม่ได้ซึ่งสิทธิมนุษยชน

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญมากที่สุดอีกหลักการหนึ่งของระบอบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย และเป็นหลักการที่เกิดจากการเรียนรู้ประสบการณ์โดยตรงจากสาธารณรัฐไวมาร์ ตัวบทมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "ปวงชนชาวเยอรมันต้องยอมรับร่วมกันว่าสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ถูกล่วงละเมิดไม่ได้และไม่อาจพรากไปจากมนุษย์ได้" อย่างไรก็ตามความมุ่งหมายดังกล่าวกลับไม่ใช่การกำหนดหน้าที่ให้กับปวงชนชาวเยอรมันเท่านั้นที่จะต้องเคารพหลักการดังกล่าว แต่องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงที่จะต้องเคารพหลักการพื้นฐานดังกล่าวด้วย[93]

ค. หลักการผูกพันตนเองต่อสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ

หลักการผูกพันตนเองต่อสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐเป็นหลักการที่เรียกร้องว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญเป็น "กฎหมายที่มีผลผูกพันโดยตรง" ต่อองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ดังนั้นในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องพิเคราะห์ถึงผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ นอกจากนี้องค์กรที่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะใช้อำนาจดังกล่าว

---

[92] Dreier, Horst, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundrecht-Kommentar, Art. 1 I Rn. 53-54, อ้างใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 117.

[93] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 79 Rn. 25.

ไปในลักษณะที่เป็นการยกเลิกการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือในลักษณะที่ทำให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายไม่ต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้

2. หลักการพื้นฐานในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

มาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐานได้คุ้มครองหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 20[94] ไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว ซึ่งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน ได้แก่ หลักการมีรูปของรัฐเป็นสาธารณรัฐ หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐ รวมถึงหลักการเป็นสังคมรัฐ ซึ่งหลักการพื้นฐานทั้ง 4 ประการนี้เองที่เป็นหลักการที่เป็นแกนกลางของรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในเยอรมนี

ก. หลักสังคมรัฐ (Sozialstaatsprinzip)

หลักสังคมรัฐเป็นหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐในการที่จะต้องก่อตั้งและรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมในทางสังคม และการให้ความช่วยเหลือทางสังคมแก่ผู้ด้อยโอกาส ทั้งนี้องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญที่สุดของหลักสังคมรัฐ ได้แก่ การกำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐในการที่จะต้องให้ความช่วยเหลือหรือการสงเคราะห์ผู้ด้อยโอกาสหรือผู้ที่ต้องได้รับความช่วยเหลือ[95] หลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญผูกพันผู้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจะต้องให้หลักประกันต่อมาตรฐานการดำรงชีพขั้นต่ำ (Existenzminimum) แก่ประชาชนด้วย

ข. หลักสหพันธรัฐ (Bundesstaatsprinzip)

หลักสหพันธรัฐ (Bundesstaatsprinzip) ในความหมายของมาตรา 20

---

[94] มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสหพันธรัฐประชาธิปไตยและเป็นสหพันธ์สังคมรัฐ

(2) อำนาจรัฐทั้งหลายมาจากประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐผ่านทางการเลือกตั้งและการออกเสียง โดยองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทนประชาชน

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันตนต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมาย

(4) ในกรณีที่ไม่มีหาทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้ ที่ประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลที่มีความพยายามในการทำลายระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ

[95] BVerfGE 40, 121, 133; 43, 13, 19.

กฎหมายพื้นฐาน มีข้อเรียกร้องที่เป็นหลักการสำคัญอยู่ 2 ประการด้วยกัน ได้แก่ การจัดโครงสร้างรัฐเป็นสหพันธรัฐและมลรัฐ รวมถึงการกำหนดให้มลรัฐมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของสหพันธ์ หลักการที่เรียกร้องให้รัฐจะต้องจัดโครงสร้างของอำนาจรัฐเป็นสหพันธรัฐและมลรัฐนี้เป็นไปตามหลักที่เรียกว่า "หลักความภักดีต่อสหพันธรัฐ" (Grundsatz der Bundestreue) และหลักความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของสถานะทางกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยให้แต่ละมลรัฐมีอำนาจรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (Verfassungshoheit der Länder) อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร รวมถึงอำนาจตุลาการเป็นของตนเอง ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะไปยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานดังกล่าวไม่ได้

ค. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ปรากฏตัวอยู่เฉพาะในบทบัญญัติมาตรา 20 เท่านั้น แต่ยังปรากฏตัวอยู่ในบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ รวมถึงจากการพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานอย่างเป็นเอกภาพด้วย[96] ดังนั้นย่อมเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่า หลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองโดยกฎหมายนั้นเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญ ที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวได้ ทั้งนี้หลักการย่อยที่เป็นหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐที่ได้รับการคุ้มครอง ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการผูกพันตนต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการผูกพันตนเองต่อกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมถึง หลักการห้ามมีผลย้อนหลังของกฎหมายไปเป็นผลร้ายต่อบุคคล หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ รวมถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจและหลักการประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน

ง. หลักการเป็นสาธารณรัฐ

การที่ประเทศเยอรมนีใช้ชื่อว่า "สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี" ในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานย่อมมีลักษณะเป็นการกำหนดบรรทัดฐาน (Norm) ในทางรัฐธรรมนูญว่าประเทศเยอรมนีจะต้องใช้รูปของรัฐ (Staatsform) เป็นสาธารณรัฐ (Republik) กล่าว

---

[96] ถ้อยคำของการรับรองหลักนิติรัฐในกฎหมายพื้นฐานนั้นปรากฏอยู่ในทั้งมาตรา 20 วรรค 3 มาตรา 1 วรรค 3 มาตรา 19 วรรค 4 รวมถึงมาตรา 28 วรรค 1

ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น หลักการพื้นฐานดังกล่าวห้ามไม่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนรูปของรัฐจากสาธารณรัฐ (Republik) เป็นราชอาณาจักร (Monarchie) และหลักการดังกล่าวมีผูกพันทั้งต่อสหพันธรัฐและมลรัฐทั้งหลายในเยอรมนีที่จะต้องเคารพหลักการเป็นสาธารณรัฐด้วย

จ. การคุ้มครองหลักประชาธิปไตย

หลักการที่เป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของมาตรา 79 วรรค 3 ประกอบกับมาตรา 20 วรรค 1 และวรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานได้แก่ หลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) หลักประชาธิปไตยอันเป็นหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveränität) กล่าวคือ ประชาชนจะต้องเป็นเจ้าของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และในการจัดตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐรวมถึงการกำหนดโครงสร้างการใช้อำนาจรัฐนั้นจะต้องมาจากความยินยอมของประชาชน รวมถึงการใช้อำนาจเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปโดยมีความรับผิดชอบต่อประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วย หลักประชาธิปไตยตามกฎหมายพื้นฐานมีความมุ่งหมายสำคัญว่า กระบวนการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองจะต้องเป็นระบบเปิด ที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว[97] และในกระบวนการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองนั้นจะต้องใช้หลักเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip) เป็นเครื่องชี้ขาด ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งในเรื่องที่เกี่ยวกับการสร้างเจตจำนงทางการเมืองนั้น นอกเหนือจากนั้นยังมีหลักการอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่สนับสนุนหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน และถือเป็นหลักการย่อยของหลักประชาธิปไตยที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญด้วย เช่น หลักการเลือกตั้งตามระยะเวลา (Periodische Wahlen)[98] หลักเสรีภาพในการก่อตั้งพรรคการเมือง รวมถึง หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทางการเมือง

2) การยึดหรือการทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsverwirkung)

มาตรา 18 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “ผู้ใดใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของสื่อสารมวลชนตามมาตรา 5 วรรค 1 เสรีภาพในการ

---

[97] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 79 Rn. 39.

[98] BVerfGE 2, 1, 12 f.; 5, 85, 140.

สอนตามมาตรา 5 วรรค 3 เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 เสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 9 สิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ หรือสิ่งสื่อสารทางไกลตามมาตรา 10 กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 หรือสิทธิในการลี้ภัยตามมาตรา 16a ไปในลักษณะที่ขัดขวางหรือต่อสู้กับระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ผู้นั้นต้องถูกยึดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น การประกาศยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงขอบเขตของการเพิกถอนให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดในแต่ละกรณี”

บทบัญญัติมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานในเรื่องการยึดหรือการทำเสียสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นถือเป็นบทบัญญัติที่เป็นเอกลักษณ์ของกฎหมายพื้นฐานที่ถูกตราขึ้นเพื่อปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยจากอันตรายที่เกิดจากปัจเจกบุคคลทั้งหลาย[99] ทั้งนี้มาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจในการยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเอาไว้ ทั้งนี้อำนาจในการวินิจฉัยยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรานี้เป็นอำนาจเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) และมาตรานี้จะนำมาใช้ได้เฉพาะกรณีที่ผู้ร้องต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้เสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน ในกรณีที่เป็นการยื่นคำร้องว่ามีการกระทำที่เป็นอันตรายต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่ไม่ใช่กรณีที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญออกคำสั่งตามมาตรา 18 นี้ ผู้ยื่นคำร้องจะต้องร้องขอให้ศาลพิจารณาจากกลไกในมาตราอื่น โดยเงื่อนไขของการยื่นคำร้องตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานนี้ถูกกำหนดรายละเอียดเอาไว้ในมาตรา 36 ถึงมาตรา 41 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG)[100] โดยมาตรา 36 ของรัฐบัญญัติว่าด้วย

---

[99] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 1; BVerfGE 25, 44, 60; Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 289.

[100] มาตรา 36 BVerfGG กำหนดเรื่องผู้มีสิทธิในยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 37 BVerfGG กำหนดกระบวนการก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาคำร้องตามมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน มาตรา 38 BVerfGG กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการออกคำสั่งค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 BVerfGG กำหนดเรื่องกระบวนการในการตัดสินยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานโดยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 BVerfGG กำหนดเรื่องการยกเลิกคำสั่งยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐาน และมาตรา 41 BVerfGG กำหนดเรื่องการยื่นคำร้องให้ศาลพิจารณายึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานอีกครั้ง

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐาน (Antragsberechtigte) ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร รัฐบาลสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง และเนื้อหาของคำร้องจะต้องเป็นเรื่อง "การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์พิพากษายึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพราะเหตุที่บุคคลดังกล่าวอาจจะใช้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไปในทางที่ต่อสู้หรือขัดขวางระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[101] ผู้ถูกร้องตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐาน (Antragsgegner) ได้แก่ บุคคลธรรมดาทั้งหลาย (Natürliche Personen) ที่เป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน[102] และรวมถึงนิติบุคคลด้วยเฉพาะในกรณีที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานได้[103] ทั้งนี้ ในกรณีที่พรรคการเมืองกระทำการที่อาจกระทบต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ต้องพิจารณาตามมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะที่ตราขึ้นมาสำหรับการดำเนินการของพรรคการเมือง และไม่ใช้กรณีตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐาน[104]

เงื่อนไขประการสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิพากษาให้มีการยึดหรือทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐานนี้ จะต้องปรากฏว่ามี "การใช้สิทธิไปในทางที่ผิด" (Grundrechtsmissbrauch) โดยการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่ถูกระบุไว้ในมาตรา 18 ไปในทางที่ขัดแย้งหรือใช้ในการต่อสู้กับระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญไปโดยมีเป้าหมายเพื่อเอาระบอบการปกครองอำนาจเบ็ดเสร็จเข้ามาแทนที่ระบอบที่ให้ประชาชนปกครองตนเอง หรือแทนที่ระบอบการปกครองที่คำนึงถึง

---

[101] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 3.

[102] เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้นถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อต่อต้านบุคคลทุกคน (Natürliche Personen) ที่กระทำการกระทบต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่กลไกตามมาตรา 18 นั้นกลับเป็นกลไกที่ถูกคิดค้นขึ้นมาเพื่อต่อต้าน "ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐาน" ทั้งนี้ เพราะการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะออกคำสั่งให้ยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้น มีเงื่อนไขอยู่ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานเสียก่อน เพราะถ้าไม่เป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วย่อมไม่มีกรณีที่อาจเสียสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ดู Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 292.

[103] มาตรา 19 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลต่อนิติบุคคลในประเทศเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ในกรณีที่โดยสภาพของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานได้ด้วย"

[104] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 3.

สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน[105] ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการกระทำหรือการใช้สิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องมีลักษณะเป็นการ "มุ่งหมายไปในอนาคต" (zukunftsbezogen) เพื่อให้การกระทำของตนมีผลเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยต่อไป ดังนั้น ต้องมีข้อเท็จจริงว่าจากการพิจารณาการใช้สิทธิของบุคคลดังกล่าวนั้นสามารถคาดหมายได้อย่างชัดแจ้งว่าจะเป็นอันตรายอย่างแท้จริงต่อระบอบประชาธิปไตย[106] คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญให้ยึดหรือเสียสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจึงมีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงป้องกัน และไม่ได้มีลักษณะเป็นการลงโทษแต่อย่างใด[107] นอกจากนี้มีข้อสังเกตที่สำคัญอีกประการว่า การกระทำของบุคคลที่จะเป็นเหตุในการออกคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้นั้นจะต้องไม่เป็นแต่เพียง "การกระทำที่มีลักษณะไม่สอดคล้อง" กับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การกระทำของบุคคลจะต้องมีลักษณะเป็น "การต่อสู้ขัดขวาง" (Kampf) โดยเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงและมีเป้าหมายอย่างแท้จริงในการทำลายระบอบประชาธิปไตยด้วย[108] และข้อสังเกตในประการสุดท้ายมีอยู่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจออกคำสั่งให้ยึดหรือเพิกถอนได้นั้น จะต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกระบุไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น (Enumerationsprinzip) ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของสื่อสารมวลชนตามมาตรา 5 วรรค 1 เสรีภาพในการสอนตามมาตรา 5 วรรค 3 เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 เสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 9 สิทธิในการรักษาความลับของจดหมายไปรษณีย์ หรือสิ่งสื่อสารทางไกล ตามมาตรา 10 กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 หรือสิทธิในการลี้ภัยตามมาตรา 16a เท่านั้น

แม้บทบัญญัติมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานนั้นถูกตราขึ้นเพื่อต้องการให้เป็นกลไกหนึ่งของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ อย่างไรก็ตามนั้นมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานกลับเป็นบทบัญญัติที่มีความหมายน้อยมากในทางปฏิบัติ เพราะยังไม่มีคำร้องใดที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลได้พิพากษาให้มี

---

[105] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 4.

[106] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 4.

[107] Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 292.

[108] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 4.

การยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานเลย[109] ทั้งนี้ ในอดีตนั้นมีคำร้องตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสิ้นเพียง 4 กรณีเท่านั้นคือ ในปี ค.ศ. 1952, 1960, 1969 และ 1974 ซึ่งคำร้องทั้งสิ้นมาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องแทนรัฐบาลสหพันธ์ โดยศาลได้ยกคำร้องทั้ง 4 กรณี โดยให้เหตุผลทำนองเดียวกันว่าคำร้องไม่มีมูลเพียงพอ ในทำนองเดียวกันศาลได้ยกคำร้องในปี 1996 ว่าไม่มีมูลเพียงพอ[110] ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าในทางปฏิบัตินั้นศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่เคยใช้เครื่องมือตามมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐานในการปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเลย ทั้งนี้ เพราะจะต้องได้ความอย่างชัดแจ้งเท่านั้นว่ามีการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในลักษณะที่ต่อสู้ขัดขวางกับระบอบประชาธิปไตย การใช้กลไกตามมาตรา 18 อย่างเป็นการทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญย่อมทำให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนลดน้อยลง และในขณะเดียวกันย่อมเป็นการเพิ่มภาระในทางคดีให้กับศาลรัฐธรรมนูญอย่างมากด้วย

3) การยุบพรรคการเมือง (Das Verbot politischer Parteien)

มาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติว่า “พรรคการเมืองทั้งหลายมีส่วนร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน การก่อตั้งพรรคการเมืองย่อมทำได้โดยเสรี ระเบียบภายในของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับที่มาของงบประมาณของพรรคและการใช้เงินงบประมาณของพรรค รวมถึงทรัพย์สินของพรรคให้สาธารณะได้ทราบ”

มาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติต่อไปว่า “พรรคการเมืองที่เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้นเป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นอำนาจในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ”

---

[109] Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 289.

[110] เพิ่งอ้าง

มาตรา 21 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติต่อไปว่า "รายละเอียดของการยุบพรรคการเมืองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายระดับสหพันธ์"

มาตรการยุบพรรคการเมืองตามที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานนี้ถือว่าเป็น "ดาบที่แหลมคมที่สุด" ที่ใช้ในการดำเนินการกับพรรคการเมือง[111] และในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นมาตรการที่อ่อนไหวทางการเมืองมากที่สุด เพราะเป็นมาตรการที่มีผลโดยตรงต่อกระบวนการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน ทั้งนี้ในมาตรา 21 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานที่กล่าวข้างต้น ได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับพรรคการเมืองในระบอบประชาธิปไตยออกเป็น 4 ประการด้วยกัน ได้แก่ 1) พรรคการเมืองจะต้องมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน 2) การก่อตั้งพรรคการเมืองจะต้องทำได้โดยอิสระ 3) ระเบียบภายในของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และ 4) พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับที่มาของงบประมาณของพรรคและการใช้เงินงบประมาณของพรรค รวมถึงทรัพย์สินของพรรคให้สาธารณะได้ทราบ ซึ่งหลักการพื้นฐานทั้ง 4 ประการนี้มีลักษณะเป็นทั้งข้อเรียกร้องไปยังพรรคการเมืองทั้งหลาย ทั้งยังมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองการดำเนินงานของพรรคการเมืองด้วย[112] ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะที่วรรคแรกของมาตรา 21 กฎหมายพื้นฐานได้รับรองความเป็นอิสระในการดำเนินการของพรรคการเมือง วรรคสองของมาตราเดียวกันนี้กลับกำหนดมาตรการที่มีลักษณะเป็นการลงโทษพรรคการเมือง และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบโดยตรงต่ออิสระของพรรคการเมืองในการดำเนินการทางการเมืองและในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง ทั้งนี้ มีข้อสังเกตสำคัญเป็นประการเบื้องต้นว่า "มาตรการยุบพรรคการเมือง (Parteiverbot) ตามมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานนี้ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นปฏิปักษ์กับระบอบประชาธิปไตย (antidemokratisch) หากแต่ถูกกำหนดขึ้นมาจากการเรียนรู้ความผิดพลาดในอดีตสาธารณรัฐไวมาร์ เพื่อใช้มาตรการยุบพรรคการเมืองนี้เป็นกลไกหนึ่งในการปกป้องระบอบประชาธิปไตยหรือเป็นกลไกสำคัญ

---

[111] Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 205.

[112] เปรียบเทียบ Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001, Art. 21 Rn. 11 ff.

ของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie)[113] มาตรการยุบพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็น "บทเรียนจากไวมาร์"[114] โดยตรงที่ถูกนำมาใช้ในกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้โดยให้[115] ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดว่าการดำเนินการของพรรคการเมืองขัดต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่

(3.1) พรรคการเมืองที่เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บทบัญญัติมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานนี้เป็นปฏิกิริยาต่อพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคการเมืองที่มีเป้าหมายของการดำเนินการต่าง ๆ ในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของรัฐ ในความหมายดังกล่าวนิยามของกลุ่มที่เรียกว่า "พรรคการเมือง" (Partei) จึงเป็น

---

113 Leisner, in: Helge Sodan, Grundgesetz - Beck´scher Kompakt-Kommentar, 1. Aufl., München 2009, Art. 21 Rn. 34; เปรียบเทียบ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 21 Rn. 29.

114 Henkel, Michael/Lembcke, Oliver, Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD? Zum Zusammenhang von streitbarer Demokratie und politischer Kultur, Kritische Justiz, Vol. 34, No. 1 (2001), 14, 14.

115 Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 72. เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรการยุบพรรคการเมืองโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นมาตรการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยที่มีลักษณะในประการสำคัญแตกต่างจากกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) โดยในรัฐธรรมนูญไวมาร์นั้นกำหนดให้การพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร ตามที่มาตรา 48 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไวมาร์กำหนดให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจในการดำเนินการต่อต้านการกระทำทั้งหลายที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยได้ แต่ในกฎหมายพื้นฐานได้เปลี่ยนอำนาจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจในทางบริหารดังกล่าว มาให้เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวแทน นอกจากนี้ในการชี้ขาดว่าพรรคการเมืองดำเนินการในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องชี้ขาดโดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 21 วรรค 2 นี้โดยตรง โดยไม่อาจมีกฎหมายของรัฐสภาที่ออกมาขยายขอบเขตของมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวได้

เงื่อนไขประการสำคัญของการใช้บังคับบทบัญญัติมาตรานี้[116] อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานนี้กลับไม่ได้ให้นิยามของพรรคการเมืองเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่นิยามของ "พรรคการเมือง" กลับถูกกำหนดเอาไว้ในกฎหมายเฉพาะ ซึ่งในที่นี้ได้แก่ "รัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง" (Gesetz über die politische Parteien; Parteigesetz; PartG) ซึ่งตามมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง (PartG) นี้ได้กำหนดนิยามของพรรคการเมือง (Parteien) ไว้ดังต่อไปนี้

(1) พรรคการเมืองได้แก่ การรวมกลุ่มกันของประชาชนบนระยะเวลาที่ยาวนานและถูกจัดตั้งขึ้นทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐเพื่อที่จะสร้างอิทธิพลเหนือการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน รวมถึงการเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งในสภาผู้แทนราษฎรในระดับสหพันธ์ (Bundestag) และในสภาผู้แทนราษฎรของมลรัฐ (Landtag) โดยการรวมกลุ่มดังกล่าวเมื่อพิจารณาทั้งจากการดำเนินการทางข้อเท็จจริง จากจัดตั้งองค์กร จำนวนสมาชิก และการปรากฏตัวต่อสาธารณะแล้วแสดงให้เห็นถึงเป้าหมายที่จริงจังในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่ถูกกำหนดขึ้นมา ทั้งนี้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่สามารถเป็นสมาชิกพรรคการเมืองได้

(2) การรวมกลุ่มของประชาชนข้างต้นจะสูญเสียลักษณะสำคัญของการเป็นพรรคการเมืองไป เมื่อปรากฏว่าพรรคการเมืองนั้นไม่ได้เข้าร่วมในการลงสมัครรับเลือกตั้งทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐนานถึง 6 ปี ในทำนองเดียวกัน ลักษณะของการเป็นพรรคการเมืองย่อมหมดไปเมื่อพรรคการเมืองนั้นไม่ทำหน้าที่ในการจัดทำรายงานพรรคการเมืองต่อสาธารณะตามมาตรา 23 เป็นเวลาถึง 6 ปี

(3) การรวมกลุ่มทางการเมืองจะไม่ถือว่าเป็นพรรคการเมืองในกรณีที่

1) จำนวนข้างมากของสมาชิกของกลุ่มทางการเมืองหรือจำนวนข้างมากของกรรมการบริหารเป็นชาวต่างประเทศ

2) ที่ตั้งหรือสำนักงานบริหารอยู่นอกขอบเขตบังคับของรัฐบัญญัติฉบับนี้

ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อต้องมีการตีความความหมายของคำว่า "พรรคการเมือง" ที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ก็ได้เดิน

---

[116] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 72.

ตามความหมายของพรรคการเมืองที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง (PartG) นี้เอง[117]

เงื่อนไขประการสำคัญของการใช้อำนาจยุบพรรคการเมือง โดยศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตรานี้ จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า พรรคการเมืองนั้น เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนั้น สิ่งที่รัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าวมุ่งคุ้มครองหรือปกป้องจากการดำเนินการของพรรคการเมืองจึงมีอยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ 1) หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) และ 2) สถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bestand der Bundesrepublik Deutschland)

หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญของความคุ้มครองตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น เป็นหลักการที่พบอยู่ในบทบัญญัติหลายมาตราของกฎหมายพื้นฐาน[118] ซึ่งถ้อยคำว่า “หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” หรือ “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” อันเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตรานี้ ต่างมีเป้าหมายในทางรัฐธรรมนูญประการเดียวกัน ได้แก่ “การคุ้มครองหลักการที่เป็นพื้นฐานหรือหลักการที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ”[119] หลักการพื้นฐานหรือระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย จึงมีความหมายถึง “ระบอบการปกครองที่ตัดออกไปซึ่งการใช้อำนาจเด็ดขาดหรือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง และให้อำนาจในการปกครองนั้นอยู่ในมือของประชาชนผ่านระบบเสียงข้างมากที่เชื่อในเสรีภาพและความเสมอภาคของประชาชน”[120] นอกจากนั้นในรายละเอียด หลักการพื้นฐานหรือระเบียบ

---

[117] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Neuwied/Krifte 1999, Art. 21 Rn. 1.

[118] โปรดดูกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 2 วรรค 1, มาตรา 9 วรรค 2, มาตรา 18, มาตรา 20 วรรค 3, มาตรา 20a, มาตรา 28 วรรค 1 เป็นต้น

[119] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 81.

[120] เพิ่งอ้าง.

พื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ หลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองให้ปัจเจกบุคคลมีอิสระในการกำหนดบุคลิกภาพของตนเองและกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารราชแผ่นดินของรัฐบาลโดยมีความรับผิดชอบต่อประชาชน หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรคและหลักความเสมอภาคของพรรคการเมือง รวมถึงการคุ้มครองฝ่ายค้านหรือฝ่ายข้างน้อย[121]

ในขณะที่ข้อความคิดว่าด้วยหลักการพื้นฐานหรือระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นเรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจภายในรัฐหรือภายในระบอบการปกครอง ข้อความคิดว่าด้วยการคุ้มครอง “สถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” (Bestand der Bundesrepublik Deutschland) ตามมาตรา 21 วรรค 2 นี้กลับเป็นเรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ภายนอก สาระสำคัญของการคุ้มครองสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐจึงเป็นเรื่องของการคุ้มครองบูรณภาพของเขตแดนของรัฐ การคุ้มครองความเป็นอิสระทางการเมืองของรัฐต่อรัฐอื่น ๆ รวมถึงการคุ้มครองอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น การดำเนินการของพรรคการเมืองที่เป็นการละเมิดมาตรา 21 วรรค 2 ในส่วนที่เกี่ยวกับสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงได้แก่การดำเนินการของพรรคการเมืองที่เป็นอันตรายต่อบูรณภาพของรัฐ รวมถึงเป็นอันตรายต่ออธิปไตยของรัฐในความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ นั่นเอง[122]

(3.2) การยื่นคำร้องให้ยุบพรรคการเมือง

กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้โดยตรงแต่เพียงว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง แต่ไม่ได้กำหนดว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ปัญหาเรื่องผู้มีอำนาจในการยื่นคำร้องกลับถูกบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerfGG) ซึ่งตามรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าว ผู้มีอำนาจในการยื่นคำร้อง

---

[121] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 81, เปรียบเทียบ Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194.

[122] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 82; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21 Rn. 33.

ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรระดับสหพันธ์ (Bundestag) วุฒิสภาระดับสหพันธ์ (Bundesrat) และรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung)[123] นอกจากนั้นรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) ยังได้กำหนดให้รัฐบาลมลรัฐสามารถยื่นคำร้องได้ ในกรณีที่องค์กรพรรคการเมืองหนึ่งพรรคการเมืองใดดำเนินการทางการเมืองอยู่ในเขตพื้นที่ของมลรัฐนั้น ๆ เท่านั้น[124] ทั้งนี้ ในทั้งสองกรณีมีข้อสังเกตในประการสำคัญว่าพรรคการเมืองทั้งหลายด้วยกันจะเป็นผู้ยื่นคำร้องให้ยุบพรรคการเมืองตามมาตรานี้ไม่ได้

เนื้อหาของคำร้องให้ตัดสินว่าพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย จะต้องเป็นการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่าพรรคการเมืองนั้นเป็นพรรคการเมืองที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่คำร้องเพื่อให้ศาลยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง ดังนั้น พรรคการเมืองที่ถูกสงสัยหรือวิพากษ์วิจารณ์ว่าดำเนินการในเรื่องที่ขัดกับหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงไม่อาจยื่นคำร้องให้ศาลยืนยันว่าพรรคการเมืองของตนเป็นพรรคที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สาธารณชนคลายความสงสัยในเรื่องดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม ผู้ที่อาจถูกยื่นคำร้องตามมาตรานี้ได้จะต้องเป็นพรรคการเมืองเท่านั้น และพรรคการเมืองที่ถูกยื่นคำร้องนั้นก็มีสิทธิได้รับการพิจารณาจากกระบวนพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม (Faires Verfahren) ทั้งนี้เนื้อหาสำคัญของคำร้องจะต้องเป็นการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่าพรรคการเมืองที่ถูกร้องนั้นดำเนินการพรรคการเมืองในลักษณะที่ขัดกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบบประชาธิปไตยหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

(3.3) ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการดำเนินการของพรรคการเมือง

มาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) บัญญัติต่อไปว่า "พรรคการเมืองที่เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

---

[123] § 43 Abs. 1 BVerfGG.

[124] เพิ่งอ้าง

ถือเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นอำนาจในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ" ดังนั้นเงื่อนไขในการชี้ขาดว่าพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งเป็นพรรคการเมืองที่มีลักษณะที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Verfassungswidrige Parteien) คือข้อเท็จจริงที่ว่า พรรคการเมืองดังกล่าวหรือสมาชิกของพรรคการเมืองนั้นได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในลักษณะที่เป็นการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่สามารถให้คำตอบได้ง่ายนัก ในเรื่องดังกล่าวนั้นศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์[125] ได้วางหลักเอาไว้ว่า พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งจะยังไม่ถือว่าเป็นพรรคการเมืองที่ทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากว่าพรรคการเมืองหรือสมาชิกของพรรคการเมืองนั้นเพียงแต่ดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ขัดกับการหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น หลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและความเป็นอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตน[126] หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน[127] หลักการแบ่งแยกอำนาจ[128] หลักการบริหารราชแผ่นดินของรัฐบาลโดยมีความรับผิดชอบต่อประชาชน[129] หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง[130] หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ[131] รวมถึงหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่เคารพฝ่ายข้างน้อย[132] พรรคการเมืองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัตินี้ได้ เฉพาะกรณีที่ได้ความว่าพรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองที่ละเมิดหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ได้กระทำไปในลักษณะที่รุนแรง ก้าวร้าว และมุ่งหมายอย่างแท้จริงที่จะทำลายบรรดาหลักการพื้นฐานทั้งหลายของระบอบประชาธิปไตยที่ได้ถูกสถาปนาขึ้นไว้แล้วในรัฐ[133] ทั้งนี้การดำเนินการของพรรคการเมืองที่ขัดต่อหลักการปกครอง

---

[125] BVerfGE 2, 12 f.; 5, 85.

[126] มาตรา 2 ของกฎหมายพื้นฐาน

[127] มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

[128] มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

[129] มาตรา 65 ของกฎหมายพื้นฐาน

[130] มาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

[131] มาตรา 97 ของกฎหมายพื้นฐาน

[132] Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21 Rn. 33.

[133] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 21 Rn. 21.

ในระบอบประชาธิปไตยนั้น จะต้องเป็นการดำเนินการที่แสดงให้เห็นถึง "เป้าหมายหรือเป้าประสงค์" ของพรรคการเมืองที่จะทำลายระบอบประชาธิปไตย โดยการกระทำที่มีเป้าหมายในลักษณะเช่นว่านั้นอาจปรากฏตัวได้ทั้งในรูปของประกาศของพรรคการเมือง อุดมการณ์ทางการเมืองที่ปรากฏในข้อบังคับหรือเอกสารสิ่งพิมพ์ที่เขียนโดยผู้เขียนที่ได้รับมอบอำนาจจากพรรคการเมืองนั้นอย่างเป็นทางการ รวมถึงที่ปรากฏจากคำอภิปรายหรือคำปราศรัยของผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญของพรรคการเมืองนั้นในการรณรงค์หาเสียงหรือในการโฆษณาพรรคการเมือง เป็นต้น[134]

นอกจากนี้ มาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานจะเรียกร้องให้มีการต่อต้านพรรคการเมืองพรรคใดพรรคหนึ่งก็ต่อเมื่อ พรรคการเมืองดังกล่าวได้ดำเนินการโดยมี "ความมุ่งหมาย" ที่จะเป็นปฏิปักษ์หรือต่อต้านการปกครองในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยเท่านั้น โดยไม่รวมถึงการกระทำในกรณีใดกรณีหนึ่งที่อาจขัดต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น "เจตนาหรือความมุ่งหมายที่จะต่อต้านหรือทำลายระบอบประชาธิปไตย" จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะใช้ในการลงโทษพรรคการเมืองได้

นอกจากนั้นการดำเนินการของพรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองที่จะถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยตามมาตรานี้ได้ จะต้องมีลักษณะเป็นความพยายามในการสร้างหรือเชิดชูระบอบการปกครองอื่นนอกเหนือจากระบอบประชาธิปไตยขึ้นมา โดยมุ่งหวังให้นำมาใช้แทนที่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย อำนาจในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวนั้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียวเท่านั้น (Entscheidungsmonopol)[135] ทั้งนี้ ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ชี้ขาดว่าพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งมีลักษณะดังกล่าว ห้ามไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือองค์กรหนึ่งองค์กรใดดำเนินการทางกฎหมายในการต่อต้านหรือลงโทษพรรคการเมืองดังกล่าวเสมือนว่าพรรคการเมืองนั้นได้ดำเนินการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตยแล้ว[136] กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำชี้ขาด

---

[134] Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21 Rn. 31.

[135] Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Art. 21 Rn. 83.

[136] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 21 Rn. 23; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21 Rn. 29.

ในเรื่องดังกล่าวนั้น พรรคการเมืองนั้นยังสามารถดำเนินกิจกรรมและใช้เสรีภาพทางการเมืองได้โดยอิสระ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐหรือผู้ใดจะขัดขวางการใช้เสรีภาพของพรรคการเมืองนั้น ๆ ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างที่มีการแข่งขันกันในช่วงที่มีการจัดการเลือกตั้ง ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐาน[137]

หลักการที่กล่าวมาข้างต้นนั้นถือกำเนิดขึ้นเพื่อเป็นเอกสิทธิคุ้มครองพรรคการเมืองทั้งหลายให้สามารถดำเนินการต่าง ๆ ทางการเมืองได้อย่างเสรี และเพื่อไม่ให้พรรคการเมืองต่าง ๆ ถูกยุบได้โดยง่ายดายเกินไปนั่นเอง ในทางตรงกันข้าม พรรคการเมืองใดที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่ากระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมจะต้องถูกลงโทษโดยการถูกยุบพรรค หรือห้ามดำเนินกิจกรรมทางการเมืองต่อไป (Parteiverbot) ซึ่งการห้ามพรรคการเมืองดังกล่าวยังหมายความรวมถึงการห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งองค์กรหรือพรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่ถูกยุบ (Ersatzorganisationen) เพื่อให้มาดำเนินการทางการเมืองแทนต่อไปด้วย[138] การยุบพรรคการเมือง (Parteiverbot) รวมถึงการห้ามจัดตั้งองค์กรหรือพรรคการเมืองขึ้นมาแทนพรรคที่ถูกยุบ (Ersatzorganisationen) มีผลทางกฎหมายที่เป็นรายละเอียดว่าพรรคการเมืองที่ถูกยุบดังกล่าวไม่อาจดำเนินกิจกรรมทางการเมืองใด ๆ ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นการเข้าร่วมในการกำหนดหรือก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองร่วมกับประชาชน หรือการห้ามเข้าร่วมในการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทนของประชาชน ทั้งนี้มีข้อสังเกตประการสุดท้ายที่สำคัญอยู่ว่า มาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดแต่เพียงว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง แต่ไม่ได้ระบุเอาไว้โดยชัดแจ้งว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการลงโทษพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างไร รวมถึงไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงให้มีอำนาจในการยุบพรรคการเมือง อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีความเห็นในเรื่องดังกล่าวว่า โทษยุบพรรคการเมือง (Parteiverbot; Parteiauflösung) เป็นการกำหนดผลทางกฎหมายที่มีความเหมาะสมต่อพรรคการเมืองที่ถูกชี้ขาดว่าเป็น

---

[137] BVerfGE 12, 303 f.; 13, 52; 17, 166; 39, 357; 40, 291.

[138] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 21 Rn. 23; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21 Rn. 36.

พรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือเป็นพรรคการเมืองที่ดำเนินการขัดต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย[139] ทั้งนี้ ผลที่ควรต้องเป็นสำหรับพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าว ได้แก่การห้ามพรรคการเมืองดังกล่าวไม่ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองภายในรัฐ เพราะพรรคการเมืองที่จะเข้าร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนนั้นควรเป็นพรรคการเมืองที่ยึดมั่นในรูปแบบการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย[140]

(3.4) แนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht)

จากประสบการณ์ทางการเมืองเกี่ยวกับพรรคการเมืองนับตั้งแต่มีการตรากฎหมายพื้นฐาน มีเสียงสรุปในทางวิชาการเกี่ยวกับบทบาทของมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานว่า การยุบพรรคการเมือง (Parteiverbot) ถูกลดบทบาทลงเป็นแต่เพียง “เครื่องหมายที่แสดงออกถึงความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยเท่านั้น”[141] มาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานมีบทบาทที่สำคัญทางการเมือง 2 ประการด้วยกันได้แก่ การเป็นกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) และในอีกด้านหนึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็ทำหน้าที่คุ้มครองเอกสิทธิของพรรคการเมืองให้ได้รับการคุ้มครองมากกว่าการรวมกลุ่ม (Vereinigungen) ในลักษณะอื่น ๆ ทั้งนี้เพราะการยุบพรรคการเมืองนั้นทำได้โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในขณะที่การรวมกลุ่มในลักษณะอื่น ๆ ตามมาตรา 9 ของกฎหมายพื้นฐานสามารถถูกจำกัดได้โดยอำนาจบริหารหรืออำนาจปกครอง ในประวัติศาสตร์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นปรากฏว่ามีเพียง 5 คำร้องให้ยุบพรรคการเมืองเท่านั้นที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และมีเพียง 2 กรณีเท่านั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์พิพากษาให้มีการยุบพรรคการเมือง ซึ่งได้แก่ คำสั่งยุบพรรคสังคมนิยมขวาสุดโต่ง (Rechtsextreme Sozialistische Reichspartei; SRP) ในปี ค.ศ. 1952 และคำสั่งยุบพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมนี (Kommunistische Partei Deutschland; KPD)

---

[139] Henke, Wilhelm, JZ 28 (1973), 293, 293; Wiese, Walter/Kriele, Martin, Verfassungswidrigkeit und Verfassungsfeindlichkeit von Parteien und Vereinen, Zeitschrift für Rechtspolitik, 9. Jahrg., H. 3 (März 1976), 54, 55.

[140] Henke, Wilhelm, JZ 28 (1973), 293, 293.

[141] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 350.

ในปี ค.ศ. 1956[142] โดยในกรณีของพรรคสังคมนิยมขวาสุดโต่ง (SRP) ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลข้อสำคัญว่าพรรคการเมืองดังกล่าวมีจุดเกาะเกี่ยวกับแนวคิดของพรรคนาซี ในขณะที่ในกรณีของพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมนี (KPD) ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินให้ยุบพรรคดังกล่าวเพราะมีแรงกดดันทางการเมืองอย่างมากให้ต้องตัดสินใจยุบพรรคการเมืองนั้น[143]

หลักในการวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอยู่ว่า "หลักการยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยยังมีความจำเป็นและยังคงถูกเรียกร้องให้นำมาใช้อยู่ แต่การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวจะต้องพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ ประกอบกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างละเอียด" ทั้งนี้ หลักการที่สำคัญที่สุดอยู่ว่า "พรรคการเมืองที่จะถูกยุบนั้นจะต้องไม่เพียงแต่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย[144] แต่พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งจะถือว่าเป็นพรรคการเมืองที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและต้องถูกยุบนั้น จะต้องได้ความว่าพรรคการเมืองดังกล่าวมีพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่าต้องการทำให้เสียหายหรือต้องการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยลง" ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการต่อต้านอย่างรุนแรงต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมถึงเป็นการดำเนินการอย่างมีแบบแผนเพื่อตั้งใจให้กลไกและความสามารถของระบอบประชาธิปไตยเสียไปหรือถูกทำลายลงไป[145] อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า "การกระทำที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" นั้นเป็นคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งเปิดช่องให้ศาลสามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายดังกล่าวได้อย่างหลากหลาย คำวินิจฉัย

---

142 เพิ่งอ้าง

143 เพิ่งอ้าง

144 ตัวอย่างเช่น หลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและความเป็นอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตน หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารราชแผ่นดินของรัฐบาลโดยมีความรับผิดชอบต่อประชาชน หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ รวมถึงหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่เคารพฝ่ายข้างน้อย

145 Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 351; Henkel, Michael/Lembcke, Oliver, Kritische Justiz, Vol. 34, No. 1 (2001), 14, 17.

ของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละคดีจึงอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวกว้างหรือแคบไปบ้าง ซึ่งคำวินิจฉัยนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลายได้ ดังนั้นจึงมีเสียงเรียกร้องในทางวิชาการว่า เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของมาตรา 21 วรรค 2 และบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นเอกภาพแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเสรีภาพและอิสระในการดำเนินการของพรรคการเมืองด้วย ดังนั้น ศาลจะต้องปรับใช้มาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองอย่างแคบหรือต้องตีความอย่างเคร่งครัด กล่าวคือจะต้องเป็นกรณีที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าพรรคการเมืองดังกล่าวเป็นอันตรายต่อระบอบประชาธิปไตย และมีเป้าหมายอย่างแท้จริงที่ต้องการทำลายระบอบประชาธิปไตยลงด้วย[146] ดังนั้น การตัดสินยุบพรรคการเมืองจึงเป็นเรื่องที่ทำได้ยากและต้องมีข้อเท็จจริงที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าขัดต่อมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินยุบพรรคพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเยอรมนี (Kommunistische Partei Deutschland; KPD) ในปี ค.ศ. 1956 ในรอบ 40 ปีหลังจากนั้นบทบัญญัติมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานก็แทบไม่ได้มีบทบาททางการเมืองในเยอรมนีอีกเลย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1994 มีคำร้องของวุฒิสภาแห่งมลรัฐ Hamburg เข้ามาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกลุ่มทางการเมืองหรือองค์กรทางเมืองหัวรุนแรงที่อยู่ในบัญชีรายชื่อของรัฐ (Nationale Liste) รวมถึงคำร้องของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) และวุฒิสภาสหพันธ์ (Bundesrat) เพื่อให้ศาลยุบพรรคแรงงานเสรีแห่งเยอรมัน (Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei) อย่างไรก็ดีทั้งสองคำร้องดังกล่าวศาลถูกศาลรัฐธรรมนูญยกคำร้อง เพราะศาลเห็นว่า กลุ่มทางการเมืองทั้งสองกรณีดังกล่าวนั้นไม่ใช่ “พรรคการเมือง” ตามความหมายของมาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน ประกอบกับมาตรา 2 วรรค 1 รัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง (PartG) ดังนั้นจึงไม่เข้าเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถชี้ขาดได้ว่าเป็น “พรรคการเมือง” ที่ขัดรัฐธรรมนูญตามมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐาน[147]หลังจากนั้น

---

[146] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 351.

[147] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 352.

ในปี ค.ศ. 2001 มีการยื่นคำร้องให้มีการยุบพรรคประชาธิปไตยแห่งชาติเยอรมนี (Nationaldemokratische Partei Deutschland; NPD)[148] ซึ่งข้อมูลที่ใช้ประกอบการพิจารณาคำร้องยุบพรรคการเมืองเกือบทั้งหมดมาจากสายข่าว (V-Leute) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsschutzgesetz) อย่างไรก็ตามคำร้องในคดีดังกล่าวมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของวิธีการได้มาซึ่งข้อมูลของสายข่าวที่ไม่เป็นไปตามข้อเรียกร้องขั้นต่ำของหลักนิติรัฐ[149] และปัญหาอีกประการคือปัญหาเรื่องความเที่ยงธรรมของกระบวนพิจารณา ทั้งนี้ เพราะแม้จะมีการเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว สายข่าวดังกล่าวยังคงดำรงตำแหน่งบริหารในพรรคการเมืองนั้นและยังคงให้ข่าวแก่ทางการเรื่อยมา และมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะมีการส่งข่าวเกี่ยวกับแนวทางการต่อสู้คดีของพรรค NPD ให้รัฐบาลผู้ยื่นคำร้องได้รับทราบ นอกจากนั้นยังมีปัญหาในเรื่องความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐาน เพราะในทางข้อเท็จจริงนั้นไม่สามารถพิสูจน์ได้อย่างชัดแจ้งว่า คำพูดหรือการกระทำของกรรมการบริหารพรรคที่ถูกกล่าวอ้างเพื่อยกขึ้นเป็นเหตุในการยุบพรรคนั้น เป็นคำพูดหรือการกระทำของสายข่าวเองหรือไม่ รวมถึงเป็นผลจากการยุยงของสายข่าวเองหรือไม่ ดังนั้นทำให้ข้อมูลจากสายข่าวนั้นเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักอ่อนมาก และประการสุดท้าย รัฐผู้ยื่นคำร้องไม่ยอมเปิดเผยตัวตนของสายข่าว ทำให้พรรค NPD ไม่สามารถต่อสู้คดีได้อย่างเสมอภาคและเป็นธรรม ดังนั้น พรรค NPD จึงยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญยุติกระบวนพิจารณา เสียงข้างมากจำนวน 4 เสียงมีมติให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป ในขณะที่เสียงข้างน้อย 3 เสียงมีมติให้ยุติการพิจารณา แต่ด้วย

---

[148] มีการกล่าวหาว่าพรรคประชาธิปไตยแห่งชาติเยอรมนี (NPD) เป็นพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะเนื้อหาของกิจกรรมและการดำเนินการของพรรคมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) ยกตัวอย่างเช่น การโฆษณาตนเองของพรรคว่าเป็น "ความเคลื่อนไหวใหม่ในการปฏิวัติสังคม" ซึ่งมีเป้าหมายในการสถาปนาประชาคมแห่งชาติ (Volksgemeinschaft) และมองว่าหลักการดังกล่าวเป็นคุณค่าสูงสุดเหนือคุณค่าอื่น ๆ ในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ซึ่งฝ่ายประชาธิปไตยมองว่าความเคลื่อนไหวดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

[149] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 352.

เงื่อนไขเรื่องคะแนนเสียง 2 ใน 3[150] ทำให้ศาลต้องยุติการพิจารณาลงไป[151] เท่ากับว่าในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้วินิจฉัยว่า เกณฑ์ในการพิจารณาว่าพรรคการเมืองดำเนินการในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นอย่างไรและมีขอบเขตเพียงใด

4) การห้ามรวมกลุ่มที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ (Das Verbot verfassungsfeindlicher Vereinigungen)

มาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "การรวมกลุ่มที่มีวัตถุประสงค์หรือมีการกระทำของกลุ่มที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญา หรือมีลักษณะเป็นการขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนย่อมเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ"

เมื่อพิจารณามาตรา 9 ของกฎหมายพื้นฐานทั้งมาตรา เราจะเห็นความมุ่งหมายในการบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องของความพยายามในการรับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือรวมกันเป็นสมาคมของบุคคล ดังที่ในมาตรา 9 วรรค 1 ได้ถูกกำหนดเนื้อความเอาไว้ว่า "ปวงชนชาวเยอรมันทั้งหลายย่อมมีสิทธิในการที่จะก่อตั้งสมาคมหรือบริษัท" และมาตรา 9 วรรค 3 ได้รับรองว่า "บุคคลทุกคนและบุคคลผู้ประกอบอาชีพทั้งหลายย่อมได้รับการรับรองให้มีสิทธิในการรวมกลุ่มกันเพื่อทำหน้าที่ในการรักษาและส่งเสริมเงื่อนไขการจ้างหรือการทำงานและเงื่อนไขในทางเศรษฐกิจ ข้อตกลงใดก็ตามที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือขัดขวางการใช้สิทธิดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะ และมาตรการทั้งหลายที่เกิดจากข้อตกลงดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ..." ทั้งนี้บทบัญญัติทั้งในมาตรา 9 วรรค 1 และวรรค 3 ดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย (Die demokratische Grundrechte) ประการหนึ่ง

---

150 มาตรา 15 วรรค 4 รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (BVerfGG) บัญญัติว่า "ในการพิจารณาคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเรื่องการริบสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน คำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง ตามมาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน คำร้องสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาสหพันธ์ต่อตัวประธานาธิบดี ตามมาตรา 61 กฎหมายพื้นฐาน หรือคำร้องต่อตัวผู้พิพากษาทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐ ตามมาตรา 98 วรรค 2 และ 5 กฎหมายพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเรื่องหนึ่งเรื่องใดในกระบวนพิจารณาที่อาจเป็นผลร้ายต่อผู้ถูกร้อง (Antragsgegner) ได้ก็ต่อเมื่อมีมติข้างมากสองในสามขององค์คณะ (Senat)"

151 ณรงค์เดช สุรโฆษิต, หลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง (ตอนจบ), http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1484 สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2562.

รวมถึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รับรองเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของประชาชน (Kommunikationsfreiheiten) อีกประการหนึ่งด้วย[152] ทั้งนี้ มีข้อสังเกตในประการสำคัญว่า กฎหมายพื้นฐานได้รับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (Vereinigungsfreiheit) ตามมาตรา 9 นี้ แยกออกจากการรับรองเสรีภาพของพรรคการเมือง (Parteienfreiheit) ตามมาตรา 21 กฎหมายพื้นฐาน[153] ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมาตรานั้นได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้แตกต่างกันด้วย

ประเด็นที่มีความสำคัญมากที่สุดอีกประการหนึ่งในมาตรา 9 ของกฎหมายพื้นฐาน ได้แก่ การที่กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้บทบัญญัติมาตรา 9 วรรค 2 เป็นอีกกลไกหนึ่งของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) ทั้งนี้ มาตรา 9 วรรค 2 ดังกล่าวได้กำหนดเอาไว้ว่า “การรวมกลุ่มที่มีวัตถุประสงค์หรือมีการกระทำของกลุ่มที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญา หรือมีลักษณะเป็นการขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนย่อมเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษรแล้ว บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรค 2 จึงเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือการรวมกันเป็นสมาคมตามมาตรา 9 วรรค 1 โดยถือว่าเป็นอีกกรณีหนึ่งที่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นไปโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองโดยตรง (von Verfassungs wegen) ดังนั้น บุคคลทั้งหลายจึงย่อมมีเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือรวมกันเป็นสมาคม ทั้งนี้เท่าที่การรวมกลุ่มหรือการรวมกันเป็นสมาคมนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายอาญา หรือมีลักษณะเป็นการขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนย่อมเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ[154] อย่างไรก็ตาม แม้เสรีภาพในประการดังกล่าวจะถูกจำกัดโดยตรงจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ในการชี้ขาดว่าการรวมกลุ่มหรือการ

---

[152] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 9 Rn. 1.

[153] มาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) บัญญัติว่า “พรรคการเมืองทั้งหลายมีส่วนร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน การก่อตั้งพรรคการเมืองย่อมทำได้โดยเสรี ระเบียบภายในของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับที่มาของงบประมาณของพรรคและการใช้เงินงบประมาณของพรรค รวมถึงทรัพย์สินของพรรคให้สาธารณะได้ทราบ”

[154] BVerfGE 80, 244, 253.

รวมกันเป็นสมาคมในกรณีใดที่มีลักษณะขัดกับมาตรา 9 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น จะต้องมีองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ชี้ขาด และออกคำสั่งห้ามหรือให้เลิกการรวมกลุ่มหรือสมาคมดังกล่าวเป็นกรณี ๆ ไป (Eine konkretisierende Verbotsverfügung)[155] ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจชี้ขาดและออกคำสั่งในเรื่องดังกล่าวนั้น จะเป็นไปตามมาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคม (VereinsG) ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐในระดับฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งดังกล่าว (Verbotsbehörde)[156] ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องออกคำสั่งชี้ขาดว่ากลุ่มหรือสมาคมใดได้ดำเนินการซึ่งขัดกับสิ่งที่ได้ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 9 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานนี้

มาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่ากลุ่มหรือสมาคมทั้งหลายจะดำเนินการที่ขัดกับคุณค่า 3 ประการนี้ไม่ได้ ซึ่งได้แก่ 1. กฎหมายอาญา 2. ระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ และ 3. ข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชน ทั้งนี้คำว่า “กฎหมายอาญา” (Strafgesetze) ในความหมายของมาตรา 9 วรรค 2 นี้หมายถึง “กฎหมายอาญาทั่วไป” (Allgemeine Gesetze) โดยกรณีที่จะถือว่ากลุ่มหรือสมาคมได้ดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์หรือมีการกระทำของกลุ่มที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญาก็ต่อเมื่อ การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการในนามของกลุ่มหรือของสมาคมนั้นอย่างแท้จริง ดังนั้น ในกรณีที่มีสมาชิกของกลุ่มหรือสมาคมกระทำการที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา โดยหลักแล้วจะไม่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำผิดอาญาของกลุ่มหรือสมาคมนั้น เฉพาะกรณีที่แม้การกระทำผิดอาญาจะเป็นการกระทำของสมาชิกคนใดคนหนึ่ง แต่มีข้อเท็จจริงว่ากลุ่มหรือสมาคมนั้นได้แสดงให้บุคคลภายนอกเข้าใจว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในนามของกลุ่มหรือสมาคม หรือเป็นกรณีที่กลุ่มหรือสมาคมให้การยอมรับ ให้ความ

---

155 BVerfGE 47, 330, 351.

156 มาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคม (VereinsG) บัญญัติว่า “2 ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกคำสั่งยุบสมาคม (Verbotsbehörde) ได้แก่ 1. ฝ่ายปกครองสูงสุดของมลรัฐ (Die obersten Landesbehörde) หรือฝ่ายปกครองอื่นที่กฎหมายของมลรัฐกำหนดให้มีหน้าที่เกี่ยวกับสมาคมหรือองค์กรที่อยู่ในเขตพื้นที่ของมลรัฐนั้น 2. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับสมาคมที่อยู่ในเขตพื้นที่ของมลรัฐนั้น ๆ”

เห็นชอบ หรือทราบข้อเท็จจริงแล้วไม่ดำเนินการคัดค้าน ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำผิดอาญาของกลุ่มหรือสมาคมนั้นด้วย[157]

สิ่งที่กฎหมายพื้นฐานในมาตรา 9 วรรค 2 มุ่งคุ้มครองจากการดำเนินการของกลุ่มหรือสมาคมทั้งหลาย ได้แก่ "ระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsmäßige Ordnung) ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ได้เคยวางหลักในการใช้และตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวว่า "ในกรณีที่สมาคมใดสมาคมหนึ่งนั้นเพียงแต่ดำเนินการในลักษณะของการแสดงออกโดยถ้อยคำหรือโดยการเขียนที่มีลักษณะขัดกับหลักการพื้นฐานหรือระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือเพียงแต่แสดงออกว่าไม่ยอมรับหรือปฏิเสธหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ยังไม่เป็นเหตุที่เพียงพอให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งยุบหรือเลิกสมาคมนั้น เพราะเหตุที่ดำเนินการขัดกับมาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานได้ กรณีที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 9 วรรค 2 นี้ได้ กลุ่มหรือสมาคมนั้นจะต้องแสดงออกอย่างจริงจังว่ามีเป้าหมายหรือมีแผนการที่จะดำเนินการในลักษณะที่ขัดขวางหรือต่อต้านระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น กลุ่มหรือสมาคมทั้งหลายจะถูกยุบเพราะเหตุตามมาตรา 9 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานได้ จะต้องได้ความว่า กลุ่มหรือสมาคมนั้น ๆ มีเป้าหมายรวมถึงมีการดำเนินการที่เป็นรูปแบบที่จะกระทำการที่รุนแรงและขัดขวางหรือต่อต้านหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ"[158]

ดังนั้น ในการออกคำสั่งยุบหรือเลิกสมาคมตามมาตรานี้นั้น ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว[159] จะต้องยืนยันข้อเท็จจริงให้ได้ว่า กลุ่มหรือสมาคมดังกล่าวนั้นมีการดำเนินการที่มีเจตนาและเป้าหมายในการดำเนินการที่เป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง[160] เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ในกรณีของการยุบหรือเลิกสมาคมตามมาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับหลักที่ศาลวางไว้ในกรณีของการยุบพรรคการเมือง

---

[157] BVerfGE 80, 299, 306 f.; Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 9 Rn. 13; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 9 Rn. 18.

[158] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 9 Rn. 14.

[159] ดู มาตรา 3 วรรค 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยสมาคม (VereinsG)

[160] BVerfGE 37, 344, 358 f.

(Parteiverbot) ตามมาตรา 21 กฎหมายพื้นฐาน กล่าวคือ ศาลจะยุบพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองหนึ่งได้เฉพาะกรณีที่พรรคการเมืองดังกล่าวมีพฤติการณ์ที่เห็นได้ชัดว่า ต้องการทำให้เสียหายหรือต้องการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยลง" ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการต่อต้านอย่างรุนแรงต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมถึงเป็นการดำเนินการอย่างมีแบบแผนเพื่อตั้งใจให้กลไกและความสามารถของระบอบประชาธิปไตยเสียไปหรือถูกทำลายลงไป[161] ดังนั้นเราอาจสรุปได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญเยอรมันจะกำหนดกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) เอาไว้ก็ตาม แต่ในการใช้กลไกดังกล่าวของศาลนั้น ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างความพยายามในการปกป้องรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยไปพร้อม ๆ กับความพยายามในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและของกลุ่มหรือสมาคมทั้งหลายด้วย และทั้งนี้มีข้อสังเกตในประการสุดท้ายว่า รัฐธรรมนูญในมาตรา 9 วรรค 2 นี้ใช้คำว่า การดำเนินการของกลุ่มหรือสมาคมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อ "ระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsmäßige Ordnung) ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเป็นเอกภาพแล้ว คำว่า "ระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsmäßige Ordnung) ย่อมมีความหมายถึง "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) นั่นเอง[162] ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้น "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" ย่อมหมายถึง "ระเบียบการปกครองซึ่งไม่ใช่การปกครองโดยอำนาจสูงสุดเด็ดขาดหรืออำนาจตามอำเภอใจ แต่เป็นการปกครองโดยกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของอำนาจในการปกครองตนเองของประชาชน ผ่านทางระบบเสียงข้างมาก รวมถึงหลักความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ หลักการที่เป็นหลักการย่อยของระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische

---

[161] Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 351; Henkel, Michael/Lembcke, Oliver, Kritische Justiz, Vol. 34, No. 1 (2001), 14, 17; ดูหัวข้อ 2.2.3.4.

[162] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 9 Rn. 15; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 9 Rn. 19.

Grundordnung) ได้แก่ หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิตและสิทธิในการกำหนดบุคลิกลักษณะของตนเอง หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารงานที่รับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรค และหลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย[163]

ในประการสุดท้าย การดำเนินการของกลุ่มหรือสมาคมทั้งหลายนั้น จะต้องไม่ขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชน ทั้งนี้การกระทำที่ขัดกับหลักการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชน (Gedanken der Völkerverständigung) ย่อมหมายถึง การกระทำที่รุนแรงและมีลักษณะต่อสู้ขัดขวางการอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุขระหว่างประชาชน โดยเฉพาะการกระทำที่เป็นการเหยียดเชื้อชาติของชนกลุ่มน้อยในสังคม ทั้งนี้การกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกับการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 26 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐานนั่นเอง[164]

5) สิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ (Das Widerstandsrecht)

มาตรา 20 (4) กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “ประชาชนชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลทั้งหลายที่กระทำการกระทบต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ไม่หนทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้”

บทบัญญัติในมาตรา 20 (4) ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันรับรองให้กับปวงชนชาวเยอรมันในความหมายของมาตรา 116 กฎหมายพื้นฐาน[165] เนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 20 (4) ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวเป็นผลมาจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกรณีฉุกเฉินในปี ค.ศ. 1968 (Notstandgesetzgebung 1968)[166] เพื่อกำหนดหลักในเรื่องสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญเอาไว้

---

[163] BVerfGE 2, 1, 12f.; 5, 85, 140; 44, 125, 145.

[164] มาตรา 26 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “การกระทำใดก็ตามที่มีลักษณะหรือมีความตั้งใจที่จะทำลายซึ่งการอยู่ร่วมกันอย่างสันติของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการกระทำในลักษณะของการเตรียมก่อสงครามกับรัฐภายนอก ย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญา”

ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้จากบทบัญญัติมาตรา 20 วรรค 4 กฎหมายพื้นฐานดังกล่าว มีการกำหนดเงื่อนไขในการต่อต้านโดยประชาชน (Widerstandrecht) อยู่ว่าจะต้องมีบุคคลธรรมดาบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (Natürliche Person) หรือองค์กรของรัฐพยายามหรือเตรียมการที่จะทำลายระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญในความหมายดังกล่าวย่อมหมายถึง หลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 20 วรรค 1 ถึงวรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานนั่นเอง ซึ่งได้แก่การที่กฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรัฐที่เป็นสหพันธรัฐที่เป็นประชาธิปไตยและเป็นสังคมรัฐ” (วรรค 1) และการกำหนดว่า “อำนาจรัฐทั้งหลายมาจากประชาชน อำนาจรัฐดังกล่าวถูกใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน” (วรรค 2) และกำหนดว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันตนเองต่อระบบธรรมนูญ และฝ่ายบริหารรวมถึงฝ่ายตุลาการต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (วรรค 3) ทั้งนี้ การกระทำที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องหมายถึง “ความพยายามที่เป็นการล้มล้างหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”[167] ทั้งนี้ มีความเห็นในทางวิชาการที่สอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอยู่ว่า การกระทำสิ่งที่เรียกว่า “อารยะขัดขืน” (Civil Disobedience; Zivile Ungehorsam) นั้นยังไม่ถือเป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองหรือขัดกับระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่ถือเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตาม

---

[165] มาตรา 116 กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ได้กำหนดความหมายเกี่ยวกับผู้มีสัญชาติเยอรมัน (Staatsangehörigkeit) ไว้ดังต่อไปนี้ว่า

(1) ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คนเยอรมันในความหมายของกฎหมายพื้นฐาน ได้แก่ ผู้มีสัญชาติเยอรมัน หรือที่เข้ามาในเขตแดนเยอรมันก่อนวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1937 ในฐานะผู้อพยพหรือผู้ถูกเนรเทศและได้รับสิทธิในฐานะคนเยอรมัน รวมถึงคู่สมรสหรือผู้ติดตามหรือผู้ถูกเนรเทศดังกล่าวที่เดินทางเข้าประเทศมาภายหลัง

(2) บุคคลผู้เคยมีสัญชาติเยอรมันที่ต้องสูญเสียสัญชาติเยอรมันไประหว่าง วันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1933 และวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ.1945 จากเหตุผลในทางการเมือง ทางเชื้อชาติ รวมถึงทางศาสนาที่ยื่นคำร้องขอคืนสัญชาติ

[166] BGBl. I, 709; ดู Friedrich E. Schnapp, von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001, Art. 20 Rn. 58.

[167] Leisner, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 20 Rn. 68.

กฎหมายในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น ดังนั้น บุคคลย่อมไม่อาจอ้างสิทธิตามมาตรา 20 วรรค 4 กฎหมายพื้นฐานนี้เพื่อต่อต้านบุคคลที่ประกาศว่าจะทำอารยะขัดขืน (Civil Disobedience; Zivile Ungehorsam) ได้[168]

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ล้มล้างการปกครองหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญตามมาตรา 20 วรรค 4 ได้นั้น จะต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ขัดกับบทบัญญัตินิรันดรที่ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น[169] ในความหมายดังกล่าว บุคคลจึงไม่อาจใช้สิทธิต่อต้านการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ หากว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้เป็นการขัดกับบทบัญญัติที่ต้องห้ามไม่ให้แก้ไขตามมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐาน[170] เมื่อเกิดกรณีที่เป็นความพยายามในการล้มล้างระบบรัฐธรรมนูญตามความหมายในมาตรานี้แล้ว บุคคลซึ่งไม่ว่าจะเป็นในรูปของบุคคลแต่ละคน (Individual) หรือกลุ่มบุคคล (Kollektiv) ย่อมสามารถดำเนินการต่อต้านการกระทำที่เป็นความพยายามดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้มาตรา 20 วรรค 4 กำหนดเงื่อนไขสำคัญเอาไว้ว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะใช้สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างระบบรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ได้ก็ต่อเมื่อ “ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้หรือแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวได้” ดังนั้น ก่อนที่จะใช้สิทธิต่อต้านตามมาตรานี้ได้ จะต้องปรากฏว่าได้มีความพยายามในการใช้เครื่องมือหรือมาตรการในทางกฎหมายทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการใช้สิทธิทางศาลแล้ว แต่ยังไม่สามารถป้องกันหรือแก้ไขเหตุดังกล่าวได้[171] จึงจะสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 20 วรรค 4 นี้ได้ โดยผลของเงื่อนไขตามมาตรา 20 วรรค 4 ดังกล่าวนั้น ทำให้ในทางปฏิบัตินั้นสิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ (Widerstandrecht) ตามมาตรา 20 วรรค 4 นี้นั้น

---

[168] BVerfGE 73, 206, 250; Leisner, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 20 Rn. 68; Friedrich E. Schnapp, von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001, Art. 20 Rn. 58.

[169] ดังนั้นการตีความคำว่า “ระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 20 วรรค 4 นี้จะต้องตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานด้วย

[170] Leisner, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 20 Rn.68; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 20 Rn. 129.

[171] BVerfGE 5, 85, 377.

เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีที่ใช้ในทางปฏิบัติ[172] หรือเป็นเพียงบทบัญญัติที่เป็นสัญลักษณ์ของความพยายามในการปกป้องรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น[173]

6) การกำหนดหน้าที่ในการภักดีต่อรัฐธรรมนูญ (Verfassungstreuklauseln) ในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน

รัฐธรรมนูญเยอรมันบางมาตรากำหนดให้ผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานจะต้องมีหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งกรณีนี้ได้แก่กรณีของเสรีภาพทางวิชาการตามมาตรา 5 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติว่า “ศิลปะและวิชาการ การวิจัยและการสอนย่อมเป็นอิสระ เสรีภาพในการสอนย่อมไม่หลุดพ้นต่อหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ”

มาตรา 5 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐานเป็นตัวอย่างของความพยายามของผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานอีกประการหนึ่ง ที่จะสอดแทรกหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) เอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยถือว่าบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองโดยตรง (Verfassungsunmittelbare Schranken)[174] ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 5 กฎหมายพื้นฐานรับรองว่า เสรีภาพทางวิชาการซึ่งหมายถึงเสรีภาพในการสอนและการวิจัยนั้นย่อมเป็นอิสระ โดยที่มาตรา 5 วรรค 3 ดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดเสรีภาพในประการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ทรงเสรีภาพทางวิชาการ ซึ่งได้แก่อาจารย์มหาวิทยาลัยรวมถึงนักวิชาการทั้งหลายจะต้องใช้เสรีภาพในการวิจัยและการสอนของตนให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในทางวิชาการเรียกข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวว่า “ข้อกำหนดความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ” (Treueklausel)[175] เพื่อผูกพันผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายไว้กับหลักการพื้นฐาน

---

[172] Friedrich E. Schnapp, von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001, Art. 20 Rn. 58.

[173] Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 20 Rn. 128.

[174] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, หน้า 210.

[175] Kittiyanupong, Torpong, Das Weisungsrecht im Hochschulwesen in Deutschland und Thailand, Frankfurt am Main 2013, p.133.

ของรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้ทรงเสรีภาพทางวิชาการจะใช้เสรีภาพทางวิชากาของตนไปในลักษณะที่ขัดรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญเช่น หลักการเป็นสาธารณรัฐ หลักนิติรัฐ หลักการปกครองโดยกฎหมาย รวมถึงหลักการพื้นฐานทั้งหลายที่ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 20 วรรค 1 ถึง 3 ของกฎหมายพื้นฐานไม่ได้[176] ความพยายามดังกล่าว ได้แก่ ความพยายามในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั่นเอง

7) การจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์รวมถึงการติดต่อทางไกล (Beschränkungen des Briefs-, Post-und Fernmeldegeheimnisses)

มาตรา 10 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ รวมถึงการติดต่อทางไกลนั้น ให้ทำได้เฉพาะที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีที่กฎหมายเช่นว่านั้นมีวัตถุประสงค์ในการปกป้อง “ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” หรือความปลอดภัยของสหพันธรัฐและมลรัฐ กฎหมายอาจกำหนดต่อไปได้ว่า การดำเนินการในลักษณะดังกล่าวให้ทำได้โดยไม่ต้องแจ้งบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบก่อน และอาจให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐได้ต่อไป”

หลักการปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) นั้นได้รับการสอดแทรกไว้ในมาตรา 10 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานอีกมาตราหนึ่ง ทั้งนี้ ถือว่าบทบัญญัติในมาตรา 10 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ รวมถึงการติดต่อทางไกล ทั้งนี้ในมาตรา 10 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า การจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ รวมถึงการติดต่อทางไกลให้ทำได้เฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการชัดแจ้งเท่านั้น (Gesetzesvorbehalt) ทั้งนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนั้นจะต้องตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาไว้ซึ่งระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือความปลอดภัยของสาธารณรัฐ ดังนั้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถ

---

[176] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, เสรีภาพทางวิชาการในระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 550

ตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนี้ได้ ทั้งนี้ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน

8) การจำกัดเสรีภาพในการย้ายถิ่นที่อยู่หรือเสรีภาพในการเดินทาง (Einschränkungen der Freizügigkeit)

มาตรา 11 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "การจำกัดเสรีภาพในการย้ายถิ่นที่อยู่สามารถทำได้เฉพาะเมื่อมีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจไว้เป็นการชัดแจ้งเท่านั้น และการจำกัดเสรีภาพเช่นว่านั้นให้ทำได้เฉพาะกรณีที่จำเป็นเพื่อเป็นการปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยของทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐและเพื่อเป็นการต่อสู้กับโรคระบาด หายนะภัยหรือเหตุร้ายแรงทั้งหลาย รวมถึงเพื่อเป็นการคุ้มครองเยาวชนหรือป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดอาญา"ในทำนองเดียวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ มาตรา 11 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานได้รับรองเสรีภาพในการย้ายถิ่นที่อยู่หรือเสรีภาพในการเดินทางไว้แบบมีเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในการย้ายถิ่นที่อยู่หรือเสรีภาพในการเดินทางได้ แต่กฎหมายดังกล่าวนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคุณค่าบางประการที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 11 วรรค 2 นี้เท่านั้น ซึ่งได้แก่ การปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยของทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐ การต่อสู้กับโรคระบาด หายนะภัยหรือเหตุร้ายแรงทั้งหลาย รวมถึงการคุ้มครองเยาวชนหรือป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดอาญา ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เราย่อมพิจารณามาตรา 11 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานในฐานะกลไกหนึ่งของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เช่นเดียวกัน

9) สิทธิในการป้องกันภยันตรายที่จะเกิดกับสหพันธรัฐและมลรัฐทั้งหลายในสถานการณ์ฉุกเฉิน

มาตรา 91 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "เพื่อป้องกันอันตรายที่มีมาเป็นการข่มขู่ต่อสถานภาพของรัฐหรือต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งอาจร้องขอกำลังตำรวจไปยังมลรัฐอื่น ๆ หรือร้องขอกำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจากหน่วยงานทางปกครองอื่น ๆ ทั้งหลายหรือจากหน่วยงานทางด้านการคุ้มครองชายแดนให้เข้ามาช่วยเหลือต่อต้านเหตุการณ์ดังกล่าว

ในกรณีที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งที่ได้รับอันตรายที่มีมาในลักษณะข่มขู่และมลรัฐนั้นไม่อาจต่อสู้หรือไม่อยู่ในภาวะที่พร้อมที่จะต่อสู้ป้องกันตนเอง รัฐบาลสหพันธ์อาจมีคำสั่งให้กำลังตำรวจในมลรัฐนั้น หรือกำลังตำรวจในมลรัฐอื่น ๆ รวมถึงเจ้าหน้าที่ด้านการรักษาแนวชายแดนให้เข้าช่วยเหลือต่อต้านเหตุดังกล่าวได้ ในกรณีที่ภยันตรายเช่นว่านั้นผ่านพ้นไปแล้ว วุฒิสภาอาจมีมติขอให้ยกเลิกคำสั่งข้างต้นของรัฐบาลสหพันธ์ได้ ในกรณีที่อันตรายเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในพื้นที่ของหลายมลรัฐพร้อม ๆ กันรัฐบาลสหพันธ์อาจออกคำสั่งในกรณีที่จำเป็นให้รัฐบาลมลรัฐทั้งหลายดำเนินการเพื่อป้องกันอันตรายที่กล่าวข้างต้นนั้นได้”

มาตรา 91 ของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวซึ่งเป็นบทบัญญัติเรื่อง “กรณีฉุกเฉินที่เกิดขึ้นภายในรัฐ” (Innere Notstand) นี้เป็นส่วนหนึ่งที่ถูกนำเข้ามาในกฎหมายพื้นฐานด้วยเหตุผลเรื่องความพยายามในการสถาปนาหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Wehrhafte Demokratie) เอาไว้ในกฎหมายพื้นฐาน[177] โดยในวรรค 1 ของมาตราดังกล่าวกำหนดหน้าที่ในการดูแลสถานการณ์ฉุกเฉินให้เป็นของมลรัฐ (Länder) และในวรรค 2 ของมาตราดังกล่าวกำหนดหน้าที่เช่นว่านั้นให้เป็นของสหพันธ์ (Bund) ทั้งนี้ คำว่า “กรณีฉุกเฉินที่เกิดขึ้นภายในรัฐ” (Innere Notstand)[178] หมายความว่า ภยันตรายทั้งหลายที่เกิดขึ้นจากสภาพการณ์ใช้ชีวิตหรือสภาพการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นภายในรัฐหรือในสังคมภายในรัฐ[179] ดังนั้น ภยันตรายทั้งหลายที่มีจากการภายนอกรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการโจมตีทางเศรษฐกิจหรือทางสังคม จึงไม่ใช่กรณีตามมาตรา 91 นี้ ทั้งนี้ สิ่งสำคัญที่ได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติมาตรา 91 นี้ ได้แก่ “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ซึ่งหมายถึงหลักการปกครองที่ไม่ใช้อำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจตามอำเภอใจ หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมายที่วางอยู่บนหลักการปกครองตนเองของประชาชน โดยผ่านระบบเสียงข้างมาก”[180] นอกจากนั้นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองจากมาตรานี้ ได้แก่ “สถานภาพของสหพันธรัฐ” (Bestand des Bundes) ซึ่งหมายถึง

---

[177] BVerfGE 39, 334.

[178] ในทางตรงกันข้ามกฎหมายพื้นฐานได้ให้ความหมายของกรณีฉุกเกิดที่มาจากภายนอกรัฐ (Äußerer Notstand) เอาไว้ในมาตรา 115a ของกฎหมายพื้นฐาน

[179] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 91 Rn. 2.

[180] BVerfGE 2, 1, 12.

การคุ้มครองความดำรงอยู่ของรัฐทั้งหมด รวมถึงการคุ้มครองความสามารถของรัฐในการที่จะบริหารจัดการภายในได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการคุ้มครองการดำรงชีวิตโดยปกติสุขและสิทธิเสรีภาพของประชาชน[181] นอกจากนี้คำว่า "ภยันตรายที่มีมาเป็นการข่มขู่" (Drohende Gefahr) ตามมาตรานี้ หมายถึง ภยันตรายทั้งหลายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและต่อสถานภาพของรัฐ ทั้งนี้ตัวอย่างสำคัญในทางตำราที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นอันตรายต่อสถานภาพของรัฐตามมาตรานี้ได้แก่ การใช้กำลังขัดขวางการเลือกตั้ง การยึดอาคารรัฐสภา การขัดขวางไม่ให้มีการใช้สิทธิทางศาลหรือการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น[182] อย่างไรก็ตามสิทธิตามมาตรา 91 กฎหมายพื้นฐานนี้ไม่อาจถูกยกขึ้นเพื่อใช้ต่อต้านการนัดหยุดงานหรือการต่อสู้ทางแรงงานได้ ทั้งนี้เพราะสิทธิในการนัดหยุดงานหรือการต่อสู้ในทางแรงงานนั้น เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่งเช่นเดียวกัน

มาตรา 91 วรรค 1 ให้อำนาจมลรัฐที่เกิดภยันตรายหรือกรณีฉุกเฉินขึ้นในการที่จะร้องขอกำลังตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของมลรัฐอื่น ๆ ให้เข้ามาป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นมาเป็นกรณีฉุกเฉินนั้น ทั้งนี้มลรัฐที่ถูกร้องขอมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญในการให้ความช่วยเหลือแก่มลรัฐที่เป็นผู้ร้องขอ อย่างไรก็ตามมาตรา 91 วรรค 1 กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่า มลรัฐใดจะร้องขอความช่วยเหลือไปยังมลรัฐอื่น ๆ ได้นั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่ามลรัฐที่ร้องขอนั้นไม่อาจใช้กำลังตำรวจหรือฝ่ายปกครองของตนเองในการแก้ไขสถานการณ์หรือเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ทั้งนี้เมื่อมีคำร้องขอเข้ามาตามมาตรา 91 วรรค 1 ผู้มีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือได้แก่สหพันธ์ (Bund) และมลรัฐทั้งหลาย (Länder) ซึ่งหมายถึง กำลังตำรวจ (ซึ่งขึ้นตรงกับมลรัฐอื่น ๆ) และ กำลังของฝ่ายปกครองทางด้านการคุ้มครองชายแดน (ซึ่งขึ้นตรงกับสหพันธ์) ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า เมื่อเกิดกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 91 วรรค 1 เกิดขึ้นเป็นการภายในมลรัฐนั้น ผู้มีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือได้แก่ กำลังตำรวจและกำลังฝ่ายปกครองเท่านั้น ทั้งนี้กำลังทหาร (Bundeswehr) ไม่มี

---

[181] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 91 Rn. 4.

[182] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 91 Rn. 5.

อำนาจเข้ามาระงับเหตุที่เกิดขึ้นเป็นการภายในรัฐดังกล่าว[183] นอกจากนั้นตำรวจหรือฝ่ายปกครองที่เข้ามาระงับเหตุตามที่ถูกร้องขอนั้น จะต้องใช้มาตรการตามกฎหมายของตำรวจหรือฝ่ายปกครองเท่านั้น จะใช้มาตรการทางทหารหรือมาตรการที่มีรูปแบบเดียวกับทางทหารไม่ได้ และในกรณีที่มีความช่วยเหลือจากสหพันธ์หรือมลรัฐอื่น ๆ เข้ามาหลายรูปแบบ มลรัฐที่ร้องขอความช่วยเหลือมีสิทธิที่จะเลือกเอาว่า จะใช้กำลังของตำรวจหรือฝ่ายปกครองที่มาจากสหพันธ์หรือมาจากมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งก็ได้

มาตรา 91 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานกำหนดหน้าที่ในการดูแลสถานการณ์ฉุกเฉินให้เป็นของสหพันธ์ (Bund) บทบัญญัติมาตรา 91 วรรค 2 นี้มาจากหลักการที่ว่าหน้าที่ในการรักษาระบบรัฐธรรมนูญทั้งหมด และการรักษาความมั่นคงปลอดภัยภายในรัฐโดยภาพรวมนั้น เป็นหน้าที่ของสหพันธ์ (Bund)[184] ทั้งนี้ อำนาจของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) ในการดำเนินการป้องกันเหตุฉุกเฉินที่เกิดขึ้นนั้น จะสามารถใช้ได้เฉพาะกรณีที่มลรัฐที่เกิดเหตุไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ หรือไม่อยู่ในสถานะที่จะแก้ไขเหตุดังกล่าวได้เท่านั้น[185] ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 91 วรรค 2 กล่าวคือ กรณีที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งที่ได้รับอันตรายที่มีมาในลักษณะข่มขู่ และมลรัฐนั้นไม่อาจต่อสู้หรือไม่อยู่ในภาวะที่พร้อมที่จะต่อสู้ป้องกันตนเอง รัฐบาลสหพันธ์จะต้องตัดสินใจเข้าระงับเหตุในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม กล่าวคือจะต้องมีมติคณะรัฐมนตรีว่าจะเข้าดำเนินการป้องกันเหตุฉุกเฉินดังกล่าว ทั้งนี้ รัฐบาลสหพันธ์มีอำนาจในการออกคำสั่งให้กำลังตำรวจของมลรัฐที่เหตุเกิดขึ้น หรือกำลังตำรวจของมลรัฐอื่น ๆ หรือกำลังตำรวจของสหพันธ์เองเข้าดำเนินการระงับเหตุดังกล่าว ทั้งนี้ ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีมีดุลพินิจว่าจะให้ใช้กองกำลังในส่วนใดก่อนก็ได้ ทั้งนี้ ให้พิจารณาเป็นกรณีไปว่า การใช้กำลังในส่วนใดจะระงับหรือป้องกันเหตุที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด อย่างไรก็ตาม ในทุกกรณีมลรัฐที่เหตุเกิดขึ้นหรือที่เกิดภยันตรายนั้นจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นไม่ว่าในทางข้อเท็จจริงกองกำลังที่เข้าระงับเหตุจะมาจากสหพันธ์หรือมาจากมลรัฐอื่นก็ตาม ทั้งนี้ในกรณีที่อันตรายเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในพื้นที่ของหลายมลรัฐพร้อมกัน รัฐบาลสหพันธ์อาจออกคำสั่งในกรณีที่จำเป็นให้รัฐบาลมลรัฐทั้งหลายดำเนินการเพื่อป้องกันอันตรายที่กล่าวข้างต้นนั้นร่วมกันได้

---

[183] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 91 Rn. 7.

[184] BVerfGE 13, 54.

[185] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 91 Rn.10-11.

10) สิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าตุลาการดำเนินการที่ขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ

มาตรา 98 (2) กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้พิพากษาระดับสหพันธ์กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และนอกเหนือการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายพื้นฐาน หรือขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง เสียงข้างมากสองในสามของสภาผู้แทนราษฎรอาจยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้มีการโยกย้ายผู้พิพากษาท่านดังกล่าวหรือให้ผู้พิพากษาดังกล่าวพ้นจากหน้าที่ และในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากความจงใจ ศาลอาจตัดสินใจไล่ผู้พิพากษาดังกล่าวออกจากราชการได้"

บทบัญญัติมาตรา 98 ของกฎหมายพื้นฐานทั้งมาตรานี้กำหนดขึ้นมาเพื่อรับรองสถานะพิเศษในทางกฎหมายของตุลาการเพื่อประกันความเป็นอิสระของศาล อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในวรรค 2 และวรรค 5 ของมาตราดังกล่าวที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของตุลาการนั้นขัดกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นถึงกลไกสำคัญของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Wehrhafte Demokratie) ในอีกประการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐาน[186]

การร้องเรียนผู้พิพากษา (Richteranklage) ตามวรรค 2 และวรรค 5 ของมาตรา 98 กฎหมายพื้นฐานแตกต่างกันในแง่ที่ว่า กรณีตามมาตรา 98 วรรค 2 นั้นเป็นการร้องเรียนผู้พิพากษาระดับสหพันธ์ (Bundesrichter) ต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) แต่กรณีตามมาตรา 98 วรรค 5 นั้นเป็นการร้องเรียนผู้พิพากษาระดับมลรัฐ (Landesrichter) แต่เป็นการร้องเรียนต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เนื้อหาของคำร้องเรียนหรือคำฟ้องที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ได้แก่ การให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาชี้ขาดว่าผู้พิพากษาระดับสหพันธ์กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งในระหว่างปฏิบัติหน้าที่และนอกเหนือการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายพื้นฐาน หรือขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง ทั้งนี้อะไรคือการปฏิบัติ

---

[186] Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 98 Rn. 1.

หน้าที่ที่ขัดกับหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญย่อมมีความหมายเดียวกับในบทบัญญัติมาตราอื่น ๆ คือเป็นการใช้อำนาจที่ขัดกับ "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้พิพากษาได้ปฏิบัติขัดกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจริง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการโยกย้ายผู้พิพากษาท่านดังกล่าวหรือให้ผู้พิพากษาดังกล่าวพ้นจากหน้าที่ และในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเกิดจากความจงใจ ศาลรัฐธรรมนูญอาจตัดสินใจไล่ผู้พิพากษาดังกล่าวออกจากราชการได้"

3.1.2.4 กลไกในกฎหมายอาญา

นอกเหนือจากการที่หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) จะได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐานหลายมาตรา โดยสิ่งที่เป็นหัวใจสำคัญหรือแกนกลางของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ "การคุ้มครองหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung)[187] แล้วนั้น หลักการในทำนองดังกล่าวยังได้รับการรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Strafgesetzbuch; StGB) ด้วย โดยหลักการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยและความมั่นคงปลอดภัยของรัฐนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ตั้งแต่มาตรา 80a ถึง 91a โดยมาตรา 80a จะเป็นความผิดเกี่ยวกับการทำลายสันติภาพ (Friedenverrat) มาตรา 81 - 83a จะเป็นความผิดฐานกบฏหรือทรยศต่อชาติ (Hochverrat) และตั้งแต่มาตรา 84 - 91a จะเป็นความผิดฐานก่อให้เกิดอันตรายต่อนิติรัฐและประชาธิปไตย (Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates) โดยฐานความผิดของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหลายดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

มาตรา 80 (ความผิดฐานยุยงปลุกปั่นให้มีการก่ออาชญากรรม) บัญญัติว่า "ผู้ใดที่อาศัยอยู่เขตพื้นที่ภายใต้บังคับของกฎหมายพื้นฐานนี้ ได้ทำการยุยงปลุกปั่นในระหว่างการชุมนุมหรือผ่านทางข้อเขียนที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้มีการก่ออาชญากรรมขึ้น ต้องได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามถึงห้าปี"

---

[187] Schulz, Sarah, Die freiheitliche demokratische Grundordnung-strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens, Kritische Justiz, Vol. 48, No. 3 (2015), 288, 288.

มาตรา 81 (ความผิดฐานกบฏต่อสหพันธ์) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดกระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะกระทำการโดยใช้กำลังเพื่อ

1. ทำลายความมั่นคงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ

2. เปลี่ยนแปลงระเบียบพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญตามกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ได้รับโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสิบปี

(2) ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงหรือเสียหายน้อยให้ลงโทษตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี"

มาตรา 82 (ความผิดฐานกบฏที่กระทำต่อมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดกระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่ว่าจะกระทำการโดยใช้กำลังเพื่อ

1. เปลี่ยนแปลงอาณาเขตของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วนให้เป็นของมลรัฐอื่น หรือเพื่อแบ่งแยกดินแดนบางส่วนออกจากมลรัฐนั้น หรือ

2. เปลี่ยนแปลงระเบียบพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่อยู่ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งให้ได้รับโทษจำคุกระหว่างหนึ่งปีถึงสิบปี

(2) ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงหรือเสียหายน้อยให้ได้รับโทษจำคุกระหว่างหกเดือนถึงห้าปี"

มาตรา 83 (ความผิดฐานตระเตรียมการก่อกบฏ) บัญญัติว่า

"ผู้ใดตระเตรียมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นกบฏต่อสหพันธ์ ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงสิบปี ในกรณีที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะรุนแรงหรือเสียหายน้อย ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงห้าปีผู้ใดตระเตรียมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นกบฏต่อมลรัฐ ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี"

มาตรา 83a (กรณีสำนึกผิด) บัญญัติว่า

"(1) ในกรณีตามมาตรา 81 และ 82 ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการลดโทษอาญาหรืองดเว้นการลงโทษทางอาญาได้ หากว่าผู้กระทำผิดได้สมัครใจให้ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดอื่น ๆ หรือผู้กระทำผิดได้ทำการยับยั้งหรือบรรเทาผลร้ายจากอันตรายที่เกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นหรือป้องกันไม่ให้อันตรายนั้นเกิดขึ้น"

(2) ในกรณีตามมาตรา 83 ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษหรืองดเว้นโทษตามวรรคหนึ่ง หากว่าผู้กระทำผิดได้สมัครใจที่จะหยุดกระทำก่อนที่จะได้ลงมือ หรือได้ทำการยับยั้งหรือบรรเทาผลร้ายจากการกระทำของตนเพื่อไม่ให้บุคคลอื่นนำการกระทำของตนนั้นไปดำเนินการต่อไป”

มาตรา 84 (ความผิดฐานการดำเนินงานต่อของพรรคการเมืองที่ถูกพิพากษาว่าเป็นพรรคการเมืองที่ขัดรัฐธรรมนูญ) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดกระทำการในฐานะผู้นำหรือผู้อยู่เบื้องหลังองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่อยู่ภายใต้ผลบังคับของประมวลกฎหมายอาญานี้

1. ซึ่งถูกศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่าเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ

2. ซึ่งถูกศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่าเป็นพรรคการเมืองที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินการแทนพรรคการเมืองที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี ทั้งนี้ความพยายามในการกระการดังกล่าวถือเป็นความผิดอาญาด้วย

(2) ผู้ใดที่ดำเนินการในฐานะสมาชิกของพรรคการเมืองตามวรรคหนึ่งหรือให้การสนับสนุนองค์กรและการดำเนินการขององค์กรดังกล่าวให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

(3) ผู้ใดก็ตามขัดคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนพิจารณายุบพรรคการเมืองตามมาตรา 21 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐาน หรือขัดขวางมาตรการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวนั้น รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปีหรือให้ได้รับโทษปรับ ทั้งนี้การขัดคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการยึดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน ให้ได้รับโทษอย่างเดียวกัน

(4) ในกรณีตามวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษหรืองดเว้นให้กับผู้กระทำผิดเล็กน้อย หรือการมีส่วนร่วมในการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าวนั้นมีความสำคัญเพียงเล็กน้อยได้

(5) ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถึงวรรคสาม ศาลอาจพิจารณาลดโทษหรืองดเว้นโทษให้กับผู้กระทำผิดได้ในกรณีที่ผู้กระทำผิดสมัครใจหรือมีเจตนาอย่างจริงจัง

ในการใช้ความพยายามยับยั้งการดำเนินงานต่อไปของพรรคการเมืองนั้น ในกรณีที่ความพยายามในการยับยั้งของผู้กระทำผิดเช่นว่านั้นประสบผลสำเร็จ ให้บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 85 (ความผิดฐานฝ่าฝืนคำสั่งยุบสมาคมหรือยุบกลุ่ม) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดกระทำการในฐานะผู้นำหรือผู้อยู่เบื้องหลังองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่อยู่ภายใต้ผลบังคับของประมวลกฎหมายอาญานี้

1. ซึ่งเป็นพรรคการเมืองหรือกลุ่มที่ได้รับการวินิจฉัยตามมาตรา 33 วรรคสาม รัฐบัญญัติว่าด้วยพรรคการเมือง (PartG) ว่าเป็นพรรคการเมืองหรือกลุ่มที่เป็นองค์กรที่เป็นตัวแทน (Ersatzorganisation) ของพรรคการเมืองซึ่งถูกยุบ

2. ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มที่ถูกห้ามหรือถูกยุบ เพราะดำเนินการในลักษณะที่ต่อต้านระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือต่อต้านข้อความคิดว่าด้วยการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของประชาชนหรือเป็นกลุ่มที่ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นตัวแทนของกลุ่มที่ถูกยุบหรือถูกห้าม (Ersatzorganisation) ให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปีหรือให้ได้รับโทษปรับ ทั้งนี้ความพยายามในการกระทำการดังกล่าวให้ถือเป็นความผิดอาญาด้วย

(2) ผู้ใดเป็นสมาชิกในพรรคการเมืองหรือกลุ่มตามวรรคหนึ่ง หรือสนับสนุนต่อองค์กรหรือการกระทำของพรรคการเมืองหรือกลุ่มนั้น ให้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปีหรือให้ได้รับโทษปรับ

(3) ให้นำมาตรา 84 วรรคสี่ และวรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา 86 (ความผิดฐานการเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อของพรรคการเมืองซึ่งขัดรัฐธรรมนูญ) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดใช้เครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อของ

1. พรรคการเมืองที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์พิพากษาว่าเป็นพรรคการเมืองที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือของพรรคการเมืองหรือกลุ่มทางการเมืองที่ได้รับการชี้ขาดว่าเป็นตัวแทนของพรรคการเมืองที่ขัดรัฐธรรมนูญดังกล่าว

2. กลุ่มที่ถูกชี้ขาดให้ถูกยุบเนื่องจากจากกระทำการขัดกับหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับข้อความคิดว่าด้วยการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข

ของประชาชน หรือเป็นกลุ่มที่ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นตัวแทนของกลุ่มที่ถูกยุบหรือถูกห้าม (Ersatzorganisation)

3. รัฐบาล กลุ่ม หรือองค์กรที่ตั้งอยู่นอกเขตพื้นที่ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายอาญานี้ และมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อสนับสนุนพรรคการเมืองหรือกลุ่มที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามข้อ 1 และ 2

4. รวมถึงเครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อที่มีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการดำเนินการขององค์กรของพรรคนาซีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่การโฆษณาชวนเชื่อนั้นทั้งภายในและภายนอกประเทศ หรือทำให้ข้อมูลดังกล่าวนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณะ ให้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

(2) เครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อในความหมายของวรรคหนึ่งให้หมายถึงเฉพาะเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีเนื้อหาขัดกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือขัดกับข้อความคิดว่าด้วยการอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุขของประชาชน

(3) บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ให้นำมาใช้ หากเครื่องมือในการโฆษณาชวนเชื่อนั้นเป็นของรัฐและถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางศิลปะและวิชาการ การวิจัยและการสอน หรือเป็นการนำเสนอเหตุการณ์สำคัญในทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่คล้ายคลึงกัน

(4) ในกรณีที่การกระทำข้างต้นนั้นเป็นเพียงความผิดเล็กน้อย ศาลอาจพิจารณางดเว้นโทษสำหรับการกระทำนั้นได้”

มาตรา 86a (ความผิดฐานใช้เครื่องหมายขององค์กรที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ) บัญญัติว่า

“(1) การกระทำดังต่อไปนี้ให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

1. บุคคลใดเผยแพร่เครื่องหมายของพรรคการเมืองหรือกลุ่มตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง หรือทำให้ปรากฏเป็นสาธารณะในการชุมนุมหรือในเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร

2. บุคคลใดเผยแพร่วัตถุที่แสดงถึงเครื่องหมายของพรรคการเมืองตามข้อ 1 ทั้งภายในและภายนอกประเทศโดยวิธีการที่ปรากฏตามข้อ 1

(2) เครื่องหมายในความหมายของวรรคหนึ่ง ได้แก่ ธง สัญลักษณ์ ชิ้นส่วนบนเครื่องแบบ คำขวัญ รวมถึงท่าทางในการแสดงการทักทาย และรวมถึงเครื่องหมายอื่น ๆ ที่ถูกใช้ในลักษณะเดียวกัน

(3) ให้นำมาตรา 86 วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

มาตรา 87 (ความผิดฐานกระทำการเป็นตัวแทนที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อวินาศกรรม) บัญญัติว่า

“(1) โทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปีหรือโทษปรับ ให้ลงแก่บุคคลที่ได้รับคำสั่งหรือมอบหมายจากรัฐบาล สมาคม หรือองค์กรที่อยู่นอกเขตบังคับของประมวลกฎหมายอาญานี้ และผู้รับคำสั่งหรือการมอบหมายนั้น

1. ได้เตรียมพร้อมที่จะดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าว
2. ได้ทำการมองหาวัตถุหรือเป้าหมายในการก่อวินาศกรรม
3. จัดให้มีเครื่องมือที่ใช้ในการก่อวินาศกรรม
4. จัดเตรียมสถานที่ในการเก็บรักษาเครื่องมือในการก่อวินาศกรรมหรือจัดเตรียมจุดที่จะให้การสนับสนุนการก่อวินาศกรรม
5. ตระเตรียมให้มีการฝึกอบรมหรือสอนวิธีในการก่อวินาศกรรม
6. จัดให้มีการติดต่อระหว่างตัวแทนในการก่อวินาศกรรมกับรัฐบาล สมาคม หรือองค์กรที่เป็นผู้มอบหมายให้มีการก่อวินาศกรรมทั้งนี้เพื่อเตรียมการโดยเจตนาหรือโดยรู้สำนึกเพื่อกระทำการให้เกิดอันตรายต่อสถานภาพหรือความปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือกระทำการที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ

(2) การกระทำที่เป็นการก่อวินาศกรรมในความหมายของวรรคหนึ่ง ได้แก่

1. การกระทำที่เป็นไปตามองค์ประกอบส่วนเหตุของมาตรา 109e, 305, 306-206c, 307-309, 313, 315, 315b , 316b, 316c วรรคหนึ่ง ข้อที่ 2 และมาตรา 317 หรือ 318

2. การกระทำอย่างอื่นที่เป็นการทำลาย ทำให้ใช้ประโยชน์ไม่ได้ หรือขัดขวางการดำเนินงานปกป้องประเทศ หรือการคุ้มครองประชาชนจากภยันตรายจากสงคราม หรือทำลายเศรษฐกิจโดยรวม

(3) ศาลอาจพิจารณางดเว้นโทษให้สำหรับความผิดดังกล่าว หากผู้กระทำผิดได้สมัครใจยกเลิกการกระทำดังกล่าว และได้ดำเนินการแจ้งให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องทราบว่าแผนการก่อวินาศกรรมนั้น ยังสามารถที่จะป้องกันได้”

มาตรา 88 (ความผิดฐานก่อวินาศกรรมที่เป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญ) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดก็ตามดำเนินการในฐานะผู้นำหรือผู้อยู่เบื้องหลังของกลุ่มบุคคลหรือดำเนินการด้วยตนเอง โดยเจตนากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในเขตที่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญานี้ เพื่อรบกวนขัดขวาง

1. กิจการหรือสถานที่ตั้งของบริการสาธารณะเกี่ยวกับไปรษณีย์หรือการจราจรสาธารณะ

2. สถานที่ตั้งของระบบสื่อสารโทรคมนาคมที่ถูกใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ

3. กิจการหรือสถานที่ตั้งของบริการสาธารณะเกี่ยวกับน้ำประปา ไฟฟ้า ความร้อนหรือพลังงาน หรือกิจการอื่นที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีพของประชาชน หรือ

4. สถานที่รัฐการ สถานที่ทำการ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือสิ่งของต่าง ๆ ที่ถูกใช้ไปทั้งหมดหรือในสัดส่วนที่เป็นสาระสำคัญเพื่อความปลอดภัยสาธารณะหรือระเบียบในสังคม ทั้งนี้เพื่อให้กิจการหรือสถานที่ดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วนไม่สามารถใช้ในการดำเนินงานได้ หรือเพื่อไม่ให้สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ได้ และการกระทำดังกล่าวนั้นมีเจตนาเพื่อดำเนินการให้เกิดอันตรายต่อสถานภาพและความปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือขัดกับหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ให้บุคคลดังกล่าวได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

(2) ความพยายามในการกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นความผิดอาญาด้วย”

มาตรา 89 (ความผิดฐานกระทำการที่เป็นภัยต่อรัฐธรรมนูญที่มุ่งหมายกระทำต่อกองทัพหรือองค์กรด้านความมั่นคง) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดกระทำการอย่างมีแบบแผนต่อบุคลากรของกองทัพหรือองค์กรด้านความมั่นคง เพื่อบ่อนทำลายความพร้อมในการปกป้องความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกระทำการโดยเจตนาเพื่อต่อต้านสถานภาพหรือความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

(2) ความพยายามในการกระทำดังกล่าวให้ถือเป็นความผิดอาญาด้วย

(3) ให้นำมาตรา 86 วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

มาตรา 89a (ความผิดฐานตระเตรียมการดำเนินการใช้กำลังที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดตระเตรียมการเพื่อดำเนินการใช้กำลังที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี การกระทำที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐในความหมายดังกล่าว ได้แก่การกระทำผิดอาญาต่อชีวิตตามมาตรา 211 หรือมาตรา 212 หรือต่อเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 239a หรือมาตรา 239b ซึ่งผลจากการกระทำความผิดดังกล่าวจะเป็นการทำลายสถานภาพและความมั่นคงปลอดภัยของรัฐและองค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งเป็นการทำลาย ทำให้สิ้นผล หรือบ่อนทำลายหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(2) วรรคหนึ่ง ของมาตรานี้จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อ ผู้กระทำความผิดได้ตระเตรียมการกระทำการที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ ซึ่งการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐดังกล่าว หมายความรวมถึง

1. การสั่งให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือยินยอมให้บุคคลอื่นสั่งให้ตนเองดำเนินการในการผลิตอาวุธปืน วัตถุระเบิด สิ่งที่ก่อให้เกิดระเบิดหรือก่อให้เกิดไฟไหม้ วัสดุนิวเคลียร์และวัสดุกัมมันตรังสี วัตถุที่บรรจุก๊าซพิษหรือที่ปล่อยก๊าซพิษได้ รวมถึงวัตถุอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพได้ ทั้งนี้เพื่อนำไปในการดำเนินการที่เป็นอันตรายตามวรรคหนึ่ง

2. สอนให้บุคคลอื่นผลิตเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่เป็นอันตรายตามวรรคหนึ่ง รวมถึงให้มีการเก็บรักษาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ดังกล่าวเอาไว้

3. เก็บรักษาไว้ซึ่งอุปกรณ์หรือวัตถุที่ใช้เป็นส่วนสำคัญในการผลิตเครื่องมือหรืออาวุธที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรง

4. สะสมทรัพย์สินหรือยอมรับทรัพย์สินที่ได้มาจากการใช้อุปกรณ์หรือเครื่องมือที่มีลักษณะเป็นอันตรายดังกล่าว

(3) การตระเตรียมการตามวรรคหนึ่งที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ให้ถือเป็นความผิดตามวรรคหนึ่งด้วย ในกรณีที่การตระเตรียมการเกิดขึ้นในประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ให้ถือว่าเป็นความผิดเฉพาะกรณีที่ ผู้กระทำเป็นชาวเยอรมัน หรือเป็นชาวต่างประเทศที่ใช้ชีวิตอยู่ในประเทศเยอรมนี หรือเป็นการตระเตรียมการที่จะให้เกิดอันตรายขึ้นในประเทศเยอรมนี หรือเพื่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนชาวเยอรมัน

(4) ในกรณีตามวรรคสาม นั้น การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก่อน ในกรณีที่การตระเตรียมการเกิดขึ้นในประเทศอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป การลงโทษต้องขออนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมก็ต่อเมื่อ ในกรณีที่การตระเตรียมการนั้นไม่ได้กระทำลงโดยชาวเยอรมัน หรือไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดอันตรายขึ้นภายในประเทศเยอรมัน หรือการกระทำนั้นไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดอันตรายต่อประชาชนชาวเยอรมัน

(5) ในกรณีที่ไม่ใช่การกระทำผิดร้ายแรงให้ลงโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(6) ศาลอาจกำหนดให้มีการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำผิด (มาตรา 68) ทั้งนี้ให้นำมาตรา 73d มาใช้บังคับด้วย

(7) ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดได้ (มาตรา 49 วรรคสอง) หรืออาจงดเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิด เมื่อผู้กระทำผิดนั้นได้สมัครใจที่จะยกเลิกการตระเตรียมการที่จะกระทำผิดต่อไป และกระทำการเพื่อเป็นการบรรเทาผลร้ายหรือป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายจากการกระทำผิดของตน”

มาตรา 89b (ความผิดฐานมีความสัมพันธ์กับองค์กรที่กระทำการโดยใช้กำลังเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดกระทำโดยสมัครใจรับคำสั่งเข้าร่วมในการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐตามมาตรา 89a วรรคสอง หรือเข้าร่วมหรือมีความสัมพันธ์กับสมาคม

หรือกลุ่มตามมาตรา 129a และ 129b ให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปี หรือให้ได้รับโทษปรับ

(2) บทบัญญัติวรรคหนึ่งไม่ให้นำมาใช้ เมื่อการกระทำนั้นเป็นแต่เพียงเพื่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ตามกฎหมาย หน้าที่ในทางอาชีพ หรือหน้าที่ราชการ

(3) บทบัญญัติวรรคหนึ่งไม่ให้นำมาใช้เช่นเดียวกัน ถ้าการกระทำหรือความสัมพันธ์นั้นเกิดขึ้นในทางต่างประเทศ ในกรณีที่การกระทำหรือความสัมพันธ์นั้นเกิดขึ้นในรัฐที่ไม่ได้เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ให้นำวรรคหนึ่งมาใช้ เฉพาะกรณีที่การกระทำหรือความสัมพันธ์นั้นเกิดจากชาวเยอรมันหรือชาวต่างชาติที่มีที่พำนักอยู่ในประเทศเยอรมนี

(4) ในกรณีต่อไปนี้การลงโทษจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม

1. กรณีตามวรรคสาม ประโยคที่ 2

2. ในกรณีที่การกระทำหรือความสัมพันธ์นั้นเกิดขึ้นในประเทศอื่นที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรป และไม่ได้เกิดจากการกระทำของชาวเยอรมัน

(5) ในกรณีที่เป็นความผิดเล็กน้อยศาลอาจพิจารณางดเว้นโทษให้ได้”

มาตรา 90 (ความผิดฐานหมิ่นประมาทประธานาธิบดีสหพันธ์) บัญญัติว่า

“(1) ผู้ใดหมิ่นประมาทเป็นการสาธารณะในการชุมนุมหรือในการเผยแพร่เอกสารลายลักษณ์อักษร โดยกระทำต่อประธานาธิบดีสหพันธ์ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) ในกรณีที่เป็นความผิดไม่ร้ายแรงให้ศาลมีดุลพินิจในการลดโทษ (มาตรา 49 วรรคสอง) หากว่าการกระทำความผิดนั้นไม่เข้าเงื่อนไขของความผิดตามมาตรา 188 ด้วย

(3) ให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี ในกรณีที่เป็นการใส่ความ หรือกระทำโดยเจตนาให้กระทบต่อสถานะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกระทบต่อหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ

(4) การลงโทษในทุกกรณีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดีก่อนเสมอ”

มาตรา 90a (ความผิดฐานหมิ่นประมาทรัฐและสัญลักษณ์ของรัฐ) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดกระทำการโดยเปิดเผยในการชุมนุมหรือการเผยแพร่เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ก. หมิ่นประมาทหรือเหยียดหยันโดยมีเจตนาร้ายต่อสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง หรือต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญ

ข. ดูหมิ่นสี ธง หรือเครื่องหมาย หรือเพลงชาติของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง ให้ได้รับโทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปีหรือให้ได้รับโทษปรับ

(2) ให้ลงโทษทางอาญาดังกล่าวนั้นเช่นกัน สำหรับบุคคลที่กระทำโดยเปิดเผยที่มีลักษณะเป็นการทำลาย ทำให้เสียหาย ทำให้ไร้ประโยชน์ หรือทำให้ไม่เข้าใจ หรือมีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทต่อธงของสหพันธ์หรือมลรัฐ หรือกระทำต่อเครื่องหมายที่แสดงอำนาจรัฐของสหพันธ์และมลรัฐ ทั้งนี้ความพยายามในการกระทำการดังกล่าวให้ถือเป็นความผิดอาญาด้วย

(3) โทษจำคุกสูงสุดไม่เกินห้าปีหรือโทษปรับให้ลงแก่บุคคลที่กระทำการดังกล่าวโดยเจตนาให้กระทบต่อสถานะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ"

มาตรา 90b (ความผิดฐานหมิ่นประมาทองค์กรตามรัฐธรรมนูญ) บัญญัติว่า

"(1) ผู้ใดกระทำการโดยเปิดเผยทั้งในระหว่างการชุมนุมหรือการเผยแพร่เอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อหมิ่นประมาทต่อฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาล หรือศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์หรือศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐหรือต่อสมาชิกขององค์กรดังกล่าวในลักษณะที่เป็นอันตรายต่อรัฐ และมีเจตนาที่จะทำให้กระทบต่อสถานะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือต่อหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ให้ได้รับโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี

(2) การลงโทษดังกล่าวให้ทำได้เฉพาะกรณีที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือสมาชิกขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องนั้นก่อนเสมอ"

มาตรา 91 (ความผิดฐานให้คำแนะนำในการกระทำที่เป็นการใช้กำลังเพื่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ) บัญญัติว่า

"(1) โทษจำคุกสูงสุดไม่เกินสามปีหรือโทษปรับให้ลงแก่

1. บุคคลที่ให้คำแนะนำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือให้บุคคลอื่นเข้าถึงคำแนะนำนั้นได้เป็นสาธารณะ ซึ่งเนื้อหาของคำแนะนำนั้นจะถูกใช้เพื่อการกระทำการที่เป็นอันตรายต่อรัฐ หรือเป็นการส่งเสริมให้บุคคลอื่นกระทำการที่มีลักษณะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ

2. บุคคลที่จัดหาเอกสารตามข้อ 1 เพื่อใช้ในการกระทำการที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อรัฐ

(2) ความผิดตามวรรคหนึ่ง ข้อ 1. ไม่ให้นำมาใช้บังคับ ในกรณีที่

1. การกระทำนั้นได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเพื่อสร้างพลเมืองในสังคมประชาธิปไตย (Civil Education) เพื่อประโยชน์ในทางศิลปะและทางวิชาการ การวิจัยและการสอน รวมถึงการจัดทำรายงานในทางประวัติศาสตร์ หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นในทำนองเดียวกัน

2. เป็นการกระทำเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ตามกฎหมายในทางอาชีพ หรือในทางราชการ

(3) ในกรณีที่เป็นความผิดเล็กน้อยศาลอาจพิจารณางดเว้นโทษให้ก็ได้"

มาตรา 91a (ขอบเขตการใช้บังคับของบทบัญญัติในหมวดนี้) บัญญัติว่า "มาตรา 84 มาตรา 85 และมาตรา 87 ให้มีผลใช้บังคับเฉพาะกับการกระทำที่เกิดขึ้นภายในเขตพื้นที่ที่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญานี้"

3.1.3 เครื่องมือในทางกฎหมายในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.1.3.1 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsschutzgesetz) ในฐานะ "กลไกในทางกฎหมาย" ในการทำให้บรรลุผลซึ่งหลักการในทางรัฐธรรมนูญเรื่อง "ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้"

นอกเหนือจากการกำหนดหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) รวมถึงการกำหนดเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (StGB) อย่างชัดแจ้งแล้ว ในประเทศเยอรมนียังนำเอาหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ดังกล่าวนั้นมากำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็น

กฎหมายระดับรัฐบัญญัติด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การคุ้มครองรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยนั้นบังเกิดผลได้จริงสมดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตารารัฐบัญญัติฉบับหนึ่งซึ่งมีชื่อว่า "รัฐบัญญัติว่าด้วยการทำงานร่วมกันระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐทั้งหลายในเรื่องที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และการจัดตั้งหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจเรียกได้โดยย่อว่า "รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Bundesverfassungsschutzgesetz; BVerfSchG) โดยกฎหมายดังกล่าวประกาศใช้เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม ค.ศ. 1990[188] โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้แก่ การสร้างเครื่องมือในทางบริหาร เพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถดำเนินการในบางลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมืองทั้งหลาย ทั้งนี้เพื่อเป้าหมายในการบังคับให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญซึ่งได้แก่การพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ระบอบประชาธิปไตย รวมถึงหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

3.1.3.2 ปัญหาในทางรัฐธรรมนูญบางประการในการจัดตั้ง "องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Ämter für Verfassungsschutz) ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfas-sungsschutzgesetz)

การจัดตั้งองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการติดตามค้นหาข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลที่เป็นภัยต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้น อาจจะมีปัญหาในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองนั้น รัฐอาจใช้กลไกดังกล่าวเป็นเครื่องมือในทางการเมืองในการจำกัดสิทธิหรือทำลายฝ่ายตรงข้ามทางการเมืองได้ ดังนั้น จึงเกิดคำถามว่ารัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายนี้ได้ในขอบเขตเพียงใดที่จะไม่เป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและโดยเฉพาะอย่างยิ่งของบรรดาพรรคการเมืองทั้งหลาย อำนาจหน้าที่ในประการสำคัญขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามกฎหมายฉบับนี้ได้แก่ อำนาจในการสืบหาข่าวที่เกี่ยวกับการกระทำที่ขัดกับระเบียบพื้นฐานการปกครอง

---

[188] BGBl. I. S. 2954, 2970.

ในระบอบประชาธิปไตย[190] (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ซึ่งในการสืบหาข่าวดังกล่าวมีความจำเป็นต้องทำการ "เฝ้าสังเกต" หรือ "จับตา" ความเคลื่อนไหวของบุคคลต่าง ๆ และของพรรคการเมืองต่าง ๆ และเมื่อได้ข้อมูลที่ต้องการมาแล้วจะต้องทำการประเมินข้อมูลที่ได้มาแล้วทำหน้าที่ส่งต่อข้อมูลที่ได้มาไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้มีการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวต่อไป ในการดำเนินการดังกล่าวขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงเกิดปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญว่าการดำเนินการดังกล่าวจะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและของพรรคการเมืองต่าง ๆ หรือไม่[190] และปัญหาที่สำคัญที่สุดอีกคำถามหนึ่งได้แก่คำถามที่ว่า พรรคการเมืองทั้งหลายจะกล่าวอ้างได้หรือไม่ว่าตนเองมีสถานะพิเศษในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง[191]และดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญในการสืบหาข่าวหรือจับตาการทำงานของพรรคการเมืองทั้งหลายนั้นควรที่จะกระทำได้ยากกว่า หรือมีเงื่อนไขที่ยุ่งยากกว่ากระทำต่อบุคคลอื่น ๆ ที่ไม่ใช่พรรคการเมืองหรือไม่[192] ซึ่งคำถามดังกล่าวเป็นคำถามที่น่าสนใจ แต่ไม่สามารถหาคำตอบได้ง่ายนัก

แม้รัฐจะมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 79 วรรค 3 ของกฎหมายพื้นฐาน[193] ก็ตาม แต่ความพยายามในการรักษาหลักการพื้นฐานรวมถึงการรักษาสิทธิและเสรีภาพ

---

189 ดูมาตรา 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsschutzgesetz)

190 ทั้งนี้เพราะการดำเนินการในการสืบหาข่าวขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นอาจมีลักษณะที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและพรรคการเมืองได้หลายประการด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนบุคคล สิทธิในการรักษาความลับของจดหมายหรือสิ่งสื่อสารอื่น ๆ รวมถึงเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง เป็นต้น

191 สถานะพิเศษในทางรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองหรือที่เรียกว่า "สิทธิพิเศษของพรรคการเมือง" (Parteienprivileg) ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 21 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน ความว่า "พรรคการเมืองทั้งหลายเข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงร่วมกันของประชาชน การก่อตั้งพรรคการเมืองย่อมทำได้โดยอิสระ ระเบียบภายในพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานให้สาธารณะทราบเกี่ยวกับที่มาของเงินและการใช้จ่ายเงินของพรรคการเมือง"

192 Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 204.

193 มาตรา 79 (3) กฎหมายพื้นฐาน บัญญัติว่า "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐที่เป็นแบบสหพันธรัฐ หรือกระทบการมีส่วนร่วมของมลรัฐทั้งหลายในใช้อำนาจในการตรากฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 ถึง 20 นั้นไม่อาจกระทำได้"

ของประชาชนนั้น จะต้องไม่กลายมาเป็นการใช้อำนาจเด็ดขาดและจะต้องไม่กลายมาเป็นเครื่องมือในการทำลายสิทธิเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองเสียเอง[194] การดำเนินการทั้งหลายโดยการใช้กลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จึงต้องยืนอยู่บนข้อตกลงพื้นฐาน (Grundkonsens) ที่ว่า จะต้องให้ประชาชนทั้งหลายรวมถึงพรรคการเมืองมีความเป็นอิสระและสามารถดำเนินการทางการเมืองทั้งหลายตามที่ตนเองต้องการได้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในการชุมนุมและการแสดงความคิดเห็น ดังนั้น จึงอาจเกิดกรณีที่ "ความพยายามในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย" ปะทะกับ "หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมือง" ดังนั้นองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องรักษาประโยชน์ทั้งสองด้านเอาไว้ให้มีน้ำหนักเท่าเทียมกัน และดำเนินการตามกฎหมายในการยับยั้งหรือควบคุมการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงเท่านั้น

3.1.3.3 สถานะทางกฎหมายขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

หลักในเรื่องสถานะทางกฎหมายขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Verfassungsschutzgesetz) นั้นได้รับการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ทั้งนี้ ในมาตรา 1 ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า "(1) การพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงความมุ่งหมายในการพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ความมั่นคงและความปลอดภัยของสหพันธ์และมลรัฐ" (2) สหพันธ์และมลรัฐมีหน้าที่ในการทำงานร่วมกันในเรื่องที่เกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และ (3) การทำงานร่วมกันในความหมายดังกล่าวประกอบด้วยหน้าที่ในการสนับสนุนและการช่วยเหลือการทำงานของกันและกัน"

ในมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsschutzgesetz) ยังได้กำหนดให้จัดตั้งองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญขึ้นมาโดยบัญญัติว่า "(1) ในการทำงานร่วมกันของสหพันธ์กับมลรัฐนั้น ให้สหพันธ์จัดตั้งหน่วยงานระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesamt für Verfassungsschutz) ขึ้นมาโดยองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็น "หน่วยงานทางปกครองระดับสหพันธ์" อยู่ภายใต้

---

[194] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 204.

อำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ทั้งนี้ หน่วยงานระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesamt für Verfassungsschutz) ดังกล่าวนั้นจะถูกจัดตั้งให้อยู่รวมกับหน่วยงานของตำรวจไม่ได้ (อยู่ในโครงสร้างเดียวกับตำรวจหรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตำรวจไม่ได้) (2) ในการทำงานของมลรัฐกับสหพันธ์ หรือระหว่างมลรัฐทั้งหลายด้วยกันเองนั้น ให้แต่ละมลรัฐจัดตั้งฝ่ายปกครองขึ้นเพื่อทำภารกิจในกิจการเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้มลรัฐหลายแห่งอาจจัดตั้งฝ่ายปกครองในลักษณะดังกล่าวขึ้นร่วมกันก็ได้

3.1.3.4 "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" ในฐานะแกนกลางของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

อำนาจหน้าที่หลักขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ได้แก่ การทำให้หลักในเรื่องประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเกิดผลขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ ซึ่งโดยสรุปแล้วอำนาจหน้าที่หลักขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงได้แก่ หน้าที่ในการคุ้มครองและปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นคำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) จึงเป็นข้อความคิดที่เป็นแกนกลางของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า ก่อนที่จะมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsschutzgesetz) ในปี ค.ศ. 1990 นั้น ข้อความคิดและนิยามของคำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" ได้รับการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht)[195] มาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น การคุ้มครองระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้นได้แก่การคุ้มครองหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารงานอย่างรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรค และหลักความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมืองและหลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย[196]

---

[195] ดู BVerfGE 2 (12), sog. SRP-Urteil von 1952.

[196] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194.

ซึ่งความหมายของ "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าวนี้เองที่มีอิทธิพลสำคัญต่อการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ขึ้นในปี ค.ศ. 1990

ทั้งนี้มาตรา 4 (2) รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ได้กำหนดนิยามไว้โดยชัดแจ้งอีกครั้งว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) หมายความถึงหลักการสำคัญในเรื่องดังต่อไปนี้

a) สิทธิของประชาชน การใช้อำนาจรัฐผ่านกระบวนการการเลือกตั้งและการใช้อำนาจรัฐผ่านทางองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และการได้มาซึ่งผู้แทนปวงชนผ่านการเลือกตั้งที่จัดขึ้นเป็นการทั่วไป โดยตรง อย่างเสรี อย่างเสมอภาค และอย่างเป็นความลับ

b) การผูกพันตนเองของฝ่ายนิติบัญญัติต่อระเบียบในทางรัฐธรรมนูญและการผูกพันตนเองของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต่อกฎหมาย

c) การคุ้มครองสิทธิของฝ่ายค้านในรัฐสภา

d) หลักการที่รัฐบาลสามารถถูกยกเลิกได้โดยรัฐสภา และการกำหนดให้รัฐบาลรับผิดชอบต่อรัฐสภา

e) หลักความเป็นอิสระของศาล

f) หลักการห้ามใช้อำนาจหรือปกครองโดยอำเภอใจ

g) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

หลักการดังกล่าวเช่นว่านี้เองที่ให้อำนาจองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญในการดำเนินการบางประการที่อาจมีลักษณะกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมืองและในขณะเดียวกันหลักการทั้งหลายเหล่านี้ก็จะเป็นกรอบที่ควบคุมการทำงานขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญด้วย

3.1.3.5 ความหมายของ "ความพยายามในการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" (Bestrebungen)

มาตรา 4 วรรค 1 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ได้กำหนดนิยามของการกระทำที่เป็นความพยายามในการล้มล้างการปกครองในระบอบ

ประชาธิปไตย (Bestrebungen) ว่ามีความหมายครอบคลุมถึงความพยายามในเรื่องดังต่อไปนี้

a) ความพยายามในการดำเนินการเพื่อต่อต้านสถานภาพของสหพันธรัฐหรือมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง โดยมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางการเมือง โดยมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำการบางอย่างโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในรูปของกลุ่มบุคคล เพื่อก่อตั้งระบอบการปกครองรูปแบบอื่นในสหพันธรัฐหรือมลรัฐ หรือเป็นการกระทำเพื่อทำลายความเป็นเอกภาพของรัฐ หรือมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกดินแดน

b) ความพยายามในการต่อต้านความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือมลรัฐทั้งหลาย โดยมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางการเมือง โดยมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำการบางอย่างโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในรูปของกลุ่มบุคคล เพื่อทำลายความสามารถในการดำเนินงานของสหพันธรัฐ มลรัฐ หรือองค์กรของรัฐทั้งหลายอย่างร้ายแรง

c) ความพยายามในการต่อต้านระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย โดยมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางการเมือง โดยมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในการกระทำการบางอย่างโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือในรูปของกลุ่มบุคคล เพื่อทำลายหรือทำให้สิ้นผลซึ่งระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่ถูกกำหนดนิยามไว้ในรัฐบัญญัตินี้

เมื่ออ่านนิยามศัพท์ของคำว่า “ความพยายาม” (Bestrebungen) ตามความหมายของมาตราดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Verfassungsschutzämter) ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้น มีหน้าที่ในการดำเนินการทั้งหลายเพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่ง “คุณค่าที่ประชาชนภายในรัฐยึดถือร่วมกัน” (Gemeinsame Werte)[197] จากความพยายามทั้งหลายที่จะทำลายคุณค่าเช่นว่านั้น ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ความพยายามในการกระทำการที่กระทบคุณค่าดังกล่าว ได้แก่ “การกระทำการทั้งหลายของบุคคลหรือกลุ่มที่มีการกำหนดเป้าหมายหรือกำหนดวัตถุประสงค์อย่างชัดแจ้ง ในการที่จะกระทำการในลักษณะก่อกวน (Agitation)

---

[197] ทั้งนี้ควรกล่าวให้มีความชัดเจนอีกครั้งว่า หลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น คุณค่าที่ประชาชนในรัฐยึดถือร่วมกันในฐานะหลักการพื้นฐานที่ใช้ในการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข ย่อมได้แก่ การนับถือในคุณค่าในความเป็นมนุษย์หรือศักดิ์ความเป็นมนุษย์ รวมทั้งการนับถือคุณค่าในเรื่องความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการกำหนดใจตนเองหรือกำหนดบุคลิกลักษณะของตนเอง และคุณค่าเช่นว่านี้เองที่เป็นสิ่งที่ใช้ในการกำหนดเป้าหมายของการมีรัฐธรรมนูญด้วย

การแทรกซึม (Infiltration) การโค่นล้ม (Subversion) การใช้อำนาจปกครอง หรือการกระทำในทางข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจทั้งหลายภายในรัฐลง โดยการใช้กำลังหรือโดยการใช้อิทธิพลบางประการ ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายทางการเมือง”[198] เป้าหมายของการกระทำโดยการใช้กำลังหรืออิทธิพลดังกล่าวได้แก่ การเป็นปฏิปักษ์ต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รวมถึงการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสถานะและความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งการกระทำใดก็ตามที่จะเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายดังกล่าวได้อย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นการกระทำที่มีเป้าหมายในการทำลายหลักนิติรัฐและทำลายหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า หน้าที่ในการต่อต้านความพยายามที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น หมายถึงการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็น “การดำเนินการในเชิงป้องกัน” (Vorfeldaufklärungsfunktion) เท่านั้น ดังนั้นไม่ได้หมายความว่า องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยเสียก่อนว่ามีการดำเนินการดังกล่าวเกิดขึ้นจริง จึงจะใช้อำนาจหน้าที่ของตนเองได้ ในทางตรงกันข้าม องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญสามารถใช้อำนาจหน้าที่ของตนได้เมื่อมีกรณีที่มีข้อสงสัยว่ามีการเตรียมการที่จะก่อให้เกิดการละเมิดระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเช่นว่านั้น ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคดี KPD-Urteil[199] “ว่าการดำเนินการทั้งหลายของพรรคการเมืองอาจถือเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้กระทบต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้แล้ว หากว่าพรรคการเมืองหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าวมีเจตนาที่ชัดเจนในการใช้หนทางที่มีการตระเตรียมไว้นั้น เพื่อทำลายระเบียบพื้นฐานการปกครอง หรือทำให้การทำลายระเบียบพื้นฐานการปกครองนั้นสามารถทำได้ง่ายยิ่งขึ้นในอนาคต” กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ยังไม่มีการกระทำที่เป็นอันตรายโดยการใช้กำลังรุนแรงต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเกิดขึ้นจริงก็ตาม แต่หากปรากฏความพยายามที่เป็นแบบแผนและจริงจังที่จะกระทำการดังกล่าว องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

---

[198] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 197.

[199] BVerfGE 5, 85, 336.

ก็มีอำนาจที่จะดำเนินการทั้งหลายที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนเพื่อต่อต้านการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวได้

3.1.3.6 อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ "องค์กรสืบราชการลับ" และ การควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าว

ก. ข้อความคิดทั่วไป - การดำเนินการให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นภัยต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Verfassungsschutz-Ämter) มีหน้าที่หลักในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือข่าวสารต่าง ๆ ก่อนที่การกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงจะเกิดขึ้น โดยเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับลัทธิหัวรุนแรงทางการเมือง (Der politische Extremismus) เมื่อได้ข้อมูลข่าวสารเช่นว่านั้นมาแล้ว องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องทำการประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็น "ความพยายาม" ในความหมายของกฎหมายหรือไม่[200] หลังจากนั้นจะต้องรายงานผลการประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อหน่วยงานของรัฐบาลที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องรวมถึงรายงานให้หน่วยงานด้านความมั่นคงปลอดภัยของรัฐทั้งหลายให้ทราบด้วย ทั้งนี้เป็นน่าสังเกตว่า ในขณะที่การสอบสวนของตำรวจโดยทั่วไปนั้นจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับตัวบุคคลผู้กระทำผิดคนใดคนหนึ่ง แต่หน้าที่ในการสืบค้นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นโดยหลักแล้วจะเป็นเรื่องการหาข้อมูลข่าวสารของกลุ่มบุคคลหรือองค์กรที่ประกอบไปด้วยบุคคลหลาย ๆ คน (Personenzusammenschluss) เท่านั้น การหาข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมการกระทำของปัจเจกบุคคลนั้นจะเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น หากว่าการกระทำผิดของปัจเจกบุคคลนั้นมีลักษณะหรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้[201]

อาจกล่าวได้ว่าอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นได้แก่ หน้าที่ในการทำให้ได้มาซึ่งข่าวสาร (Nachrichtengewinnung) ทั้งนี้ มาตรา 8 วรรค 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ได้ยกตัวอย่างวิธีการหรือมาตรการ

---

[200] ดูมาตรา 4 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[201] ดูมาตรา 4 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

ที่ฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญสามารถใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีการหรือมาตรการเพื่อให้ได้ข้อมูลที่เป็นความลับ ยกตัวอย่างเช่น การใช้สายลับหรือสายข่าว (Einsatz von Vertrauensleuten und Gewährleuten) การเฝ้าสังเกต (Observationen) การบันทึกภาพหรือบันทึกเสียง (Bild-und Tonaufzeichnungen) ข้อมูลบนบัตรประจำตัวบุคคล (Tarnpapiere) หรือข้อมูลเกี่ยวกับยานพาหนะ (Tarnkennzeichen) ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรการที่ได้รับการอนุญาตจากกฎหมายดังกล่าวนั้น เป็นมาตรการที่ล้วนแต่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กลุ่มบุคคล รวมถึงพรรคการเมืองทั้งหลายได้ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการดังกล่าวนั้น มาตรา 8 วรรค 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ กำหนดว่าฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นจะไม่มีอำนาจหน้าที่ทั้งหลายเหมือนที่ตำรวจมี เพื่อใช้ในการดำเนินการให้ได้มาซึ่งข้อมูลทั้งหลาย อีกทั้งไม่มีอำนาจในการร้องขอให้ตำรวจเข้าช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วย ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นต้องการให้มีการแยกอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญออกจากตำรวจโดยเด็ดขาด[202] ทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางเทคนิคของกฎหมายที่ว่าไม่ต้องการให้เกิด “ตำรวจทางการเมือง” (Politische Polizei) ขึ้น ดังนั้น กฎหมายจึงต้องแยกองค์กรและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญออกจากตำรวจอย่างเด็ดขาด[203] ทั้งนี้แม้จะมีองค์กรที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญอยู่หลายองค์กรหรือหลายรูปแบบก็ตาม แต่อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) นั้นกลับจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่อง “การเก็บและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำผิด” เท่านั้น อำนาจหน้าที่ทั้งหลายที่เป็นเรื่องการใช้มาตรการบังคับยังคงเป็นอำนาจเฉพาะของตำรวจทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐ ที่ฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้อำนาจในทำนองดังกล่าวได้[204]

---

[202] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 199; Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 359.

[203] Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 359.

[204] เพิ่งอ้าง

ข. หน่วยสืบราชการลับ (Nachrichtendienst) และสายลับหรือสายข่าว (Vertrauensleute; V-Leute)

ข.1 หน่วยสืบราชการลับ (Nachrichtendienst)

การพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 20 วรรค 3[205] กฎหมายพื้นฐานแล้ว เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐทุกองค์กร แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 73 Nr. 10[206] และมาตรา 87 วรรค 1[207] ของกฎหมายพื้นฐาน จะพบว่ารัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติให้สอดคล้องกับข้อเสนอของ Loewenstein ที่ว่า "ควรมีการจัดตั้งหน่วยงานทางปกครองขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อทำหน้าที่ในการพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย"[208] หน้าที่สำคัญของหน่วยงานทางปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้แก่ การเก็บและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเป็นประการเบื้องต้นเกี่ยวกับหน่วยสืบราชการลับในประเทศเยอรมนีว่ามีการแยกหน่วยสืบราชการลับออกเป็น 3 หน่วยงานสำคัญด้วยกัน ซึ่งได้แก่ 1) หน่วยสืบราชการลับด้านการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Verfassungsschutz) 2) หน่วยสืบราชการลับด้านการทหาร (Die militärische Abschirmdienst) และ 3) หน่วยสืบราชการลับกลางของสหพันธ์ (Bundesnachrichtendienst)[209] ทั้งนี้ กฎหมายพื้นฐานในมาตรา 73 Nr. 10 กำหนดให้สหพันธ์มีอำนาจในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการทำงานร่วมกันของสหพันธ์และมลรัฐในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และโดยผลของบทบัญญัติ

---

[205] มาตรา 20 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า "ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ผูกพันตนเองต่อรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ผูกพันตนเองต่อกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมาย"

[206] มาตรา 73 Nr.10 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า สหพันธ์มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย 10 เรื่องเกี่ยวกับการทำงานร่วมกันระหว่างสหพันธ์และมลรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับ (a) ตำรวจด้านการป้องกันอาชญากรรม (b) การพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สถานะและความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์และมลรัฐ การพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (C) การปกป้องแนวชายแดนจากความพยายามในการก่อให้เกิดอันตรายต่อผลประโยชน์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เกิดขึ้นมาจากต่างประเทศ รวมถึงการก่อตั้งฝ่ายปกครองด้านตำรวจเพื่อต่อสู้กับอาชญากรรมระหว่างประเทศ

[207] มาตรา 87 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า ....กฎหมายระดับสหพันธ์อาจจัดตั้งให้มีขึ้นซึ่ง ฝ่ายปกครองด้านการปกป้องแนวชายแดน หน่วยงานกลางด้านข้อมูลข่าวสารและการสืบราชการลับ ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ เขตแดนของรัฐ หรือผลประโยชน์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี"

[208] เปรียบเทียบ BVerfGE 30, 1, 20.

[209] Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 359-361.

ดังกล่าวของรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) จึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้ง "สำนักงานกลางระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Das Bundesamt für Verfassungsschutz) ขึ้น เพื่อทำหน้าที่หลักในการประสานงานกับทุกฝ่ายโดยเฉพาะกับหน่วยงานในมลรัฐทั้งหลายเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ[210] อย่างไรก็ตามในการประสานงานระหว่างสหพันธ์และมลรัฐนั้น สหพันธ์อาจออกคำสั่งกำหนดหน้าที่ให้มลรัฐได้เฉพาะในกรณีที่มีการโจมตีระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญของสหพันธ์เท่านั้น ในกรณีดังกล่าวฝ่ายปกครองสูงสุดระดับมลรัฐ (Die oberste Landesbehörde) มีหน้าที่ในการเข้าร่วมปฏิบัติงานกับสหพันธ์เพื่อป้องกันเหตุดังกล่าว[211] ตามมาตรา 3 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) นั้น สำนักงานกลางระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Das Bundesamt für Verfassungsschutz) มีหน้าที่ในการเก็บรวมรวมข้อมูลรวมถึงการประเมินผลข้อมูลที่ได้รับมาเกี่ยวกับความพยายามในการดำเนินการทั้งหลายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสถานภาพและความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ข้อมูลเกี่ยวการกระทำของอำนาจในต่างประเทศที่เป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของประเทศ รวมถึงการดำเนินการที่เป็นการก่อการร้ายระหว่างประเทศ และที่เป็นอันตรายต่อหลักการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขของประชาชน

ข้อมูลข่าวสารทั้งหลายที่สำนักงานกลางระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Das Bundesamt für Verfassungsschutz) สามารถเข้าตรวจสอบและรวมรวบเพื่อการประเมินผลได้นั้น ได้แก่ข้อมูลจากแหล่งข้อมูลสาธารณะทั้งหลาย นอกเหนือจากแหล่งข้อมูลสาธารณะทั้งหลายแล้ว หน่วยงานฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์ดังกล่าวยังมีอำนาจที่จะใช้วิธีการแบบการสืบราชการลับ (Die nachrichtendienstliche Mittel) เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร เช่น การใช้สายลับหรือสายข่าว (Einsatz von Vertrauensleuten und Gewährleuten) การเฝ้าสังเกต (Observationen) การ

---

[210] อำนาจหน้าที่หลักของสำนักงานกลางระดับสหพันธ์เพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Das Bundesamt für Verfassungsschutz) ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 8 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[211] มาตรา 7 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

บันทึกภาพหรือบันทึกเสียง (Bild- und Tonaufzeichnungen) ข้อมูลบนบัตรประจำตัวบุคคล (Tarnpapiere) หรือข้อมูลเกี่ยวกับยานพาหนะ (Tarnkennzeichen)[212] นอกจากนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์ดังกล่าวนั้น อาจมีอำนาจเข้าตรวจสอบการดำเนินการทางการเงิน จดหมาย หรือการติดต่อสื่อสาร รวมถึงข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของสายการบินต่าง ๆ ได้ด้วย[213] เงื่อนไขในการใช้อำนาจที่มีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นว่านั้น ได้แก่ การมีข้อเท็จจริงว่าจะมีการกระทำผิดอาญาร้ายแรง หรือมีความสงสัยเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับกลุ่มหรือสมาคมที่เป็นภัยต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

หน่วยงานสืบราชการลับในประเภทที่ 2 ได้แก่ หน่วยสืบราชการลับด้านการทหาร (Die militärische Abschirmdienst; MAD) ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองในสังกัดกระทรวงกลาโหม (Bundesverteidigungsministerium) ทั้งนี้อำนาจหน้าที่ของหน่วยสืบราชการลับด้านการทหาร (MAD) ได้แก่ การพิทักษ์รัฐธรรมนูญในพรมแดนทางด้านการทหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบควบคุมความปลอดภัยให้แก่บุคลากรทางการทหาร และการรักษาความปลอดภัยให้แก่ที่ตั้งสำคัญทางการทหาร เป็นต้น

หน่วยงานสืบราชการลับประเภทสุดท้าย ได้แก่ หน่วยสืบราชการลับกลางของสหพันธ์ (Bundesnachrichtendienst) ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการสืบราชการลับระดับสหพันธ์ (Bundesnachrichtendienstgesetz) โดยหน่วยงานดังกล่าวมีหน้าที่ในการสืบราชการลับที่เกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเป็นหลัก โดยให้มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยที่มาจากการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ อันอาจมีอันตรายหรือผลกระทบต่อการเมือง เศรษฐกิจและการทหารของประเทศเยอรมนี ทั้งนี้ การกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศนั้นให้หมายความรวมถึงการกระทำที่เป็นอันตรายต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยด้วย[214]

ข. 2 สายลับหรือสายข่าว (Vertrauensleute; V-Leute)

สำหรับภารกิจในการจับตามองหรือการสืบหาข่าวจากองค์กรขนาดใหญ่ วิธีการดั้งเดิมที่มีการนำมาใช้ได้แก่ “สายลับหรือสายข่าว” หรือที่ในรัฐบัญญัติว่าด้วย

---

[212] มาตรา 8 วรรค 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[213] มาตรา 8 วรรค 5-8 และ มาตรา 9 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[214] Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 361.

การพิทักษ์รัฐธรรมนูญเรียกว่า “บุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ” (Vertrauensleute) ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการมอบหมายภารกิจจากฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Ämter für Verfassungsschutz) เมื่อพิจารณาจากภารกิจที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวในการปฏิบัติหน้าที่ของสายลับหรือสายข่าวจึงเป็นที่จับตาของสาธารณะ รวมถึงพรรคการเมืองทั้งหลาย ทั้งนี้เพราะอาจกระทบสิทธิของบุคคลต่าง ๆ ได้เป็นจำนวนมาก

ปฏิบัติการทั้งหลายของสายลับหรือสายข่าวนั้นจะต้องถูกเก็บเป็นความลับโดยเด็ดขาด โดยเฉพาะการติดต่อระหว่างสายลับหรือสายข่าวกับหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ตนสังกัด ทั้งนี้หน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Ämter für Verfassungsschutz) จะได้มอบหมายพันธกิจให้แก่สายลับหรือสายข่าวเพื่อให้เข้าไปในองค์กรหรือกลุ่มที่คาดหมายว่าจะกระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย[215] โดยภารกิจในการเข้าไปในองค์กรเช่นว่านั้น อาจเป็นไปในรูปของ “การแทรกซึม” (Einschleusen der Person) หรืออาจมีลักษณะที่แสดงว่าเป็นบุคคลที่แปรพักตร์ออกจากรัฐแล้วไปเข้าร่วมกับศัตรูของประชาธิปไตยก็ได้[216] ทั้งนี้มีข้อน่าสังเกตว่า สายลับหรือสายข่าวที่ได้รับการมอบหมายภารกิจลับนี้โดยทั่วไปจะไม่ใช่บุคคลที่เป็นบุคลากรตามปกติของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น แต่จะเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายและได้รับการจ้างงานในช่วงเวลาสั้น ๆ สำหรับภารกิจนั้น ๆ เท่านั้น[217] การมอบหมายปฏิบัติการให้แก่สายลับหรือสายข่าวนั้น มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่หากว่าการสืบสวนสอบสวนได้ทำลงโดยหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญหรือบุคลากรของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญเองแล้วนั้น จะเป็นการโจ่งแจ้งเกินไปสำหรับการสืบสวนหรือจะก่อให้เกิดความเสี่ยงมากเกินไป กรณีส่วนใหญ่ที่มีความจำเป็นต้องใช้ปฏิบัติการของสายลับหรือสายข่าว ได้แก่กรณีที่จำเป็นจะต้องส่งสายลับเข้าไปในองค์กรขนาดใหญ่ที่มีลักษณะเป็นภัยต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย โดยในปฏิบัติการของสายลับหรือสายข่าวนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของหัวหน้าสายลับที่ได้รับการแต่งตั้งจากหน่วยงาน หรืออาจอยู่ใต้การควบคุมบังคับบัญชาของบุคลากรผู้ใดผู้หนึ่งของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้วัตถุประสงค์ของการควบคุมบังคับบัญชาที่ถูกกำหนดขึ้นนี้ ก็เพื่อ

---

[215] มาตรา 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[216] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 200.

[217] เพิ่งอ้าง

ให้การปฏิบัติการของสายลับอยู่ในสายตาของรัฐ และเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้สายลับหรือสายข่าวปฏิบัติการไปในลักษณะที่เป็นความผิดอาญา รวมถึงเป็นการป้องกันไม่ให้สายลับหรือสายข่าวปฏิบัติการไปเกินกว่าที่ได้รับการมอบหมายด้วย[218]

ค. การประเมินข้อเท็จจริงและการส่งต่อข้อมูลรวมถึงการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะ

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า หน่วยงานหรือฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Ämter für Verfassungsschutz) นี้จะไม่มีอำนาจในทำนองเดียวกับตำรวจ กล่าวคือไม่มีอำนาจหน้าที่ในการจับกุมคุมขังหรือการกระทำในลักษณะที่เป็นการใช้กำลังบังคับแต่อย่างใด แต่อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้จะจำกัดอยู่แต่เพียงในเรื่องของการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้ หน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญหลังจากที่ได้ข้อมูลที่ต้องการมาแล้วได้แก่ “การวิเคราะห์และประเมินผลข้อมูล” (Auswertung) กล่าวคือฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการวิเคราะห์ข้อมูลหรือข่าวสารที่ได้มา และทำหน้าที่ในการส่งต่อข้อมูลข่าวสารและผลการวิเคราะห์นั้นไปยังฝ่ายปกครองอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการแจ้งผลการวิเคราะห์นั้นให้สาธารณะได้ทราบในบางกรณีด้วย[219]

ตามมาตรา 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) กำหนดหน้าที่ให้แก่หน่วยงานหรือฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญว่า นอกเหนือจากการเก็บรวบรวมข้อมูลข่าวสาร (Sammlung) นั้น ยังมีหน้าที่ในการประเมินผลข้อมูล (Auswertung) ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลที่เกี่ยวกับสิ่งของ บุคคล รวมถึงเอกสารที่เป็นพยานหลักฐานทั้งหลายด้วย และหลังจากที่วิเคราะห์และประเมินผลข้อมูลข่าวสารเสร็จเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการส่งต่อข้อมูลนั้นต่อไป (Weitergabe der Informationen) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องรายงานข้อมูลและผลการวิเคราะห์และประเมินข้อมูลที่ได้รับมานั้นให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยทราบ[220] นอกจากนี้รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวยังกำหนดต่อไปว่า

---

[218] เพิ่งอ้าง

[219] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 201.

[220] มาตรา 16 วรรค 1 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีหน้าที่รายงานให้สาธารณะทราบเกี่ยวกับความพยายามกระทำการทั้งหลายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง[221] การรายงานของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้สาธารณะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้นอาจทำได้ในรูปของ "รายงานประจำปีเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Die jährlichen Verfassungsschutzberichte; annual report) ซึ่งถือเป็นความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่จะต้องจัดพิมพ์รายงานประจำปีดังกล่าวนั้น[222] นอกจากวิธีการตามปกติดังกล่าวนั้น หน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญอาจดำเนินการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญให้สาธารณะทราบผ่านทางสิ่งตีพิมพ์ของสนามบิน โบรชัวร์แจ้งข้อมูลเพื่อการแจกจ่ายแก่ประชาชน การแถลงรายงานสถานการณ์ หรือการแสดงปาฐกถาในเรื่องดังกล่าวนั้น เป็นต้น

ง. การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ง. 1 ข้อความทั่วไป

กฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพื่อใช้มาตรการทั้งหลายเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมมุ่งหวังว่าการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะเดียวกันมีหลักการสำคัญอยู่ว่า การใช้อำนาจเช่นว่านั้นย่อมต้องมีข้อจำกัดด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและของพรรคการเมืองทั้งหลาย ดังนั้นจึงต้องมีการสร้างกลไกในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งการควบคุมอำนาจเช่นว่านั้นมักปรากฏในรูปของการกำหนดให้มีองค์กรที่ใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบและการเฝ้าจับตาการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญด้วย[223] ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นเป็นรูปแบบหนึ่งของการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

---

[221] มาตรา 16 วรรค 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG)

[222] Michaelis, เพิ่งอ้าง

[223] เพิ่งอ้าง

นั่นเอง[224] ทั้งนี้องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องพยายามชั่งน้ำหนักระหว่างความพยายามในการรักษาความลับเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ กับความพยายามควบคุมไม่ให้องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่เกินเลยไปจากขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) เคยวางหลักการสำคัญในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ในคดี G-10 Urteil[225] เอาไว้ว่า "การรักษาความลับของการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น แม้อาจจะขัดหรือแย้งกับประโยชน์ในด้านอื่น ๆ แต่ก็ถือว่ามีความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ" ซึ่งหมายความว่าการรักษาความลับของปฏิบัติการของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นเรื่องหลัก ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

การปฏิบัติการลับขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และการที่กฎหมายและคำพิพากษาของศาลมุ่งคุ้มครองความลับของการปฏิบัติการเช่นว่านั้นเป็นด้านหลักนั้น ย่อมก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นของประชาชนต่อการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ว่าจะเข้ามากระทบสิทธิและเสรีภาพของตนเองหรือไม่ ทั้งนี้เพราะยังไม่มีความแน่ชัดในทางปฏิบัติว่าปฏิบัติการในทางลับดังกล่าวนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบเพียงใด โดยในทางปฏิบัตินั้นการดำเนินการขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะเป็นการดำเนินการในทางลับ ประชาชนส่วนใหญ่จึงไม่ทราบว่ามีการใช้อำนาจรัฐเข้ามาจับตามองหรือเข้ามาเพื่อเอาข้อมูลข่าวสารในเรื่องส่วนบุคคล และเมื่อไม่ทราบว่ามีการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว จึงเท่ากับว่าประชาชนไม่สามารถใช้สิทธิทางศาล (Gerichtlicher Rechtsschutz)[226] เพื่อให้ศาลตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นว่านั้นได้[227] ดังนั้นในเรื่องดังกล่าวจึงไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าขอบเขตที่แท้จริงของการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีอยู่เพียงใด ดังนั้นประชาชนส่วนใหญ่จึงเรียกร้องว่า การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่แม้จะเป็นปฏิบัติการลับนั้น จะต้องเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่มีความรับผิดชอบด้วย ทั้งนี้ในทางปฏิบัตินั้น

---

[224] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 201.

[225] BVerfGE 30, 1, 18 f. (G-10 Urteil)

[226] ดูมาตรา 19 วรรค 4 กฎหมายพื้นฐาน

[227] Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 361.

จะพบว่ามีการสร้างระบบการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญออกเป็นหลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ระบบการควบคุมตรวจสอบเป็นการภายในของฝ่ายปกครองเอง หรือการตรวจสอบการใช้งบประมาณโดยองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้งบประมาณ รวมถึง การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลส่วนบุคคล[228] เป็นต้น แต่ในบรรดาระบบการควบคุมตรวจสอบการทำหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญทั้งหลายนั้น กระบวนการควบคุมตรวจสอบที่ถือว่ามีความสำคัญมากที่สุด ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา โดยกระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาที่เป็นรูปธรรม ได้แก่ รูปแบบการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง (Untersuchungsausschuss) หรือการแต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยตรงก็ได้ (Die parlamentarischen Kontrollgremien)[229]

ง.2 การแต่งตั้งคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

การควบคุมตรวจสอบหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพนั้นสามารถทำได้โดยผ่านกลไกของรัฐสภาที่เรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมตรวจสอบที่แต่งตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎร” (Parlamentarisches Kontrollgremium; PKG) ซึ่งมีหน้าที่ในการหาข้อมูลและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ทั้งหลายของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นการตรวจสอบจดหมาย วัสดุไปรษณีย์ หรือการดักฟังโทรศัพท์ที่กระทำโดยหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ[230] ทั้งนี้ รายละเอียดการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมตรวจสอบที่แต่งตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎร (PKG) นี้จะถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมโดยรัฐสภาต่อการปฏิบัติหน้าที่สืบราชการลับของสหพันธ์ (PKGrG) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีชื่อเรียกโดยย่อว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภา” (Kontrollgremiumsgesetz) ทั้งนี้ ตามมาตรา 5 วรรค 2 และวรรค 3 รัฐบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภา (PKGrG) ได้กำหนดให้คณะกรรมการดังกล่าว

---

[228] มาตรา 22 รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (BDSG)

[229] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 202.

[230] เพิ่งอ้าง; Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 362.

ประชุมร่วมกันอย่างน้อย 3 เดือน ต่อ 1 ครั้ง อย่างไรก็ตามสมาชิกคนใดคนหนึ่งของคณะกรรมการอาจร้องขอให้มีการประชุมคณะกรรมการได้เสมอ กฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนที่แน่นอนของกรรมการในคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภาเอาไว้เป็นการแน่ชัด ทั้งนี้ รัฐสภาจะเป็นผู้กำหนดจำนวนกรรมการเอง ซึ่งในปัจจุบันนั้นมีจำนวน 9 คน[231] การเลือกกรรมการนั้นใช้จำนวนเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร[232] ในการทำงานของคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภามีหลักการที่สำคัญอยู่ว่า กรรมการแต่คนละมีหน้าที่รักษาความลับในเรื่องที่ตรวจสอบโดยเด็ดขาด และเฉพาะในกรณีที่มีมติเสียงข้างมาก 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่านั้น ที่สมาชิกคนใดคนหนึ่งอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงในบางเรื่องให้สาธารณะได้ทราบ และเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับเท่านั้น

มีข้อสังเกตในประการสำคัญว่า หน้าที่ประการสำคัญของคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภานั้นได้แก่การตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลสหพันธ์ในเรื่องการสั่งการของรัฐบาลต่อองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้รัฐบาลใช้กลไกขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือทางการเมืองในการดำเนินการที่กระทบต่อเสรีภาพของพรรคการเมืองทั้งหลาย ทั้งนี้เพื่อให้รัฐบาลใช้อำนาจในเรื่องดังกล่าวอย่างมีความรับผิดชอบ ดังนั้นในมาตรา 2 รัฐบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภา (PKGrG) ได้กำหนดให้รัฐบาลสหพันธ์มีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้คณะกรรมการของรัฐสภาได้รับทราบ โดยเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญ อย่างไรก็ตามในกรณีที่มีเหตุผลสำคัญ รัฐบาลสหพันธ์อาจปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลต่อคณะกรรมการตรวจสอบของรัฐสภาได้ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลที่สามหรือในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารโดยเฉพาะของรัฐบาลหรือเรื่องที่มีความสำคัญต่อรัฐบาลมาก ๆ รัฐบาลอาจปฏิเสธการให้ข้อมูลได้[233]

แม้จะมีการคิดค้นกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยกลไกของรัฐสภาดังกล่าวก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติมีข้อสังเกตว่า การควบคุมตรวจสอบหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นก็ยังทำได้ค่อนข้าง

---

[231] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 203.

[232] มาตรา 4 วรรค 2 PKGrG.

[233] มาตรา 2 b PKGrG.

จำกัดและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรนัก[234] ทั้งนี้ เพราะในทางสาธารณะนั้นมีกระแสเรียกร้องให้การดำเนินการขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องมีความโปร่งใสและตรวจสอบได้ด้วย แต่ในทางตรงกันข้ามธรรมชาติของการทำงานขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่สามารถเปิดเผยการทำงานให้บุคคลโดยทั่วไปทราบได้ ในเรื่องดังกล่าวจึงยังคงเป็นประเด็นที่มีการอภิปรายกันในทางสาธารณะมาจนถึงปัจจุบัน[235]

3.1.3.7 ปัญหาเฉพาะเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญและการคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมือง

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอปัญหาซึ่งเป็นเรื่องที่อ่อนไหวที่สุดในเรื่องหลักการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน นั่นก็คือปัญหาเรื่องการควบคุมพรรคการเมืองโดยกลไกดังกล่าว ปัญหานี้เป็นปัญหาที่ได้รับการอภิปรายในทางวิชาการในวงกว้าง อีกทั้งยังมีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์หลายเรื่องที่ได้วางหลักเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ การศึกษาในหัวข้อนี้จึงน่าจะเป็นบทเรียนที่สำคัญในการปรับใช้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในระบอบการเมืองของประเทศไทยต่อไปด้วย

การเฝ้าจับตาหรือการสืบข่าว รวมถึงการประมวลผลข้อมูลข่าวสารและการเผยแพร่สู่สาธารณะซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาจากมุมมองประชาธิปไตยและหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น นับว่าเป็นเครื่องมือทางกฎหมายของรัฐที่อาจถูกตั้งคำถามได้มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นอิสระของพรรคการเมือง ทั้งนี้เพราะการใช้กลไกการสืบข่าวหรือการล้วงข้อมูลจากกลุ่มทางการเมืองหรือพรรคการเมืองนั้นย่อมกระทบต่อหลักความเป็นอิสระของพรรคการเมืองทั้งหลายในการทำกิจกรรมทางการเมือง ทั้งนี้พรรคการเมืองทั้งหลายย่อมอ้างว่า ตนเองได้รับสิทธิพิเศษหรือการคุ้มครองพิเศษ (Parteienprivileg) จากกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ[236] ในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน (Willensbildung)

---

[234] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 203.

[235] Papier, Hans-Jürgen/Durner Wolfgang, AöR 128 (2003), 340, 362.

[236] มาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน

ดังนั้นรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ต้องการคุ้มครอง "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย"[237] ด้วยการมอบเครื่องมือให้หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่ให้อำนาจโดยอิสระแก่องค์กรของรัฐดังกล่าวนั้นจนถึงขนาดที่สามารถกระทำการที่เป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมือง ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญประการหนึ่งของการมีรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า "หลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Verfassungsschutz) และ "หลักการคุ้มครองหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" นั้น อาจเป็นหลักการที่ปะทะหรือขัดแย้งกันเองโดยตรงกับ "หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมือง" ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องมีการชั่งน้ำหนักและเป็นเรื่องที่ไม่อาจหาคำตอบได้ง่ายดายนัก[238] อย่างไรก็ตามเราอาจตอบคำถามดังกล่าวในเชิงหลักการได้เป็นเบื้องต้นว่า "การพิทักษ์รัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" ตามรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) มีความมุ่งหมายแต่เพียงเป็นการต่อต้านพรรคการเมืองสุดโต่งหรือพวกหัวรุนแรงทางการเมือง (Extremismus) ที่มีเป้าหมายการดำเนินการที่ชัดเจนในการที่จะต่อสู้ขัดขวางหรือทำลายรัฐธรรมนูญรวมถึงหลักการพื้นฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น และไม่หมายความรวมถึงการดำเนินการเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีของพรรคการเมืองที่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง ทั้งนี้ หากปล่อยให้รัฐใช้เครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญดำเนินการอย่างไรกับพรรคการเมืองก็ได้แล้ว ย่อมทำให้ระบอบประชาธิปไตยเองจะต้องล่มสลายลงไปในที่สุด[239]

1) ความคุ้มครองพรรคการเมืองตามบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน

การปะทะกันหรือการขัดแย้งกันระหว่าง "หลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Verfassungsschutz) และ "การคุ้มครองหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" กับ "หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพรรคการเมือง" นั้นปรากฏตัว

---

[237] มาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน

[238] Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 204.

[239] เพิ่งอ้าง

ให้เห็นอยู่อย่างชัดแจ้งในมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐาน[240] ซึ่งในกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการปะทะกันระหว่าง "คุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ" (Verfassungswerte) 2 ประการ ซึ่งต่างเป็นคุณค่าที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครองหรือเป็นเป้าหมายสำคัญของการมีรัฐธรรมนูญ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น มาตรา 21 วรรคหนึ่งของกฎหมายพื้นฐานได้รับรองความเป็นอิสระและเอกสิทธิของพรรคการเมืองในการดำเนินการทางการเมือง (Parteienprivileg) ที่องค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องให้ความเคารพ ขณะเดียวกันมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานก็ได้รับรองอำนาจในการ "ยุบพรรคการเมือง" (Parteiverbot) ซึ่งถือเป็นเครื่องมือหรือดาบที่มีความรุนแรงมากที่สุดในการลงโทษพรรคการเมืองและเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อเสรีภาพของพรรคการเมืองมากที่สุด[241] ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เป็นตามเป้าหมายของรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ดังนั้นหากมีการใช้เครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นไปในทางที่ผิด (Missbrauch) แล้ว ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐและองค์กรของรัฐมีอำนาจในการทำลายกลไกของพรรคการเมืองและเป็นการทำลายประชาธิปไตยลงเองในที่สุด ดังนั้น รัฐธรรมนูญรวมถึงผู้มีอำนาจในการใช้และตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายจะต้องให้หลักประกันว่ากระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตยนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระ และเปิดโอกาสให้กลุ่มทางการเมืองและพรรคการเมืองทั้งหลายสามารถต่อสู้แข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรมและเสมอภาคกันด้วย

---

240 มาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) บัญญัติว่า "พรรคการเมืองทั้งหลายมีส่วนร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน การก่อตั้งพรรคการเมืองย่อมทำได้โดยเสรี ระเบียบภายในของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับที่มาของงบประมาณของพรรคและการใช้เงินงบประมาณของพรรค รวมถึงทรัพย์สินของพรรคให้สาธารณะได้ทราบ"

มาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) บัญญัติต่อไปว่า "พรรคการเมืองที่เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นอำนาจในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ"

241 Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 205.

(1.1) เสรีภาพของพรรคการเมือง

กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มออกเป็น 2 ระดับด้วยกัน ได้แก่ เสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 9 (Vereinigungsfreiheit)[242] และเสรีภาพของพรรคการเมืองตามมาตรา 21 วรรค 1 (Parteienfreiheit) โดยถือว่าเสรีภาพของพรรคการเมืองเป็นเสรีภาพในการรวมกลุ่มอย่างหนึ่ง แต่เป็นกรณีที่ได้รับการรับรองเอาไว้เป็นการเฉพาะในบทบัญญัติมาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐาน ทั้งนี้มาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานได้รับรองทั้งเสรีภาพในการก่อตั้ง เสรีภาพในการจัดองค์กร รวมถึงเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองเอาไว้ ในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองนั้น จะหมายความถึงการกระทำในเรื่องทางการเมืองทั้งหลายของพรรคการเมือง ซึ่งไม่ได้รับการคุ้มครองจากสิทธิขั้นพื้นฐานเฉพาะในมาตราอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่นการแสดงความคิดเห็นของสมาชิกพรรคการเมืองย่อมได้รับการคุ้มครองเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้วจากบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น[243] ทั้งนี้ เนื้อหาประการสำคัญของเสรีภาพของพรรคการเมืองได้แก่ ความเป็นอิสระในการกำหนดตนเอง ซึ่งหมายถึงเสรีภาพของพรรคการเมืองที่จะกำหนดเป้าหมาย ที่จะจัดองค์กรภายใน และการดำเนินการทั้งหลายทั้งปวงได้โดยปลอดจากอิทธิพลและการแทรกแซงโดยรัฐ[244] ทั้งนี้ ผู้ที่เข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการทั้งหลายภายในพรรคเพื่อร่วมกันกำหนดหรือก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นสมาชิกของพรรคนั้น ๆ เท่านั้น นอกเหนือจากนั้นเสรีภาพของพรรคการเมืองยังหมายความรวมถึงสิทธิในการที่จะเข้าร่วมในการแข่งขัน

---

[242] มาตรา 9 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า

(1) ชาวเยอรมันทั้งปวงมีสิทธิในการที่จะก่อตั้งสมาคมหรือบริษัท

(2) ห้ามมิให้การก่อตั้งสมาคมมีวัตถุประสงค์หรือการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายอาญา หรือขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดกับหลักการอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุขของประชาชน

(3) สิทธิในการก่อตั้งสมาคมเพื่อปกป้องและปรับปรุงสภาพการทำงานและสภาพทางเศรษฐกิจหรือวิชาชีพทุกแขนงให้ได้รับการรับรอง ข้อตกลงที่จำกัดสิทธินี้หรือที่จะทำให้เสื่อมสิทธินี้ ย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 12a มาตรา 35 (2) และ (3) มาตรา 37a (4) หรือมาตรา 91 ไม่อาจนำมาใช้กับข้อพิพาทแรงงานที่สมาคมเข้าไปเกี่ยวข้องตามความหมายของถ้อยคำตามวรรคนี้ เพื่อปกป้องและปรับปรุงสภาพการทำงานและสภาพทางเศรษฐกิจ

[243] ดูมาตรา 5 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน

[244] Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 205.

กับพรรคการเมืองอื่น ๆ อย่างเสมอภาคกันเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ ทั้งนี้รัฐจะใช้อิทธิพลของตนเข้าไปแทรกแซงการแข่งขันกันของพรรคการเมืองต่าง ๆ ไม่ได้ หรือจะห้ามหรือกีดกันพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งไม่ให้เข้ามาร่วมแข่งขันเช่นว่านั้นไม่ได้[245]

(1.2) สิทธิพิเศษของพรรคการเมือง (Parteienprivileg)

โทษยุบพรรคการเมืองที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานถือเป็น "การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของพรรคการเมืองโดยตรงจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsunmittelbare Schranke) ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่ามาตรการยุบพรรคการเมืองตามมาตราดังกล่าวนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) อย่างไรก็ตามการใช้เครื่องมือของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เช่นว่านั้นจะต้องไม่เป็นการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การคุ้มครองรัฐธรรมนูญ (Verfassungsschutz) และสิ่งที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองโดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะต้องถูกชั่งน้ำหนักให้มีความสมดุลกันด้วย[246] จากเหตุผลดังกล่าวนั้นการยุบพรรคการเมืองจึงสามารถทำได้เฉพาะภายใต้รูปแบบและเงื่อนไขที่ถูกกำหนดเอาไว้โดยเด็ดขาด (Restriktive Ausformung) เท่านั้น ตัวอย่างเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดได้แก่ การยุบพรรคการเมืองซึ่งเป็นการตัดพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งออกจากกระบวนการในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองนั้น ให้เป็นอำนาจหน้าที่เฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) เท่านั้น[247] ทั้งนี้ การกำหนดให้การยุบพรรคการเมืองเป็นอำนาจเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญ (Entscheidungsmonopol) นั้นเท่ากับเป็นการตัดโอกาสไม่ให้อิทธิพลทางการเมืองเข้ามามีผลโดยตรงต่อการยุบพรรคการเมือง โดยผลของข้อความคิดดังกล่าว มาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานจึงมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการด้วยกัน ได้แก่ 1) การทำหน้าที่เป็นข้อจำกัดเสรีภาพของพรรคการเมืองที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 21 วรรค 1 และ 2) ในขณะเดียวกันก็ทำ

---

[245] Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 206.

[246] เพิ่งอ้าง

[247] ในขณะที่การยุบสมาคมที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 9 กฎหมายพื้นฐานนั้น รัฐธรรมนูญกลับไม่ได้กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเฉพาะว่าจะต้องกระทำโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

หน้าที่เป็นหลักประกันให้แก่พรรคการเมืองว่า การดำเนินการใด ๆ ก็ตามที่จะกระทบความเป็นอิสระของพรรคการเมืองนั้น ให้ทำได้เฉพาะโดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น[248] ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ไม่เพียงเฉพาะรัฐเท่านั้นที่ได้รับการคุ้มครองจากอันตรายที่เกิดจากพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่พรรคการเมืองก็ได้รับการคุ้มครองจากการถูกจำกัดเสรีภาพโดยรัฐที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

สถานะพิเศษของพรรคการเมืองตามมาตรา 21 วรรค 2 ของกฎหมายพื้นฐานดังที่กล่าวข้างต้นนั้น ถูกเรียกว่า “สิทธิพิเศษของพรรคการเมือง” (Parteienprivileg) ดังนั้น พรรคการเมืองใดก็ตามที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดรัฐธรรมนูญหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ แต่หากยังไม่มีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญว่าเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัฐย่อมไม่อาจดำเนินการอย่างใด ๆ ที่เป็นผลร้ายต่อพรรคการเมืองนั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกีดกันพรรคการเมืองดังกล่าวออกจากกระบวนการแข่งขันเพื่อสร้างเจตจำนงทางการเมือง และเมื่อท้ายที่สุดแล้วไม่มีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว การกล่าวหาว่าพรรคการเมืองใดเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญก็เป็นได้แค่เพียงการอภิปรายหรือวิพากษ์วิจารณ์ซึ่งมีเพียงผลทางการเมืองเท่านั้น

2) การดำเนินการของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพของพรรคการเมือง

(2.1) การดำเนินการที่กระทบสิทธิพิเศษของพรรคการเมือง (Parteienprivileg)

ในหัวข้อต่อไปนี้จะเป็นการอธิบายว่าเครื่องมือของรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) โดยเฉพาะการใช้กลไกของสายข่าวและการจับตาหรือล้วงข้อมูลจากพรรคการเมืองนั้น อาจกระทบหรือจำกัดเสรีภาพของพรรคการเมืองตามมาตรา 21 วรรค 1 ของกฎหมายพื้นฐานได้อย่างไรบ้างในทางวิชาการและในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) มีข้ออภิปรายสำคัญว่าการที่รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) ได้กำหนดกลไกให้หน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญสามารถใช้สายข่าวหรือหน่วยสืบราชการลับเพื่อดำเนินการให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารภายในของพรรคการเมืองนั้น เป็นการใช้อำนาจที่กระทบต่อสิทธิพิเศษหรือสถานะพิเศษของพรรคการเมืองซึ่งได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำถาม

---

[248] Michaelis, เพิ่งอ้าง

สำคัญในประเด็นดังกล่าว ได้แก่ คำถามที่ว่า "การใช้มาตรการสืบราชการลับตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (BVerfSchG) นั้นถือว่า เป็นการใช้อำนาจรัฐที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานหรือมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวฝ่ายตุลาการได้เคยตอบคำถามเอาไว้ในหลายคำพิพากษาด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Radikalen-Entscheidung ของศาลรัฐธรรมสหพันธ์[249] ซึ่งตัดสินในช่วงทศวรรษ 1970 ศาลได้วางหลักเอาไว้ว่า[250]

1. มีกฎหมายจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับข้ารัฐการซึ่งอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 33 วรรค 5 ของกฎหมายพื้นฐานอยู่ว่า "ข้ารัฐการทั้งหลายมีหน้าที่ทางการเมืองในการจงรักภักดีต่อรัฐและต่อรัฐธรรมนูญ"

2. หน้าที่ในการภักดีต่อรัฐและรัฐธรรมนูญของข้ารัฐการมีความหมายว่าข้ารัฐการจะต้องให้ความเคารพต่อรัฐและรัฐธรรมนูญของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิบัติหน้าที่รัฐการนั้น ข้ารัฐการที่ใช้อำนาจหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงความหมายของหน้าที่ดังกล่าวและปฏิบัติหน้าที่ให้ความหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายสามารถ

---

[249] BVerfGE 39, 334 ff. ในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า วัตถุแห่งข้อพิพาทที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (Normenkontrolle) ของมาตรา 9 วรรค 1 กฎหมายข้ารัฐการของมลรัฐ Schleswig-Holstein ลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลจะถูกบรรจุแต่งตั้งให้เข้ารับราชการได้เฉพาะกรณีที่บุคคลดังกล่าวสามารถประกันได้ว่าตนเองนั้นจะปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยตามกฎหมายพื้นฐาน"

นอกจากนั้นในกฎหมายลำดับรองของมลรัฐที่กำหนดเกี่ยวกับการฝึกงานของนักศึกษากฎหมายได้กำหนดว่า การฝึกงานของนักศึกษากฎหมายในส่วนราชการนั้น ให้บรรจุบุคคลผู้ฝึกงานเข้าเป็นข้าราชการโดยให้อำนาจหน่วยงานเพิกถอนนิติสัมพันธ์ในฐานะข้าราชการได้ (Beamtenverhältnis auf Widerruf) โดยในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นนักศึกษาซึ่งอยู่ในช่วงเวลาของการฝึกงาน ซึ่งฟ้องว่าคำร้องขอเข้ารับการฝึกงานภาคปฏิบัติของตนถูกปฏิเสธ โดยมีการให้เหตุผลว่า นักศึกษาคนดังกล่าวได้รับร่วมกิจกรรมกับกลุ่ม Roten Zelle Jura ซึ่งเป็นกลุ่มที่ฝ่ายปกครองของมลรัฐเห็นว่า "มีวัตถุประสงค์ขัดกับรัฐธรรมนูญ" ดังนั้นจึงไม่อาจบรรจุบุคคลดังกล่าวเข้ารับราชการได้โดยผลของมาตรา 9 วรรค 1 กฎหมายข้ารัฐการของมลรัฐ Schleswig-Holstein นักศึกษาคนดังกล่าวเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องภักดีต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ขัดต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพของตนตามมาตรา 12 กฎหมายพื้นฐาน ต่อมานักศึกษาคนดังกล่าวได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมืองฮันโนเวอร์ และมีการโต้แย้งถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว ศาลปกครองจึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ชี้ขาดในประเด็นดังกล่าวว่า บทบัญญัติดังกล่าวของ กฎหมายข้ารัฐการของมลรัฐ Schleswig-Holstein ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

[250] ดู BVerfGA Nr. 34, S. 380-382.

บรรลุได้อย่างแท้จริงด้วย ทั้งนี้หน้าที่ดังกล่าวยังเรียกร้องต่อข้ารัฐการต่อไปด้วยว่า จะต้องวางตัวให้อยู่ห่างจากกลุ่มทางการเมืองทั้งหลายที่มีวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิปักษ์หรือที่เป็นการต่อสู้ขัดขวางต่อรัฐ องค์กรของรัฐ รวมถึงรัฐธรรมนูญด้วย ข้ารัฐการทั้งหลายต้องยอมรับว่ารัฐและรัฐธรรมนูญเป็นคุณค่าสูงสุด และในกรณีที่มีความขัดแย้งหรือภาวะฉุกเฉินภายในรัฐ ต้องจะต้องมั่นใจได้ว่าข้ารัฐการทั้งหลายจะให้การสนับสนุนและอยู่ฝ่ายเดียวกับรัฐ

3. ในกรณีที่ข้ารัฐการทดลองงาน (Beamte auf Probe) และข้ารัฐการชั่วคราว (Beamten auf Widerruf) ฝ่าฝืนหน้าที่ภักดีต่อรัฐดังที่กล่าวข้างต้น ย่อมส่งผลให้ข้ารัฐการดังกล่าวถูกไล่ออกจากหน้าที่ได้ ส่วนในกรณีที่ข้าราชรัฐตลอดชีพ (Beamte auf Lebenszeit) ฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวจะถูกตั้งกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยและอาจมีโทษถึงขั้นให้ออกจากราชการได้

4. การวินิจฉัยว่าผู้สมัครสอบเป็นข้ารัฐการนั้นมีลักษณะที่สอดคล้องกับข้อเรียกของกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากบุคลิกลักษณะส่วนตัวของผู้สมัครรวมถึงข้อเท็จจริงทั้งหลายประกอบกันเพื่อประเมินว่า ผู้สมัครขาดคุณสมบัติเพราะไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยตามกฎหมายพื้นฐาน จริงหรือไม่

5. หน้าที่ตามกฎหมายในการภักดีต่อรัฐและรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหน้าที่ตามกฎหมายข้ารัฐการของข้ารัฐการทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็น ข้ารัฐการทดลองงาน (Beamte auf Probe) และข้ารัฐการชั่วคราว (Beamten auf Widerruf) หรือข้าราชการตลอดชีพ (Beamte auf Lebenszeit)

6. พฤติกรรมของข้ารัฐการที่ถือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐและรัฐธรรมนูญนั้นหมายความรวมถึง การเข้าร่วมหรือการเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่มีวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยไม่ขึ้นอยู่กับว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้พิพากษาให้พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นพรรคการเมืองที่ขัดรัฐธรรมนูญแล้วหรือไม่ก็ตาม[251]

---

[251] ข้อความดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญในคดี Radikalen-Entscheidung มีความหมายว่า ในการลงโทษข้าราชการเพราะเหตุปฏิบัติหน้าที่ขัดกับหลักการที่จะต้องภักดีต่อรัฐและรัฐธรรมนูญนั้น สามารถทำได้ถ้ามีพฤติการณ์ว่าข้าราชการดังกล่าวเข้าร่วมกับพรรคการเมืองหรือกลุ่มทางการเมืองที่ขัดรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยที่ไม่ต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดก่อนว่า พรรคการเมืองหรือกลุ่มทางการเมืองดังกล่าวเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียก่อน

ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีดังกล่าวถูกมองว่าเป็นการดำเนินการที่กระทบสิทธิพิเศษหรือเอกสิทธิของพรรคการเมือง เพราะเป็นการปล่อยให้มีการกระทำที่เป็นผลร้ายกับข้าราชการรวมถึงพรรคการเมืองก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ชี้ขาดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองที่เกี่ยวข้องเสียก่อน อย่างไรก็ตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1975 ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ตัดสินคดี NPD-Beschluss[252] ไปในแนวทางที่สนับสนุนการใช้เครื่องมือตามกฎหมายเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญต่อไปว่า “การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงหรือข้อมูลข่าวสารภายในของพรรคการเมืองโดยมีวัตถุประสงค์ในการพิทักษ์ประชาธิปไตยและพรรคการเมืองนั้นไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อสถานะและเสรีภาพของพรรคการเมือง[253] นอกจากนั้น ศาลปกครองสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ได้เคยชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมืองกับการหลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและได้ตัดสินไปในแนวที่คุ้มครองหลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญมากว่า โดยวางหลักว่า “การจับตาความเคลื่อนไหวของพรรคการเมืองหรือการสืบข่าวจากพรรคการเมืองนั้นไม่ถือเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กระทบเสรีภาพของพรรคการเมืองมาตรา 21 วรรค 2 แต่อย่างใด”[254]

อย่างไรก็ตาม Lars Oliver Michaelis[255] ได้ตั้งข้อสังเกตต่อแนวคำพิพากษาของศาล โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญว่า อาจไม่ได้รับการยอมรับในทางวิชาการ ทั้งนี้ เพราะการใช้กลไกหรือมาตรการตามกฎหมายพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยองค์กรของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสืบข่าวหรือเฝ้าจับตาการดำเนินงานของพรรคการเมืองนั้นถือเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่กระทบสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองแล้ว ทั้งนี้ เพราะการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข่าวสารเกี่ยวกับกิจกรรมทั้งหลายของพรรคการเมือง และการประเมินผล รวมถึงการเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะนั้นย่อมมีผลทางอ้อมต่อพฤติกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลายที่จำต้องลดการใช้เสรีภาพบางประการลง การดำเนินการดังกล่าวของรัฐจึงมีผลต่อกระบวนการ

---

[252] ดู BVerfGE 40, 287, 291 ff.

[253] ดู Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 208.

[254] BVerwGE 110, 126.

[255] Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 208.

ทางการเมืองในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลาย ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วย่อมทำให้พรรคการเมืองอ่อนแอลง ดังนั้น ในการใช้มาตรการตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น รัฐควรยึดหลักความอดทนอดกลั้น (Das Toleranzprinzip) ด้วย กล่าวคือจะดำเนินการที่กระทบเสรีภาพของพรรคการเมืองได้เฉพาะกรณีที่เห็นได้ชัดหรือมีข้อสงสัยอย่างแท้จริงเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญโดยพรรคการเมือง นอกจากนั้นในการใช้มาตรการดังกล่าว รัฐจะต้องคำนึงถึงสถานะพิเศษตามรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง และหลักการต่อสู้กันอย่างเป็นธรรมและเสมอภาคของพรรคการเมืองทั้งหลายด้วย

(2.2) การดำเนินการที่กระทบเสรีภาพของพรรคการเมือง (Parteienfreiheit)

นอกเหนือจากการที่มาตรา 21 ของกฎหมายพื้นฐานจะได้คุ้มครอง "สิทธิพิเศษหรือสถานะพิเศษของพรรคการเมือง" (Parteienprivileg) แล้ว คำว่า "เสรีภาพของพรรคการเมือง" (Parteienfreiheit) ยังเป็นถ้อยคำสำคัญอีกประการหนึ่งที่ใช้ในการชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้เครื่องมือตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในอดีตที่ผ่านมานั้นศาลปกครองสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ได้พิจารณาปัญหาเรื่องการใช้อำนาจรัฐที่กระทบเสรีภาพของพรรคการเมืองตามมาตรา 21 กฎหมายพื้นฐานโดยเดินตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ในคดี Radikalen-Entscheidung[256] ซึ่งวางแนวการชั่งน้ำหนักโดยให้ความสำคัญกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญมากกว่าการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของพรรคการเมือง อย่างไรก็ตามในทางวิชาการก็มีความเห็นจำนวนไม่น้อยที่เห็นว่า มาตรการตามกฎหมายพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการใช้เครื่องมือของสายข่าวหรือการสืบราชการลับนั้นย่อมเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพของพรรคการเมือง เพราะเป็นเครื่องมือที่ส่งผลกระทบทางอ้อมต่อกระบวนการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นภายในและกระบวนการกำหนดเจตจำนงภายในพรรคการเมือง และย่อมมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมือง และกระทบต่อกระบวนการแข่งขันกันระหว่างพรรคการเมือง และความสำเร็จทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลายด้วย[257] ซึ่งถือว่ากระทบต่อเสรีภาพ

---

[256] BVerfGE 39, 334 ff.

[257] Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 209. T

ของพรรคการเมืองแล้ว ดังนั้น การใช้อำนาจของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องคำนึงถึงสถานะของพรรคการเมืองและความเป็นอิสระของพรรคการเมือง โดยการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยเฉพาะจะต้องคำนึงถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย

3.1.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมนี

ในหัวข้อต่อไปนี้ผู้วิจัยจะได้ทำการสรุปบทเรียนเรื่องบทบาทขององค์กรตุลาการในประเทศเยอรมนีในฐานะผู้ขับเคลื่อนกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie) รวมถึงปัญหาและอุปสรรคของการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศเยอรมนี เพื่อถอดเป็นบทเรียนสำหรับการเรียนรู้ต่อไป โดยในการวิเคราะห์สรุปในประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นมีความจำเป็นจะต้องกล่าวถึงสถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขประการสำคัญของการได้รับการยอมรับของคำพิพากษาจากประชาชน รวมถึงการกล่าวถึงความพยายามในการกำหนดสถานะและบทบาทตนเองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและในฐานะผู้ขับเคลื่อนกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ด้วย

3.1.4.1 สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันซึ่งได้รับการก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1949 ภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น ถูกมองว่าจะช่วยเป็นหลักประกันไม่ให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองภายในรัฐที่จะนำไปสู่การเป็นรัฐอำนาจเด็ดขาดอย่างเช่นในอดีตอีกครั้ง[258] อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้อธิบายไปแล้วตั้งแต่ในตอนต้นว่า การใช้อำนาจตามกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น ย่อมมีผลกระทบต่อเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลายทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมถึงเป็นการดำเนินการที่อาจเป็นอุปสรรคโดยตรงต่อการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนและของพรรคการเมือง ดังนั้น การใช้อำนาจตามกลไกดังกล่าวทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

---

[258] เปรียบเทียบ Finck, Danielle E, Judicial Review: The United States Supreme Court Vesus The German Constitutional Court, 20 B.C.Int'l&Comp.L.Rev.123, 1997, http//:lawdiditalcommons.be.edu/iclr/vol20/iss1/5,p.137

การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอำนาจเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองนั้น ย่อมมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดข้อพิพาททางการเมืองซึ่งเป็นผลจากคำพิพากษา รวมถึงการที่ศาลหรือองค์กรตุลาการจะถูกตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นกลางทางการเมืองในการชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองเช่นว่านั้นด้วย ดังนั้น ผลสำเร็จของการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญจะมีมากหรือน้อยเพียงใดนั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับพลังแห่งเหตุผล (Überzeugungskraft) ของคำพิพากษาในแต่ละคดีแล้ว ยังขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในเรื่องสถานะทางการเมืองและความยอมรับของประชาชนที่มีต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วย

ในประเด็นดังกล่าวนั้น ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์[259] ได้ศึกษาเกี่ยวกับสถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และให้ข้อสรุปว่า มีเงื่อนไขสำคัญอยู่ 3 ประการด้วยกัน ที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมีสถานะทางการเมืองที่เข้มแข็งและทำให้คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับจากประชาชน ซึ่งได้แก่ 1) ลักษณะของข้อพิพาททางการเมืองในเยอรมนี 2) ฉันทามติพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยในเยอรมนี และ 3) แรงสนับสนุนของประชาชน (public support) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

1) ลักษณะของข้อพิพาททางการเมืองในเยอรมนี

การชี้ขาดข้อพิพาททั้งหลายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต่างเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับปัญหาทางการเมืองมากบ้างน้อยบ้างแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตามเราอาจให้ข้อสังเกตเป็นประการเบื้องต้นได้ว่า ประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการเมืองตั้งแต่ในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์และในสมัยจักรวรรดิที่สามได้สอนเราว่า ในสังคมการเมืองพหุนิยมที่ประกอบได้ด้วยฝ่ายข้างมากและฝ่ายข้างน้อยทางการเมืองนั้น เราไม่อาจปล่อยให้ฝ่ายทางการเมืองหรือขั้วทางการเมืองอ้างความต้องการในการรักษาความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทางการเมืองเพื่อกำจัดคู่แข่งหรือศัตรูทางการเมืองได้ ในขณะเดียวกันการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้นมีเป้าหมายประการสำคัญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นหลักประกันไม่ให้ประวัติศาสตร์อันเลวร้ายในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์เกิดขึ้นซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม แม้การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาจะมีวัตถุประสงค์สำคัญในประการดังกล่าวก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีหลักประกันว่า คำพิพากษา

---

[259] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 764

ชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะได้รับการยอมรับจากทุกฝ่าย โดยเฉพาะฝ่ายที่พ่ายแพ้คดีหรือฝ่ายที่พ่ายแพ้ทางการเมือง[260] ทั้งนี้ เพราะย่อมมีข้อกังวลประการสำคัญว่า ฝ่ายทางการเมืองจะใช้กลไกของศาลรัฐธรรมนูญเป็น "เครื่องมือหรืออาวุธทางการเมือง" ในการดึงคู่ต่อสู้ทางการเมืองเข้าสู่เกมส์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ[261] ดังนั้น หากว่าคำพิพากษาหรือการชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้รับการยอมรับจากทุกฝ่าย ย่อมทำให้คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเองกลายเป็นเหตุที่ฝ่ายทางการเมืองจะอ้างเพื่อนำไปสู่การขยายวิกฤติทางการเมืองเพื่อประโยชน์ทางการเมืองของกลุ่มตนต่อไป และในท้ายที่สุดแล้วการแก้ปัญหาทางการเมืองนั้นก็อาจนำไปสู่การใช้กำลังในทางข้อเท็จจริงได้อยู่นั่นเอง[262] ดังนั้น เงื่อนไขสำคัญประการเดียวที่คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับจากฝ่ายต่าง ๆ ทางการเมืองนั้น ได้แก่การที่ข้อพิพาททางการเมืองที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นข้อพิพาททางการเมืองที่ฝ่ายต่าง ๆ ทางการเมืองให้ความยินยอมพร้อมใจอย่างแท้จริงในการยกให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด

จากประวัติศาสตร์ทางการเมืองช่วงสั้น ๆ ในประเทศเยอรมนีนับตั้งแต่มีการสถาปนากฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) จนถึงปัจจุบัน มีการตั้งข้อสังเกตในประการสำคัญว่า ลักษณะของข้อพิพาททางการเมืองที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นั้น แม้จะมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางการเมืองที่มีความรุนแรงมากบ้างน้อยบ้างแตกต่างกันออกไปก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้ว ไม่มีข้อพิพาททางการเมืองใดที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนีที่มีลักษณะรุนแรงมากพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปชี้ขาดไม่ได้ หรือที่จะทำให้ฝ่ายการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ[263] ซึ่งในข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นอาจจะสรุปได้ว่าเป็นเรื่องของ "บรรยากาศทางการเมือง" ภายในประเทศที่เอื้ออำนวยต่อการดำรงอยู่และการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งบรรยากาศทางการเมืองที่เหมาะสมเช่นว่านี้ไม่ได้เกิดขึ้นในทุกสังคมการเมืองแต่อย่างใด Perter Witting[264] ได้ตั้งข้อสังเกตที่น่าสนใจในเรื่องดังกล่าว

---

[260] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 765

[261] Vorländer, Hans, Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik, APuZ, (Jahrgang 35-35/201), 15, 20, 61

[262] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 765

[263] Hassemer, Winfried, Politik aus Karlsruhe, JZ63, (2008), 1, 1.

[264] Wittig, Peter, Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, DerStaat8 (1969), 137,158

เอาไว้ว่า ในการชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะมีปัญหาความยากลำบากเกิดขึ้น 2 ประการคือ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญมักถูกมองจากฝ่ายหรือขั้วทางการเมืองทั้งหลายอยู่ตลอดเวลาว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาควบคุมการเมืองมากบ้างน้อยบ้างอยู่เสมอ ซึ่งย่อมได้รับการต่อต้านหรือการไม่ยอมรับของฝ่ายทางการเมืองต่าง ๆ ในประการที่สอง ในทางข้อเท็จจริงย่อมเกิดความยากลำบากแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการที่จะพิจารณาว่า เรื่องที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเรื่องใดที่คำวินิจฉัยจะมีผลทางการเมืองมากและเรื่องใดที่จะมีผลทางการเมืองน้อย อย่างไรก็ตามบรรยากาศทางการเมืองในประเทศเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองนั้นเป็นบรรยากาศที่ขั้วทางการเมืองต่าง ๆ ไม่มีข้อพิพาททางการเมืองกันอย่างรุนแรง อีกทั้งขั้วหรือฝ่ายทางการเมืองทั้งหลายนั้นมีพลังในการต่อสู้หรือแข่งขันทางการเมืองที่เท่าเทียมกันหรือเสมอกัน และไม่มีฝ่ายหรือพรรคการเมืองใดที่ถืออำนาจได้โดยเด็ดขาดยาวนาน[265] ซึ่งบรรยากาศทางการเมืองในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นบรรยากาศทางการเมืองที่เอื้ออำนวยอย่างยิ่งต่อการมีอยู่และต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงเป็นบรรยากาศที่เอื้ออำนวยให้มีการยอมรับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพราะฝ่ายที่แพ้หรือชนะคดีในศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รู้สึกว่า ตนเองได้รับประโยชน์หรือต้องเสียหายทางการเมืองมากเกินไป ทั้งนี้เพราะการแพ้หรือชนะคดีในศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีความหมายว่า ฝ่ายหรือพรรคการเมืองใดจะต้องเป็นผู้แพ้หรือผู้ชนะทางการเมืองตลอดไป นอกจากนี้คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ผ่านมานั้น มักจะประสบ

---

[265] ความหมายของข้อความดังกล่าวมีอยู่ว่า ในสังคมการเมืองใดที่มีการปรากฏตัวของฝ่ายข้างมากและฝ่ายข้างน้อย และมีข้อเท็จจริงว่าขั้วทางการเมืองทั้งสองฝั่งมีความสามารถในการต่อสู้ทางการเมืองที่ไม่เท่าเทียมหรือใกล้เคียงกัน ย่อมส่งผลให้ฝ่ายที่เป็นฝ่ายข้างมากมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ประนีประนอม ในขณะที่ฝ่ายข้างน้อยเมื่อไม่สามารถใช้วิถีทางทางการเมืองปกติในการเอาชนะทางการเมืองได้ ก็มักจะหันมาใช้กระบวนการอื่น ๆ เช่นการใช้กำลังหรือก่อความวุ่นวาย บรรยากาศทางการเมืองเช่นว่านี้มีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การเป็นข้อพิพาทที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้ และมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่ความรุนแรง ซึ่งข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวมักเป็นข้อพิพาทที่ฝ่ายทางการเมืองไม่ต้องการมอบให้ "อำนาจที่เป็นกลาง" เข้ามาชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว เพราะการชี้ขาดของอำนาจที่เป็นกลางดังกล่าวนั้น ย่อมเท่ากับเป็นการมอบให้บุคคลอื่นเป็นผู้กำหนดผลแพ้ชนะทางการเมือง ซึ่งทั้งสองฝ่ายจะยินยอมไม่ได้ และเมื่อเป็นข้อพิพาทที่ทั้งสองฝ่ายไม่ได้ยินยอมพร้อมใจอย่างแท้จริงในการมอบให้คนกลางเป็นผู้ชี้ขาด ก็มีแนวโน้มที่ชัดเจนว่าคำชี้ขาดหรือคำวินิจฉัยของอำนาจที่เป็นกลางนั้นจะไม่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากฝ่ายที่ตกเป็นผู้แพ้คดี, ดูใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 765-766

ความสำเร็จในแง่ที่ว่า "จะไม่ทำให้ผู้ชนะคดีรู้สึกว่าตนเองเป็นผู้ชนะแต่เพียงผู้เดียว และไม่ได้ทำให้ผู้แพ้คดีมีความรู้สึกว่าตนเองจะเป็นผู้แพ้แต่เพียงผู้เดียวตลอดไปเช่นกัน"[266]

2) ฉันทามติพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยในเยอรมนี

ในสังคมประชาธิปไตยนั้นประกอบไปด้วยส่วนประกอบต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างหลากหลายกันอยู่เสมอ ซึ่งความแตกต่างหลากหลายดังกล่าวนั้นอาจเป็นเรื่องของอุดมการณ์ทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา ความเชื่อในทางปรัชญา ความแตกต่างในทางเชื้อชาติ หรือแม้กระทั่งความแตกต่างในเรื่องความเข้าใจเกี่ยวกับความถูกต้องและดีงาม[267] เราอาจเรียกสังคมในลักษณะดังกล่าวได้ว่าสังคมการเมืองพหุนิยม (Pluralismus) กล่าวคือ เป็นสังคมที่ไม่มีข้อความคิดที่ตายตัวเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ในทางสังคมหรือการเมือง และในสังคมดังกล่าวจะพบการแข่งขันเพื่อก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและการเมืองในแนวทางที่แต่ละฝ่ายต้องการเสมอ และผู้เข้าแข่งขันจะต้องพยายามผลักดันให้ความคิดเห็นหรือความเชื่อของตนนั้นถูกเปลี่ยนแปลงให้ออกผลมาในรูปของการใช้อำนาจรัฐด้านต่าง ๆ[268] ในสังคมการเมืองรูปแบบนี้ข้อพิพาททางการเมืองในแต่ละกรณีย่อมไม่สามารถระงับลงได้โดยง่าย เพราะทุกคนต่างมีความเข้าใจในกฎเกณฑ์และกระบวนการในการระงับข้อพิพาททางการเมืองแตกต่างกันออกไป ดังนั้นการค้นหาความยุติธรรมทางสังคมและในทางการเมืองนั้นจึงเป็นสิ่งที่ทำได้ยากยิ่ง ทั้งนี้ การแก้ปัญหาความยุติธรรมทางสังคมหรือทางการเมืองนั้นอาจเกิดขึ้นได้หากในสังคมการเมืองนั้นมีฉันทามติอันเป็นที่ยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับความยุติธรรม อันเป็นฉันทามติที่จะทำให้สังคมอันมีองค์ประกอบที่แตกต่างหลากหลายนั้น มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันขึ้นมาได้ ทฤษฎีฉันทามติร่วมกันเกี่ยวกับความยุติธรรม (Overlapping Consensus) ซึ่งคิดค้นขึ้นโดย John Rawls[269] มีสาระสำคัญว่า ถ้าหากเราสามารถทำให้คนในสังคมอันประกอบไปด้วยบุคคลที่มีความเชื่อความเข้าใจในเรื่องการเมือง ปรัชญา ศาสนา หรือศีลธรรม

---

[266] Schaal, Gary G., Das Bundesverfassungsgericht als Motor gesellschaftlicher Integration?, APuZ (61) Jahgang 35-36/2011, 29, 31.

[267] เปรียบเทียบ Rawls, John, The Idea of an Overlapping Consensus, in: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Spring, 1987), 1, 1.

[268] Rüthers, Bernd, Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 3. Auf., München 2007, S. 26.

[269] อดีตศาสตราจารย์สาขาปรัชญา ประจำมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด

แตกต่างกันนั้น สามารถมีจุดที่ยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับความยุติธรรม หรือมีฉันทามติร่วมกันว่าเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้น การตัดสินความขัดแย้งด้วยวิธีการที่ตกลงและยอมรับร่วมกันนั้นจะเป็นไปอย่างยุติธรรม ก็จะทำให้สามารถหลอมรวมสังคมการเมืองที่แตกต่างหลากหลายนั้นเข้าไว้ด้วยกันและสามารถส่งต่อความเป็นเอกภาพนั้นจากคนรุ่นหนึ่งไปสู่คนอีกรุ่นหนึ่งได้[270] ทฤษฎีนี้ให้ประโยชน์อย่างยิ่งต่อการระงับข้อพิพาททางการเมืองด้วยเหตุผลที่ว่าฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทนั้นจำต้องยอมรับการตัดสินที่เกิดจากกติกาที่มาจากการตกลงร่วมกัน แม้ตนเองจะเห็นว่าการตัดสินข้อพิพาทในกรณีนั้นจะไม่มีความถูกต้องก็ตาม ทั้งนี้เพราะการยอมรับให้การชี้ขาดข้อพิพาทนั้นเป็นที่ยุติต่างหากเล่า ที่จะสามารถธำรงรักษาสังคมการเมืองให้ดำรงอยู่ต่อไปได้มากกว่าการยืนยันว่าตนจะต้องเป็นผู้ชนะในข้อพิพาทนั้น ๆ และหลักการยอมรับร่วมกันของสังคมการเมืองต่อคำพิพากษานี้เองที่สร้างความชอบธรรมหรืออำนาจบังคับอย่างแท้จริงให้กับคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ[271]

ในงานเรื่อง “สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน”[272] ได้ให้ข้อสรุปว่า สังคมการเมืองของเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นสังคมการเมืองหนึ่งที่สามารถใช้เป็นตัวอย่างในการอธิบายทฤษฎีฉันทามติพื้นฐานทางการเมืองได้เป็นอย่างดี ประสบการณ์ทางการเมืองจากสาธารณรัฐไวมาร์และจักรวรรดิที่สามสอนเราเป็นอย่างดีว่า การระงับข้อพิพาททางการเมืองโดยการปล่อยให้พลังทางการเมืองสามารถใช้กำลังเข้าห้ำหั่นกันเองได้นั้น ย่อมเป็นหนทางในการที่รัฐจะพัฒนาไปสู่การเป็นรัฐอำนาจเด็ดขาด และเป็นรัฐที่ไม่ยอมรับความมีอยู่ของความแตกต่างหลากหลาย ทั้งนี้บรรยากาศทางการเมืองในเยอรมนีภายหลังการปรากฏตัวขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญนั้นคือบรรยากาศที่คนในสังคมเชื่อว่าศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางและเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองนั้นจะเป็นหลักประกันที่จะทำให้ “การเป็นรัฐประชาธิปไตยที่จัดตั้งอำนาจปกครองไม่ได้” อย่างที่เคยเกิดขึ้นในสาธารณรัฐไวมาร์นั้น ไม่เกิดขึ้นอีกครั้ง

---

[270] Rawls, John, The Idea of an Overlapping Consensus, in: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 7, No. 1 (Spring, 1987), 1, 5.

[271] Henke Conrad, Christoph, Legitimität und richterliche Entscheidung, Weshalb eine behutsame Fortentwicklung der traditionellen juristischen Methode zweckmäßig ist, www.zis-online.com/dat/artikel/2015_2_899.pdf., S. 110.

[272] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, หน้า 769.

และจะทำให้สาธารณรัฐใหม่ของเยอรมนีนั้นเป็นสังคมการเมืองที่สงบสุข[273] ดังนั้น การยอมรับคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ แม้ตนเองจะไม่เห็นด้วย และต้องตกเป็นผู้พ่ายแพ้ในเรื่องนั้น จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญของการดำรงอยู่ได้ของสังคมการเมืองพหุนิยม และดังนั้นการที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเรียกร้องว่า "คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ อีกทั้งยังผูกพันศาลและองค์กรฝ่ายปกครองทั้งหลาย"[274] หรือที่เรียกร้องให้คำพูดสุดท้าย (The last say) ในข้อพิพาททางการเมืองเป็นของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมไม่ได้มีคุณค่าเป็นข้อเรียกร้องในทางกฎหมายไปยังองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายเท่านั้น หากแต่ยังเป็นข้อเรียกร้องให้บรรดาองค์กรทางการเมืองทั้งหลาย รวมถึงสังคมนั้นได้คำนึงถึงผลทางการเมืองจากการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา และให้คำนึงถึงประสบการณ์อันเลวร้ายที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐแรกด้วย[275] ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกิดฉันทามติทางการเมืองเช่นว่านั้นในประเทศเยอรมนีขึ้นอย่างแท้จริงแล้ว ย่อมเป็นหลักประกันว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมได้รับการยอมรับจากทุกฝ่าย และย่อมไม่เกิดผลทางการเมืองจากคำพิพากษามากเกินไปจนนำไปสู่ปัญหาหรือวิกฤติทางการเมือง

3) แรงสนับสนุนของประชาชน (public support) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

เงื่อนไขประการสุดท้ายของความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญในทางการเมือง ได้แก่ การได้รับการยอมรับหรือการได้รับแรงสนับสนุนจากประชาชน (public support) ในสังคมการเมืองนั้น ๆ ทั้งนี้ มีข้อยืนยันในเชิงสถิติว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นได้พัฒนาตนเองมาเป็นสถาบันทางกฎหมายและสถาบันทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับสถาบันทางการเมืองอื่น ๆ[276] ในเรื่องดังกล่าว

---

[273] เปรียบเทียบ Kirchhof, Paul, Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, NJW 49 (1996), 1497, 1497f.

[274] มาตรา 31 รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfGG)

[275] Ulrich Scheuner ได้ให้ข้อสรุปเกี่ยวกับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในสังคมการเมืองไว้อย่างน่าฟังว่า "ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่สำคัญในระบบการเมืองในการรักษาให้องค์ประกอบต่าง ๆ ที่มารวมกันเข้าเป็นสังคมการเมืองนั้นมีคุณค่าเท่าเทียมกัน และจะต้องพยายามรักษาฉันทามติพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยให้ธำรงอยู่ให้ได้ ซึ่งบทบาทดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นเป็นบทบาทที่เกิดจากรูปแบบเฉพาะของสังคมการเมืองเยอรมัน รวมถึงประเพณีทางการเมืองของเยอรมันเอง ซึ่งไม่อาจคาดหวังได้ว่าจะพบเห็นได้โดยง่ายในประเทศอื่น", Scheuner, Ulrich, DöV 33 (1980) 473, 479f.

[276] Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, AöR 102 (1977), 1, 24.

Georg Vanberg[277] ได้ให้ข้อสรุปว่า มีเงื่อนไข 2 ประการที่ทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับหรือเชื่อถือจากประชาชน ได้แก่ แรงสนับสนับที่เพียงพอของประชาชนต่อสถาบันศาลรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง และการที่ฝ่ายทางการเมืองหรือพรรคการเมืองจะต้องสูญเสียความนิยมทางการเมืองลงไปหากปฏิเสธหรือไม่ยอมรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อีกประการหนึ่ง[278] ซึ่งในเรื่องแรงสนับสนุนทางการเมืองนี้ ย่อมเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องเผชิญหน้ากับองค์กรทางการเมืองหรือพรรคการเมืองที่ได้รับการหนุนหลังจากประชาชนเสียงข้างมากโดยตรง ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับและมีผลทางการเมืองหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่าศาลสามารถช่วงชิงแรงสนับสนุนจากประชาชนมาจากฝ่ายการเมืองได้หรือไม่ ซึ่ง Vanberg อธิบายว่าความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและฝ่ายการเมืองโดยเฉพาะรัฐสภานั้นเป็นไปตามทฤษฎีเกมส์ ซึ่งส่งผลในการกำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทั้งสองว่าจะออกมาในรูปแบบที่เป็นคู่ขัดแย้งกันหรือไม่ ดังเช่น การที่ฝ่ายการเมืองตัดสินใจที่จะไม่ตรากฎหมายที่อาจทำให้เกิดข้อพิพาททางการเมือง ความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นกับศาลก็จะไม่เกิดขึ้น แต่หากฝ่ายการเมืองตัดสินใจตรากฎหมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นซึ่งศาลอาจยืนยันว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือตัดสินให้กฎหมายดังกล่าวตกไปเพราะขัดกับรัฐธรรมนูญ และประการสุดท้ายเมื่อศาลรัฐธรรมนูญตัดสินเป็นประการใดแล้ว ฝ่ายการเมืองก็มีโอกาสที่จะแสดงออกว่าจะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือไม่[279] ซึ่งการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งของทั้งศาลรัฐธรรมนูญและฝ่ายการเมืองนั้นย่อมส่งผลให้องค์กรทั้งสองจะต้องเผชิญหน้ากัน และใครจะได้รับชัยชนะทางการเมืองจึงขึ้นอยู่กับว่า องค์กรใดได้รับการสนับสนุนทางการเมืองจากประชาชนมากกว่ากันในระบบการเมืองใดระบบการเมืองหนึ่ง คำพิพากษาขององค์กรตุลาการในทางการเมืองซึ่งไม่มีสภาพบังคับโดยตัวของมันเองจะได้รับการยอมรับอย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อระบบการเมืองนั้นสามารถสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองที่สามารถให้บทเรียนกับฝ่ายการเมืองได้ว่า การไม่ยอมรับและไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมีราคา

---

[277] Vanberg, Georg, The Politics of Constitutional Review in Germany, S. 20ff.

[278] Vanberg, Georg, The Politics of Constitutional Review in Germany, S. 21.

[279] Vanberg, Georg, ebd., S. 24.

ทางการเมืองที่ฝ่ายการเมืองต้องจ่าย ซึ่งได้แก่ การสูญเสียความนิยมทางการเมืองจากประชาชนไป[280] วัฒนธรรมทางการเมืองดังกล่าวจึงเป็นเรื่องของสิ่งแวดล้อมทางการเมืองของสังคมการเมืองต่าง ๆ ซึ่งไม่จำต้องมีเหมือนกันแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเราสามารถยืนยันได้ว่าในสังคมการเมืองของเยอรมนีนั้น วัฒนธรรมทางการเมืองในการยอมรับคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นวัฒนธรรมที่ก่อร่างสร้างตัวขึ้นมาอย่างเข้มแข็งเรื่อยมา นับตั้งแต่มีการจัดตั้งสาธารณรัฐปัจจุบันตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945

ในส่วนนี้ผู้วิจัยสามารถสรุปได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสำคัญในการทำหน้าที่ขับเคลื่อนกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามการใช้เครื่องมือหรือกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้นย่อมมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมือง รวมถึงการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละกรณีนั้นอาจกระทบอารมณ์ความรู้สึกของประชาชนเป็นการทั่วไปได้ด้วย ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ขับเคลื่อนกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น จะได้รับการยอมรับจากประชาชนหรือทุกฝ่ายทางการเมืองหรือไม่นั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับเหตุผลในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเองแล้ว ยังขึ้นอยู่กับสถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศนั้น ๆ ว่ามีความเข้มแข็งมากเพียงใด นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับฉันทามติพื้นฐานของสังคมการเมืองนั้น ๆ รวมถึงแรงสนับสนุนที่ประชาชนมีให้กับศาลรัฐธรรมนูญด้วย

3.1.4.2 พันธกิจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการจำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันตามพันธกิจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญหรืออำนาจตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ นั้น หากพิจารณาจากแนวโน้มการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันให้ดีแล้ว จะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญค่อนข้างจะจำกัดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของตนเองค่อนข้างมาก ทั้งนี้ ในเรื่องหลักการจำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญในบริบท

---

[280] Vanberg, Georg, ebd., S. 20.

ของระบบกฎหมายเยอรมันนั้นมีข้อสังเกตสำคัญว่า หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในปริมณฑลทางการเมือง (Judicial self-restraint) หรือหลัก political-question-doctrine ในความหมายที่พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานั้นไม่สามารถนำมาใช้ระบบกฎหมายเยอรมันภายใต้การมีผลใช้บังคับของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)[281] ทั้งนี้ เพราะในประเทศเยอรมนีซึ่งมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นการเฉพาะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจหน้าที่ในบริบททางการเมืองมากหรือน้อยเพียงใดนั้น ย่อมเกิดจากการมอบหมายของรัฐธรรมนูญโดยตรง (Verfassungsauftrag)[282] ทั้งนี้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานได้มอบหน้าที่ทางการเมืองหลายประการและในบทบัญญัติหลายมาตราให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยด้วย

อย่างไรก็ตามในทางข้อเท็จจริงนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมักจะจำกัดอำนาจของตนเองเพื่อไม่ให้ศาลเข้าไปชี้ขาดในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องหรืออ่อนไหวทางการเมืองมากเกินไป เพราะการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในบริบทนี้ที่มากเกินไปนั้น ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพทางการเมืองของประชาชน ฝ่ายต่าง ๆ หรือพรรคการเมืองทั้งหลายมากเกินไป โดยเฉพาะในเรื่องการยุบพรรคการเมืองนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายและทางการเมืองที่รุนแรงที่สุดนั้นเฉพาะในกรณีที่เห็นได้ชัดหรือปราศจากข้อสงสัยว่า พรรคการเมืองนั้นเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น การที่กฎหมายพื้นฐานมอบพันธกิจในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ด้วยการให้อำนาจในการยึดหรือทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐาน ในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้สิทธิขั้นพื้นฐานไปในลักษณะที่ต่อสู้ขัดขวางกับระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[283] อย่างไรก็ตามกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเอง

---

[281] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557), หน้า 111.

[282] เพิ่งอ้าง, หน้า 114.

[283] มาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน

ได้ในกรณีดังกล่าวนั้นกลับมีความหมายน้อยมากในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพราะยังไม่มีคำร้องใดที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แล้วศาลได้วินิจฉัยให้มีการยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานเลย[284] ในทำนองเดียวกัน แม้กฎหมายพื้นฐานได้มอบพันธกิจทางการเมืองให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมือง (Parteiverbot) "ในกรณีที่พรรคการเมืองหนึ่งพรรคการเมืองใดเมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย"[285] แต่ในทางปฏิบัตินั้นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ใช้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองในขอบเขตที่จำกัดหรือแคบมาก โดยศาลให้เหตุผลว่าพรรคการเมืองที่จะต้องถูกยุบนั้นจะต้องไม่เพียงแต่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเท่านั้น แต่การยุบพรรคการเมืองได้นั้นจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปด้วยว่า "พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองที่ละเมิดหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ได้กระทำไปโดยตั้งใจและมีแบบแผน รวมถึงเป็นการกระทำในลักษณะที่รุนแรง ก้าวร้าว และมุ่งหมายอย่างแท้จริงในการที่จะทำลายบรรดาหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย"[286]

อาจสรุปได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานจะได้มอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อย่างมากในการทำหน้าที่ใช้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย แต่อย่างไรก็ตามในการทำหน้าที่ดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดตนเองอย่างมากในการใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อไม่ให้ตนเองเข้าไปมีบทบาททางการเมืองหรือต้องชี้ขาดปัญหาข้อพิพาททางการเมืองมากเกินไป และศาลรัฐธรรมนูญจะใช้ดาบที่รัฐธรรมนูญมอบให้เฉพาะกรณีที่เห็นได้ชัดและปราศจากข้อสงสัยว่า มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการเช่นว่านั้นอย่างแท้จริงเท่านั้น

---

[284] Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 289.

[285] มาตรา 21 วรรค 23 กฎหมายพื้นฐาน

[286] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 21 Rn. 21.

3.1.4.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ชั่งน้ำหนักระหว่างหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางการเมือง

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมักจะจำกัดอำนาจตนเองในการใช้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีความจำเป็นต้องคุ้มครองคุณค่าอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ซึ่งได้แก่สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมือง ดังนั้น จากข้อเท็จจริงทั้งหลายย่อมมีกรณีที่คุณค่าทั้งสองประการปะทะหรือขัดแย้งดัง กล่าวอีกนัยหนึ่งความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยนั้นอาจปะทะกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสรีภาพทางการเมือง ดังนั้น ความยากลำบากของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวได้แก่ปัญหาที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรต้องทำเช่นไรในการที่จะทำให้คุณค่าทั้งสองประการที่มาปะทะกันนั้นต่างมีผลบังคับในทางความเป็นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในเรื่องดังกล่าวนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่ในการชั่งน้ำหนัก (Abwägung; weighing) คุณค่าทั้งหลายให้ได้น้ำหนักเสมอกัน กล่าวให้ชัดขึ้นคือ ความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยนั้นจะต้องไม่พัฒนาตนเองไปเป็นกลไกในการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางการเมืองลงโดยสิ้นเชิง ซึ่งเมื่อใดก็ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญชั่งน้ำหนักไม่ดีหรือมีความผิดพลาดมาก ความล่มสลายของระบบการเมืองในรัฐนั้น ๆ ย่อมเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ไม่ยาก

จากการศึกษาหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทั้งหมด เราอาจสรุปได้ว่า หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้นได้ถูกกำหนดกลไกและมาตรการต่าง ๆ ไว้โดยละเอียดและแตกต่างหลากหลายเอาไว้ทั้งในบัญญัติของรัฐธรรมนูญและในบทบัญญัติของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งการที่มีการกำหนดกลไกไว้มากมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะถูกเรียกร้องให้มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการขับเคลื่อนกลไกดังกล่าว ในทางข้อเท็จจริงที่ผ่านมาจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกลไกดังกล่าวนั้นอย่างเข้มข้นมากเกินไป ทั้งนี้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมืองประกอบด้วยเสมอ ดังนั้น คุณค่าในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นข้อจำกัดโดยตรง

ของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการขับเคลื่อนกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ เราอาจกล่าวต่อไปได้ว่า ในทางข้อเท็จจริงนั้นไม่มีอุปสรรคที่ชัดเจนแต่อย่างใดที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยได้ หรือไม่มีอุปสรรคใดที่ขัดขวางไม่ให้บรรลุหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ในทางตรงกันข้ามสถานการณ์ทางการเมืองหรือเงื่อนไขทางการเมืองภายหลังการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานนั้น กลับเป็นเงื่อนไขที่ไม่ก่อให้เกิดข้อพิพาททางการเมืองที่รุนแรง รวมถึงระบอบประชาธิปไตยไม่ถูกท้าทายจากอุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ มากนัก ประชาธิปไตยในเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงค่อนข้างสงบเรียบร้อย ทำให้เกิดความจำเป็นน้อยมากที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้มาตรการตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ โดยเฉพาะมาตรการยุบพรรคการเมือง โดยเหตุผลทางข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงเป็นที่มาของความพยายามในการจำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อไม่ต้องการให้การใช้อำนาจในบริบทดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือในการทำลายเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลาย

อย่างไรก็ตามปัญหาบางประการกลับเกิดขึ้นจากการใช้กลไกระดับรัฐบัญญัติ โดยเฉพาะกลไกตามกฎหมายว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ที่ให้มีการจัดตั้งหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในการสืบหาข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย โดยอำนาจหน้าที่สำคัญได้แก่การจัดให้มีสายลับหรือสายข่าวเข้าไปสืบความลับในองค์กรต่าง ๆ หรือในพรรคการเมืองนั้น ถูกมองและวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นกลไกทางกฎหมายที่กระทบต่อเสรีภาพของพรรคการเมืองเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น เราอาจประเมินได้ว่าการใช้มาตรการทางการกฎหมายในเรื่องดังกล่าวนั้นไม่ค่อยได้รับการยอมรับจากประชาชนและพรรคการเมืองทั้งหลาย เพราะทำให้เกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างมาก และในหลายกรณีการได้มาซึ่งข่าวสารจากพรรคการเมืองด้วยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐนั้น มีผลทำให้การใช้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ โดยเฉพาะมาตรการยุบพรรคการเมืองนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามไปด้วย เราจึงอาจกล่าวได้ว่ากลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระดับรัฐบัญญัติเช่นว่านั้นในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นกลไกที่มีปัญหามากพอสมควร และในทางวิชาการนั้น

ยังไม่มีข้อสรุปที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันว่า ฝ่ายบริหารจะใช้กลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการใช้สายลับหรือสายข่าวนั้นได้ในขอบเขตแค่ไหนเพียงไร รวมถึงยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนว่าจะมีมาตรการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานฝ่ายบริหารที่เป็นองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้อย่างไร ซึ่งย่อมพึงคาดหมายได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่เกิดการต่อสู้ทางการเมืองระหว่างพรรคการเมืองต่าง ๆ อย่างรุนแรง กลไกตามกฎหมายนี้อาจถูกพัฒนาให้เป็นอาวุธทางการเมืองที่ใช้ทำลายหรือกำจัดศัตรูทางการเมืองได้อย่างง่ายดาย ดังนั้นการรับกลไกดังกล่าวเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายไทยจึงต้องตั้งคำถามและอภิปรายในเรื่องดังกล่าวให้มาก

3.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศแคนาดา

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา (3.2.1) หลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (3.2.2) และองค์กรที่มีอำนาจในการพิทักษ์ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (3.2.3)

3.2.1 สภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาเป็นประเทศในทวีปอเมริกาเหนือ มีพรมแดนติดกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยรัฐ 10 รัฐ และดินแดน 3 แห่ง ปัจจุบันแคนาดาใช้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (Constitutional Monarchy) โดยถือสมเด็จพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 แห่งสหราชอาณาจักรเป็นประมุข

ประเทศแคนาดาเคยตกเป็นเมืองภายใต้การยึดครองของฝรั่งเศสและอังกฤษ โดยฝรั่งเศสได้เข้ายึดครองแคนาดาฝั่งตะวันออกในปี ค.ศ. 1534 และได้เริ่มตั้งถิ่นฐานในปี ค.ศ. 1604 จนภายหลังเกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างฝรั่งเศสกับอังกฤษในปี ค.ศ. 1713 จากข้อพิพาทด้านการประมงและการค้าขนสัตว์ ในที่สุดดินแดนแคนาดาตกเป็นของอังกฤษในปี ค.ศ. 1849 ต่อมาแคนาดาได้รับการยอมรับในสิทธิการปกครองตนเอง ในปี ค.ศ. 1867 และมีการรวมตัวของอาณานิคมของอังกฤษ 3 แห่ง ได้มีการจัดตั้งประเทศแคนาดาในเครือจักรภพ (Dominion of Canada) ภายใต้รูปแบบสหพันธรัฐ และในปี ค.ศ. 1931 แคนาดาได้รับสถานะเป็นประเทศที่เท่าเทียมกับอังกฤษโดยมีกษัตริย์

อังกฤษเป็นประมุข แต่อย่างไรก็ดีประเทศแคนาดาได้รับอิทธิพลทางการเมืองจากอังกฤษ ซึ่งเป็นเมืองแม่เดิมและสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีพรมแดนติดกับทางตอนใต้ของประเทศ โดยระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขที่มีผู้แทนของประมุข (สมเด็จพระราชินีนาถแห่งราชอาณาจักรอังกฤษ) 11 คน โดย 1 คน เป็นผู้สำเร็จราชการ (Governor General) ทำหน้าที่เป็นผู้แทนของประมุขในระดับประเทศ ปัจจุบันคือนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะรัฐบาล และ 10 คน เป็นรองผู้สำเร็จราชการ (Lieutenant Governor) หรือปัจจุบันคือผู้ว่าราชการจังหวัด ประจำใน 10 จังหวัด โดยผู้สำเร็จราชการทำหน้าที่แทนองค์พระประมุข โดยพระราชินีทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีแคนาดา สำหรับรองผู้สำเร็จราชการที่ประจำอยู่ในแต่ละจังหวัดได้รับการแต่งตั้งจากหัวหน้ารัฐบาลในแต่ละจังหวัดของแคนาดา[287]

โดยที่รัฐบัญญัติแห่งเวสต์มินสเตอร์ ค.ศ. 1931 (Statute of Westminster of 1931) ได้เพิ่มอำนาจปกครองตนเองของแคนาดา เป็นผลให้เกิดพระราชบัญญัติแคนาดา ค.ศ. 1982 (Canada Act of 1982) ซึ่งมีผลให้แคนาดาตัดขาดจากการขึ้นตรงต่ออำนาจของรัฐสภาอังกฤษ สำหรับรูปแบบของรัฐบาลของแคนาดาเป็นระบอบรัฐสภา โดยรัฐบาลได้รับอำนาจมาจากสภา ในระดับสหพันธรัฐใช้ระบบสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ส่วนสภานิติบัญญัติของจังหวัดใช้ระบบสภาเดียว ทั้งนี้รูปแบบการปกครองและรูปแบบการบริหารของแคนาดามีความคล้ายคลึงกับรูปแบบการปกครองของอังกฤษเป็นอย่างมาก รวมทั้งระบบกฎหมายต่าง ๆ ก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของอังกฤษ ยกเว้นจังหวัดเควเบค (Quebec) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากฝรั่งเศส

3.2.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 (Loi constitutionnelle de 1867, The Constitution Act, 1867) หรือเคยมีชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า พระราชบัญญัติ (The British North America Act, 1867 - BNA Act) เกิดขึ้นโดยการพิจารณาของรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดในแคนาดา บัญญัติถึงโครงสร้างการปกครองและการดำเนินงานของรัฐบาลแคนาดา โครงสร้าง

---

[287] นรนิติ เศรษฐบุตร. การปกครองท้องถิ่นในจังหวัดบริติชโคลัมเบีย ประเทศแคนาดา. วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 7-8

ของรัฐบาลกลาง สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา ระบบกฎหมายและระบบภาษีอากรของรัฐ รวมทั้งการโอนกิจการในอเมริกาเหนือของอังกฤษ และได้เปลี่ยนชื่อจาก The British North America Act, 1867 เป็น Canada Act ในปี 1982 โดยได้กำหนดสาระสำคัญเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ได้แก่ หมวด 2 รัฐ (การจัดตั้งสหพันธรัฐ, การก่อตั้งและผลทางกฎหมาย, จังหวัดทั้งสี่, จังหวัด Ontario และ Québec, จังหวัด Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, สำมะโนประชากร) หมวด 3 อำนาจบริหาร (อำนาจบริหารของพระราชินีแห่งสหราชอาณาจักร, การใช้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับนายกรัฐมนตรี, คณะองคมนตรี, อำนาจทั้งหมดภายใต้การกระทำที่ต้องใช้โดยผู้ว่าการรัฐโดยคำแนะนำของคณะองคมนตรีหรืออำนาจโดยลำพัง, การใช้บทบัญญัติที่อ้างถึงนายกรัฐมนตรีในสภา, อำนาจของนายกรัฐมนตรีที่ได้รับพระราชทานอำนาจผู้ว่าการเพื่อบรรจุผู้แทน, กองกำลังติดอาวุธในสมเด็จพระราชินี, รัฐบาลแคนาดา) หมวด 4 อำนาจนิติบัญญัติ (วุฒิสภา, สภาผู้แทนราษฎร, การเงินการภาษีอากร และพระราชทรัพย์) หมวด 5 รัฐธรรมนูญระดับจังหวัด (อำนาจบริหาร, อำนาจนิติบัญญัติ) หมวด 6 การกระจายอำนาจทางกฎหมาย (อำนาจของรัฐสภา, อำนาจเฉพาะของสภาระดับจังหวัด,ทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่สามารถหมุนเวียน ทรัพยากรป่าไม้และพลังงานไฟฟ้า, การศึกษา, ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายใน Ontario, la Nouvelle-Écosse และ le Nouveau-Brunswick, เงินบำนาญชราภาพ, การเกษตรและการเข้าเมือง) หมวด 7 กระบวนการยุติธรรม หมวด 8 รายได้ หนี้สาธารณะและภาษี หมวด 9 บทบัญญัติอื่น ๆ หมวด 10 การรถไฟระหว่างประเทศ หมวด 11 การเข้าร่วมของประเทศอาณานิคมอื่น ๆ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐและมลรัฐ (หรือที่เรียกว่าจังหวัด) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 91-95 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 91 และ 92 ของรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Pouvoirs du Parlement) ของรัฐบาลกลางและจังหวัดในการตรากฎหมาย โดยกำหนดให้พระราชินีแห่งสหราชอาณาจักรทรงมีอำนาจในการตรากฎหมายภายใต้การยินยอมของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ในการตรากฎหมายภายใต้หลักนิติธรรมของแคนาดา (l’ordre et le bon gouvernement du Canada) โดยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญไว้

29 เรื่อง และในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในส่วนนี้ให้ถือว่าตกอยู่ในเรื่องของรัฐบาลท้องถิ่น[288] นอกจากนี้ การกำหนดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติของจังหวัดโดยในแต่ละจังหวัด สมาชิกสภานิติบัญญัติอาจตรากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญนี้[289]

---

[288] ได้แก่ 1. (บทบัญญัติยกเลิก) 1A. หนี้และทรัพย์สินสาธารณะ 2. กฎระเบียบด้านการพาณิชย์ 2A. ประกันภัยการว่างงาน 3. ระบบการเงินหรือระบบการจัดเก็บภาษี 4. การยืมเงินในเครดิตสาธารณะ 5. บริการไปรษณีย์ 6. การสำรวจสำมะโนประชากรและสถิติ 7. กองทหารรักษาการณ์ การรับราชการทหาร ทหารเรือและการป้องกันประเทศ 8. การกำหนดเงินเดือน การจ่ายเงินเดือนและเกียรติยศของพลเรือนและเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ของรัฐบาลแคนาดา 9. ทุ่นกระโจมไฟและเกาะ L'île de Sable (หรือ Sable Island เป็นเกาะที่อยู่ห่างจากแคนาดา 170 กิโลเมตร มีขนาด 31 ตารางกิโลเมตร ซึ่งเป็นเกาะที่เล็กมากและมีประชากรอยู่ 5 คน) 10. การเดินเรือและการขนส่งทางเรือ 11. การกักกันและจัดตั้งและบำรุงรักษาโรงพยาบาลทางทะเล 12. การประมงชายฝั่งทะเลและเรื่องที่เกี่ยวกับข้อง 13. การสัญจรทางน้ำ (เรือข้ามฟาก) ระหว่างจังหวัดและประเทศอังกฤษหรือต่างประเทศหรือระหว่างสองจังหวัด 14. เงินและเหรียญกษาปณ์ 15. ธนาคาร การควบรวมกันของธนาคาร และการแลกเปลี่ยนธนบัตรและเหรียญ 16.ธนาคารเพื่อการออม (Les caisses d'épargne) 17. ระบบน้ำหนักและการวัด 18. ตั๋วแลกเงินและตั๋วสัญญาใช้เงิน 19. ดอกเบี้ย 20. ตั๋วเงินที่ใช้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย 21. ล้มละลายและภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว 22. สิทธิบัตรการประดิษฐ์และการค้นพบ 23. ลิขสิทธิ์ 24. อินเดียและดินแดนที่สงวนไว้สำหรับชาวอินเดีย 25. สัญชาติและคนต่างด้าว 26. การแต่งงานและการหย่า 27. กฎหมายอาญายกเว้นศาลคดีอาญาทางรัฐธรรมนูญ แต่รวมถึงการดำเนินคดีทางอาญา 28. การจัดตั้งและการบริหารงานของทัณฑสถาน 29. เรื่องที่ยกเว้นอย่างชัดเจนโดยพระราชบัญญัตินี้เพื่อให้อำนาจเฉพาะกับสภานิติบัญญัติของจังหวัด

[289] ได้แก่ 1. (บทบัญญัติยกเลิก) 2. การจัดเก็บภาษีโดยตรงภายในจังหวัดเพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวมรายได้เพื่อวัตถุประสงค์ของจังหวัด 3. การยืมเงินด้วยเครดิตของจังหวัด 4.การกำหนดและการดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในสำนักงานต่างจังหวัด การแต่งตั้ง และการจ่ายเงินให้แก่เจ้าหน้าที่จังหวัด 5.การปกครอง การขายที่ดินสาธารณะที่เป็นของจังหวัด ไม้และป่าไม้ที่พบในจังหวัด 6. การจัดตั้งการบำรุงรักษา การบริหารเรือนจำสาธารณะ และการปฏิรูปเรือนจำในจังหวัด 7. การจัดตั้ง การบำรุงรักษา และการบริหารโรงพยาบาล สถาบันและองค์กรการกุศลในจังหวัด ที่นอกเหนือจากโรงพยาบาลทางทะเล 8. สถาบันการศึกษาเทศบาลในจังหวัด 9. ใบอนุญาตสำหรับร้านค้า โรงแรมขนาดเล็ก กิจการขายทอดตลาด และใบอนุญาตอื่น ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการรวบรวมรายได้เพื่อวัตถุประสงค์ของจังหวัด ท้องถิ่นหรือเทศบาล 10. การทำงานและการประกอบกิจการในท้องถิ่นนอกเหนือจากที่ระบุประเภทไว้ในรายการต่อไปนี้: ก) เรือกลไฟหรือเรือลำอื่น ๆ ทางรถไฟ คลอง โทรเลข และงานหรือกิจการอื่น ๆ ที่เชื่อมต่อจังหวัดกับคนอื่นหรือกับจังหวัดอื่น ๆ หรือครอบคลุมเกินขอบเขตของจังหวัด; ข) เรือกลไฟที่แล่นระหว่างจังหวัดและประเทศอื่นที่ขึ้นอยู่กับจักรวรรดิอังกฤษหรือต่างประเทศ ค) บรรดางานที่อยู่ในจังหวัดทั้งหมดไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการประกาศโดยรัฐสภาของแคนาดา ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ทั่วไปของแคนาดาหรือเพื่อประโยชน์ของสองจังหวัดหรือมากกว่า 11. การรวมตัวกันของ บริษัท เพื่อวัตถุประสงค์ของจังหวัด 12. คำสาบานตนพิธีแต่งงานในจังหวัด 13. ทรัพย์สินและสิทธิของพลเมืองในจังหวัด 14.การบริหารงานยุติธรรมในจังหวัด รวมถึงการสร้าง การบำรุงรักษา และการจัดตั้งศาลยุติธรรมระดับจังหวัดที่มีเขตอำนาจทางแพ่งและทางอาญา รวมถึงการ

กล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 นี้เป็นบทบัญญัติว่าด้วยโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ของสถาบันทางการเมืองที่สำคัญของแคนาดาซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน

3.2.1.2 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 (Loi constitutionnelle de 1982) เกิดขึ้นโดยอำนาจต่อรองของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรต่อสหราชอาณาจักร โดยได้ขอให้พระราชินีแห่งสหราชอาณาจักรตราพระราชบัญญัติโดยรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรเพื่อให้มีผลบังคับใช้โดยมีบทบัญญัติทั้งสิ้นรวม 7 ภาค ได้แก่

ภาคที่ 1 กล่าวถึง กฎบัตรสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา ในเรื่องต่อไปนี้ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ, เสรีภาพขั้นพื้นฐาน, สิทธิในประชาธิปไตย, เสรีภาพในการเดินทางและการรวมกลุ่มสมาคม, หลักประกันทางกฎหมาย, ความเสมอภาค, ภาษาราชการของแคนาดา, สิทธิทางการศึกษาในภาษาของชนกลุ่มน้อย, การฟ้องคดี, ข้อกำหนดทั่วไป, ขอบเขตการใช้บังคับกฎบัตร

ภาคที่ 2 กล่าวถึง สิทธิพลเมืองและชาวพื้นเมืองแคนาดา

ภาคที่ 3 ความเท่าเทียมกันและความไม่เสมอภาคในระดับภูมิภาค

ภาคที่ 4 (ยกเลิก)

ภาคที่ 5 กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแคนาดา

ภาคที่ 6 การแก้ไขพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ 1867

ภาคที่ 7 บทกำหนดทั่วไป

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 มีบทบัญญัติที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น สำหรับการจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองยังคงใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ดำเนินคดีทางแพ่งในศาลเหล่านั้น 15.การกำหนดบทลงโทษด้วยวิธีการลงโทษปรับหรือจำคุก เพื่อบังคับใช้กฎหมายใด ๆ ที่ออกโดยจังหวัด ซึ่งตราขึ้นภายใต้ขอบเขตที่อยู่ในมาตรานี้ 16. เรื่องอื่น ๆ ซึ่งโดยธรรมชาติมีลักษณะเฉพาะของท้องถิ่น หรือส่วนตัวในจังหวัด

3.2.2 เครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา

สำหรับเครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดานั้นกล่าวได้ว่ามีเครื่องมือหลัก 2 ประการ ได้แก่ หลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (3.2.2.1) และระบบและกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (3.2.2.2) โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

3.2.2.1 หลักการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแคนาดา (Primauté de la Constitution du Canada) ได้บัญญัติยืนยันหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาในภาคที่ 7 บททั่วไป มาตรา 52 (1) โดยได้กล่าวถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติใดจะขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดารวมถึง (1) กฎหมายปี ค.ศ. 1982 เกี่ยวกับแคนาดา ซึ่งเป็นกฎหมายของสหราชอาณาจักรที่รับรองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1982 และยกเลิกอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาอังกฤษในการตรากฎหมายของแคนาดา และถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดา (2) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาที่ระบุไว้ในภาคผนวกแห่งรัฐธรรมนูญ (3) บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาในข้อ (1) และ (2) ดังกล่าวข้างต้น[290]

โดยหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ปรากฏอยู่ในอารัมภบทของกฎบัตรแคนาดาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Préambule de la Charte canadienne des droits et libertés) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ โดยหลักการ

---

[290] Primauté de la Constitution du Canada

52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Constitution du Canada

(2) La Constitution du Canada comprend :

a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la présente loi ;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe ;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(...)

ดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักการ 2 หลักการได้แก่ หลักการอำนาจสูงสุดของพระเจ้า (suprématie de Dieu) และหลักนิติธรรม (primauté du droit)

แต่อย่างไรก็ดีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของแคนาดานั้นไม่เพียงแต่รับรองรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ยังครอบคลุมไปถึงหลักการต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย โดยศาลสูงสุดแห่งแคนาดาได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้โดยวางหลักไว้ว่า หากกล่าวถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 52 (2) โดยไม่คำนึงถึงหลักการรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็จะไม่มีความครบถ้วนสมบูรณ์ในการกำหนดองค์ประกอบของรัฐธรรมนูญ[291]

3.2.2.2 ระบบและกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

1) หลักสันติภาพ ความสงบเรียบร้อย และการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Paix, ordre et bon gouvernement)

มาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 ได้วางรากฐานหลักการในแก่รัฐสภาในการตรากฎหมายต่าง ๆ ภายใต้หลักความสัมพันธ์กันระหว่างรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐและรัฐสภาท้องถิ่นที่ได้กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาแห่งสหพันธรัฐแคนามีอำนาจในการตรากฎหมาย (...) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ไม่อยู่ในบทบัญญัติที่ได้มอบอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่สภานิติบัญญัติในระดับจังหวัด

การบัญญัติเช่นนี้เองทำให้รัฐสภาสามารถผ่านกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพในเรื่องที่ยังไม่ได้มอบให้แก่รัฐสภาท้องถิ่น แต่อย่างไรก็ดีในมาตรา 96 ข้อ 16 ได้ระบุถึงอำนาจของสภาท้องถิ่นการตรากฎหมายสำหรับเรื่องที่โดยธรรมชาติแล้วเป็นเรื่องเฉพาะของท้องถิ่นหรือบุคคลในจังหวัดนั้น (nature purement locale ou privée) ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างอำนาจของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐและรัฐสภาของจังหวัด

---

[291] Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] 1 R.C.S. 704 au paragraphe 24 ; Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3 aux paragraphes 90 à 92; Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 32; Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433, aux paragraphes 97 à 100; Renvoi relatif à la réforme du Sénat, précité

2) กลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในภาคที่ 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 ในมาตรา 38-49 กำหนดสาระสำคัญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ 5 รูปแบบ ขึ้นกับสาระสำคัญและลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญของแคนาดาอาจแก้ไขได้โดยการประกาศของนายกรัฐมนตรีภายใต้การยินยอมตามมติของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร

นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 ถึง 1982 การแก้ไขเพิ่มเติมส่วนใหญ่ทำโดยรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักร แต่อย่างไรก็ดีรัฐสภาแคนาดาได้ร้องขอให้รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรแก้ไขกระบวนการในส่วนนี้ เพื่อให้รัฐธรรมนูญของแคนาดาเป็นอิสระอย่างสมบูรณ์จากสหราชอาณาจักร โดยได้บัญญัติไว้ในภาคที่ 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเด็ดขาดของแคนาดา ซึ่งต่อมาภายหลังจากนั้นได้มีความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่อยมากว่า 10 ครั้ง แต่เป็นการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

โดยรูปแบบการแก้ไขทั้ง 5 ระบบ ได้แก่ (1) รูปแบบทั่วไป (2) รูปแบบฉันทามติ (3) รูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี (4) รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลกลางและ (5) รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลท้องถิ่น[292]

(1) รูปแบบทั่วไป (Formule générale) ใช้เมื่อไม่มีกระบวนการเฉพาะกรณีกำหนดไว้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาและสภานิติบัญญัติอย่างน้อยเจ็ดจังหวัดคิดเป็นอย่างน้อย ร้อยละ 50 ของประชากร โดยสูตรนี้มักจะเรียกว่า 7/50 ใช้ในกรณี เช่น การเปลี่ยนการแบ่งอำนาจหรือกฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา

(2) รูปแบบฉันทามติ (Formule de l'unanimité) นำมาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติม 5 ประเภท ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 เกี่ยวกับ 1. ระบบราชาธิปไตยของแคนาดาในส่วนที่เกี่ยวกับสำนักงาน

---

[292] Gérald-A. Beaudoin et Pierre Thibault, La constitution du Canada : Institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 3e éd.

ของราชินี นายกรัฐมนตรี และผู้ว่าราชการจังหวัด 2. สิทธิในที่นั่งของผู้แทนในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาของจังหวัด 3. การใช้ภาษาฝรั่งเศสและภาษาอังกฤษ 4. องค์ประกอบของศาลฎีกา 5. การแก้ไขกระบวนการเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมาย ในกรณีดังกล่าวการแก้ไขเพิ่มเติมกระทำโดยสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และสภานิติบัญญัติของจังหวัด

(3) รูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี (Formule bilatérale ou multilatérale) ใช้เมื่อจังหวัดหนึ่งหรือหลายจังหวัดและรัฐบาลต้องการแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีผลเฉพาะจังหวัดที่เกี่ยวข้อง ในกรณีนี้จะเป็นการลงมติของรัฐสภาแห่งสหพันธ์และจังหวัดที่ได้รับผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องให้ความยินยอม ในส่วนของกระบวนการแก้ไขโดยรูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีได้แก่ การเปลี่ยนแปลงเขตแดนระหว่าง 2 จังหวัด หรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลต่อจังหวัดที่เกี่ยวข้อง เช่น การกำหนดภาษาราชการของจังหวัด หรือการคุ้มครองการนับถือศาสนาที่ประชาชนถือในจังหวัด

(4) รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลกลาง และ (5) รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลท้องถิ่น (Formules unilatérales fédérale ou provinciale) ในส่วนนี้เป็นการกำหนดให้รัฐสภาแห่งสหพันธ์หรือท้องถิ่นแล้วแต่กรณีในรูปแบบนี้ ศาลฎีกาแห่งแคนาดาได้เคยมีคำวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานภายในรัฐบาลของท้องถิ่น (fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province) จะต้องได้รับคำยินยอมภายใต้รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งได้มอบอำนาจนี้ให้แก่จังหวัดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 92 (1)[293]

โดยกระบวนการแก้ไขในรูปแบบนี้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1867 และ 1982[294] เช่น กรณีในปี 1968 จังหวัด Québec ได้ยกเลิกสภานิติบัญญัติในระบบสองสภาและปรับระบบเป็นสภาเดียว (unicaméral)[295]

---

[293] Cour suprême du Canada, Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, 29 juillet 1987 ; paragr. 90. https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/234/index.do

[294] Gérald-A. Beaudoin et Pierre Thibault, La constitution du Canada : Institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 3e éd., p.305.

[295] Ibid, p.271-272.

เช่นเดียวกับการนำมาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 4 ครั้ง ของจังหวัด Terre-Neuve-et-Labrador จังหวัด Nouveau-Brunswick 1 ครั้ง จังหวัด Nunavut 1 ครั้ง จังหวัด l'Île-du-Prince-Édouard 1 ครั้ง และจังหวัด Québec 1 ครั้ง

3) กลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 ได้บัญญัติกลไกแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ในภาคที่ 1 (มาตรา 1 - 15) กำหนดให้กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา (La Charte canadienne des droits et libertés) เป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และจะถูกจำกัดได้แต่เฉพาะกฎหมายภายในขอบเขตที่สมเหตุสมผลและแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในสังคมเสรีและประชาธิปไตย[296] และกำหนดเสรีภาพขั้นพื้นฐานไว้ 4 ประการ ได้แก่ 1) เสรีภาพแห่งมโนธรรมและการถือศาสนา 2) เสรีภาพทางความคิดความเชื่อ การแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก รวมถึงเสรีภาพของสื่อการสื่อสาร 3) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และ 4) เสรีภาพในการสมาคม

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิในประชาธิปไตยไว้ในมาตรา 3-5 โดยกำหนดสิทธิในประชาธิปไตยของพลเมือง (Droits démocratiques des citoyens) ให้พลเมืองแคนาดาทุกคนมีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งสภานิติบัญญัติและมีสิทธิได้รับเลือกตั้งตามกฎหมายของสหพันธ์หรือระดับจังหวัด และกำหนดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกสภานิติบัญญัติไว้เป็นวาระ 5 ปี เพื่อคืนสิทธิในการลงคะแนนเลือกตั้งนั้นกลับคืนสู่พลเมือง (pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes)

สำหรับหลักประกันทางกฎหมาย (Garanties juridiques) แห่งสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ความปลอดภัยและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 บัญญัติรับรองให้ทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิตเสรีภาพและความปลอดภัย

---

[296] Article 1-Droits et libertés au Canada

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

ของบุคคล ทั้งนี้ สิทธิดังกล่าวอาจละเมิดได้ตามหลักการของความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน (les principes de justice fondamentale) เท่านั้น[297] และได้รับรองสิทธิในความปลอดภัยส่วนบุคคลจากการถูกติดตามค้นหาหรือการยึดทรัพย์โดยไม่สมเหตุสมผล[298] รวมทั้งสิทธิที่จะป้องกันการควบคุมตัวโดยพลการหรือการจำคุก และหากถูกควบคุมตัวมีสิทธิในการรับทราบเหตุผลในการจับกุมหรือกักขังโดยเร็วที่สุด[299] และมีสิทธิการขอความช่วยเหลือจากทนายความโดยไม่ชักช้าและจะได้รับแจ้งถึงสิทธินี้ รวมทั้งสิทธิในการตรวจสอบการกักกันของเขาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยหมายศาลเรียกร้องและได้รับการปล่อยตัว[300] รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินคดีอาญา[301] และการลงโทษที่โหดร้ายทารุณ[302]

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังบัญญัติคุ้มครองหลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi) โดยบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายไว้ว่า ไม่มีบุคคลใดได้รับการยกเว้นที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายและกฎหมายต้องถูกนำไปใช้อย่างเท่าเทียมกับทุกคน และทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและผลประโยชน์ของกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงการเลือกปฏิบัติใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ สีผิว ศาสนา เพศ อายุ ความพิการทางจิตใจหรือร่างกาย[303]

อนึ่ง ประเทศแคนาดาไม่มีศาลที่วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ในกรณีมีการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ บทบัญญัติเกี่ยวด้วยอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจของศาลสูงสุดแห่งแคนาดา (Cour suprême du Canada) และศาลที่มีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

---

[297] Article 7-Vie, liberté et sécurité

[298] Article 8-Fouilles, perquisitions ou saisies

[299] Article 9-Détention ou emprisonnement

[300] Article 10-Arrestation ou détention

[301] Article 11-Affaires criminelles et pénales

[302] Article 12-Cruauté

[303] Article 15(1)-Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

3.2.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศแคนาดา

จากการศึกษาหลักประชาธิปไตยปกป้องตนเองของประเทศแคนาดาพบว่า มีการวางรากฐานของหลักการสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองหลักรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง และกลไกในการคุ้มครองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

สำหรับข้อห้ามการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐธรรมนูญ หรือกรณีที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดานั้น จากการศึกษายังไม่พบประเด็นปัญหาทางการเมืองที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงถาวรของรัฐธรรมนูญ กรณีที่ปรากฏมีเพียงกรณีการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในคดีที่ถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย โดยนายกรัฐมนตรีจัสติน ทรูโดของแคนาดา หลังถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจในการแทรกแซงการตรวจสอบโดยพยายามปกป้องบริษัท SNC-Lavalin ที่ถูกกล่าวหาทุจริตและฉ้อโกงเกี่ยวกับการติดสินบน 48 ล้านดอลลาร์แคนาดา หรือราว 1,150 ล้านบาท ที่มอบให้กับเจ้าหน้าที่ทางการลิเบียระหว่างปี 2001-2011 หนึ่งในบริษัทที่ใหญ่ที่สุดของประเทศจากการถูกไต่สวนในคดีทุจริต ซึ่งปัจจุบันอยู่ในระหว่างการตรวจสอบ

แต่อย่างไรก็ดีการที่ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำใดที่เป็นการกระทบต่อความมั่นคงและการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น อาจก่อให้เกิดการตีความว่ากรณีใดบ้างเป็นการกระทำที่เป็นภัยต่อความคุกคามของรัฐและรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปว่ากลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศแคนาดาพบว่า มีการกำหนดหลักสันติภาพ ความสงบเรียบร้อย และการบริการจัดการบ้านเมืองที่ดีไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแคนาดามุ่งเน้นกลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

3.3 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี

ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอถึงสภาพทางการเมืองของชิลี: ที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี (3.3.1) บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้อง

ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ (3.3.2) ต่อจากนั้นจะศึกษาถึง โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญชิลี (3.3.3) วิเคราะห์กลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในประเทศชิลี (3.3.4) และปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศชิลี (3.3.5)

3.3.1 สภาพทางการเมืองของชิลี: ที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี[304]

ตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1906 ประเทศชิลีมีสภาพทางเศรษฐกิจไม่ต่างจากประเทศกำลังพัฒนาในทวีปอเมริกาใต้ ประชาชนถูกแบ่งออกเป็นชนชั้นกรรมกรและชนชั้นนายทุนอย่างเห็นได้ชัดเจน และชนชั้นกรรมกรก็มักจะถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายทุนจนกระทั่งนาย Luis Emilio Recabarren ได้เป็นผู้นำกลุ่มคนงานในชิลีให้เคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่ผู้ใช้แรงงาน[305] แต่เมื่อเกิดการชุมนุมเคลื่อนไหวของคนงานเหล่าผู้ชุมนุมก็มักจะถูกปราบปราม เช่น การชุมนุมในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1907 ซึ่งกลุ่มคนงานของเหมืองไนเตรทได้ประท้วงขอให้เพิ่มเงินเดือน และเพิ่มความปลอดภัยในการทำงาน แต่การชุมนุมดังกล่าวก็ยุติลงด้วยการปราบปรามของทหาร ซึ่งทำให้คนงานเสียชีวิตไปเป็นจำนวนมาก รวมทั้งผู้หญิงและเด็กด้วย[306]

นอกจากนี้ ชนชั้นนายทุนส่วนใหญ่ของประเทศชิลีเป็นคนต่างชาติ เนื่องจากค่าแรงของแรงงานชาวชิลีมีราคาถูก และประเทศชิลีมีทรัพยากรจำพวกแร่ธาตุอุดมสมบูรณ์ ทำให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศชิลีเป็นจำนวนมาก ธุรกิจใหญ่ๆ ที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศชิลี เช่น เหมืองแร่ทองแดง หรือธุรกิจธนาคารมักเป็นของนักลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักลงทุนชาวอเมริกัน แต่นักลงทุนเหล่านี้ก็เอาเปรียบแรงงานซึ่งเป็นประชาชนชาวชิลี ดังนั้น พรรคการเมืองที่ดำเนินนโยบาย

---

[304] สรุปความจาก ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, “การสร้างความปรองดองแห่งชาติ: กรณีศึกษาชิลี,” ใน สถาบันพระปกเกล้า, รายงานการวิจัย การสร้างความปรองดองแห่งชาติหน้า, กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2555, หน้า ก3-1 – ก-13.

[305] ชลิต แนวพนิช, “ลำดับเหตุการณ์ทางการเมืองและสังคมเกี่ยวกับความเป็นมาของฝ่ายซ้ายในชิลี ค.ศ. 1906-1971,” ใน กองบรรณาธิการสังคมศาสตร์ปริทัศน์, การปฏิวัติของชิลี, กรุงเทพฯ : สังคมศาสตร์ปริทัศน์, 2516, อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, “การสร้างความปรองดองแห่งชาติ: กรณีศึกษาชิลี,” ใน รายงานการวิจัย การสร้างความปรองดองแห่งชาติหน้า, สถาบันพระปกเกล้า, หน้า ก3-1.

[306] เพิ่งอ้าง

แบบสังคมนิยม (พรรคการเมืองฝ่ายซ้าย) จึงได้ถือกำเนิดขึ้น เพื่อพยายามช่วยเหลือชนชั้นแรงงานและลดความเอารัดเอาเปรียบของนายทุน และพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายก็เข้ามามีบทบาทในประเทศชิลีมากขึ้น ดังจะได้กล่าวต่อไป

ความขัดแย้งในประเทศชิลีที่เกิดขึ้นในช่วง ค.ศ. 1973-1990 ซึ่งเป็นช่วงที่นายพลออกุสโต ปิโนเชต์ (Augusto Pinochet) และรัฐบาลทหารเป็นผู้ปกครองประเทศนั้น นับเป็นความขัดแย้งที่มีความรุนแรงเป็นอย่างมาก เนื่องจากนายพลปิโนเชต์ได้กระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงและกว้างขวาง แต่รัฐบาลประเทศชิลีคนต่อมาคือประธานาธิบดีพาทริชิโอ เอลวิน (Patricio Aylwin) ก็สามารถดำเนินนโยบายสร้างความปรองดองได้ในท้ายที่สุด แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงความขัดแย้งในประเทศชิลีในยุคประธานาธิบดีนายพลปิโนเชต์ และการสร้างความปรองดองในยุคประธานาธิบดีเอลวินนั้น จะขอกล่าวถึงบริบททางการเมืองก่อนเกิดความขัดแย้งซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศชิลีปกครองโดยประธานาธิบดีซัลวาดอร์ อาเยนเด (Salvador Allende) เสียก่อน โดยจะขออธิบายบทบาทของพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายในทางการเมือง และการดำเนินนโยบายของประธานาธิบดีอาเยนเด (ซึ่งมาจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย) อันนำไปสู่การเกิดรัฐประหารในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973

ในหัวข้อนี้จะอธิบายถึงความขัดแย้งในประเทศชิลีอันเป็นที่มาของการบัญญัติหลักการเรื่องการปกครองประชาธิปไตยโดยเริ่มจากสาเหตุแห่งความขัดแย้ง (3.3.1.1) จากนั้นจะขอกล่าวถึงสภาพความขัดแย้งที่เกิดขึ้น (3.3.1.2)

3.3.1.1 สาเหตุแห่งความขัดแย้ง

สาเหตุแห่งความขัดแย้ง ได้แก่ ความแตกต่างของอุดมการณ์ทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ (1) ซึ่งตั้งแต่ในอดีตรัฐบาลของประเทศชิลีก็มักจะดำเนินการปราบปรามผู้ที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองต่างจากตนมาบ้างแล้ว และการแทรกแซงจากต่างประเทศ (2) ซึ่งในที่นี้ หมายถึงประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก อันเป็นผลเนื่องมาจากสงครามเย็น และการเสียผลประโยชน์ทางธุรกิจจากการดำเนินนโยบายเศรษฐกิจของประธานาธิบดีอาเยนเด

(1) ความแตกต่างทางอุดมการณ์ทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดทางเศรษฐกิจ ประธานาธิบดีอาเยนเดซึ่งมาจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายได้ดำเนินนโยบายเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์เช่นเดียวกับประเทศสหภาพโซเวียต

โดยเริ่มจากการโอนคืนกิจการต่าง ๆ ที่มีนักลงทุนชาวต่างชาติเป็นเจ้าของอยู่ (โดยส่วนใหญ่นักลงทุนที่เป็นเจ้าของกิจการเหล่านี้ ได้แก่ นักลงทุนชาวอเมริกัน) ให้กลับมาเป็นของรัฐ โดยเริ่มจากกิจการธนาคาร บริษัทประกันภัย และโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ เช่น โรงงานผลิตรถยนต์ โรงงานผลิตอุปกรณ์เคมี ฯลฯ และได้มีการโอนกิจการเหมืองทองแดงที่นักลงทุนชาวอเมริกันเป็นเจ้าของอยู่กลับคืนมาเป็นของรัฐด้วย เนื่องจาก กิจการทองแดงเป็นกิจการที่สร้างรายได้อย่างมากให้แก่ประเทศชิลี แต่กิจการทองแดงเหล่านี้เกือบร้อยละ 90 ตกอยู่ในมือของนักลงทุนชาวอเมริกัน[307]

การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจดังกล่าว สร้างความไม่พอใจเป็นอย่างมากให้แก่กลุ่มนายทุนทั้งนายทุนชาวต่างชาติ (โดยเฉพาะนายทุนชาวสหรัฐอเมริกา) และกลุ่มนายทุนของประเทศชิลีเอง เพราะการโอนกิจการไปเป็นของรัฐทำให้นายทุนเหล่านี้เสียประโยชน์ นอกจากนี้ กลุ่มทหารนำโดยนายพลปิโนเชต์ ซึ่งได้รับการฝึกอบรมมาจากสหรัฐอเมริกา ก็ไม่เห็นด้วยกับการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประธานาธิบดีอาเยนเดเพราะต้องการให้ประเทศชิลีมีการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเชื่อว่านโยบายเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศชิลีได้ และมองว่านโยบายเศรษฐกิจแบบคอมมิวนิสต์ จะเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศชิลี และทำให้เศรษฐกิจไม่เจริญเติบโตเท่าที่ควร ดังนั้น กลุ่มทหารของนายพลปิโนเชต์ (ด้วยความสนับสนุนจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่ต้องการให้ประเทศชิลีดำเนินนโยบายเศรษฐกิจเช่นเดียวกับประเทศตน ซึ่งจะได้อธิบายอย่างละเอียดในหัวข้อต่อไป) จึงทำการรัฐประหารในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 เพื่อล้มล้างรัฐบาลอาเยนเด และเปลี่ยนการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจให้เป็นแบบเสรีนิยมเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา

(2) การแทรกแซงจากต่างประเทศ การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประธานาธิบดีอาเยนเดซึ่งเป็นการโอนคืนกิจการของนักลงทุนชาวต่างประเทศมาเป็นของรัฐสร้างความไม่พอใจเป็นอย่างมากให้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเจ้าของกิจการหลายกิจการในประเทศชิลี รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงดำเนินนโยบายเข้าแทรกแซง

---

[307] ชาญณรงค์ เตชะรัชต์กิจ, “ลำดับเหตุการณ์ทางการเมืองและสังคมเกี่ยวกับความเป็นมาของฝ่ายซ้ายในชิลี ค.ศ. 1906-1971” ใน การปฏิวัติของชิลี, กองบรรณาธิการสังคมศาสตร์ปริทัศน์ อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้าง, หน้า ก3-3.

ประเทศชิลีเพื่อล้มรัฐบาลอาเยนเด โดยใช้มาตรการทางเศรษฐกิจเพื่อตอบโต้การดำเนินนโยบายเศรษฐกิจของประเทศชิลีที่ขัดต่อผลประโยชน์ของตน และการให้ความช่วยเหลือทางทหารแก่กลุ่มที่ต่อต้านรัฐบาลอาเยนเด ดังนี้

(ก) การใช้มาตรการทางเศรษฐกิจ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ดำเนินนโยบายโต้ตอบการโอนคืนกิจการเป็นของรัฐของประธานาธิบดีอาเยนเดโดยการกดราคาทองแดงซึ่งเป็นสินค้าที่เป็นสินค้าส่งออกหลักของประเทศชิลี และพยายามไม่ซื้อทองแดงจากประเทศชิลี การกดราคาทองแดงดังกล่าวทำให้รายได้ของประเทศชิลีลดลงเป็นอย่างมาก ส่งผลให้ประเทศชิลีไม่มีรายรับเข้าประเทศมากพอที่จะสามารถซื้อเครื่องอุปโภคบริโภคอย่างอาหาร และเครื่องจักรกลต่าง ๆ ที่มีความจำเป็นได้อย่างเพียงพอ นอกจากนี้ ธนาคารเอกชนของสหรัฐอเมริกาก็งดให้เครดิตแก่ประเทศชิลี ทำให้ประเทศชิลีต้องซื้อสินค้าจากสหรัฐอเมริกาด้วยเงินสด (ซึ่งเมื่อรายได้ของประเทศชิลีลดลงแล้วประเทศชิลีย่อมมีเงินสดไม่เพียงพอสำหรับการซื้อสินค้าจากสหรัฐอเมริกา) ยิ่งกว่านั้นธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งถูกครอบงำโดยอิทธิพลของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ก็ปฏิเสธที่จะให้ประเทศชิลีกู้เงิน ประเทศชิลีจึงประสบปัญหาเศรษฐกิจอย่างรุนแรงและเครื่องอุปโภคบริโภคในประเทศชิลีก็มีราคาสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว จนแม่บ้านชาวชิลีได้เดินขบวนประท้วงรัฐบาลอาเยนเด[308]

(ข) การให้ความช่วยเหลือทางการทหาร ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือทางทหารแก่กลุ่มผู้ต่อต้านรัฐบาลอาเยนเด โดยหวังว่ากลุ่มผู้ต่อต้านเหล่านี้จะล้มล้างรัฐบาลอาเยนเด และดำเนินนโยบายเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมซึ่งจะเอื้อประโยชน์ให้แก่การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความช่วยเหลือทางการทหารสองด้าน ได้แก่[309]

(ข.1) การให้ความช่วยเหลือด้านวิธีการ (Know how) เช่น การฝึกอาวุธให้ทหารท้องถิ่น โดยมีการคัดเลือกทหารจากประเทศชิลีให้ไปฝึกอาวุธในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ทหารเหล่านี้ กลับไปปฏิวัติล้มล้างรัฐบาลที่ดำเนินนโยบายไม่เหมือนประเทศสหรัฐอเมริกา และหวังว่าถ้าหากเกิดการปฏิวัติแล้ว รัฐบาลใหม่ที่ทำการปฏิวัติจะดำเนินนโยบายเศรษฐกิจแบบสหรัฐอเมริกา เนื่องจาก นอกจากทหารที่ได้รับการฝึก

---

[308] เพิ่งอ้าง

[309] เพิ่งอ้าง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับการฝึกอาวุธแล้วก็จะได้รับการปลูกฝังแนวความคิดให้นิยมการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (ซึ่งเอื้อประโยชน์ให้แก่นายทุน) อย่างสหรัฐอเมริกาด้วย ทั้งนี้ นายพลปิโนเชต์เอง ก็ได้รับการฝึกทหารจากสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1965 และเมื่อนายพลปิโนเชต์ก่อการรัฐประหารในประเทศชิลีเรียบร้อยแล้ว นายพลปิโนเชต์ก็ดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมอย่างที่สหรัฐอเมริกาต้องการ

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังได้สร้างโครงการความปลอดภัยของสาธารณะ (Public Safety Program) ซึ่งเป็นโครงการฝึกอาวุธให้แก่กองกำลังท้องถิ่น โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าเป็นเพียงการให้วิทยาการทางทหารแก่ทหารและตำรวจในประเทศด้อยพัฒนาเท่านั้น แต่แท้จริงแล้ว โครงการดังกล่าวเป็นการฝึกตำรวจและทหารให้ปราบปรามการชุมนุมประท้วง

(ข.2) การให้เงินช่วยเหลือด้านทรัพย์สิน ทั้งนี้ รัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ให้อาวุธยุทโธปกรณ์ทางทหารแก่ทหารในชิลี ให้อาหาร และให้เงิน เช่น ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. 1971 รัฐบาลสหรัฐได้ให้ความช่วยเหลือทางทหารแก่ประเทศชิลีคิดเป็นมูลค่า 5 ล้านเหรียญสหรัฐ ซึ่งเงินจำนวนนี้ ได้แก่ การซื้ออาวุธ และอาหารให้แก่กองกำลังทหารฝ่ายที่ต่อต้านรัฐบาลอาเยนเด

3.3.1.2 ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี

ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในประเทศชิลี ได้แก่ การดำเนินนโยบายปราบปรามผู้มีอุดมการณ์ทางการเมืองที่ต่างกันด้วยวิธีการที่รุนแรง (1) ซึ่งหลายฝ่ายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มนักศึกษา และประชาชนบางส่วนที่สนับสนุนอดีตประธานาธิบดีอาเยนเด ต่างก็พยายามต่อต้านรัฐบาลปิโนเชต์ และการละเมิดสิทธิมนุษยชนของประธานาธิบดีปิโนเชต์ (2) ซึ่งทำให้เกิดการต่อต้านจากกลุ่มพิทักษ์สิทธิมนุษยชน เช่นกลุ่มบาทหลวงในศาสนาคริสต์

(1) การทำรัฐประหารนำโดยนายพลปิโนเชต์ และการปราบปรามกลุ่มคนที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองแตกต่างกัน : ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลทหารของนายพลปิโนเชต์ กับ กลุ่มผู้ที่สนับสนุนรัฐบาลอาเยนเด (หรือกลุ่มที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองแตกต่างจากปิโนเชต์) กลุ่มทหารจุนต้า (Junta) นำโดยนายพลปิโนเชต์ได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจจากประธานาธิบดีอาเยนเดในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 โดยให้เหตุผลว่า ประเทศชิลีได้ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงอันเนื่องมาจาก

การดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจของประธานาธิบดีอาเยนเด และรัฐบาลของประธานาธิบดีอาเยนเดก็ประสบความล้มเหลวในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจดังกล่าว คณะรัฐประหารได้เข้าควบคุมตัวนายอาเยนเด และพบว่าในวันเดียวกันนั้นเอง นายอาเยนเดได้เสียชีวิตเนื่องจากกระสุนปืน (ซึ่งยังเป็นที่เคลือบคลุมว่านายอาเยนเดฆ่าตัวตาย หรือถูกฆาตกรรม)[310] และรัฐบาลทหารจุนต้าก็ได้เข้าปกครองประเทศ โดยอ้างว่าจะปกครองประเทศเพียงชั่วคราว เนื่องจากเหตุการณ์ในประเทศยังไม่สงบและคณะรัฐบาลทหารก็ได้เลือกนายพลปิโนเชต์ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี

เมื่อได้ทำการรัฐประหารแล้ว คณะรัฐบาลทหารได้ประกาศใช้รัฐกำหนดหลายฉบับเพื่อบริหารประเทศ ที่สำคัญได้แก่ รัฐกำหนดที่ 5 ลงวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 1973 ซึ่งเป็นการประกาศ “สถานการณ์ฉุกเฉิน” ในประเทศ และกำหนดให้สถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นสถานการณ์ที่เทียบเท่า “ภาวะสงคราม” ซึ่งการประกาศภาวะสงครามเช่นนี้เป็นไปเพื่อให้คดีบางประเภทต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลทหารเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ทหารที่อ้างว่าปฏิบัติหน้าที่เป็นอย่างมาก นอกจากนี้ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (หรือภาวะสงคราม) ในประเทศชิลีโดยคณะรัฐบาลทหารยังสร้างความชอบธรรมให้แก่การจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการที่สำคัญ[311] ได้แก่

1. พรรคการเมืองทุกพรรคต้องงดทำกิจกรรมทางการเมือง และพรรคการเมืองที่เป็นพรรคฝ่ายซ้ายทุกพรรคหรือพรรคการเมืองที่ผิดกฎหมาย และห้ามบุคคลใด ๆ ดำเนินกิจกรรมทางการเมืองทุกชนิด ห้ามมีการประชุมหรือการรวมกลุ่มโดยมิได้รับอนุญาต และสมาคมหลายสมาคมถูกบังคับให้สลายตัว หรือถูกประกาศว่าสมาคมนั้น ๆ เป็นสมาคมที่ผิดกฎหมาย

2. หนังสือพิมพ์ และสถานีวิทยุที่สนับสนุนอดีตประธานาธิบดีอาเยนเดจะต้องถูกปิดและมีการควบคุมสื่อต่าง ๆ อย่างเข้มงวด

3. เสรีภาพในทางวิชาการถูกทำลายลง โดยรัฐบาลทหารได้ใช้อำนาจควบคุมการเรียนการสอนในมหาวิทยาลัย

---

[310] International Commission of Jurists, Final Report of Mission to Chile, April 1974, to study the legal system and the protection of human right, Geneva, 1974 Retrieved November 21, 2019 from https://www.icj.org/wp-content/uploads/1974/01/Chile-legal-system-and-protection-of-human-rights-fact-finding-mission-report-1974-eng.pdf

[311] Ibid.

4. สิทธิเสรีภาพของประชาชนในที่รโหฐานถูกล่วงละเมิดโดยรัฐบาลทหาร เนื่องจาก ทหารสามารถค้นบ้านของประชาชนได้โดยไม่จำเป็นต้องมีหมายค้น เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กลุ่มผู้ที่สนับสนุนอดีตประธานาธิบดีก็ลุกขึ้นต่อต้านรัฐบาลทหาร โดยอ้างว่าการขึ้นดำรงตำแหน่งของนายพลปิโนเชต์ไม่มีความชอบธรรม เพราะมาจากการทำรัฐประหาร ไม่ได้มาด้วยกระบวนการเลือกตั้งซึ่งเป็นกระบวนการประชาธิปไตย โดยกลุ่มที่ต่อต้านรัฐบาลทหารที่สำคัญ ได้แก่ กลุ่ม MIR (Movement of the Revolutionary Left)[312] และนอกจากกลุ่ม MIR แล้ว ก็ยังมีกลุ่มผู้สนับสนุนรัฐบาลอาเยนเดกลุ่มอื่น ๆ อีก เช่น กลุ่มคนยากจนที่อาศัยอยู่ในสลัม และกลุ่มกรรมกรที่ชื่นชอบการดำเนินนโยบายของรัฐบาลอาเยนเด

ทั้งนี้ นายพลปิโนเชต์ได้ดำเนินการกวาดล้างกลุ่มผู้ต่อต้านรัฐบาลอย่างรุนแรง เช่น การจับกุมทุกคนที่เป็นพวกคอมมิวนิสต์และผู้ที่ต่อต้านรัฐบาล ตลอดจนผู้ต้องสงสัย กล่าวคือ แม้ไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่า บุคคลผู้นั้นเป็นคอมมิวนิสต์หรือเป็นผู้ต่อต้านรัฐบาลหรือไม่ แต่ถ้าหากมีพฤติการณ์ว่าเป็นผู้ต้องสงสัยก็อาจถูกจับกุมได้ และสำหรับกลุ่ม MIR นั้น ถ้าหากถูกจับได้เจ้าหน้าที่ก็จะทรมานเพื่อให้นักโทษบอกรายชื่อของสมาชิกที่เหลือและที่หลบซ่อนตัวของสมาชิกเหล่านั้นด้วย[313] นอกจากนี้รัฐบาลยังสังหารกลุ่มคนยากจนในสลัมและกรรมกรที่ลุกขึ้นต่อต้านรัฐบาล และนายพลปิโนเชต์ได้จัดตั้งหน่วยงานลับทางทหารขึ้น คือ The International Intelligence Directorate (หรือ

---

[312] กลุ่ม MIR ถูกก่อตั้งขึ้นใน ค.ศ. 1965 โดยกลุ่มนักศึกษามหาวิทยาลัย Concepcion เมืองซานติเอโก ซึ่งเป็นสหพันธ์ของกลุ่มการเมืองฝ่ายซ้าย และได้รับการสนับสนุนอย่างมากจากประชาชนระดับรากหญ้า และกลุ่มผู้ใช้แรงงานในเมืองซานติเอโก ผู้นำคนสำคัญของกลุ่มนี้ ได้แก่ มิเกล เอนริ-เก้ (Miguel Enriguez) ซึ่งเสียชีวิตใน ค.ศ. 1974 เดิมทีก่อนที่จะมีการรัฐประหารใน ค.ศ. 1973 กลุ่ม MIR ได้เริ่มระแคะระคายก่อนแล้ว และได้ติดต่อกับกลุ่มทหารรุ่นใหม่เพื่อโน้มน้าวให้เห็นความสำคัญของการมีรัฐบาลเป็นพลเมือง โดยหวังว่าถ้าหากเกิดการรัฐประหารขึ้น ทหารเหล่านี้จะฝ่าฝืนคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ทำการรัฐประหาร แต่นายทหารชั้นผู้ใหญ่ล่วงรู้เสียก่อน จึงกำจัดทหารรุ่นใหม่เหล่านี้และในช่วงที่ประเทศชิลีถูกปกครองโดยรัฐบาลเผด็จการทางทหารของนายพลปิโนเชต์นั้น กลุ่ม MIR ก็ได้ดำเนินการต่อต้านรัฐบาล แต่ไม่ใช้วิธีเผชิญหน้ากับรัฐบาล หากแต่ใช้วิธีปฏิบัติการใต้ดินและแบบกองโจร (Christopher Minster, “Chile’s MIR : The Revolutionary Left Movement : Urban guerrillas Declare war on the Pinochet Dictatorship.” อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้าง, หน้า ก 3-6.

[313] Christopher Minster. “Chile’s MIR: The Revolutionary Left Movement : Urban guerrillas Declare war on the Pinochet Dictatorship.” อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้าง, หน้า ก3-6.

DINA) เพื่อรักษาฐานอำนาจของตน การดำเนินงานหลักของหน่วยงานนี้ คือ การกวาดล้างบุคคลซึ่งมีแนวความคิดทางการเมืองในทางตรงกันข้ามกับรัฐบาล ทำให้ประชาชนจำนวนมากต้องได้รับบาดเจ็บ หายสาบสูญ หรือเสียชีวิต โดยการกวาดล้างดังกล่าวได้แก่ การฆาตกรรม การจับกุมคุมขัง หรือการทรมาน เป็นต้น โดยวิธีการทรมานที่กระทำได้แก่ การจับนักโทษทางการเมืองมัดกับเตียงเหล็กและปล่อยกระแสไฟฟ้าไปยังหน้าอกลิ้น เป็นเวลานาน 2 ชั่วโมงติดกัน หรือการขับยานพาหนะทับมือ และเท้าของนักโทษ การทุบตีบริเวณศีรษะ เป็นต้น[314]

(2) การต่อต้านการละเมิดสิทธิมนุษยชน : ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลทหารของนายพลปิโนเชต์ กับกลุ่มผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน กลุ่มผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่ได้ต่อต้านรัฐบาลนายพลปิโนเชต์ในเรื่องอุดมการณ์ทางการเมือง หากแต่ออกมาต่อต้านรัฐบาลเนื่องจากไม่พอใจที่รัฐบาลปราบปรามผู้ที่มีความคิดเห็นแตกต่างจากตนด้วยวิธีการที่รุนแรงอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชนหลายประการ ทั้งนี้กลุ่มที่ออกมาเคลื่อนไหว เพื่อเรียกร้องให้รัฐบาลเคารพสิทธิมนุษยชนของประชาชนได้แก่ กลุ่มนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน กลุ่มนักบวชในศาสนาคริสต์ กลุ่มเยาวชนในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก โดยกลุ่มที่มีบทบาทมากที่สุดคือ กลุ่ม Vicariate of Solidarity (La Vicaria de la Solidaridad) ซึ่งก่อตั้ง ในปี 1976 โดยพระคาดินัล Raul Silva Henriquez เพื่อช่วยเหลือญาติของผู้เสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนให้ได้รับความยุติธรรม โดยให้คำแนะนำทางกฎหมายให้แก่ผู้เสียหายหรือญาติของผู้เสียหาย และช่วยฟ้องคดีให้ แต่ส่วนใหญ่ศาลก็ต้องยกฟ้อง เนื่องจากนายพลปิโนเชต์ได้ออกรัฐกฤษฎีกาที่ 2191 ซึ่งเป็นรัฐกฤษฎีกานิรโทษกรรมให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำความผิดทางอาญาในช่วงที่มีการประกาศใช้ภาวะฉุกเฉิน ตั้งแต่วันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 1973 ถึงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1978 ซึ่งเป็นช่วงที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงมากที่สุด[315]

---

[314] ศรัณยา สีมา, ความคุ้มกันของผู้นำรัฐกับอาชญากรรมระหว่างประเทศ : ศึกษากรณีคดีพลเอกออก กุสโตปิโนเชต์,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555, อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้าง, หน้า ก3-6.

[315] International Commission of Jurists, Final Report of Mission to Chile, April 1974, to study the legal system and the protection of human right, Geneva, 1974 Retrieved November 21, 2019 from https://www.icj.org/wp-content/uploads/1974/01/Chile-legal-system-and-protection-of-human-rights-fact-finding-mission-report-1974-eng.pdf

แม้กลุ่มพิทักษ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าวจะไม่ได้ดำเนินการต่อต้านที่รุนแรง แต่การรวบรวมนำพยานหลักฐานฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากก็สร้างความไม่พอใจให้แก่นายพลปิโนเชต์ เขาจึงได้ประกาศเตือนเมื่อวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1987 ว่าผู้ใดก็ตามที่เกี่ยวข้องกับองค์กรสิทธิมนุษยชนควรจะต้องถูกขับไล่หรือถูกกักขัง (All those involved in human rights organization should be expelled or locked up.)[316] กลุ่ม Vicariate มักจะได้รับคำขู่จากรัฐบาลตลอด เช่น ขู่ฆ่า หรือขู่ว่าจะทำอันตรายด้วยวิธีการอื่น ๆ และมีเจ้าหน้าที่ของ Vicariate ถูกจับกุม 2 คนในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1987 อย่างไรก็ตาม แม้การดำเนินการของกลุ่มพิทักษ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าวจะไม่ประสบความสำเร็จ แต่ก็ทำให้ประชาชนจำนวนไม่น้อยรู้สึกต่อต้านการกระทำละเมิดสิทธิมนุษยชนของรัฐบาลปิโนเชต์

เมื่อนายพลปิโนเชต์ได้เข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแล้ว ก็ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญ และบังคับใช้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใน ค.ศ. 1980 และในรัฐธรรมนูญนั้นก็ได้มีบทเฉพาะกาลเปิดช่องให้นายพลปิโนเชต์และรัฐบาลทหารสืบทอดอำนาจต่อ ดังนี้

มาตรา 25 วรรคสอง บัญญัติเป็นหลักว่า ให้ประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่ง 8 ปีและห้ามได้รับการเลือกตั้ง 2 สมัยติดกัน

นอกจากนี้ บทเฉพาะกาล มาตรา 13 วรรคหนึ่ง[317] ประกอบกับมาตรา 14 วรรคหนึ่ง[318] ซึ่งใช้บังคับในช่วงที่เป็นระยะเปลี่ยนผ่านระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 ให้บทเฉพาะกาลมีผลใช้บังคับและให้นายพลปิโนเชต์ซึ่งเป็นประธานาธิบดีอยู่ในวันที่รัฐธรรมนูญ ฉบับ ค.ศ. 1980 ใช้บังคับ ดำรงตำแหน่งต่อไปตามวาระที่กำหนดไว้ในมาตรา 25 หมายความว่า ให้นายพลปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งต่อไปอีก 8 ปี หลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1980 ใช้บังคับ แม้ตามมาตรา 25

---

[316] Amnesty International, Report Amnesty International Report, United Kindom: Amnesty International, 1987.

[317] Article 13 paragraph 1 of Transitory Provision

"The Presidential term which shall commence when this Constitution enters in force shall last the time prescribed for in Article 25."

[318] Article 14 paragraph 1 of Transitory Provision

"During the term stated in the preceding provision, the current President, General of the Army, Augusto Pinochet Ugarte, shall continue being the President of the Republic and shall remain in office until the end of said term."

เมื่อครบกำหนด 8 ปี นายพลปิโนเชต์จะดำรงตำแหน่งต่อไม่ได้ แต่บทเฉพาะกาลมาตรา 27 วรรค 1[319] ได้เปิดช่องให้นายพลปิโนเชต์สืบทอดอำนาจต่อ โดยบัญญัติว่า ประชาชนสามารถลงประชามติได้ว่าจะให้ผู้ใดได้รับการยกเว้นจากหลักที่ว่าประธานาธิบดีห้ามได้รับการเลือกตั้ง 2 วาระติดต่อกัน กล่าวคือ ถ้าหากนายพลปิโนเชต์ต้องการดำรงตำแหน่งต่อเป็นวาระที่ 2 ติดต่อกัน ก็ต้องจัดให้มีการลงประชามติเพื่อถามประชาชนว่าต้องการให้ตนดำรงตำแหน่งต่อหรือไม่

ประธานาธิบดีปิโนเชต์จึงจัดให้มีการลงประชามติในวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1988 เพื่อถามประชาชนว่า ต้องการให้ตนดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีต่ออีกหรือไม่และผลการลงประชามติคือ มีผู้มาใช้สิทธิทั้งหมด 7,216,391 คน มีผู้ลงประชามติเห็นชอบให้นายพลปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งต่อทั้งหมด 3,106,009 คน และมีผู้ไม่เห็นชอบให้นายพลปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งต่อทั้งหมด 3,945,865 คน สรุปผลการลงประชามติก็คือ ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ต้องการให้นายพลปิโนเชต์ดำรงตำแหน่งต่อ ดังนั้น นายพลปิโนเชต์จึงได้ลงจากตำแหน่งประธานาธิบดีและได้มีการจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดีในวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1989 และผลจากการเลือกตั้ง คือ นายพาทริชิโอ เอลวิน (Patricio Aylwin) จากพรรคคริสเตียนเดอโมแครต (Christian Democrat) ชนะการเลือกตั้งและได้เป็นประธานาธิบดีคนต่อไป[320] ประธานาธิบดีเอลวินได้เริ่มดำเนินนโยบายเพื่อสร้างความปรองดองในประเทศชิลีและเยียวยาผู้เสียหายรวมถึงญาติของผู้เสียหาย

---

[319] Article 27 paragraph 1 of Transitory Provision

"The incumbent Commanders-in-Chief of the Armed Forces and the Directory, General of the Armed Police shall unanimously propose to the country, subject to the ratification by the citizens, the name of the person who should assume the office of President of the Republic during the presidential term following that referred to in the thirteenth transitory provision, and who is to meet the requirements set forth in Article 25, first paragraph, of this Constitution, and who shall not be subject to the prohibition to be reelected, provided for in the second paragraph of same Article. To that effect, they shall meet at least ninety days prior to the date on which the incumbent is to cease his functions. The designation shall be communicated to the President of the Republic for the purpose of convoking the plebiscite."

[320] César N. Caviedes, Elections in Chile: The Road Toward Redemocratization (United States of America: Lynne Rienner Publishers, 1991) อ้างถึงใน ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร, เพิ่งอ้าง, หน้า ก3-8.

ที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนในยุครัฐบาลทหารของนายพลปิโนเชต์ และพยายามสร้างความเป็นประชาธิปไตยโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

3.3.2 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ

เดิมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐชิลี ฉบับปี ค.ศ. 1980 ได้บัญญัติถึงมาตรการปกป้องตนเองของสาธารณรัฐและระบอบการปกครองที่นายพลปิโนเชต์สถาปนาขึ้นไว้ โดยในมาตรา 8 บัญญัติว่า

"การดำเนินการใด ๆ โดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีเจตนาจะเผยแพร่หลักคำสอนที่พยายามต่อต้านครอบครัวหรือที่สนับสนุนความรุนแรงหรือแนวคิดเกี่ยวกับสังคม รัฐหรือคำสั่งของศาลอันมีลักษณะเป็นเผด็จการหรือหรือให้นำไปสู่สงครามย่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายและขัดต่อหลักการของสาธารณรัฐ

องค์กร กลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือลักษณะของกิจกรรมของสมาชิกอันมีแนวโน้มที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวย่อมเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติในวรรคก่อนเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ..."[321]

มาตรา 82 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 ยังได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ แต่หนึ่งในนั้นคืออำนาจในการวินิจฉัยการกระทำตามมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติไว้ในอนุมาตรา 7 สรุปความได้ว่า

"7. - วินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์การกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองตามบทบัญญัติมาตรา 8

---

[321] Article 8.- Any action by an individual or group intended to propagate doctrines attempting against the family, or which advocate violence or a concept of society, the State or the juridical order, of a totalitarian character or based on class warfare, is illegal and contrary to the institutional code, of the Republic.

The organizations and political movements or parties which, due to their purposes or the nature of the activities of their members, tend toward such objectives, are unconstitutional.

The cognizance of violations of the provisions set forth in the preceding paragraphs shall rest with the Constitutional Court...

ของรัฐธรรมนูญนี้”[322]

นอกจากนี้ มาตรา 19 (15) ยังบัญญัติถึงการยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี หรือความมั่นคงของรัฐ โดยให้บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อศึกษากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็พบว่า มาตรา 42 (7) ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 18.603 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15)

อีกทั้งในรัฐธรรมนูญของชีลี มาตรา 82 (2) ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการ “วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเกิดขึ้นในกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกส่งมาโดยคำอนุมัติของรัฐสภา” ดังนั้นภายใต้รัฐธรรมนูญชิลี ศาลรัฐธรรมนูญอาจเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตั้งแต่ในขั้นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ต้องเป็นไปโดยการอนุมัติของรัฐสภาเท่านั้น จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายของชีลีก็มีการวางกลไกให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

จึงเห็นได้ว่า ในยุคของรัฐบาลนายพลปิโนเชต์นั้น ได้มีการใช้รัฐธรรมนูญเป็น “เครื่องมือ” ในการปกป้องหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐ แม้ว่าใน “เนื้อหา” ของการปกครองภายใต้นายพลปิโนเชต์จะมิใช่เสรีประชาธิปไตยก็ตาม แต่ “จุดมุ่งหมาย” ที่ต้องการจะใช้รัฐธรรมนูญเป็น “เครื่องมือ” ในการพิทักษ์หลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐก็มีหลักการที่ใกล้เคียงกับในหลาย ๆ ประเทศที่มอบภารกิจในการพิทักษ์รักษาสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ โดยการบัญญัติเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้สามารถวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำใดขององค์การทางการเมือง กลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองมีลักษณะที่จะนำไปสู่ความรุนแรง หรือต่อต้าน หรือขัดต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐชิลีหรือไม่ กล่าวคือ การกระทำของกลุ่มการเมืองไม่ว่าจะเป็นองค์การ กลุ่มเคลื่อนไหว อันหมายความถึงกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มผลประโยชน์ใด ๆ ตลอดจนพรรคการเมืองมีการเคลื่อนไหวซึ่งมีแนวโน้มจะนำไปสู่ความรุนแรง สงคราม หรือจะกระทบต่อหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญ

---

[322] Article 82- Powers of the Constitutional Court are:

... 7. To declare the unconstitutionality of organizations, movements or political parties, in accordance with the provisions of Article 8 of this Constitution;

แห่งสาธารณรัฐ เช่น พรรคคอมมิวนิสต์ พรรคสังคมนิยม หรือพรรคฝ่ายซ้ายหัวก้าวหน้าอื่น ๆ ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยได้มอบอำนาจในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำเหล่านั้นให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ กลายเป็นว่ากลไกที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ได้กลายเป็นเครื่องมือในการจัดการศัตรูทางการเมืองของนายพลปิโนเชต์นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่นายพาทริชิโอ เอลวิน ได้ขึ้นดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแล้ว ประธานาธิบดีเอลวินก็พยายามที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 ให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติหลายมาตราที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน เช่น เสรีภาพทางด้านการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพของสื่อ โดยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องใดบ้าง แต่จะบัญญัติในตอนต้นของมาตราว่ามีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และวรรคต่อมาก็จะบัญญัติข้อยกเว้นว่าสิทธิเสรีภาพนั้น ๆ อาจถูกจำกัดได้ด้วยวิธีการใดบ้าง ซึ่งส่วนใหญ่ก็จะบัญญัติไว้อย่างกว้างว่า “ให้มีกฎหมายกำหนดเรื่อง....” ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในตอนต้นของมาตราทั้งสิ้น

นับแต่ปี ค.ศ. 1989 เป็นต้นมา ประเทศชิลีมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้นมาโดยตลอด และรัฐธรรมนูญก็ได้รับการแก้ไขครบทุกประเด็นในปี ค.ศ. 2005 เหตุที่ทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างล่าช้า เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 ได้กำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทำได้โดยยากมาก[323] ทั้งนี้ ประเด็นสำคัญที่มีการแก้ไขในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ในปี ค.ศ. 1991 ตามแผนการปฏิรูปรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สมาชิกสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทางการเมืองมากยิ่งขึ้น โดยแต่เดิมสมาชิกสภาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร

---

[323] มาตรา 116 วรรค 1-2 ร่างเสนอในการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องเสนอโดยประธานาธิบดีหรือสมาชิกสภาคองเกรส (National Congress เทียบได้กับรัฐสภาในประเทศไทย) และข้อเสนอดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองจากทั้งสองสภา โดยจะต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดในสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดในวุฒิสภา.

แต่ที่สำคัญที่สุดสำหรับหัวข้อนี้ คือ มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งมีเนื้อหาที่ส่งผลให้พรรคการเมืองอุดมการณ์แบบมาร์กซิสต์หรือพรรคการเมืองฝ่ายซ้าย กลายเป็นพรรคการเมืองที่ผิดกฎหมาย ซึ่งในรัฐธรรมนูญใช้คำว่า "ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" (unconstitutional) เดิมทีรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 มาตรา 8 บัญญัติให้การกระทำใด ๆ ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีเจตนาที่จะถ่ายทอดหลักการ (หรือแนวความคิด) ที่ขัดแย้งกับ (แนวความคิด) ของสังคมหรือของรัฐ ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรหรือกลุ่มการเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองที่มีจุดประสงค์ดังกล่าว หรือโดยสภาพกิจกรรมของสมาชิกในองค์กรกลุ่มการเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองนั้นเป็นที่สงสัยว่ามีจุดประสงค์ดังกล่าว ให้ถือว่าองค์กรหรือพรรคการเมืองนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังได้กล่าวแล้วข้างต้น อีกทั้งยังได้กำหนดโทษไว้ด้วย กล่าวคือ ห้ามบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นสอนหนังสือหรือออกสื่อมวลชนภายในเวลาที่กำหนด เป็นต้น แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้รับการแก้ไขโดยรัฐบัญญัติที่ 18,825 ลงวันที่ 17 สิงหาคม 1989[324] หลังจากการแก้ไขครั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา 8 ได้เปลี่ยนเนื้อหาใหม่เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐโดยบัญญัติว่า

"มาตรา 8 การใช้อำนาจหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดตามหลักการอย่างซื่อตรง

การกระทำหรือการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรของรัฐ ตลอดจนการให้เหตุผลในกระบวนวิธีพิจารณาในทางมหาชนต้องเป็นไปอย่างเปิดเผย เว้นแต่ในกรณีที่การเปิดเผยนั้นอาจกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว สิทธิของปัจเจกบุคคล ความมั่นคง หรือผลประโยชน์ของชาติอาจกำหนดให้การดำเนินการเหล่านั้นเป็นความลับได้โดยกฎหมายซึ่งได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมาก

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ รัฐมนตรีแห่งรัฐ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญต้องเปิดเผยรายการทรัพย์สินและผลประโยชน์ต่อสาธารณะ

---

[324] Eduardo Aldunate Lizana, "Chapter 4 Chile," in The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies, Markus Theil. Ed. (New York: Routledge, 2009), p.71.

กฎหมายดังกล่าว ครอบคลุมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวมอบอำนาจให้บุคคลที่สามบริหารจัดการทรัพย์สินและผลประโยชน์ ตลอดจนการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการใช้อำนาจมหาชน”

ส่วนบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองหลักการประชาธิปไตยได้ย้ายไปบัญญัติอยู่ในมาตรา 19 (15) โดยมีเจตนารมณ์เพื่อปกป้องประชาธิปไตยในลักษณะที่สอดคล้องกับแนวคิดเสรีนิยม บทบัญญัติใหม่ได้มีการแก้ไขสภาพบังคับ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการตีความอันจะนำไปสู่การลงโทษต่อการเผยแพร่แนวความคิด นอกจากนั้น มาตรการนี้ยังสอดคล้องกับการคุ้มครองความหลากหลายทางการเมือง (political pluralism) ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1989 มาตรา 19 (15) วรรคหก วรรคเจ็ด และวรรคแปด[325] ดังนี้

“รัฐธรรมนูญให้หลักประกันต่อความหลากหลายทางการเมือง พรรคการเมือง ขบวนการหรือการรวมกลุ่มทางการเมืองในรูปแบบใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมไม่เคารพหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยหรือระบอบรัฐธรรมนูญ ส่งเสริมการจัดตั้งระบบเผด็จการ ตลอดจนใช้ สนับสนุนหรือปลุกระดมให้เคลื่อนไหวทางการเมืองด้วยความรุนแรงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น

---

[325] The Political Constitution guarantees political pluralism. Unconstitutional are parties, movements or other forms of organization whose objectives, acts or conduct do not respect the basic principles of the democratic and constitutional regime or promote the establishment of a totalitarian system, as well as those which use, propagate or encourage violence as a means of political action. The Constitutional Tribunal is competent to pronounce said unconstitutionality.

Without prejudice to the other penalties established in the Constitution or the law, the persons who have participated in the events leading to the declaration of unconstitutionality that the preceding paragraph refers to, may not participate in the formation of other political parties, movements or other forms of political organizations, nor run for elective public office nor carry out the functions that are mentioned in numerals 1 to 6 of Article 57 for a period of five (5) years, counted from the date of the declaration of the Court. If, at this date the persons referred to are in charge of the tasks or functions indicated, they shall lose them as of right.

Persons punished by virtue of this provision may not benefit from rehabilitation during the period indicated in the preceding paragraph. The duration of the ineligibilities contemplated in the said paragraph is doubled in the case of recurrence;

โดยปราศจากอคติต่อโทษประการอื่นซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย บุคคลใดก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมในเหตุการณ์อันนำไปสู่การความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในวรรคก่อน ไม่อาจเข้าร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองอื่นหรือเคลื่อนไหวในรูปแบบอื่น ๆ ในองค์กรทางการเมืองและไม่อาจดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับการเลือกตั้ง ตลอดจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 57 (1) ถึง (6)[326] *เป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากบุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย*

ผู้ถูกลงโทษโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัตินี้ไม่อาจกลับเข้ารับตำแหน่งเดิมได้ตลอดระยะเวลาที่ถูกลงโทษในวรรคก่อน ระยะเวลาที่ถูกตัดสิทธิดังกล่าวจะถูกเพิ่มเป็นสองเท่าหากมีการกระทำความผิดซ้ำ”

บทบัญญัติในมาตรานี้รับกับมาตรา 93 (10) ซึ่งบัญญัติไว้ถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์การและขบวนการหรือพรรคการเมืองรวมถึงความรับผิดของบุคคลที่มีส่วนร่วมในเหตุการณ์ที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19 (15) วรรคหก วรรคเจ็ด และวรรคแปดของรัฐธรรมนูญนี้ อย่างไรก็ตาม หากบุคคดังกล่าวคือประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือตำแหน่งประธานที่มาจากการเลือกตั้ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากของวุฒิสภาด้วย

ภายหลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ก็ไม่ปรากฏว่ามีพรรคการเมืองหรือองค์การทางการเมืองใดถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญอีกเลย ทั้งพรรคคอมมิวนิสต์และพรรคสังคมนิยมยังคงมีสถานะทางกฎหมายอยู่ สมาชิกของพรรคคอมมิวนิสต์ก็ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเทศบาล ในขณะที่พรรคสังคมนิยมก็เป็นแนวร่วมทางการเมืองชื่อ “พรรคแนวร่วมเพื่อประชาธิปไตย” (concentracion de partidos por la democracia) ซึ่งเป็นพรรครัฐบาลตั้งแต่ 11 มีนาคม 1990 จนถึงปี 2010 โดยปราศจากการเคลื่อนไหวทางการเมืองด้วยความรุนแรง

---

[326] ได้แก่ (1) ตำแหน่งรัฐมนตรี (2) ผู้ว่าการเมือง นายกเทศมนตรี ผู้อำนวยการระดับภูมิภาค ที่ปรึกษาแห่งรัฐและเลขาธิการ (3) คณะกรรมการธนาคารกลาง (4) ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมชั้นสูงและศาลทั่วไป (5) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลการเลือกตั้งและศาลเลือกตั้งส่วนภูมิภาค (6) ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

3.3.3 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญชิลี

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐชิลี ฉบับปี ค.ศ. 1980 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2005 ได้บัญญัติถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในหมวด 8 ศาลรัฐธรรมนูญ (CHAPTER VIII CONSTITUTIONAL TRIBUNAL)

3.3.3.1 โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 92[327] ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการจำนวน 10 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลดังต่อไปนี้

---

[327] There shall be a Constitutional Tribunal composed of ten (10) members appointed in the following form:

a) Three (3) members appointed by the President of the Republic;

b) Four (4) members elected by the National Congress. Two (2) members shall be appointed directly by the Senate, and two (2) shall be proposed by the Chamber of Deputies for approval or rejection by the Senate. The appointments, or the proposal for appointment, take place by single ballot and require for their approval the favorable vote of two- thirds (2/3) of the senators and deputies in office, as the case may be;

c) Three (3) members elected by the Supreme Court by secret ballot which shall take place in a session especially convened for this purpose.

The members of the Tribunal shall remain nine (9) years in office and shall be partially replaced every three (3) years. They must have held for at least fifteen (15) years the title of lawyer, have distinguished themselves in their professional, academic or public activity; they may not be prevented by any impediment from discharging the office of a judge, shall be subject to the provisions in Articles 58, 59 and 81, and may not exercise the profession of trial lawyer, including in the judiciary, nor carry out any of the activities referred to in the second and third paragraph of Article 60.

The members of the Constitutional Tribunal shall not be subject to removal and may not be re-elected, with the exception of those who have been elected as replacements and have occupied the office for less than five (5) years. They shall cease their functions upon attaining seventy-five (75) years of age.

In case a member of the Constitutional Tribunal resigns from office, the competent organ provides for his/her replacement in accordance with the first paragraph of this article and for the remaining term of the person to be replaced.

The Tribunal shall sit in plenary or in two (2) separate chambers. In the first case, the quorum for a session shall be at least eight (8) members, and in the second case, four (4) members. The Tribunal shall adopt its decisions by simple majority, save in the cases in which a different quorum is required, and shall render its judgments in accordance

(ก) ตุลาการ 3 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี

(ข) ตุลาการ 4 คน ซึ่งได้รับเลือกจากรัฐสภา โดยมาจากการเลือกโดยตรงของวุฒิสภา 2 คนและจากสภาผู้แทนราษฎรโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาอีก 2 คน

(ค) ตุลาการ 3 คน ซึ่งได้รับเลือกจากผู้พิพากษาศาลฎีกา

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 9 ปี และมีการแต่งตั้งแทนตุลาการบางส่วนที่ต้องพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบ 3 ปี คุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องประกอบวิชาชีพทางกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี มีผลงานที่โดดเด่นในวิชาชีพ ในกิจการมหาวิทยาลัยหรือในการบริหารงานแผ่นดิน ต้องไม่มีอุปสรรคใด ๆ อันขัดขวางต่อการปฏิบัติหน้าที่ตุลาการ ไม่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ตุลาการศาลคดีเลือกตั้ง หรือตำแหน่งอื่นใดที่รับค่าตอบแทนจากรัฐ เทศบาล องค์กรอิสระ องค์กรกึ่งสาธารณะหรือรัฐวิสาหกิจ เว้นแต่งานที่เกี่ยวข้องกับการสอนในระดับมัธยมและอุดมศึกษา

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีโครงสร้าง อัตรากำลังและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

3.3.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมาตรา 93[328] ได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ 16 ประการ ดังนี้

---

with the law. The plenary Tribunal shall adopt final decisions on the matters indicated in numerals 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 and 11 of the following article. For the exercise of its other powers, it may sit in plenary or in chamber in accordance with the provisions of the respective organic constitutional law.

An organic constitutional law shall determine its organization, functioning and procedures and shall establish the structure, the rules concerning salaries and the status of its staff.

[328] The powers of the Constitutional Tribunal are:

1. To control the constitutionality of laws interpreting a provision of the Constitution, of constitutional organic laws and of treaty rules relating to matters governed by them [the Constitution and the constitutional organic laws] before their promulgation;

2. To decide on constitutional issues raised by judicial decisions issued by the Supreme Court, the Court of Appeals and the Elections Tribunal;

(1) ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตีความรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้

---

3. To resolve the issues about constitutionality which arise during the discussion of legislative or constitutional reform bills or of the treaties submitted for approval to Congress;

4. To resolve the issues which arise in respect of the constitutionality of a decree having the force of law;

5. To resolve the issues which arise in respect of the constitutionality of the decision to hold a plebiscite, without prejudice to the competences of the Elections Tribunal;

6. To decide, with the majority of its members in office, on the inapplicability of a legal provision whose application in proceedings before an ordinary or special tribunal would result in a violation of the Constitution;

7. To decide, with the majority of four-fifths (4/5) of its members in office, on the unconstitutionality of a legal provision which has been declared inapplicable in accordance with the preceding numeral;

8. To decide on the complaints in the cases where the President of the Republic does not promulgate a law when he/she is obligated to do so or promulgates a text different from the one which, under the Constitution, he/she ought to promulgate;

9. To decide on the constitutionality of a decree or a decision of the President of the Republic to which the Office of Comptroller-General has objected because it deems it to be unconstitutional, upon request of the President in conformity with Article 99;

10. To declare the unconstitutionality of the organizations and movements or political parties, as well as the liability of the persons which have taken part in the events which gave rise to the declaration of unconstitutionality, in accordance with the provisions of the sixth, seventh and eighth paragraph of numeral 15 of Article 19 of this Constitution. However, if the person concerned is the President of the Republic or the President-elect, the above-mentioned declaration shall, in addition, require the approval of the Senate voted by the majority of its members in office;

11. To inform the Senate in the cases referred to in numeral 7 of Article 53 of this Constitution;

12. To decide on the conflicts of jurisdiction arising between political or administrative authorities and the courts of justice which do not fall within the competence of the Senate;

13. To decide on the constitutional or legal ineligibilities which affect the capacity of a person to be appointed as Minister of State, to remain in that function or to discharge simultaneously other functions;

(2) วินิจฉัยประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยของศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์หรือศาลเลือกตั้ง

(3) วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกระบวนการนิติบัญญัติหรือการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาของรัฐสภา

(4) วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกฤษฎีกาที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย

(5) วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการลงประชามติโดยไม่กระทบต่ออำนาจศาลคดีเลือกตั้ง

(6) วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากต่อความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติกฎหมายซึ่งใช้ในการพิจารณาคดีในศาลทั่วไปหรือศาลพิเศษอันอาจละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ

(7) วินิจฉัยด้วยเสียงข้างมาก 4 ใน 5 ต่อความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถูกวินิจฉัยความไม่เหมาะสมตาม (6)

(8) วินิจฉัยข้อร้องเรียนในกรณีที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมิได้ประกาศใช้กฎหมายที่มีหน้าที่ต้องประกาศ หรือประกาศใช้กฎหมายซึ่งมีข้อความแตกต่างจากที่มีหน้าที่ต้องประกาศภายใต้รัฐธรรมนูญ

(9) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกฤษฎีกาหรือความเห็นของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินคัดค้านเพราะเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐร้องขอตามมาตรา 99

(10) วินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์การและขบวนการหรือพรรคการเมืองรวมถึงความรับผิดของบุคคลที่มีส่วนร่วมในเหตุการณ์ที่ศาลวินิจฉัย

---

14. To decide on the ineligibilities, incompatibilities and grounds for resignation concerning the functions of the parliamentarians;

15. To assess the ineligibility invoked by a parliamentarian under the terms of the final paragraph of Article 60 and to decide on the renunciation of his/her functions; and

16. To decide on the constitutionality of the supreme decrees, regardless of the defects invoked, including those which have been issued in the exercise of the autonomous regulatory powers of the President of the Republic, provided that they relate to matters which may be reserved for statutory legislation under the mandate of Article 63.

ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19 (15) วรรคหก วรรคเจ็ด และวรรคแปดของรัฐธรรมนูญนี้ อย่างไรก็ตาม หากบุคคดังกล่าวคือประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือตำแหน่งประธานที่มาจากการเลือกตั้ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากของวุฒิสภาด้วย

(11) รายงานต่อวุฒิสภาในกรณีตามมาตรา 53 (7) ของรัฐธรรมนูญนี้

(12) วินิจฉัยความขัดแย้งในเขตอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองหรือองค์กรฝ่ายปกครองกับศาลยุติธรรมซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของวุฒิสภา

(13) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของคุณสมบัติของบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี

(14) วินิจฉัยการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามอันทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภาสิ้นสุดลง

(15) ประเมินความเหมาะสมของการร้องขอจากสมาชิกรัฐสภาตามมาตรา 60 วรรคท้าย และวินิจฉัยการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกผู้นั้น

(16) วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดีรวมถึงการใช้อำนาจออกกฎด้วยตนเองของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐว่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในการออกกฎหมายซึ่งสงวนไว้ในมาตรา 63

ภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของชิลีครบถ้วนทุกประเด็นในปี ค.ศ. 2005 ก็แทบไม่พบแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญชีลีที่เกี่ยวข้องกับหลักประชาธิปไตยปกป้องตนเองได้มากนัก คงปรากฏเพียงกรณีเดียวซึ่งเป็นที่กล่าวถึงในแวดวงวิชาการของประเทศชีลี คือ คำวินิจฉัยที่ 567/2006 คดี “ขบวนการสังคมใหม่แห่งมาตุภูมิ” (Movimiento Patria Nueva Sociedad)[329]

สำหรับขบวนการสังคมใหม่แห่งมาตุภูมินี้เป็นกลุ่มการเมืองที่จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1999 ในประเทศชีลีโดยมีอุดมการณ์ในลักษณะเดียวกับพรรคสังคมนิยมแห่งชาติหรือพรรคนาซีเยอรมัน ต่อมาในปี ค.ศ. 2006 สมาชิกรัฐสภาของชิลีจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าขบวนการนี้เป็นกลุ่มการเมืองที่เคลื่อนไหวเป็นปฏิปักษ์

---

[329] Francisco Zúñiga Urbina; Principios jurídicos y democracia. De vueltas a la “democracia militante” จาก https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200002, ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2562

ต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15) โดยในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ฝ่ายขบวนการผู้ถูกร้องได้ยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยยกคำร้องเนื่องจากผู้ร้องได้ละทิ้งคดีหลังจากรับรายงานลับจากสำนักข่าวกรองแห่งชาติ (INI) ภายใต้กระทรวงมหาดไทย ระบุว่า ไม่มีหลักฐานยืนยันว่าขบวนการสังคมใหม่แห่งมาตุภูมิได้สนับสนุนการดำเนินการที่ขัดต่อกฎหมาย พวกเขาเพียงแต่ประกาศเจตนาที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองอย่างเปิดเผยและเป็นไปตามกฎหมาย พวกเขาอ้างว่าเขาปรารถนาเพียงประชาธิปไตยที่แท้จริงภายใต้ระบบประธานาธิบดีที่มีความเป็นอิสระและเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของพวกเรากับกลุ่มนีโอ-นาซีนั้น พึงสังเกตว่า อเล็กซิส โลเปซ ทาเปีย (Alexis López Tapia) ได้ปฏิเสธอย่างชัดแจ้งถึงการดำเนินงานทางการเมืองโดยวิถีทางที่รุนแรง อีกทั้งยังมีแนวคิดที่วิพากษ์วิจารณ์ต่อกลุ่มนีโอ-นาซี นอกจากนี้เกี่ยวกับการกล่าวหาว่าขบวนการนี้ได้อ้างอิงถึงการสร้างความเกลียดชังและการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ รายงานอย่างเป็นทางการของรัฐบาลฉบับเดียวกันนี้ยังระบุว่าขบวนการสังคมใหม่แห่งมาตุภูมิได้ประณามการเหยียดเชื้อชาติและการเกลียดกลัวคนต่างด้าว ได้ต่อต้านการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่ขบวนการต่อต้านยิว (anti-Semitic or anti-Zionist)

ในที่สุดเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน ค.ศ. 2010 หลังจากกระบวนการที่ยาวนานและแม้จะมีความพยายามของกลุ่มที่ถูกกล่าวหาว่ามีการยื่นฟ้องคดีโดยไม่มีการพิจารณาคดี ศาลรัฐธรรมนูญโดยองค์คณะที่สอง (the second chamber) ได้มีคำวินิจฉัยอย่างเป็นเอกฉันท์ว่า “คำร้องขอได้ถูกปฏิเสธ ด้วยเหตุผลว่า ไม่มีพยานหลักฐานที่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของขบวนการสังคมใหม่แห่งมาตุภูมินั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

เป็นอันว่า แม้จะมีข้อห่วงกังวลของสังคมถึงแนวทางของขบวนการทางเมืองนี้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้พิจารณาโดยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกระแสสังคมหรือความหวาดกลัวอย่างไรเหตุผล แต่พิจารณาจากพยานหลักฐานที่หนักแน่น ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15) ได้ให้หลักประกันต่อความหลากหลายทางการเมือง ซึ่งถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและกลุ่มการเมืองในการใช้เสรีภาพในการรวมกลุ่มและการดำเนินการทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ การให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญยับยั้งการกระทำที่อาจกระทบหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐย่อมเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่ในตัวของการห้ามนั้นเอง

จึงจำเป็นต้องพิจารณาและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานตลอดจนความได้สัดส่วนของการจำกัดสิทธิเสรีภาพกับความมั่นคงของรัฐที่จะได้รับคืนมาจากการปิดกั้นการเคลื่อนไหวทางการเมืองนั้นเมื่อพิจารณากลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในชิลีโดยเทียบเคียงกับระบบการเมืองและรูปแบบรัฐบาลของชิลีแล้วพบว่า ภายใต้ระบบการเมืองแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตยและมีรูปแบบรัฐบาลในระบบประธานาธิบดีซึ่งประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา แต่รับผิดชอบต่อประชาชนเพราะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนอยู่ในฐานะประมุขของรัฐ (Head of State) และหัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) ภาวะความเป็นผู้นำเดี่ยวของประธานาธิบดีอาจนำมาสู่การดำเนินนโยบายที่ขัดหรือกระทบต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานของประเทศซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ เช่น การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงวางกลไกให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 (3)

ในส่วนของการใช้สิทธิเสรีภาพทางการเมือง พบว่า รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองสิทธิของประชาชน กลุ่มการเมืองและพรรคการเมืองให้สามารถใช้เสรีภาพในการรวมกลุ่มในการดำเนินการทางการเมืองได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15) แต่รัฐธรรมนูญก็ได้วางกรอบหรือขอบเขตของการใช้เสรีภาพดังกล่าวว่า พรรคการเมือง ขบวนการหรือการรวมกลุ่มทางการเมืองในรูปแบบใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมไม่เคารพหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยหรือระบอบรัฐธรรมนูญ ส่งเสริมการจัดตั้งระบบเผด็จการ ตลอดจนใช้สนับสนุนหรือปลุกระดมให้เคลื่อนไหวทางการเมืองด้วยความรุนแรงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น และศาลยังมีอำนาจเพิกถอนสิทธิทางการเมืองของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเคลื่อนไหวทางการเมืองดังกล่าว ไม่ให้มีสิทธิร่วมก่อตั้งพรรคการเมืองอื่นหรือเคลื่อนไหวในรูปแบบอื่น ๆ ในองค์กรทางการเมืองและไม่อาจดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับการเลือกตั้ง ตลอดจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 57 (1) ถึง (6) เช่น ตำแหน่งรัฐมนตรี ผู้ว่าการเมือง นายกเทศมนตรี ผู้อำนวยการระดับภูมิภาค ที่ปรึกษาแห่งรัฐและเลขาธิการ คณะกรรมการธนาคารกลาง ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมชั้นสูง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ศาลการเลือกตั้งและศาลเลือกตั้งส่วนมิภาค ผู้ว่าการตรวจเงิน

แผ่นดินเป็นระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หากบุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย ซึ่งมาตรการที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้ ผู้วิจัยเห็นว่ามีความเหมาะสม เนื่องจากมุ่งลงโทษไปที่ตัวบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำดังกล่าว แต่ไม่ลงโทษพรรคการเมืองซึ่งเป็น “สถาบันการเมือง” ที่ควรจะได้รับการรักษาไว้เพื่อความสืบเนื่องของอุดมการณ์ทางการเมืองและการคุ้มครองบุคคลอื่นซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองแต่มิได้รับรู้ เข้าร่วม หรือเห็นด้วยกับการดำเนินการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญของแกนนำพรรคการเมืองเพียงบางคน

อนึ่ง แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 จะเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากมาก แต่การที่ประเทศชิลีสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปรับปรุง “ขอบเขต” ของการกระทำอันเป็นการกระทบต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐ รวมถึงขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยกรณีดังกล่าวได้นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า มีสาเหตุมาจากความแตกแยกอย่างรุนแรงที่เคยเกิดขึ้นในอดีต กล่าวคือ ผู้คนในสังคมต่างได้มีประสบการณ์กับความทรงจำที่เจ็บปวด ความสูญเสียทั้งทางกายภาพและความรู้สึก กระทั่งมาถึงช่วงเวลาของการริเริ่มแก้ไขปัญหาและสร้างความปรองดองร่วมกัน จนสามารถบรรลุข้อตกลงทางการเมืองและเดินหน้าสู่การเปลี่ยนแปลงพัฒนาสังคมการเมืองบนพื้นฐานของความเห็นพ้องและการยอมรับให้เกียรติกัน การที่ผู้คนในสังคมได้ผ่านการเดินทางและประสบการณ์ดังกล่าวร่วมกันนี้ ได้ก่อเกิดทัศนคติมุมมองที่ให้คุณค่าต่อบางสิ่งบางอย่างร่วมกัน ซึ่งจะเป็นพื้นฐานความคิดความเชื่อที่จะป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งในประเด็นเดิมขึ้นอีก หรือสิ่งที่สำคัญไปกว่านั้นคือ หากมีความขัดแย้งเกิดขึ้นก็จะไม่ขยายตัวไปสู่ความรุนแรงดังเช่นในอดีตอีก ทัศนคติหรือค่านิยมเหล่านี้มีส่วนสำคัญที่ทำให้สังคมเติบโตไปอีกก้าวหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1989 สภาคองเกรสจึงยินยอมผ่านร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขประเด็นกลไกการพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 นั้น เคยถูกฝ่ายการเมืองใช้เป็น “เครื่องมือ” ในการกำจัดพรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองฝ่ายตรงข้าม โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายสังคมนิยมหรือฝ่ายก้าวหน้า เมื่อฝ่ายการเมืองในสภาคองเกรสต่างเห็นพ้องต้องกันถึงสภาพปัญหาดังกล่าว จึงเห็นถึงความจำเป็นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นกลไกของการดำเนินการทางการเมืองที่ขัดต่อ

รัฐธรรมนูญและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยสั่งการอันเนื่องจากการกระทำดังกล่าวได้ในที่สุด

3.3.4 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศชิลี

หากจะพิจารณาถึงข้อจำกัดในเชิงขอบเขตของการใช้กลไกประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศชิลี จะพบว่า ชิลีได้วางขอบเขตของการกระทำที่ต้องห้าม เป็นการขัดต่อหลักประชาธิปไตยไว้อย่างชัดเจนว่ามีการกระทำในลักษณะใดบ้าง ในขณะที่รัฐธรรมนูญไทยใช้ถ้อยคำที่สั้นเพื่อกินความหมายกว้าง เปิดโอกาสให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความการกระทำต่าง ๆ เป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีข้อจำกัดแต่ประการใดเพราะทั้งสองประเทศบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ทั้งในเชิงเนื้อหาและรูปแบบ

ในส่วนของมาตรการและกลไก เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ารัฐธรรมนูญของชิลีกำหนดมาตรการและกลไกจัดการกับการดำเนินการที่ขัดต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งว่าการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและเพิกถอนสิทธิทางการเมือง เช่น สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง การเคลื่อนไหวทางการเมือง สิทธิในการดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับการเลือกตั้ง ตลอดจนไม่อาจดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ เช่น รัฐมนตรี ผู้ว่าการเมือง นายกเทศมนตรี คณะกรรมการธนาคารกลาง ผู้พิพากษา ตุลาการ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นระยะเวลา 5 ปี โดยศาลไม่มีอำนาจสั่งให้เลิกการกระทำนั้นรวมถึงอำนาจยุบพรรคการเมืองซึ่งถูกตัดออกไปหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1989 ในขณะที่รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติมาตรการสั่งให้เลิกการกระทำนั้น ส่วนมาตรการยุบพรรคการเมืองบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ในส่วนขององค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินมาตรการประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของชิลีคือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับว่ามีความเหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากมีการกระทำใดของพรรคการเมืองที่กระทบต่อหลักการสำคัญซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมจะใช้อำนาจขจัดการกระทำ

เหล่านั้น อีกทั้ง เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญเสียใหม่ก็พบว่า อัตราส่วนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีที่มาซึ่งยึดโยงกับประชาชนผ่านสภาคองเกรสมากขึ้น กล่าวคือ มีตุลาการซึ่งได้รับเลือกจากผู้พิพากษาศาลฎีกา 3 คน ตุลาการ จากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี 3 คน ตุลาการ 4 คน ซึ่งได้รับเลือกจากรัฐสภาโดยมาจากการเลือกโดยตรงของวุฒิสภา 2 คน และจากสภาผู้แทนราษฎรโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาอีก 2 คน (วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน) จากเดิมในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 ก่อนจะมีการแก้ไขซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา 3 คน จากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี 1 คน จากสภาความมั่นคงแห่งชาติ 2 คน จากวุฒิสภา 1 คน จะเห็นได้ว่า ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 นั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทบไม่มีความยึดโยงกับประชาชนเลย เพราะประธานาธิบดีในเวลานั้นก็มาจากการรัฐประหารและวุฒิสภาก็มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ประเทศชิลีมีกลไกการปกป้องระบอบประชาธิปไตยและบรรดาหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้คล้ายคลึงกับหลาย ๆ ประเทศ แต่มีข้อแตกต่างที่สำคัญ คือ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจยุบพรรคการเมืองอีกต่อไป มีเพียงอำนาจวินิจฉัยว่าการกระทำอันมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมไม่เคารพหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยหรือระบอบรัฐธรรมนูญ ส่งเสริมการจัดตั้งระบบเผด็จการ ตลอดจนใช้สนับสนุนหรือปลุกระดมให้เคลื่อนไหวทางการเมืองด้วยความรุนแรงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจตัดสิทธิทางการเมืองของผู้มีส่วนร่วมในการกระทำดังกล่าวเป็นระยะเวลา 5 ปี อีกทั้งการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1989 ก็พิจารณาอย่างรอบคอบตามพยานหลักฐานที่ปรากฏ ไม่วินิจฉัยไปตามความรู้สึก ความรับรู้หรือกระแสสังคมแต่อย่างใด

3.4 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศรัฐตุรกี

ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอถึงที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศตุรกี (3.4.1) จากนั้นจะนำเสนอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ (3.4.2) ต่อด้วยโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี (3.4.3) จากนั้นจะเป็นการวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง

ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี (3.4.4) และวิเคราะห์ถึง ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศตุรกี (3.4.5)

3.4.1 สภาพทางการเมืองของตุรกี : ที่มาของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศตุรกี[330]

เดิมสาธารณรัฐตุรกีปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐประชาธิปไตย มีรูปแบบรัฐบาลในระบบรัฐสภา (Parliamentary system)[331] เมื่อได้มีการทำสงครามปลดปล่อย (War of Liberation) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1923 นำโดยมุสตาฟา เคมาล อตาเติร์ก (Mustafa Kemal Atatürk) ซึ่งเป็นเสมือนบิดาแห่งประเทศตุรกียุคปัจจุบัน ความคิดและการปฏิบัติของเขาที่เรียกสั้น ๆ ว่า “ลัทธิเคมาล” ทรงอิทธิพลสูงสุดของประเทศทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ยาวนานเป็นร้อยปี ลัทธิเคมาลสรุปได้อย่างสั้นคือ การมีกองทัพเป็นผู้พิทักษ์ประเทศที่เป็นแบบสาธารณรัฐ มุ่งสู่แนวคิดและการปฏิบัติแบบโลกวิสัยหรือรัฐฆราวาส (Secularism) กล่าวคือ มีการแยกศาสนาออกจากการเมืองการปกครองประเทศ รัฐต้องวางตัวเป็นกลางทางศาสนา ไม่ยึดติดกับศาสนาอิสลาม ปล่อยให้ศาสนาเป็นเรื่องความศรัทธาส่วนบุคคลของประชาชนและสังคม ยึดความคิดแบบขวาคือชาตินิยม รักษาความเป็นอิสระของตน วางตัวเป็นกลางไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับความวุ่นวายทางการเมืองยุโรป กล่าวได้ว่าเป็นลัทธิปลีกตัวแบบตุรกี เนื่องจากการเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ 1 กับฝ่ายเยอรมนี ทำให้ตุรกีเกือบต้องสูญเสียเอกราชอย่างไม่มีวันกลับคืน หลักของลัทธิเคมาลที่สำคัญอีกอย่างได้แก่ การปฏิรูปหรือการเดินหนทางทุนนิยมแบบตะวันตก และต้องทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนตุรกีดีขึ้น

---

[330] สรุปความจาก อนุช อาภาภิรมย์, วิกฤตศตวรรษที่ 21 : สิ่งแวดล้อมทางการเมืองในตุรกี, จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_114402, ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2562, อนุช อาภาภิรมย์, วิกฤตศตวรรษที่ 21: หนทางประชาธิปไตยในตุรกีกับการเปลี่ยนระบอบภูมิรัฐศาสตร์ในภูมิภาค, จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_109550, ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2562 ; ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558, หน้า 111. และรัชนิกุล อุตรศาสตร์, ปัญหาทางกฎหมายในการยุบพรรคการเมืองในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557, หน้า 46.

[331] ปัจจุบันตุรกีได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐบาล (Form of government) มาเป็นระบบประธานาธิบดี หลังจากผ่านการลงประชามติในเดือมเมษายน (2008) โดยการเสนอของเรเจป ไตยิป แอร์โดอัน (Recep Tayyip Erdoğan)

(ภาษาปัจจุบันเรียกว่าประชานิยมจากเบื้องบนหรือประชานิยมฝ่ายขวา) เวทีการเมืองของตุรกีนับแต่ก่อตั้งสาธารณรัฐในปี ค.ศ. 1923 เป็นเวทีการเมืองของฝ่ายขวาที่ควบคุมกำกับโดยกองทัพไม่ให้ออกลู่นอกทาง รัฐบาลทั้งหลายที่ตั้งขึ้นล้วนเป็นรัฐบาลปีกขวาด้วยกันทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม หลังจากเคมาลถึงแก่อสัญกรรมในปี ค.ศ.1938 ลัทธิเคมาลก็เริ่มเบี่ยงเบนเสื่อมถอยลง การเบี่ยงเบนเสื่อมถอยนี้เกิดจากความจำต้องปรับตัวตามสถานการณ์และเหตุปัจจัย รวมถึงสิ่งซึ่งมีความเจริญหรือใช้ได้ผลจนถึงขีดสูงสุดแล้วก็จะเสื่อมลงเอง หลังอสัญกรรมของเคมาล ผู้นำตุรกีได้แก่ นายพลอิสเมต อินอนู (İsmet İnönü) เป็นประธานาธิบดีคนต่อมา (ดำรงตำแหน่งระหว่างปี ค.ศ. 1938-1950) รัฐบาลตุรกีในเวลานั้นก็ค่อย ๆ เบี่ยงเบนจากนโยบายอิสระเป็นกลางตามลัทธิเคมาลมาเข้าข้างฝ่ายสหรัฐอเมริกาและสัมพันธมิตรแอตแลนติกประกาศสงครามกับเยอรมนีและญี่ปุ่นที่ใกล้แพ้ในปี ค.ศ. 1945 โดยมีเป้าประสงค์สำคัญในการก้าวสู่เวทีโลกในฐานะสมาชิกผู้ก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ และเพื่อหาพันธมิตรต่อต้านอิทธิพลและแสนยานุภาพของสหภาพโซเวียตที่คาดว่าจะเพิ่มขึ้นมากหลังสงคราม ต่อมาเข้าเป็นสมาชิกองค์การนาโต้ในปี ค.ศ. 1952 ในสมัยเซลัล บาร์ยา (Celâl Bayar) ประธานาธิบดีคนที่สาม (ดำรงตำแหน่งระหว่างปี 1950 - 1960) โดยเขาเคยดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในสมัยประธานาธิบดีเคมาล หลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง ตุรกีเข้าสู่ภาวะสันติและเป็นแนวหน้าในสงครามเย็นต่อต้านสหภาพโซเวียต เกิดกระแสประชาธิปไตยขึ้นมีการขับเคลื่อนจากการปกครองแบบพรรคเดียว (การเลือกตั้งทั่วไปแบบมีพรรคเดียว) คือ พรรคสาธารณรัฐประชาชน (Republican People’s Party) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1923 ที่ถือเป็นตัวแทนลัทธิเคมาลมาเป็นการเมืองแบบหลายพรรค โดยมีการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งมีพรรคการเมืองลงเลือกตั้งหลายพรรคเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1946 พรรคสาธารณรัฐประชาชนครองอำนาจบริหารอยู่จนถึงปี ค.ศ. 1950 ก็แพ้การเลือกตั้งแก่พรรคประชาธิปัตย์ (Democrat Party) ที่มีอุดมการณ์กลางขวาและแตกหน่อจากกลุ่มเคมาล และสามารถครองเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภา

ต่อมาได้เกิดรัฐประหารโดยกองทัพครั้งแรกในระบบสาธารณรัฐขึ้นในปี ค.ศ. 1960 หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ถูกแขวนคอในข้อหาทรยศต่อชาติและเอนเอียงไปข้างศาสนามากเกินไป จะเห็นได้ว่าการก่อรัฐประหารของกองทัพครั้งนี้ สะท้อนว่าสถานการณ์การเมืองของตุรกีเริ่มมีความซับซ้อน อ่อนไหว ควบคุมได้ยาก มีกลุ่มพลังทางการเมือง

กลุ่มใหม่เกิดขึ้นที่สามารถคุกคามต่อลัทธิเคมาลและการปกครองของกองทัพที่สำคัญ ได้แก่ ความพยายามของพรรคการเมืองบางพรรคในการฟื้นฟูศาสนาอิสลาม แต่การรัฐประหารครั้งนี้ไม่ได้หยุดยั้งความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ-การเมืองในตุรกีได้ ยิ่งเป็นการเร่งให้เกิดมีพรรคการเมืองหลายพรรคขึ้น มีพรรคการเมืองใหม่ที่มีบทบาทสูงในช่วงทศวรรษ 1960 และ 1970 ได้แก่พรรคความยุติธรรม ที่สืบเนื่องมาจากพรรคประชาธิปัตย์นั่นเอง

ในปี ค.ศ. 1971 มีการรัฐประหารอีกครั้งเนื่องจากการรัฐประหารปี 1960 ไม่ได้ผลตามที่ต้องการ และยังซ้ำเติมด้วยปัญหาเศรษฐกิจหลายประการอันเนื่องจากราคาน้ำมันเริ่มถีบตัวสูงขึ้น ความแตกแยกและความไม่พอใจทางสังคมขยายตัว แต่เมื่อการรัฐประหารสองครั้งแรกไม่ได้ผล กองทัพก็ต้องยกระดับการเข้ามามีบทบาท โดยการก่อการรัฐประหารอีกครั้งในปี ค.ศ. 1980 นำโดยนายพลเคนาน เอฟเรน (Kenan Evren) และเป็นการรัฐประหารที่นองเลือดที่สุด ผู้คนล้มตายหลายร้อยคน ถูกประหารชีวิต 50 คน มีการจับกุมคุมขังผู้คนกว่า 500,000 คน เป็นการกวาดล้างครั้งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์การเมืองยุคปัจจุบันของตุรกี หลังการรัฐประหารปี 1980 พรรคความยุติธรรมสลายตัวเป็นพรรคสัจมรรค (True Part Party) ซึ่งก่อตั้งปี ค.ศ 1983 มีผู้นำคนเดิมคือ สุไลมาน เดมิเรล (Süleyman Demirel) และได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีและประธานาธิบดีในเวลาต่อมา โดยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรียาวนานที่สุดคนหนึ่งของตุรกี นอกจากนี้ยังมีพรรคการเมืองสำคัญอีกพรรคหนึ่ง ได้แก่ พรรคมาตุภูมิ (Motherland Party) ซึ่งก่อตั้งปี ค.ศ. 1983 โดยพรรคมาตุภูมิจัดเป็นพรรคเคมาลหรือพรรคทหารอีกเช่นกัน ผู้ก่อตั้งคือทุรกุต โอซาล (Turgut Özal) เขาเคยทำงานอยู่ที่ธนาคารโลก และนำความคิดเสรีนิยมใหม่และการเข้ากระบวนโลกาภิวัตน์มาปฏิบัติในตุรกี

ภายหลังการรัฐประหารในปี ค.ศ. 1980 ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1983 ซึ่งอนุญาตให้กองทัพเข้าแทรกแซงทางการเมืองได้โดยผ่านสภาความมั่นคงแห่งชาติ แม้มีการคืนอำนาจให้แก่รัฐบาลพลเรือน แต่นายพลเอฟเรนยังคงดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีจนถึงปี ค.ศ. 1989[332]

---

[332] อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2014 ศาลตุรกีในสมัยแอร์โดอานผู้นำคนปัจจุบันของตุรกีในช่วงการกวาดล้างนายทหารได้ตัดสินลงโทษจำคุกตลอดชีวิตนายพลเอฟเรน ซึ่งขณะนั้นอายุ 96 ปี ในข้อหาก่ออาชญากรรมต่อรัฐ และถูกถอดยศ เขาถึงแก่อสัญกรรมในปีต่อมา

อาจกล่าวได้ว่า การรัฐประหารในปี ค.ศ. 1980 เป็นความพยายามในการรักษาลัทธิเคมาลไว้ แต่ความเสื่อมที่กัดกินภายในก็ยังคงขยายตัวต่อไป ความเสื่อมดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการพัฒนาที่กระจุกตัวอยู่ในคนหมู่น้อยในเมืองใหญ่เกิดการผูกขาด ส่วนในชนบทห่างไกล ผู้คนยังยากจนและยึดถือค่านิยมประเพณีเก่า มีศรัทธาในศาสนามากกว่า ผู้คนเหล่านี้ได้เป็นฐานทางการเมืองใหญ่แก่นายแอร์โดอานในเวลาต่อมา

ในทางการเมืองได้เกิดกลุ่มผลประโยชน์จำนวนมากที่ต้องการช่วงชิงอำนาจ โดยอาจแบ่งเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ได้แก่

1) ฝ่ายขวาซึ่งมีหลายระดับจากเข้มข้นถึงเบาบางซึ่งเป็นฝ่ายที่ครองอำนาจอยู่ เพราะพรรคการเมืองที่ชนะเลือกตั้งได้ครองอำนาจในตุรกีล้วนเป็นฝ่ายขวาไม่ว่าในระดับใดระดับหนึ่ง

2) กลุ่มที่สองเป็นฝ่ายซ้ายแนวคิดแบบสังคมนิยม

3) กลุ่มที่สามได้แก่กลุ่มศาสนา

ทั้งสามกลุ่มต่างต่อสู้เพื่อรักษาผลประโยชน์ของตน จนเกิดความจลาจลปั่นป่วนวุ่นวายไปทั่ว ชนชั้นนำของตุรกีอยู่ในภาวะสองจิตสองใจ ปีกหนึ่งต้องการระบอบปกครองที่รวบอำนาจขวาจัดแบบเดิม อีกปีกหนึ่งต้องการเปิดกว้างสำหรับกลุ่มผลประโยชน์ทั้งหลายที่ไม่ได้คุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ แต่ฝ่ายปีกขวาจัดมีชัยและก่อการรัฐประหารนองเลือดขึ้นเพื่อนำความสงบมาสู่ประเทศ อนึ่ง ในการรัฐประหารครั้งนี้สังเกตได้ว่าชนชั้นนำตุรกีได้ยอมรับความสำคัญของศาสนามากขึ้น เพื่อให้คานอำนาจกับกลุ่มฝ่ายซ้ายสังคมนิยมที่เป็นอันตรายกว่า

พรรคการเมืองฝ่ายขวาในตุรกีอีกกลุ่มหนึ่ง เป็นพรรคเคร่งอิสลามมีผู้นำสำคัญคือ เนจเมตติน แอร์บาคาน (Necmettin Erbakan) ผู้ซึ่งแอร์โดอานได้เข้าไปร่วม และต้องเผชิญมรสุมทางการเมืองไปด้วย พรรคการเมืองที่แอร์บาคานตั้งขึ้นและถูกยุบ ได้แก่ พรรคปลดปล่อยชาติ (National Salvation Party) ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1972 ต่อมาเมื่อถูกยุบในปี ค.ศ. 1981 ก็จัดตั้งใหม่เป็นพรรคสวัสดิการ (Welfare Party 1983-1998) แอร์โดอานที่เป็นประธานสาขาพรรคกรุงอิสตันบูลได้รับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีในปี ค.ศ. 1994 ต่อมาพรรคสวัสดิการชนะการเลือกตั้งทั่วไปในปี ค.ศ. 1996 แอร์บาคานหัวหน้าพรรคได้ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นจุดสูงสุดที่ผู้ที่มีภาพลักษณ์เคร่งศาสนาได้รับตำแหน่งการเมืองสูงเช่นนี้ แต่ดำรงตำแหน่งได้เพียง 1 ปี ก็ถูกกดดันให้ลาออก

จากตำแหน่ง ต่อมาในปี ค.ศ. 1998 พรรคสวัสดิการถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคเนื่องจากมีการดำเนินการอันแสดงออกถึงการไม่ยอมรับหลักการเป็นรัฐฆราวาส (รัฐที่แยกศาสนาออกจากการเมือง) ด้านนายแอร์บาคานถูกตัดสิทธิทางการเมืองเป็นเวลา 5 ปี รวมถึงนายแอร์โดอานก็ถูกห้ามทางการเมืองด้วยเช่นกันในข้อหาสร้างความเกลียดชังทางศาสนา เป็นที่เห็นได้ชัดว่าแนวทางเคร่งศาสนาของพรรคการเมืองฝ่ายขวาถูกยับยั้งอยู่ตลอด เมื่อแอร์โดนอานตั้งพรรค AKP ขึ้นมาจึงจำต้องปลีกตัวจากกลุ่มเคร่งศาสนาเพื่อขยายฐานเสียงและการสนับสนุนออกไป และเป็นการเอาตัวรอดพร้อมกันไป

นอกจากนี้ยังมีขบวนการอิสลามของมูฮัมเหม็ด เฟตฮุลลาห์ กูเลน (Muhammed Fethullah Gülen) กูเลนเป็นนักเทศน์ที่จับใจชาวอิสลามนิกายซุนหนี่ มีผู้เลื่อมใสทั้งในและนอกประเทศ สามารถเคลื่อนไหวเป็นขบวนการประชาสังคมขนาดใหญ่ เพื่อการศึกษาที่ทั่วถึง ความมีใจกว้าง อดทนต่อความคิดเห็นที่แตกต่าง และสันติภาพ ที่สำคัญด้วยการจัดตั้งโรงเรียนและสถาบันการศึกษา อบรมเยาวชนให้ศรัทธาในลัทธิกูเลน ขบวนการของกูเลนได้ชื่อว่าเป็น “มุสลิมสายกลาง” และเข้าเป็นพันธมิตรเฉพาะหน้ากับแอร์โดอาน ซึ่งมีส่วนช่วยให้พรรค AKP ชนะการเลือกตั้งปี ค.ศ. 2002 หลังจากนั้นยังได้ร่วมมือกันต่อสู้กับกลุ่มนายทหารปีกขวา และชนชั้นนำที่ยึดแนวทางโลกวิสัยที่เกิดประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ฝ่ายแอร์โดอานได้ความมั่นคงของรัฐบาล และขจัดคู่แข่งทางการเมืองฝ่ายกูเลนได้ประโยชน์ในการขยายเครือข่ายของตนในกลุ่มตำรวจและศาลจนแข็งแกร่ง

ส่วนพรรคฝ่ายซ้ายที่เป็นสังคมนิยมและคอมมิวนิสต์มีพลังในช่วงทศวรรษ 1960 และ 1970 เนื่องจากอิทธิพลของสหภาพโซเวียต แต่ก็ลดพลังลงมากหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต พรรคฝ่ายซ้ายนี้ไม่เคยได้ขึ้นมาจัดตั้งรัฐบาล

นายแอร์โดอานวางแนวทางให้พรรค AKP เป็นพรรคฝ่ายขวาทางเลือก ทั้งด้านความคิดและการจัดตั้ง กล่าวคือ ต่อต้านฝ่ายซ้าย และไม่ใช่เคร่งอิสลามต่อต้านตะวันตกอย่างที่ผ่านมาเพราะได้พิสูจน์แล้วว่าไม่สามารถสู้กับลัทธิเคมาลและกองทัพได้ โดยพรรค AKP มีแนวทางผูกมิตรกับกลุ่มกูเลนที่ถือว่าเป็นมุสลิมสายกลาง มีเครือข่ายกว้างขวางในหมู่ผู้คนทั่วไปและในกลไกรัฐ พรรค AKP ยังมุ่งเน้นคนยากจนและผู้ด้อยโอกาสในเมืองและชนบท รวมทั้งนักธุรกิจระดับกลางและล่างหรือกลุ่มนายทุนชาติ และผู้มีแนวคิดชาตินิยมและให้สัญญาในการปฏิรูปเศรษฐกิจประเทศตามแนวทางเสรีนิยมใหม่ เข้าสู่

กระบวนโลกาภิวัตน์ของสหรัฐและสหภาพยุโรป พรรค AKP จึงประกาศแนวคิดนี้ว่าเป็น "ประชาธิปไตยเชิงอนุรักษ์"

ประชาธิปไตยเชิงอนุรักษ์ที่ว่านี้มีทั้งด้านประชาธิปไตย คือการเปลี่ยนแปลงและการปฏิรูปในทางการเมือง คือการท้าทายหรือการปฏิรูปลัทธิเคมาล ในทางสังคมคือการเปิดกว้างต่อประชาสังคม และเสรีภาพในการถือศาสนา เช่น การไม่ห้ามสตรีสวมผ้าคลุมผมในสถานศึกษา การปฏิรูปทางเศรษฐกิจ ได้แก่ การกระจายความมั่งคั่งและการดูแลวิสาหกิจขนาดกลางและเล็ก และด้านการอนุรักษ์ คือ การสืบทอดลัทธิเคมาลในเรื่องชาตินิยม รัฐนิยม ต่อต้านคอมมิวนิสต์ รักษาความเป็นรัฐฆราวาสไว้ไม่กลายเป็นรัฐอิสลามแบบอิหร่าน โดยการรณรงค์แบบนี้ พร้อมชื่อเสียงในฐานะเป็นนักต่อสู้และผู้บริหารที่ประสบความสำเร็จเมื่อดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีกรุงอิสตันบูล คะแนนนิยมของแอร์โดอานจึงพุ่งสูงอย่างรวดเร็ว

อย่างไรก็ตาม หลังปี ค.ศ. 2011 ความสัมพันธ์นี้เสื่อมลงอย่างรวดเร็ว เพราะฐานอำนาจของทั้งสองฝ่ายมีความมั่นคงแล้ว โดยแอร์โดอานระแวงว่ากูเลนจะสร้างอำนาจรัฐเงาขึ้น ส่วนกูเลนก็ต้องการขึ้นมามีอำนาจแทน เพราะเห็นว่ากลุ่มแอร์โดอานนั้นมีพฤติกรรมการคอร์รัปชันอย่างมาก ความขัดแย้งนี้รุนแรงขึ้น จนมีการเคลื่อนไหวกวาดล้างในปี ค.ศ 2013 หลังเหตุการณ์ลุกขึ้นสู้ชาวอาหรับ จนรุนแรงที่สุดในปี ค.ศ. 2016 แอร์โดอานกล่าวหาว่ากูเลนเป็นตัวการก่อรัฐประหารขึ้น โดยการรู้เห็นเป็นใจของสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ ระหว่างปี ค.ศ. 1999 ถึงก่อนหน้าการเลือกตั้งเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 ได้มีเหตุการณ์ใหญ่ที่ช่วยส่งเสริมให้แก่พรรค AKP ชนะการเลือกตั้งหลายประการได้แก่

ก) กระแสการปฏิรูปประชาธิปไตย ซึ่งเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 ที่ตุรกีเข้าร่วมข้อตกลงสหภาพศุลกากรของสหภาพยุโรป ที่สำคัญในปี ค.ศ. 1999 ได้ขอสมัครเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (เริ่มการเจรจาเข้าเป็นสมาชิกจริงจังปี ค.ศ. 2005) มีการปฏิรูปประชาธิปไตยที่สำคัญ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รับรองสิทธิมนุษยชนหลายประการ ได้แก่ ยกเลิกโทษประหารชีวิต ขยายสิทธิของสตรี ป้องปรามการทรมานและปรับปรุงสภาพเรือนจำ มีกฎหมายใหม่ที่ผ่อนคลายการควบคุมการแสดงออก ประชาสังคมและสื่อมวลชน กระแสประชาธิปไตยเหล่านี้ได้ลดอิทธิพลของลัทธิเคมาลและกองทัพในฐานะเป็น "ยามรักษาการเก่า" ของประเทศลงอย่างมาก

ข) เกิดวิกฤติเศรษฐกิจในตุรกีรุนแรงในปี ค.ศ. 2001 โครงสร้างทางเศรษฐกิจและตลาดพลิกคว่ำ อัตราดอกเบี้ยพุ่งสูงขึ้น ตลาดหุ้นอิสตันบูลเกิดวิกฤต ธนาคารเรียกคืนเงินกู้ ค่าเงินลีราของตุรกีตกต่ำอย่างหนัก ประชาชนจำนวนไม่น้อยหันไปใช้เงินดอลลาร์แทน อัตราสำรองเงินตราระหว่างประเทศของธนาคารกลางร่อยหรอลงไปมาก ผู้คนพากันออกมาประท้วง และที่ซ้ำเติมคือภัยธรรมชาติ เกิดแผ่นดินไหวใหญ่สองครั้งในปี ค.ศ. 1999 (ความรุนแรงเกินกว่า 7 ตามมาตราริกเตอร์) ในพื้นที่ที่มีประชากรหนาแน่นเป็นเขตอุตสาหกรรม ครั้งแรกเดือนสิงหาคม มีผู้เสียชีวิตกว่า 17,000 คน ครั้งที่สองเดือนพฤศจิกายนมีผู้เสียชีวิตเกือบพันคน รัฐบาลผสมจากพรรคประชาธิปัตย์ซ้าย พรรคขบวนการชาตินิยม และพรรคมาตุภูมิ ซึ่งเป็นพรรคการเมืองหลักต้องสูญเสียเกียรติภูมิที่ไม่สามารถจัดการแก้ไขช่วยเหลือได้ทันใจ และทำให้เกิดวิกฤติเศรษฐกิจ ประชาชนลงโทษพรรคเหล่านี้ด้วยการไม่หย่อนบัตรให้ และหันไปหาทางเลือกใหม่

ค) การกำหนดนโยบายต่อกลุ่มมุสลิมของสหรัฐและตะวันตกที่มีรายละเอียดขึ้นนั่นคือหลังเหตุวินาศกรรมเวิลด์เทรดปี ค.ศ. 2001 ผู้กำหนดนโยบายสหรัฐได้มีการจำแนกผู้นำมุสลิมออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มหนึ่งเป็นพวกมุสลิมสายรุนแรงก่อการร้าย อีกกลุ่มหนึ่งเป็นมุสลิมสายกลาง และแอร์โดอานถูกจัดอยู่ในกลุ่มนี้ และหวังว่าถ้าแอร์โดอานได้ขึ้นสู่อำนาจก็จะเป็นแบบอย่างให้แก่ประเทศในตะวันออกกลางและรัฐอาหรับที่มีรัฐบาลเผด็จการราชาธิปไตย เป็นแหล่งสร้างมุสลิมสายรุนแรงขึ้น

หลังพรรค AKP ชนะการเลือกตั้งในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 2002 แอร์โดอานเดินสายเยือนประเทศในสหภาพยุโรป และได้รับการต้อนรับเสมือนเป็นนายกรัฐมนตรี แม้ว่าเขาจะอยู่ระหว่างถูกตัดสิทธิทางการเมือง โดยอับดุลลาห์ กูล (Abdullah Gül) ผู้ร่วมก่อตั้งพรรค ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทน เมื่อแอร์โดอานพ้นจากการถูกตัดสิทธิทางการเมืองและชนะการเลือกตั้งซ่อม จึงได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2003 ดำรงตำแหน่งต่อเนื่องมาจนถึงปี ค.ศ. 2014 เขาได้รับเลือกให้เป็นประธานาธิบดี

ในปี ค.ศ. 2010 แอร์โดอานได้ผลักดันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน 3 ประเด็น ซึ่งนักวิเคราะห์มองว่าเป็นการกดดันและตัดทอนกลไกของลัทธิเคมาลตลอดจนอำนาจของกองทัพ ได้แก่

ก) เลิกการคุ้มครองผู้ก่อรัฐประหาร สามารถดำเนินคดีนายทหารที่ก่อรัฐประหารในศาลพลเรือนได้ และพลเรือนไม่ต้องขึ้นศาลทหาร จากการแก้ไขนี้สามารถดำเนินคดีและกวาดล้างจับกุมนายทหารระดับสูงได้

ข) การปฏิรูปศาลรัฐธรรมนูญ เพิ่มองค์คณะศาลรัฐธรรมนูญจาก 11 เป็น 17 คน มีวาระ 12 ปี และต้องลาออกเมื่ออายุครบ 65 ปี รัฐสภา ประธานาธิบดีและสภาคณาจารย์ของมหาวิทยาลัยเป็นผู้เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การตัดสินยุบพรรคหรือตัดสิทธิทางการเมืองของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ต้องทำในที่ประชุมใหญ่ บุคคลทั่วไปสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ ยังเพิ่มความคุ้มครองแก่สมาชิกรัฐสภา ไม่ให้ถูกขับออกได้ง่าย

ค) การปฏิรูปทางเศรษฐกิจ ตั้งสภาเศรษฐกิจและสังคมขึ้น เพื่อดูแลงานด้านเศรษฐกิจและสังคม ไม่ให้ถูกแทรกแซงจากอำนาจอิทธิพลเก่า

อนึ่ง ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มีหลายประเด็นที่สนับสนุนการเปิดกว้างในสิทธิของสตรี เด็ก ผู้ด้อยโอกาส เสรีภาพในความเป็นส่วนตัวและการเดินทาง เพื่อดึงคะแนนนิยมจากทั้งในและต่างประเทศ

แอร์โดอานนำพรรค AKP เข้าสู่การเลือกตั้งทั่วไปในปี ค.ศ. 2015 แม้การเลือกตั้งครั้งแรกพรรค AKP จะได้ที่นั่งในรัฐสภาน้อยกว่าที่แอร์โดอานต้องการ แต่ก็ไม่เป็นปัญหาเพราะแอร์โดอานในฐานะประธานาธิบดีได้ประกาศยุบสภาให้มีการเลือกตั้งอีกครั้งในปลายปีเดียวกัน ครั้งนี้พรรค AKP ได้ที่นั่งเพิ่มขึ้นสามารถจัดตั้งรัฐบาลพรรคเดียวได้ แต่ต่อมานายอาเหม็ด ดาวูโตกลู (Ahmet Davutoğlu) ที่ขึ้นมาเป็นหัวหน้าพรรคเอเคพีแทน และดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เกิดขัดแย้งกับแอร์โดอาน ประกาศลาออกแบบฟ้าผ่าจากทั้งหัวหน้าพรรคและนายกรัฐมนตรีในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2016 ในสถานการณ์เช่นนี้เองที่กองทัพของตุรกีซึ่งเฝ้ามองสถานการณ์การขึ้นสู่อำนาจและยิ่งมีอิทธิพลเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ของแอร์โดอานตัดสินใจทำรัฐประหารในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2016

สาเหตุของความพยายามทำรัฐประหารครั้งนี้มีที่มาจากความขัดแย้งในหมู่ชนชั้นนำของตุรกีมีความเข้มข้นขึ้นเรื่อย ๆ ระหว่างระบอบแอร์โดอานที่ต้องการสร้างระบบประธานาธิบดี การพัฒนาอย่างเป็นอิสระ อิงกับศาสนาอิสลาม เพื่อให้ตุรกีกลับมายิ่งใหญ่อีกครั้งกับกลุ่มที่ถือว่าเป็นผู้สืบทอดลัทธิเคมาล ที่ต้องการรักษาสถานะเดิมไว้ในระบบรัฐสภา เป็นแบบรัฐฆราวาสและเป็นพันธมิตรกับสหรัฐอเมริกาและตะวันตก โดยฝ่ายระบอบแอร์โดอานเป็นฝ่ายรุกคืบ สามารถเข้าเป็นรัฐบาลต่อเนื่องกว่าสิบปี กำลังจะปักธงชัยชนะขั้นสุดท้ายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนการปกครองสู่ระบบประธานาธิบดี ซึ่งเป็นสิ่งที่กลุ่มอำนาจเดิมไม่อาจทนให้เกิดขึ้นได้และต้องจัดการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เด็ดขาดโดยการก่อการรัฐประหาร ก่อนหน้านี้แอร์โดอานได้ปราศรัย

กล่าวเตือนถึงความพยายามของกลุ่มอำนาจเก่าและกระบวนการกูเลนในการก่อการรัฐประหารมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2014 เมื่อพรรค AKP เพลี่ยงพล้ำในการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกในปี ค.ศ. 2015 ไม่ได้เสียงข้างมากเด็ดขาด เป็นสัญญาณว่าสถานการณ์รัฐประหารมาถึงแล้ว

ก่อนหน้ารัฐประหารในปี ค.ศ. 2016 ไม่กี่เดือน มีนักวิชาการที่เคยทำงานในกระทรวงกลาโหมสหรัฐอเมริกาชื่อ “ไมเคิล รูบิน” กล่าวเหมือนเป็นการทำนายว่าจะเกิดการรัฐประหารโค่นล้มแอร์โดอาน โดยอ้างสิ่งแวดล้อมทางเศรษฐกิจและการเมืองซึ่งไม่เป็นผลดีต่อรัฐบาล ได้แก่ หนี้สินที่พอกพูน แม้หนี้ภาครัฐจะควบคุมได้แต่หนี้ภาคเอกชนก็พุ่งสูงอย่างควบคุมไม่ได้ ขณะที่ภาคการท่องเที่ยวทรุดหนัก และการลดค่าเงินลีราที่มีผลต่ออำนาจการซื้อของประชาชนในทางการเมือง แอร์โดอานที่ชนะการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจอย่างกดขี่มากขึ้นมีการจับกุมคุมขังฝ่ายซ้าย ปิดหนังสือพิมพ์ทั้งฝ่ายซ้ายและขวา เขาเร่งสร้างทำเนียบประธานาธิบดีที่ใหญ่โตมโหฬารยิ่งกว่าสมัยสุลต่านหรือพระเจ้ากาหลิบ นอกจากนี้ยังมีปฏิกิริยาคุกคามต่อศาลรัฐธรรมนูญถึงขั้นเคยขู่ว่าจะยุบศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การคอร์รัปชันได้แพร่ระบาดเข้าไปทุกครอบครัวของแอร์โดอานเอง ทำให้แอร์โดอานตกอยู่ในวงล้อม แอร์โดอานยังจัดการกลุ่มกบฏชาวเคิร์ดไม่ดี การเจรจาสันติภาพก็ล้มเหลว จนอาจทำให้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นใหม่ได้ ซึ่งฝ่ายกองทัพเป็นกังวล ถ้าหากกองทัพจะก่อการรัฐประหารและจับกุมตัวผู้ใกล้ชิดแอร์โดอานก็อาจกระทำได้ เพราะว่าประธานาธิบดีโอบามาแห่งสหรัฐอเมริกาคงจะไม่ขัดขวางอะไร เช่นเดียวกับเมื่อประธานาธิบดีมอร์ซีแห่งอียิปต์ถูกกองทัพก่อรัฐประหาร อีกทั้ง ผู้นำการรัฐประหารตุรกียังจะสามารถส่งเสริมสิทธิมนุษยชนแบบยุโรปและอเมริกันโดยการปลดปล่อยนักหนังสือพิมพ์และนักวิชาการที่ถูกคุมขัง และการรัฐประหารครั้งนี้ก็จะไม่ส่งผลกระเทือนต่อฐานะการเป็นสมาชิกนาโต้แต่อย่างใด เหมือนกับการรัฐประหารก่อนหน้านั้น กล่าวโดยสรุปคือ ทั้งผู้นำยุโรปและสหรัฐอเมริกาน่าจะเห็นด้วยกับการรัฐประหารเพื่อกวาดล้างระบอบแอร์โดอาน[333]

---

[333] อนุช อาภาภิรมย์, วิกฤติประชาธิปไตย ตุรกีกับการรัฐประหาร 2016 (ที่เลี่ยงได้ยาก) จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_125998 สืบค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2562

อย่างไรก็ตาม ความพยายามรัฐประหารในปี ค.ศ. 2016 ของกองทัพกลับล้มเหลว แม้การรัฐประหารครั้งนี้มีการวางแผนอย่างรัดกุม แต่ก็มีจุดอ่อนที่นำไปสู่ความล้มเหลว เนื่องจากแผนการก่อรัฐประหารที่สำคัญ ได้แก่ การใช้กำลังที่จำเป็น เพื่อป้องกันไม่ให้ข่าวรั่วไหล ชิงความได้เปรียบจากการไม่ระวังตัวของฝ่ายรัฐบาล เปิดฉากรุกรบเร็วในหลายเมืองที่สำคัญคืออิสตันบูล และอังการานครหลวง เข้าคุมจุดยุทธศาสตร์ ยึดสถานีวิทยุและโทรทัศน์สำคัญ การจับกุมนายทหารชั้นผู้ใหญ่เป็นตัวประกัน และก่อความแตกตื่นในหมู่ประชาชนให้ยอมจำนน แต่ในแผนดังกล่าวก็มีจุดอ่อนใหญ่ 3 ประการด้วยกัน ได้แก่

ก) การมีกำลังน้อยเกินไป เนื่องจากฝ่ายรัฐบาลซึ่งกุมอำนาจมานาน สามารถแทรกเข้าไปคุมกองทัพและฝ่ายความมั่นคงที่เคลื่อนไหวเพื่อก่อรัฐประหาร อยู่ในกลุ่มขบวนการกูเลนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในกองทัพ และแม้เคลื่อนไหวในกลุ่มแคบ ฝ่ายรัฐบาลก็ยังรู้ระแคะระคายได้อยู่ดี

ข) การเน้นการจับตัวนายทหารระดับสูง เพื่อรวบอำนาจในกองทัพก็ทำไม่สำเร็จ เพราะยังมีนายทหารบางส่วนหนีรอดไปได้และตั้งกองบัญชาการต่อต้าน เปิดโอกาสให้ฝ่ายรัฐบาลออกมาเคลื่อนไหวได้ เช่น นายกรัฐมนตรีออกอากาศเตือนเรื่องการรัฐประหาร และประธานาธิบดีแอร์โดอานหนีจากการจับกุมและเดินทางมายังนครอิสตันบูลได้

ค) ประเมินความตื่นตัวของประชาชนตุรกีในการต่อสู้เพื่อรักษาสิทธิประชาธิปไตยของตนต่ำไป ไม่คิดว่าประชาชนจำนวนมากจะออกสู่ท้องถนน อุทิศชีวิตเพื่อทวงคืนพื้นที่ที่ทหารยึดไป ปรากฏว่ามีผู้เสียชีวิตในการรัฐประหารครั้งนี้กว่า 250 คน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นพลเรือน จะเห็นได้ว่า ความพยายามรัฐประหารครั้งนี้ แตกต่างจากในหลาย ๆ ประเทศ เพราะประชาชนตุรกีส่วนใหญ่มิได้เห็นด้วยกับการรัฐประหาร

สำหรับผลของการรัฐประหารครั้งนี้ ส่งทำให้แอร์โดอานได้ฉวยโอกาสจากเหตุการณ์นี้อย่างเต็มที่ เขาชี้ว่าการรัฐประหารครั้งนี้เป็น “ของขวัญจากพระเจ้าในการทำความสะอาดกองทัพของเรา” และสร้าง “ตุรกีใหม่” มีการประกาศภาวะฉุกเฉินและการกวาดล้างใหญ่ประมาณว่าจนถึงปัจจุบันมีเจ้าหน้าที่รัฐกว่า 150,000 คน ในกลไกรัฐ ได้แก่ ทหาร ตำรวจ ตุลาการ รวมทั้งอาจารย์ในมหาวิทยาลัยถูกพักงานหรือไล่ออก ที่ถูกจับกุมคุมขังรวมทั้งนักหนังสือพิมพ์มีกว่า 50,000 คน การก่อรัฐประหารที่ล้มเหลว

ของกองทัพกลับส่งผลให้ข้ออ้างของแอร์โดอานว่าเขาเป็นผู้รักษาระบอบประชาธิปไตยมีน้ำหนักขึ้น และทำให้การโจมตีของศัตรูว่าเขาจะรวบอำนาจไว้ในมือแต่ผู้เดียวมีน้ำหนักลดลง แต่ที่สำคัญที่สุดคือ ทำให้เขาสามารถสร้างกระแสประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญไปสู่ระบบประธานาธิบดีได้ง่ายขึ้น โดยการลงประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญไปสู่ระบบประธานาธิบดีมีขึ้นเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2017 มีคะแนนเสียงเห็นชอบร้อยละ 52 เป็นอันว่า สิ่งที่แอร์โดอานผลักดันก็เป็นผลสำเร็จ มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีภายใต้ระบบใหม่ตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 2018 ผลปรากฏว่าแอร์โดอานแห่งพรรค AKP ชนะเด็ดขาดตั้งแต่ในการเลือกตั้งครั้งแรก ได้รับคะแนนเสียงกว่าร้อยละ 52 ผิดความคาดหวังของฝ่ายค้าน ที่คิดว่าจะมีการตัดคะแนนระหว่างผู้สมัครจำนวนมาก จนกระทั่งแอร์โดอานได้รับคะแนนไม่ถึงร้อยละ 50 ต้องเลือกตั้งรอบที่สองซึ่งฝ่ายค้านสามารถรวมตัวกันเทคะแนนให้ตัวแทนกลุ่มตน และสามารถชนะในการแข่งขันนี้ได้ สำหรับการเลือกตั้งทั่วไปนั้น พรรค AKP ที่เป็นพันธมิตรกับพรรคขบวนการผู้รักชาติได้คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด สามารถจัดตั้งรัฐบาลได้

ผลการลงประชามติและการเลือกตั้งทั่วไป สะท้อนจุดยืน ประสบการณ์ และความหวังของประชาชนตุรกีอยู่หลายประการด้วยกัน

ประการแรก เสียงข้างมากของประชาชนตุรกี กลัวการรัฐประหารของกองทัพมากกว่ากลัวระบอบแอร์โดอานหรือเผด็จการพลเรือน รัฐธรรมนูญใหม่ปิดประตูตายสำหรับการเข้ามาแทรกแซงทางการเมือง และก่อการรัฐประหารของทหารอย่างที่เคยกระทำมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 กองทัพได้ล้มรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง 4 ครั้ง จับนักการเมืองขึ้นศาลทหาร สั่งจำคุก กระทั่งประหารชีวิตนายกรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญใหม่ จะเป็นครั้งแรกที่กองทัพจะถูกไต่สวนโดย “สภาควบคุมดูแลแห่งรัฐ” ที่เป็นพลเรือนเหมือนกับฝ่ายบริหารอื่น ศาลทหารให้ใช้เฉพาะเพื่อรักษาวินัยในหมู่ทหารเท่านั้น อำนาจอื่นของศาลเหล่านี้ ให้ย้ายไปอยู่ศาลพลเรือนทั้งหมด ผู้พิพากษาศาลทหาร 2 คน ที่จะไปเป็นตัวแทนนั่งในศาลรัฐธรรมนูญถูกตัดออก องค์คณะศาลรัฐธรรมนูญเหลือเพียง 15 คน โดย 3 คน เลือกจากรัฐสภา อีก 12 คนเลือกโดยประธานาธิบดี (ซึ่งก่อนหน้าการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรง ตำแหน่งนี้เกือบทุกคนมาจากกองทัพหรือเส้นสายจากกองทัพ) และห้ามประกาศกฎอัยการศึก ที่เป็นเครื่องมือให้กองทัพขึ้นมาใช้อำนาจปกครอง

ประการที่สอง ประชาชนตุรกีจำนวนไม่น้อยหวั่นเกรง "ตุลาการภิวัตน์" ด้วยเช่นเดียวกัน และต้องการระบบตุลาการที่โปร่งใส ตรวจสอบได้มากขึ้น ตามรัฐธรรมนูญใหม่กำหนดหลักการว่า ระบบตุลาการนอกจากต้องเป็นอิสระเหมือนข้อกำหนดตามรัฐธรรมนูญเดิมแล้ว ยังเพิ่มเติมอีกว่าต้อง "เป็นธรรม" ไม่ลำเอียง ซึ่งในทางปฏิบัติทำได้ยาก เพราะอำนาจรัฐย่อมลำเอียงเสมอ แต่ก็สามารถใช้เป็นหลักการในการตรวจสอบความโปร่งใสของระบบตุลาการได้ ที่ตามมาคือมีการปรับโครงสร้าง "สภาผู้พิพากษาและอัยการ" ที่มีหน้าที่สร้างวินัยในระบบกฎหมายตามรัฐธรรมนูญใหม่ ลดองค์คณะลงจาก 22 เหลือ 13 คน และให้ตัวแทนจากกระทรวงยุติธรรมมีที่นั่งถาวรในองค์คณะนี้ด้วย องค์คณะประกอบด้วยรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรม ปลัดกระทรวงยุติธรรม ผู้ที่ได้รับเลือกจากสภา 7 คน และประธานาธิบดีเลือกอีก 4 คน จากผู้สมัครเข้าชิงตำแหน่ง

ประการที่สาม ชาวตุรกีต้องการรัฐบาลที่เข้มแข็ง คล่องตัว มีประสิทธิภาพ กล่าวให้เฉพาะก็คือต้องการให้แอร์โดอานและพรรค AKP ได้บริหารประเทศต่อ ตามรัฐธรรมนูญใหม่ ยกเลิกตำแหน่งและสถาบันนายกรัฐมนตรี อำนาจบริหารที่เคยแบ่งกันระหว่างนายกรัฐมนตรีที่เป็นหัวหน้ารัฐบาลกับประธานาธิบดีที่เป็นประมุขรัฐ ซึ่งเกิดความขัดแย้งระหว่างกันได้ง่ายได้เปลี่ยนมารวมศูนย์อยู่ที่ประธานาธิบดีประธานาธิบดีจึงเป็นประมุขรัฐ ประมุขฝ่ายบริหารและหัวหน้าพรรคการเมืองพร้อมกันไป ทำเนียบประธานาธิบดีเข้ามาแทนที่สำนักนายกรัฐมนตรี[334]

จากสภาพการการเมืองที่นำเสนอมาทั้งหมดซึ่งมักจะมีพรรคการเมืองและนักการเมืองที่ขึ้นสู่อำนาจผ่านระบบเลือกตั้งเสนอนโยบายและเข้ามาดำเนินการอันเป็นการกระทบต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐตามแนวทางของลัทธิเคมาล พอจะอธิบายเหตุผลของการเกิดหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของตุรกีขึ้นว่า เกิดจากความพยายามของฝ่ายนิยมลัทธิเคมาลต้องการปกปักรักษาหลักการพื้นฐานที่เคมาล อตาเติร์กได้สร้างไว้จึงมีการสร้างกลไกยับยั้งและทำลายองค์กรอันเป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของสาธารณรัฐภายใต้ลัทธิเคมาล โดยการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสามารถสั่งยุบพรรคและลงโทษผู้บริหารพรรค ดังจะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

---

[334] อนุช อาภาภิรมย์, วิกฤติศตวรรษที่ 21: ระบบประธานาธิบดีและหนทางประชาธิปไตยของตุรกี, จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_127838, สืบค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2562

3.4.2 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982 ได้บัญญัติให้มีกลไกปกป้องระบอบประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญตลอดจนหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐไว้ในสองส่วน ได้แก่ ในหมวด 1 บททั่วไป (General Principles) มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติถึงบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขได้ในรัฐธรรมนูญ และอีกส่วนหนึ่งบัญญัติไว้ในหมวด 4 สิทธิและหน้าที่ทางการเมือง (Chapter 4 Political Rights and Duties) ส่วนที่ 3 บทบัญญัติเกี่ยวกับพรรคการเมือง (Provisions relating to political parties) มาตรา 68 และมาตรา 69

3.4.2.1 มาตรการป้องกันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐ

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 ของตุรกี ได้บัญญัติกรอบหรือขอบเขตในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 4[335] ว่า บทบัญญัติในมาตรา 1[336] เกี่ยวกับความเป็นสาธารณรัฐ คุณลักษณะของสาธารณรัฐในบทบัญญัติมาตรา 2[337] และบทบัญญัติมาตรา 3[338] ไม่สามารถเสนอให้มีการแก้ไขได้ เมื่อพิจารณาหลักการที่มาตรา 2 รับรองไว้ ได้แก่ หลักประชาธิปไตย ความเป็นรัฐฆราวาส ความเป็นรัฐสังคม ปกครองโดยยึดหลักนิติธรรม ภายใต้แนวคิดความสงบสุขสาธารณะ ความเป็นปึกแผ่นของชาติและความยุติธรรม การเคารพต่อสิทธิมนุษยชนภักดีต่อลัทธิชาตินิยมของอาตาเติร์ก และตั้งอยู่

---

[335] ARTICLE 4 - The provision of Article 1 regarding the form of the State being a Republic, the characteristics of the Republic in Article 2, and the provisions of Article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed.

[336] ARTICLE 1 - The State of Turkey is a Republic.

[337] ARTICLE 2 - The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble.

[338] ARTICLE 3 - The State of Turkey, with its territory and nation, is an indivisible entity. Its language is Turkish.

Its flag, the form of which is prescribed by the relevant law, is composed of a white crescent and star on a red background.

Its national anthem is the “Independence March”.

Its capital is Ankara.

บนพื้นฐานความเชื่อพื้นฐานในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ส่วนมาตรา 3 ได้กล่าวถึงหลักความเป็นรัฐเดี่ยวที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้

แต่เมื่อพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในหมวด 3 อำนาจตุลการ (Judicial Power) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 148[339] กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย รัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดี และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะในเชิงรูปแบบซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 175[340] ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องใช้เสียงของสมาชิกรัฐสภาอย่างน้อย 1 ใน 3 ขึ้นไป ส่วนการให้ความเห็นชอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องใช้เสียงของสมาชิกรัฐสภาอย่างน้อย 3 ใน 5 ขึ้นไป

นอกจากนี้ มาตรา 148 วรรคสองบัญญัติกรอบของการตรวจสอบรูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าจะพิจารณาได้เฉพาะผลการลงมติว่าได้รับเสียงข้างมากหรือไม่ ต้องเปิดโอกาสให้มีการอภิปราย และไม่เป็นการพิจารณาในวาระเร่งด่วน โดยผู้ที่มีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้คือประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือสมาชิกรัฐสภาจำนวนหนึ่งในห้าของสมาชิกรัฐสภาตุรกี โดยนัยนี้การเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วย

---

339 ARTICLE 148 - (As amended on September 12, 2010; Act No. 5982, and on April 16, 2017; Act No. 6771) The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance, of laws, presidential decrees and the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey, and decide on individual applications. Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form. However, presidential decrees issued during a state of emergency or in time of war shall not be brought

before the Constitutional Court alleging their unconstitutionality as to form or substance. ...

340 ARTICLE 175 - (As amended on May 17, 1987; Act No. 3361) Amendment to the Constitution shall be proposed in writing by at least one-third of the total number of members of the Grand National Assembly of Turkey. Bills to amend the Constitution shall be debated twice in the Plenary. The adoption of a bill for an amendment shall require a three-fifths majority of the total number of members of the Assembly by secret ballot. ...

รัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องใช้ช่องทางการตรวจสอบแบบนามธรรม (Abstract Control) เท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 148 แล้วพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องเชิงกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 148 วรรคสองและมาตรา 175 เท่านั้นมิได้มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรอบเชิงเนื้อหาตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีก็พยายามเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “เนื้อหา” การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่เคยปรากฏในคดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของพรรค AKP ในปี ค.ศ. 2008 ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

3.4.2.2 มาตรการและกลไกการยุบพรรคการเมือง

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี มาตรา 68 บัญญัติให้รับรองสิทธิให้ประชาชนอายุ 18 ปี ขึ้นไป มีสิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมืองและสามารถเข้าร่วมกิจกรรมทางการเมือง ทั้งยังมีสิทธิในการเป็นสมาชิกหรือการลาออกจากการเป็นพรรคการเมืองด้วย การจัดตั้งพรรคการเมืองในตุรกีไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือต้องดำเนินการจดทะเบียนพรรคการเมืองแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม แม้สาธารณรัฐตุรกีจะมีเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองอย่างกว้างขวาง แต่รัฐธรรมนูญตุรกีก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมพรรคการเมืองไว้อย่างเข้มงวดเช่นกัน รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี มาตรา 69[341]

---

[341] ARTICLE 69 - (As amended on July 23, 1995; Act No. 4121) The activities, internal regulations and operation of political parties shall be in line with democratic principles. The application of these principles is regulated by law.

Political parties shall not engage in commercial activities.

The income and expenditure of political parties shall be consistent with their objectives. The application of this rule is regulated by law. The auditing of acquisitions, revenue and expenditure of political parties by the Constitutional Court in terms of conformity to law as well as the methods of audit and sanctions to be applied in case of inconformity to law shall be indicated in law. The Constitutional Court shall be assisted by the Court of Accounts in performing its task of auditing. The judgments rendered by the Constitutional Court because of the auditing shall be final.

The dissolution of political parties shall be decided finally by the Constitutional Court after the filing of a suit by the office of the Chief Public Prosecutor of the High Court of Appeals.

ได้บัญญัติว่าข้อบังคับพรรคการเมืองและการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมือง จะต้องสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย มีการห้ามพรรคการเมืองประกอบกิจการเชิงพาณิชย์

มาตรา 69 วรรคสี่ ได้บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง เมื่อมีการยื่นคำร้องของอัยการสูงสุด (Chief Public Prosecutor of the High Court of Appeals) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองที่มี

The permanent dissolution of a political party shall be decided when it is established that the statute and program of the political party violate the provisions of the fourth paragraph of Article 68.

The decision to dissolve a political party permanently owing to activities violating the provisions of the fourth paragraph of Article 68 may be rendered only when the Constitutional Court determines that the party in question has become a centre for the execution of such activities. (Sentence added on October 3, 2001; Act No. 4709) A political party shall be deemed to become the centre of such actions only when such actions are carried out intensively by the members of that party or the situation is shared implicitly or explicitly by the grand congress, general chairpersonship or the central decision-making or administrative organs of that party or

by the group's general meeting or group executive board at the Grand National Assembly of Turkey or when these activities are carried out in determination by the abovementioned party organs directly.

(Paragraph added on October 3, 2001; Act No. 4709) Instead of dissolving it permanently in accordance with the above-mentioned paragraphs, the Constitutional Court may rule the concerned party to be deprived of state aid wholly or in part with respect to intensity of the actions brought before the court.

A party which has been dissolved permanently shall not be founded under another name.

The members, including the founders of a political party whose acts or statements have caused the party to be dissolved permanently shall not be founders, members, directors or supervisors in any other party for a period of five years from the date of publication of the Constitutional Court's final decision with its justification for permanently dissolving the party in the Official Gazette.

Political parties that accept aid from foreign states, international institutions and persons and corporate bodies of non-Turkish nationality shall be dissolved permanently. (As amended on October 3, 2001; Act No. 4709) The foundation and activities of political parties, their supervision and dissolution, or their deprival of state aid wholly or in part as well as the election expenditures and procedures of the political parties and candidates, are regulated by law in accordance with the above-mentioned principles.

ข้อบังคับและการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ**มาตรา 68 วรรคสี่**[342] ซึ่งได้แก่ (1) ความเป็นอิสระของรัฐ (Independence of the State) (2) บูรณภาพที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของอาณาเขตและชาติ (Indivisible integrity with its territory and nation) (3) สิทธิมนุษยชน (Human rights) (4) หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม (Principles of equality and rule of law) (5) อำนาจอธิปไตยของชาติ (sovereignty of the nation) (6) หลักของความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส (Principles of the democratic and secular Republic) ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองใดที่กระทำละเมิดต่อบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพรรคการเมืองนั้น “ได้ตกเป็นศูนย์กลางในการเริ่มดำเนินกิจกรรมเช่นว่านั้น” (become a centre for the execution of such activities) และพรรคการเมืองใด จะถือว่าเป็นศูนย์กลางของการกระทำดังกล่าวก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นได้ดำเนินการไปโดยสมาชิกของพรรคการเมืองนั้นโดยเจตนาหรือมีพฤติการณ์การมีส่วนร่วมโดยปริยายหรือโดยชัดแจ้งในการประชุมของพรรคการเมือง หรือในการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเมื่อกิจกรรมเหล่านั้นได้ดำเนินการไปโดยพรรคการเมืองโดยตรง ซึ่งมีข้อน่าสังเกตว่าการใช้ดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่า “พรรคการเมืองใดได้ตกเป็นศูนย์กลางของการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ” หรือไม่ แม้ในการตีความของศาลรัฐธรรมนูญเองก็เป็นประเด็นปัญหาอย่างมาก ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ E:1998/2, K:1998/1[343]

กล่าวโดยสรุป เหตุในการยุบพรรคการเมืองของสาธารณรัฐตุรกี แบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม คือ

(1) การห้ามมิให้พรรคการเมืองละเมิดหลักการเสรีประชาธิปไตยตามระบบสาธารณรัฐนิยม

---

[342] ARTICLE 68 - (As amended on July 23, 1995; Act No. 4121)

The statutes and programs, as well as the activities of political parties shall not be contrary to the independence of the State, its indivisible integrity with its territory and nation, human rights, the principles of equality and rule of law, sovereignty of the nation, the principles of the democratic and secular republic; they shall not aim to promote or establish class or group dictatorship or dictatorship of any kind, nor shall they incite citizens to crime.

[343] Judgment of 9.1.1998; AMKD (Journal of Decisions of the Constitutional Court) Vol.34, No.1, p.236-243.

(2) การห้ามมิให้พรรคการเมืองละเมิดหลักการของ “ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอันแบ่งแยกมิได้ของดินแดนความเป็นชาติตุรกี” (Unitary State)

(3) การห้ามมิให้พรรคการเมืองละเมิดหลักการเป็น “รัฐฆราวาส” หรือรัฐที่แยกศาสนาออกจากการเมือง (Secular State)[344]

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 69 วรรคเจ็ด ยังให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญหากไม่สั่งให้ยุบพรรคก็อาจสั่งให้พรรคนั้นหมดสิทธิได้รับการช่วยเหลือทั้งหมดหรือบางส่วนจากรัฐ โดยพิจารณาจากความรุนแรงของการกระทำที่เป็นประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 69 วรรคแปด ห้ามพรรคที่ถูกยุบอย่างถาวรจัดตั้งขึ้นอีกครั้งโดยใช้ชื่ออื่นก็ตาม วรรคเก้าบัญญัติต่อไปว่า สมาชิกรวมถึงผู้ก่อตั้งพรรคการเมืองที่มีการกระทำหรือแถลงการณ์ทำให้พรรคต้องถูกยุบอย่างถาวรจะต้องไม่เป็นผู้ก่อตั้ง สมาชิก กรรมการหรือหัวหน้างานในฝ่ายอื่น ๆ เป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ประกาศคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในรัฐกิจจานุเบกษา วรรคสิบได้บัญญัติให้พรรคการเมืองที่รับความช่วยเหลือจากรัฐต่างประเทศ สถาบันระหว่างประเทศ บุคคลและนิติบุคคลที่ไม่ใช่สัญชาติตุรกีจะถูกยุบอย่างถาวร และวรรคสิบเอ็ดได้บัญญัติว่า การก่อตั้งและกิจกรรมของพรรคการเมืองการกำกับดูแลและการยุบพรรคหรือการกีดกันการช่วยเหลือจากรัฐทั้งหมดหรือบางส่วนรวมถึงค่าใช้จ่ายและขั้นตอนการเลือกตั้งของพรรคการเมืองและผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักการที่บัญญัติไว้ข้างต้น

3.4.3 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญของตุรกี (Anayasa Mahkemesi : AYM) เป็นองค์กรตุลาการระดับสูงที่มีภารกิจหลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ของรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย รวมถึงระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลซึ่งออกโดยรัฐสภา ในบางกรณียังทำหน้าที่เป็นศาลอาญาสูงสุด (Yüce Divan) เพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับความผิดของประธานาธิบดี คณะรัฐมนตรีหรือประธานและตุลาการของศาลระดับสูง

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของตุรกี คือ ฉบับปี ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2017 ได้บัญญัติถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีไว้ในภาค 3 สถาบันหลักของสาธารณรัฐ หมวด 4 อำนาจตุลาการ ส่วนที่ 2 ศาลชั้นสูง A ศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 146-153

---

[344] ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, หน้า 113.

โดยในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญหลายประการ ได้แก่ มีการปรับลดจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลง จาก 17 คน เหลือ 15 คน และมีการเพิ่มอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งในทางรูปแบบหรือเนื้อหาของรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดี โดยให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือสมาชิกรัฐสภา (The Grand National Assembly of Turkey) อย่างน้อยหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภาตุรกีมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบหรือเนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดี รวมถึงข้อบังคับการประชุมรัฐสภาของตุรกี[345] นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตรวจสอบหากคำพิพากษาของศาลสูงสุดมีเนื้อหาที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล[346]

นอกจากนี้ ในการลดจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญลงนั้น เป็นการตัดสัดส่วนตุลาการที่มาจากศาลทหารชั้นอุทธรณ์และศาลปกครองสูงสุดทางทหาร โดยจะไม่มีการแต่งตั้งตุลาการจากศาลเหล่านั้นอีก เมื่อวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการที่ได้รับเลือกมาจากศาลทั้งสองนั้นสิ้นสุดลง[347]

3.4.3.1 โครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของตุรกี มาตรา 146[348] ได้บัญญัติถึงโครงสร้างและองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่าประกอบด้วยตุลาการจำนวน 15 คน ซึ่งมีที่มาจาก

---

[345] The Constitutional Court of the Republic of Turkey, 2017 Constitutional Amendment [online] Retrieved July 31, 2019 from https://www.anayasa.gov.tr/en/court/short-history/.

[346] İsmail Aksel, Turkish Judicial System - Bodies, duty and officials, Ankara: The Ministry of Justice of Turkey, 2013, p.31.

[347] The Constitutional Court of the Republic of Turkey, 2017 Constitutional Amendment [online] Retrieved July 31, 2019 from https://www.anayasa.gov.tr/en/court/short-history/

[348] ARTICLE 146- (As amended on April 16, 2017; Act No. 6771) The Constitutional Court shall be composed of fifteen members.

The Grand National Assembly of Turkey shall elect, by secret ballot, two members from among three candidates to be nominated by and from among the president and members of the Court of Accounts, for each vacant position, and one member from among three candidates nominated by the heads of the bar associations from among self-employed lawyers. In this election to be held in the Grand National Assembly of

(1) ตุลาการซึ่งได้รับเลือกโดยรัฐสภา 3 คน โดย 2 คน จะเลือกจากบรรดาผู้สมัคร 3 คนที่ได้รับการเสนอชื่อจากผู้พิพากษาศาลบัญชี และอีกคนหนึ่งรัฐสภาจะเลือกจากผู้สมัคร 3 คน ซึ่งเป็นทนายความที่ได้รับการเสนอชื่อจากนายกสภาทนายความ

(2) ตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ 12 คน โดยมาจาก

Turkey, for each vacant position, two thirds majority of the total number of members shall be required for the first ballot, and absolute majority of total number of members shall be required for the second ballot. If an absolute majority cannot be obtained in the second ballot, a third ballot shall be held between the two candidates who have received the greatest number of votes in the second ballot; the member who receives the greatest number of votes in the third ballot shall be elected.

(As amended on April 16, 2017; Act No. 6771) The President of the Republic shall appoint three members from High Court of Appeals, two members from Council of State from among three candidates to be nominated, for each vacant position, by their respective general assemblies, from among their presidents and members; three members, at least two of whom being law graduates, from among three candidates to be nominated for each vacant position by the Council of Higher Education from among members of the teaching staff who are not members of the Council, in the fields of law, economics and political sciences; four members from among high level executives, self-employed lawyers, first category judges and public prosecutors or rapporteurs of the Constitutional Court having served as rapporteur at least five years.

(As amended on April 16, 2017; Act No. 6771) In the elections to be held in the respective general assemblies of the High Court of Appeals, Council of State, the Court of Accounts and the Council of Higher Education for nominating candidates for membership of the Constitutional Court, three persons obtaining the greatest number of votes shall be considered to be nominated for each vacant position. In the elections to be held for the three candidates nominated by the heads of bar associations from among self-employed lawyers, three persons obtaining the greatest number of votes shall be considered to be nominated.

To qualify for appointments as members of the Constitutional Court, members of the teaching staff shall be required to possess the title of professor or associate professor; lawyers shall be required to have practiced as a lawyer for at least twenty years; high level executives shall be required to have completed higher education and to have worked for at least twenty years in public service, and first category judges and public prosecutors with at least twenty years of work experience including their period of candidacy, provided that they all shall be over the age of forty five.

- ผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา 3 คน
- ตุลาการศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด 2 คน
- ศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยซึ่งทำการสอนในสาขานิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกจากสภาการอุดมศึกษา 3 คน โดยอย่างน้อย 2 คน ต้องเป็นผู้สำเร็จการศึกษาด้านกฎหมาย
- บุคคลจำนวน 4 คน ซึ่งมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้ เป็นผู้บริหารระดับสูง (สำเร็จการศึกษาชั้นอุดมศึกษาและมีประสบการณ์ในการบริหารงานแผ่นดินมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ปี) ทนายความ (ซึ่งมีประสบการณ์ว่าความมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ปี) ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น พนักงานอัยการ (ซึ่งดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 20 ปี) หรือพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนของศาลรัฐธรรมนูญ (ปฏิบัติงานในตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี)

โดยทุกคนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 45 ปีบริบูรณ์

ให้เลือกตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานและตุลาการอีก 2 คน เป็นรองประธาน ซึ่งต้องได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดจากตุลาการทั้งหมด และอาจได้รับแต่งตั้งเป็นประธานหรือรองประธานใหม่ได้อีก

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี โดยจะดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และเกษียณอายุเมื่ออายุครบ 65 ปีบริบูรณ์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งเมื่อกระทำความผิดอันทำให้ขาดคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย และโดยมติเสียงข้างมากเด็ดขาดของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เพราะมีปัญหาด้านสุขภาพ (มาตรา 147)

3.4.3.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีอำนาจหน้าที่หลักเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของทุกประเทศคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งในเชิงเนื้อหาและรูปแบบของกฎหมาย รัฐกฤษฎีกาของประธานาธิบดี (ยกเว้นรัฐกฤษฎีกาซึ่งออกในระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในภาวะสงคราม) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ส่วนร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญได้เฉพาะ "รูปแบบ" (ไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงเนื้อหา) (มาตรา 148 วรรคหนึ่ง)

ปัจเจกบุคคลซึ่งถูกอำนาจรัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในขอบเขตของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (the European Convention on Human Rights) ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เมื่อได้ใช้กลไกเยียวยาทางกฎหมายอื่น ๆ ครบถ้วนแล้ว (มาตรา 148 วรรคสาม)

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคดีในฐานะที่เป็นศาลอาญาสูงสุด โดยศาลสามารถพิจารณาความผิดทางอาญาเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานรัฐสภา รองประธานาธิบดี รัฐมนตรี ประธานและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประธานและผู้พิพากษาศาลฎีกา และประธานและตุลาการศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุดและรองอัยการสูงสุด ประธานและกรรมการตุลาการ ประธานและผู้พิพากษาศาลบัญชีสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือและผู้บัญชาการทหารอากาศ (มาตรา 148 วรรคหกถึงวรรคแปด)

3.4.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกลไกของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

ในหัวข้อนี้จะแบ่งการนำเสนอออกเป็น 2 ส่วน คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และการวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

3.4.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ในปี ค.ศ. 2008 ได้มีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญคือการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยพรรคยุติธรรมและการพัฒนา (Justice and Development: AKP)

ความเป็นมาของคดีนี้มีที่มาจากการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยพรรค AKP ของนายเรเจป ไตยิป แอร์โดอัน (Recep Tayyip Erdoğan) ร่างกฎหมายเลขที่ 5735 ซึ่งเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตุรกีในมาตรา 10 และมาตรา 42 โดยวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีการให้เหตุผลว่าเป็นไปเพื่อยกเลิกมาตรการห้ามนักศึกษามหาวิทยาลัยสวมผ้าคลุมศีรษะของหญิงมุสลิมที่เรียกว่า

ฮิญาบ ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกเสนอโดยพรรคการเมือง 2 พรรค คือ พรรค Justice and Development (AKP) และพรรค Nationalist Movement (MHP) รวมทั้งได้รับการสนับสนุนจากพรรคการเมืองอื่นอีก ร่างกฎหมายดังกล่าวได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนน 411 เสียง จากสมาชิกรัฐสภาทั้งหมด 550 คน ด้วยการลงคะแนนลับ

ต่อมาสมาชิกรัฐสภาจากพรรคสาธารณรัฐของประชาชน (CHP) และพรรคประชาธิปไตยซ้าย (DSP) จำนวน 110 คน ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ โดยโต้แย้งว่ากรณีเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นรัฐฆราวาสที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ โดยที่มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐ เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และไม่อาจเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ รวมทั้งคำร้องยังโต้แย้งว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Constituent power) ไม่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญได้ จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นโมฆะและให้เพิกถอนเสีย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในประเด็นเบื้องต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ภายใต้มาตรา 148 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบเรื่องได้เฉพาะประเด็นรูปแบบและกระบวนการตรา กล่าวคือ จำนวนเสียงข้างมากที่เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบรูปแบบและกระบวนการตราตามมาตรา 148 ดังกล่าว ต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า ร่างกฎหมายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภานั้น ต้องเป็นร่างที่สมบูรณ์ด้วยเมื่อมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญได้วางกรอบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงการแก้ไขที่กระทบต่อหลักการรัฐฆราวาส ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาว่าร่างกฎหมายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอเข้าสภานั้นกระทบต่อหลักการรัฐฆราวาสหรือไม่เสียก่อน หากกระทบ ก็เท่ากับว่าร่างนั้นไม่สมบูรณ์ เมื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายกฎหมายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ชอบด้วยรูปแบบและกระบวนการตรา

ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาจึงไม่มีอำนาจเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าคดีนี้อยู่ภายในเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ทำการเปลี่ยนแปลงโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางท่านมีความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้อนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา และคดีนี้ก็ไม่อาจทำคำวินิจฉัยได้โดยปราศจากการพิจารณาในทางเนื้อหา

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า วัตถุประสงค์ของการร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้ปรากฏออกมาทั้งจากการให้เหตุผลทางกฎหมายและระหว่างการอภิปรายของรัฐสภาถึงการยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัย นอกจากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECHR) ก็เคยมีคำวินิจฉัยไว้แล้วในคดี Leyla Sahin ว่ามาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัยขัดต่อหลักความเป็นรัฐฆราวาส การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 10 และมาตรา 42 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม ซึ่งมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ด้วยเหตุนี้ร่างกฎหมายเลขที่ 5735 จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 4 และมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญและให้เพิกถอนบทบัญญัติของร่างกฎหมายเลขที่ 5735 นั้นเสีย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ E. 2008/16, K. 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008)[349] หลังจากนั้นอัยการสูงสุดได้อาศัยเหตุนี้ยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรค AKP ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองดังจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

ข้อสังเกตจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ แม้โดยถ้อยคำของรัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะรูปแบบและกระบวนการ แต่เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความรัฐธรรมนูญว่า การที่รัฐธรรมนูญมาตรา 4 กำหนดกรอบหรือขอบเขตเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วยว่า

---

[349] ปฐมพงษ์ พิพัฒนธนากิจ, การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันนำไปสู่คดีขอให้ยุบพรรคการเมืองในตุรกี, จาก http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1750, ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2562

3.4.4.2 การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

ภายใต้การดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญของตุรกีซึ่งจัดตั้งมาเป็นเวลากว่า 49 ปี มีการยุบพรรคการเมืองไปทั้งหมด 28 พรรค ทั้งหมดเป็นการอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ตั้งอยู่บนหลักการของประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กล่าวคือ การยับยั้งการกระทำของพรรคการเมืองที่เป็นการบ่อนทำลายหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ตัวอย่างของกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 69 ยุบพรรคการเมือง เช่น[350]

(1) ค.ศ. 1971 ยุบพรรคความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (National Order Party) ในฐานไม่ยอมรับหลักการแยกศาสนาออกจากการเมือง

(2) ค.ศ. 1983 ยุบพรรคความสงบเรียบร้อย (Tranquility Party) ในฐานไม่ยอมรับหลักการแยกศาสนาออกจากการเมือง

(3) ค.ศ. 1992 ยุบพรรคสังคมนิยม (Socialist Party: SP) ในฐานสนับสนุนการปกครองแบบสหพันธรัฐซึ่งขัดกับหลัก "ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของตุรกี"

(4) ค.ศ. 1993 ยุบพรรคแรงงานประชาชน (People's Labor: HEP) และพรรคเสรีภาพและประชาธิปไตย (Freedom and Democracy: OZDEP) ในฐานสนับสนุนการปกครองแบบสหพันธรัฐซึ่งขัดกับหลัก "ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของตุรกี"

(5) ค.ศ. 1997 ยุบพรรคแรงงาน (Labour Party: IP) ในฐานสนับสนุนการปกครองแบบสหพันธรัฐซึ่งขัดกับหลัก "ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของตุรกี"

(6) ค.ศ. 1998 ยุบพรรคสวัสดิการ (The Welfare Party) ในฐานไม่ยอมรับหลักการแยกศาสนาออกจากการเมือง และศาลได้สั่งห้ามนายกรัฐมนตรีแอร์บาคาน (Erbakan) เล่นการเมืองเป็นระยะเวลาห้าปี ซึ่งคดีนี้ได้มีการยื่นฟ้องไปยังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ปรากฏว่าศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยืนตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งตุรกี โดยวินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญ

---

[350] ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, หน้า 116-118 และรัชนิกุล อุตรศาสตร์, ปัญหาทางกฎหมายในการยุบพรรคการเมืองในประเทศไทย, หน้า 46-47.

มีอำนาจที่จะยับยั้งการกระทำที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ คือ หลักความเป็นรัฐฆราวาสของตุรกีได้ โดยให้เหตุผลว่าการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็น “ความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย” (necessary in a democratic society) ในความหมายของมาตรา 11 วรรคสอง แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

(7) ค.ศ. 2001 ยุบพรรคคุณงามความดี (The Virtue Party) ในฐานไม่ยอมรับหลักการแยกศาสนาออกจากการเมือง ยุบพรรคประชาธิปไตยโดยประชาชน (People’s Democratic Party: HADEP) ในฐานสนับสนุนกลุ่มก่อการร้ายของพรรคนอกกฎหมายคือพรรคคนงานเคอร์กิสถาน (PKK) ซึ่งสนับสนุนการแบ่งแยกดินแดนในตุรกีอันละเมิดหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและสนับสนุนแนวคิดในศาสนาอิสลามที่ไม่แยกศาสนากับการเมือง และยุบพรรคคอมมิวนิสต์สามัคคีแห่งตุรกี (United Communist Party of Turkey: TBKP) ในฐานใช้ชื่อพรรคที่มีคำว่า “คอมมิวนิสต์” อันขัดกับหลักการเสรีนิยมประชาธิปไตยตามระบบสาธารณรัฐนิยม (Republicanism)

(8) ค.ศ. 2008 คดียุบพรรคยุติธรรมและการพัฒนา (Justice and Development: AKP) โดยความเป็นมาของคดีนี้มีที่มาจากการเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยพรรค AKP ของนายแอร์โดอานซึ่งได้นำเสนอข้อเท็จจริงและผลการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ขัดต่อหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐตามมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

จากนั้นอัยการสูงสุดได้ยื่นคำร้องขอให้ยุบพรรคตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มาตรา 69 และมาตรา 149 ประกอบกับพยานหลักฐานต่าง ๆ เห็นว่า การดำเนินกิจกรรมของพรรคได้กระทำโดยฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคห้า ซึ่งเป็นการกระทำโดยหัวหน้าพรรคและสมาชิกของพรรคผู้ถูกร้องรวมทั้งพรรคผู้ถูกร้องยังเป็นศูนย์กลางของการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มีความต้องการของสังคมที่จะยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัย การจำกัดอายุเกี่ยวกับการเรียนคัมภีร์อัลกุรอาน และข้อจำกัดเกี่ยวกับโรงเรียนสอนศาสนา ซึ่งพรรคผู้ถูกร้องไม่ได้ดำเนินการในทางการเมืองต่อประเด็นเหล่านี้อย่างแข็งกร้าว ซึ่งในส่วนของมาตรการลงโทษต่อกิจกรรมที่ขัดต่อ

หลักการของประชาธิปไตยและหลักรัฐฆราวาส ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า นับแต่พรรคผู้ถูกร้องเข้าสู่อำนาจในปี ค.ศ. 2002 พรรคผู้ถูกร้องมีเสียงข้างมากเพียงพอที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่พรรคผู้ถูกร้องไม่ได้จัดตั้งขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่จะทำลายการปกครองระบอบประชาธิปไตยและโครงสร้างของรัฐแบบฆราวาส หรือที่จะทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญด้วยการใช้ความรุนแรง หรือไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรมในจุดมุ่งหมายเหล่านี้ ระดับความร้ายแรงของกิจกรรมเหล่านั้นไม่ปรากฏว่าอยู่ในระดับที่จะต้องยุบพรรคผู้ถูกร้อง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ใช้มาตรการลดเงินสนับสนุนพรรคผู้ถูกร้องลงครึ่งหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน ลงมติให้ยุบพรรคผู้ถูกร้อง จากองค์คณะทั้งหมด 11 คน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเสียงข้างมาก แต่เนื่องจากในรัฐธรรมนูญซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติว่า ในคดียุบพรรคการเมืองการจะมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองได้ต้องใช้มติพิเศษคือ 3 ใน 5 การยุบพรรคผู้ถูกร้องจึงไม่เกิดขึ้น มีข้อสังเกตว่า ในคดีนี้มีเสียงข้างน้อยจำนวน 5 เสียง ที่มีความเห็นแตกต่างกัน โดย 4 เสียงเห็นว่า ควรตัดสินให้ลงโทษในการตัดความช่วยเหลือทางการเงินของพรรค แต่อีก 1 เสียงเห็นว่า การกระทำของพรรคการเมืองไม่สมควรได้รับโทษ[351]

หลังจากเสร็จสิ้นคดีดังกล่าวแล้ว ฝ่ายรัฐบาลนำโดยพรรค AKP ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและการยุบพรรคการเมืองด้วย เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี ค.ศ. 2010 ก็ได้รับความเห็นชอบทุกมาตรา ยกเว้นเฉพาะร่างมาตรา 69 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองให้กระทำได้ยากยิ่งขึ้น ไม่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 2 ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องให้ประชาชนลงประชามติ แต่ก่อนที่จะมีการลงประชามติ ได้มีการส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าการเปลี่ยนแปลงกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญละเมิดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การลงประชามติจึงได้ดำเนินไปและผลปรากฏว่า ประชาชนให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว

---

[351] ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 116-117.

(9) คดียุบพรรค Democratic Society Party (DTP) อาจถือได้ว่า เป็นคดีท้ายสุดที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า พรรค DTP เป็นศูนย์กลางของกิจกรรมต่าง ๆ ที่มีความมุ่งหมายในการทำลายความเป็นหนึ่งเดียวกันของรัฐและดินแดนและชาติ รวมทั้งยังสนับสนุน PKK ซึ่งเป็นองค์กรก่อการร้าย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

- พรรค DTP พยายามให้ได้มาซึ่งสิทธิและมีการกระทำที่เป็นการต่อต้านระบอบประชาธิปไตย และมุ่งใช้วิธีการทางการก่อการร้ายเป็นวิถีทางการเมืองของพรรค
- พรรค DTP ไม่ใช้มาตรการต่าง ๆ แต่ยังคงเงียบเฉยในเรื่องการจลาจลที่เกิดขึ้นในองค์กรที่ดำเนินการโดยสมาชิกพรรค และทัศนคติเช่นนี้ของพรรคเป็นสิ่งที่แสดงออกให้เห็นอีกประการหนึ่งว่าเป็นการสนับสนุนการก่อการร้าย
- พรรค DTP ไม่เคยดำเนินการทางการเมืองต่อต้านกิจกรรมอันเป็นการก่อการร้ายอย่างชัดเจน และไม่เคยประณามการกระทำความผิดทางอาญาและผู้กระทำผิดทางอาญาแต่กลับปกปิดสิ่งเหล่านั้น (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ E:2007/1, K:2009/4, ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2009)

นอกจากนั้น ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังมีการอ้างอิงความเห็นของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ในคดี Herri Batasuna and Batasuna V. Spain[352] ที่ว่า “การปฏิเสธหรือการนิ่งเฉยในการกล่าวคำประณามการใช้ความรุนแรงถือเป็นการสนับสนุนการก่อการร้ายอย่างชัดเจน” จากเหตุผลที่กล่าวมาศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำวินิจฉัยยุบพรรค DTP

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า การวิเคราะห์ความสำคัญของกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในตุรกีนั้นจำเป็นต้องวิเคราะห์เปรียบเทียบกับรูปแบบรัฐบาล (Form of government) ของประเทศตุรกี กล่าวคือ หลังการสถาปนาสาธารณรัฐตุรกี โดยเคมาล อตาเติร์กในปี ค.ศ. 1923 นั้น ตุรกีได้เลือกระบอบการปกครองเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย โดยมีรูปแบบรัฐบาลแบบรัฐสภา (Parliamentary system) ซึ่งรูปแบบรัฐบาลแบบรัฐสภานั้นมีกลไกความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว (monist) กล่าวคือ นายกรัฐมนตรีมาจากเสียงข้างมากในรัฐสภา คณะรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีตั้งขึ้นก็ต้องบริหารประเทศบนพื้นฐานความไว้วางใจ

[352] Application nr: 25803/04; 25817/04, judgment of 03 June 2009.

ของรัฐสภา (Confidence of the Parliament) แต่ในความเป็นจริงแล้ว การจัดตั้งรัฐบาลในระบบรัฐสภานั้น ต้องผ่านการรวบรวมเสียงสมาชิกรัฐสภาที่ตกลงอยู่ในฝ่ายพรรคร่วมรัฐบาลด้วยกันมาก่อนเสมอ ดังนั้น กลไกที่ว่ารัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและรัฐสภามีอำนาจในการควบคุมการทำงานของรัฐบาลโดยการตั้งกระทู้ถามหรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีนั้น แท้จริงแล้วเป็นบทบาทของพรรคฝ่ายค้านในรัฐสภาเท่านั้น ซึ่งแน่นอนว่าย่อมมีจำนวนเสียงในรัฐสภาน้อยกว่าฝ่ายพรรคร่วมรัฐบาล ดังนั้นเมื่อพรรคการเมืองใดได้จัดตั้งรัฐบาลแล้ว ก็เท่ากับว่าพรรคการเมืองนั้นสามารถดำเนินนโยบายใด ๆ ตามที่ตนต้องการโดยแทบไม่มีองค์อำนาจใดมายับยั้งการกระทำของพรรครัฐบาลซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับคณะรัฐมนตรีได้เลย

ด้วยเหตุนี้ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็น “กลุ่มเดียวกัน” เสียแล้ว ความจำเป็นของการสร้างกลไกการถ่วงดุลอำนาจของรัฐบาลและพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลย่อมไม่มีหนทางอื่น นอกเสียจากการให้อำนาจอีกฝ่ายหนึ่งที่มีความเป็นอิสระจากฝ่ายการเมือง คือ องค์กรตุลาการอย่างศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจของพรรคการเมืองที่อาจเป็นอันตรายต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนหลักการพื้นฐานของประเทศที่อยู่ภายใต้ระบอบเสรีประชาธิปไตย กลไกการให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญรวมถึงอำนาจในการสั่งยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จึงมีความจำเป็นเพื่อรักษาระบอบประชาธิปไตยเสียเอง หาไม่แล้วพรรคการเมืองที่รวบรวมเสียงข้างมากในรัฐสภาก็จะสามารถใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารในการผลักดันนโยบายต่าง ๆ ตามแนวทางอุดมการณ์ของพรรค ซึ่งอาจจะมีทั้งที่เป็นปฏิปักษ์และไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในส่วนที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนั้น หากไม่มีการกำหนดกลไกให้ระบอบประชาธิปไตยสามารถปกป้องตนเองได้แล้ว ก็ย่อมตกอยู่สภาวะที่อันตราย สุ่มเสี่ยงต่อการถูกล้มล้างหรือลดทอนความสำคัญลงในที่สุด อย่างที่เคยเกิดขึ้นในการก้าวขึ้นสู่อำนาจของอดอล์ฟ ฮิตเลอร์โดยการใช้ประโยชน์จากกลไกของระบบรัฐสภานั่นเอง

อย่างไรก็ตาม จากสถานการณ์ทางการเมืองของตุรกีในรอบ 10 ปี มานี้จะเห็นได้ว่ามีวิวัฒนาการไปจากช่วงที่ผ่าน ๆ มาอย่างชัดเจน กล่าวคือ พรรคการเมืองภายใต้การนำของนายแอร์โดอานหลังผ่านเหตุการณ์รัฐประหารที่ล้มเหลวในปี ค.ศ. 2018

ผ่านการลงประชามติแก้ไขรัฐธรรมนูญไปสู่ระบบประธานาธิบดีและชนะการเลือกตั้งทั่วไปในปีเดียวกัน ยิ่งเป็นการส่งเสริมให้พรรค AKP มีความเชื่อมั่นในแนวทางการทำงานทางการเมืองของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010 ยกเลิกการคุ้มครองผู้ก่อรัฐประหาร ทำให้ในปี ค.ศ. 2014 ศาลตุรกีได้ตัดสินลงโทษจำคุกตลอดชีวิตนายพลเอฟเรน ซึ่งเป็นผู้ก่อการรัฐประหารครั้งก่อนหน้าในปี ค.ศ. 1980 นายพลเอฟเรนในวัย 96 ปี ถูกศาลตัดสินลงโทษในข้อหาก่ออาชญากรรมต่อรัฐ และถูกถอดยศ ซึ่งถือเป็นการประกาศชัยชนะของระบอบแอร์โดอานที่มีเหนือกองทัพซึ่งเคยเป็นสถาบันหลักในการพิทักษ์ลัทธิเคมาลมาโดยตลอด

ด้านศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเคยเป็นกลไกสำคัญของลัทธิเคมาลและกองทัพในการจัดระเบียบประเทศก็แลดูจะมีบทบาทด้อยลงไปภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010 ที่เพิ่มองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจาก 11 เป็น 17 คน มีวาระ 12 ปี และต้องลาออกเมื่ออายุครบ 65 ปี รัฐสภา ประธานาธิบดีและสภาคณาจารย์ของมหาวิทยาลัยเป็นผู้เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การตัดสินยุบพรรคหรือตัดสิทธิทางการเมืองของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ต้องทำในที่ประชุมใหญ่ หลังจากนั้นเป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยตัดสินยุบพรรคการเมืองใดในตุรกีอีกเลย การเผชิญหน้าระหว่างพรรค AKP และศาลรัฐธรรมนูญในคดีแก้ไขรัฐธรรมนูญปี 2008 ก็สังเกตเห็นได้ชัดว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีความกริ่งเกรงไม่กล้าตัดสินยุบพรรค AKP อย่างที่เคยตัดสินยุบพรรคต่าง ๆ มาแล้วกว่า 20 พรรค จึงอาจกล่าวได้ว่า กลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยภายใต้ลัทธิเคมาลในตุรกีเองก็กำลังเข้าสู่จุดวิกฤตที่ดูเหมือนว่าการรุกคืบของนายแอร์โดอานจะยังไม่มีกลไกใดมายับยั้งได้ในเวลาอันใกล้นี้

3.4.5 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศตุรกี

หากจะพิจารณาถึงข้อจำกัดในเชิงขอบเขตของการใช้กลไกประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศตุรกี จะพบว่า ตุรกีได้วางขอบเขตของการกระทำที่ต้องห้ามเป็นการขัดต่อหลักประชาธิปไตยไว้อย่างชัดเจน ทั้งกรอบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้อย่างละเอียดในมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญ ส่วนการใช้เสรีภาพของพรรคการเมือง ทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา ในเชิงรูปแบบคือ ต้องเป็นข้อบังคับ

ของพรรคการเมืองหรือเป็นกิจกรรมหรือการดำเนินการของพรรคการเมือง ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 69 วรรคห้า ส่วนในเชิงเนื้อหาก็บัญญัติไว้ในมาตรา 69 วรรคห้าเช่นกันว่า เมื่อข้อบังคับหรือการดำเนินการของพรรคการเมืองนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคสี่ ซึ่งได้แก่ ความเป็นอิสระของรัฐ บูรณภาพที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของอาณาเขตและชาติ สิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม อำนาจอธิปไตยของชาติ หลักของความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส ในส่วนนี้ถือว่าเป็นการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่การบัญญัติขอบเขตไว้เพียงแค่การเป็นข้อบังคับของพรรคการเมืองหรือการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองอาจจะมีปัญหาและอุปสรรคต่อไปในอนาคตได้ กล่าวคือ บทบัญญัตินี้มีขอบเขตไม่ครอบคลุมถึงการกระทำของบุคคลธรรมดาที่มิได้เป็นสมาชิกพรรคการเมืองแต่ใช้เสรีภาพแสดงความคิดเห็นปลุกระดม หรือเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารอันเป็นการบ่อนทำลายหลักการสำคัญของประเทศตามมาตรา 68 วรรคสี่ ย่อมไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะยับยั้งการกระทำของบุคคลดังกล่าวหรือลงโทษบุคคลดังกล่าวในทางการเมืองได้ แม้อาจลงโทในทางอาญาได้ตามความผิดต่อความมั่นคงของประเทศก็ตาม จึงอาจถือได้ว่าเป็นข้อจำกัดประหารหนึ่งของขอบเขตการใช้กลไกประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของตุรกี

ในส่วนของมาตรการและกลไก เมื่อพิจารณาแล้วพบว่ารัฐธรรมนูญของตุรกีกำหนดมาตรการและกลไกจัดการกับการดำเนินการที่ขัดต่อหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ประการ ในมาตรา 68 วรรคสี่ โดยใช้มาตรการยุบพรรคการเมืองและห้ามสมาชิกพรรค กรรมการบริหารพรรคไปจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่ หรือแม้กระทั่งการสั่งมิให้ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ก็ถือเป็นมาตรการหรือกลไกที่มีความหลากหลายยืดหยุ่นกับสถานการณ์พอสมควร แต่ในส่วนของมาตรการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นพบว่ารัฐธรรมนูญของตุรกีกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะรูปแบบ ไม่สามารถตรวจสอบเนื้อหาได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มักจะเข้าไปตรวจสอบเชิงเนื้อหาอยู่นั่นเอง โดยอ้างว่าร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีความสมบูรณ์ที่จะเสนอต่อรัฐสภาได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตรวจสอบความสมบูรณ์ของร่างแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญด้วย จึงอาจถือเป็นปัญหาอุปสรรคว่า หากต่อไปศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มรัฐธรรมนูญจะมีกลไกหรือองค์กรใดเข้าไปคุ้มครองหลักการพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ได้

ในส่วนขององค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินมาตรการประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของตุรกีคือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับว่ามีความเหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากมีการกระทำใดของพรรคการเมืองที่กระทบต่อหลักการสำคัญซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ เช่น มาตรา 68 วรรคสี่ ซึ่งได้แก่ ความเป็นอิสระของรัฐ บูรณภาพที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของอาณาเขตและชาติ สิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม อำนาจอธิปไตยของชาติ หลักของความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส ก็ชอบแล้วที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญจะมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองซึ่งมีข้อบังคับหรือกิจกรรมที่ขัดต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม หลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแอร์โดอานในปี ค.ศ. 2010 เป็นที่น่าสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่เคยมีบทบาทหลักในการปกป้องหลักการสำคัญของประเทศอันมีพื้นฐานมาจากลัทธิเคมาลได้ถูก “ล้อมกรอบ” จากฝ่ายการเมืองทำให้ศาลรัฐธรรมนูญระมัดระวังการแสดงบทบาทในฐานะผู้พิทักษ์ลัทธิเคมาลลงอย่างมาก จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อไปในอนาคตว่า หากฝ่ายการเมืองที่ครองอำนาจในปัจจุบันต้องการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 จะยังคงถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้อยู่หรือไม่

3.5 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำหรับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนี้ จะได้นำเสนอถึงสภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส (3.5.1) จากนั้นจะนำเสนอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ (3.5.2) และปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส (3.5.3) โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.5.1 สภาพการเมืองและกำเนิดรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส

เดิมทีประเทศฝรั่งเศสปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข โดยประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีจุดเริ่มต้นจากการที่ฝรั่งเศสทำสงครามกับอังกฤษ ในปี (ค.ศ 1396 - 1454) หรือที่เรียกว่า สงครามร้อยปี (Hundred Years Wars) ซึ่งจากผลของสงครามร้อยปีนี้ส่งผลให้ให้ดินแดนฝรั่งเศส

ที่เคยเป็นของอังกฤษกลับมาเป็นของฝรั่งเศส และทำให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสมีมากขึ้น โดยขุนนางฝรั่งเศสมอบความไว้วางใจแก่กษัตริย์ฝรั่งเศส โดยกษัตริย์มีพระราชอำนาจในการดำเนินการใด ๆ โดยไม่ต้องขออนุมัติจากสภาฐานันดร (Estate General) เช่น การเก็บภาษี และไม่มีการเรียกร้องให้กษัตริย์เปิดการประชุมสภานับเป็นเวลากว่าร้อยปี

สภาวการณ์เช่นนี้ทำให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เพิ่มสูงยิ่งขึ้น จนสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แห่งราชวงศ์บูรบงก์ สถาบันกษัตริย์ของฝรั่งเศสก้าวเข้าสู่ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อย่างแท้จริง โดยคำกล่าวของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ที่ว่า “I am the state” สภาพสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในฝรั่งเศสส่งผลให้เกิดความขัดแย้งในยุคต่อมาอย่างรุนแรง เมื่อถึงสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เกิดการปฏิวัติใหญ่ในเดือนสิงหาคม 1789 ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นมา ฝรั่งเศสได้ก้าวเข้าสู่ยุคแห่งสิทธิเสรีภาพ ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี ค.ศ. 1789 ก็ได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นในปี ค.ศ. 1791 เป็นฉบับแรก

ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 3 ในปี ค.ศ. 1795 นักปราชญ์และนักการเมืองชื่อดังคนหนึ่งในขณะนั้น คือ Emmanuel Joseph SIEYES (1748-1836) ซึ่งเป็นหนึ่งในคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ได้เสนอให้มี “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” (Jurie constitutionnaire) ขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นหลักประกันของความเป็นเอกสารทางการเมืองสูงสุดของประเทศคือรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดย Emmanuel-Joseph Sieyès เห็นว่า เพื่อที่จะให้เกิดการเคารพในความเป็นเอกสารทางการเมืองที่สูงที่สุดของรัฐธรรมนูญสมควรที่จะมีองค์กรหรืออำนาจใดอำนาจหนึ่งซึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนการกระทำ หรือกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ความเห็นของ Sieyès นี้ เป็นความเห็นที่สอดคล้องและมีที่มาจากความเห็นของ Sieyès ก่อนหน้านี้ในส่วนที่เกี่ยวกับที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) กับอำนาจที่เกิดจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) เป็นคนละอำนาจกัน เพราะเมื่อมีรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว รัฐธรรมนูญย่อมเป็นผู้จัดตั้งระบบกฎหมาย ระบบการเมืองการปกครองขึ้นมา องค์กรต่าง ๆ ที่รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถใช้อำนาจนั้นให้ขัดกับรัฐธรรมนูญได้ เพราะเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้ของอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนด

Sieyès ได้เสนอให้จัดตั้งลูกขุนรัฐธรรมนูญขึ้นมาในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษ (ad hoc) แยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายและการกระทำต่าง ๆ มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าคณะกรรมการพิเศษควรมีจำนวน 18 คน แต่งตั้งจากสภาปฏิวัติ”[353] มีการสับเปลี่ยนให้ออกจากตำแหน่งทุกปี จำนวน 1 ใน 3 ข้อเสนอของ Sieyès ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และถกเถียงกันมากในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1795 ซึ่งส่วนใหญ่แล้วผู้คัดค้านเห็นว่า “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” จะเป็นองค์กรที่อยู่สูงกว่าอำนาจรัฐ (pouvoirs publics) ทั้งหมดและทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทั้งหลาย รวมทั้ง เป็นหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นปึกแผ่นของรัฐธรรมนูญนั้น หากคนเหล่านี้กระทำสิ่งใดที่เกินขอบอำนาจหน้าที่ของตน ใครหรือองค์กรใดจะเป็นผู้ควบคุมหรือระงับการกระทำของลูกขุนรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลดังกล่าวเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1795 ประกาศใช้บังคับ จึงไม่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาเพื่อทำการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

โดยการจัดทำรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอาจแบ่งได้ 5 ระยะเวลา ตามการสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งห้าฉบับ มีรายละเอียดดังนี้

สาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 1 สถาปนาขึ้นเมื่อวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 1792 ได้จัดตั้งรัฐบาลขึ้นมาเป็นครั้งแรกในฝรั่งเศสคือ La Convention nationale หรือสภากงว็องซียงแห่งชาติ หลังจากการล่มสลายของราชอาณาจักรฝรั่งเศส ซึ่งในยุคนี้มีการเข่นฆ่าชีวิตผู้คนมากมายตามคำสั่งของมักซีมีเลียง รอแบ็สปีแยร์ ประธานสภากงว็องซียงแห่งชาติ จึงทำให้ผู้คนเรียกยุคสมัยนั้นว่าสมัยแห่งความน่าสะพรึงกลัว ก่อนที่รอแบ็สปีแยร์จะถูกประหารด้วยกิโยตีน เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1794 และในที่สุดสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 1 ก็ล่มสลายลงในปี ค.ศ. 1804 จากการขึ้นครองราชย์ของนโปเลียน

สาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 2 (1848-1852)[354] เมื่อนายพลนโปเลียน โบนาปาร์ต (Charles-Louis-Napoléon Bonaparte) ทำการรัฐประหารในปี ค.ศ. 1799 และสถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ก็มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือ

---

[353] Convention Nationale หรือสภาปฏิวัติเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่สภานิติบัญญัติในระหว่างปี ค.ศ. 1792 ถึง ค.ศ. 1795

[354] Régime semi-présidentiel (1848-1851)
Régime présidentiel (1851-1852)

Constitution de 1848 และได้จัดตั้ง “สภาเซนาต์ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (senat conservateur) ขึ้นตามแนวความคิดของ SIEYES ประกอบด้วยสมาชิก 80 คน ทำหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 คือ รักษาและยกเลิกการกระทำทุกอย่างที่ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาจากรัฐบาลหรือคณะกรรมการร่างกฎหมาย (tribunat)[355] อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าสภาเซนาต์ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า การกระทำหรือกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญเลย ทั้งที่ในปี ค.ศ.1804 เมื่อนายพลนโปเลียน โบนาปาร์ต สถาปนาตนเองเป็นจักรพรรดิก็เป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1870 - 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940) อยู่ระหว่างยุคจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 2 กับรัฐบาลฝรั่งเศสวิชชี เกิดขึ้นหลังจากการพ่ายแพ้ของฝรั่งเศสต่อจักรวรรดิเยอรมัน ในสงครามฝรั่งเศส-ปรัสเซีย เมื่อ ค.ศ. 1870 ซึ่งทำให้ฝรั่งเศสสูญเสียอาลซัส-ลอแรน และดำรงอยู่มาจนล่มสลายใน ค.ศ. 1940 จากการรุกรานของนาซีเยอรมัน ทำให้ฝรั่งเศสถูกยึดครอง ยุคนี้เป็นยุคของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่อายุยืนที่สุด นับตั้งแต่มีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมา

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหายไปจากรัฐธรรมนูญพักหนึ่ง จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1946 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฉบับที่ 4 ถือว่าเป็นสาธารณรัฐที่ได้ฟื้นฟูมาจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 3 ที่ได้ก่อตั้งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ก็ได้ประสบปัญหาและล้มเหลวในกาลต่อมา เนื่องจากนโยบายการปกครองที่ผิดพลาด มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ซึ่งก็ทำให้สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เริ่มก่อตั้งขึ้นมีการพยายามที่จะทำให้การปกครองฝ่ายบริหารนั้นแข็งแรงและมั่นคง เพื่อที่จะป้องกันเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในสมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ความอ่อนแอและไม่มั่นคงก็ยังคงอยู่และก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งในรัฐบาล ซึ่งในยุคนี้ก็ได้เห็นการเจริญเติบโตอย่างเข้มแข็งของเศรษฐกิจฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม รัฐบาลฝรั่งเศสตัดสินใจที่จะปลดปล่อยอาณานิคมที่เหลืออยู่ เนื่องจากปัญหาและการก่อจลาจลในอาณานิคมของฝรั่งเศส การจลาจลในแอลจีเรียเป็นการสิ้นสุดสาธารณรัฐที่ 4 และชาร์ลส์ เดอ กอลส์ก่อตั้งสาธารณรัฐที่ 5

---

[355] รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1791 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการร่างกฎหมาย (tribunat) จำนวน 100 คน ตั้งโดยวุฒิสภา (sénat) ทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมายให้วุฒิสภา สถานะของ tribunat เทียบเท่ากับสภานิติบัญญัติชั้นต้น

สำหรับการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ได้มีการบัญญัติไว้ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 91 กำหนดให้มี "คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ" (Comite Constitutional) ประกอบด้วย ประธานาธิบดีทำหน้าที่ประธาน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานสภาแห่งสาธารณรัฐ (Conseil de la Republique) ซึ่งเทียบเท่ากับประธานวุฒิสภา รวมทั้งกรรมการ 7 คน จากสภาผู้แทนราษฎร และอีก 3 คน จากสภาแห่งสาธารณรัฐ ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามีบทบัญญัติที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็จะต้องส่งกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ ในทางปฏิบัติปรากฏว่า ตลอดระยะเวลาในการใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 นี้ มีเพียงครั้งเดียวที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญส่งร่างกฎหมายกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ 1958 จัดทำขึ้นในสมัยประธานาธิบดีชาล์ล เดอ โกล ที่เกิดขึ้นมาจากความล้มเหลวในระบบการเมืองการปกครองและเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศส รัฐสภาในขณะนั้นจึงได้ตรากฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง คือ กฎหมายลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 มอบอำนาจในการบริหารประเทศให้นายพล Charles de GAULLE พร้อมทั้งมอบอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแก้ปัญหาของประเทศ

โดยรัฐบาลได้ตั้งคณะทำงานประกอบด้วยนักวิชาการและข้าราชการจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เพื่อร่างรัฐธรรมนูญ โดยมีนาย Michel Debré[356] นักวิชาการซึ่งมารับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมทำหน้าที่เป็นประธานคณะทำงาน ใช้เวลาในการร่างรัฐธรรมนูญอยู่ 2 เดือนเศษ จากนั้นเมื่อได้นำร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติ เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1958 และมีผู้เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญถึง 85% ของผู้มาใช้สิทธิ จึงมีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ประเทศฝรั่งเศสซึ่งปกครองภายใต้ระบอบสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 4 หลุดพ้นจากความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลและวิกฤตสงครามแอลจีเรีย โดยมีหลักการ

---

[356] นาย Michel Debré เป็นอดีตนายกรัฐมนตรีคนแรกแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 (ค.ศ. 1959-1962.)

สำคัญ คือ สร้างความแข็งแกร่งให้กับฝ่ายบริหาร โดยนาย Michel Debré ซึ่งเป็นผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญได้นำแนวทางในการยกร่างฯ มาจากระบอบรัฐสภาแบบประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบที่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีมีความแข็งแกร่ง นอกจากนี้ นายพล Charles de GAULLE ยังได้ผลักดันให้รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้พิทักษ์สถาบันต่าง ๆ ของรัฐ โดยได้วางกฎเกณฑ์สำหรับสถาบันต่าง ๆ ของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ซึ่งถือหลักการปกครองว่า "รัฐบาลจากประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน" ทั้งนี้ กฎหมายสูงสุดฉบับนี้ได้รับการแก้ไขแล้ว 24 ครั้ง[357] โดยการ

---

[357] การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5

1. ค.ศ. 1960: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่ 60-525 ลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1960 เพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดที่ 12 ของรัฐธรรมนูญ โดยได้แก้ไขมาตรา 85 และ 86
2. ค.ศ. 1962: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 62-1292 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 ว่าด้วยการเลือกตั้งประธานาธิบดีทางตรง โดยได้แก้ไขมาตรา 6 และ 7
3. ค.ศ. 1963: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 63-1327 ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1963 โดยได้แก้ไขมาตรา 28
4. ค.ศ. 1974: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 74-904 ลงวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1974 ว่าด้วยการแก้ไขมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ
5. ค.ศ. 1976: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 76-527 ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1976 ว่าด้วยการแก้ไขมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ
6. ค.ศ. 1992: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 92-554 ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1992 เพิ่มเติมหมวดว่าด้วย "ประชาคมยุโรปและสหภาพยุโรป" โดยได้เรียงลำดับหมายเลขหมวดใหม่สำหรับหมวดที่ 14 และ 15 และได้แก้ไขมาตรา 2, 54 และ 74 และเพิ่มเติมหมวดใหม่คือหมวดที่ 14 ซึ่งมีมาตราใหม่คือ มาตรา 88-1, 88-2, 88-3 และ 88-4
7. ค.ศ. 1993: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 93-952 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 ว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 โดยได้แก้ไขหมวดที่ 8, 9, 10 และ 16 และได้เรียงลำดับหมายเลขหมวดใหม่สำหรับหมวดที่ 10, 11, 12, 13, 14, 15 และ 16 และได้แก้ไขมาตรา 65 และ 68 พร้อมทั้งได้เพิ่มเติมหมวดใหม่คือหมวดที่ 10 ซึ่งมีมาตราใหม่คือ มาตรา 68-1, 68-2 และ 93
8. ค.ศ. 1993: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 93-1256 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1993 ว่าด้วยความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิในการขอลี้ภัย โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 53-100
9. ค.ศ. 1995: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 95-880 ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1995 ว่าด้วยการขยายกรอบการใช้ประชามติ การกำหนดให้สภามีวาระการประชุมหนึ่งครั้งต่อปี การแก้ไขความละเมิดมิได้ของรัฐสภา โดยได้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วย "ประชาคม" และบทเฉพาะกาล ทั้งนี้ได้แก้ไขมาตรา 1, 2, 5, 11, 12, 26, 28, 48, 49, 51, 70 และ 88 และได้เพิ่มเติมมาตรา 68-3 (มาตราที่ยกเลิกอยู่ในหมวดที่ 13 และ 17 คือ 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 91, 92 และ 93
10. ค.ศ. 1996: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 96-138 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1996 ว่าด้วยการแก้ไขมาตรา 34 และ 39 รวมถึงการเพิ่มมาตรา 47-1

แก้ไขรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการด้วยวิธีต่าง ๆ คือ การแก้ไขโดยสภาผู้แทนแห่งรัฐหรือ Congrès (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาลงคะแนนเสียงพร้อมกัน) หรือการแก้ไขซึ่งรับรองโดยประชาชนผ่านทางประชามติ

---

11. ค.ศ. 1998: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 98-610 ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1998 เกี่ยวกับนิวคาเลโดเนีย (la Nouvelle-Calédonie) โดยได้เพิ่มเติมหมวดที่ 13 ซึ่งมีมาตรา 76 และ 77
12. ค.ศ. 1999: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 99-49 ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ.1999 แก้ไขมาตรา 88-2 และ 88-4
13. ค.ศ. 1999: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 99-568 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 เพิ่มเติมมาตรา 53-2 ว่าด้วยศาลอาญาระหว่างประเทศในหมวดที่ 6
14. ค.ศ. 1999: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 99-569 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 ว่าด้วยความเสมอภาคของผู้หญิงและผู้ชาย โดยได้แก้ไขมาตรา 3 และ 4
15. ค.ศ. 2000: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2000-64 ลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000 ว่าด้วยวาระการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ โดยได้แก้ไขมาตรา 6
16. ค.ศ. 2003: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2003-267 ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 2003 ว่าด้วยหมายจับในระดับสหภาพยุโรป โดยได้แก้ไขมาตรา 88-2
17. ค.ศ. 2003: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2003-276 ลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2003 ว่าด้วยการกระจายอำนาจการบริหารแผ่นดินของสาธารณรัฐ โดยได้แก้ไขมาตรา 1, 7, 13, 34, 39, 60, 72, 73 และ 74 และได้เพิ่มเติมมาตรา 37-1, 72-1, 72-2, 72-3, 72-4 และ 74-1
18. ค.ศ. 2005: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2005-204 ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2005 แก้ไขหมวดที่ 15 โดยได้แก้ไขชื่อของหมวดที่ 15 และมาตรา 60, 88-1, 88-2, 88-3 และ 88-4 พร้อมทั้งเพิ่มเติมมาตรา 88-5, 88-6 และ 88-7
19. ค.ศ. 2005: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2005-205 ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2005 ว่าด้วยกฎบัตรสิ่งแวดล้อม โดยได้แก้ไขอารัมภบท และมาตรา 34
20. ค.ศ. 2007: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2007-237 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 เพิ่มเติมมาตรา 77
21. ค.ศ. 2007: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2007-238 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ว่าด้วยการแก้ไขหมวดที่ 9 โดยได้แก้ไขชื่อของหมวดที่ 11 และมาตรา 67 และ 68
22. ค.ศ. 2007: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2007-239 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ว่าด้วยการห้ามใช้โทษประหารชีวิต โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 66-1
23. ค.ศ. 2008: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2008-103 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2008 แก้ไขหมวดที่ 15 โดยได้แก้ไขชื่อของหมวดที่ 11 และมาตรา 88-1, 88-2 และ 88-5 พร้อมทั้งมาตรา 88-6 และ 88-7
24. ค.ศ. 2008: กฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ว่าด้วยการปรับปรุงสถาบันของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 5 ให้ทันสมัย โดยได้แก้ไขชื่อของหมวดที่ 11 และ 14 และแก้ไข 1, 3, 4, 6, 11, 13, 16, 17, 18, 24, 25, 34, 35, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 47-1, 48, 49, 56, 61, 62, 65, 69, 70, 71, 72-3, 73, 74-1, 88-4, 88-5, 88-6 และ 89 พร้อมทั้งเพิ่มเติมหมวดที่ 11 ทวิ และมาตรา 34-1, 47-2, 50-1, 51-1, 51-2, 61-1, 71-1, 75-1 และ 87

สำหรับแนวความคิดในการให้มี "การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ" นั้น ได้มีการบัญญัติถึงเรื่องคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นหมวดพิเศษ คือ หมวด 7 มาตรา 56 ถึงมาตรา 63 และนอกจากนี้ เนื่องจากมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ บัญญัติไว้ว่า ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตลอดทั้งกระบวนวิธีพิจารณา และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนั้น ในเวลาต่อมาจึงได้มีการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แต่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม 4 ครั้ง คือ ในปี ค.ศ. 1959, 1974, 1990 และ 1995

3.5.2 บทบัญญัติที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ

สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญนั้น ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) (3.5.2.1) กฎหมายพรรคการเมือง (3.5.2.2)

3.5.2.1 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ 1958

1) การเคารพรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุด

มาตรา 5 (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1995)

"ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องดูแลให้มีการเคารพในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจะต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลการดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐให้เป็นไปโดยปกติและให้มีความต่อเนื่องของรัฐ

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกันความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนและการเคารพต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ"

บทบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนดให้ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐใช้อำนาจโดยเคารพบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและใช้อำนาจอย่างต่อเนื่อง ซึ่งหลักการในมาตรา 5 นี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

2) กรณีที่มีการทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรงของประธานาธิบดี

มาตรา 68 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีการทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจะถูกกล่าวหาว่ากระทำการดังกล่าวได้ก็แต่โดยมติ

ของสภาทั้งสองที่ได้ออกเสียงลงคะแนนเช่นเดียวกันอย่างเปิดเผยและโดยเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของแต่ละสภา ในกรณีดังกล่าวให้ศาลอาญาชั้นสูงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ”

โดยทั่วไปแล้วในระบอบการปกครองไม่ว่าจะเป็นในระบอบใด หลักว่าด้วยความไม่ต้องรับผิดชอบของประมุขของชาติ (Le principe d’irresponsabilité) จัดได้ว่าเป็นจารีตประเพณีและกฎหมายที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ในส่วนของการเมืองการปกครองฝรั่งเศสก็เช่นกัน รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1791 มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลของกษัตริย์จะถูกละเมิดไม่ได้และศักดิ์สิทธิ์” รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1875 มาตรา 6 วรรคสองระบุว่า “ประธานาธิบดีต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีทรยศต่อชาติอย่างร้ายแรง” (La haute trahison) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับปี ค.ศ. 1958 ก็ได้นำหลักการและบทบัญญัติเรื่องหลักว่าด้วยความไม่ต้องรับผิดชอบของประมุขของชาติ (Le principe d’irresponsabilité) ดังกล่าวยึดถือเรื่อยมา

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดทางอาญาของประธานาธิบดีไว้ในหมวดที่เก้าว่าด้วย “ศาลอาญาชั้นสูง” ประกอบด้วย 2 มาตรา ดังนี้

มาตรา 67

“ให้มีศาลอาญาชั้นสูง

ศาลอาญาชั้นสูงประกอบด้วยผู้พิพากษาที่เลือกจากสมาชิกของสภาทั้งสองในที่ประชุมของแต่ละสภาจำนวนเท่า ๆ กัน โดยให้สภาผู้แทนราษฎรเลือกจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเลือกจากสมาชิกวุฒิสภา เพื่อประกอบเป็นศาลอาญาชั้นสูงในทุกครั้ง ภายหลังจากที่ได้มีการเลือกตั้งทั่วไป หรือเลือกตั้งตามวาระของสภาใดสภาหนึ่ง และให้ผู้พิพากษาศาลอาญาชั้นสูงเลือกประธานศาลอาญาชั้นสูงจากบรรดาผู้พิพากษาด้วยกัน

ทำให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประกอบของศาลอาญาชั้นสูง หลักเกณฑ์ในการดำเนินงานรวมทั้งกระบวนวิธีพิจารณาของศาล”

มาตรา 68

ประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ในขณะดำรงตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่มีการทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง

ประธานาธิบดีจะถูกกล่าวหาว่ากระทำการดังกล่าวได้ก็แต่โดยมติของสภาทั้งสองที่ได้ออกเสียงลงคะแนนอย่างเปิดเผยและได้รับความเห็นชอบในมติดังกล่าวด้วยเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของแต่ละสภา ในกรณีดังกล่าว ให้ศาลอาญาชั้นสูงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของประธานาธิบดี”

ในเรื่องนี้ได้เคยมีการฟ้องประธานาธิบดี Jacques CHIRAC ให้รับผิดทางอาญาในศาลอาญาชั้นสูง คำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา (L’Assemblée plénière de la Cour de cassation) เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม ค.ศ. 2001 พิจารณาคดีเกี่ยวกับคดีความทุจริตเกี่ยวกับการยักยอกทรัพย์สินของรัฐและการประชุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐวิสาหกิจร่วม (La Sociétés d’Économie Mixte) แห่งเมืองปารีส ซึ่งในขณะพิจารณาคดีความศาลอาญาชั้นต้นมีความจำเป็นต้องเรียกประธานาธิบดี Jacques CHIRAC มาเป็นพยานเพราะขณะที่เกิดการกระทำตามคำฟ้องนั้นประธานาธิบดี Jacques CHIRAC ดำรงตำแหน่งเป็นนายกเทศมนตรีเมืองปารีส

ที่ประชุมในศาลฎีกาพิพากษาว่าความรับผิดทางอาญาจะถูกพิจารณาได้ก็แต่ศาลอาญาชั้นสูงแต่เพียงศาลเดียว โดยได้ขยายความต่อจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไปอีกว่า ศาลอาญาชั้นสูงมีอำนาจเฉพาะกรณีความผิดฐาน “ทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง” (La haute trahison) ที่ประธานาธิบดีได้กระทำลงไปในระหว่างดำรงตำแหน่งเท่านั้น ความผิดอื่น ๆ เป็นหน้าที่ของศาลในระบบปกติที่จะพิจารณาตามหลักว่าด้วยความเสมอภาคตามกฎหมายของพลเมือง (Le principe d’égalité des citoyens devant la loi) ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง และในระหว่างการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี การดำเนินการต่าง ๆ ของศาลจักต้องถูกระงับไว้ก่อนจนกว่าวาระการดำรงตำแหน่งจะสิ้นสุด

ซึ่งจากการที่ประธานาธิบดี Jacques CHIRAC มีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกับคดีนี้เองเป็นที่มาของสัญญาต่อประชาชนระหว่างการหาเสียงเลือกตั้งเมื่อปี ค.ศ. 2002 ว่าจะมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเด็นเรื่องความรับผิดทางอาญาของประธานาธิบดีตามรัฐกฤษฎีกาที่ 2002-961 ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ประธานาธิบดี Jacques CHIRAC ได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งนำโดยศาสตราจารย์ Pierre AVRIL ศึกษาถึงความรับผิดทางอาญาของประธานาธิบดีและจัดทำความเห็นนำเสนอต่อประธานาธิบดี

เดิมทีนั้นมาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญกล่าวเพียงให้ประธานาธิบดีรับผิดในกรณีที่มี "การทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง" (La haute trahison) และให้ศาลอาญาชั้นสูงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของประธานาธิบดี โดยที่มิได้ระบุถึงลักษณะของโทษที่จะได้รับ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ได้เปลี่ยนมาใช้คำว่า "กรณีละเลยต่อหน้าที่ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ของประธานาธิบดี (en cas de manquement de ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat) ทั้งนี้เพราะคำว่า "การทรยศต่อประเทศชาติ" นั้นเป็นคำที่ไม่มีนิยามแน่นอนในรัฐธรรมนูญ ในตัวบทกฎหมายในคำวินิจฉัยหรือในคำพิพากษาใด ๆ และอาจทำให้เข้าใจผิดได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการร่วมมือกับต่างชาติเพื่อทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นมาตรา 68 ที่เพิ่งได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมจึงใช้คำที่ชี้เฉพาะให้เชื่อมโยงกับการทำงานในบทบาทหน้าที่ของประธานาธิบดีมากขึ้น

โดยประธานาธิบดีจะถูกถอดถอนได้ก็ต่อเมื่อมีการละเลยต่อหน้าที่และการละเลยนั้นจะต้องเกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ ในส่วนของ "การละเลยต่อหน้าที่" พิจารณาได้ 2 ลักษณะ คือ

ประการแรก พฤติกรรมหรือการกระทำส่วนตัวที่อาจจะถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ประธานาธิบดี เช่น การกล่าวปราศรัยโดยส่อไปทางเหยียดสีผิว เชื้อชาติ ศาสนาอันนำมาซึ่งความรุนแรง หรือ พฤติกรรมส่วนตัวอื่น ๆ อันไม่เหมาะสมกับการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี หากพฤติกรรมดังกล่าวนี้ไม่ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ของประธานาธิบดีก็ไม่อาจจัดเป็นสาเหตุของการถูกถอดถอนได้

ประการที่สอง การละเลยต่อหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญว่าประธานาธิบดีจะต้องปฏิบัติ อันเป็นอำนาจและหน้าที่ที่ส่งผลถึงความต่อเนื่องของการบริหารงานของรัฐ เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี การลงนามและประกาศใช้รัฐบัญญัติ หากประธานาธิบดีละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวและก่อให้เกิดผลเสียต่อการบริหารงานของรัฐ บทลงโทษของการละเลยนี้ คือ การถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง ซึ่งถือว่าเป็นการลงโทษทางการเมือง มิใช่การลงโทษในทางแพ่ง ทางอาญาหรือทางปกครองแต่ประการใด การที่ประธานาธิบดีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งทำให้หมดสภาพและสิทธิเรื่องความคุ้มกันทางศาล เปิดโอกาสให้สามารถบังคับใช้มาตรา

67 วรรคสามได้ กล่าวคือ องค์กรของฝ่ายปกครองหรือศาลสามารถดำเนินการหรือพิจารณาคดีของประธานาธิบดีที่ถูกถอดถอนในส่วนของความผิดที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่

3) การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่มีการยุบสภาและมีการเลือกตั้งทั่วไป เพื่อให้มีการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่อง และเป็นการจำกัดอำนาจประธานาธิบดี มาตรา 12 รัฐธรรมนูญ 1958 กำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอาจประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ภายหลังจากที่ได้ปรึกษากับนายกรัฐมนตรีและประธานสภาทั้งสอง แล้วให้มีการเลือกตั้งทั่วไปภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่ายี่สิบวันและไม่เกินสี่สิบวันนับจากวันที่มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร และให้มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรในวันพฤหัสบดีที่สองภายหลังการเลือกตั้ง หากจะต้องมีการประชุมดังกล่าวนอกสมัยการประชุมสามัญให้เปิดสมัยประชุมดังกล่าวได้โดยมีกำหนดเวลาสิบห้าวัน

ในวรรคท้ายของมาตรา 12 กำหนดห้ามมิให้มีการยุบสภาภายในปีถัดจากปีที่มีการเลือกตั้งดังกล่าวข้างต้น เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติหน้าที่ของสภาและเป็นการจำกัดอำนาจในทางบริหารของประธานาธิบดี

4) การคุ้มครองหลักประชาธิปไตยของการดำเนินการของพรรคการเมือง

มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ 1958) พรรคการเมืองและกลุ่มการเมืองมีส่วนร่วมในการใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง สามารถจัดตั้งและดำเนินกิจกรรมของตนได้โดยอิสระแต่ต้องเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยของชาติและหลักประชาธิปไตย โดยจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในกฎหมายพรรคการเมือง (3.5.2.2) ต่อไป

5) การคุ้มครองความเป็นสถาบันของรัฐกรณีถูกคุกคามอย่างร้ายแรง

มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่จะสั่งการได้อย่างอิสระทุกอย่างในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ภายในที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอก ซึ่งทำให้การปฏิบัติงานตามปกติไม่สามารถกระทำต่อเนื่องได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษากับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำ

หน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดีคำแนะนำ (consultatif) ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีนั้น จะไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณชน จะรู้เฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น

มาตรา 16 *"ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ภายหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรีประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว*

ประธานาธิบดีจะต้องแถลงให้ประชาชนทราบถึงการใช้มาตรการดังกล่าว

มาตรการดังกล่าวจะต้องใช้โดยมีเจตจำนงที่จะทำให้สถาบันการเมืองแห่งรัฐสามารถปฏิบัติตามภารกิจของตนได้ภายในระยะที่จำกัดที่สุด ทั้งนี้โดยมีการปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เอง

ในระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้"

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังทำหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้ โดยการใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มีการใช้ในปี ค.ศ. 1961 คือ เกิดมีการแย่งชิงอำนาจของรัฐโดยใช้กำลังทหาร ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณากรณีดังกล่าวในสองประเด็นด้วยกัน คือ ก) เกิดเหตุร้ายแรง ซึ่งจะคุกคามต่อสถาบันของชาติ และ ข) เป็นการขัดขวางต่อการบริหารงานตามปกติของรัฐบาล ดังนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงอนุมัติให้ใช้อำนาจพิเศษดังกล่าว

3.5.2.2 กฎหมายพรรคการเมือง

นับตั้งแต่ที่ได้มีการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 ในช่วงระยะเวลาเริ่มต้นของการสถาปนาระบบการเมืองแบบผู้แทน พรรคการเมืองในช่วงแรกนี้

ยังไม่ได้รับการยอมรับว่ามีตัวตนหรือมีบทบาทในทางการเมือง เนื่องจากแนวความคิดเกี่ยวกับการเมืองและการมอบอำนาจในระบบการเมืองแบบผู้แทน ซึ่งเห็นว่าบรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่างเป็นตัวแทนของชาติทั้งปวงที่ได้รับเลือกและได้รับความไว้วางใจจากประชาชน นอกจากนี้ยังได้มีนักคิดและนักการเมืองของฝรั่งเศสในสมัยปฏิบัติใหญ่กล่าวไว้ว่า *"ในฐานะที่เป็นผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจมาจากประชาชน ข้าพเจ้ายอมจักต้องทำในสิ่งที่ข้าพเจ้าคิดว่าเป็นผลของประชาชน ประชาชนส่งข้าพเจ้าเข้ามาแสดงความคิดเห็นของข้าพเจ้า มิใช่ความคิดเห็นของประชาชน ฉะนั้นการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นของข้าพเจ้าเอง จึงเป็นประการแรกของข้าพเจ้าที่จักต้องกระทำในฐานะที่ได้รับเลือกมาจากประชาชน"* โดยเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนจะประสบผลสำเร็จความมุ่งหมายได้ ต้องมีความเป็นอิสระในทางความคิดอย่างเต็มที่ ดังนั้นพรรคการเมืองจึงมีหน้าที่ในการรวบรวมบรรดาผู้แทนราษฎรทั้งหลายเพื่อแสดงออกถึงแนวความคิด จุดยืน หรือมาตรการใด ๆ โดยมีระเบียบวินัยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจึงเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้

อย่างไรก็ดีแม้ว่าแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นจะเป็นสาเหตุสำคัญอันก่อให้เกิดการไม่ยอมรับพรรคการเมืองในระยะเริ่มแรก แม้ว่าบทบาทของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งรวมกลุ่มกันในระยะแรกเริ่มอาศัยเหตุส่วนตัว เนื่องจากได้รับเลือกหรือมาจากท้องถิ่นเดียวกัน หรือการรวมกลุ่มเนื่องจากมีความคิดเห็นสอดคล้องกัน แต่การไม่ยอมรับพรรคการเมืองที่เกิดจากการที่นักการเมืองฝรั่งเศสไม่ยอมรับการดำเนินการทางการเมืองในสภาพข้อเท็จจริง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1958 ได้มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญรับรองถึงความมีอยู่ของพรรคการเมืองปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศส

โดยการศึกษาถึงวิวัฒนาการและการกำเนิดของพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะพิจารณาทั้งในส่วนของวิวัฒนาการและระบบของพรรคการเมือง รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) วิวัฒนาการของพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสกับแนวคิดในการปกป้องการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ

พรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสเป็นผลิตผลจากการพัฒนามาจากความขัดแย้งระหว่างชนชนและอุดมการณ์ โดยเริ่มต้นด้วยความขัดแย้งระหว่างชนชั้น

อภิชน (aristocrat) ซึ่งมีอำนาจในทางทหารและเกียรติทางสังคมกับชนชั้นกระฎุมพี (bourgeois) ซึ่งมีอิทธิพลทางการค้าและหัตถกรรมภายในประเทศ ต่อมาเมื่อความก้าวหน้าทางเทคนิคได้พัฒนาการอุตสาหกรรมและการค้าใหม่ความเจริญมากขึ้น จึงทำให้พวกกระฎุมพีมีโอกาสทางการศึกษาความสามารถของตนเองมากขึ้นไปด้วย แต่ในขณะที่พวกอภิชนกลับไม่ยอมรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงไปและไม่ยอมแม้แต่จะสละสิทธิพิเศษบางอย่างซึ่งติดตัวมาแต่กำเนิด จึงทำให้พวกกระฎุมพีซึ่งเริ่มเห็นถึงความสำคัญของบทบาทตนและไม่ยอมที่จะอยู่ในฐานะเป็นรองอีกต่อไป การปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 จึงได้เกิดขึ้นและได้กลายมาเป็นตัวอย่างของการต่อสู้ระหว่างพวกอนุรักษ์นิยมกับพวกเสรีนิยมนับแต่นั้นเป็นต้นมา และได้มีวิวัฒนาการโดยสังเขป ดังนี้[358]

ด้วยเหตุที่พวกกระฎุมพีได้รับการสนับสนุนจากเหล่าปัญญาชน ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการตั้งลัทธิเสรีนิยม ในขณะที่พวกอนุรักษ์นิยมจะเป็นตัวแทนของพวกอภิชนและได้รับการสนับสนุนจากชาวนา จึงนับได้ว่าการต่อสู้ระหว่างพวกอนุรักษ์นิยมและเสรีนิยม เป็นลักษณะของการต่อสู้ระหว่างชนในเมืองกับชนบท แต่ต่อมาเมื่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจในด้านการผลิตได้เปลี่ยนแปลงไป การรวมตัวกันของชนชั้นกรรมาชีพได้เพิ่มมากขึ้น การต่อสู้ระหว่างชนชั้นจึงเริ่มแปรสภาพมาเป็นการต่อสู้ระหว่างกรรมกรกับนายทุนแทนที่

อย่างไรก็ดี การเมืองภายในประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ปรากฏภาพของการแบ่งกลุ่มเพื่อต่อสู้และเรียกร้องระหว่างพวกอนุรักษ์นิยม เสรีนิยม หรือสังคมนิยมอย่างเด่นชัด ดังเช่นในหลายประเทศ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากภายในพรรคการเมืองในฝรั่งเศสแต่ละพรรคต่างได้มีการแบ่งแยกระหว่างพวกหัวรุนแรงกับไม่รุนแรง อีกทั้งยังเกิดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องรูปแบบของระบอบการปกครองของประเทศอยู่ตลอดเวลา ซึ่งจะเห็นตัวอย่างได้จากพวกอนุรักษ์นิยมซึ่งนิยมในระบอบกษัตริย์ได้มีการแบ่งกลุ่มเป็นพวกหัวรุนแรง โดยเรียกตัวเองว่า Legitmistes ซึ่งมีแนวความคิดเป็นพวกชาตินิยมและต่อต้านการปกครองแบบสาธารณรัฐ ในขณะที่อีกกลุ่มจะเป็นพวกไม่รุนแรง

---

[358] โปรดดู พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, “พรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศส,” อ้างใน กระมล ทองธรรมชาติ (ผู้รวบรวม), พรรคการเมืองต่างประเทศ, พระนคร : แผนกวิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2514, หน้า 215-221

ซึ่งรู้จักกันภายใต้ชื่อ Orléonistes โดยมีแนวความคิดในการยอมรับการจัดตั้งสาธารณรัฐเป็นการชั่วคราวและมีแนวโน้มที่จะเข้ากับพวกเสรีนิยม และกลุ่มสุดท้ายเรียกตัวเองว่า Bonapartistes ซึ่งมีแนวความคิดใกล้เคียงกับพวก Legitimistes โดยเป็นพรรคขวาจัดชาตินิยมและเป็นปฏิปักษ์ต่อสาธารณรัฐซึ่งให้ความสำคัญแก่รัฐบาลแบบเบ็ดเสร็จมากกว่ารัฐบาลแบบเผด็จการ

ในขณะที่พวกเสรีนิยม ได้มีการแบ่งออกเป็นพวกรุนแรงซึ่งได้แก่พวก Jacobin และพวกไม่รุนแรงซึ่งได้แก่พวก Girondin และ Thermidoriens โดยได้มีพวกการรวมตัวกันเป็นพรรคเดียวและภายหลังในปี ค.ศ. 1870 แนวโน้มทั้งสองได้ก่อให้เกิดพวก Progressistes กับพวก Radicaux ต่อมาในปี ค.ศ. 1900 ได้เกิดการแตกแยกภายในพรรค Progressistes โดยฝ่ายขวาเข้าไปร่วมกับพรรคอนุรักษ์นิยม หลังจากที่ระบอบสาธารณรัฐได้วางรากฐานอย่างมั่นคงแล้ว ภายใต้ชื่อพรรคว่า La Fédération républicaine ส่วนพวกฝั่งซ้ายยังคงตั้งตัวเป็นอิสระภายใต้ชื่อว่า Alliance démocratique และต่อมาได้มีการรวมตัวกันของ La Fédération républicaine และ Alliance Democratique ภายใต้ชื่อ Independants ในปี ค.ศ. 1945 ส่วนพวก Radicaux นั้นยังคงแยกตัวเป็นพรรคเดียวและอยู่ในฐานะของการเลือกระหว่างการเข้าร่วมกับพรรคสังคมนิยมในพรรค Fédération de la gauche démocrate et socialiste หรือเข้าร่วมกับพวก Independence และ Mouvement Republicain Populaire (MRP) ในพรรคชื่อว่า Le Centre démocrate (CD)

ส่วนพวกสังคมนิยมหรือฝ่ายซ้ายนั้นได้มีการแบ่งออกเป็นพวกรุนแรงและพวกไม่รุนแรง ซึ่งพวกฝ่ายซ้ายเหล่านี้ได้มีการรวมตัวกันของกลุ่มต่าง ๆ ที่ยึดสังคมนิยมเป็นอุดมการณ์ในปี ค.ศ. 1905 ภายใต้ชื่อพรรคว่า S.F.I.O. (Section française de l'Internationale ouvrière) แต่อย่างไรก็ดีการรวมตัวกันของพวกสังคมนิยมก็อยู่ได้ไม่นานนัก โดยในปี ค.ศ. 1920 พวกรุนแรงได้แยกตัวออกมาเพื่อตั้งพรรค Communiste ส่วนพรรคนิยมการปฏิรูปหรือพวกไม่รุนแรงยังคงอยู่ในพรรคเดิม

อย่างไรก็ตาม นอกจากปัญหาความแตกแยกที่เกิดขึ้นภายในพรรคเดียวกันแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังได้ประสบกับปัญหาอันสำคัญที่เกิดจากการแตกแยกทางความคิดเกี่ยวกับรูปแบบของระบอบการปกครอง มีความขัดแย้งระหว่างพวกอนุรักษ์นิยม เสรีนิยม และสังคมนิยม โดยความขัดแย้งของปัญหาดังกล่าวได้ปรากฏในทุกกลุ่มแนวความคิด เช่น พวกอนุรักษ์นิยมซึ่งมีความขัดแย้งในเรื่องตัวบุคคลที่จะขึ้นครองราชย์ และเมื่อเริ่ม

ตระหนักได้แล้วว่าไม่สามารถจัดตั้งระบอบกษัตริย์ขึ้นใหม่ได้อย่างแน่นอน พวกอนุรักษ์นิยมเหล่านี้จึงได้เริ่มยอมรับระบอบสาธารณรัฐมากขึ้นและได้เข้ามาอยู่ในพรรค La Fédération républicaine ในช่วงปี ค.ศ. 1920 จนกระทั่งถึง ค.ศ. 1940

โดยแนวคิดทางเสรีนิยมก็เกิดปัญหาเกี่ยวกับระบอบการปกครองที่ทำให้เกิดการแตกแยกนับตั้งแต่มีการปฏิวัติ ซึ่งได้แบ่งออกเป็นพวกสาธารณรัฐนิยม พวกนิยมระบอบจักรวรรดิ์ และพวกยึดมั่นในระบอบกษัตริย์และแม้ภายใต้สาธารณรัฐที่ 3 พวกเสรีนิยมจะมีความแตกแยกนั้นลดลง จนในที่สุดเหลือเพียงแนวคิดสาธารณรัฐนิยม แต่ความขัดแย้งระหว่างพวกรุนแรง (Radicaux) และพวกไม่รุนแรง (Moderes) ก็ยังคงปรากฏอยู่เนื่องจากพวก Radicaux ต้องการให้มีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญโดยให้มีสภาเดียว ในขณะที่อีกกลุ่มหนึ่งมิได้เห็นพ้องด้วย ซึ่งจากปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามิใช่เพียงความขัดแย้งในเรื่องรูปแบบของระบอบการปกครองเท่านั้น แต่ในฝรั่งเศสยังเกิดปัญหาเรื่องความคิดเห็นขององค์ประกอบโครงสร้างของรัฐบาลที่แตกต่างกัน แต่ในที่สุดช่วงปลายของสาธารณรัฐที่ 3 ถึงต้นสาธารณรัฐที่ 4 พวกเสรีนิยมก็ได้มีการรวมกันเพื่อปกปองระบอบรัฐสภาของฝรั่งเศส

แต่อย่างไรก็ดีภายในเวลาไม่นานนักพวกเสรีนิยมได้เกิดความขัดแย้งขึ้นใหม่อีกครั้ง ภายหลังปี ค.ศ. 1956 โดยในครั้งนี้ได้มีการแบ่งออกเป็นพวกเสรีนิยมหัวเก่าซึ่งยังคงยึดมั่นในระบอบรัฐสภาแบบเก่า ในขณะที่พวกเสรีนิยมหัวใหม่กลับต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงให้เป็นระบอบสาธารณรัฐเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ภายในประเทศ ซึ่งปัญหาในช่วงเวลานี้เองที่นำไปสู่แนวโน้มของความนิยมในระบอบประธานาธิบดีหรือกึ่งประธานาธิบดี ในขณะที่พวกสังคมนิยมเกิดปัญหาความแตกแยกเกี่ยวกับระบอบการปกครองไม่มากนัก เนื่องจากสังคมนิยมให้ความสำคัญต่อสถาบันการเมืองยิ่งกว่าเรื่องพื้นฐานทางเศรษฐกิจของสังคม

ทั้งนี้การแบ่งกลุ่มเพื่อต่อสู้ในทางการเมืองยังปรากฏชัดขึ้นภายใต้สาธารณรัฐที่ 5 เมื่อพรรคการเมืองต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะรวมกันเป็นพรรคฝ่ายขวาและพรรคฝ่ายซ้าย โดยต่างฝ่ายต่างมีโอกาสในการเข้ามาจัดตั้งรัฐบาล ซึ่งวิวัฒนาการดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นสำคัญ โดยได้เปลี่ยนมาเป็นกึ่งระบอบรัฐสภากึ่งระบอบประธานาธิบดีซึ่งจากเดิมที่เป็นระบอบรัฐสภาและด้วยระบอบการปกครองในรูปแบบนี้เองจึงทำให้ต้องมีการผนึกกำลังของพรรคการเมืองทั้งฝ่ายซ้ายและฝ่ายขวามากขึ้น เนื่องจากภายใต้สาธารณรัฐที่ 5 นั้น แกนของอำนาจ

ทางการเมืองได้เปลี่ยนไปอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารมิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่น สาธารณรัฐที่ 3 และสาธารณรัฐที่ 4

นอกจากนี้ด้วยเหตุที่ระบอบการปกครองในประเทศฝรั่งเศสได้มีการเปลี่ยนอยู่เสมอนับตั้งแต่ที่ได้มีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมา ระหว่างระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ ระบอบสาธารณรัฐและระบอบจักรพรรดิ์ แต่เนื่องจากแต่ละระบอบการปกครองมีความแตกต่างและขัดแย้งกันอย่างรุนแรง จึงทำให้การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในแต่ละครั้งไม่อาจใช้วิธีการประนีประนอมกันได้ ดังจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ทางการเมืองของประเทศฝรั่งเศสที่ผ่านมา กล่าวคือ ภายหลังจากที่มีการปฏิวัติโดยการใช้กำลังล้มล้างระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้ว ได้มีการเปลี่ยนมาใช้ระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญสลับกับระบอบสาธารณรัฐ จนถึงปี ค.ศ. 1870 และต่อมาได้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองติดต่อกันในสาธารณรัฐที่ 3 และที่ 4 ซึ่งวิกฤตการณ์ดังกล่าวก็ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญยิ่งในการสถาปนาสาธารณรัฐที่ 5 ภายใต้การนำของประธานาธิบดีเดอโกลด์

จากเหตุการณ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ประสบกับวิกฤตการณ์ในเรื่องความชอบธรรมของอำนาจอยู่ตลอดเวลา แม้ว่าระบอบการปกครองในรูปแบบต่าง ๆ จะได้ถูกนำมาใช้ แต่ก็ไม่มีการปกครองแบบใดที่จะได้รับการพัฒนาและเคารพนับถืออำนาจโดยชอบธรรมของรัฐบาล ซึ่งอย่างมากที่สุดที่รัฐบาลต่าง ๆ ในประเทศฝรั่งเศสจะได้รับคือความเห็นชอบเกี่ยวกับ “ความชอบธรรมของอำนาจ” แต่อย่างไรก็ดีรัฐบาลของฝรั่งเศสหลายคณะก็ต้องถูกโค่นล้มลงไปด้วย การใช้กำลังการก่อการจลาจลหรือการปฏิวัติ และนับจากการปฏิวัติครั้งสำคัญดังกล่าว การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองหรือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทุกครั้ง จะเป็นผลสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงดุลยภาพ ทางสังคม และจากการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างกรรมกร เกษตรกร นักกฎหมาย และชนชั้นกลาง กลุ่มนักธุรกิจ สหภาพกรรมกร ปัญญาชน ซึ่งในฝรั่งเศสกลุ่มบุคคลดังกล่าวมักจะเปลี่ยนแปลงความโน้มเอียงทางการเมืองอยู่เสมอ และมีส่วนสำคัญที่เข้ามาต่อสู้แย่งชิงอำนาจทางการเมืองภายในประเทศ[359] ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสาเหตุที่สำคัญที่สุดของการขาดเสถียรภาพทางการเมืองในฝรั่งเศสเป็นผล

---

[359] เชาวน์วัศ สุดลาภา, “โครงสร้างทางสังคม การพัฒนาพรรคการเมือง ไทย - ฝรั่งเศส,” บทความทางการเมืองและวิชาการ, กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด อักษรสาร, 2511, หน้า 4-7.

สืบเนื่องมาจากสภาพทางสังคมภายในประเทศและด้วยวัฒนธรรมทางการเมืองที่แตกแยกนี้ทำให้ชาวฝรั่งเศสมีความคิดเห็นในทางการเมืองที่แตกต่าง ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีเสถียรภาพ

สำหรับวิวัฒนาการของระบบพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบหลายพรรค มีผลสืบเนื่องมาจากความแตกแยกภายในสังคมของประเทศฝรั่งเศสดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงทำให้เกิดกลุ่มต่าง ๆ ที่มีความคิดเห็นขัดแย้งกันจนไม่สามารถรวมกันเป็นพรรคใหญ่ นอกจากนี้ ระบบมากพรรคของฝรั่งเศสเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดความแยกแตกภายในพรรคการเมืองต่าง ๆ ขึ้นอีกด้วย จะเห็นได้จากในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 สมาชิกรัฐสภาเพียง 14 คน ก็สามารถตั้ง “กลุ่มรัฐสภา” ขึ้นในสภาแห่งชาติได้ โดยผลสะท้อนจากความแตกแยกของประชาคมทางการเมืองดังกล่าวทำให้พื้นฐานของพรรคการเมืองมีสภาพไม่มั่นคงอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ นอกจากนี้ การที่ประเทศฝรั่งเศสมีระบบพรรคการเมืองแบบหลายพรรค ทำให้เกิดความไม่มั่นคงของระบบพรรคการเมืองภายในประเทศ ยังก่อให้เกิดช่องว่างของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและประชาชนเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากคณะรัฐบาลซึ่งได้รับเสียงข้างมากจากประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งโดยตรง เพราะเมื่อไม่มีพรรคการเมืองใดได้รับเสียงข้างมากในสภาเพื่อจัดตั้งรัฐบาลได้แล้ว จึงต้องมีการจัดตั้งรัฐบาลแบบผสมซึ่งจะต้องมีผู้นำจากพรรคต่าง ๆ เข้าร่วมในการดำเนินการจัดตั้งรัฐบาล ทั้งนี้ เพื่อการอาศัยเสียงสนับสนุนเป็นฝ่ายข้างมากจากพรรคการเมืองดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นการที่ประชาชนไม่มีโอกาสในการเลือกตั้งคณะรัฐมนตรีของตน เป็นสาเหตุหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดความเอือมระอาต่อระบอบการเมืองมากยิ่งขึ้น ซึ่งในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 จึงได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยให้ประชาชนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งประธานาธิบดีซึ่งมีฐานะเป็นทั้งประมุขและหัวหน้าฝ่ายบริหารได้โดยตรง[360]

อย่างไรก็ดีในประเทศฝรั่งเศสนั้นพรรคการเมืองอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท อาทิ พรรคการเมืองฝ่ายที่เป็นกลาง พรรคคอมมิวนิสต์ พรรคสังคมนิยม พรรคสาธารณรัฐอิสระ และกลุ่มพรรคการเมืองที่มีสมาชิกหัวรุนแรง ซึ่งแต่ละพรรคอาจมีอุดมการณ์บทบาททางการเมือง รวมไปถึงส่วนประกอบของการจัดองค์กรภายใน

---

[360] โปรดดู โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์ และนรนิติ เศรษฐบุตร, พรรคการเมือง, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521, หน้า 12-13.

ของพรรคที่แตกต่างกันออกไปและพรรคการเมืองแต่ละพรรคอาจได้รับความนิยมจากประชาชนชาวฝรั่งเศสในช่วงเวลาที่ต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระบอบการปกครองที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลานั้น ๆ เป็นสำคัญ

2) การยุบพรรคการเมือง กลุ่มการเมือง กลุ่มบุคคล

การจัดตั้งพรรคการเมืองและการยุบเลิกพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสในระยะแรกได้มีการนำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสมาคมและยุบเลิกสมาคมมาใช้บังคับในการจัดตั้งหรือยุบเลิกพรรคการเมืองด้วย และด้วยเหตุที่พรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสมีสถานะทางกฎหมายเช่นเดียวกับสมาคม ดังนั้น การดำเนินการจัดตั้งพรรคการเมืองจึงต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการจัดตั้งสมาคม ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าว คือ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 (Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association) และในกรณีที่จะพิจารณาว่า กลุ่มทางการเมืองหรือพรรคการเมืองใด มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นเหตุซึ่งอาจจะต้องถูกยุบเลิกสมาคมหรือพรรคการเมืองดังกล่าวหรือไม่นั้น ก็โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 (Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées) ซึ่งปัจจุบันได้ยกเลิกรัฐบัญญัติดังกล่าวแล้วแต่ได้นำความในบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในมาตรา L.212-1 รัฐบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงภายในรัฐ (Article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure)

โดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 นี้ได้มีการกำหนดถึงพฤติการณ์และมูลเหตุที่อาจทำให้สมาคม กลุ่มทางการเมืองหรือพรรคการเมืองที่กระทำการเช่นว่านั้นต้องถูกยุบเลิกไป รวมถึงได้กำหนดถึงองค์กรผู้มีอำนาจในการยุบเลิกสมาคมหรือพรรคการเมือง ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการการกระทำที่เป็นการข่มขู่หรือคุกคามทุกรูปแบบที่อาจเกิดขึ้นในดินแดนของประเทศฝรั่งเศส โดยส่วนหนึ่งของที่มาของแนวความคิดในการยุบเลิกพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศส คือการยอมรับในการวางกฎเกณฑ์เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการดำเนินการจัดตั้งพรรคการเมืองที่มีลักษณะเป็นพรรคคอมมิวนิสต์หรือพรรคนาซีขึ้นภายในประเทศ ดังที่ประเทศเยอรมันได้เคยประสบกับปัญหาจากเหตุการณ์เช่นว่านั้นมาแล้ว

การควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของพรรคการเมืองโดยมาตรการในการยุบเลิกพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสได้ปรากฏครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1936

ซึ่งเป็นกรณีที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ลงนามในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1936[361] เพื่อยุบเลิกพรรคการเมืองชื่อว่าพรรคประชาชาติ "Parti national populaire" เนื่องจากพรรคดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งการบริหารจัดการโครงสร้าง และการดำเนินการที่มีลักษณะคล้ายกับกลุ่มที่ชื่อว่าเยาวชนผู้รักชาติ "Jeunesses patriotes" ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีลักษณะของการรวมตัวกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการตระเตรียมกองกำลังไว้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเป็นกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการปฏิวัติ และต่อต้านการกระทำของกลุ่มกองกำลังคอมมิวนิสต์[362]

ต่อมาในปี ค.ศ. 1939 ประเทศฝรั่งเศสได้มีการตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1939[363] เพื่อยุบเลิกพรรคคอมมิวนิสต์ โดยรัฐบาลได้มีการประกาศให้มีการยุบเลิกสมาคมหรือพรรคการเมืองที่มีชื่อว่า "Parti du peuple algérien" โดยให้เหตุผลว่าพรรคการเมืองดังกล่าวก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะบั่นทอนหรือทำลายระบบสาธารณรัฐ และยังมีวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้มีการใช้กำลังในการดำเนินการใด ๆ ในกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นได้ ทั้งนี้ตามที่มาตรา 1 (3) แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 ได้ให้อำนาจไว้

ในปี ค.ศ. 1987 ฝ่ายบริหารได้ตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1987 ให้ยุบเลิกกลุ่มที่มีชื่อว่า Mouvement corse pour l'autodétermination (MCA) หรือกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปกครองตนเองของชาว Corse เนื่องจากกลุ่มดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่อาจส่งผลกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของชาติ ซึ่งเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 (3) แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่10 มกราคม ค.ศ. 1936[364]

ในปี ค.ศ. 2005 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้เสนอเรื่องการยุบกลุ่มที่มีแนวคิดนาซีแบบใหม่ (un groupe néo-nazi)[365] โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

---

[361] Décret du 18 juin 1936 (JO du 19 juin 1936, p.6427)

[362] CE, Ass., Association Parti national populaire, 27 novembre 1936, n°55.760, Rec. 1040

[363] Décret du 26 septembre 1939, JORF no 237 du 2 octobre 1939, p.11897.

[364] Décret du 22 janvier 1987 [archive], JORF no 20 du 24 janvier 1987, p.861, NOR INTD8710007D.

[365] Décret du 19 mai 2005, JORF no 116 du 20 mai 2005, p.8738, texte no 23, NOR INTD0500121D.

มหาดไทยพิจารณาแล้วเห็นว่า การรวมกลุ่มดังกล่าวมีลักษณะเป็นการคุกคามและเป็นอันตรายแก่ประเทศฝรั่งเศส (une menace et danger) จึงได้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีตามรัฐบัญญัติ ค.ศ. 1936 เพื่อให้ยุบกลุ่มดังกล่าว โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศว่ามีความจำเป็นที่จะต้องยุบกลุ่มที่มีการเคลื่อนไหวในลักษณะดังกล่าว โดยเสนอเรื่องไปยังคณะรัฐมนตรี ตามรัฐบัญญัติ ปี ค.ศ. 1936 พร้อมทั้งพยานหลักฐาน นอกจากนี้ ยังประกาศว่าการรวมกลุ่มหรือการเคลื่อนไหวของกลุ่มที่มีแนวคิดนาซีแบบใหม่ในฝรั่งเศส ประมาณ 3,000 คนนั้น สร้างความน่าอับอายต่อประวัติศาสตร์ของชาติและคุณค่าความเป็นสาธารณรัฐ โดยเสมือนกับเป็น “การคุกคามและอันตรายอาจเกิดจากการกระทำของกลุ่มดังกล่าว” ดังนั้น เมื่อต้องเผชิญหน้ากับสถานการณ์ที่ไม่อาจยอมรับได้เช่นนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการจำเป็นในการแก้ปัญหา ซึ่งในเบื้องต้นให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายกเทศมนตรีได้สั่งห้ามมิให้มีการชุมนุมในที่สาธารณะ (les réunions publiques) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ใช้มาตรการต่อต้านการใช้เครือข่ายอินเตอร์เน็ตในการเผยแพร่ข้อความของกลุ่ม néo-nazis โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างเว็บไซต์ที่เกี่ยวกับกลุ่มดังกล่าวอีกด้วย

ในปี ค.ศ. 2006 กลุ่มที่มีชื่อว่า Tribu Ka ได้รวมตัวกันในการแสดงออกซึ่งมีลักษณะเป็นมให้มีการเลือกปฏิบัติ เกิดความเกลียดชัง และความรุนแรงต่อบุคคลด้วยเหตุผลในความแตกต่างด้านเชื้อชาติ ศาสนา อันเป็นข้อกำหนดตามเงื่อนไขมาตรา 1 (6) แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 จึงได้มีการตรารัฐกฤษฎีกาเพื่อยุบเลิกกลุ่มดังกล่าว[366]

ปัจจุบันการยุบองค์กรในฝรั่งเศสภายใต้รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936 ว่าด้วยกลุ่มและกองกำลังติดอาวุธเอกชน (Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées) แม้ปัจจุบันได้ยกเลิกรัฐบัญญัติดังกล่าวแล้ว แต่ได้นำความในบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในมาตรา L.212-1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงภายในรัฐ (Article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure)

---

[366] Décret du 28 juillet 2006, JORF no 174 du 29 juillet 2006, p.11299, texte no 2, NOR INTX0609486D.

ที่บัญญัติไว้ว่า[367]

"สมาคมหรือกลุ่มบุคคลจะถูกยุบเลิกโดยตราเป็นรัฐกฤษฎีกา

1) ที่มีการกระตุ้นให้เกิดการชุมนุมติดอาวุธบนถนน

2) หรือที่แสดงออก โดยมีลักษณะของกลุ่มต่อสู้หรือกองกำลังทหารอาสาสมัคร

3) หรือมีจุดมุ่งหมายที่จะทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนหรือการละเมิดต่อรัฐบาล

4) หรือกิจกรรมที่มีแนวโน้มที่จะต่อต้านมาตรการทางนิติบัญญัติของสาธารณรัฐ

5) หรือมีจุดมุ่งหมายเพื่อรวบรวมบุคคลโดยร่วมมือกับศัตรูหรือเพื่อยกระดับความร่วมมือนี้

---

[367] Article L212- (Créé par Ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 - Annexe, v. init.)

Sont dissous, par décret en conseil des ministres, toutes les associations ou groupements de fait :

1° Qui provoquent à des manifestations armées dans la rue ;

2° Ou qui présentent, par leur forme et leur organisation militaires, le caractère de groupes de combat ou de milices privées ;

3° Ou qui ont pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement ;

4° Ou dont l'activité tend à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine ;

5° Ou qui ont pour but soit de rassembler des individus ayant fait l'objet de condamnation du chef de collaboration avec l'ennemi, soit d'exalter cette collaboration ;

6° Ou qui, soit provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence;

7° Ou qui se livrent, sur le territoire français ou à partir de ce territoire, à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger.

Le maintien ou la reconstitution d'une association ou d'un groupement dissous en application du présent article, ou l'organisation de ce maintien ou de cette reconstitution, ainsi que l'organisation d'un groupe de combat sont réprimées dans les conditions prévues par la section 4 du chapitre Ier du titre III du livre IV du code pénal.

6) หรือที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือความรุนแรงต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา โดยเผยแพร่ความคิดหรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือความรุนแรงดังกล่าว

7) หรือผู้ที่มีส่วนร่วมในดินแดนฝรั่งเศสหรือจากดินแดนนี้ เพื่อดำเนินการเพื่อกระตุ้นการกระทำของการก่อการร้ายในฝรั่งเศสหรือในต่างประเทศ”

3.5.3 ปัญหาอุปสรรค และข้อจำกัดในการใช้กลไกในการป้องกันตนเองหรือสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส

จากการศึกษาข้างต้นจะเห็นได้ว่าประเด็นหลักประชาธิปไตยปกป้องตนเองของประเทศฝรั่งเศสสะท้อนจากหลายประเด็น โดยในรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงกรอบอำนาจหน้าที่ในรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งมีวิวัฒนาการตามสภาพสังคมและการเมืองการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเกิดขึ้นของรูปแบบของรัฐบาลในระบอบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภาที่เกิดขึ้น เพื่อให้มีความสมดุลของอำนาจทางการเมืองในฝรั่งเศส รวมทั้งได้สร้างกลไกในการคุ้มครองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคง ถาวร แต่ยังคงให้บทบัญญัติบางมาตราสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายใต้ระบอบประชาธิปไตย

อาจกล่าวได้ว่า แม้ประเทศฝรั่งเศสจะได้ชื่อว่าเป็นประเทศหนึ่งที่ได้วางแนวความคิดหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นแบบอย่างของประเทศต่าง ๆ ในยุโรป แต่อย่างไรก็ดีการปกครองระบอบประชาธิปไตยนับตั้งแต่การปฏิวัติใหญ่เป็นต้นมา ก็ไม่ได้มีเสถียรภาพอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสนั้น บางพรรคการเมืองได้จัดตั้งขึ้นโดยไม่ได้มีรากฐานที่มั่นคง กลุ่มทางการเมืองและพรรคการเมืองต่าง ๆ แตกเป็นพรรคเล็กและหลายพรรคจนไม่มีพรรคใดที่สามารถครองเสียงข้างมากในสภาได้ ส่งผลให้รัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นต้องเป็นรัฐบาลผสมและการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐบาลเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง และเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ จนทำให้การปกครองระบบรัฐสภาในฝรั่งเศสไม่อาจดำรงอยู่ได้อีกต่อไป ซึ่งในท้ายที่สุดส่งผลให้ประเทศฝรั่งเศสต้องย้อมกลับไปสู่การปกครองแบบรวมอำนาจภายใต้การนำของประธานาธิบดีเดอโกล (Charles de Gaulle) เพื่อทำหน้าที่ในการสร้างรากฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีเสถียรภาพให้แก่ฝรั่งเศสต่อไป

สำหรับการคุ้มครองหลักประชาธิปไตยปกป้องตนเองโดยกฎหมายพรรคการเมืองของประเทศฝรั่งเศสนั้น จากการศึกษาแนวคิดในการนำหลักประชาธิปไตยผ่านกระบวนการในลงโทษ กรณีที่อาจเกิดผลต่อบูรณภาพแห่งอาณาเขตหรือต่อความมั่นคงต่อการปกครองในสาธารณรัฐนั้น จะเห็นได้ว่าการยุบเลิกพรรคการเมืองเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งมีเหตุประการสำคัญที่ทำให้พรรคการเมืองหรือกลุ่มทางการเมืองต้องถูกยุบเลิกไปส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่กลุ่ม หรือพรรคการเมืองมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการบั่นทอนหรือทำลายระบอบการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของประเทศฝรั่งเศสหรือมีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันอันเป็นการขัดต่อรูปแบบการปกครองของประเทศ

บทที่ 4
“หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย

ในบทนี้แบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้ 4.1 แนวคิดเกี่ยวกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย 4.2 ข้อความคิดว่าด้วย “หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ” และ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” 4.3 การนำ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 4.4 กลไกในประมวลกฎหมายอาญา และ 4.5 “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” กับการบังคับใช้จริงในประเทศไทย

4.1 แนวคิดเกี่ยวกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย

ในการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย จะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และช่วงหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

4.1.1 ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

หลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศไทยจึงสิ้นสุดลง เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 ได้พระราชทาน “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 หลังจากนั้นสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติแต่งตั้ง “คณะอนุกรรมการ” จำนวน 7 นาย ขึ้นเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ใช้แทนรัฐธรรมนูญชั่วคราว[368] รัฐธรรมนูญฉบับถาวรได้รับการประกาศใช้ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีเพียง 68 มาตรา รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 61 แต่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติ

---

[368] ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2519, หน้า 112

ว่าด้วยข้อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพมิให้เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และขาดความชัดเจนเกี่ยวกับองค์กรที่จะปกป้องคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีเพียงมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า "ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้" จากปัญหาการขาดความชัดเจนดังกล่าวนี้เองที่ต่อมาศาลฎีกาได้พิพากษาว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 ขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างองค์กรตุลาการกับรัฐสภา ประเด็นดังกล่าวเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่นำไปสู่การใช้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 ในเวลาต่อมา

ประเด็นปัญหาที่จะนำไปสู่ความขัดแย้งที่เกี่ยวกับการบังคับใช้รัฐธรรมนูญสืบเนื่องมาจากคณะรัฐมนตรีภายใต้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 โดยพระยามโนปกรณ์นิติธาดา นายกรัฐมนตรี ซึ่งในเวลาต่อมาได้เกิดความขัดแย้งในเรื่องนโยบายทางเศรษฐกิจในคณะรัฐมนตรีและในสภาผู้แทนราษฎร และนำมาสู่การออกพระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2476 โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีข้อความสำคัญ ดังนี้[369] (1) ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรนี้เสีย และห้ามไม่ให้เรียกประชุมจนกว่าจะได้มีสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เมื่อได้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามความในรัฐธรรมนูญแล้ว (2) ให้ยุบคณะรัฐมนตรีปัจจุบันนี้เสีย และให้มีคณะรัฐมนตรีขึ้นใหม่ กอบด้วยนายกรัฐมนตรีหนึ่งนาย กับรัฐมนตรีอื่น ๆ อีกไม่เกินยี่สิบนาย และให้นายกรัฐมนตรีคณะซึ่งยุบนี้เป็นนายกของคณะรัฐมนตรีใหม่ กับให้รัฐมนตรีผู้ซึ่งว่าการกระทรวงต่าง ๆ อยู่ในเวลานี้เป็นสมาชิกของคณะรัฐมนตรีใหม่โดยตำแหน่ง ส่วนรัฐมนตรีอื่น ๆ จะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตั้งขึ้นโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีอีกต่อไป เหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงในกลุ่มคณะราษฎร์ จนในที่สุด วันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2476 หลวงพิบูลสงครามนำคณะทหารเข้ายึดอำนาจการปกครอง เชิญนายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนา เป็นหัวหน้า หลวงพิบูลสงคราม เป็นเลขาธิการ พระยามโนปกรณ์นิติธาดายอมก้าวลงจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนาขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีแทน เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2476 และมีการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่[370] และได้มีประกาศ

---

[369] เพิ่งอ้าง, หน้า 249

[370] บัญชร ชวาลศิลป์, 2475 : เส้นทางคนแพ้, สำนักพิมพ์แสงดาว, กรุงเทพฯ 2562, หน้า 58.

ให้เปิดสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2476 ต่อมาเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2476 มีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในการจัดการให้คณะรัฐมนตรีลาออก เพื่อให้มีการเปิดสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476 โดยในคำปรารภของพระราชบัญญัติบางตอนกล่าวว่า "... โดยที่สภาผู้แทนราษฎรถวายคำปรึกษาว่า การที่คณะทหารบก ทหารเรือ และพลเรือน คณะหนึ่งซึ่งเห็นความจำเป็นในอันจะแก้ไขเหตุการณ์ที่ทำให้เสื่อทรามความศักดิ์สิทธิ์แห่งรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุให้กระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยแห่งบ้านเมือง ..." จากความขัดแย้งดังกล่าวถือว่าเป็นมูลเหตุสำคัญที่นำไปสู่การเกิด "กบฏบวรเดช" และได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พุทธศักราช 2476[371] เพื่อดำเนินการกับฝ่ายที่เป็นปรปักษ์ทางการเมือง และในเวลาต่อมาได้มีการตรา "พระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476[372] โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเพียง 6 มาตรา โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

ก. ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ เป็นปฏิปักษ์ต่อหรือเพื่อให้ประชาชนเสื่อมความนิยมหรือหวาดหวั่นต่อการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม แม้การกระทำดังกล่าวมาแล้วจะเป็นเพียงการคบคิดหรือทำความตกลง หรือจะเตรียมการก็ตาม ท่านว่าผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีจนถึงยี่สิบปี หรือปรับตั้งแต่ 500 บาท จนถึง 5,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากความผิดที่กระทำลงนั้นต้องด้วยบทกฎหมายอื่น ท่านว่าบุคคลผู้กระทำผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษตามพระราชกำหนดกฎหมายอื่นนั้นด้วย (มาตรา 3)

ข. เพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เมื่อเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยรายงานว่าบุคคลใดดำเนินการอันจะเป็นเหตุก่อให้เกิดความผิดตามมาตรา 3 ข้างต้น ให้กระทรวงมหาดไทยส่งเรื่องให้คณะกรรมการซึ่งคณะรัฐมนตรีจะได้แต่งตั้งขึ้นเพื่อไต่สวนวินิจฉัย ถ้าเห็นว่ามีมูลก็ให้ทำความเห็นเพื่อให้บุคคลนั้นอยู่ภายในเขตต์ที่อันมีกำหนดได้เป็นเวลาไม่เกินสองปี และให้กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจสั่งการให้เป็นไปตามความเห็นนั้น ถ้าผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าว ท่านให้จัดการตามพระราชบัญญัติเนรเทศ ร.ศ. 131 (มาตรา 4)

---

[371] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 วันที่ 30 ตุลาคม 2476

[372] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 วันที่ 12 พฤศจิกายน 2476

ค. คณะกรรมการตามมาตรา 4 นั้นจะต้องเป็นข้าราชการตุลาการ และให้มีจำนวน 3 นาย เป็นอย่างน้อย จึ่งจะนั่งเป็นองค์ประชุมได้ การวินิจฉัยให้ถือตามความเห็นข้างมาก (มาตรา 5)

ง. บุคคลที่ถูกสั่งให้อยู่ภายในเขตต์อันมีกำหนด และได้ไปอยู่ในเขตต์นั้นตามคำสั่งแล้ว ภายหลังอาจร้องขอให้กระทรวงดำริที่จะเพิกถอนคำสั่งเช่นว่านั้นมาแล้วนั้นได้ เมื่อยอมรับรองว่า (1) จะไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ (2) จะเผยแพร่สนับสนุนด้วยความบริสุทธิ์ใจซึ่งการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ เมื่อกระทรวงมหาดไทยได้เรียกประกันทัณฑ์บน และวินิจฉัยเห็นเป็นถ่องแท้ว่าผู้ต้องหาจะปฏิบัติการตามที่ยอมรับรองได้ ก็ให้เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อขออนุมัติให้เพิกถอนคำสั่งเดิมเสียก็ได้ (มาตรา 6)

แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2481 ได้มีการตราพระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2481 ไม่ปรากฏเหตุผลแน่ชัดว่าเพราะเหตุใด แต่ได้ปรากฏเหตุผลในคำแถลงการณ์ของรัฐบาล เมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2481 เรื่อง การแก้ไขข้อบังคับการประชุมและการปรึกษาของสภาผู้แทนราษฎร ข้อ 68 โดยมีข้อความบางตอนกล่าวว่า “... รัฐบาลได้พยายามเสมอมาที่จะร่วมมือกับสภาผู้แทนราษฎร และได้ยินยอมทำความพอใจแก่ผู้แทนราษฎรมาแล้วแม้ในเรื่องที่สำคัญ เช่น การยกเลิกพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญฯ...”[373] จากเหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 24776 นั้น เป็นการประนีประนอมระหว่างฝ่ายรัฐบาลกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีความคิดเห็นแตกต่างไปจากฝ่ายรัฐบาล

ต่อมาในปี พ.ศ. 2489 มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 เป็นรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ไม่มีการบัญญัติเรื่องการกระทำที่เป็นการปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด รัฐธรรมนูญหลังจากนั้นก็ไม่มีบทบัญญัติข้อห้ามการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด บทบัญญัติอันเป็นข้อจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพมิให้เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญมาปรากฏตามรัฐธรรมนูญ 2517 มาตรา 53 “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และรัฐธรรมนูญมิได้”

---

[373] ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย, หน้า 296

รัฐธรรมนูญ 2521 มาตรา 45 “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญ มิได้” และรัฐธรรมนูญ 2534 มาตรา 49 “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญ มิได้” หลักดังกล่าวได้รับการพัฒนาต่อมาในภายหลังจากที่มีการปฏิรูปการเมือง ครั้งที่ 1 ภายหลังเหตุการณ์วิกฤตในเดือนพฤษภาคม 2535

กล่าวโดยสรุป พัฒนาการของแนวคิดของการปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญของไทยในช่วงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 แท้จริงแล้วเป็นความขัดแย้งของกลุ่มชนชั้นนำ 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งได้แก่ฝ่ายคณะราษฎรซึ่งมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่ง คือ ฝ่ายอนุรักษ์นิยมเห็นว่าฝ่ายคณะราษฎร์มุ่งที่จะเปลี่ยนแนวคิดพื้นฐานสำคัญในทางเศรษฐกิจโดยอาศัยเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเป็นฐานแห่งความชอบธรรม ฝ่ายอนุรักษ์นิยมภายใต้การนำของพระยามโนปกรณ์นิติธาดา นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น จึงได้ออกพระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ ซึ่งนำมาสู่การยึดอำนาจการปกครองโดยหลวงพิบูลสงคราม และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476 แต่เพื่อความปรองดองของทั้งสองฝ่ายได้มีการตรากฎหมายยกเลิกในปี พ.ศ. 2481 ดังนั้นแนวคิดดังกล่าวจึงมีพื้นฐานมาจากความขัดแย้งของแนวคิดทางการเมืองเป็นสำคัญ และเมื่อความคิดทางการเมืองเริ่มผ่อนคลายในระยะเวลาต่อมา จึงได้มีการยกเลิกกฎหมายดังกล่าว พัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวในช่วงแรก จึงยังไม่ได้พัฒนาในลักษณะของข้อความคิดในทางกฎหมาย หากแต่เป็นข้อความคิดทางการเมือง แต่ต่อมาหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 เริ่มพัฒนาเป็นแนวคิดทางกฎหมายโดยถือว่าเป็นขอจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะใช้ให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และรัฐธรรมนูญมิได้ แนวคิดดังกล่าวได้รับการบัญญัติสืบต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญ 2534 ก่อนที่จะมีการปฏิรูปการเมือง ครั้งที่ 1 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

4.1.2 ช่วงหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เป็นรัฐธรรมนูญที่ก่อให้เกิดการปฏิรูปการเมืองขึ้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

ได้ปรับเปลี่ยนโครงสร้างของรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญเดิม ๆ หลายประการ หมวดที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ คือ หมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้มีความเปลี่ยนแปลงหลายประการ กล่าวเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้น มีสาระสำคัญดังนี้

(1) บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่ปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 28 วรรค 1)

(2) บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 65) และ (3) กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

กล่าวโดยสรุป พัฒนาการในช่วงหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เป็นช่วงพัฒนาการของข้อความคิดในทางกฎหมายที่บัญญัติข้อห้ามการใช้สิทธิและเสรีภาพไม่ให้เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และบัญญัติรับรองสิทธิในการต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีการพัฒนาองค์กรในการปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยมีการนำแนวความคิดเรื่องศาลรัฐธรรมนูญตามแนวของประเทศเยอรมนีเข้ามาเป็นครั้งแรก

4.2 ข้อความคิดว่าด้วย “หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ” และ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึงพัฒนาการของแนวคิดว่าด้วย “หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ” และ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.2.1 หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรได้มีหนังสือกราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งขณะนั้นกำลัง

ประทับอยู่ที่หัวหิน อัญเชิญเสด็จกลับคืนสู่พระนคร และทรงเป็นกษัตริย์ต่อไปโดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน หนังสือกราบบังคมทูลของคณะราษฎรนี้มีใจความสำคัญดังนี้

"ด้วยคณะราษฎร ข้าราชการ พลเรือน ได้ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินไว้ได้แล้ว ... คณะราษฎรไม่พึงประสงค์ที่จะแย่งราชสมบัติแต่อย่างใด ความประสงค์อันยิ่งใหญ่ก็เพื่อจะมีธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน จึงขอเชิญใต้ฝ่าละอองทุลีพระบาทกลับคืนสู่พระนครและทรงเป็นกษัตริย์ต่อไปโดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน ซึ่งคณะราษฎรได้สร้างขึ้น ..."[374]

ซึ่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งมี 39 มาตรา ได้บัญญัติหลักการพื้นฐานของการปกครองไว้ ดังนี้

(1) อำนาจสูงสุดนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย (มาตรา 1)

(2) ให้มีบุคคลและคณะบุคคลดั่งจะกล่าวต่อไปนี้เป็นผู้ใช้อำนาจแทนราษฎรตามที่จะได้กล่าวต่อไปในธรรมนูญ คือ 1. กษัตริย์ 2. สภาผู้แทนราษฎร 3. คณะกรรมการราษฎร 4. ศาล (มาตรา 2)

(3) กษัตริย์เป็นประมุขสูงสุดของประเทศ พระราชบัญญัติก็ดี คำวินิจฉัยของศาลก็ดี การอื่น ๆ ที่จะมีบทกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะก็ดี จะต้องกระทำในนามของกษัตริย์ (มาตรา 3)

(4) ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปกพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบมรดกให้เป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 4)

(5) การกระทำใด ๆ ของกษัตริย์ต้องมีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วยโดยได้รับความยินยอมของคณะกรรมการราษฎรจึ่งจะใช้ได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา 7)

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรใช้บังคับ หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ยังคงหลักการสำคัญดังเดิมแต่มีการบัญญัติถ้อยคำที่มีความประนีประนอมมากขึ้น โดยมีสาระสำคัญดังนี้

---

[374] เกียรติชัย พงษ์พาณิชย์, ปฏิวัติ 2475, สำนักพิมพ์แสงดาว, กรุงเทพฯ 2560, หน้า 106

(1) อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้ (มาตรา 2)

(2) การสืบราชสมบัติท่านว่าให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 9)

(3) พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปโดยกำเนิด หรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง (มาตรา 11)

ตามทัศนะของสมชาย ปรีชาศิลปกุล เห็นว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาในห้วงเวลา 75 ปี สังคมไทยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเพียง 3 ฉบับเท่านั้น คือ รัฐธรรมนูญฉบับรัฐสภานิยม รัฐธรรมนูญฉบับอำนาจนิยม และรัฐธรรมนูญฉบับกึ่งรัฐสภากึ่งอมาตยาธิปไตย โดยสมชาย ปรีชาศิลปกุล เห็นว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 อยู่ในกลุ่มของรัฐธรรมนูญฉบับรัฐสภานิยม ซึ่งหมายถึง การสถาปนาอำนาจของรัฐสภาให้อยู่เหนือกว่าองค์กรการเมืองอื่น แนวคิดนี้เป็นหลักการสำคัญในประเทศอังกฤษอันเป็นผลมาจากการต่อสู้แย่งชิงอำนาจระหว่างสถาบันกษัตริย์กับรัฐสภามาอย่างยาวนานก่อนจบลงด้วยชัยชนะของฝ่ายรัฐสภา[375] ในประเทศไทย ความพยายามที่จะสถาปนาอำนาจสูงสุดของระบบรัฐสภาผ่านบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสะท้อนออกในประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้[376]

ประการแรก กำหนดให้รัฐสภาเป็นสถาบันที่มีอำนาจเหนือกว่าสถาบันการเมืองอื่น ๆ ด้วยการสถาปนาให้ระบบรัฐสภาเป็นจุดศูนย์กลางของการใช้อำนาจ ทั้งในด้านของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ โดยในด้านของฝ่ายบริหารรัฐธรรมนูญฉบับรัฐสภานิยมจะกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้การกำกับและตรวจสอบของรัฐสภาในด้านนิติบัญญัติ รัฐสภาจะเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายหากไม่ได้รับอำนาจจากรัฐสภา นอกจากความสัมพันธ์ของรัฐสภาแล้วก็จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของรัฐสภาและสถาบัน

---

[375] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, อภิรัฐธรรมนูญ, ปาฐกถาปรีดี พนมยงค์ ประจำปี พ.ศ. 2550 “ครบรอบ 75 ปี การอภิวัฒน์ไทย 24 มิถุนายน 2475”, สถาบันปรีดี พนมยงค์, กรุงเทพฯ 2550, หน้า 9

[376] เพิ่งอ้าง, หน้า 10

พระมหากษัตริย์ประกอบด้วย ในรัฐธรรมนูญฉบับรัฐสภานิยมจะจัดวางสถานะและบทบาทของสถาบันกษัตริย์ให้อยู่นอกเหนือไปจากการเมือง เพื่อต้องการให้การเมืองเป็นสิ่งที่อยู่นอกขอบเขตและภารกิจของสถาบันกษัตริย์ การเมืองจึงเป็นเรื่องที่ดำเนินไปในหมู่ประชาชนโดยที่สถาบันกษัตริย์จะไม่มีบทบาทเกี่ยวข้องหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของความขัดแย้งที่เกิดขึ้น

ประการที่สอง การสถาปนาอำนาจสูงสุดของรัฐสภาต้องมาจากเงื่อนไขพื้นฐานว่าระบบรัฐสภานั้นมาจากการคัดเลือกของประชาชนเป็นสำคัญ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นระบบสภาเดี่ยวหรือสภาคู่ โดยหากเป็นระบบสภาคู่มีทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา การยืนยันถึงความสำคัญจากการคัดเลือกของประชาชนก็ด้วยกระบวนการเลือกตั้งซึ่งจะเป็นกรณีที่ชัดเจนหากที่มาของทั้งสองสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน อย่างไรก็ตามแม้กรณีที่วุฒิสภาไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรง แต่มาจากกระบวนการอื่น ๆ ไม่ว่าการเลือกตั้งโดยอ้อมหรือการแต่งตั้ง ก็อาจนับเป็นส่วนหนึ่งของการสถาปนาระบบรัฐสภานิยมได้ ถ้าวุฒิสภามีอำนาจที่น้อยกว่าสภาผู้แทนราษฎร แต่หากวุฒิสภามีอำนาจทัดเทียมหรือมากกว่าสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งก็ไม่อาจนับเป็นการสร้างอำนาจสูงสุดให้กับรัฐสภา

ประการที่สาม สถาปนาอำนาจของรัฐสภาก็เพื่อให้สถาบันนี้เป็นองค์กรที่มีบทบาทหลักในการบริหารประเทศและมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนได้อย่างชัดเจน ระบบราชการและข้าราชการประจำจึงต้องมีบทบาทในฐานะของผู้ปฏิบัติงานอันเป็นเสมือนกลไกหนึ่งของระบบการเมือง บุคคลที่จะเข้ามาทำหน้าที่ในระบบรัฐสภาจึงต้องมิใช่ผู้ที่ดำรงตำแหน่งในระบบราชการ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศอังกฤษจะใช้หลักการปกครองที่เรียกว่า “หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (The supremacy of parliament) แต่พระมหากษัตริย์อังกฤษก็ยังคงมีพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่หลายด้าน แต่อาจจำแนกออกเป็นเรื่องสำคัญได้ 3 ประการ[377] ได้แก่ พระราชอำนาจทั่วไป 1 พระราชอำนาจในฐานะประมุข 1 และพระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นที่มาแห่งเกียรติยศและความยุติธรรม 1 ในกรณี

---

[377] ธงทอง จันทรางศุ, ต่างดอกไม้เงินทองฉลองพระคุณ, รวมบทความ บทสนทนาและอภิปรายทางวิชาการเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ 2542.

ของ "พระราชอำนาจทั่วไป" เป็นพระราชอำนาจตามความเห็นทางตำรามีที่มาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ซึ่งนายวอลเตอร์ แบจจ็อท (Walter Bagehot) ผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์ ได้กล่าวว่า "พระมหากษัตริย์แห่งกรุงอังกฤษ ทรงมีพระราชอำนาจ 3 ประการ คือ ประการแรก ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล (The Right to be consulted) ประการที่สอง ทรงมีพระราชอำนาจที่จะสนับสนุนหรือให้กำลังใจรัฐบาล (The Right to encourage) และประการสุดท้าย ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน (The Right to warn)

แม้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่มีอยู่ตามรูปแบบการปกครองในปัจจุบันส่วนใหญ่จะเป็นพระราชอำนาจในรูปแบบพิธีก็ตาม แต่ถึงกระนั้นสถาบันพระมหากษัตริย์อังกฤษก็ยังคงมีความมั่นคง และเป็นสถาบันหลักที่สำคัญทางการเมืองของอังกฤษโดยไม่เสื่อมคลาย ทั้งนี้เพราะพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงมีอยู่ในปัจจุบัน ได้วิวัฒนาการมาจนสอดคล้องกับอธิปไตยทางการเมืองของประชาชนอย่างแท้จริง การที่จะทรงกีดขวางเจตนารมณ์ของประชาชนจึงไม่เกิดขึ้นและจะไม่เกิดขึ้นในระบอบการปกครองของอังกฤษเป็นอันขาด ยิ่งไปกว่านั้น พระมหากษัตริย์ยังทรงเป็นสัญลักษณ์ของชาติ ทรงวางพระองค์อยู่เหนือการเมือง ทรงเชื่อมความสามัคคีระหว่างรัฐและประชาชน ทรงเป็นศรีสง่าของประเทศ ประเพณีและพิธีการต่าง ๆ ที่สืบทอดมาจากประวัติศาสตร์อันยาวนานช่วยให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์และสง่างาม ทำให้ประชาชนเกิดความมั่นใจในสถาบัน และสนใจกระตือรือร้นที่จะติดตามความเป็นไปของบ้านเมือง และข้อสำคัญที่สุด คือ ทรงได้รับความไว้วางใจจากประชาชนว่าทรงเป็นอิสระจากความแปดเปื้อนของความลำเอียงทางการเมือง การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยมีเป้าหมายสูงสุด คือ คอยระวังรักษาประโยชน์สุขของประชาชนทั้งประเทศไว้เสมอ[378]

สำหรับการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของไทย พระมหากษัตริย์จะมีพระราชอำนาจหรือไม่เพียงใดนั้น ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้อธิบายอำนาจหน้าที่ของประมุขของรัฐและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้ "อำนาจหน้าที่ของประมุขในแต่ละรัฐย่อมแตกต่าง

---

[378] เพิ่งอ้าง, หน้า 86

กันไปตามการปกครองของแต่ละรัฐ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดขึ้น แต่ประมุขของรัฐไม่ว่าแบบประธานาธิบดีหรือพระมหากษัตริย์ มักจะมีอำนาจต่อไปนี้คล้ายคลึงกัน เช่น อำนาจในการลงชื่อเพื่อตรากฎหมาย อำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญทางการเมืองและฝ่ายข้าราชการประจำ อำนาจในการสถาปนาและถอดถอนยศถาบรรดาศักดิ์และเกียรติยศต่าง ๆ อำนาจในการอภัยโทษ ประกาศกฎอัยการศึก ประกาศสงคราม และแต่งตั้งทูตและรับรองทูต เป็นต้น[379]

ในส่วนที่ว่าพระมหากษัตริย์ต้องทรงวางพระองค์อยู่เหนือการเมืองนั้น ตามธรรมเนียมนานาประเทศน่าจะหมายความเพียงว่า ก. จะต้องทรงปฏิบัติหรือใช้พระราชอำนาจทางการเมืองเกินไปกว่าที่รัฐธรรมนูญจะอนุญาตไม่ได้ และ ข. จะต้องวางพระองค์เป็นกลางไม่ฝักใฝ่พรรคการเมืองหรือนักการเมืองผู้ใดที่ยังอยู่ในอำนาจ (The King cannot show his political favor or disfavor.) แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าจะต้องไม่ทรงเกี่ยวข้องใด ๆ ทางการเมืองเลย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ เพราะในเบื้องต้นสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันทางการเมืองอยู่แล้ว ในฐานะประมุขย่อมต้องทรงตรากฎหมาย ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ทรงแต่งตั้งสมาชิกสภาสูง ทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ ทรงประกาศสงคราม เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีพระราชอำนาจโดยโบราณราชประเพณี (Conventions) ได้แก่ “ทรงมีพระราชอำนาจ 3 ประการ คือ ประการแรก ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล (The Right to be consulted) ประการที่สอง ทรงมีพระราชอำนาจที่สนับสนุนรัฐบาล (The Right to encourage) และประการสุดท้าย ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน (The Right to warn)[380]

จากข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาสถาบันพระมหากษัตริย์นอกจากจะพิจารณาอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแล้วยังต้องพิจารณาถึงพระราชอำนาจโดยโบราณราชประเพณี (Conventions) ด้วย เพราะถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

---

[379] เพิ่งอ้าง.

[380] เพิ่งอ้าง, หน้า 87

4.2.2 หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

"หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" มีความหมายอย่างไร ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ก็คือ "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" แต่โดยที่มีแนวความคิดที่มองว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" เป็นอีกระบอบหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ในที่นี้จะขอพิจารณาถึงความหมายและขอบเขตของ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

ในเรื่อง "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ในประเด็นดังกล่าว สมชาย ปรีชาศิลปกุล เห็นว่า ประเด็นเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์จะพบว่ามีความเปลี่ยนแปลงเป็น 4 จังหวะสำคัญด้วยกัน ดังนี้[381]

(1) จังหวะที่หนึ่ง การรอมชอมและแตกหักในการสร้างระบอบ "พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ" ในระยะเริ่มต้นของระบอบประชาธิปไตยที่เริ่มด้วยการรอมชอมของแต่ละฝ่ายกลับจบลงด้วยการแตกหัก โดยฝ่ายที่สนับสนุนระบอบใหม่ซึ่งกำหนดให้พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญสามารถรักษาอำนาจและรักษาความชอบธรรมสืบเนื่องมา ดังในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ก็ไม่ปรากฏการโต้แย้งต่อหลักดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญเกิดขึ้น

(2) จังหวะที่สอง การโต้กลับของ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" ในการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 ฝ่ายอนุรักษ์นิยมได้ตอบโต้กับเหตุผลซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยใน 2 รูปแบบสำคัญ คือ ประการแรก การให้เหตุผลถึงลักษณะเฉพาะของสถาบันพระมหากษัตริย์อันมีความแตกต่างไปจากที่เกิดขึ้นในประเทศอื่น ๆ เฉพาะอย่างยิ่งในประเทศตะวันตก รวมทั้งการอธิบายว่าพระมหากษัตริย์ได้สร้างความเจริญให้กับประเทศมาอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการเทิดทูนไว้ให้เหมาะสมแก่สถานะของพระองค์ซึ่งมีความแตกต่างไปจากคนธรรมดา ประการที่สอง โดยการอ้างอิงถึงรูปแบบการปกครองตะวันตกโดยเฉพาะ

---

[381] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, รายงานวิจัย ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 - 2550, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558, หน้า 273

อย่างยิ่งประเทศอังกฤษ ด้วยการชี้ให้เห็นว่าการปรับเปลี่ยนแก้ไขสถานะของพระมหากษัตริย์ที่เกิดขึ้นนั้นก็เป็นสิ่งที่ดำเนินไปในลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ เพราะฉะนั้น การนิยามความหมายและการจัดวางสถาบันพระมหากษัตริย์โดยฝ่ายอนุรักษ์นิยมจึงไม่ใช่การอ้างอิงถึงลักษณะเฉพาะของพระมหากษัตริย์ไทยแต่เพียงอย่างเดียวไม่

(3) จังหวะที่สาม การแผ่ขยายและสถาปนาระบอบอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หลังจากการพิจารณาและให้ความเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 เป็นต้นมา ก็จะพบว่ามีการเปลี่ยนแปลงและเพิ่มเติมเนื้อหาในหมวดพระมหากษัตริย์เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง การแผ่ขยายความชอบธรรมของสถาบันพระมหากษัตริย์ได้ปรากฏให้เห็นนับตั้งแต่การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 โดยการปรับเปลี่ยนสถานะของสถาบันให้ปรากฏในประเด็นการดำรงอยู่เหนือการเมืองซึ่งพระมหากษัตริย์ได้ถูกยกให้มีความสูงกว่ากลุ่มการเมืองอื่น รวมทั้งอำนาจที่เป็นอิสระของพระมหากษัตริย์จากระบบรัฐสภา ดังนั้น การขึ้นดำรงตำแหน่งของพระมหากษัตริย์ซึ่งไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแต่กลับกลายเป็นเพียงการแจ้งเพื่อทราบต่อรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ 2534 อันเป็นประเด็นที่สะท้อนความเป็นอิสระเชิงสัมพัทธ์ที่ขยายตัวมากขึ้นของสถาบันพระมหากษัตริย์[382]

(4) จังหวะที่สี่ การลงหลักปักฐานของระบอบอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หากจัดว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 เป็นจังหวะของการเปลี่ยนแปลงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่สำคัญครั้งหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ฉบับประชาชน ก็เดินตามรอยของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 รวมทั้งได้มีการประกอบสร้างในหมวดสถาบันพระมหากษัตริย์ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นและกลายเป็นแบบอย่างแก่รัฐธรรมนูญในภายหลัง ดังจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในหมวดที่เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีบทบัญญัติที่เหมือนกันจนกล่าวได้ว่าเป็นครั้งแรกที่บทบัญญัติในหมวดพระมหากษัตริย์ในรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดขึ้นในภายหลังมีบทบัญญัติที่เหมือนกับรัฐธรรมนูญที่ได้เคยมีผลใช้บังคับมาก่อนหน้าทุกประการ[383]

---

[382] เพิ่งอ้าง, หน้า 277

[383] เพิ่งอ้าง, หน้า 278

จากงานศึกษาดังกล่าว จึงได้มีการสรุปความหมายและสถานะของ "ระบอบอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" ที่ได้แผ่ขยายและลงหลักปักฐานในรัฐธรรมนูญของไทย จะพบว่ามีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้[384] (1) การสร้างความหมาย "เหนือการเมือง" ในระบบรัฐสภา (2) การเพิ่มพื้นที่ของความเป็นอิสระโดยสัมพันธ์จากระบบรัฐสภา และ (3) การขยายตัวของความศักดิ์สิทธิ์

บทบรรณาธิการของ "ฟ้าเดียวกัน" ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2562 ให้ชื่อบทบรรณาธิการว่า "ประวัติศาสตร์ที่เพิ่งสร้างของ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ซึ่งในบทบรรณาธิการได้กล่าวว่า "... แท้จริงแล้ว "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" คือประวัติศาสตร์ที่เพิ่งสร้างของการเมืองไทยอย่างแท้จริง กล่าวคือ เมื่อมีการปฏิวัติสยาม 2475 เรามีพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองสยามชั่วคราว 27 มิถุนายน 2475 ที่กำหนดให้ "อำนาจสูงสุดเป็นของราษฎรทั้งหลาย" มาแทนที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่อำนาจรวมศูนย์อยู่ที่กษัตริย์ ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่มีแม้จะเอ่ยถึงคำว่าประชาธิปไตยด้วยซ้ำ เพราะคำว่าประชาธิปไตยในห้วงเวลานั้นหมายถึงระบอบสาธารณรัฐ ดังประกาศของคณะราษฎร ... แม้ว่าจะมีรัฐธรรมนูญฉบับ "ถาวร" ที่ผ่านการปรองดองกันระหว่างคณะราษฎรกับคณะเจ้า คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม 10 ธันวาคม 2475 ที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างนั้น ก็ไม่ปรากฏร่องรอยการปกครองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่อย่างใด"[385] และในตอนท้ายของบทบรรณาธิการนี้ได้นำข้อสรุปของสมศักดิ์ เจียมธีรสกุล ที่สรุปไว้อย่างตรงประเด็นเมื่อ 23 ปีที่แล้วว่า[386] "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย (เฉย ๆ) ที่ประมุขแห่งรัฐบังเอิญเป็นกษัตริย์ แต่เป็นระบอบประชาธิปไตยหรือระบอบการปกครองอีกรูปแบบหนึ่งที่แตกต่างออกไป เป็นคำที่สะท้อนให้เห็นการดำรงอยู่ระหว่างสองวัฒนธรรมการเมืองในลักษณะเดียวกับ Guided

---

[384] เพิ่งอ้าง, หน้า 279

[385] บทบรรณาธิการ, ประวัติศาสตร์ที่เพิ่งสร้างของ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ฟ้าเดียวกัน ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2562, หน้า 5

[386] สมศักดิ์ เจียมธีรสกุล, ความหมายและความเป็นมาของ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข", กรุงเทพธุรกิจ, 17 สิงหาคม 2539 อ้างใน บทบรรณาธิการ, ประวัติศาสตร์ที่เพิ่งสร้างของ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข", หน้า 7

Democracy (ประชาธิปไตยแบบมีการนำทาง) ของอินโดนีเซียในอดีตหรือ Socialism with Chinese Characteristics (สังคมนิยมที่มีลักษณะแบบจีน) ของจีนในปัจจุบัน”

ในขณะที่มุมมองในทางวิชาการที่แตกต่างไปจากทัศนะดังกล่าวข้างต้น มาจากทัศนะของ เอนก เหล่าธรรมทัศน์ เห็นว่า เรามีคำศัพท์ที่ลงตัวได้แล้ว เรียกระบอบของเราเองไว้ว่า “ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” คำนี้แปลมาจากคำว่า Constitutional Monarchy แต่ที่อยากจะชี้ คือ ในภาษาอังกฤษนั้น คำว่า Monarchy หรือราชาธิปไตย นั้นเป็นคำนาม ส่วนคำว่า Constitutional เป็นเพียงคำคุณศัพท์ ตามทฤษฎีของอังกฤษนั้น สหราชอาณาจักรทุกวันนี้ก็ยังเป็นราชาธิปไตย เพียงแต่อยู่ในกำกับของรัฐธรรมนูญ แต่ในบ้านเราถือเอาประชาธิปไตยเป็นคำนาม ส่วน “ที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น เป็นเพียงคำขยายของประชาธิปไตย ความจริงระบอบประชาธิปไตยในทุกวันนี้ของไทยเราก็เป็น “ราชาธิปไตย” ด้วยอย่างชัดเจน เพียงแต่ว่าอยู่ใต้รัฐธรรมนูญเท่านั้น รัฐบาลก็เป็นของพระเจ้าอยู่หัว เพราะทรงโปรดเกล้าฯ ก่อนถึงจะเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี อีกทั้งในระยะหลังนี้ ยังถือเคร่งครัดกันว่ารัฐมนตรีจะต้องเข้าเฝ้าถวายสัตย์ฯ ก่อน จึงจะทำงาน อนึ่ง เมื่อรัฐบาลหรือรัฐมนตรีจะลาออกนั้นก็ต้องถวายบังคมฯ ลาออกและยังต้องมีพระบรมราชโองการให้ลาออกด้วย... ก็เมื่อเป็นเช่นนี้ เราจะเรียกระบอบของไทยว่า “ประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” นั้น จะถูกหรือ ที่แจ่มชัดนั้นเรียกว่า ระบอบราชาธิปไตย ได้มากกว่า และเป็นราชาธิปไตยที่อยู่กับเลือกตั้ง-ประชาธิปไตยก็ได้ หรือต้องอยู่กับการยึดอำนาจ-เผด็จการก็ได้[387] โดยคำว่า “ราชาธิปไตย” มิได้หมายจะให้อำนาจและสิทธิ์ขาดในการปกครองและบริหารหรือพัฒนาบ้านเมืองแก่สถาบันพระมหากษัตริย์ โดยไม่ต้องให้ปากเสียง สิทธิและอำนาจแก่ประชาชนโดยไม่ต้องมีการเลือกตั้ง หรือพระมหากษัตริย์จะตรารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดโดยทั่วไปโดยลำพังย่อมไม่ได้ หรือจะทรงใช้งบประมาณโดยลำพังเองตามพระทัยเองไม่ได้ หรือจะทรงแต่งตั้งใครให้ไปทำอะไรก็ได้ โดยไม่มีผู้รับสนองพระบรมราชโองการย่อมไม่ได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 ผู้เป็นเอกกษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ ก็มิได้ทรงเป็นหรือทำเช่นนั้น และรัฐธรรมนูญปัจจุบันเองก็ตราไว้ชัดเจนว่า ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิก

---

[387] เอนก เหล่าธรรมทัศน์, ราชาธิปไตย ว่าด้วยพระมหากษัตริย์ สถาบันพระมหากษัตริย์และสังคมการเมืองไทย, มูลนิธิสถาบันสร้างสรรค์ปัญญา, โรงพิมพ์วัชรินทร์ พี.พี., นนทบุรี, 2561, หน้า 64

พระมหากษัตริย์เป็นประมุขนั้น ทำไม่ได้[388] นอกจากนี้ อเนก เหล่าธรรมทัศน์ มองว่า ช่วงเวลา 85 ปี หลัง พ.ศ. 2475 ระบอบการปกครองของไทยอยู่ในระบอบ "ทวิอำนาจ"[389] คือ ใช้สองระบอบ ใช้สลับกันเป็นประชาธิปไตยก็ได้ หรือเป็นเผด็จการทหารก็ได้ ความชอบธรรมสำหรับคนไทยทั่วไปแล้ว สองระบบนี้เกือบจะดีเลวเทา ๆ กัน พอ ๆ กัน ใช้สลับกันได้ เกือบเหมือนรถยนต์ที่ใช้ก๊าซก็ได้ ใช้น้ำมันก็ได้ หรือรถยนต์ที่ใช้ไฟฟ้าก็ได้ ใช้น้ำมันก็ได้ ย้อนหลังมองราชาธิปไตยในสมัยรัชกาลที่ 9 นั้น จะเรียกพระองค์ท่านเป็น "เอกกษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ" จะได้ไหม เอนก เหล่าธรรมทัศน์ เห็นว่าน่าจะได้ หากรัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงข้อตกลงร่วมสำคัญยิ่งยวดที่คนไทยทั้งปวงยอมรับว่า[390]

ประการแรก ประเทศไทยต้องเป็นราชาธิปไตยด้วยเสมอ จะต้องมีพระมหากษัตริย์และสถาบันพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์นั้น คือ ความชอบธรรมสูงสุด คือ ที่มาของเกียรติยศที่สุด คือ สถาบันที่ช่วยประคับประคองระบอบการเมืองทุกชนิด ที่สลับปรับเปลี่ยนไปมา และระบอบการเมืองใดก็ต้องอยู่กับราชาธิปไตยและย่อมต้องได้รับความเห็นชอบหรือรับรองก่อนจากราชาธิปไตยด้วยจึงจะชอบธรรม

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้เขียนนี้ เห็นว่าผู้ถืออธิปไตยในสังคมไทยนั้นไม่ได้มีเพียงหนึ่งเดียว คือ มีแต่ประชาชน แต่มีรวมสามฝ่ายด้วยกัน หนึ่ง พระมหากษัตริย์ สอง ประชาชน สาม ผู้แทน ผู้นำจากการเลือกตั้ง หรือจากการยึดอำนาจได้สำเร็จ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้เขียนนี้ยังบอกดังกล่าวมาแล้วว่า ประเทศเราที่จริงนั้นใช้ประชาธิปไตยสลับกับเผด็จการทหารก็ได้ เรานั้นเหมือนกับมีระบอบการเมืองสองแบบสลับกันไปมา ระบอบใดจะคาดหวังว่าอำนาจและความชอบธรรมจะต้องเป็นของตนเท่านั้น ย่อมไม่ได้ ดังที่เรียกมาแล้วในเบื้องต้นว่าเราอยู่ในระบอบ "ทวิอำนาจ" เรามีราชาธิปไตยเคียงกับระบอบ "ทวิอำนาจ" แต่ไม่ช้าก็เร็วเราต้องทำให้ระบอบ "ทวิอำนาจ" นั้นหมดไปเหลือแต่ประชาธิปไตย เป็นระบอบที่ใคร ๆ รวมทั้งในต่างประเทศได้ยอมรับและเข้าใจง่ายขึ้นและลดความเสี่ยงอันเกิดจากการเข้ายึดอำนาจและความเสี่ยงอันเกิดจากการขับไล่ทหารออกจากการเมือง แต่ประชาธิปไตยนี้ไม่จำเป็นต้องเหมือนแบบ "ตะวันตก" เท่านั้น ควรคำนึงถึงลักษณะพิเศษของสังคมไทยด้วย

---

[388] เพิ่งอ้าง, หน้า 67

[389] เพิ่งอ้าง, หน้า 66

[390] เพิ่งอ้าง, หน้า 67

โดยเฉพาะสถาบันพระมหากษัตริย์รัชกาลที่ 9 ทรงพระราชทานไว้ให้นั้น และไม่ปล่อยให้พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในภาวะที่ “เสี่ยงภัย” ทางการเมืองโดยไม่จำเป็น

ปราโมทย์ นาครทรรพ เป็นนักวิชาการอิสระอีกท่านหนึ่งที่ได้อธิบายถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญว่ามาจาก 2 หลักการ คือ[391]

(1) มาจากระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ที่เอาแบบอย่างมาจากประเทศอังกฤษ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในลัทธิรัฐธรรมนูญหรือระบอบประชาธิปไตยมี 3 ประเภท คือ ก. พระราชอำนาจทั่วไป (Usual Powers) ได้แก่ อำนาจแนะนำ ตักเตือน และให้กำลังใจ (Advise, Warn, Encourage) ข. พระราชอำนาจพิเศษ (Royal Prerogatives) และ ค. พระราชอำนาจสงวนหรือสำรอง (Reserve Powers) คือ อำนาจที่ต้องลงพระปรมาภิไธย เช่น เรื่องแต่งตั้ง ปลด ยุบ หรือตั้งรัฐบาล ฯลฯ

(2) มาจากสถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยที่มีทศพิธราชธรรม นิติราชประเพณีอำนาจเช่นนี้เป็นวัฒนธรรมอำนาจของไทยที่มีมาแต่โบราณ ซึ่งยึดหลักการใช้อำนาจด้วยธรรมะ ความเมตตาและด้วยความสัมพันธ์ที่เอื้อเฟื้อเกื้อกูลกัน วัฒนธรรมอำนาจรูปแบบนี้สามารถเข้าใจร่วมกันได้จากนิติราชประเพณีที่แสดงความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์และคนไทย คือ[392]

ประการแรก สำนึกร่วมของคนไทยในเรื่องพระมหากษัตริย์เป็นประดุจบิดาที่คอยปกป้องคุ้มครองชีวิตของตนเอง

ประการที่สอง นิติราชประเพณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจอย่างจำกัดต่อคนไทยทั้งชาติ

ประการที่สาม นิติราชประเพณีที่ถือเอาธรรมะเป็นเครื่องมือในการปกครองราษฎร

ประการที่ห้า นิติราชประเพณีที่พระมหากษัตริย์ทรงทำนุบำรุงประเทศชาติและประชาชนยิ่งกว่าพระองค์เอง

---

[391] วิมลพรรณ ปีตธวัชชัย, เอกกษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ, เล่ม 3, โรงพิมพ์กรุงเทพ, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ 2555, หน้า 219

[392] เพิ่งอ้าง, หน้า 219

ประการที่หก นิติราชประเพณีที่พระมหากษัตริย์จะต้องเป็นกลางทางการเมือง ปลอดจากการเมือง ปราศจากฝักฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา

นิติราชประเพณีทั้งหกประการนี้ จะเห็นว่าไม่มีข้อใดขัดหรือแย้งกับแนวความคิดอุดมการณ์ในการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่กลับสนับสนุนวัฒนธรรมการปกครองแบบไทย ๆ

ท่านอดีตนายกรัฐมนตรี นายอานันท์ ปันยารชุน ได้แสดงความคิดเห็นว่า อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น เป็นอำนาจที่รัฐบาลเป็นผู้จัดสรรให้ อำนาจของกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญไทย อังกฤษ หรือสวีเดน กษัตริย์ไม่มีอำนาจทั้งนั้น แต่สำหรับพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวนั้น นายอานันท์ฯ เห็นว่า "ท่านไม่ได้เป็นพระมหากษัตริย์อย่างเดียว ... แต่ท่านเป็นศูนย์กลางของความถูกต้อง เพราะฉะนั้นในอีกบริบทหนึ่ง ... อันนี้ไม่ได้หมายถึงภายใต้รัฐธรรมนูญแต่เป็นส่วนพระองค์ด้วยความเคารพนับถือของคนไทยที่มีต่อท่านและพระบารมี พระบารมีก็ไม่ได้เกิดขึ้นมาอย่างไม่มีที่มาที่ไป แต่เกิดจากการที่ท่านสั่งสมคุณงามความดี เพราะฉะนั้นคนไทยก็มองท่านว่าทรงเป็น ...ภาษาอังกฤษเรียกว่า Moral Authority เป็นศูนย์กลางของความยุติธรรม ศีลธรรม ความดีงาม ... เป็นศูนย์กลางของการรวมพลังของประชาชนชาวไทย นี่เป็นอำนาจ ... แต่เป็นอำนาจที่คนถวายให้ด้วยความยินดี ซึ่งอันนี้ในลักษณะการปกครองแบบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญของอังกฤษ ของสวีเดน เขาไม่มี ฝรั่งไม่มีทางเข้าใจ"[393]

กล่าวโดยสรุป แนวคิดว่าด้วย "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" และ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" มีแนวความคิดอยู่ 2 ฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยในช่วงหลัง ตั้งแต่ พ.ศ. 2540 นั้นไม่สอดคล้องกับแนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะมีลักษณะ ก. การสร้างความหมาย "เหนือการเมือง" ในระบบรัฐสภา ข. การเพิ่มพื้นที่ของความเป็นอิสระโดยสัมพัทธ์จากระบบรัฐสภา และ

---

[393] เพิ่งอ้าง, หน้า 223

ค. การขยายตัวของความศักดิ์สิทธิ์ ในขณะที่ฝ่ายที่สอง เห็นว่า “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” นั้นมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของไทยที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะที่มาจากสถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยที่มีทศพิธราชธรรม นิติราชประเพณี อำนาจเช่นนี้เป็นวัฒนธรรมอำนาจของไทยที่มีมาแต่โบราณ ประการสุดท้าย คือ เป็น Moral Authority เป็นศูนย์กลางของความยุติธรรม ศีลธรรม ความดีงาม เป็นศูนย์กลางของการรวมพลังของประชาชนชาวไทย

4.3 การนำ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

4.3.1 การนำ “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

แนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้รับการบัญญัติขึ้นในระบบกฎหมายไทยเป็นทางการครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) โดยปรากฏอยู่ใน มาตรา 63[394] ซึ่งเป็นมาตรการและกลไกในการ “จำกัด” การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและมาตรา 65[395] ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนจากการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้วางกรอบในการแก้ไขเพิ่มเติม

---

[394] มาตรา 63 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้ ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

[395] มาตรา 65 บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

รัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 313 (1) วรรคสอง[396] ห้ามเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ

ในหัวข้อแรกนี้ผู้วิจัยจะแบ่งการนำเสนอแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 63 มาตรา 65 และมาตรา 313 (1) วรรคสองของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) (4.3.1.1) จากนั้นจะนำเสนอแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) (4.3.1.2) และหัวข้อสุดท้ายจะนำเสนอบทสังเคราะห์เชิงวิเคราะห์ถึงกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) (4.3.1.3)

4.3.1.1 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

ก่อนจะศึกษามาตรการ กลไกของแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ควรจะได้ศึกษาถึงความเป็นมาและเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 โดยขอแยกอธิบายเป็น 2 ส่วน ได้แก่ 1) ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 63 มาตรา 65 และมาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 และ 2) มาตรการ กลไกของแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540

จากการศึกษารายงานการประชุมซึ่งบันทึกเจตนารมณ์ขององค์กรผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 พอจะสรุปสาระสำคัญของความเป็นมาและเจตนารมณ์

---

[396] มาตรา 313 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ก็แต่โดยหลักเกณฑ์ และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอหรือร่วมเสนอญัตติดังกล่าวได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดมีมติให้เสนอได้

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้ ...

ของแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้และสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ปรากฏในมาตรา 63 มาตรา 65 และมาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้ดังนี้

1) มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

เมื่อค้นหาความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 63 ปรากฏถ้อยคำต้นร่างซึ่งคณะทำงานของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ และต่อมาที่ประชุมของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้เห็นชอบตามร่างดังกล่าวโดยไม่มีการแก้ไข[397] ดังนี้

"มาตรา 3/3/30 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญนี้มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้พบเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องต่ออัยการสูงสุดเพื่อให้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย"

โดยในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในฐานะเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ชี้แจงเกี่ยวกับมาตราดังกล่าวว่า กระบวนการดังที่บัญญัติไว้นี้มุ่งใช้กับ "เรื่องคอขาดบาดตายจริง ๆ" เท่านั้น กล่าวคือ ต้องมีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ อันมีลักษณะที่ "ร้ายแรง" และ "จำกัด" กว่ากรณีการใช้สิทธิเสรีภาพในลักษณะที่เป็นปรปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องพิจารณามาตรานี้ประกอบไปกับมาตรา 65 ด้วย[398]

อย่างไรก็ตาม ต่อมาในชั้นคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้เห็นชอบให้แก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

---

[397] มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542, หน้า 146.

[398] บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540 อ้างถึงใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, รายงานวิจัย "สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย : การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ, หน้า 7.

"มาตรา 63 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าว ย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้"

นอกจากนี้ ได้มีการอภิปรายในคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเด็น "ผู้รู้เห็น" ว่ามีความหมายถึงผู้รู้เหตุการณ์ ไม่ได้หมายถึงกรณีการ "รู้เห็นเป็นใจ" อันจะต้องเป็นผู้มีส่วนร่วมด้วย โดยผู้รู้เห็นมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและใช้ "ดุลพินิจ" วินิจฉัยสั่งการที่จะฟ้องหรือไม่ฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ได้มีการตั้งข้อสังเกตในที่ประชุมว่าอาจจำเป็นต้องมีการกำกับการใช้ดุลพินิจของอัยการสูงสุดเอาไว้ในระดับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญต่อไป เช่น การกำหนดระยะเวลาในการมีคำวินิจฉัยของอัยการสูงสุด และการบังคับให้อัยการสูงสุดแสดงเหตุผลของคำวินิจฉัย เป็นต้น[399]

แม้ในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญ จะไม่ได้มีการอภิปรายในประเด็นกรณีการเสนอเรื่องของประชาชนโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 63 นี้ว่าอาจเป็นไปได้หรือไม่ แต่จากการศึกษาบันทึกรายงานการประชุมโดยละเอียดแล้ว อาจสรุปได้ว่า ที่ประชุมมีแนวโน้มที่จะสงวนอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามกระบวนการนี้ไว้แก่อัยการสูงสุดเท่านั้น โดยมีเหตุผลสนับสนุนจากคำอธิบายของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้อธิบายว่า ตามรัฐธรรมนูญนี้ไม่มีกรณีใดเลยที่บุคคลจะสามารถเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง มีแต่จะต้องเสนอผ่านทางองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น สำหรับกรณีที่มีการละเมิดรัฐธรรมนูญตาม

---

[399] บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540 อ้างถึงใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, เพิ่งอ้าง, หน้า 7.

มาตรา 63 ก็ต้องให้อัยการสูงสุดเป็น “คนกรองเรื่อง” เสียก่อน[400]

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองนั้น แม้เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญจะเสนอว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีการวินิจฉัยว่าพรรคการเมืองใดได้ดำเนินการอันเป็นการล้มล้างการปกครองแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วยต่อไปเสมอ โดยเห็นว่าผลทางกฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เป็นหน้าที่เบื้องต้นของพรรคการเมืองที่จะต้องดำเนินกิจการให้เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อย่างไรก็ตาม ที่ประชุมได้มีการอภิปรายและเห็นชอบให้แก้ไขเป็นว่า การยุบพรรคการเมืองกรณีนี้เป็นดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญที่ “อาจ” สั่งยุบพรรคการเมืองหรือไม่ก็ได้ แม้จะได้มีคำวินิจฉัยให้มีการยุติการกระทำอันเข้าหลักเกณฑ์องค์ประกอบดังที่กำหนดเอาไว้ตามวรรคหนึ่งและสองแล้วก็ตาม[401]

ต่อมา ที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญได้พิจารณาและให้ความเห็นชอบตามร่างที่คณะกรรมาธิการเสนอ โดยไม่มีการอภิปรายอีกแต่อย่างใด[402]

2) มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

เมื่อค้นหาความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 65 ปรากฏถ้อยคำต้นร่างของคณะทำงานของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอต่อคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาที่ประชุมของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้เห็นชอบตามร่างดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 3/3/32 บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้กำลังทำรัฐประหารล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ เมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว”

โดยคณะทำงานของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้แถลงเพิ่มเติมว่า “มาตรานี้เป็นการนำหลักเรื่องสิทธิการต่อต้านการใช้กำลังทำรัฐประหารล้มล้าง

---

[400] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “คำบรรยาย เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2542) หน้า 41.

[401] บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540 อ้างถึงใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, เพิ่งอ้าง, หน้า 7.

[402] รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 (เป็นกรณีพิเศษ) วันเสาร์ที่ 12 กรกฎาคม 2540 อ้างถึงใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, เพิ่งอ้าง, หน้า 7.

การปกครองระบอบประชาธิปไตย ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 20 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส มาตรา 21 และรัฐธรรมนูญเกาหลีมาประกอบการยกร่าง”[403]

ต่อมา ในร่างที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ได้มีการเพิ่มเติมเนื้อหาของบทบัญญัติบางประเด็น[404] โดยบัญญัติว่า

“มาตรา 65 บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้กำลังทำรัฐประหารล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือการใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ โดยสันติวิธี และเมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว”

ในชั้นของการประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการอภิปรายเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “ต่อต้าน” ว่าหมายความเพียงใด ซึ่งได้มีผู้ตั้งประเด็นว่าการต่อต้านนี้จะแตกต่างไปอย่างไรกับการกล่าวอ้างเสรีภาพต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการชุมนุม และได้มีผู้ตั้งข้อสังเกตจากการอ้างอิงคำว่า “ต่อต้าน” เข้ากับคำว่า “Resist” ในภาษาอังกฤษ อันเป็นการแปลจากตัวบทกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาอีกต่อหนึ่งว่ามุ่งต้องการหมายความในเชิงของการ “ขัดขวางไม่ยอมทำ” หรือไม่ ในประเด็นนี้เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญได้อธิบายว่า สิทธิในการต่อต้านโดยสันติวิธีไม่ใช่การใช้เสรีภาพตามปกติ แต่เป็นการให้สิทธิโดยเฉพาะในการดำเนินการอันเป็นการ “ไม่ยอมรับอำนาจ ทั้ง ๆ ที่อำนาจนั้นอาจจะได้มาแล้ว”[405]

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติเรื่อง “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” จะพบว่ามีขึ้นเพื่อ “ต่อต้านการยึดอำนาจ” ทั้งนี้ ได้มีการแสดงความคิดเห็นโดยกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญหลายท่าน เห็นว่าควรกำหนดกรอบของสิทธินี้ไว้เฉพาะกรณีการต่อต้านการปฏิวัติรัฐประหารเท่านั้น โดยไม่ปรากฏเจตนารมณ์ของผู้ร่างให้มีความหมายเกินไปจากนี้ แม้ว่าจะมีความพยายามในการบัญญัติถ้อยคำไว้แตกต่างกัน

---

[403] มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ, หน้า 146.

[404] เรื่องเดียวกัน, หน้า 147.

[405] บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540 อ้างถึงใน ปูนเทพ ศิรินุพงศ์, เพิ่งอ้าง, หน้า 8.

ก็ตาม แต่โดยสาระสำคัญแล้ว ผู้ร่างมีเจตนารมณ์ในจุดร่วมเดียวกัน คือ เพื่อการต่อต้านการปฏิวัติรัฐประหารและการก่อกบฏเท่านั้น ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำที่เห็นแตกต่างกันในกรรมาธิการฯ เช่น

- กรรมาธิการท่านหนึ่งเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติ ดังนี้ "บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้กำลังทำรัฐประหาร ล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือการใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ โดยสันติวิธีและเมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว"[406]

- กรรมาธิการอีกท่านหนึ่งเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติ ดังนี้ "ชาวไทยย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้กำลังทำการยึดอำนาจเพื่อล้มล้างรัฐบาล รัฐธรรมนูญ หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตย"[407]

- ศาสตราจารย์อมร รักษาสัตย์ นายเปลี่ยน เกตุทอง นายโกศล ศรีสังข์ และนายประวิทย์ ทองศรีนุ่น แสดงความคิดเห็นว่า ควรบัญญัติถ้อยคำของตัวบทในเรื่องสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้ว่า "ชาวไทยย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้กำลังทำการยึดอำนาจเพื่อล้มล้างรัฐบาล รัฐธรรมนูญ หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ เมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว"[408]

- นายเสรี สุวรรณภานนท์ แสดงความเห็นว่าควรใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติไว้ดังนี้ "บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านการใช้การใช้กำลังทำรัฐประหารยึดอำนาจรัฐหรือล้มล้างระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญนี้ เมื่อไม่สามารถใช้วิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว"[409]

---

[406] คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, รายงานชวเลข คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฯ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันที่ 11 มิถุนายน 2540 อ้างถึงใน เกรียงไกร รอบรู้, ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553, หน้า 64.

[407] เพิ่งอ้าง

[408] นันทวัฒน์ บรมานันท์, ถกรัฐธรรมนูญ 2540, กรุงเทพฯ: สุขุมและบุตร, 2540, หน้า 90.

[409] เพิ่งอ้าง

3) มาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

เมื่อค้นหาความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 313 (1) วรรคสองซึ่งเป็นกรอบเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ปรากฏถ้อยคำต้นร่างของคณะทำงานของคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญที่เสนอต่อคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า

"มาตรา 12/1 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ก็แต่โดยหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาหรือจากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองจะเสนอหรือร่วมเสนอญัตติดังกล่าวได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดมีมติให้เสนอได้

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้ ..."

คณะกรรมการพิจารณามีมติให้กำหนดเป็นหลักการ ดังนี้

(1) ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้เสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

(2) กำหนดเป็นเงื่อนไขให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองจะเสนอญัตติดังกล่าวได้ต่อเมื่อพรรคการเมืองที่ตนสังกัดมีมติให้เสนอได้[410]

ต่อมาทั้งการพิจารณาของคณะกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญและสภาร่างรัฐธรรมนูญก็มิได้มีการอภิปรายและแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา 117 (1) วรรคสอง คือ ในส่วนซึ่งเป็น "กรอบเชิงเนื้อหา" ที่ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จึงถือได้ว่าทั้งระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและรูปของรัฐต่างก็เป็นหลักการ

---

[410] มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เพิ่งอ้าง, หน้า 500.

พื้นฐานสำคัญที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและปกป้องมิให้การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากระทบหลักการดังกล่าวได้

กล่าวโดยสรุป ทั้งมาตรา 63 และมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยมาตรา 63 มีเจตนารมณ์ให้ความคุ้มครองการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ โดยกำหนด "กรอบ" หรือ "ขอบเขต" การใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่รวมกลุ่มกันเป็นพรรคการเมืองมิให้ใช้สิทธิเสรีภาพนั้นเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยไม่เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หากมีการฝ่าฝืนผู้ที่รู้เห็นการกระทำมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว จนกระทั่งถึงอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้ ส่วนมาตรา 65 เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิของประชาชนให้สามารถต่อต้านการปฏิวัติ รัฐประหารและการก่อกบฏเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ ส่วนมาตรา 313 (1) วรรคสองก็เป็นกรอบหรือขอบเขตของการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา กล่าวคือ ไม่สามารถเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ

4.3.1.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

ตลอดระยะเวลาการบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 เคยปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นกรณีการดำเนินการโดยยกมาตรา 63 ขึ้นมาปรับใช้อย่างน้อย 2 กรณี ได้แก่

กรณีแรก เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2549 ภายหลังการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 เป็นกรณีที่สมาชิกวุฒิสภา 9 คน ยื่นหนังสือถึงอัยการสูงสุดผ่านรองอัยการสูงสุดให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยกล่าวหาว่าพรรคไทยรักไทยได้ว่าจ้างพรรคการเมืองขนาดเล็กให้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยยุบพรรคไทยรักไทยตามมาตรา 63 วรรคสาม อย่างไรก็ตาม อัยการสูงสุดได้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

โดยมิได้อาศัยฐานของรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 แต่อย่างใด แต่เป็นกลไกเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง[411] ซึ่งต่อมาได้เกิดการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ประกาศให้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 สิ้นสุดลง และภายหลังมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549 โดยมาตรา 35 บัญญัติให้บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และให้บรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 โอนมาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงนำมาสู่คำสั่งยุบพรรคไทยรักไทยโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550

ในคำวินิจฉัยนี้ได้ปรากฏแนวการตีความถ้อยคำและกลไกตามมาตรา 63 ที่สมควรยกมากล่าวถึง ดังนี้

"(...) ประเด็นต้องวินิจฉัยข้อ 6 มีว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 หรือไม่ ในข้อนี้ผู้ถูกร้องที่ 1 (พรรคไทยรักไทย) กล่าวอ้างว่า ในกรณีที่พรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 วรรคหนึ่ง ผู้ร้อง

---

[411] มาตรา 67 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียน หรือเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งจากคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองว่าพรรคการเมืองใดกระทำการตามมาตรา 66 ให้นายทะเบียนแจ้งต่ออัยการสูงสุดพร้อมด้วยหลักฐาน ถ้าอัยการสูงสุดเห็นสมควรก็ให้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ถ้าอัยการสูงสุดไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้นายทะเบียนตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่งโดยมีผู้แทนจากนายทะเบียน และผู้แทนจากอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานแล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไป ในกรณีที่คณะทำงานดังกล่าวไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการยื่นคำร้องได้ ให้นายทะเบียนมีอำนาจยื่นคำร้องเอง"

(มีอำนาจเพียงยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ “ให้เลิกการกระทำดังกล่าว” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 วรรคสอง ต่อเมื่อศาลรัฐธรรมนูญสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสองแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงอาจสั่งยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 วรรคสาม แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 กลับให้ผู้ร้องมีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองได้ทันทีซึ่งไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 วรรคสอง หลักเกณฑ์การดำเนินการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63

จะเห็นได้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 วรรคสองและวรรคสาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองเลิกกระทำการตามวรรคสอง กล่าวคือ การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 63 วรรคสาม ได้ทันที มิใช่ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำสั่งให้พรรคการเมืองเลิกกระทำการตามวรรคสองก่อน ต่อเมื่อพรรคการเมืองไม่เลิกกระทำการศาลรัฐธรรมนูญจึงจะสั่งให้ยุบพรรคการเมืองได้ตามที่ผู้ถูกร้องที่ 1 กล่าวอ้างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 วรรคหนึ่ง จึงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 63 ข้อกล่าวอ้างของผู้ถูกร้องที่ 1 ข้อนี้ฟังไม่ขึ้น ...”

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล ได้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยตามมาตรา 63 วรรคสามให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ เนื่องจากเห็นว่า การที่นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ ได้ปราศรัยหาเสียงและออกแถลงการณ์ของพรรคประชาธิปัตย์เสนอให้มีการขอนายกรัฐมนตรีพระราชทานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 7 ไม่เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยอันถือได้ว่าเป็นการกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่

บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าว โดยเห็นว่า "รัฐธรรมนูญ มาตรา 63 มิได้บัญญัติให้ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ยุบพรรคการเมืองได้โดยตรง แต่จะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 วรรคสอง โดยเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ"[412]

จากกรณีที่มีการนำคดีเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 กรณีนั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยลงไปในความหมายเนื้อหาหรือขอบเขตของการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแต่อย่างใด หากเป็นเพียงการวินิจฉัยในเชิง "กระบวนการ" ของการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญและที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการสั่งยุบพรรคการเมืองที่มีการกระทำดังกล่าวเท่านั้น

จากการศึกษาค้นคว้าเจตนารมณ์ขององค์การยกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ตลอดจนแนวทางการตีความของศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่พบที่มานิยามความหมายตลอดจนขอบเขตของกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 63 และมาตรา 65 อย่างชัดเจนเท่าใดนัก จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์กลไกดังกล่าวโดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตลอดจนโครงสร้างของรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ และเมื่อสำรวจโครงสร้างของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) พบว่ารัฐธรรมนูญได้วางกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไว้อย่างน้อยที่สุด 3 มาตรา ได้แก่ มาตรา 63 มาตรา 65 และมาตรา 313

มาตรา 63 เป็นการวางกรอบหรือขอบเขตในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองที่จะไม่สามารถใช้เสรีภาพเพื่อไปล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หากบุคคลใดฝ่าฝืนผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบขอเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ

---

[412] คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549.

วินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว และยังถูกดำเนินคดีอาญาในฐานความผิดเป็นกบฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313 ได้อีก นอกจากนี้ หากเป็นกรณีของพรรคการเมืองยังอาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคได้อีก ซึ่งเหตุแห่งการยุบพรรคนี้ได้มีการบัญญัติรายละเอียดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 66[413] โดยมีการบัญญัติกระบวนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองไว้ในมาตรา 67[414] ซึ่งในกระบวนการยุบพรรคการเมืองนี้มีองค์กรที่เกี่ยวข้อง 3 องค์กรด้วยกัน ได้แก่ ผู้ที่ริเริ่มเสนอเรื่อง ได้แก่ นายทะเบียนพรรคการเมืองซึ่งหมายถึงประธานคณะกรรมการการเลือกตั้ง อัยการสูงสุดในฐานะผู้กลั่นกรองและผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจในการสั่งยุบพรรคการเมืองที่ปรากฏการกระทำตามมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 เลือกใช้มาตรการขั้นรุนแรงสูงสุดสำหรับการยับยั้งการกระทำของพรรคการเมืองที่ใช้

---

[413] มาตรา 66 เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(3) กระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ

(4) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 23 วรรคหนึ่ง มาตรา 52 หรือมาตรา 53

[414] มาตรา 67 เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียน หรือเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งจากคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองว่า พรรคการเมืองใดกระทำการตามมาตรา 66 ให้นายทะเบียนแจ้งต่ออัยการสูงสุดพร้อมด้วยหลักฐาน ถ้าอัยการสูงสุดเห็นสมควรก็ให้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ถ้าอัยการสูงสุดไม่ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ให้นายทะเบียนตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่งโดยมีผู้แทนจากนายทะเบียนและผู้แทนจากอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานแล้วส่งให้อัยการสูงสุด เพื่อยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

ในกรณีที่คณะทำงานดังกล่าวไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการยื่นคำร้องได้ให้นายทะเบียนมีอำนาจยื่นคำร้องเอง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใดแล้ว ให้นายทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา หากนายทะเบียนเห็นสมควรจะให้ระงับการดำเนินการของพรรคการเมืองซึ่งกระทำการตามมาตรา 66 ให้นายทะเบียนแจ้งต่ออัยการสูงสุดขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งระงับการกระทำดังกล่าวของพรรคการเมืองไว้เป็นการชั่วคราว

เสรีภาพไปในทางที่จะเป็นการล้มล้างหรืออาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตลอดจนที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับการป้องกันตัวเองเป็นอย่างมาก

ในขณะที่มาตรา 65 เป็นการรับรองสิทธิในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญและคุณค่าของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิให้ผู้ใดกระทำใด ๆ ที่เป็นไป เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติมาตรานี้ก็เป็นการเน้นย้ำถึงความสำคัญของการธำรงรักษาไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ส่วนมาตรา 313 (1) วรรคสอง เป็นกรอบหรือขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ โดยหลักรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ โดยดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการในมาตรา 313 ของรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญมาตรา 313 ก็กำหนดไว้ใน (1) วรรคสองว่ามีบทบัญญัติบางเรื่องที่รัฐธรรมนูญจำเป็นต้องสงวนไว้มิให้แก้ไขเพิ่มเติมกล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จึงเป็นการแสดงถึงการสร้างกลไกในการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทย เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป ไม่ว่าจะเป็นเรื่องรูปแบบของรัฐซึ่งต้องเป็นรัฐเดี่ยว หรือเรื่องระบอบการปกครองที่ต้องเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเท่านั้น ซึ่งมีองค์ประกอบ 2 ส่วนคือมีการกำหนดทั้งระบอบการปกครองที่ต้องเป็นระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น จะเป็นระบอบเผด็จการ หรือสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ หรือระบอบอื่นใดมิได้ รวมทั้งรูปแบบประมุขของรัฐที่ต้องเป็นพระมหากษัตริย์เท่านั้น จะแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้มีประมุขของรัฐในรูปแบบอื่นมิได้

4.3.2 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องได้บรรจุหลักการสำคัญบางประการในการพิทักษ์คุณค่า

ตามรัฐธรรมนูญที่อาจเทียบเคียงกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) ซึ่งหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องนี้เองที่จะเป็นวัตถุแห่งการศึกษาเปรียบเทียบที่มีความสำคัญส่วนหนึ่งกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามระบบกฎหมายต่างประเทศ ว่ามีที่มา สาระสำคัญ รวมถึงกลไกที่เป็นรายละเอียดเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ท้ายที่สุด ผู้ศึกษาจะได้ยกแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยตัดสินในเรื่องดังกล่าวในระหว่างที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ยังมีผลใช้บังคับด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบเรื่องบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยด้วย

4.3.2.1 “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ในฐานะคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ

สังคมไทยเป็นอีกสังคมหนึ่งที่ประชาชนทั้งหลายอันเป็นองค์ประกอบนั้นมีความแตกต่างหลากหลาย ทั้งในทางเชื้อชาติ ศาสนา รวมถึงทัศนคติทางการเมือง และความแตกต่างหลากหลายของประชาชนอันเป็นองค์ประกอบของสังคมนั้นอาจนำไปสู่ “การปะทะกันแห่งคุณค่า” ที่บุคคลหรือภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมให้ความยึดถือ ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่า “คุณค่า” (Values) ที่คนส่วนใหญ่ในสังคมไทยถูกพร่ำสอนมาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน และใช้เป็นสิ่งที่กำหนดแนวทางในการดำเนินชีวิตของตน ได้แก่ การยึดมั่นในความสามัคคี ความภาคภูมิใจในบรรพบุรุษ การนับถือในพระพุทธศาสนา รวมถึงการสำนึกในบุญคุณของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น[415] คุณค่าทั้งหลายเหล่านี้แม้ดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจ รวมถึงเป็นทัศนคติพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่อาจมีความแตกต่างกันได้ แต่คุณค่าพื้นฐานเหล่านี้ในหลายกรณีก็ได้ถูกนำไปบัญญัติให้เป็น “คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ” ด้วย ดังนั้นคุณค่าพื้นฐานในทางสังคมที่ถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะที่กลายมาเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น การรับรอง “หลักการพื้นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ย่อมเป็นการสะท้อนทัศนคติในเชิงคุณค่าของประชาชนภายในรัฐและของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการยกให้คุณค่าดังกล่าวเป็นคุณค่า

---

[415] ธงชัย วินิจจะกุล, โฉมหน้าราชาชาตินิยม : ว่าด้วยประวัติศาสตร์ไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, พ.ศ. 2559, หน้า 19.

สูงสุดและผูกพันการใช้อำนาจรัฐทั้งหลายด้วย ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า คุณค่าหรือทัศนคติพื้นฐานในสังคมการเมืองนี้เองที่เป็นเงื่อนไขสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะหากคุณค่าที่คนส่วนใหญ่รวมถึงผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายยึดถือเป็นคุณค่าที่สวนทางกับระบอบประชาธิปไตย ผู้คนส่วนใหญ่ในสังคมย่อมไม่มีความยินดียินร้าย และไม่เห็นความสำคัญของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย ดังนั้นการพิจารณาว่าอะไรคือคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุด[416] เพราะเป็นสิ่งที่กำหนดเป้าหมายของรัฐ เป้าหมายในการมีรัฐธรรมนูญ รวมถึงเป็นสิ่งที่คอยกำกับการใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นเป็นตัวอย่างอันดีของกรณีที่เรียกว่า "การปะทะกันแห่งคุณค่า" (Collision of values) เพราะเป็นรัฐธรรมนูญในสังคมการเมืองที่มีการปะทะกันระหว่างฐานคติที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ ความพยายามในการนำสังคมก้าวไปข้างหน้าตามแนวทางของประเทศตะวันตกที่มีความคิดพื้นฐานในเรื่องความมีเหตุมีผลของมนุษย์ รวมถึงความเชื่อในความสามารถ เสรีภาพ และความยุติธรรมกับความพยายามในการรักษาไว้ซึ่งจารีตประเพณีในสังคม วัฒนธรรม และความเป็นไทย[417] ในปัญหาดังกล่าว หากจะกล่าวให้แคบเข้า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ "การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" เป็นคุณค่าสูงสุดหรือหลักการที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเท่ากับเป็นการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีคุณค่าสองประการที่อยู่ในระดับที่เสมอกันได้แก่ "ระบอบประชาธิปไตย" และ "สถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐ" ซึ่งย่อมทำให้เกิดปัญหาพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญขึ้นทันทีว่า ในกรณีที่ต้องมีการชี้ขาดว่ามีการกระทำใดที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐนั้น จะหมายถึงการกระทำที่เป็นการทำลายระบอบประชาธิปไตย หรือเป็นการกระทำที่กระทบสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งคำถามดังกล่าวนั้น เป็นการตั้งคำถามถึงคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญนั่นเอง ทั้งนี้ ศาลและองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายนั้นจะต้องทำการชี้ขาดคุณค่า (Werturteil) ในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวเสียก่อนว่า การใช้และการตีความกฎหมายของตนนั้น เป็นไปเพื่อ

---

[416] นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475, พิมพ์ครั้งที่ 3, นนทบุรี, ฟ้าเดียวกัน 2560, หน้า 24.

[417] นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475, หน้า 81.

พิทักษ์คุณค่าใดว่าเป็นคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวนั้นยังคงเป็นปัญหาที่ยังไม่สามารถหาคำตอบที่ชัดเจนได้ในสังคมการเมืองไทย

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะจากรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จะพบได้อย่างชัดแจ้งว่า สิ่งที่ถูกถือว่าเป็นคุณพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญย่อมได้แก่ "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติหลายมาตราของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว[418] อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตเป็นประการเบื้องต้นว่า ในขณะที่ในบางประเทศอย่างเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน เมื่อเรากล่าวถึงหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย" ศาลรัฐธรรมนูญและบรรดาผู้ใช้และตีความกฎหมายทั้งหลายย่อมมีความเข้าใจตรงกันว่าหมายถึง "หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารงานโดยรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรค หลักความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง และหลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย เป็นต้น[419] แต่ในระบบกฎหมายไทยนั้น เมื่อเรากล่าวถึง "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข" นั้นจะพบว่า ถ้อยคำเช่นว่านั้นยังมีความหมายไม่ชัดเจนแน่นอนว่ามีลักษณะสำคัญและองค์ประกอบที่สำคัญอย่างไรบ้าง ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนเช่นว่านี้เองที่จะส่งผลกระทบต่อแนวทางการใช้การตีความกฎหมายของศาลในเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยด้วย ส่วนปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ ปัญหาการปะทะกันเองระหว่างคุณค่าสองประการที่เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และหลักการคุ้มครองสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ในฐานะคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมส่งผลต่อการใช้การตีความกฎหมายของศาลเช่นเดียวกัน และในทางปฏิบัติย่อมส่งผลโดยตรงต่อขอบเขตของศาลในการชี้ขาดว่าการกระทำของบุคคลใดหรือพรรคการเมืองใดเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย

---

[418] ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 291 (1), มาตรา 68, มาตรา 65, มาตรา 69, มาตรา 70 และ มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

[419] ดู Michaelis, Lars Oliver, KritV 85, No. 2 (2002), 188, 194.

4.3.2.2 กลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติรับรองหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญและกลไกในการพิทักษ์หลักการพื้นฐานดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายมาตราด้วยกัน ซึ่งผู้เขียนจะแยกอธิบายไปตามเรื่องและความสำคัญของกลไกดังกล่าวนั้น ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

หลักการพิทักษ์หลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญประการแรกนั้นได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 291 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ความว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะเสนอไม่ได้” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยย่อมได้แก่ การเป็นประชาธิปไตย การเป็นราชอาณาจักร และการเป็นรัฐเดี่ยว ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวไม่ได้ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตสำคัญว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดแต่เพียงว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทบต่อหลักการเป็นประชาธิปไตย การเป็นราชอาณาจักร และการเป็นรัฐเดี่ยวไม่ได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงไม่ได้ให้ภาพที่ชัดเจนเกี่ยวกับ “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ว่ามีความหมายว่าอย่างไร หรือมีองค์ประกอบอันเป็นหลักการย่อย ๆ อย่างไรบ้าง ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่จะต้องให้ความหมายและองค์ประกอบที่มีความชัดเจนของหลักการดังกล่าวต่อไป

2) มาตรการยุบพรรคการเมืองอันเป็นผลมาจากการใช้สิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้กำหนดให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้ และโดยผลของการใช้สิทธิดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาให้มีการยุบพรรคการเมืองที่ถูกร้องได้ ซึ่งเนื้อหาของสิทธิดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 68 และมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้

มาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) บัญญัติว่า *"บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้*

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว"

มาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) บัญญัติว่า *"บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้*

การจัดองค์กรภายใน การดำเนินกิจการ และข้อบังคับของพรรคการเมืองต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองตามจำนวนที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งเห็นว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครอง

ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามติหรือข้อบังคับดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ให้มติหรือข้อบังคับนั้นเป็นอันยกเลิกไป”

3) สิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้บัญญัติเรื่องสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญเอาไว้ในบทบัญญัติมาตรา 69 ซึ่งมีเนื้อหาว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้”

4) การกำหนดหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในทำนองเดียวกับกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ได้กำหนดหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานไว้นั้น[420] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ก็ได้บัญญัติหน้าที่ในประการดังกล่าวไว้เป็นการชัดแจ้งด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งหากจะกล่าวให้ชัดเจนที่สุด ย่อมสามารถสรุปได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยย่อมถูกใช้เป็นกลไกหนึ่งในการพิทักษ์คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือเป็นกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั่นเอง ทั้งนี้ มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) อย่างน้อย 2 มาตราที่กำหนดเนื้อหาดังกล่าว ได้แก่

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”

---

[420] ดูมาตรา 5 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติว่า “ศิลปะและวิชาการ การวิจัยและการสอนย่อมเป็นอิสระ เสรีภาพในการสอนย่อมไม่หลุดพ้นต่อหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ

มาตรา 70 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้”

5) สิทธิในการป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับรัฐ

กลไกในการพิทักษ์รัฐและรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้แก่ การกำหนดหน้าที่ให้แก่ “รัฐ” ในการพิทักษ์และคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานหลายประการของรัฐและรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวถูกกำหนดเอาไว้ในบทบัญญัติมาตรา 77 ความว่า “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย และบูรณภาพแห่งเขตอำนาจรัฐ และต้องจัดให้มีกำลังทหาร อาวุธยุทโธปกรณ์ และเทคโนโลยีที่ทันสมัย จำเป็นและเพียงพอเพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช อธิปไตย ความมั่นคงของรัฐ สถาบันพระมหากษัตริย์ ผลประโยชน์ของชาติ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเพื่อการพัฒนาประเทศ”

อนึ่ง ผู้วิจัยมีข้อสังเกตบางประการต่อกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ดังนี้

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) จะได้รับรองกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคุณค่าพื้นฐานของรัฐเอาไว้หลายประการด้วยกันก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบรัฐธรรมนูญของบางประเทศ โดยเฉพาะกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีแล้วจะพบว่า ยังมีกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยหลายประการที่ไม่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้แก่ กลไกเรื่องการยึดหรือการทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechtsverwirkung)[421] ซึ่งถือเป็นกลไกที่เป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญเยอรมัน[422] นอกจากนี้ข้อแตกต่างในประการสำคัญของรัฐธรรมนูญในทั้งสองประเทศ ได้แก่ บทบัญญัติเรื่องการยุบพรรคการเมือง (Parteienverbot) ทั้งนี้ มาตรา 21 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นมาตราหลักในเรื่องอำนาจในการยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญนั้น

---

[421] ดูมาตรา 18 ของกฎหมายพื้นฐาน

[422] Sodan, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´scher Kompack-Kommentar, Art. 18 Rn. 1; BVerfGE 25, 44, 60; Isensee, Josef, FG Karin Graßhof (1998), 289, 289.

ได้กำหนดเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองเอาไว้ว่าจะต้องเป็นกรณีที่ "พรรคการเมืองนั้น ๆ เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นอำนาจในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ" ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่า "เหตุหรือเงื่อนไข" ในการออกคำสั่งยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันทั้งหมดนั้นได้ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานมาตรา 21 วรรคสองโดยตรง ในขณะที่เหตุหรือเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองตามระบบกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่นั้นจะถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ[423] ซึ่งเหตุในการยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 68 นั้น เป็นแต่เพียงเหตุหรือเงื่อนไขหนึ่งในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะออกคำสั่งยุบพรรคการเมืองเท่านั้น ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า ผู้ที่ใช้อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองนั้นกลับกลายเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ แทนที่จะเป็นอำนาจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวท้ายที่สุดแล้วย่อมก่อให้เกิดคำถามสำคัญที่ว่า เงื่อนไขเรื่องการยุบพรรคการเมืองที่ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ถูกกำหนดไว้เกินกว่าหลักการหรือเป้าหมายที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวยังไม่มีผู้หยิบยกขึ้นมาอภิปรายให้เกิดความชัดเจน อย่างไรก็ตามเราอาจตั้งข้อสังเกตในเชิงทฤษฎีเอาไว้เป็นประการเบื้องต้นได้ว่า "หากฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเหตุหรือเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองเอาไว้กว้างเกินไป โดยที่ไม่ได้พิจารณาให้ละเอียดว่าการกระทำผิดของพรรคการเมืองนั้นมีลักษณะหรือเป้าหมายในการล้มล้างการปกครอง หรือทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอย่างแท้จริงหรือไม่ ย่อมเป็นการทำลายเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองลงอย่างง่ายดาย และท้ายที่สุดกลไกดังกล่าวอาจเป็นการทำลายระบอบประชาธิปไตยลงเองก็เป็นได้"

---

[423] ซึ่งในที่นี้ได้แก่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ในมาตรา 93 และมาตรา 94.

4.3.2.3 กลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

นอกเหนือจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้ว กลไกในทำนองดังกล่าวนั้นยังได้รับการบัญญัติและกำหนดรายละเอียดเอาไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

1) การกำหนดหน้าที่ให้แก่พรรคการเมือง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่พรรคการเมืองหลายประการในการที่จะต้องพิทักษ์คุณค่าพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยหน้าที่เช่นว่านั้นปรากฏขึ้นอย่างน้อยที่สุดในบทบัญญัติ 4 มาตรา ได้แก่ มาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 13 และมาตรา 33 ซึ่งมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

ก. หน้าที่ในการใช้ชื่อพรรค หรือเครื่องหมายของพรรคและหน้าที่ในการกำหนดข้อบังคับพรรคที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้มาตรา 9 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า *“พรรคการเมืองต้องมีชื่อ ชื่อย่อ ภาพเครื่องหมาย นโยบาย และข้อบังคับพรรคการเมือง ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความแตกแยกในเรื่องเชื้อชาติหรือศาสนาระหว่างชนในชาติ ไม่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ ทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร และไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข*

ชื่อ ชื่อย่อ หรือภาพเครื่องหมายพรรคการเมืองตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่ซ้ำหรือพ้อง หรือมีลักษณะคล้ายคลึงกับ ชื่อย่อ หรือภาพเครื่องหมายของผู้จดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองอื่น หรือของพรรคการเมืองที่ได้จดแจ้งไว้ก่อนตามมาตรา 12 หรือของพรรคการเมืองที่ถูกยุบตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้”

ข. หน้าที่ในกำหนดข้อบังคับหรือการมีมติของพรรคการเมืองให้สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มาตรา 10 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า *"ข้อบังคับพรรคการเมืองต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้*

(1) ชื่อและชื่อย่อของพรรคการเมือง

(2) ภาพเครื่องหมายพรรคการเมือง

(3) ที่ตั้งสำนักงานใหญ่พรรคการเมืองซึ่งต้องตั้งอยู่ในราชอาณาจักร

(4) การเลือกตั้ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง

(5) แผนและกำหนดเวลาในการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง อำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมือง การเลือกตั้ง การดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการสาขาพรรคการเมือง และอำนาจหน้าที่ของกรรมการสาขาพรรคการเมือง

(6) การประชุมใหญ่ของพรรคการเมืองและการประชุมใหญ่ของสาขาพรรคการเมือง

(7) การรับเข้าเป็นสมาชิกและการให้ออกจากการเป็นสมาชิก

(8) สิทธิและหน้าที่ของสมาชิก

(9) ความรับผิดชอบของพรรคการเมืองต่อสมาชิก

(10) วินัยและจรรยาบรรณของสมาชิก กรรมการบริหารพรรคการเมือง และกรรมการสาขาพรรคการเมือง

(11) หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกสมาชิกเพื่อส่งเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบสัดส่วน

(12) การบริหารการเงิน ทรัพย์สิน และการจัดทำบัญชีของพรรคการเมืองและสาขาพรรคการเมือง

(13) รายได้ของพรรคการเมือง การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและค่าบำรุงพรรคการเมือง และการบริจาคแก่พรรคการเมือง

(14) การให้ความรู้ทางการเมืองแก่สมาชิกและประชาชนทั่วไป

(15) การเลิกพรรคการเมืองและสาขาพรรคการเมือง

ข้อบังคับพรรคการเมืองต้องไม่มีลักษณะหรือความมุ่งหมายดังต่อไปนี้

(1) ขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(2) ขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ

(3) มีข้อกำหนดให้ดำเนินการทางวินัยหรือจรรยาบรรณ โดยมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ถูกดำเนินการทางวินัยหรือจรรยาบรรณ มีโอกาสรู้ข้อกล่าวหาและแก้ข้อกล่าวหาได้ตามสมควร

(4) มีข้อกำหนดให้มีการดำเนินการเพื่อให้สมาชิกที่ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพ้นจากสมาชิกภาพของพรรคการเมือง เพราะเหตุที่สมาชิกนั้นลงมติหรือไม่ลงมติในสภาผู้แทนราษฎรหรือในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา

(5) การอื่นตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

การจัดให้มีการประชุมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองนั้นเพื่อพิจารณาให้ข้อเสนอแนะในการดำเนินการทางการเมือง หรือการลงมติในสภาผู้แทนราษฎรมิให้ถือว่าเป็นการต้องห้ามตามวรรคสอง”

มาตรา 13 บัญญัติว่า “เมื่อได้รับการยื่นจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองให้นายทะเบียนพิจารณาตรวจสอบในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ผู้จดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมีจำนวนตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไป

(2) ชื่อ ชื่อย่อ และภาพเครื่องหมายพรรคการเมือง นโยบายและข้อบังคับพรรคการเมืองมีลักษณะและความมุ่งหมายที่ไม่ขัดต่อมาตรา 9[424]

(3) เอกสารการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองมีรายการครบถ้วนและถูกต้องตามมาตรา 10 และมาตรา 12

---

[424] ทั้งนี้ต้องไม่ลืมว่า มาตรา 9 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 กำหนดให้ “พรรคการเมืองต้องมีชื่อ ชื่อย่อ ภาพเครื่องหมาย นโยบาย และข้อบังคับพรรคการเมือง ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดความแตกแยกในเรื่องเชื้อชาติหรือศาสนาระหว่างชนในชาติ ไม่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร และไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

(4) คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 11

ในกรณีที่นายทะเบียนตรวจสอบแล้วเห็นว่ารายการใดไม่เป็นไปตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งสั่งไม่รับการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมือง และแจ้งเป็นหนังสือพร้อมเหตุผลให้ผู้ยื่นจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองทราบภายในสิบวันนับแต่วันที่นายทะเบียนได้รับการยื่นจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมือง

ผู้ยื่นจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองซึ่งไม่เห็นด้วยกับคำสั่งไม่รับจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองของนายทะเบียน อาจยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งตามวรรคสามต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งดังกล่าว”

มาตรา 33 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สมาชิกซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรรมการบริหารพรรคการเมืองจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคนเห็นว่ามติหรือข้อบังคับเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ให้ถือว่ามติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองซึ่งมีลักษณะและความมุ่งหมายตามมาตรา 10 วรรคสอง (3) (4) หรือ (5) ขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองดังกล่าวขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยมันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ให้มติหรือข้อบังคับดังกล่าวนั้นเป็นอันยกเลิกไป”

2) การยุบพรรคการเมือง

ฝ่ายนิติบัญญัติที่ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ได้กำหนดแจกแจงเหตุหรือเงื่อนไขในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะออกคำสั่งยุบพรรคการเมืองไว้อย่างละเอียด โดยเฉพาะที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 93 และมาตรา 94 ของบทบัญญัติดังกล่าว ดังต่อไปนี้

มาตรา 93 บัญญัติว่า *"ในกรณีที่พรรคการเมืองใดมีเหตุต้องเลิกตามข้อบังคับพรรคการเมือง แต่พรรคการเมืองนั้นยังมีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอยู่ หรือในกรณีที่พรรคการเมืองใดไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 42 วรรคสอง หรือมาตรา 82 ให้ยุบพรรคการเมืองนั้น*

เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าพรรคการเมืองใดมีเหตุตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ความปรากฏต่อนายทะเบียน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นกับพรรคการเมืองตามคำร้องของนายทะเบียน ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใดแล้ว ให้นายทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา"

มาตรา 94 บัญญัติว่า *"เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง*

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว

(2) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

(3) กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(4) การกระทำอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 43 มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 69 หรือมาตรา 104

มีข้อน่าสังเกตว่า "เหตุในการยุบพรรคการเมือง" ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 นั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญบางประเทศ โดยเฉพาะกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีแล้วจะพบว่า "เหตุในการยุบพรรคการเมือง"ตามระบบกฎหมายไทยนั้นถูกกำหนดไว้ค่อนข้างกว้างกว่าเหตุในการยุบพรรคการเมืองตามระบบกฎหมายเยอรมัน ทั้งนี้ตามมาตรา 21 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานกำหนดว่า "พรรคการเมืองจะเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องถูกยุบ[425] ก็ต่อเมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ให้ถือว่าพรรคการเมืองดังกล่าวเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และให้อำนาจในการชี้ขาดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์" นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วางหลักจำกัดเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองให้แคบลงไปอีกว่าพรรคการเมืองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัตินี้ได้ เฉพาะกรณีที่ได้ความว่า พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองที่ละเมิดหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น ได้กระทำไปในลักษณะที่รุนแรง ก้าวร้าว และมุ่งหมายอย่างแท้จริงที่จะทำลายบรรดาหลักการพื้นฐานทั้งหลายของระบอบประชาธิปไตยที่ได้ถูกสถาปนาขึ้นไว้แล้วในรัฐ[426] ดังนั้นการยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่สามารถกระทำได้โดยง่าย ทั้งนี้เพราะจะต้องไม่เป็นแต่เพียงเพราะการดำเนินการของพรรคการเมืองที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่า พรรคการเมืองนั้นมีเป้าหมายอย่างแท้จริงในการเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย หรือต้องการที่จะล้มล้างหรือทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย ในขณะที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 นั้นเราอาจแยกเหตุในการยุบพรรคการเมืองออกได้โดยละเอียดดังต่อไปนี้

---

[425] มาตรา 21 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดเอาไว้โดยตรงว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมือง อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้เคยวางแนวคำพิพากษาว่า เมื่อพรรคการเมืองได้กระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และถูกพิพากษาว่าเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว โทษในการยุบพรรคการเมืองจึงเป็นโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับพรรคการเมืองที่มีลักษณะดังกล่าว

[426] Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Art. 21 Rn. 21.

- การกระทำการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

- กระทำการให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว[427]

- กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม[428]

- การกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

- การกระทำการอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักรหรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน[429]

- กระทำการที่ฝ่าฝืนมาตรา 21 วรรคหนึ่งซึ่งได้แก่การรับบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยเข้าเป็นสมาชิกหรือดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง ฝ่าฝืนมาตรา 43 ซึ่งได้แก่ การห้าม

---

427 เป็นที่น่าสังเกตว่าคดียุบพรรคการเมืองหลายกรณีที่ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น เป็นคดีเกี่ยวกับการทุจริตการเลือกตั้ง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมักวินิจฉัยว่า การทุจริตการเลือกตั้งถือเป็นการกระทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว ตามมาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ซึ่งยิ่งเป็นการตีความที่เป็นการขยายเหตุในการยุบพรรคการเมืองให้ขยายกว้างออกไปกว่าเรื่องการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการล้มล้างหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2551 และ 20/2551)

428 ข้อนี้เป็นบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งที่ทำให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองขยายตัวกว้างออกไป ทั้งนี้ถ้อยคำที่ว่า “การกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง อีกทั้งถ้อยคำที่ว่า “ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม” ก็เป็นถ้อยคำที่มีลักษณะกว้าง และทำให้เกิดเป็นเงื่อนไขที่ไม่มีความแน่นอนในการยุบพรรคการเมือง”

429 ข้อนี้เป็นบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งที่ทำให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองขยายตัวกว้างออกไปเช่นกัน และย่อมให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตีความอย่างกว้างว่าการกระทำใดบ้างของพรรคการเมืองที่ต้องด้วยถ้อยคำดังกล่าว ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการปรับข้อเท็จจริงอยากหลากหลายเข้าข้อกฎหมายดังกล่าว ย่อมเป็นอันตรายต่อเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองอย่างยิ่ง

พรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ของพรรคการเมือง ช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้รับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาหรือเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภาเพื่อให้ได้รับเลือกตั้งหรือได้รับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ฝ่าฝืนมาตรา 65 ได้แก่ การห้ามมิให้พรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองรับบริจาคเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีแหล่งที่มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ฝ่าฝืนมาตรา 66 ได้แก่ การห้ามมิให้พรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองรับบริจาคจากผู้ใดเพื่อกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำการอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือกระทำการอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทำการอันเป็นการทำลายทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ ฝ่าฝืนมาตรา 69 ซึ่งห้ามพรรคการเมืองรับบริจาคเงินจากบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศแต่มีชาวต่างชาติเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ องค์การหรือนิติบุคคลที่ได้รับทุนหรือเงินอุดหนุนจากต่างประเทศ เป็นต้น ฝ่าฝืนมาตรา 104 ได้แก่ การสมคบหรือรู้เห็นเป็นใจหรือสนับสนุนบุคคลใด เพื่อให้ผู้อื่นหรือคณะกรรมการการเลือกตั้ง หลงเชื่อหรือเข้าใจว่าพรรคการเมืองอื่นหรือบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้โดยปราศจากมูลความจริง

ผู้วิจัยขอสรุปอีกครั้งว่า เหตุในการยุบพรรคการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ถูกกำหนดเอาไว้อย่างกว้างขวาง และหลายเรื่องเป็นเรื่องทางเทคนิคที่หลุดลอยหรือไม่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นจึงเป็นการเพิ่มโอกาสของพรรคการเมืองที่จะถูกยุบโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น ซึ่งย่อมไม่เป็นผลดีต่อกระบวนการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของพรรคการเมือง ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติที่ตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 นั้นยังไม่ได้วางหลักการที่มีความชัดเจนในเรื่อง “การชั่งน้ำหนัก” ระหว่างความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยกับการคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมืองให้มีน้ำหนักเสมอกัน โดยผลของการกำหนด

เงื่อนไขหรือเหตุในการยุบพรรคการเมืองแบบกว้างๆ ดังกล่าวย่อมส่งผลให้เกิดผลทางการเมืองจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

4.3.2.4 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)

ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการชี้ขาดเรื่องการยุบพรรคการเมือง ได้เคยวินิจฉัยวางหลักการในการให้ความหมายของการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย รวมถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาในการยุบพรรคการเมืองไว้ในหลายคำวินิจฉัยด้วยกัน ซึ่งการศึกษาในส่วนนี้จะทำให้เราเข้าใจบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนการปกป้องหลักการพื้นฐานของการปกครองมากยิ่งขึ้น และที่สำคัญไปกว่านั้น จะทำให้เราทราบว่าศาลรัฐธรรมนูญเองมีความเข้าใจในบทบาทและขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยอย่างไรด้วย ซึ่งในเรื่องดังกล่าวผู้วิจัยจะพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 เป็นสำคัญ ทั้งนี้ในประการเบื้องต้นนั้น เราอาจแยกแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ได้เป็นสามกลุ่มด้วยกัน[430] ได้แก่ 1) กรณีหัวหน้าพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนด และแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในเดือนมีนาคมของทุกปี (ตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550)

2) กรณีพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินให้ถูกต้องตามความเป็นจริงและยื่นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งภายในเดือนมีนาคมของปีถัดไป (มาตรา 42 ประกอบมาตรา 82 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550) และ

---

[430] โปรดดู ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558, หน้า 150-157

3) กรณีพรรคการเมืองกระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว (มาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550) หรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม (มาตรา 237 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ประกอบกับมาตรา 94 (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

1) แนวคำวินิจฉัยกรณีหัวหน้าพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนด และแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในเดือนมีนาคมของทุกปี (ตามมาตรา 42 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550)

(1) คำวินิจฉัยที่ 3/2553 (กรณีพรรคกฤษไทยมั่นคง)

กรณีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2553[431] เป็นประเด็นตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ซึ่งตามวรรคหนึ่งกำหนด “ให้พรรคการเมืองจัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนด และแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในเดือนมีนาคมของทุกปี เพื่อประกาศให้สาธารณชนทราบ เว้นแต่พรรคการเมืองที่จัดตั้งขึ้นยังไม่ถึงเก้าสิบวันนับจนถึงวันสิ้นปีปฏิทิน” และในวรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อครบระยะเวลาการรายงานตามวรรคหนึ่งแล้ว หากพรรคการเมืองใดยังไม่ได้รายงาน ให้นายทะเบียนมีอำนาจสั่งให้หัวหน้าพรรคการเมืองรายงานภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าพ้นกำหนดระยะเวลาแล้วยังมิได้รายงานโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการให้มีการยุบพรรคการเมืองนั้น”

---

[431] คำวินิจฉัยที่ 3/2553 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

นายทะเบียนพรรคการเมือง ผู้ร้อง ยื่นคำร้องลงวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2551 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคกฤษไทยมั่นคง ผู้ถูกร้อง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 93[432] และขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกยุบไปจะจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ภายในกำหนดห้าปี นับแต่วันที่พรรคการเมืองนั้นถูกยุบ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 97 ทั้งนี้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า ผู้ร้องได้รับรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองผู้ถูกร้องในรอบปี พ.ศ. 2550 แต่ตรวจสอบแล้วพบว่า รายงานดังกล่าวไม่ได้ทำโดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง ซึ่งไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคสอง (5) ผู้ร้องจึงแจ้งให้ผู้ถูกร้องดำเนินการให้ถูกต้อง แต่หัวหน้าพรรคการเมืองผู้ถูกร้องไม่ได้ดำเนินการอย่างใด ๆ กรณีที่ผู้ถูกร้องกล่าวอ้างว่า ได้มีการแจ้งเปลี่ยนแปลงกรรมการบริหารพรรคต่อผู้ร้องแล้ว อีกทั้งการลาออกจากสมาชิกของกรรมการบริหารพรรคทำให้ไม่มีกรรมการบริหารพรรคที่จะดำเนินการนั้น เห็นว่า การเปลี่ยนแปลงกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องถือเป็นการเปลี่ยนแปลงรายการตามมาตรา 12 วรรคสอง (5) ซึ่งต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพรรคการเมืองภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้มีการเปลี่ยนแปลง และการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้รับการแจ้งตอบรับการเปลี่ยนแปลงจากนายทะเบียนพรรคการเมืองตามมาตรา 41 วรรคสอง ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า ผู้ร้องได้ตอบรับ

---

[432] มาตรา 93 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า "ในกรณีที่พรรคการเมืองใดมีเหตุต้องเลิกตามข้อบังคับพรรคการเมือง แต่พรรคการเมืองนั้นยังมีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอยู่ หรือในกรณีที่พรรคการเมืองใดไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 42 วรรคสอง หรือมาตรา 82 ให้ยุบพรรคการเมืองนั้น

เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าพรรคการเมืองใดมีเหตุตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ความปรากฏต่อนายทะเบียน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นกับพรรคการเมืองตามคำร้องของนายทะเบียน ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองใดแล้ว ให้นายทะเบียนประกาศคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นในราชกิจจานุเบกษา"

การเปลี่ยนแปลงกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง จึงต้องถือว่าผู้ถูกร้องยังคงมีหัวหน้าพรรคการเมืองที่สามารถดำเนินการและเสนอต่อผู้ร้องได้ ข้ออ้างของผู้ถูกร้องยังไม่มีเหตุผลอันสมควร ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีเหตุที่จะยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องได้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 93 ประกอบกับมาตรา 42 และให้ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวจะจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ ภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 97[433]

ในคำวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า การยุบพรรคการเมืองในกรณีนี้นั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Militant Democracy) แต่อย่างใด แต่การยุบพรรคการเมืองตามข้อเท็จจริงนี้นั้น เป็นเรื่องเทคนิคในทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของพรรคการเมืองมากกว่า กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นการที่พรรคการเมืองไม่ได้ทำหน้าที่ในการรายงานต่อนายทะเบียนให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ยังไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือไม่มีลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนั้น อาจสรุปได้อีกครั้งหนึ่งว่าการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 เพราะเหตุที่หัวหน้าพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนดนั้นยังไม่ใช่กลไกหรือเครื่องมือของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้แต่อย่างใด เพราะวัตถุประสงค์ของการยุบพรรคการเมืองในกรณีดังกล่าวนั้น มิได้เป็นเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด

---

[433] ดูสรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาได้ใน ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558, หน้า 150

(2) คำวินิจฉัยที่ 10-11/2555 (กรณีพรรคสยาม)

ในทำนองเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 3/2553 ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 10-11/2555 มีความเห็นว่า รายงานการดำเนินกิจการของพรรคผู้ถูกร้องในรอบปี พ.ศ. 2552 ไม่ได้กระทำโดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ผู้ร้องจึงได้แจ้งให้หัวหน้าพรรคการเมืองผู้ถูกร้องดำเนินการให้ถูกต้อง แต่หัวหน้าพรรคการเมืองดังกล่าวไม่ได้ดำเนินการอย่างใด ๆ ให้ถูกต้อง ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า กรณีมีเหตุที่จะยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 93 ประกอบกับมาตรา 42 วรรคสอง และให้ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวจะจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ ภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 97

เช่นเดียวกันกับคำวินิจฉัยที่ 3/2553 ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่พรรคการเมืองไม่ได้ทำหน้าที่ในการรายงานต่อนายทะเบียนให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ยังไม่มีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือไม่มีลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนั้นอาจสรุปได้อีกครั้งหนึ่งว่า การยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 เพราะเหตุที่หัวหน้าพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนดนั้น ยังไม่ใช่กลไกหรือเครื่องมือของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้แต่อย่างใด เพราะวัตถุประสงค์ของการยุบพรรคการเมืองในกรณีดังกล่าวนั้น มิได้เป็นเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด แต่การยุบพรรคการเมืองเพราะเหตุดังกล่าวนั้นเป็นแต่เพียงเหตุผลทางเทคนิคของกฎหมายพรรคการเมืองในการควบคุมการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองเท่านั้น

2) กรณีพรรคการเมืองไม่จัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินให้ถูกต้องตามความเป็นจริงและยื่นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งภายในเดือนมีนาคมของปีถัดไป (มาตรา 42 ประกอบมาตรา 82 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550)

(1) คำวินิจฉัยที่ 4/2553 (กรณีพรรคเกษตรกร)

กรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4-5/2553[434] เป็นประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาคำร้องขอให้ยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 93 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 และให้มีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคพลังเกษตรกร มีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งยุบพรรคพลังเกษตรกร ตามมาตรา 98 โดยอ้างว่าพรรคการเมืองดังกล่าวได้ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 42 ประกอบกับมาตรา 82[435] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ทั้งนี้ข้อเท็จจริงที่ผู้ร้องกล่าวอ้างได้แก่การที่หัวหน้าพรรคพลังเกษตรกรไม่ได้จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนดและแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในเดือนมีนาคมของทุกปี เพื่อประกาศให้สาธารณชนทราบ และอ้างว่าพรรคการเมืองดังกล่าวซึ่งได้รับเงินสนับสนุนพรรคการเมืองไม่ได้จัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินให้ถูกต้องตามความเป็นจริงและยื่นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งภายในเดือนมีนาคมของปีถัดไป

ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า ผู้ร้องได้รับรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง (พรรคเกษตรกร) ในรอบปี พ.ศ. 2550 พบว่ารายงานดังกล่าวไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 28 วรรคสอง (5) ทั้งนี้เพราะรายงานดังกล่าวไม่ได้ทำโดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคผู้ถูกร้อง ผู้ร้องได้แจ้งให้ผู้ถูกร้องดำเนินการให้ถูกต้อง แต่ปรากฏว่าผู้ถูกร้องไม่ได้

---

[434] คำวินิจฉัยที่ 4-5/2553 ลงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2553

[435] มาตรา 82 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า "พรรคการเมืองที่ได้รับเงินสนับสนุนต้องใช้จ่ายเงินสนับสนุนให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในส่วนนี้ และส่วนที่ 5 การใช้จ่ายของพรรคการเมือง และจะต้องจัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินให้ถูกต้องตามความเป็นจริง และยื่นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งภายในเดือนมีนาคมของปีถัดไป และให้นำความในมาตรา 42 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

ดำเนินการแต่อย่างใด ทั้งนี้ผู้ถูกร้องอ้างว่ารู้เท่าไม่ถึงการณ์เนื่องจากเป็นกฎหมายใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นข้ออ้างที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยให้ถือว่าผู้ถูกร้องไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามมาตรา 42 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 กรณีจึงมีเหตุที่จะออกคำสั่งยุบพรรคการเมืองจากกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่าผู้ถูกร้องได้ดำเนินการฝ่าฝืนมาตรา 82 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าผู้ถูกร้องได้รายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปี พ.ศ. 2550 ต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง แต่พบว่าเอกสารและหลักฐานประกอบการใช้จ่ายเงินดังกล่าวไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ผู้ร้องจึงได้แจ้งให้ผู้ถูกร้องชี้แจงและจัดส่งเอกสารหลักฐานเพิ่มเติม แต่ผู้ถูกร้องไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ ในชั้นไต่สวนของศาล ผู้ถูกร้องไม่ได้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา และแสดงเอกสารหลักฐานเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวหาแต่อย่างใด จึงฟังได้ว่าผู้ถูกร้องไม่ได้ดำเนินการรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนพรรคการเมืองในรอบปี พ.ศ. 2550 ตามมาตรา 82 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 42 วรรค 2 ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่ามีเหตุที่จะสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ในมาตรา 93[436]

เช่นเดียวกับกรณีการยุบพรรคการเมืองเพราะเหตุการณ์ไม่จัดทำรายงานการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินที่ผ่านมาให้ถูกต้องตามความเป็นจริงตามวิธีการที่นายทะเบียนกำหนด ผู้วิจัยเห็นว่า การยุบพรรคการเมืองเพราะเหตุที่ไม่จัดทำรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคการเมืองในรอบปีปฏิทินให้ถูกต้องตามความเป็นจริงนั้น เป็นการยุบพรรคการเมืองที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ หากแต่เป็นเพียงการยุบพรรคที่มาจากเหตุผลทางเทคนิคของกฎหมายพรรคการเมืองเท่านั้น คำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวนี้จึงยังไม่อาจใช้เป็นตัวอย่างของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้

---

[436] ดูสรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาได้ใน ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 151-152.

(4) คำวินิจฉัยที่ 7-9/2556 (กรณีพรรคพลังแผ่นดินไท)

กรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4-5/2553[437] เป็นประเด็นที่นายทะเบียนพรรคการเมือง ผู้ร้อง ยื่นคำร้องรวม 3 คำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคพลังแผ่นดินไท (พรรคอาสามาตุภูมิ) ผู้ถูกร้อง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 93 ประกอบกับมาตรา 42 วรรคสอง และมาตรา 82 และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องที่ถูกยุบไปจะจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือมีส่วนร่วมในการจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ภายในกำหนดห้าปีนับแต่วันที่พรรคผู้ถูกร้องถูกยุบไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 97 และมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องในขณะกระทำความผิดมีกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 98

ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้องได้ยื่นรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนของพรรคผู้ถูกร้องในรอบปี พ.ศ. 2553 แต่ผู้ร้องตรวจสอบพบว่า เอกสารและหลักฐานประกอบการใช้จ่ายเงินดังกล่าวไม่ครบถ้วน ผู้ร้องจึงแจ้งให้ผู้ถูกร้องดำเนินการให้ถูกต้อง แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลา ผู้ถูกร้องไม่ดำเนินการอย่างใด ๆ ดังนี้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกร้องรายงานการใช้จ่ายเงินสนับสนุนพรรคการเมืองของพรรคผู้ถูกร้องในรอบปี พ.ศ. 2553 ไม่ครบถ้วน โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรตามมาตรา 82 ประกอบกับมาตรา 42 วรรคสอง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 กรณีจึงถือได้ว่า หัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องมีส่วนร่วม รู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำดังกล่าวแล้ว มิได้ยับยั้ง หรือแก้ไขการกระทำที่เกี่ยวกับการไม่รายงานดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นสมควรให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องมีกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้อง[438]

---

[437] คำวินิจฉัยที่ 7-9/2556 ลงวันที่ 13 มิถุนายน พ.ศ. 2556

[438] สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาได้ใน ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 152.

ในกรณีนี้เป็นอีกกรณีหนึ่งที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การยุบพรรคการเมืองที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้นั้นมิได้เป็นกลไกหรือเครื่องมือตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ หากแต่เป็นเพียงเหตุผลในทางเทคนิคของกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองเท่านั้น

3) กรณีพรรคการเมืองกระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการ ซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว (มาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550) หรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม (มาตรา 237 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ประกอบกับมาตรา 94 (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

การยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเพราะเหตุผลในข้อนี้เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับคำถามที่ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) นั้นมีกลไกหรือเครื่องมือใดบ้างหรือไม่ในการที่จะพิทักษ์รัฐธรรมนูญหรือปกป้องระบอบประชาธิปไตย และเป็นเรื่องที่น่าศึกษาว่าความพยายามในการปกป้องหรือพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยตามความหมายที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นความหมายเดียวกับแนวคิดในเรื่องหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Militant Democracy) ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศหรือไม่ โดยในเรื่องดังกล่าวมีบรรทัดฐาน (Norm) ที่ใช้ในการชี้ขาดว่าการกระทำใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยปรากฏอยู่ทั้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

ทั้งนี้บรรทัดฐาน (Norm) เกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยประการแรกที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้แก่ กรณีของบทบัญญัติมาตรา 68 ซึ่งได้กำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลเป็นการทั่วไปว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองใน

ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางในระบอบประชาธิปไตยไม่ได้”

บรรทัดฐาน (Norm) เกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในประการที่สองนั้นปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ซึ่งได้กำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองไว้ในมาตรา 94 ซึ่งมีเนื้อความว่า “เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้ยุบพรรคการเมือง

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามรัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว

(2) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

(3) กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(4) การกระทำอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 43 มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 69 หรือมาตรา 104

ผู้วิจัยขอตั้งเป็นข้อสังเกตว่า หากพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ประกอบกับเหตุในการยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 94 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 แล้ว เราสามารถแบ่งบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้เป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองได้เป็น 2 กรณีด้วยกัน ได้แก่

1) เหตุในการยุบพรรคการเมืองที่เป็นผลมาจากการกระทำของพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้แก่ การกระทำการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ กรณีหนึ่ง และ

2) เหตุในการยุบพรรคการเมืองกรณีอื่น ๆ ที่ถูกขยายความออกไปนอกเหนือจากเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ซึ่งได้แก่ กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งไม่เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และการกระทำอันเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร หรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงการฝ่าฝืนเรื่องในทางเทคนิคของกฎหมายในกรณีอื่น ๆ เช่น การรับบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยเข้าเป็นสมาชิกหรือดำรงตำแหน่งใด ๆ ในพรรคการเมือง[439] การห้ามพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ของพรรคการเมืองช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้รับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาหรือเข้ารับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภาเพื่อให้ได้รับเลือกตั้งหรือได้รับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภา ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม[440] การห้ามมิให้พรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองรับบริจาคเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าได้มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีแหล่งที่มาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย[441] การห้ามมิให้พรรคการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมืองรับบริจาคจากผู้ใดเพื่อกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำการอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือกระทำการอันเป็นการก่อกวนหรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือ

---

[439] มาตรา 21 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

[440] มาตรา 43 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

[441] มาตรา 65 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทำการอันเป็นการทำลายทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ[442] การห้ามพรรคการเมืองรับบริจาคเงินจากบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศแต่มีชาวต่างชาติเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ องค์การหรือนิติบุคคลที่ได้รับทุนหรือเงินอุดหนุนจากต่างประเทศ[443] การสมคบหรือรู้เห็นเป็นใจหรือสนับสนุนบุคคลใด เพื่อให้ผู้อื่นหรือคณะกรรมการการเลือกตั้งหลงเชื่อหรือเข้าใจว่าพรรคการเมืองอื่นหรือบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้โดยปราศจากมูลความจริง[444]

ซึ่งในเรื่องเหตุในการยุบพรรคการเมืองในทั้งสองกรณีนั้นผู้วิจัยได้เคยสรุปไปแล้วว่า กรณีหนึ่งนั้นเป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กล่าวคือเป็นความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข แต่เหตุในการยุบพรรคการเมืองอีกกรณีหนึ่งนั้นกลับเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเทคนิคในทางกฎหมายโดยเฉพาะในกฎหมายเลือกตั้ง ทั้งนี้ทำให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองขยายกว้างออกไปจากแนวคิดในเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยโดยตรง ซึ่งย่อมส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจมากยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็อาจมีความสุ่มเสี่ยงที่จะกระทบต่อกระบวนการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองหรือเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมืองทั้งหลายได้ด้วย

ในส่วนต่อไปนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีความเข้าใจเรื่องความเชื่อมโยงระหว่างมาตรการยุบพรรคการเมืองกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ รวมถึงการรักษาเสรีภาพของพรรคการเมืองทั้งหลายอย่างไร

---

[442] มาตรา 66 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

[443] มาตรา 69 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

[444] มาตรา 104 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550

(5) คำวินิจฉัยที่ 19/2551 (กรณีพรรคชาติไทย)

ในคดีตามคำวินิจฉัยที่ 19/2551[445] อัยการสูงสุด ผู้ร้อง ยื่นคำร้องลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2551 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคชาติไทย ผู้ถูกร้อง เนื่องจากปรากฏต่อนายทะเบียนพรรคการเมืองว่า ผู้ร้องกระทำการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 237 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 และมาตรา 95 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 103 ซึ่งเนื้อหาหลักของข้อกล่าวหาเป็นเรื่องการกระทำที่เป็นการทุจริตและฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึงอำนาจในการพิจารณาของศาลเป็นเบื้องต้นว่า การกระทำผิดของนายมณเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องนั้น ได้ผ่านกระบวนการสืบสวนสอบสวนของคณะกรรมการการเลือกตั้งมาแล้ว อันเป็นการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 239 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 103 โดยมาตรา 239 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีดังกล่าวได้ ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีคำวินิจฉัยไว้แล้วว่า นายมณเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้อง ก่อให้ผู้อื่นกระทำการสนับสนุน หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าว อันเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 ซึ่งมีประเด็นหลักที่ศาลต้องพิจารณาว่ามีเหตุสมควรยุบพรรคผู้ถูกร้องหรือไม่[446]

---

[445] คำวินิจฉัยลงวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551

[446] สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาได้ใน ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 153.

ในคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นที่น่าสนใจในเรื่องการให้เหตุผลของศาลเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐธรรมนูญและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไว้ในหลายส่วนด้วยกัน ซึ่งเป็นตัวอย่างอันดีของการแสดงความเข้าใจของศาลที่เกี่ยวข้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถ้อยคำในประเด็นดังกล่าวเอาไว้ว่า "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีเจตนารมณ์ที่จะให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีบทบัญญัติป้องกันการทุจริตการเลือกตั้งด้วยการใช้เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดซื้อสิทธิขายเสียงของประชาชนเพื่อให้ได้รับการเลือกตั้งอันเป็นวิธีการที่นักการเมืองส่วนหนึ่งใช้กันมานานจนเป็นความเคยชิน แล้วกลายเป็นจุดเปราะบางทางการเมืองที่นักการเมืองผู้กระทำไม่รู้สำนึกว่าเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรง ทำให้การเมืองและประชาธิปไตยของประเทศไทยไม่พัฒนาไปสู่ประชาธิปไตยที่แท้จริง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศเป็นอย่างมาก เนื่องจากนักการเมืองเหล่านี้ เมื่อเข้าสู่อำนาจแล้วย่อมใช้อำนาจหน้าที่แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยการทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวงโดยไม่มีความละอาย เพื่อเตรียมไว้สำหรับใช้ในการเลือกตั้งครั้งต่อไป เพื่อให้ได้อำนาจสำหรับแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบต่อไป เป็นวัฏจักรที่เลวร้ายอย่างไม่มีที่สิ้นสุด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) จึงได้กำหนดมาตรการป้องกันและกำหนดวิธีการลงโทษไว้อย่างชัดเจนและเข้มงวด เพื่อป้องกันนักการเมืองที่ไม่สุจริตเหล่านี้ ไม่ให้มีโอกาสเข้ามาก่อให้เกิดความเสื่อมเสียทางการเมือง และเพื่อส่งเสริมนักการเมืองที่ตั้งมั่นอยู่ในสุจริตธรรม ให้ได้มีโอกาสในการทำภารกิจอันเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนมากยิ่งขึ้น" และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักดังกล่าวแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวว่า กรณีการพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำทุจริตเกิดขึ้นจริงหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่า "คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด และศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาและดุลพินิจในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวได้"

ในประเด็นการชี้ขาดว่ามีเหตุสมควรยุบพรรคการเมืองเพราะมีการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการอธิบายเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบ

ประชาธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักการในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ว่า “ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 237 วรรคสอง บัญญัติไว้เป็นการเด็ดขาดว่า ถ้ามีการกระทำผิดของผู้สมัครรับเลือกตั้ง และปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ก็ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวมีกำหนดเวลาห้าปี นับแต่วันที่มีคำสั่งยุบพรรคการเมือง”[447] ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเน้นย้ำว่า “เนื่องจากความผิดในการทุจริตซื้อสิทธิขายเสียงในการเลือกตั้ง เป็นความผิดลักษณะพิเศษที่ผู้กระทำจะใช้วิธีการอันแยบยลยากที่จะจับได้ กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้บริหารพรรคจะต้องคัดเลือกบุคคลที่จะเข้าร่วมทำงานกับพรรค และคอยควบคุมดูแล สอดส่องไม่ให้คนของพรรคการทำความผิด โดยมีบทบัญญัติให้พรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคจะต้องรับผิดในการกระทำของกรรมการบริหารพรรคคนที่ไปกระทำความผิดด้วย ในทำนองเดียวกันกับหลักความรับผิดของนิติบุคคลทั่วไปที่ว่า ถ้าผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลไปกระทำการใดที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลจักต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นด้วย จะปฏิเสธความ

---

[447] มาตรา 237 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) บัญญัติว่า “ผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลดังกล่าวตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ถ้าการกระทำของบุคคลตามวรรคหนึ่ง ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญที่คำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวมีกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมือง”

รับผิดชอบไม่ได้ คดีนี้จึงถือว่ามีเหตุตามสมควรที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยว่าสมควรยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องหรือไม่”

ในความสัมพันธ์ของพรรคการเมืองกับระบอบประชาธิปไตยและหน้าที่ของพรรคการเมืองต่อระบอบประชาธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้อย่างน่าสนใจว่า “ผู้ถูกร้องเป็นพรรคการเมืองอันเป็นองค์กรที่มีความสำคัญยิ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ต้องเป็นแบบอย่างที่ถูกต้อง ชอบธรรม และสุจริต การได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ร้อง ควรได้มาด้วยความบริสุทธิ์ ด้วยความนิยมในตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งและพรรคการเมืองผู้ถูกร้องเป็นหลัก มิใช่ได้มาเพราะผลประโยชน์หรืออามิสสินจ้างที่เป็นเหตุจูงใจผู้มีสิทธิเลือกตั้งให้ลงคะแนนเลือกตั้งให้ กรรมการบริหารพรรคทุกคนก็ควรต้องช่วยกันทำหน้าที่ควบคุมดูแลผู้สมัครรับเลือกตั้งที่พรรคส่ง ตลอดจนกรรมการบริหารพรรคด้วยกันเอง มิให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดฝ่าฝืนกฎหมาย แต่นายมณเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้อง กลับใช้วิธีการอันผิดกฎหมายเพื่อให้ตนเองได้รับการเลือกตั้ง ทำให้ผู้ถูกร้องได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มขึ้น ซึ่งต้องถือว่า ผู้ถูกร้องได้รับประโยชน์แล้ว กรณีจึงเป็นเรื่องร้ายแรง” ศาลรัฐธรรมนูญสรุปในเรื่องนี้ว่า “การที่นายมณเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องมีบทบาทสำคัญในพรรค จึงมีหน้าที่ต้องควบคุมและสอดส่องดูแลให้สมาชิกพรรคการเมืองที่ตนบริหารอยู่กระทำการเลือกตั้งโดยสุจริตและเที่ยงธรรม แต่กลับเป็นผู้มากระทำความผิดเสียเอง อันเป็นความผิดที่ร้ายแรงและเป็นภัยคุกคามต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยของประเทศ กรณีจึงมีเหตุอันสมควรที่จะต้องยุบพรรคผู้ถูกร้อง เพื่อให้เป็นบรรทัดฐานพฤติกรรมทางการเมืองที่ดีงาม และเพื่อก่อให้เกิดผลในทางยังยั้งป้องปรามมิให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก”

(6) คำวินิจฉัยที่ 20/2551 (กรณีพรรคพลังประชาชน)

ในคดีตามคำวินิจฉัยที่ 20/2551 อัยการสูงสุด ผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2551 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคพลังประชาชน ผู้ถูกร้อง เนื่องจากปรากฏต่อนายทะเบียนพรรคการเมืองว่า ผู้ถูกร้องกระทำการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 94 (1) (2) และมาตรา 95 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 111 โดยมีข้อกล่าวหา

สำคัญว่า พรรคการเมืองผู้ถูกร้องได้กระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง อันเป็นผลให้การเลือกตั้งไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม และถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำของพรรคการเมืองเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา

ในส่วนที่เกี่ยวกับคำต่อสู้คดีของพรรคการเมืองผู้ถูกร้องนั้น นอกเหนือจากการต่อสู้ว่าพรรคการเมืองผู้ถูกร้องมิได้กระทำความผิดตามที่มีการกล่าวหาแล้ว ยังมีเนื้อหาบางส่วนของคำต่อสู้คดีที่มีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการชั่งน้ำหนักระหว่างการปกป้องรัฐธรรมนูญโดยการลงโทษพรรคการเมืองที่ละเมิดกฎหมายพรรคการเมืองกับการคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมือง ซึ่งคำต่อสู้ดังกล่าวมีเนื้อหาโดยสรุปว่า “ผู้ถูกร้องไม่ได้กระทำการใดที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 (1) และ (2) ด้วยเหตุผลที่ว่า พรรคการเมือง และการเลือกตั้งเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พรรคการเมืองย่อมเป็นองค์กรทางการเมืองที่มีบทบาทสำคัญต่อประชาชน และถือเป็นองค์กรตัวแทนทางการเมืองของประชาชนและมีบทบาทต่อประเทศชาติ” โดยในคำต่อสู้คดีของพรรคการเมืองดังกล่าวนั้นได้กล่าวถึงหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการชั่งน้ำหนักระหว่างการยุบพรรคการเมืองกับการคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมืองไว้อย่างน่าสนใจว่า “ภายหลังที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) สิ่งสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาต่อระบบการเมืองและพรรคการเมือง คือ การยุบพรรคการเมืองที่สามารถทำได้ง่าย โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 แม้เสรีภาพดังกล่าวจะไม่ใช่เสรีภาพที่ไม่อาจจำกัดได้ก็ตาม แต่การยุบพรรคการเมืองซึ่งถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองอย่างหนึ่ง ก็ควรเป็นเรื่องสำคัญที่หากพรรคการเมืองนั้นกระทำการฝ่าฝืนแล้วย่อมทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเสียหาย มิฉะนั้นจะทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการให้เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองไร้ผล การยุบ

พรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 (1) นั้น บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะยุบพรรคการเมืองหรือไม่ก็ได้ มิใช่อำนาจผูกพันที่เป็นการบังคับให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องยุบพรรคแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาถึงความสมดุลในการให้เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองกับการควบคุมการใช้เสรีภาพของพรรคการเมือง โดยการบังคับใช้รัฐธรรมนูญให้อยู่ในขอบเขตที่จะก่อให้เกิดการส่งเสริมระบอบประชาธิปไตย และระบบพรรคการเมืองด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจลดขอบเขตการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 ลงได้ โดยพิจารณายุบพรรคการเมืองเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าการกระทำของผู้สมัครนั้น มีลักษณะและพฤติการณ์ที่ร้ายแรง และการกระทำนั้นมีหลักฐานชัดเจนเพียงพอที่อาจถือได้ว่าหัวหน้าพรรคหรือกรรมการบริหารพรรคที่มีจำนวนมากพอที่รับรู้ถึงการกระทำดังกล่าว อันจะถือเป็นการกระทำของพรรค ทั้งนี้เพราะความรับผิดของพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง เป็นความผิดของพรรคจากผลของการกระทำของผู้อื่น มิใช่การกระทำของพรรคโดยตรง ดังนั้น การยุบพรรคการเมืองเพราะเหตุว่า สมาชิกพรรคซึ่งเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งคนใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญควรพิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงของการกระทำนั้นกับผลกระทบที่พรรคและสมาชิกจะได้รับ รวมถึงประโยชน์มหาชนด้วยว่า มีความสมดุลตามหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือไม่”

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2551 นี้ มีเนื้อหาของคำวินิจฉัยหลายประการที่มีความน่าสนใจและเกี่ยวข้องกับภารกิจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ซึ่งน่าจะก่อให้เกิดการอภิปรายต่อว่าได้ว่าเป็นความเข้าใจที่มีความถูกต้องตามหลักในทางวิชาการหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีเจตนารมณ์ที่จะให้การเลือกตั้งของประเทศเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีบทบัญญัติป้องกันการทุจริตการเลือกตั้งด้วยการให้เงินหรือทรัพย์สินอื่นใดซื้อสิทธิซื้อเสียงของประชาชนเพื่อให้ได้รับการเลือกตั้ง อันเป็นวิธีการที่นักการเมืองส่วนหนึ่งใช้กันมานานจนเป็นความเคยชินแล้วกลายเป็นจุดเปราะบางทางการเมืองที่นักการเมืองผู้กระทำไม่รู้สึกสำนึกว่าเป็นการกระทำผิดร้ายแรง ทำให้การเมืองและประชาธิปไตย

ของประเทศไทยไม่พัฒนาไปสู่ประชาธิปไตยที่แท้จริง และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศเป็นอย่างมาก เนื่องจากนักการเมืองเหล่านี้ เมื่อเข้าสู่อำนาจแล้ว ย่อมใช้อำนาจแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบด้วยการทุจริตฉ้อราษฎร์บังหลวงโดยไม่มีความละอาย เพื่อเตรียมไว้ใช้สำหรับการเลือกตั้งครั้งต่อไปเพื่อให้ได้อำนาจสำหรับแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบต่อไป เป็นวัฏจักรที่เลวร้ายอย่างไม่มีที่สิ้นสุด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) จึงได้กำหนดมาตรการป้องกันและกำหนดวิธีการลงโทษไว้อย่างชัดเจนและเข้มงวดเพื่อป้องกันไม่ให้นักการเมืองที่ไม่สุจริตเหล่านี้ ไม่ให้มีโอกาสเข้ามาก่อให้เกิดความเสื่อมเสียทางการเมือง และเพื่อส่งเสริมนักการเมืองที่ตั้งมั่นอยู่ในสุจริตธรรมให้ได้มีโอกาสทำภารกิจอันเป็นประโยชน์แก่ประเทศชาติและประชาชนมากยิ่งขึ้น”[448]

ในประเด็นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “เนื่องจากศาลฎีกามีคำวินิจฉัยแล้วว่า มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่านายยงยุทธ ติยะไพรัช รองหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้อง กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 และการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในจังหวัดเชียงรายไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม จึงถือเป็นที่ยุติตามคำสั่งของศาลฎีกาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคำวินิจฉัยในปัญหาที่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลฎีกาดังกล่าวได้ ในประเด็นที่ว่ามีเหตุสมควรยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 237 วรรคสองของรัฐธรรมนูญเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่า หากมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองผู้ใดมีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำผิดของผู้สมัครรับเลือกตั้งนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม กฎหมายให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้ข้อเท็จจริงพรรคการเมือง หัวหน้าพรรคการเมือง หรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองจะไม่ได้เป็น

---

[448] เป็นที่น่าสังเกตว่าเนื้อหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว มีถ้อยคำลักษณะเดียวกับที่เคยได้วินิจฉัยไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 19/2551

ผู้กระทำก็ตาม กฎหมายยังถือว่าเป็นผู้กระทำ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจโต้แย้งได้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่อาจวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้ ทั้งนี้ เนื่องจากความผิดในการทุจริตซื้อเสียงในการเลือกตั้ง เป็นความผิดที่มีลักษณะพิเศษที่ผู้กระทำจะใช้วิธีการอันแยบยลยากที่จะรับได้ กฎหมายจึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้บริหารพรรค จะต้องคัดเลือกบุคคลที่จะเข้าร่วมทำงานกับพรรค และคอยควบคุม ดูแล สอดส่องไม่ให้คนของพรรคกระทำความผิด โดยมีบทบัญญัติให้พรรคการเมืองและผู้บริหารพรรคจะต้องรับผิดในการกระทำของกรรมการบริหารพรรคคนที่ไปกระทำความผิดด้วย ในทำนองเดียวกันกับหลักความรับผิดของนิติบุคคลทั่วไปที่ว่า ถ้าผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลไปกระทำการใดที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลจักต้องรับผิดในการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นด้วย จะปฏิเสธความรับผิดชอบไม่ได้ ในคดีนี้จึงถือได้ว่า มีเหตุตามกฎหมายในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้อง[449]

ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้กล่าวถึงเสรีภาพของพรรคการเมืองไว้ว่า "ประเด็นที่ผู้ถูกร้องอ้างว่า พรรคการเมืองเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย จึงควรมีความเข้มแข็ง ไม่สามารถถูกยุบได้โดยง่ายนั้น เห็นว่า การเป็นองค์กรที่เข้มแข็ง จะต้องเป็นการเข้มแข็งที่มีคุณภาพมาตรฐานโดยดำเนินกิจกรรมทางการเมืองด้วยความสุจริต แต่หากเป็นพรรคการเมืองที่เข้มแข็งในทางทุจริตแล้ว ย่อมเป็นการทำลายพรรคการเมืองที่สุจริตและทำลายการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แม้พรรคที่หย่อนคุณภาพมาตรฐานจะถูกยุบ แต่บุคคลที่มีอุดมการณ์บริสุทธิ์ทางการเมืองตรงกันย่อมมีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นมาใหม่เมื่อใดก็ได้ การยุบพรรคการเมืองที่กระทำผิด จึงเป็นการปลูกฝังการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม อันเป็นประโยชน์แก่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง" ในประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อสังเกตสำคัญว่า ข้อต่อสู้ของพรรคการเมืองผู้ถูกร้องนั้น เป็นการเรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพยายามชั่งน้ำหนักระหว่างการรักษาเสรีภาพของพรรคการเมือง กับการลงโทษพรรคการเมืองที่ทำผิดกฎหมาย โดยเรียกร้องว่าพรรคการเมืองที่จะถูกพิพากษาให้ยุบพรรคการเมืองนั้น

---

[449] สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาได้ใน ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, เพิ่งอ้าง, หน้า 156.

จะต้องเป็นเฉพาะกรณีที่พรรคการเมืองดังกล่าวนั้น มีลักษณะและเป็นพฤติกรรมที่ร้ายแรงเท่านั้น โดยเป็นการเรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญจำกัดบทบาทและอำนาจของตน โดยพยายามคุ้มครองเสรีภาพของพรรคการเมือง โดยการลงโทษพรรคการเมืองในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อการใช้เสรีภาพของพรรคการเมืองนั้นจะต้องมีความสมดุลตามหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุด้วย ทั้งนี้ ข้อเรียกร้องของพรรคการเมืองผู้ถูกร้องได้กล่าวมีความใกล้เคียงต่อข้อเรียกร้องต่อบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศเยอรมนี อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 20/2550 กลับให้เหตุผลสำคัญในการวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองผู้ถูกร้องว่า การลงโทษพรรคการเมืองที่ละเมิดกฎหมายโดยการยุบพรรคการเมืองนั้น เป็นมาตรการหนึ่งในการสร้างประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง รวมถึงเป็นแนวทางในการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง ดังนั้น เป็นที่เห็นได้ชัดว่าความเข้าใจเรื่องบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการปกป้องประชาธิปไตย และการรักษาเสรีภาพของพรรคการเมืองนั้นยังมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันเป็นอันหนึ่งอันเดียว ซึ่งปัญหาเช่นว่านี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาต่อไปเรื่องความไม่ชัดเจนเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยต่อไปด้วย ซึ่งย่อมยังผลให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวนั้น จะถูกนำไปขยายความให้เป็นประเด็นทางการเมืองต่อไป

4.3.3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้มีวิวัฒนาการหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้มาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) โดยได้วางหลักการในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญไว้โดยอธิบายได้ดังนี้

4.3.3.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

1) การห้ามการกระทำที่มีเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้บัญญัติถึงกลไกในการการพิทักษ์การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรง

เป็นประมุขไว้ โดยมีวิวัฒนาการมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) โดยอยู่บนฐานของความคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่สร้างหรือกำหนดกลไกจำกัดเสรีภาพขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่มุ่งหวังจะล้มล้างประชาธิปไตยด้วยกลไกประชาธิปไตยเองทำลายระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงได้กำหนดให้มีกลไกในการยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบการปกครองรวมอยู่เป็นหนึ่งในกลไกสำคัญ โดยมาตรา 49 ได้บัญญัติไว้ว่า

"บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้

ผู้ใดทราบว่ามีการกระทำตามวรรคหนึ่ง ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้

การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการตามวรรคหนึ่ง"

2) หน้าที่ของปวงชนชาวไทยในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของปวงชนชาวไทยในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้ ดังนี้

มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 63 บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้

ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้

มาตรา 65 บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

4.3.3.2 การพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยการคุ้มครองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

1) การห้ามเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

มาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้

2) การคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

มาตรา 256

ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาหรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกวาห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น

ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป

(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน

มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม (7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

4.3.3.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในระหว่างใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัยในคดีที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งยุบพรรค ไทยรักษาชาติ กรณีนี้เป็นผลสืบเนื่องจากการที่พรรคไทยรักษาชาติ นำเสนอพระนามทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นนายกรัฐมนตรีในบัญชีของพรรค เมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้แบ่งประเด็นพิจารณาออกเป็น 3 ประเด็น แล้วมีมติ ดังนี้

1. มติเอกฉันท์ 9 ต่อ 0 ให้ยุบพรรค ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (พ.ร.ป.) ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2)

2. มติ 6 ต่อ 3 ให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่ 8 ก.พ. 2562 ซึ่งเป็นวันที่มีการกระทำความผิด ตาม พ.ร.ป. พรรคการเมือง มาตรา 92 วรรคสอง แต่กำหนดระยะเวลาไว้ 10 ปีนับจากวันที่ศาลมีคำสั่งยุบพรรค เนื่องจากเห็นว่า “เป็นการกระทำอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยังไม่ถึงขนาดมีเจตนาจะล้มล้างการปกครอง” เพราะเป็นขั้นตอนหนึ่งในการได้มาซึ่งนายกรัฐมนตรี ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อระบอบการปกครอง อีกทั้งพิจารณาความสำนึกรับผิดชอบของคณะกรรมการบริหารพรรคที่น้อมรับพระบรมราชโองการเหนือเกล้าฯ

ทันทีที่ทราบ เห็นว่า ไทยรักษาชาติ ยังมีความเคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์[450]

3. มติเอกฉันท์ 9 ต่อ 0 ให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งคณะกรรมการบริหารพรรคและผู้ถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ห้ามจดทะเบียนพรรคใหม่ หรือเป็นคณะกรรมการบริหารพรรคพรรคอื่น หรือมีส่วนร่วมจัดตั้งพรรคการเมืองอื่น ภายในกำหนด 10 ปี

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักสำคัญดังนี้

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญได้เน้นย้ำหลักการ **"สถาบันพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศ์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง"** พร้อมยกบรรทัดฐานในอดีตและข้อกฎหมายขึ้นมาประกอบการพิจารณา ดังนี้

1. อ้างถึงพระราชหัตถเลขาในหลวงรัชกาลที่ 7 มาอธิบายสาระสำคัญซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยของไทย กล่าวคือ พระบรมวงศานุวงศ์ย่อมดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพเหนือความที่จะพึงถูกติเตียน ไม่ควรแก่การดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งเป็นการงานที่จะนำมาทั้งในทางพระเดชและพระคุณ อีกเหตุหนึ่ง "จะนำมาซึ่งความขมขื่นในเมื่อเวลาทำการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้ง ต่างฝ่ายต่างโจมตีให้ร้ายซึ่งกันและกัน" เพื่อความสงบเรียบร้อยสมัครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันระหว่างเจ้านายกับราษฎร ควรถือเสียว่าพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่เหนือการเมืองทั้งหลาย

โดยหลักการพื้นฐานดังกล่าวถือเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันในการสถาปนาระบอบการปกครองของไทยซึ่งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเป็นฉันทามติของสภาผู้แทนฯ ได้ให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศ์ชั้นสูงควรดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง "โดยเฉพาะการไม่เข้าไปเป็นฝักฝ่ายต่อสู้แข่งขัน รณรงค์ทางการเมือง อันอาจจะนำมาซึ่งการโจมตี ติเตียน และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยสมัครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์ กับราษฎรที่เป็นหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

---

[450] นายเชาวนะ ไตรมาศ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชี้แจงเพิ่มเติมว่า เสียงฝ่ายข้างมาก 6 เสียงวินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคมีกำหนดเวลา 10 ปี ส่วนเสียงข้างน้อย 3 เสียง วินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคมีกำหนดเวลาตลอดชีพ

2. อ้างถึง**คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543** กรณี กกต. ออกระเบียบเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ส.ว. ว่าพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ต่อมา กกต. เห็นว่ามีปัญหาในทางปฏิบัติ จึงยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีบุคคลใดบ้างไม่อยู่ในข่ายหรือได้รับการยกเว้นไม่ต้องไปแจ้งเหตุไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับ

มีหมวดพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรอง "สถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์" ประกอบกับที่ผ่านมา พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส พระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระองค์มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งและไม่สอดคล้องกับหลักการการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ หลักการนี้สอดคล้องกับหลักการที่ถือว่า "พระมหากษัตริย์ทรงราชย์ แต่มิได้ทรงปกครอง" อันเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยในระบบบรัฐสภาซึ่งนานาอารยประเทศที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยมีความแตกต่างจากระบอบที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐในลักษณะอื่น ซึ่งมีบทบาททางการเมืองโดยตรงในการใช้อำนาจทางการเมือง ดังปรากฏในระบอบราชาธิปไตยอำนาจสมบูรณ์ หรือระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญของบางประเทศ

ดังนั้น การกระทำของ ไทยรักษาชาติ ในการเสนอชื่อทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนฯ เพื่อแข่งขันกับพรรคการเมืองอื่น ๆ ในการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้ง และในกระบวนการให้ความเห็นชอบแต่งตั้งบุคคลเป็นนายกรัฐมนตรี จึงเป็นการกระทำที่ย่อมเล็งเห็นได้ว่าจะส่งผลให้ระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทย แปรเปลี่ยนไปสู่สภาพการณ์เดียวกับที่พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ และมีพระบรมวงศานุวงศ์ทำหน้าที่ใช้อำนาจทางการเมือง

"สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมมีผลให้หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงราชย์ แต่มิได้ทรงปกครอง ย่อมถูกเซาะกร่อนบ่อนทำลายให้เสื่อมทรามไปโดยปริยาย"

3. อ้างถึงรัฐธรรมนญฉบับปี 2560 ที่มุ่งลดเงื่อนไขความขัดแย้งเพื่อให้ประเทศมีความสงบสุขรู้รักสามัคคีปรองดองภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยและ

ประเพณีการปกครองที่เหมาะสมของไทย อีกทั้งรัฐธรรมนูญได้รับรองบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนอย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเสรีภาพต้องไม่บั่นทอนรัฐธรรมนูญ หรือทำลายคติรากฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขให้เสื่อมโทรมไป

แม้พรรคไทยรักษาชาติ จะมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้โดยสมบูรณ์ แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำการใด ๆ ของพรรคการเมืองย่อมต้องอยู่บนความตระหนักว่า “การกระทำนั้นจะไม่ใช่การอาศัยสิทธิเสรีภาพที่ได้มาจากรัฐธรรมนูญ ให้มีผลย้อนกลับมาทำลายหลักการพื้นฐานบรรทัดฐาน คุณค่า และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสียเอง” และต้องระมัดระวังมิให้สถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยต้องถูกนำไปเป็นคู่แข่งหรือฝักฝ่ายทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายใดอย่างเคร่งครัด เพราะถ้าเป็นเช่นนั้น สภาวะความเป็นกลางทางการเมืองย่อมสูญเสียไป เมื่อเสียความเป็นกลางทางการเมือง ก็ย่อมไม่สามารถดำรงพระองค์และสถาบันให้ดำรงอยู่เหนือการเมืองได้

“ถ้าปล่อยให้เป็นเช่นนั้น สถาบันพระมหากษัตริย์ก็จะไม่อยู่ในฐานะเป็นศูนย์ของประชาชนชาวไทยอีกต่อไป นั่นย่อมทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะของประเทศไทย กลับต้องเสื่อมโทรม หยุดลง หรือถึงกับสูญสิ้นไป ซึ่งหาควรปล่อยให้เป็นเช่นนั้นไม่”

ประการที่สอง พิจารณาถึงการกระทำตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2562

มาตรา 92 เมื่อคณะกรรมการมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(...)

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองกระทำการตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น

มาตรา 93 เมื่อปรากฏต่อนายทะเบียนว่าพรรคการเมืองใดกระทำการตามมาตรา 92 ให้นายทะเบียนรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน พร้อมทั้งเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 92 คณะกรรมการจะยื่นคำร้องเองหรือจะมอบหมายให้นายทะเบียนเป็นผู้ยื่นคำร้องและดำเนินคดีแทนก็ได้ และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการจะขอให้อัยการสูงสุดช่วยเหลือดำเนินการในชั้นการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญจนกว่าจะเสร็จสิ้นก็ได้

ในกรณีที่เห็นสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะสั่งให้พรรคการเมืองระงับการกระทำใดไว้เป็นการชั่วคราวตามคำร้องขอของคณะกรรมการ นายทะเบียน หรืออัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี ก็ได้

อนึ่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ให้คำจำกัดความคำต่าง ๆ ไว้ดังนี้

1. พรรคการเมือง เป็นสถาบันการเมืองที่สำคัญอย่างยิ่งต่อระบอบปกครองและความผาสุกของประเทศ ในฐานที่ต้องกำหนดตัวบุคคลไปดำรงตำแหน่งในฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร

2. กรรมการบริหารพรรคการเมือง เป็นเสมือนมันสมองและระบบจิตใจ เพราะเป็นผู้ดุลพินิจ “จะอ้างความไม่รู้ ความรู้เท่าไม่ถึงการณ์หรือความเห็นความเชื่อของตนมาเป็นข้อแก้ตัวให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบไม่ได้”

3. **“ล้มล้าง”** หมายถึงการกระทำที่มีเจตนาเพื่อทำลาย หรือล้างผลาญให้สูญสิ้นสลายหมดไป ไม่ให้ธำรงอยู่หรือมีอยู่ต่อไปอีก

“ปฏิปักษ์” ไม่จำเป็นต้องรุนแรงถึงขนาดมีเจตนาจะล้มล้างทำลายให้สิ้นไป ไม่จำเป็นถึงขนาดต้องตั้งตนเป็นศัตรูเป็นฝ่ายตรงกันข้ามเท่านั้น เพียงแค่เป็นการกระทำที่มีลักษณะขัดขวางสกัดกั้นมิให้เจริญก้าวหน้า หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเป็นการเซาะกร่อน บ่อนทำลายจนเกิดความชำรุดทรุดโทรมอ่อนแอลง

ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติชัดเจนในเรื่อง “เจตนา” เพียงแค่อาจเป็นปฏิปักษ์ก็ต้องห้ามแล้ว หาต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือรอให้เกิดผลเสียหายร้ายแรงขึ้นเสียก่อนไม่ เพื่อให้เป็นมาตรการป้องกันการเสียหายแก่สถาบันหลักของประเทศ เป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองหลักประชาธิปไตยปกป้องตนเองโดยมุ่งเน้นที่การคุ้มครองระบอบสถาบันกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 กรณีหมิ่นประมาท มาเทียบเคียงกับกรณี “อาจเป็นปฏิปักษ์”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 326 กรณีหมิ่นประมาท มาเทียบเคียงกับกรณี “อาจเป็นปฏิปักษ์” ซึ่งศาลฎีกาวางบรรทัดฐานไว้มั่นคงว่าการพิจารณาถ้อยคำใส่ความจนถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ต้องพิจารณาความรับรู้ในถ้อยคำของวิญญูชนทั่วไปเป็นเกณฑ์ และข้อความใดทำให้เสียหายแก่ชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ต้องถือเอาความคิดของบุคคลธรรมดาพูดให้คนอื่นฟัง ไม่เกี่ยวกับเจตนา ผลของการใส่ความผู้อื่นทำให้เสียชื่อเสียง ดูหมิ่นหรือไม่นั้น ศาลวินิจฉัยเองได้ ไม่ต้องอาศัยคำเบิกความของพยาน

ดังนั้นเมื่อการกระทำของพรรคไทยรักษาชาติ มีหลักฐานชัดเจนโดยรู้สำนึกคณะกรรมการบริหารพรรคไทยรักษาชาติ ย่อมทราบดีว่าทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนฯ เป็นพระราชธิดาพระองค์ใหญ่ในพระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตรและพระเชษฐภคินีในพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรรามาธิบดีศรีสินทรมหาวชิราลงกรณ พระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว แม้ทรงกราบถวายบังคมลาจากสถาบันพระมหากษัตริย์ไปแล้ว แต่ยังทรงเป็นสมาชิกราชจักรีวงศ์ การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเป็นฝักฝ่ายการเมือง ทั้งยังเป็นการกระทำที่คนไทยทั่วไปย่อมรู้สึกได้ว่าสามารถทำให้ “สถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยซึ่งเป็นศูนย์รวมใจของคนไทยทั้งชาติ ต้องถูกนำมาใช้เพื่อความได้เปรียบทางการเมืองอย่างแยบยล มุ่งหวังให้เกิดผลทางการเมืองโดยไม่คำนึงต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการสูญเสียสถานะที่จะต้องอยู่เหนือการเมือง และธำรงความเป็นกลางทางการเมือง อันเป็นจุดประสงค์เบื้องต้นของการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย ให้เกิดความชำรุดทรุดโทรมเสื่อมทราม เข้าข่ายลักษณะของการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 92 วรรคสอง (2) อย่างชัดแจ้งแล้ว จึงมีคำสั่งให้ยุบพรรค”

4.4 กลไกตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่ามีบทบัญญัติหลายมาตราที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้เพื่อใช้ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้กลไกเช่นว่านั้นถูกบัญญัติไว้ในเรื่องการกระทำอันเป็นกบฏ (มาตรา 113 - 118 ในหมวด 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนั้นมีเนื้อความดังต่อไปนี้

มาตรา 113 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อ

(1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

(2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ

(3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร

ผู้นั้นกระทำผิดฐานกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

มาตรา 114 บัญญัติว่า “ผู้ใดสะสมกำลังพลหรืออาวุธ ตระเตรียมการอื่นใดหรือสมคบกัน เพื่อเป็นกบฏ หรือกระทำความผิดใด ๆ อันเป็นส่วนของ แผนการ เพื่อเป็นกบฏ หรือยุยงราษฎรให้เป็นกบฏหรือรู้ว่ามีผู้จะเป็นกบฏแล้วกระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

มาตรา 115 บัญญัติว่า “ผู้ใดยุยงทหารหรือตำรวจให้หนีราชการ ให้ละเลยไม่กระทำการตามหน้าที่ หรือให้ก่อการกำเริบ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี

ถ้าความผิดนั้นได้กระทำลงโดยมุ่งหมายจะบ่อนให้วินัยและสมรรถภาพของกรมกองทหารหรือตำรวจเสื่อมทรามลง ผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี”

มาตรา 116 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือหรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย

(2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ

(3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี”

มาตรา 117 บัญญัติว่า “ผู้ใดยุยงหรือจัดให้เกิดการร่วมกันหยุดงาน การร่วมกันปิดงานงดจ้าง หรือการร่วมกันไม่ยอมค้าขายหรือติดต่อทางธุรกิจ กับบุคคลใด ๆ เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดิน เพื่อบังคับรัฐบาลหรือเพื่อข่มขู่ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดทราบความมุ่งหมายดังกล่าวและเข้ามีส่วนหรือเข้าช่วยในการร่วมกันหยุดงาน การร่วมกันปิดงานงดจ้างหรือการร่วมกันไม่ยอมค้าขายหรือติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลใด ๆ นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดทราบความมุ่งหมายดังกล่าว และใช้กำลังประทุษร้าย ขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือทำให้หวาดกลัวด้วยประการใด ๆ เพื่อให้บุคคลเข้ามีส่วนหรือเข้าช่วยในการร่วมกันหยุดงาน การร่วมกันปิด งานงดจ้างหรือการร่วมกันไม่ยอมค้าขายหรือติดต่อทางธุรกิจกับบุคคลใด ๆ นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 118 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ต่อธงหรือเครื่องหมายอื่นใดอันมีความหมายถึงรัฐ เพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.5 “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” กับการบังคับใช้จริงในประเทศไทย

“หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” กับการบังคับใช้จริงในประเทศไทย เนื่องจากในห้วงที่ผ่านมาหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ถึงปัจจุบัน ประมาณ 87 ปี ได้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองและนำไปสู่การปฏิวัติ กบฏและรัฐประหารทั้งสิ้นรวม 25 ครั้ง โดยแบ่งเป็นการปฏิวัติ 1 ครั้ง การกบฏ 11 ครั้ง และการรัฐประหาร 13 ครั้ง[451] โดยในที่นี้ ผู้วิจัยจึงแบ่งช่วงออกเป็น 3 ช่วง คือ ช่วง 2475 - 2499

[451] รายละเอียดโปรดดู ชาดา นนทวัฒน์, กบฏแผ่นดินแย่งชิงอำนาจ, สำนักพิมพ์ยิปซี, กรุงเทพฯ, 2552

ช่วง 2500 - 2540 และ ช่วง 2540 - ปัจจุบัน เหตุผลที่แบ่งออกเป็น 3 ช่วง นั้น เพราะช่วงแรก 2475 - 2499 เป็นช่วงหลักเปลี่ยนแปลงการปกครองความขัดแย้งในช่วงแรกจึงเป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างฝ่ายคณะราษฎรกับฝ่ายอนุรักษ์นิยม และระหว่างคณะราษฎรสายพลเรือนกับสายทหาร ช่วง 2500 - 2540 เป็นช่วงที่ทหารมีบทบาทหลักในการปกครองความขัดแย้งจึงเป็นเรื่องของบุคคลในกองทัพขัดแย้งกัน กับกองทัพขัดแย้งกับประชาชน และช่วงหลัง 2540 - ปัจจุบัน เป็นความขัดแย้งระหว่างกลุ่มอำนาจใหม่ขัดแย้งกับอำนาจอนุรักษ์นิยม ความขัดแย้งที่นำมาสู่การปฏิวัติ กบฏและรัฐประหารไม่ว่าจะช่วงใดล้วนมีสิ่งที่เหมือนกันคือการให้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดนิรโทษกรรมการกระทำในการยึดอำนาจการปกครองบ้านเมืองหรือการกระทำใด ๆ ที่กระทบต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดำเนินมาเป็นเช่นนี้จนเป็นจารีตของการปฏิวัติ กบฏและรัฐประหารในสังคมการเมืองของไทยไปแล้ว

4.5.1 ช่วงปี พ.ศ. 2475 - 2499

ภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2499 นั้น ถือว่าเป็นช่วงการปกครองที่สืบเนื่องต่อมาของฝ่ายคณะราษฎร โดยในช่วง 25 ปีแรกของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยมีคู่ความขัดแย้งที่สำคัญ 2 ช่วง คือ ช่วงแรกเป็นความขัดแย้งระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมกับคณะราษฎรนำมาสู่ความขัดแย้งครั้งสำคัญในกบฏบวรเดช หลังจากนั้นความขัดแย้งกลับมาอยู่ในกลุ่มของคณะราษฎรเองระหว่างคณะราษฎรสายทหารที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม กับคณะราษฎรสายพลเรือนที่มีนายปรีดี พนมยงค์เป็นผู้มีบทบาทสำคัญ ในช่วงเวลาดังกล่าวมีการปฏิวัติ กบฏและรัฐประหาร ดังนี้[452] (1) ปฏิวัติ 24 มิถุนายน 2475 (2) รัฐประหาร 20 มิถุนายน 2476 พระยาพหลพลพยุหเสนาเป็นหัวหน้าคณะยึดอำนาจพระยามโนปกรณ์นิติธาดา (3) กบฏบวรเดช 11 ตุลาคม 2476 พระเจ้าวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าบวรเดช เป็นหัวหน้าคณะ (4) กบฏนายสิบ 3 สิงหาคม 2478 นายทหารชั้นประทวนในกองทัพ (5) กบฏพระยาทรงสุรเดช 29 มกราคม 2484 พระยาทรงสุรเดช 1 ใน 4 ทหารเสือ เป็นหัวหน้าคณะ (6) รัฐประหาร 8 พฤศจิกายน 2490 และรัฐประหาร 6 เมษายน 2491 พล.ท.ผิน ชุณหะวัณ เป็นหัวหน้าคณะ (7) กบฏเสนาธิการ 1 ตุลาคม 2491 กบฏนายพล (8) กบฏแบ่งแยกดินแดน พฤศจิกายน 2491 กลุ่ม ส.ส. เสรีไทยสายอีสาน (9) กบฏวังหลวง 26 กุมภาพันธ์

[452] เพิ่งอ้าง, หน้า 23

2492 ปรีดี พนมยงค์ เป็นหัวหน้าคณะ (10) กบฏแมนฮัตตัน 29 มิถุนายน 2494 กบฏทหารเรือ (11) รัฐประหาร 29 พฤศจิกายน 2494 “คณะบริหารประเทศชั่วคราว” (12) กบฏสันติภาพ 10 พฤศจิกายน 2495 ปราบผีคอมมิวนิสต์

ในช่วงนี้เนื่องจากเป็นความขัดแย้งของกลุ่มอำนาจจึงได้มีการดำเนินการกับฝ่ายกบฏโดยการจัดตั้งศาลพิเศษ ดังนี้

(1) กบฏบวรเดช มีการจัดตั้งศาลพิเศษ มีการคุมขังทหารและพลเรือนผู้เกี่ยวข้องกับการกบฏครั้งนี้นับร้อยคนที่เรือนจำบางขวาง แต่ที่ไม่มีการประหารชีวิต เพราะพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้สละราชสมบัติ ทำให้รัฐบาลต้องอภัยโทษให้บรรดาผู้รับโทษประหารชีวิตเป็นจำคุกตลอดชีวิต และผู้ได้รับโทษจำคุกก็ได้รับการลดโทษตามลำดับขั้น[453]

(2) กบฏนายสิบ 3 สิงหาคม 2478 มีการจัดตั้งศาลพิเศษ โดยมีคณะกรรมการ 7 คน มีคำพิพากษาตัดสินคดีในวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2478 ให้จำคุกตลอดชีวิต 8 คน ยกเว้น สิบเอกสวัสดิ์ มหะหมัด ที่ปฏิเสธตลอดข้อหา ศาลจึงให้ตัดสินประหารชีวิต[454]

ในช่วง 25 ปีแรกมีการปฏิวัติ กบฏและรัฐประหาร 12 ครั้ง ภายหลังเหตุการณ์ต่างดังกล่าวข้างต้นนำมาสู่การตรากฎหมายนิรโทษกรรมก็ดี ล้างมลทินก็ดี หรือคุ้มครองผู้กระทำตามหน้าที่ ดังนี้

(1) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน พุทธศักราช 2475

(2) พระราชบัญญัติล้างมลทินผู้กระทำผิดทางการเมือง ร.ศ. 130 พุทธศักราช 2475

(3) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในการจัดการให้คณะรัฐมนตรีลาออกเพื่อให้มีการเปิดสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476

(4) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำการโดยสุจริตตามหน้าที่ในการปราบกบฏ พุทธศักราช 2476

(5) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดฐานกบฏและจลาจล พุทธศักราช 2488

---

[453] เพิ่งอ้าง, หน้า 107

[454] เพิ่งอ้าง, หน้า 119

(6) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการรัฐประหาร พ.ศ. 2490

(7) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ที่ได้นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 กลับมาใช้ พ.ศ. 2495

(8) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบรอบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2498

(9) พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสครบรอบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499

4.5.2 ช่วงปี พ.ศ. 2500 - 2540

ช่วงที่สองเริ่มจากการที่จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ รัฐประหารรัฐบาลภายใต้การนำของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ถือว่าเป็นการปิดฉากช่วงอำนาจการปกครองของคณะราษฎร หลังจากนี้ไปถือว่าเป็นช่วงการปกครองของฝ่ายทหารที่มิได้มีบทบาทในคณะการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 การปกครองโดยทหารในช่วงนี้มีการปฏิวัติ กบฏและรัฐประหาร 10 ครั้ง ดังนี้[455] (1) รัฐประหาร 16 กันยายน 2500 จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นหัวหน้าคณะ (2) รัฐประหาร 20 ตุลาคม 2501 จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นหัวหน้าคณะ (3) รัฐประหาร 17 พฤศจิกายน 2514 จอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะ (4) การเรียกร้องของนักศึกษาประชาชน 14 ตุลาคม 2514 (5) ปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน 6 ตุลาคม 2519 พลเรือเอกสงัด ชลออยู่ เป็นหัวหน้าคณะ (6) กบฏ 26 มีนาคม 2520 พลเอกฉลาด หิรัญศิริ เป็นหัวหน้าคณะ กบฏครั้งนี้มีผลให้พลเอกฉลาด หิรัญศิริ ถูกประหารชีวิตตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2520 (7) รัฐประหาร 20 ตุลาคม 2520 พลเรือเอกสงัด ชลออยู่ เป็นหัวหน้าคณะ (8) กบฏ 1 เมษายน 2524 พลเอกสัณห์ จิตรปฏิมา เป็นหัวหน้าคณะ (9) กบฏ 9 กันยายน 2528 พันเอกมนูญ รูปขจร นายทหารนอกประจำการ และ (10) รัฐประหาร 23 กุมภาพันธ์ 2534 พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ เป็นหัวหน้าคณะ

ภายหลังการกบฏและการรัฐประหารทั้ง 10 ครั้งได้มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมเกี่ยวกับเหตุการณ์ดังกล่าว ดังนี้

(1) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินเมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2500 พ.ศ. 2500

---

[455] เพิ่งอ้าง, หน้า 28

(2) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 พ.ศ. 2502

(3) พระราชบัญญัติให้ความคุ้มครองและห้ามฟ้องบุคคลผู้ปฏิบัติการเกี่ยวกับมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2508

(4) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 พ.ศ. 2515

(5) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516

(6) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศ เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2519

(7) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2521

(8) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 31 มีนาคม ถึงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2524

(9) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 8 และวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2528 พ.ศ. 2531

(10) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการอันเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญาและความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2532

(11) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 พ.ศ. 2534

(12) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

กบฏเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2520 โดยที่มีการเสียชีวิตเมื่อมีการใช้อาวุธปืนสังหารพลตรีอรุณ ทวาทศิน ซึ่งถูกควบคุมตัวอยู่โดยอ้างว่าพลตรีอรุณฯเข้าแย่งปืน หลังจากฝ่ายกบฏถูกจับกุมและถูกดำเนินคดีในข้อหากบฏ โดยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83, 113, 114, 115, 116, 139, 364, และ 365 เฉพาะนายฉลาด หิรัญศิริ ยังมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 อันเป็นความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงาน

ซึ่งกระทำการตามหน้าที่และโดยกระทำทารุณโหดร้ายอีกกระทงหนึ่งด้วย รัฐบาลได้ใช้อำนาจตามมาตรา 21 ตัดสินลงโทษโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรม มีคำสั่งให้ถอดยศและประหารชีวิตนายฉลาด หิรัญศิริ และจำคุกตลอดชีวิตผู้ก่อการที่เหลือ 4 คน (คำสั่งลงวันที่ 21 เมษายน 2520) ซึ่งต่อมาได้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตเพิ่มอีก 8 คน รวมเป็น 12 คน ภายหลังทั้งหมดได้รับการนิรโทษกรรม เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2520[456] กบฏครั้งนี้นำไปสู่การลงโทษประหารชีวิตนายฉลาด หิรัญศิริเหตุผลสำคัญคงเนื่องมาจากความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่และโดยกระทำทารุณโหดร้ายในกรณีของพลตรี อรุณ ทวาทศิน

4.5.3 ช่วงปี พ.ศ. 2540 - ปัจจุบัน

ซึ่งมีการรัฐประหาร 2 ครั้ง คือการรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 และรัฐประหารเมื่อ 22 พฤษภาคม 2557

(1) กรณีรัฐประหารเมื่อ 19 กันยายน 2549 รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 บัญญัติไว้ในมาตรา 37 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษ และการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้น หรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

---

[456] เพิ่งอ้าง, หน้า 286

ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 309 บัญญัติว่า "บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและ การกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้"

(2) กรณีของการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 48 บัญญัติว่า "บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง"

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับถาวร คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ใช้บังคับ มาตรา 279 บัญญัติว่า "บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร

การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี

บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้ง การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

การตรากฎหมายนิรโทษกรรมก็ดี ล้างมลทินก็ดี ย่อมเป็นเครื่องป้องกันในการเอาผิดกับผู้กระทำการรัฐประหารก็ดี หรือผู้กระทำการกบฏก็ดี ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางอาญา ทางแพ่ง หรือในทางใด ๆ ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย

บทที่ 5
บทวิเคราะห์

การวิเคราะห์สภาพการณ์ของการใช้ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" ในประเทศไทยนั้นจะได้พิจารณาจากข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

5.1 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

จากการศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้งตามระบบกฎหมายไทย (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)) และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้วพบว่าแต่ละประเทศได้สร้างกลไกในทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายเป็นเครื่องมือในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามหากพิจารณาให้ละเอียดแล้วกลับพบว่าหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองในแต่ละระบบกฎหมายนั้นมีที่มาทางความคิด เป้าหมายที่เป็นรายละเอียด รวมถึงการตีความกฎหมายแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง ซึ่งท้ายที่สุดแล้วอาจทำให้เกิดผลทางกฎหมายและทางการเมืองแตกต่างกันออกไปด้วย ทั้งนี้ผู้วิจัยจะอธิบาย รวมถึงวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการดังกล่าวในแต่ละกลไกดังต่อไปนี้

5.1.1 กลไกในระดับรัฐธรรมนูญ

หัวใจสำคัญหรือแกนกลางของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ "การพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ดังนั้นกลไกต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดขึ้นทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงเป็นไปเพื่อการพิทักษ์สิ่งที่เรียกว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" ทั้งสิ้น ทั้งนี้เมื่อกล่าวถึงคำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นศาลรัฐธรรมนูญและคำอธิบายในทางวิชาการต่างให้ความหมายไปในทิศทางเดียวกันว่าได้แก่ "หลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" (Oberste Grundwerte der Verfassung) ซึ่งประกอบไปด้วย หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารงานโดยรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักการประกันความเป็นอิสระของศาล หลักการมีพรรคการเมืองหลาย

พรรค หลักความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง รวมถึง หลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย ดังนั้นการกระทำที่เป็นการทำลายหรือกระทบต่อหลักการพื้นฐานทั้งหลายดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่กระทบต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ซึ่งรัฐย่อมถูกเรียกร้องให้ใช้กลไกทั้งหลายที่มีเพื่อต่อต้านการกระทำในลักษณะดังกล่าว

ทั้งนี้ กลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันได้แก่

1) การกำหนดหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[457]

2) การยึดหรือการทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐานในกรณีที่บุคคลใช้เสรีภาพบางประการในลักษณะที่ต่อสู้ขัดขวางระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[458]

3) การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการสั่งยุบพรรคการเมืองที่พิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้นแล้วเป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยให้ถือว่าพรรคการเมืองเช่นว่านั้นเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[459]

4) การห้ามรวมกลุ่มหรือสมาคมที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ[460]

5) การกำหนดให้ประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ[461]

6) การกำหนดหน้าที่ในการภักดีต่อรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน[462]

7) การจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ รวมถึงการติดต่อทางไกล เพื่อรักษาไว้ซึ่งระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[463]

---

[457] ดูมาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน
[458] ดูมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน
[459] ดูมาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน
[460] ดูมาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน
[461] มาตรา 20 (4) กฎหมายพื้นฐาน
[462] ดูมาตรา 5 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน
[463] ดูมาตรา 10 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน

8) การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางในกรณีที่จำเป็น เพื่อปกป้องระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[464]

9) การให้สิทธิมลรัฐในการป้องกันอันตรายที่มีมาในลักษณะข่มขู่ต่อสถานภาพของรัฐหรือต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย[465] รวมถึง

10) การให้สิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าตุลาการดำเนินการที่ขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ[466]

สำหรับกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในประเทศชิลีนั้นถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1980 อย่างละเอียดชัดเจนถึงการกระทำของบุคคล กลุ่มบุคคลหรือพรรคการเมืองที่ขัดต่อหลักการของสาธารณรัฐ โดยระบุถึงรูปแบบของการกระทำในลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ เจตนาจะเผยแพร่หลักคำสอนที่พยายามต่อต้านครอบครัวหรือที่สนับสนุนความรุนแรงหรือแนวคิดเกี่ยวกับสังคม รัฐหรือคำสั่งของศาลอันมีลักษณะเป็นเผด็จการหรือหรือให้นำไปสู่สงคราม เช่นเดียวกับกลไกการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยในประเทศตุรกีถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2010) ใน 2 เรื่อง คือ การกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 4 และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 148 เรื่องหนึ่ง และมาตรการยุบพรรคการเมืองตามมาตรา 69 ประกอบมาตรา 68 อีกเรื่องหนึ่ง กรอบเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นรัฐธรรมนูญตุรกีมีการบัญญัติไว้ค่อนข้างละเอียด กล่าวคือ มาตรา 4 ได้เชื่อมโยงไปยังหลักการที่รับรองไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ได้แก่ ความเป็นสาธารณรัฐในมาตรา 1 คุณลักษณะของสาธารณรัฐในบทบัญญัติมาตรา 2 ได้แก่ หลักประชาธิปไตย ความเป็นรัฐฆราวาส ความเป็นรัฐสังคม ปกครองโดยยึดหลักนิติธรรม ภายใต้แนวคิดความสงบสุขสาธารณะ ความเป็นปึกแผ่นของชาติและความยุติธรรม การเคารพต่อสิทธิมนุษยชน ภักดีต่อลัทธิชาตินิยมของอาตาเติร์ก และตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ส่วนมาตรา 3 ได้กล่าวถึง หลักความเป็นรัฐเดี่ยวที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้

---

[464] ดูมาตรา 11 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน

[465] ดูมาตรา 91 กฎหมายพื้นฐาน

[466] ดูมาตรา 98 (2) กฎหมายพื้นฐาน

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ประเทศฝรั่งเศสซึ่งปกครองภายใต้ระบอบสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 4 หลุดพ้นจากความไม่มีเสถียรภาพของรัฐบาลและวิกฤตสงครามแอลจีเรีย โดยมีหลักการสำคัญคือสร้างความแข็งแกร่งให้กับฝ่ายบริหาร และในขณะเดียวกันก็ได้บัญญัติถึงบทบัญญัติที่กำหนดกลไกปกป้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญไว้ในสองระดับคือรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) และในกฎหมายพรรคการเมือง โดยหลักการคุ้มครองรัฐธรรมนูญนี้ได้ส่งผ่านไปยังองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ประธานาธิบดีในการกำหนดหน้าที่ในการดูแลให้มีการเคารพในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจะต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลการดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐให้เป็นไปโดยปกติและให้มีความต่อเนื่องของรัฐ และผู้ประกันความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนและการเคารพต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ หากประธานาธิบดีปฏิบัติหน้าที่โดยทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง ก็กำหนดให้ศาลอาญาชั้นสูงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดการกระทำนั้น นอกจากนี้ในกรณีที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจในการยุบสภาหรือกรณีใช้อำนาจพิเศษภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) ก็ได้กำหนดกลไกในการคุ้มครองความเป็นสถาบันแห่งรัฐและรัฐธรรมนูญโดยให้มีการถ่วงดุลตรวจสอบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประการสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักการคุ้มครอง

จะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศชิลีและประเทศตุรกี มีการบัญญัติถึงการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะที่ประเทศแคนาดามุ่งเน้นการคุ้มครองบทบัญญัติรัฐธรรมนูญผ่านกลไกในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่ได้ให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันสืบเนื่องมาจากกการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา ค.ศ. 1867 ถึง ค.ศ. 1982 การแก้ไขเพิ่มเติมส่วนใหญ่ทำโดยรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักร แต่อย่างไรก็ดี รัฐสภาแคนาดาได้ร้องขอให้รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรแก้ไขกระบวนการในส่วนนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญของแคนาดาเป็นอิสระอย่างสมบูรณ์จากสหราชอาณาจักร โดยได้บัญญัติไว้ในภาคที่ 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982 ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจเด็ดขาดของแคนาดา โดยได้กระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ 5 รูปแบบขึ้นกับสาระสำคัญและลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนด

ให้รัฐธรรมนูญของแคนาดาอาจแก้ไขได้โดยการประกาศของนายกรัฐมนตรีภายใต้การยินยอมตามมติของวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร

ในขณะที่เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ซึ่งได้แก่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 จะพบว่า แกนกลางหรือหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญ หรือสิ่งที่เป็นหลักการพื้นฐานที่สุดของรัฐธรรมนูญได้แก่ “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ทั้งนี้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้แทบทุกฉบับ ดังนั้น หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงเป็นคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่ผูกพันอำนาจในการใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงให้คำนึงถึงการรักษาคุณค่าดังกล่าว และรัฐธรรมนูญจะต้องมีกลไกหรือเครื่องมือในการรักษาคุณค่าดังกล่าวเอาไว้ให้ได้ด้วย อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้เคยกล่าวไปแล้วว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” เป็นหลักการหรือคุณค่าพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญ เท่ากับเป็นการรับรองคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญสองประการให้อยู่ในระดับเดียวกัน คือระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งการรับรองคุณค่าทั้งสองประการให้อยู่ในระดับเดียวกันนั้นอาจนำไปสู่สิ่งที่เรียกว่า “การปะทะกันระหว่างคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจส่งผลต่อการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่อไปได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) จะพบว่า มีการกำหนดกลไกในทางรัฐธรรมนูญหลายประการเพื่อเป็นการรักษาคุณค่าพื้นฐานที่เรียกว่า “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ด้วย ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดหลักการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบหลักการพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญเอาไว้ในมาตรา 255 ความว่า “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้”

2) การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้บุคคลเลิกกระทำการที่มีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในมาตรา 49 ความว่า "บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไม่ได้" และวรรคสองของมาตราดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า "ผู้ใดทราบว่ามีการกระทำตามวรรคหนึ่ง ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้" วรรคสามของมาตราดังกล่าวกำหนดต่อไปว่า "ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอหรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้" ทั้งนี้ "การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำตามวรรคหนึ่ง"[467]

---

[467] มาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 มีเนื้อหาใกล้เคียงกับมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แต่ได้มีการตัดเนื้อหาหรือถ้อยคำสำคัญบางประการออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติถึง "การใช้เสรีภาพของบุคคลหรือพรรคการเมืองเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" และให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการดังกล่าวด้วย

แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 มาตรา 49 นั้นกลับบัญญัติถึงการใช้เสรีภาพของบุคคลที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเท่านั้น และไม่ได้กล่าวถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองเอาไว้ในมาตรานี้ด้วย ทั้งนี้มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า "บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้ ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบการะเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว"

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองตามวรรคสาม ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่ถูกยุบในขณะที่กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งดังกล่าว"

3) การกำหนดให้การจัดตั้งพรรคการเมืองจะต้องเป็นไปตามวิถีทางของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในมาตรา 45 ความว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ" และในวรรคสองบัญญัติต่อไปว่า "กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารพรรคการเมือง ซึ่งต้องกำหนดให้เป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบายและการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง และกำหนดมาตรการให้สามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น รวมทั้งมาตรการกำกับดูแลมิให้สมาชิกของพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง"[468]

---

[468] มาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 มีเนื้อหาทำนองเดียวกับมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 แต่อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า แม้มาตรา มาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 จะมีการกล่าวถึงหน้าที่ในการจัดตั้งพรรคการเมืองให้เป็นไปตามวิถีทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ในแง่เนื้อหาแล้ว ต้องนับว่า มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้กล่าวถึงหน้าที่ของพรรคการเมืองต่อหลักการพื้นฐานการปกครองของรัฐไว้ได้ชัดเจนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 อย่างมาก ทั้งนี้ มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีเนื้อหาว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

การจัดองค์กรภายใน การดำเนินกิจการ และข้อบังคับของพรรคการเมืองต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองตามจำนวนที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งเห็นว่ามติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามติหรือข้อบังคับดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ให้มติหรือข้อบังคับนั้นเป็นอันยกเลิกไป

4) การกำหนดหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยเอาไว้ในมาตรา 50 (1) ความว่า "บุคคลมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"[469] นอกจากนี้มาตรา 52 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ยังกำหนดหน้าที่ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะอีกว่า "รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูต และการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ กำลังทหารให้ใช้เพื่อการพัฒนาประเทศด้วย"

มีข้อน่าสังเกตเป็นประการเบื้องต้นว่า กฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีได้รับรองกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยไว้กว้างกว่าและหลากหลายกว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) หรือแม้กระทั่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับ พ.ศ. 2550 กลับพบอีกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้รับรองกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไว้กว้างกว่าและชัดเจนกว่าที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในการร่างรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังไม่ได้คำนึงถึงหรือยังไม่ได้นำแนวคิดในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยที่ถูกพัฒนาขึ้นในต่างประเทศมาใช้ประกอบการร่างรัฐธรรมนูญมากนัก

5.1.2 กลไกระดับพระราชบัญญัติ

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นนอกเหนือจากการกำหนดกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดแล้ว ยังมีความพยายามทำให้แนวคิดดังกล่าวเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติด้วยการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับ

---

[469] เป็นที่น่าสังเกตว่าเนื้อหาทำนองดังกล่าวนั้นได้เคยถูกกำหนดไว้เป็นสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญในมาตรา 69 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ซึ่งมาตราดังกล่าวได้กล่าวถึงการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญไว้ค่อนข้างชัดเจนกว่ามาตรา 50 (1) ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ทั้งนี้มาตรา 69 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีเนื้อหาว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้"

รัฐบัญญัติเพื่อให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารใช้กลไกทางกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามแนวคิดในการปกป้องตนเองของระบอบประชาธิปไตยด้วย โดยกฎหมายที่กำหนดกลไกและเครื่องมือเช่นว่านั้นให้แก่ฝ่ายบริหารได้แก่ "รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" โดยกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาในประการสำคัญเกี่ยวกับการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยดังต่อไปนี้

1) ให้มีการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่า "องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ขึ้น โดยให้มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองของสหพันธ์และของมลรัฐต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่ในการร่วมมือกันในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย

2) หลักการสำคัญของการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในความหมายของรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้แก่ "การพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung)

3) หน้าที่ขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ได้แก่

- การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย
- การวิเคราะห์และประเมินผลข้อมูลข่าวสารที่ได้มานั้น รวมถึง
- การส่งต่อข้อมูลและข่าวสารนั้นไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ดำเนินการต่อไป

4) องค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ให้อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และถูกควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่โดยรัฐสภา

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นนอกจากกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีกฎหมายเกี่ยวกับการรวมกลุ่ม และกฎหมายพรรคการเมืองที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันมิให้การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญถูกล่วงละเมิด ทั้งนี้ภายใต้พื้นฐานทางวิวัฒนาการของระบบพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบหลายพรรค สืบเนื่องมาจากความแตกแยกภายในสังคมของประเทศฝรั่งเศสที่ทำให้เกิดกลุ่มต่าง ๆ ที่มีความคิดเห็นขัดแย้งกันจนไม่สามารถรวมกันเป็นพรรคใหญ่ได้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้มีการรวมกลุ่มทางการเมืองที่อาจมีวัตถุประสงค์และมีการดำเนินงานที่มี

ลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองและรัฐธรรมนูญ จากที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่ามีการยุบเลิกพรรคการเมืองเกิดขึ้นอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งมีเหตุประการสำคัญที่ทำให้พรรคการเมืองหรือกลุ่มทางการเมืองต้องถูกยุบเลิกไปส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่กลุ่มหรือพรรคการเมืองมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการบั่นทอนหรือทำลายระบอบการปกครองในรูปแบบสาธารณรัฐ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดนของประเทศฝรั่งเศสหรือมีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวกันอันเป็นการขัดต่อรูปแบบการปกครองของประเทศ

สำหรับกฎหมายไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่า แนวคิดของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้นยังไม่ได้รับการนำมาบัญญัติในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยตรง รวมถึงยังไม่มีการสร้างเครื่องมือทางกฎหมายขึ้นโดยตรงเพื่อให้อำนาจฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองใช้ในการปกป้องรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า มีการให้อำนาจขององค์กรของรัฐบางองค์กร โดยเฉพาะต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการลงโทษบุคคลและพรรคการเมืองที่กระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักการพื้นฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยดังต่อไปนี้

1) การกำหนดให้ข้อบังคับของพรรคการเมืองต้องไม่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และต้องไม่เปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ[470]

2) การกำหนดไว้ในมาตรา 23 ว่า “ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อย่างน้อยแต่ละปี พรรคการเมืองต้องมีกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้ (1) ส่งเสริมให้สมาชิกและประชาชนมีความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างมีเหตุผลและความรับผิดชอบต่อสังคม และความรู้เกี่ยวกับหน้าที่ของปวงชนชาวไทย”

3) กำหนดไว้ในมาตรา 44 ว่า “ห้ามมิให้พรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งในพรรคการเมือง และสมาชิกรับบริจาคจากผู้ใดเพื่อกระทำการหรือสนับสนุนการกระทำ

---

[470] มาตรา 14 (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2561

อันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน”

4) กำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 92 ว่า “เมื่อคณะกรรมการมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

1. กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2. กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3. กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 20 วรรคสอง มาตรา 28 มาตรา 30 มาตรา 36 มาตรา 44 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 72 หรือมาตรา 74

4. มีเหตุอันจะต้องยุบพรรคการเมืองตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองกระทำการตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ซึ่งถูกกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตามระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทย อาจสรุปข้อแตกต่างในประการดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

1. ระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารร่วมทำหน้าที่เชิงรุกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ด้วยการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการสืบหาข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทำให้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ซึ่งเป็นหลักการที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นสามารถบรรลุผลได้ในทางปฏิบัติ ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยนั้นยังไม่มีการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการปฏิบัติภารกิจในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ความเข้าใจเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย รวมถึงขอบเขตของการทำหน้าที่ดังกล่าว ในทั้งสองระบบกฎหมาย

ยังมีความแตกต่างกัน ทำให้การกำหนดกลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในทั้งสองระบบกฎหมายมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

2. มีข้อสังเกตในประการสำคัญอีกว่า กลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในทั้งสองระบบกฎหมาย โดยเฉพาะมาตรการยุบพรรคการเมืองนั้นมีความแตกต่างในประการสำคัญหลายประการ ในประการแรกนั้น มาตรการยุบพรรคการเมืองและขอบเขตในการใช้อำนาจยุบพรรคการเมืองตามระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ถูกกำหนดเอาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในขณะที่กลไกการยุบพรรคการเมือง รวบถึงขอบเขตและเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทยนั้น โดยส่วนใหญ่ถูกกำหนดเอาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องความชอบธรรมทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญของมาตรการยุบพรรคการเมืองที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย ว่ามีระดับความชอบธรรมเพียงพอหรือไม่ในการยุบพรรคการเมือง ซึ่งเป็นการกระทบเสรีภาพของพรรคการเมือง ซึ่งเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ในประการที่สองนั้นเราอาจตั้งข้อสังเกตต่อไปด้วยว่า ขอบเขตในการใช้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานนั้น ถูกกำหนดเอาไว้ค่อนข้างแคบกว่าในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ในระบบรัฐธรรมนูญเยอรมัน พรรคการเมืองซึ่งมีเสรีภาพทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญนั้น จะถูกยุบได้เฉพาะกรณีที่ได้ดำเนินการที่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งหมายถึงเป็นการกระทำที่มีความตั้งใจและความมุ่งหมายอย่างแท้จริงที่จะทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญ โดยมีลักษณะที่เป็นการกระทำที่รุนแรงและก้าวร้าวเพื่อเปลี่ยนแปลงประเทศไปในทิศทางอื่นที่ไม่ใช่การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยนั้นจะกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองไว้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือนอกเหนือจากการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว การกระทำผิดกฎหมายของพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง โดยเฉพาะการกระทำผิดกฎหมายเลือกตั้ง ย่อมเป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองด้วย ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทยนั้น สามารถทำได้ง่ายกว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งการที่พรรคการเมืองถูกยุบลงได้โดยง่ายนั้น ย่อมกระทบต่อเสรีภาพของ

พรรคการเมืองในการเข้าร่วมก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน และการยุบพรรคการเมืองที่เกิดขึ้นประเทศไทยนั้นย่อมมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่ปัญหาและข้อพิพาททางการเมืองซึ่งเป็นผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อไปด้วย

5.2 การใช้ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" ในประเทศไทย

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงที่มาของข้อความคิดว่าด้วยหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Militant Democracy) ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย รวมถึงปัญหาและอุปสรรคของการปรับใช้หลักการดังกล่าวในทั้งสองระบบกฎหมายแล้วนั้น จากการศึกษาพบปัญหาที่สำคัญรวม 6 ประการ ดังนี้

5.2.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการพื้นฐานหรือคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย"

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับในกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่าในระบบกฎหมายไทยรวมถึงในระบบรัฐธรรมนูญไทยนั้นมีปัญหาประการสำคัญที่สุด ได้แก่ ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนว่า "อะไรคือสิ่งที่เป็นหลักการพื้นฐานหรือเป็นคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย" ซึ่งปัญหานี้เองเป็นปัญหาที่ส่งผลต่อการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงส่งผลต่อการกำหนดหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทั้งหลายด้วย กล่าวให้แคบที่สุด ทั้งในทางวิชาการและในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้ความหมายและขอบเขตที่ชัดเจนของคำว่า "หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" และการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการพิพากษาคดีตามกฎหมายจะต้องมีเป้าหมายเพื่อการพิทักษ์หลักการพื้นฐานดังกล่าว หรือจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานดังกล่าวด้วย และในกรณีที่มีคุณค่าอื่นใดที่มาปะทะหรือขัดแย้งกับหลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย องค์กรของรัฐทั้งหลายโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำการชั่งน้ำหนักว่าหลักการใดที่มีคุณค่าสูงสุด และตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดดังกล่าวนั้น

ทั้งนี้ ผลของการตีความรัฐธรรมนูญในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราวนั้นควรจะต้องถือว่า คุณค่าในทางประชาธิปไตยหรือการพิทักษ์หลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย

เป็นเป้าหมายสูงสุดของการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งคุณค่าพื้นฐานเช่นว่านั้น ได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่เคารพฝ่ายข้างน้อย หลักการบริหารงานโดยรับผิดชอบของรัฐบาล หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรคและการรักษาความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง เป็นต้น

5.2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย

สืบเนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนว่าอะไรคือคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญและคุณค่าสูงสุดของระบอบประชาธิปไตย ย่อมทำให้กลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยเกิดความพร่าเลือนตามไปด้วย ทั้งนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและในกฎหมายฉบับต่าง ๆ นั้นยังมีความไม่ชัดเจนว่า เป็นกลไกที่มุ่งพิทักษ์หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือไม่ ทั้งนี้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น จะต้องรักษาไว้ซึ่งคุณค่าทั้งสองด้านให้ได้ดุลยภาพกัน ซึ่งได้แก่ การพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองทั้งหลาย ดังนั้นกลไกเช่นว่านั้นไม่ควรกำหนดให้องค์กรของรัฐโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญมีดุลพินิจมากเกินไป จนทำให้การใช้อำนาจเพื่อการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและรอบประชาธิปไตยนั้น มีผลเป็นการทำลายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและของพรรคการเมืองทั้งหลายลงโดยสิ้นเชิง

ในประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อเสนอว่า ในการกำหนดกลไกการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐอื่น ๆ นั้นจะต้องมีความชัดเจนว่าสามารถใช้อำนาจได้ในขอบเขตเพียงใด รวมถึงมีเงื่อนไขก่อนการตัดสินใจใช้อำนาจที่ชัดเจนอย่างไรบ้าง ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องระบุไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองให้มีความชัดเจนว่า กรณีใดบ้างที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการชี้ขาดและกำหนดผลให้มีการยุบพรรคการเมือง ทั้งนี้ในการกำหนดกลไกดังกล่าวจะต้องทำให้เห็นได้อย่างชัดแจ้งด้วยว่า ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทั้งหลายมีอำนาจ

จำกัด และอาจตัดสินยุบพรรคการเมืองซึ่งเป็นการกระทบเสรีภาพของพรรคการเมืองอย่างมากนั้น ได้เฉพาะเมื่อเกิดกรณีที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจตนเองไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เพื่อให้การตัดสินยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ ความชอบธรรมทางการเมือง รวมทั้งความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้น กลไกที่มอบอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองนั้น ควรถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการชัดแจ้งเท่านั้น นอกจากนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองไม่ควรมีข้อความที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่กว้างหรือมากไปกว่าที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญและในทางการเมืองของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเหตุในการยุบพรรคการเมืองในมาตรา 92 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า

"เมื่อคณะกรรมการมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

1. กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

2. กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3. กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 20 วรรคสอง มาตรา 28 มาตรา 30 มาตรา 36 มาตรา 44 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 72 หรือมาตรา 74

4. มีเหตุอันจะต้องยุบพรรคการเมืองตามที่กฎหมายกำหนด

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการไต่สวนแล้ว มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองกระทำการตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง และเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้น"

จะพบว่า เหตุในการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 สามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่

1. กลุ่มที่เป็นการตอบโต้การกระทำที่เป็นอันตรายต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยตรง ได้แก่ 1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งไม่ได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และ 2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งกลไกเช่นว่านี้อาจกล่าวได้ว่ามีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

2. กลุ่มที่เป็นการตอบโต้การดำเนินการของพรรคการเมืองที่มีลักษณะขัดต่อกฎหมายเลือกตั้ง ซึ่งเป็นเรื่องในทางเทคนิค รวมถึงการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพิ่มเติมว่า จะกำหนดให้มีการยุบพรรคการเมืองจากเหตุอื่น ๆ ได้ด้วย ดังที่มาตรา 92 บัญญัติว่า “พรรคการเมืองอาจถูกยุบหากกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 20 วรรคสอง มาตรา 28 มาตรา 30 มาตรา 36 มาตรา 44 มาตรา 45 มาตรา 46 มาตรา 72 หรือมาตรา 74 รวมถึงหากฝ่าฝืนเหตุอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด”

นอกจากนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เหตุในการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 นั้นถูกกำหนดเอาไว้กว้างกว่าในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาระดับความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญของคำสั่งยุบพรรคการเมือง เหตุในการยุบพรรคการเมืองควรถูกกำหนดเอาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ และควรกำหนดให้แคบเฉพาะการยุบพรรคการเมืองที่เป็นการตอบโต้การกระทำที่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างแท้จริงเท่านั้น ทั้งนี้ไม่ควรรวมถึงการกระทำของพรรคการเมืองทั้งหลายที่มีลักษณะเป็นแต่เพียงการขัดต่อกฎหมายเลือกตั้ง หรือกฎหมายในทางเทคนิคเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะ คือการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติเป็นหลัก การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตามหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลแบบเฉพาะเจาะจง (Enumerationsprinzip) ซึ่งอธิบายได้ว่า เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจะต้องถูกกำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ อย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และไม่สามารถตีความขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกไปจนเกินกว่าเจตนารมณ์ของ

รัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติเปิดช่องให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมไปจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐสภาก็ย่อมไม่สามารถออกกฎหมาย "ขยาย" หรือเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งแตกต่างจากการกำหนดเขตอำนาจศาลยุติธรรมและศาลปกครอง[471]

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น เนื่องจากกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจรัฐสภาในการตรากฎหมายเพิ่มเติมอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดแจ้ง กรณีจึงไม่มีปัญหาในทางปฏิบัติ แม้กระนั้นในทางวิชาการก็เห็นกันว่ารัฐสภาไม่สามารถบัญญัติกฎหมายขยายอำนาจศาลรัฐธรรมนูญอย่างใดก็ได้ แต่อำนาจที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมนั้นจะต้องเป็นอำนาจที่เกี่ยวเนื่องกับอำนาจที่ปรากฏอยู่แล้วในรัฐธรรมนูญ สำหรับในระบบกฎหมายฝรั่งเศสฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายขยายอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ การบัญญัติอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมนั้นจะต้องกระทำโดยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[472]

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากสถานะและภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ "พระราชบัญญัติ" และ "พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ" ซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจของรัฐสภา หรืออาจเรียกว่าเป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" โดยนัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ตรวจสอบย่อมมีสถานะเหนือกว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้ถูกตรวจสอบ ดังนั้นโดย "ตรรกะ" แล้วการเพิ่มเติมเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยกระบวนการทางรัฐสภาหรือโดยนิติกรรมทางนิติบัญญัติซึ่งตามสภาพของความสัมพันธ์แล้วย่อมถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น หากยอมรับอำนาจของ

---

[471] บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, เพิ่งอ้าง, หน้า 175 – 177; บรรเจิด สิงคะเนติ, "บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 เรื่อง ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ," ใน รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547, หน้า 29, 33-34; และวรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546, หน้า 24.

[472] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, หน้า 126.

รัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายขยายหรือเพิ่มเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญได้ ผลประการต่อมาก็จะกลายเป็นว่ารัฐสภาย่อมมีอำนาจบัญญัติกฎหมายลดหรือตัดทอนเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ตนได้เคยให้ไว้ได้ดุจเดียวกัน สภาพการณ์ดังกล่าวนี้เองที่จะสร้างความสับสนและไร้ระเบียบ (disorder) ขึ้นในโครงสร้างของสถาบันการเมืองและระบบกฎหมายของรัฐ ทำให้โครงสร้างความสัมพันธ์เชิงอำนาจหน้าที่ของสถาบันการเมืองระดับสูงที่รัฐธรรมนูญได้วางไว้ต้องเสียไป

นอกจากนี้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญยังก่อให้เกิดผลกระทบต่อองค์กรอื่นและต่อสังคมค่อนข้างสูง เช่น หากวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งเรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ” เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจมากเช่นนี้ การตีความเขตอำนาจก็ยิ่งควรตีความอย่างจำกัด ไม่ควรตีความหรือบัญญัติกฎหมายเป็นการขยายขอบเขตอำนาจขององค์กรให้กว้างเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันจะกระทบต่อดุลยภาพขององค์กรต่าง ๆ

อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นก็หาใช่หลักการเคร่งครัดเด็ดขาดถึงขนาดว่ารัฐสภาไม่สามารถบัญญัติกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญหรือเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญได้เลย หากแต่ในกรณีที่ตัวบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองได้บัญญัติ “ยินยอม” ให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยมีบทบัญญัติที่ชัดแจ้งและเจาะจงให้รัฐสภาสามารถบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าอำนาจหน้าที่ที่จะบัญญัติขึ้นใหม่นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่แต่เดิมของศาลรัฐธรรมนูญด้วย เช่นนี้รัฐสภาก็สามารถออกกฎหมายโดยอาศัยอำนาจดังกล่าวที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้[473]

5.2.3 ปัญหาการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

ปัญหาที่ส่งผลโดยตรงต่อความสำเร็จหรือความล้มเหลวในการใช้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ได้แก่ ปัญหาการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะพบ

---

[473] ณานิทธิ์ สันตะพันธุ์, เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 71-72.

ปัญหาพื้นฐานว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะตีความอำนาจในการยุบพรรคการเมืองของตนให้กว้างขวางออกไปกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งเป็นปัญหาโดยตรงที่ทำให้พรรคการเมืองทั้งหลายถูกยุบได้ง่ายเกินไป และเป็นการกระทบต่อการใช้เสรีภาพทางการเมืองของประชาชนและพรรคการเมืองโดยตรง ทั้งนี้ปัญหาที่พบในการใช้และการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญได้แก่ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมักนำเหตุในการยุบพรรคการเมือง 2 ประการมาใช้ปะปนกันไป ได้แก่ การตอบโต้การกระทำที่เป็นการกระทบหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยโดยตรง กับการกระทำที่เป็นเพียงการขัดต่อกฎหมายเลือกตั้ง ทั้งนี้ในทางทฤษฎีนั้น การกระทำของพรรคการเมืองที่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยเสมอไป ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรเอาสองเรื่องดังกล่าวมาปะปนกัน และควรวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองเฉพาะกรณีที่พรรคการเมืองนั้นมีเป้าหมายในการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างแท้จริงเท่านั้น ในประการสุดท้าย เพื่อให้สอดคล้องกับที่มาในทางทฤษฎีของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ศาลรัฐธรรมนูญควรยึดหลักการจำกัดอำนาจตนเอง (Judicial self-restraint) ในการใช้อำนาจวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองด้วย ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญควรจะตัดสินยุบพรรคการเมืองเฉพาะกรณีที่ได้ความอย่างชัดแจ้งและปราศจากข้อสงสัยว่า พรรคการเมืองนั้น ๆ มีความมุ่งหมายอย่างแท้จริงในการทำลายระบอบประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ ความพยายามในการนำพาประเทศไปในทิศทางทางการเมืองอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดอำนาจตนเองโดยการไม่ยุบพรรคการเมืองที่เพียงแต่ดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายเท่านั้น โดยแนวทางเช่นว่านี้เองที่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญรักษาประโยชน์ทั้งสองด้านให้ได้ดุลยภาพกัน ได้แก่ การรักษาหน้าที่ตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ และการรักษาสิทธิเสรีภาพ รวมถึงเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนและของพรรคการเมือง ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจะต้องรับบทบาทหลักในการรักษาและการพัฒนาข้อความคิดว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยให้เกิดขึ้นให้ได้

5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ

เมื่อได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในประเทศไทยกับบางประเทศจะพบว่า ในบางประเทศ โดยเฉพาะในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นได้มีการจัดหน่วยหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญขึ้นมา โดยให้มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพื่อทำหน้าที่ในการสืบหาข่าวเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย และเพื่อส่งต่อข้อมูลข่าวสารในเรื่องดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยการดำเนินงานของหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญเช่นว่านี้จะต้องเป็นอิสระจากหน่วยงานความมั่นคงอื่น ๆ เช่นตำรวจและทหาร อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาว่าสมควรนำรูปแบบการจัดตั้งหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญเช่นว่านั้นมาใช้ในประเทศไทยหรือไม่ ผู้วิจัยกลับมีความเห็นว่า การนำรูปแบบดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยน่าจะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการด้วยกัน ทั้งนี้เพราะในระบบดังกล่าว มีความยากลำบากเป็นอย่างยิ่งที่จะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญว่าได้ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองหรือไม่ และในภาวะที่ความเป็นนิติรัฐยังไม่ถูกสถาปนาขึ้นอย่างแท้จริงในประเทศไทย การนำกลไกดังกล่าวมาใช้ อาจกลายมาเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองที่จะใช้เป็นอาวุธทำลายพรรคการเมืองอื่น ๆ ได้ ดังนั้นผู้วิจัยมีความเห็นว่าองค์กรที่ควรมีบทบาทหลักในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ยังคงเป็นศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะเป็นการกระทำหน้าที่ในเชิงรับหรือเชิงตั้งรับก็ตาม

5.2.5 ปัญหาการรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการแสดงเจตจำนงในการเข้าชื่อเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างจำกัด และกำหนดให้สาระสำคัญบางประการมิอาจถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งคือการที่รัฐธรรมนูญได้สร้างกลไกในการคุ้มครองความมั่นคงของรัฐธรรมนูญตามหลักการเรื่องประชาธิปไตยปกป้องตนเองเช่นกัน แต่อย่างไรก็ดีจากสถานการณ์ทางการเมืองและแนวความคิดทางการเมืองของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลรวมทั้งพรรคการเมืองของไทยในปัจจุบันพบว่า มีกระแสต่อต้านรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ทั้งในเรื่องที่มาและเนื้อหาบางประการ และยิ่งไปกว่านั้นได้มีแนวทางในการรวมตัวของผู้มีแนวคิดเช่นเดียวกันในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยกล่าวว่าเป็นการใช้วิถีทางประชาธิปไตยทั้งกระบวนการทางรัฐสภาและกระบวนการภายนอกรัฐสภา ในประเด็นสถานการณ์ดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าในการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแม้มีบทบัญญัติในหมวด 15 กำหนดขั้นตอนและกระบวนการไว้ที่มีความซับซ้อนกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และ (พุทธศักราช 2550) ก็ตาม รวมทั้งมีกรณีที่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ดังนี้จึงเป็นการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีการปลุกระดมมวลชนทั้งในฐานะบุคคล กลุ่มบุคคลหรือพรรคการเมืองให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เช่นนี้เห็นว่าเป็นการกระทำที่มุ่งต่อสถานะของรัฐธรรมนูญ อันหมายความว่า มิได้มุ่งหมายให้มีการแก้ไขตามครรลองแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการริเริ่มให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งไม่ได้มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรองรับไว้ให้กระทำได้ เช่นนี้กรณีจึงมีข้อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ หรือเป็นการล้มล้างคุณค่าของรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีดังกล่าว ปรากฏในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยที่ได้บัญญัติบทลงโทษไว้ในมาตรา 92 (2) ว่า “เมื่อคณะกรรมการมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ ให้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น

(2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (...)”

แต่อย่างไรก็ดีที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยในทางที่จะทำให้เห็นว่ามาตรา 92 พรป.ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีผลขยายวงไปเพียงใด มีแต่คำวินิจฉัยที่ 3/2562 กรณียุบพรรคไทยรักษาชาติเท่านั้น กรณีดังกล่าวข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญจึงควรวางบทบาทในเชิงรุกในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นบรรทัดฐานต่อไป

5.2.6 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมือง

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) จะได้รับรองมาตรการและกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไว้หลายประการ ทั้งนี้เพื่อการพิทักษ์ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ก็ตาม แต่เมื่อเราพิจารณาบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญที่รองรับหลักการดังกล่าว จะพบว่ามีปัญหาความไม่ชัดเจน หรือการขาดรายละเอียดที่แน่นอนชัดเจน ซึ่งอาจส่งผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองทั้งหลายได้ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้รับรองหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้หรือการพิทักษ์ "ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ไว้ในบทบัญญัติอย่างน้อยที่สุด 4 มาตราด้วยกัน ได้แก่ 1) การกำหนดหลักการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบหลักการพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญ (มาตรา 255) 2) การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้บุคคลเลิกกระทำการที่มีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (มาตรา 49) 3) การกำหนดให้การจัดตั้งพรรคการเมืองจะต้องเป็นไปตามวิถีทางของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 45) และการกำหนดหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย (มาตรา 50)

ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า "มาตรการยุบพรรคการเมือง" ซึ่งเป็นมาตรการที่มีความสำคัญที่สุดของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น กลับไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 โดยตรง แต่กลับไปปรากฏอยู่ในมาตรา 92 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งดังที่เคยได้อธิบายไปแล้วว่า เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 92 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วกลับพบว่า กฎหมายได้กำหนดอำนาจในการยุบพรรคการเมืองกว้างไปกว่าเป้าหมายของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กล่าวคือ ได้กำหนดให้ทั้งการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองและระบอบประชาธิปไตย รวมถึงการกระทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยและการกระทำอื่น ๆ ที่เป็นแต่เพียงการการทำผิดหรือขัดต่อกฎหมายเลือกตั้งนั้น

เป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองทั้งสิ้น ซึ่งการใช้กลไกตามกฎหมายดังกล่าวนั้นอาจมีผลเป็นการทำลายเสรีภาพของพรรคการเมืองในการเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองร่วมกับประชาชน ดังนั้นจึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กำหนดให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองนั้นจะต้องถูกกำหนดเอาไว้โดยตรงและชัดแจ้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจำต้องกำหนดให้เหตุในการยุบพรรคการเมืองมีลักษณะที่แคบ กล่าวคือพรรคการเมืองจะต้องถูกยุบ เฉพาะกรณีที่ได้ความอย่างชัดแจ้งว่าพรรคการเมืองดังกล่าวได้ดำเนินการอย่างจริงจังและมีแบบแผนในการที่จะล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นความพยายามที่จะนำพารัฐไปสู่รูปแบบการปกครองอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น

นอกเหนือจากนั้นในบทบัญญัติบางมาตราที่รับรองหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ก็ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะมาตรา 49 ที่กำหนดว่า "บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไม่ได้" ทั้งนี้ "ผู้ใดที่ทราบว่ามีการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้" และท้ายที่สุดมาตราดังกล่าวยังกำหนดต่อไปว่า "ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ ทั้งนี้ การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำตามวรรคหนึ่ง" จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 49 ข้างต้นมีปัญหาความไม่ชัดเจนอย่างน้อย 2 ประการด้วยกัน ได้แก่ 1) ว่าใครบ้างที่เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอย่างแท้จริงในการยื่นคำร้องผ่านอัยการสูงสุดหรือยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดว่ามีการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ 2) ไม่มีเกณฑ์ในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญที่ชัดเจนว่ากรณีใดที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกคำสั่งตามมาตรา 49 นี้

ทั้งนี้ในเรื่องสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญนี้เห็นสมควรที่จะต้องทำการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งได้รับการรับรองไว้ใน

มาตรา 20 (4) ความว่า “ประชาชนชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลทั้งหลายที่กระทำการกระทบต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้” ผู้วิจัยได้เคยอธิบายเรื่องดังกล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ว่า บทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้น เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีที่ใช้ในทางปฏิบัติ หรือเป็นเพียงบทบัญญัติที่เป็นสัญลักษณ์ของความพยายามในการปกป้องรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า มาตรา 20 (4) ดังกล่าวให้สิทธิประชาชนในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองได้เฉพาะกรณีที่ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้หรือจะแก้สถานการณ์ดังกล่าวได้ ดังนั้นก่อนที่จะใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้จะต้องปรากฏว่าได้มีความพยายามในการใช้เครื่องมือหรือมาตราการทางกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมดแล้ว แต่ยังไม่สามารถป้องกันเหตุดังกล่าวได้ ทั้งนี้มีข้อสังเกตตามระบบกฎหมายเยอรมันที่สำคัญอยู่ว่า โดยหลักแล้ว บุคคลทั้งหลายย่อมไม่อาจอ้างบทบัญญัติมาตรา 20 (4) ในเรื่องการต่อต้านการล้มล้างการปกครองนี้ขึ้นยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามปกติได้ เว้นเสียแต่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้จะมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐและรัฐธรรมนูญเท่านั้น ที่ถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นปฏิปักษ์ต่อระบอบประชาธิปไตย อันจะก่อให้เกิดสิทธิในการต่อต้านของประชาชนได้ หากว่าใช้มาตรการอื่น ๆ แล้วยังไม่เป็นผลสำเร็จ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบความแตกต่างว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้บุคคลทั้งหลาย “มีอำนาจเป็นการทั่วไป” ในการที่จะยื่นคำร้องผ่านอัยการสูงสุด หรือยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งห้ามบุคคลหรือองค์กรของรัฐกระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวของประชาชนจึงทำได้โดยง่าย และผลที่สำคัญก็คือ “เป็นการเปิดโอกาสอย่างกว้าง” ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการที่จะออกคำสั่งว่าการกระทำของบุคคลหรือองค์กรใดเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างกว้างขวางในเรื่องดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจมีอำนาจในการที่จะยับยั้งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา โดยถือว่าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ด้วย ดังนั้นในบทบัญญัติมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ควรกำหนดกรอบให้

มีความชัดเจนด้วยว่า การกระทำใดที่ถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการล้มล้างการปกครอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจำกัดดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้นควรกำหนดให้มีความชัดเจนว่าบุคคลใดหรือองค์กรใดบ้างที่เป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาในเรื่องดังกล่าวด้วย

5.3 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการรัฐประหารและกบฏ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลไทยที่ได้เคยพิพากษาในประเด็นปัญหาทางกฎหมายของสถานะแห่งผู้ถืออำนาจรัฐ หรือ “รัฏฐาธิปัตย์” ภายหลังการยึดอำนาจหรือการรัฐประหารตลอดจนผู้ที่ยึดอำนาจไม่สำเร็จซึ่งมีความผิดฐานเป็นกบฏ โดยจะแบ่งการนำเสนอออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ คำพิพากษาเกี่ยวกับการยึดอำนาจและผู้ยึดกุมอำนาจ “รัฏฐาธิปัตย์” (5.2.2.1) และคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการเป็นกบฏ (5.2.2.2)

5.3.1 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการยึดอำนาจและผู้ยึดอำนาจกุมอำนาจ “รัฏฐาธิปัตย์”

ในหัวข้อนี้จะแบ่งการศึกษาวิเคราะห์แนวคำพิพากษาในระบบศาลต่าง ๆ อันได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา (5.3.1.1) คำพิพากษาศาลปกครอง (5.3.1.2) และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (5.3.1.3)

5.3.1.1 คำพิพากษาศาลฎีกา

จากการศึกษาค้นคว้าผู้วิจัยพบคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยหรืออรรถาธิบายเกี่ยวกับความเป็น “รัฏฐาธิปัตย์” หรือผู้ถืออำนาจรัฐภายหลังการรัฐประหารไว้ 3 ฉบับด้วยกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 166/2505 และคำสั่งศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่) ดังจะนำเสนอตามลำดับ ดังนี้

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496

นายทองเย็น หลีละเมียร เป็นโจทก์ ยื่นฟ้องกระทรวงการคลัง โดย ม.จ.วิวัฒน์ชัย ชัยยันต์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง กับพวกเป็นจำเลย

คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยที่ 2 เป็นรัฐมนตรีว่าการได้สั่งปลดโจทก์ ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงการคลังออกจากราชการตามคำสั่งที่ 472/2490 โดยไม่มีบำเหน็จบำนาญ ทั้งที่โดยจำเลยที่ 2 ไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะปลดโจทก์ออกจากราชการได้ เพราะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ซึ่งใช้อยู่ในขณะนี้ที่จำเลยที่ 2 ได้รับการแต่งตั้งเป็น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังนั้น ไม่มีทางที่จะถือว่าเป็นกฎหมายได้ ดังนั้น การเข้าเป็นรัฐมนตรีของจำเลยที่ 2 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจำเลยที่ 2 ได้ปฏิบัติการสั่งปลดโจทก์ออกจากราชการโดยละเมิดต่อพระราชบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการและพนักงานเทศบาล ผู้กระทำผิดหน้าที่หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. 2490 กล่าวคือ จำเลยปลดโจทก์โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการกระทำผิดหน้าที่หรือหย่อนความสามารถตามมาตรา 4 และจำเลยสั่งปลดโจทก์โดยไม่มีการสอบสวนตามมาตรา 6-10 คำสั่งของกระทรงการคลังที่ 472/2490 จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ศาลสั่งว่า คำสั่งของกระทรวงการคลังที่ 472/2490 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์รวมเป็นเงิน 149,249 บาท 40 สตางค์

ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว ได้ความว่าใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้มีอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติอาจจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์ จำเลยที่ 2 จึงเป็น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยชอบ

ที่โจทก์กล่าวว่า จำเลยสั่งปลดโจทก์ โดยไม่สอบสวน ไม่ไต่สวน เป็นการละเมิดต่อพระราชบัญญัติกำหนดวิธีการพิจารณาลงโทษข้าราชการ ฯลฯ พ.ศ. 2490 นั้น ก็เห็นว่าเมื่อจำเลยที่ 2 เป็นรัฐมนตรีโดยชอบแล้ว ก็ย่อมมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการ ฯลฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นกฎหมายมอบอำนาจให้ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่พิจารณาลงโทษผู้น้อยได้ตามควรแก่เหตุการณ์ ดั่งซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินั้นแล้ว จำเลยที่ 2 เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง มีอำนาจที่จะพิจารณาลงโทษข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา รวมทั้งโจทก์ซึ่งเวลานั้นดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง

คำสั่งที่ 472/2490 มีข้อความสำคัญถือได้ว่า จำเลยปฏิบัติราชการโดยประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ เป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงผิดตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2485 มาตรา 61 และอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการและพนักงานเทศบาลผู้กระทำผิดหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ พ.ศ. 2490 จึงสั่งปลดโจทก์ออกจากราชการได้

คำสั่งฉบับนี้เป็นคำสั่งที่ออกมาในทางราชการ โดยอำนาจและหน้าที่ในตำแหน่งราชการ มิใช่เป็นการส่วนตัว จะเห็นได้ว่าเป็นคำสั่งที่จำเลยที่ 2 ใช้ดุลยพินิจพิจารณาเหตุการณ์ที่โจทก์ปฏิบัติในหน้าที่ราชการแล้ว ปรับเข้ากับบทกฎหมายโดยเอาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายพลเรือนเป็นบทชี้ความผิดและยกเอาพระราชบัญญัติกำหนดวิธีพิจารณาลงโทษเป็นบทกำหนดโทษ การกระทำดังนี้เป็นการสั่งราชการหรือปฏิบัติราชการด้วยการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยตามบทกฎหมายที่ให้อำนาจ เมื่อฟังได้ว่าจำเลยได้ออกคำสั่งโดยสุจริตชอบด้วยอำนาจและหน้าที่ทั้งไม่มีเหตุที่จะให้เห็นว่าจำเลยมุ่งจะให้เกิดการเสียหายแก่โจทก์ ดังนี้ แม้จำเลยจะวินิจฉัยผิดพลาด ก็หาเป็นละเมิดไม่

จึงพิพากษายืน

นอกจากนี้ ในหนังสือรวมคำพิพากษาได้มีหมายเหตุท้ายคำพิพากษาของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ที่แสดงทัศนะไว้อย่างน่าสนใจ จึงขอคัดมาลงไว้ด้วยกันดังนี้

“คำพิพากษาฎีกาฉบับนี้ เป็นตัวอย่างอันดีที่จะพิจารณาว่า ศาลยุติธรรมจำต้องรับรองผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหารซึ่งทำได้สำเร็จและผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจอันแท้จริงในรัฐอย่างแน่นอนโดยที่การรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2490 มีลักษณะอย่างเดียวกับการปฏิวัติของเยอรมัน ค.ศ. 1918 หลังสงครามโลกคราวแรก ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนี้แปลคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เพื่อเป็นการเทียบเคียงดังต่อไปนี้ ในคำพิพากษาฎีกาเยอรมันเล่ม 99 หน้า 287 ศาลฎีกาเยอรมันได้กล่าวว่า “กฎหมายนี้ (คือกฎหมายที่รัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติได้ออก) ย่อมเป็นอันสมบูรณ์และมีผลผูกพันทางกฎหมาย เพราะแม้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นโดยการปฏิวัติใช้กำลังก็ดี แต่ก็สามารถยืนหยัดฐานะอันทรงอำนาจของตนไว้ได้ ฉะนั้นในทางรัฐธรรมนูญ

จึงต้องยอมรับอำนาจของรัฐบาลดังกล่าว" (คืออำนาจในการออกกฎหมาย) นอกจากนี้ ในคำพิพากษาฎีกาเยอรมันเล่ม 100 หน้า 27 ศาลฎีกาเยอรมันยังได้ กล่าวว่า อำนาจของรัฐใหม่อันเกิดขึ้นโดยการปฏิวัตินี้ในทางรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธ ไม่ยอมรับรองหาได้ไม่ เพราะการผิดต่อกฎหมายในการก่อให้เกิดการปฏิวัติขึ้นนั้น หาเป็นการขัดแย้งกับอำนาจนั้นแต่ประการใดไม่ เพราะการชอบด้วยกฎหมายแห่งการก่อให้เกิดขึ้นย่อมไม่ใช่คุณลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของอำนาจของรัฐอย่างใดเลย รัฐไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยปราศจากอำนาจของรัฐ ทันทีที่อำนาจเก่าได้ถูกขจัดให้หมดไป ทันใดนั้นอำนาจใหม่ซึ่งสามารถทำการได้สำเร็จย่อมเข้ามาแทนที่อำนาจเก่า วิถีทางแห่งการปฏิวัติได้แสดงด้วยว่าอำนาจใหม่ได้เกิดขึ้นอย่างผู้ครอบครองรัฐภายหลังที่อำนาจเก่าได้ถูกทำลายลงไปแล้ว และยังดำรงอยู่ในการคลี่คลายจัดสรรอย่างมั่นคงฉะนั้นรัฐบาลใหม่จึงมีอำนาจออกกฎหมายได้) ในคำพิพากษาฎีกาเยอรมัน (ฝ่ายอาญาเล่ม 53 หน้า 68) ศาลฎีกาเยอรมันได้กล่าวว่ารัฐบาลของประชาชน (คือรัฐบาลปฏิวัติ) ได้ดำเนินการสำเร็จทุกหนทุกแห่ง และสามารถขจัดกลุ่มของประชาชนที่ขัดขืน โดยอาศัยปัจจัยแห่งอำนาจที่รัฐบาลนั้นมีอยู่ได้สำเร็จเด็ดขาด เท่านี้ก็เป็นอันเพียงพอที่อำนาจที่รัฐบาลนี้มีอยู่อย่างแท้จริงจะได้รับการรับรองของกฎหมาย" และในคำพิพากษาฎีกาเยอรมัน (ฝ่ายอาญา เล่ม 59 หน้า 157) ศาลฎีกาเยอรมันกล่าวว่า "การกระทำต่าง ๆ ในทางปฏิวัติอันแท้จริง คือการกระทำ ซึ่งเกิดจากการปฏิวัติอันได้ชัยชนะอย่างเด็ดขาดนั้น หาเป็นการผิดกฎหมายตามความหมายของกฎหมายซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ไม่"

คำพิพากษาฎีกาเยอรมันที่แปลมาข้างบนนี้แสดงว่า การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้น ในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมายแต่เมื่อใดผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ กล่าวคือสามารถยืนหยัดอำนาจอันแท้จริงของตนได้โดยปราบปรามอำนาจของรัฐบาลเก่าหรือกลุ่มของบุคคลที่ต่อต้านแพ้ราบคาบไปแล้ว ก็เป็นรัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้นจึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญ ใหม่ และยกเลิกกฎหมายเดิมบัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจ ในคดีเรื่องนี้ปรากฏว่าเมื่อมีการรัฐประหารสำเร็จแล้วก็ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2490 ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวย่อมใช้ได้ในฐานะเป็นรัฐธรรมนูญอันแท้จริง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งแต่งตั้งโดยอาศัยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวจึงเป็นรัฐมนตรีที่สมบูรณ์ ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายต่าง ๆ นั้น กฎหมายใดที่รัฐประหาร ไม่ยกเลิกเสียก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว กฎหมาย

นั้นก็ยังใช้ได้ต่อไป ฉะนั้น เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกำหนดวิธีวิธีพิจารณาลงโทษข้าราชการ ฯลฯ พ.ศ.2490 จึงให้ปลดโจทก์ออกจากตำแหน่ง ถ้าการปลดเข้าเงื่อนไขดังที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ การปลดก็เป็นอันสมบูรณ์ เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจทำได้ การปลดจำเลยออกจากราชการจึงเป็นการกระทำที่มีอำนาจทำได้ ฉะนั้นจึงไม่เป็นการ "กระทำต่อผู้อื่นโดยผิดต่อกฎหมาย" ตามความหมายแห่ง ป.พ.พ. มาตรา 420"

จากเหตุผลที่ศาลฎีกายกขึ้นมาประกอบการวินิจฉัยในส่วนของ "สถานะทางกฎหมาย" ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 ตลอดจนผลของการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารนั้น พบว่า ศาลได้ถือเอา "ผลสัมฤทธิ์" ของการทำรัฐประหารมาเป็น "เกณฑ์" ในการวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารว่า เมื่อ "คณะรัฐประหารได้มีอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ" ผลของความสำเร็จดังกล่าว จึงทำให้คณะรัฐประหารมีสถานะเป็น "รัฏฐาธิปัตย์" กล่าวคือ "คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ" อีกทั้งยังได้ให้เหตุผลประกอบอีกชั้นหนึ่งว่า "เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติอาจจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้" จึงเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ยึดถือปรัชญาของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law School) ที่ถือว่ากฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อกฎเกณฑ์นั้นออกมาโดยอาศัยอำนาจของผู้ถืออำนาจสูงสุดในรัฐคือ คณะรัฐประหาร ก็ย่อมมีสถานะเป็นกฎหมาย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วบ้านเมืองก็จะวุ่นวายได้ ทั้งนี้ โดยมิพักต้องพิจารณาในเนื้อหาว่า คำสั่งคำบัญชาที่คณะรัฐประหารออกมานั้นจะกระทบต่อหลักการพื้นฐานในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือไม่ อย่างไร

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505

นายจำรัส พัฒนมงคล เป็นโจทก์ยื่นฟ้อง นายเชาว์ พงษ์ประดิษฐ์ เป็นจำเลยที่ 1 และร้อยตำรวจเอกเสนีย์ เรืองวงษ์วาร เป็นจำเลยที่ 2

เดิมโจทก์ฟ้องจำเลยทั้งสองว่าร่วมกันกระทำผิดคดีนี้ ในชั้นไต่สวนศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์เห็นว่า คดีมีมูลเฉพาะจำเลยที่ 2 ส่วนจำเลยที่ 1 ให้ยกฟ้อง คดีจึงดำเนินมาโดยมี ร.ต.อ.เสนีย์ ตกเป็นจำเลยแต่ผู้เดียว โดยโจทก์ฟ้องว่าบังอาจกลั่นแกล้งจับกุมโจทก์มากักขังไว้ 27 วัน ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157, 310

จำเลยให้การปฏิเสธ

ศาลชั้นต้นเห็นว่า การกระทำของจำเลยที่จับโจทก์ โจทก์นำสืบฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาแกล้งทั้งจำเลยไม่ได้ทำให้โจทก์เสียเสรีภาพ พิพากษายกฟ้อง

โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติให้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชน ก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ฉะนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าว จึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองในลักษณะเช่นนั้นได้ จำเลยจึงอาศัยอำนาจตามประกาศฉบับนี้ทำการจับกุมควบคุมโจทก์ได้โดยชอบ ฎีกาโจทก์ไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

พิพากษายืน

เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ก็ใช้เหตุผลเดียวกันในการวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติมีสถานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากคณะปฏิวัติสามารถยึดอำนาจปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นมีสถานะเป็น “รัฏฐาธิปัตย์” หรือผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ดังนั้น ข้อความใดหรือการกระทำใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งหรือบังคับต่อประชาชนย่อมเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศซึ่งเป็นกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยก็ตาม จึงย่อมเป็นการยืนยันถึง “สำนักคิดทางกฎหมาย” (Legal School of Thought) ของศาลฎีกาไทย

3) คำสั่งศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่)

ร้อยตำรวจเอก เฉลิม อยู่บำรุง ได้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกา โดยมีพนักงานอัยการสำนักงานอัยการสูงสุด เป็นผู้คัดค้าน

ผู้ร้องยื่นคำร้องว่า เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ได้เข้ายึดและควบคุมอำนาจในการปกครองประเทศ ต่อมาได้ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ขึ้นทำการตรวจสอบทรัพย์สินของนักการเมืองต่อมา คตส. ได้พิจารณามีคำวินิจฉัยว่าทรัพย์สินของผู้ร้องทั้งที่อยู่ในนามของผู้ร้อง บุตร ภริยา และบุคคลอื่นได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติให้ตกเป็นของแผ่นดิน ผู้ร้องเห็นว่าการดำเนินการและคำวินิจฉัยของ คตส. ขัดต่อกฎหมายหลักนิติธรรม และข้อเท็จจริง ขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของ คตส. ในกรณีของผู้ร้อง

ผู้คัดค้านยื่นคำคัดค้านว่า เมื่อ รสช. ได้ยึดและเข้าควบคุมอำนาจปกครองประเทศ ย่อมมีอำนาจสูงสุดในประเทศรัฏฐาธิปัตย์มีอำนาจออกกฎหมายและคำสั่งเพื่อใช้บังคับได้นอกจากนั้นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 รับรองว่าประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 และประกาศหรือคำสั่งที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้ออกก่อนวันใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 เป็นประกาศและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายในการวินิจฉัยเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ร้อง คตส. ได้วินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ด้วยความชอบธรรม ขอให้ยกคำร้อง

ระหว่างสืบพยานผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า ประกาศ รสช.ฉบับที่ 26 ไม่มีผลใช้บังคับเพราะเป็นการออกกฎหมายย้อนหลังลงโทษผู้บริสุทธิ์และขัดต่อรัฐธรรมนูญ ธรรมนูญการปกครองแห่งประเทศไทยและประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยทั้งเป็นการตั้งศาลพิเศษขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งหรือคดีที่มีข้อหาใดข้อหาหนึ่งโดยเฉพาะ

ผู้คัดค้านยื่นคำแถลงคัดค้านว่า ประกาศ รสช. มิได้ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญากฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ทั้งมิใช่กฎหมายอาญาที่ลงโทษริบทรัพย์ของผู้ร้องการวินิจฉัยของ คตส. มิได้เป็นการกระทำเช่นเดียวกับศาลหรือเป็นศาลพิเศษแต่อย่างใด

ศาลแพ่งทำความเห็นและส่งสำนวนมายังศาลฎีกาเพื่อพิจารณา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้วเห็นสมควรวินิจฉัยก่อนว่า ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาด

เบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายได้หรือไม่ และศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยคำร้องนั้นโดยไม่ต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้หรือไม่ พิเคราะห์แล้วประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า "เมื่อคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินวินิจฉัยว่าบุคคลใดร่ำรวยผิดปกติ หรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติตามข้อ 2 แล้วให้บรรดาทรัพย์สินที่คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินวินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกตินั้นตกเป็นของแผ่นดิน

บุคคลที่คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินวินิจฉัยว่าร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติมีสิทธิยื่นคำขอพิสูจน์ว่าตนได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยชอบโดยยื่นต่อศาลแพ่งภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน

เมื่อศาลแพ่งได้รับคำร้องตามวรรคสองแล้ว ให้ส่งสำเนาคำร้องให้พนักงานอัยการเพื่อทำคำคัดค้านภายในสามสิบวันและให้ศาลแพ่งดำเนินการพิจารณาต่อไปโดยไม่ชักช้าโดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมและให้ทำความเห็นและส่งสำนวนไปยังศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย และให้ศาลฎีกามีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้ร้องสามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงให้ศาลเห็นว่าตนได้ทรัพย์สินใดมาโดยชอบ ให้มีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น

(2) ถ้าผู้ร้องไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงให้ศาลเห็นว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ตนได้มาโดยชอบให้ยกคำร้องนั้นเสีย

ในการวินิจฉัยของศาลฎีกาตามวรรคสาม ให้ประธานศาลฎีกาดำเนินการให้มีการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา 140 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง" จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นวิธีพิจารณาพิเศษ กำหนดให้ศาลแพ่งดำเนินการพิจารณาโดยศาลแพ่งไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดด้วยตนเองได้นอกจากทำความเห็นส่งสำนวนมายังศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัยดังนี้ ผู้ร้องย่อมมีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายได้เพราะตามความในข้อ 6 ดังกล่าวได้บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และ

อำนาจของศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายก็มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 24 ศาลฎีกาจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวได้เทียบตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 146/2530 ระหว่าง นายสมัย เจริญช่าง ผู้ร้อง ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร กับพวก ผู้คัดค้าน

สำหรับปัญหาที่ว่าศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อกฎหมายตามคำร้องโดยไม่ต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่นั้น พิเคราะห์แล้วขณะที่ รสช. ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 เป็นช่วงเวลาที่ไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองฉบับใดใช้บังคับ ต่อมาระหว่างที่ประกาศ รสช.ฉบับที่ 26 มีผลใช้บังคับอยู่นั้น ได้มีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ดังนั้นประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพ.ศ. 2534 และจะขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ไม่ได้ เทียบตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 225/2506 ระหว่างพนักงานอัยการจังหวัดสมุทรปราการ โจทก์นายถนิม โชติมณี กับพวก จำเลยในปัญหาว่า องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 นั้นเห็นว่า ตามหลักกฎหมายทั่วไป ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี จึงมีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใดศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย เว้นแต่จะมีบทกฎหมายใดโดยเฉพาะบัญญัติให้อำนาจนี้ไปตกอยู่แก่องค์กรอื่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2535 มาตรา 30 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี ขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด” แต่ในกรณีนี้มีปัญหาเกี่ยวกับข้อที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 หรือไม่มิได้เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย จึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่จะวินิจฉัยและตามมาตรา 31 บัญญัติว่า “ในกรณีมีปัญหาว่า การกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้งหรือไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็น

ผู้วินิจฉัยชี้ขาด” แสดงว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพ.ศ. 2534 หรือไม่ ซึ่งถ้อยคำที่ว่า “การกระทำหรือการปฏิบัติ” ย่อมไม่หมายความรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายด้วย ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 หรือไม่ จึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้สิ้นสภาพไปแล้ว และแม้ในขณะที่ศาลฎีกาวินิจฉัยปัญหานี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 แล้ว ซึ่งมาตรา 206 วรรคแรกบัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวแล้วส่งความเห็นเช่นว่านั้นตามทางการเพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย” แต่มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวแสดงว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะในปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 หรือไม่ เท่านั้น อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 หรือไม่ จึงตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ศาลฎีกาจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องโดยไม่ต้องส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 766/2505 ระหว่างหม่อมราชวงศ์พันธุ์ทิพย์ บริพัตร โจทก์ การท่าเรือแห่งประเทศไทยกับพวก จำเลย คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 ระหว่างนายสกล สามเสน โจทก์ นายชั่ว พุดทองศิริ กับพวก จำเลยและคำพิพากษาฎีกาที่ 225/2506 ระหว่างพนักงานอัยการจังหวัดสมุทรปราการ โจทก์ นายถนอม โชติมณี กับพวก จำเลย

มีปัญหาวินิจฉัยต่อไปว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 และมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ใช้บังคับย้อนหลัง หรือไม่ พิเคราะห์ประกาศ รสช.

ฉบับที่ 26 ข้อ 2 ที่ให้ คตส. มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายชื่อนักการเมืองที่มีพฤติการณ์อันส่อแสดงให้เห็นได้ว่ามีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติ ผิดวิสัยของผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริต และให้ประกาศรายชื่อบุคคลดังกล่าวให้สาธารณชนทราบ และรวบรวมทรัพย์สินที่ถูกอายัดไว้ และทรัพย์สินอื่น ๆ ที่น่าเชื่อว่าเป็นของบุคคลดังกล่าว และพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลนั้น ๆ ร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ ทั้งในการปฏิบัติหน้าที่ของ คตส. บุคคลใดจะฟ้องร้องหรือดำเนินคดีแพ่ง หรืออาญาใด ๆ มิได้ นอกจากนี้ในข้อ 6 ยังให้บรรดาทรัพย์สินที่ คตส. วินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน เว้นแต่ผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงให้ คตส. เชื่อว่าทรัพย์สินดังกล่าวตนได้มาโดยชอบภายในกำหนดสิบห้าวันคำวินิจฉัยของ คตส.ตามข้อ 2 และข้อ 6 ดังกล่าวมีผลให้ทรัพย์สินที่ คตส. วินิจฉัยว่าได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน อันเป็นการลงโทษริบทรัพย์สินในทางอาญา โดยที่มิได้ให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงนำคดีไปฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นได้ อำนาจของ คตส. ดังกล่าวเป็นอำนาจเด็ดขาดซึ่งต่างกับอำนาจวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์หรืออำนาจของอธิบดีกรมสรรพากร ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายอำเภอ ที่สั่งยึดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ต้องรับผิดชำระภาษีอากรค้าง ตามประมวลรัษฎากร ดังที่ผู้คัดค้านกล่าวอ้าง เพราะผู้ต้องรับผิดเสียภาษีอากรยังมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลให้พิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ แม้ต่อมาจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศ รสช.ฉบับนี้ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ก็ตาม แต่บทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ก็มิได้แก้ไขให้มีทางเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของ คตส. ในข้อที่นักการเมืองคนนั้น ๆ มีทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติ และร่ำรวยผิดปกติ ผิดวิสัยของผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริตเพราะตามข้อ 6 วรรคสาม (1) (2) เพียงแต่ให้ศาลฎีกามีอำนาจสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยของ คตส. ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่แสดงให้ศาลเห็นว่าตนได้มาโดยชอบเท่านั้น อำนาจของคตส. ดังกล่าวจึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มิใช่ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาลย่อมขัดต่อประเพณี

การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้ นอกจากนี้ ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึดและตกเป็นของแผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ คตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ใช้บังคับ จึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษในทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษแก่ผู้ร้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอีกประการหนึ่งด้วย เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30 จึงใช้บังคับได้ ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506 ระหว่าง นายสกล สามเสน โจทก์ นายชั้ว พุดทองศิริ กับพวกจำเลย เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของ คตส. ที่อาศัยอำนาจตามประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 มาตรา 3 ไม่มีผลบังคับไปด้วย อนึ่ง ที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ได้กระทำประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ทั้งนี้ ที่เกี่ยวเนื่องกับการยึดและควบคุมอำนาจปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใดหรือเป็นในรูปใด และไม่ว่าจะกระทำ ประกาศหรือสั่งให้มีผลใช้บังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการให้ถือว่าการกระทำ ประกาศหรือคำสั่ง รวมทั้งการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งนั้นตลอดจนการกระทำของบุคคลใด ๆ ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดหรือควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินดังกล่าวเป็นการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย” นั้น เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวมีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 แต่อย่างใด เพราะปัญหาว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ใช้บังคับได้เพียงใด ต่างกรณีกันกับปัญหา

ที่ว่าประกาศหรือคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และที่ผู้คัดค้านอ้างว่าประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ตามมาตรา 222 นั้น เห็นว่า เมื่อประกาศ รสช. ฉบับดังกล่าว ข้อ 2 และข้อ 6 ใช้บังคับมิได้ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคแรก แล้ว จึงมิใช่กฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ไม่อาจนำมาตรา 222 มาบังคับใช้แก่กรณีนี้ได้ ปัญหาอื่นนอกจากนี้ไม่จำต้องวินิจฉัย”

ศาลฎีกามีคำสั่งให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินที่เกี่ยวกับผู้ร้อง

คำสั่งศาลฎีกาฉบับนี้ มีประเด็นพิจารณาที่ซับซ้อนกว่าสองคำพิพากษาข้างต้น กล่าวคือ ประเด็นแรก ศาลฎีกาได้วางหลักว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกฎหมายที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 เท่านั้น ส่วนปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวก่อนจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญถาวรฉบับปี พ.ศ. 2534 นั้น เมื่อธรรมนูญการปกครองมิได้บัญญัติให้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่ในอำนาจขององค์กรใด จึงเป็นอำนาจของศาลตามหลักทั่วไป ที่ได้รับการรับรองไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505 ส่วนประเด็นที่สอง ศาลฎีกาได้วางหลักว่า แม้ขณะที่ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 จะไม่มีรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองใช้บังคับแต่ระหว่างประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับอยู่ได้มีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มิใช่ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาลทั้งออกและใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคล เป็นการขัดต่อ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคแรก ใช้บังคับมิได้ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 32 เป็นการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของ รสช. มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้นมิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่งนั้น

ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ประเด็นนี้จึงน่าสังเกตว่า ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่มีความเห็นว่า ลำพังบทบัญญัติมาตรา 32 ที่ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 พยายามคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายให้แก่ประกาศ รสช. แต่ศาลฎีกากลับพิจารณาบทบัญญัติที่เป็นการยกเว้นหลักนิติธรรมและหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะนี้ให้มีความหมายแคบที่สุด โดยการวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 มีผลคุ้มครองเพียงให้ประกาศ รสช. มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้นมิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่งนั้นขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 นอกจากนี้ ยังมีการนำ “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” มาใช้เป็นอีกเครื่องมือหนึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่ง รสช. ดังกล่าว นับเป็นคำพิพากษาที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองหลักนิติธรรมและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยการวินิจฉัยว่า การตั้งคณะบุคคลที่มิใช่ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาล ทั้งออกและใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคล เป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

กล่าวโดยสรุป คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ใช้คำอธิบายของสำนักความคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองซึ่งเห็นว่า “กฎหมายคือคำสั่ง คำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์” ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของผลผลิตแห่งการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร โดยวางหลักไว้ตรงกันว่า เมื่อกฎเกณฑ์นั้นออกมาโดยอาศัยอำนาจของผู้ถืออำนาจสูงสุดในรัฐคือ คณะรัฐประหาร ก็ย่อมมีสถานะเป็นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่) ได้วางหลักที่น่าสนใจเกี่ยวกับ “ขอบเขต” ของการคุ้มครองสถานะและความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ รสช. ว่า แม้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 จะรับรองความชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่ศาลฎีกามองว่าประกาศ รสช. ยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็สามารถวินิจฉัยโดยอาศัยประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาเป็น “เกณฑ์” ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ รสช. ได้

5.3.1.2 คำพิพากษาศาลปกครอง

นอกเหนือจากพิพากษาศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความเป็น “รัฏฐาธิปัตย์” หรือผู้ถืออำนาจรัฐภายหลังการรัฐประหารแล้ว ยังมีคำพิพากษาศาลปกครอง ที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของรัฐฏาธิปัตย์ 2 คำพิพากษา ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1419/2558 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟส. 8/2559

1) คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1419/2558

นางสาวกัญญา ทองเงิน เป็นผู้ฟ้องคดี หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เป็นผู้ถูกฟ้องคดี ต่อศาลปกครองกลาง

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของเรือประมง มีใบอนุญาตใช้เรือจากกรมเจ้าท่า และประกอบอาชีพประมง (อวนรุน) ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 24/2558 เรื่อง การแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุม เพิ่มเติม ลงวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2558 ส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถประกอบอาชีพประมงด้วยเครื่องมืออวนรุนได้อีก ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องศาล โดยอ้างว่าการที่ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งดังกล่าวอย่างกระทันหันและมีสภาพบังคับที่ร้ายแรงเกินไป จนทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถหันไปประกอบอาชีพอื่นได้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 24/2558 เรื่องการแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงานและไร้การควบคุม เพิ่มเติม ลงวันที่ 5 สิงหาคม 2558 กับให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งของหัวหน้า คสช. ฉบับดังกล่าว แต่ศาลได้ยกคำขอไต่สวนฉุกเฉิน

ศาลได้ตรวจพิจารณาคำฟ้อง รวมทั้งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ฯลฯ ที่เกี่ยวข้องประกอบแล้ว ศาลเห็นว่ากรณีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีอยู่ในอำนาจที่ศาลปกครองรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของเรือที่ได้รับใบอนุญาตให้ใช้เรือจากกรมเจ้าท่า และมีอาชีพประมงโดยได้รับอาชญาบัตรจากพนักงานเจ้าหน้าที่ให้ใช้เครื่องมืออวนรุน ขนาดกว้าง 7 เมตร ยาว 25 เมตร จำนวน 2 ปาก ทำการประมงได้ เห็นว่าคำสั่งหัวหน้า คสช. ที่ 24/2558 ข้อ 2 ได้กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อใช้เครื่องมือทำการประมงดังต่อไปนี้ (1) เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบกับเรือยนต์ เว้นแต่การใช้เครื่องมืออวนรุน

เคยที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงตามรูปแบบของเครื่องมือ ขนาดเรือ วิธีทำการประมงและเงื่อนไขที่ศูนย์บัญชาการแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมายประกาศกำหนด ฯลฯ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำการประมงด้วยเครื่องมืออวนรุนได้อีกต่อไปนั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยื่นฟ้องต่อศาลเป็นคดีนี้ เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี

เมื่อคำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงอยู่ในความหมายเป็นกฎ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยปกติแล้วศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวได้ แต่เนื่องด้วยได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ “ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อย หรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ มีอำนาจสั่งการ ระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด” ประกอบกับได้ความจากคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 24/2558 ลงวันที่ 5 สิงหาคม 2558 ว่าสาเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกคำสั่งดังกล่าวนี้ เนื่องมาจากก่อนหน้านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีโดยความเห็นของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 10/2558 เรื่อง การแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และไร้การควบคุม ลงวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2558 เพื่อจัดตั้ง “ศูนย์บัญชาการแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมาย” ขึ้น โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการบัญชาการแก้ไขปัญหาการทำการประมงผิดกฎหมายในภาพรวม ตลอดจนเสนอแนะปรับปรุง

แก้ไขเพิ่มเติม รวมทั้งพัฒนากฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาการทำการประมงที่ผิดกฎหมายให้เป็นมาตรฐานสากลนั้น แต่ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้รับรายงานจากศูนย์ดังกล่าวว่า ปัจจุบันทรัพยากรสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยมีแนวโน้มลดลงอย่างต่อเนื่อง ซึ่งเป็นผลมาจากการทำการประมงที่เกินศักย์การผลิตตามธรรมชาติที่จะทดแทนได้ หากปล่อยให้เป็นเช่นนนี้อยู่ต่อไปโดยไม่มีมาตรการในการจัดการทรัพยากรสัตว์น้ำที่ดีพอ จะทำให้กิจการประมงของประเทศอยู่ในภาวะวิกฤต และส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ดังนั้น เพื่อให้จำนวนเรือไทยสำหรับการประมงอยู่ในภาวะสมดุลกับทรัพยากรสัตว์น้ำ และมิให้มีการใช้เครื่องมือทำการประมงที่เป็นการทำลายพันธุ์สัตว์น้ำอย่างร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ที่ 24/2558 ลงวันที่ 5 สิงหาคม 2557 ออกมาใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว เมื่อมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว บัญญัติให้คำสั่งเช่นว่านี้ถือเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุดแล้ว ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

2) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟส.8/2559

นายกัญจน์ ทัตติยกุล ผู้ฟ้องคดีที่ 1 นายปราโมทย์ นพเกตุ ผู้ฟ้องคดีที่ 2 นางเอื้องฟ้า เกตุ ผู้ฟ้องคดีที่ 3 นายโยธิน มาลัย ผู้ฟ้องคดีที่ 4 นายสมทรง วัฒนา ผู้ฟ้องคดีที่ 5 นายวิชาญ เชาวลิต ผู้ฟ้องคดีที่ 6 นายทวีศักดิ์ อินกว่าง ที่ผู้ฟ้องคดี 7 นายวิรัตน์ บุญเหลือ ที่ผู้ฟ้องคดี 8 นายมนตรี อุ่นจันทร์ ผู้ฟ้องคดีที่ 9 นางประไพ จันทร์แดง ผู้ฟ้องคดีที่ 10 นางบุญเรือน ลิ้มประเสริฐ ผู้ฟ้องคดีที่ 11 นางสาววัลย์ทิพย์ ธัญญเจริญ ผู้ฟ้องคดีที่ 12 ยื่นฟ้องหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต่อศาลปกครองสูงสุด

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นประชาชนและตัวแทนชุมชนที่มีภูมิลำเนาและหรือประกอบอาชีพอยู่ในจังหวัดฉะเชิงเทรา ผู้ฟ้องคดีที่ 6 เป็นประชาชนและตัวแทนชุมชนที่มีภูมิลำเนาและหรือประกอบอาชีพอยู่ในจังหวัดนครศรีธรรมราช และผู้ฟ้องคดีที่ 7 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 12 เป็นประชาชนและตัวแทนชุมชนที่มีภูมิลำเนาและหรือ ประกอบอาชีพอยู่ในจังหวัดปทุมธานี โดยผู้ฟ้องคดีทั้งหมดอาศัยอยู่ในเขตพื้นที่จังหวัด ที่มีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ประกาศใช้บังคับอยู่

ณ วันที่ 20 มกราคม 2559 คือ กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดฉะเชิงเทรา พ.ศ. 2554 กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดนครศรีธรรมราช พ.ศ. 2556 และกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม จังหวัดปทุมธานี พ.ศ. 2558 ตามลำดับ และผู้ฟ้องคดีทั้งหมดเป็นสมาชิกของเครือข่าย ประชาชนเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งเกิดจากการรวมตัวของภาคประชาสังคม นักวิชาการ และประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการประเภทพลังงานและการจัดการขยะ อันเป็นผลโดยตรงจากการออกคำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 4/2559 เรื่อง การยกเว้นการใช้บังคับ กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภท ลงวันที่ 20 มกราคม 2559 ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกคำสั่งที่ 4/2559 เรื่อง การยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม สำหรับการประกอบกิจการบางประเภท ลงวันที่ 20 มกราคม 2559 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา และมีผลใช้บังคับในวันเดียวกัน โดยผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าเกิดปัญหาความมั่นคงในการจัดหาพลังงานและปัญหาสิ่งแวดล้อมจึงมีความจำเป็น ต้องแก้ไขอย่างเร่งด่วนประกอบกับความต้องการใช้ไฟฟ้ามีอย่างต่อเนื่องและมีแนวโน้ม เพิ่มสูงขึ้นเพื่อสนับสนุนให้เกิดการขับเคลื่อนและดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และการที่กำหนดให้การแก้ไขปัญหาขยะมูลฝอยล้นเมืองและไม่ถูกสุขลักษณะเป็นวาระแห่งชาติ ที่ต้องแก้ไขเร่งด่วนและในระยะยาว แต่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวกลับปรากฏข้อขัดข้อง และอุปสรรคหลายประการ ดังนั้น เพื่อแก้ไขข้อขัดข้องนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงออกคำสั่งที่ 4/2559 ลงวันที่ 20 มกราคม 2559 อันมีผลเป็นการกำหนดให้ยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่มีคำสั่งดังกล่าว หรือที่จะมีผลใช้บังคับภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว สำหรับการประกอบกิจการคลังน้ำมัน ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง การประกอบกิจการโรงงานลำดับที่ 88 และกิจการอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการผลิตขนส่ง และระบบจำหน่ายพลังงานของการประกอบกิจการดังกล่าว ตามที่กำหนดไว้ในแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าของประเทศไทย พ.ศ. 2554 ถึง พ.ศ. 2579 (PDP 2015) แผนพัฒนาพลังงานทดแทนและพลังงานทางเลือก พ.ศ. 2554 ถึง พ.ศ. 2579

(AEDP 2015) แผนบริหารจัดการน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2558 ถึง พ.ศ. 2479 และแผนบริหารจัดการก๊าซธรรมชาติ พ.ศ. 2558 ถึง พ.ศ. 2579 รวมถึง กรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงแผนซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ในภายหลังด้วย

ผู้ฟ้องคดีบรรยายฟ้องต่อไปว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสถานะและค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎกระทรวงและอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะตรวจสอบเนื่องจากการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในรูปแบบของการออกคำสั่งฉบับนี้ มิใช่การกระทำในทางนิติบัญญัติและมิได้เป็นการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่เป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาและค่าบังคับทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎที่โดยปกติ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง และแม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้มีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองในทางรูปแบบก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของคำสั่งหรือผลิตผลของ การใช้อำนาจออกคำสั่งแล้วเห็นได้ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 โดยความเห็นชอบ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง ผลผลิตจากการใช้อำนาจดังกล่าว จึงเป็นกฎซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง กรณีนี้ถือได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ใช้อำนาจออกคำสั่งดังกล่าวในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง การกระทำดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของกระทำทางปกครองและต้อง เป็นไปตามเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองและต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง และแม้มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะบัญญัติให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระงับ ยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุดก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการรับรองเฉพาะสถานะหรือค่าบังคับทางกฎหมายของคำสั่งตามมาตรา 44 ในทางรูปแบบเท่านั้น โดยให้มีผลบังคับใช้ได้เช่นเดียวกับกฎหมาย กฎ หรือคำสั่งที่ออกโดยผู้มีอำนาจในภาวะปกติมิได้ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้นหรือจำกัดอำนาจศาลมิให้ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือ

ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่อย่างใด อีกทั้งคำว่าและเป็นที่สุดนั้น ต้องเป็นกรณีที่คำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญด้วยเท่านั้น จึงจะถือว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 413/2536 เมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2536 เรื่อง ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ที่วินิจฉัยว่า .... ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2534 มาตรา 32 บัญญัติว่า บรรดาการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือของคณะรักษาความสงบ เรียบร้อยแห่งชาติที่ได้กระทำ ประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ ทั้งนี้ ที่เกี่ยวเนื่องกับการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใดหรือเป็นในรูปแบบใด และไม่ว่าจะกระทำ ประกาศหรือสั่งให้มีผลใช้บังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ ให้ถือว่าการกระทำประกาศหรือคำสั่ง รวมทั้งการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งนั้น ตลอดจนการกระทำของบุคคลใด ๆ ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดหรือควบคุม อำนาจการปกครองแผ่นดินดังกล่าว เป็นการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวมีผลให้ใช้บังคับได้ เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้ แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 แต่อย่างใด เพราะปัญหาว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ใช้บังคับได้เพียงใดต่างกับปัญหาที่ว่า ประกาศหรือคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ หากตีความตามตัวอักษรดังกล่าว ศาลทุกศาลรวมทั้งศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้เลย ซึ่งจะขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ อีกทั้งยังมีผลทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่มีสภาพบังคับอย่างสิ้นเชิง และจะส่งผลต่อระบบกฎหมายในประเทศไทยที่ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กฎหรือคำสั่งที่ออกโดยผู้มีอำนาจ ในภาวะปกติได้ แต่ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้

คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจใช้บังคับได้ โดยมีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลายประการ กล่าวคือ มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อันเป็นฐานอำนาจ ทางกฎหมายในการออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีเนื้อหาที่ขัดต่อหลักนิติรัฐและระบอบประชาธิปไตย คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยแหล่งที่มาของอำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกโดยไม่ชอบด้วยเงื่อนไขของการใช้อำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 และไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชน หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ เศรษฐกิจของประเทศหรือราชการแผ่นดิน และไม่ปรากฏสถานการณ์พิเศษที่แตกต่างจากสถานการณ์ทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกคำสั่งลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการใช้ดุลพินิจออกกฎโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายและไม่ชอบด้วยเงื่อนไขการใช้อำนาจ อีกทั้งคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังเป็นกฎที่ละเมิดต่อสิทธิและการมีส่วนร่วมของผู้ฟ้องคดีและประชาชนในการวางและจัดทำผังเมืองรวมตลอดจนสิทธิในสุขภาพ และการมีชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี อันเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย นอกจากนี้ คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังเป็นการกำหนดมาตรการ เกินขอบเขตความจำเป็น ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาคที่มีค่าบังคับ ในระดับรัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจน กระทบต่อหลักประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎร เนื่องจากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลเป็นการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่มีคำสั่งนี้ หรือที่จะมีผลใช้บังคับภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำสั่งนี้ซึ่งทำให้ประชาชนไม่อาจทราบได้ว่าพื้นที่ใดจะมีการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมและมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน อันจะส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตตามปกติของประชาชนต่อไปในอนาคต

อย่างไรก็ตาม ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติว่า ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบ แห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคี และความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับหรือปราบปราม การกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้งหรือกระทำการใด ๆ ได้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้ง การปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย และรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด (4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และมาตรา 72 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติว่าในการพิพากษาคดี ศาลปกครอง มีอำนาจ

กำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้นิยามคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ออกคำสั่งที่ 4/2559 ให้ยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันที่มีคำสั่งดังกล่าว หรือที่จะมีผลใช้บังคับภายในหนึ่งปีนับแต่ที่มีคำสั่งดังกล่าว สำหรับการประกอบกิจการคลังน้ำมัน และกิจการอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของการผลิต ขนส่ง และระบบการจำหน่ายพลังงาน รวมถึงการประกอบกิจการโรงงานลำดับที่ 84 โรงงานลำดับที่ 101 โรงงานลำดับที่ 105 และโรงงานลำดับที่ 106 ตามกฎกระทรวง (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2534 และกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการกำจัดมูลฝอย ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองเห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกโดยอาศัยฐานอำนาจทางกฎหมายที่ไม่ชอบ ขัดต่อหลักนิติรัฐและประชาธิปไตย และยังไม่ปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องใช้อำนาจในการออกคำสั่งลักษณะดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการออกคำสั่งที่ละเมิดต่อสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนในการวางและจัดทำผังเมืองรวมที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ รวมทั้งเป็นการออกคำสั่งที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนเกินความจำเป็นกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะของประชาชน เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการสามารถประกอบกิจการ ประเภทที่ได้รับการยกเว้นตามคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองบริเวณเขตพื้นที่ ที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองอยู่อาศัย เช่น เขตพื้นที่จังหวัดฉะเชิงเทรา จังหวัดนครศรีธรรมราช และจังหวัดปทุมธานี ซึ่งเดิมเขตพื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตพื้นที่ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ซึ่งหากมีการประกอบกิจการดังกล่าว

ในเขตพื้นที่ที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองอาศัยอยู่อาจทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด ขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 4/2559 เรื่องการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภท ฉบับลงวันที่ 20 มกราคม 2559 เห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 4/2559 เรื่องการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับ ผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภทอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ เป็นคำสั่งที่มีเนื้อหาเป็นการยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองอันมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงอยู่ในความหมายของกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีนั้น โดยทั่วไปแล้วอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามนัยมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบสองกล่าวอ้าง แต่โดยที่คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อันเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจโดยตรงตามบทบัญญัติ แห่งมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มิได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองแต่อย่างใด ประกอบกับมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อันเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎพิพาทคดีนี้นั้นบัญญัติให้ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติหรือเพื่อป้องกัน ระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำรวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วย

กฎหมายและรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุด ดังนั้นเมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ 4/2559 เรื่อง การยกเว้นการใช้บังคับกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสำหรับการประกอบกิจการบางประเภทซึ่งเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อันมีฐานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญดังกล่าวและเป็นที่สุด ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้อีกได้

จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

จากคำพิพากษาศาลปกครองทั้งสองฉบับข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองใช้เหตุผลในลักษณะเดียวกับที่ศาลฎีกาใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 กล่าวคือ มุ่งพิจารณาแต่เฉพาะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการออกคำสั่งของหัวหน้า คสช. อันมีสถานะเป็น “รัฏฐาธิปัตย์” ว่ามาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติรับรองสถานะอันพิเศษของบรรดาประกาศ คำสั่งหรือการกระทำของ คสช. ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุด ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งถือเป็นแนวการให้เหตุผลอันได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ที่มองว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐมีการออกกฎหมาย คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดออกมา ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ชอบด้วยกฎหมาย แม้โดยเนื้อหาของการกระทำนั้นจะอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อประชาชนก็ตาม

5.3.1.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยคดีซึ่งมีประเด็นเกี่ยวข้องกับสถานะของประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำของคณะรัฐประหาร ตลอดจนการวางหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ในที่นี่จะนำเสนอคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 3 ฉบับ ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 58/2560 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562

1) คำวินิจฉัยที่ 52/2552

ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายธนรัตน์ แก้ววารี) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 กรณีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 หรือไม่

ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้ง (คำร้อง) ของจำเลย (นายธนรัตน์ แก้ววารี) ในคดีอาญาหมายเลขดำที่ 4062/2548 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 ว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 หรือไม่

ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้อง สรุปได้ว่า

1. เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน 2548 เวลา 01.30 นาฬิกา ผู้ร้อง (นายธนรัตน์ แก้ววารี) ถูกเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมโดยแจ้งข้อกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 โดยบันทึกการจับกุมระบุว่า ผู้ร้องเปิดกิจการร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย ขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาห้ามขายโดยไม่ได้รับอนุญาต พร้อมนำส่งพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธรอำเภอเมืองสระบุรี ต่อมาวันที่ 16 ธันวาคม 2548 พนักงานอัยการจังหวัดสระบุรีเป็นโจทก์ ได้ยื่นฟ้องผู้ร้องเป็นจำเลยต่อศาลจังหวัดสระบุรี ฐานความผิดขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาห้ามขายโดยไม่ได้รับอนุญาตขอให้ศาลพิพากษาลงโทษตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 และข้อ 2

2. ผู้ร้องยื่นคำร้อง ลงวันที่ 30 มกราคม 2549 โต้แย้งว่า ผู้ร้องได้จดทะเบียนพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 ประกอบพาณิชยกิจ “ร้านข้าวต้ม ไอ-เฮีย”จำหน่ายอาหารและเครื่องดื่ม แต่ไม่ได้จำหน่ายสุรา ก่อนที่จะ

มีการจับกุม เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องไปขออนุญาตตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 แต่ผู้ร้องได้แสดงเอกสารใบทะเบียนพาณิชย์ของผู้ร้องว่า เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2547 ผู้ร้องได้รับใบทะเบียนพาณิชย์จากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจแจ้งข้อกล่าวหาว่าผู้ร้องขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาห้ามขายโดยไม่ได้รับอนุญาต อันเป็นการกระทำความผิดตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 นั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวใช้มานานกว่า 30 ปี โดยมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้มิจฉาชีพใช้เป็นแหล่งนัดพบและมั่วสุมเพื่อประกอบอาชญากรรมโดยมุ่งจำกัดเวลาเฉพาะบางสถานที่ เช่น สถานโบว์ลิ่ง สถานเล่นสเกต โรงแรม ท่าอากาศยานสถานีรถไฟ สถานีขนส่ง หรือสถานที่อื่นในลักษณะเดียวกัน แต่ร้านอาหารของผู้ร้องได้ขอใบอนุญาตประกอบกิจการตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 มิใช่สถานที่อันมีลักษณะเช่นนั้นทั้งไม่ได้เป็นแหล่งมั่วสุมของอาชญากรและไม่ได้กระทำการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือทำให้ประเทศชาติเสียหาย ประกอบกับปัจจุบันมีร้านขายอาหารและเครื่องดื่มที่เปิดบริการตลอด 24 ชั่วโมง เป็นจำนวนมาก เช่น ร้านสะดวกซื้อตามสถานีบริการน้ำมัน เป็นต้น เพราะประชาชนมีการเดินทางทั้งเวลากลางวันและเวลากลางคืนซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากอดีต ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับในยุคสมัยปัจจุบันได้ นอกจากนั้น การห้ามมิให้ผู้ใดรับประทานอาหารหรือเครื่องดื่มในสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว ก็เห็นได้ชัดว่าเป็นการขัดต่อการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชน ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) บัญญัติให้ประชาชนมีเสรีภาพในการเดินทาง มีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพมีความเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันกรณีจึงเห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50

ศาลจังหวัดสระบุรีพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อโต้แย้งของจำเลย (ผู้ร้อง) เป็นกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 และไม่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว จึงให้งดการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วมีคำสั่งให้รับคำร้องไว้ดำเนินการตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546 ข้อ 12 และรับไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 เมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2549

คำร้องนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ได้สิ้นสุดลงตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 โดยมาตรา 35 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และวรรคสี่ บัญญัติให้ บรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ ก่อนวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ให้โอนมาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และต่อมาได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ให้ใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 เป็นต้นไป โดยมาตรา 300 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เป็นศาลรัฐธรรมนูญ วรรคสาม บัญญัติให้บทบัญญัติมาตรา 35 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการตราพระราชบัญญัติประกอบ

รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ และวรรคสี่ บัญญัติว่า บรรดาคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ดำเนินการต่อไป และเมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว บรรดาคดีหรือการใดที่ค้างดำเนินการให้โอนไปอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นใหม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องนี้ได้

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องนี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) แล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 ที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไปขัดหรือแย้งนั้น มีหลักการอย่างเดียวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยคำร้องนี้ได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยจึงมีว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 หรือไม่

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้รับรองเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพไว้ในมาตรา 43 วรรคหนึ่ง โดยมีข้อยกเว้นให้ออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ตามมาตรา 43 วรรคสอง ซึ่งการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องเป็นไปตามหลักคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ด้วย การพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ

ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ตรากฎหมายนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่าในขณะที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ เป็นช่วงที่คณะปฏิวัติกระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 และได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจโดยให้ฝ่ายบริหารคือรัฐบาลใช้อำนาจทั้งในส่วนของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในขณะเดียวกัน เพื่อให้บ้านเมืองสงบเรียบร้อยเป็นปกติสุขจนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในช่วงระหว่างเวลาที่คณะปฏิวัติยึดอำนาจนั้น คณะปฏิวัติซึ่งทำหน้าที่บริหารประเทศมีความต้องการให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะในกรณีตามประกาศของคณะปฏิวัติอันเป็นประเด็นแห่งคดีนี้ซึ่งมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพร้านขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั้งยังได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผู้บริโภคอีกด้วย เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืนซึ่งยากแก่การควบคุมตรวจตรา และอาจก่อให้เกิดการซ่องสุม ก่อเหตุความไม่สงบ อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ในช่วงการรัฐประหาร ดังปรากฏในคำปรารภของประกาศของคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ดี ในยามที่บ้านเมืองปกติสุข การใช้ชีวิตของปัจเจกบุคคลย่อมแตกต่างไปจากสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันในยุคของโลกาภิวัตน์ สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ภาวะเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า การคมนาคมของประเทศมีความสะดวกสบาย ประชาชนสามารถเดินทางสัญจรไปในสถานที่ต่าง ๆ ได้ตลอดเวลา ทำให้วงจรการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนไม่สามารถกำหนดเวลาเป็นการแน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดเป็นเวลาทำงานและช่วงเวลาใดเป็นเวลาพักผ่อน การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ทำให้รัฐบาลไม่อาจควบคุมให้ประชาชนต้องอยู่แต่ในบ้านเฉพาะในเวลากลางคืนได้ เนื่องจากความจำเป็นของบุคคลที่จะต้องมีการ

เดินทางเพื่อการทำธุรกิจหรือมีการติดต่อเพื่อจุดประสงค์อื่นที่มีความแตกต่างกันไป รวมถึงผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย

การที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพธนบุรี หรือผู้ว่าราชจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่นก่อนนั้น ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคหนึ่ง โดยตรง คงมีปัญหาเพียงว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะเข้าข้อยกเว้นให้กระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความในวรรคสองหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพของประชาชนนั้นจะต้องมีขอบเขต “เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง ทั้งยังจะต้องเป็นไปเพียง “เท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” อีกด้วย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง

การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกาของแต่ละวันนั้น นอกจากจะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชน ผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นจะต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวของแต่ละวันโดยไม่มีเหตุผลและความจำเป็นสนับสนุนอีกด้วย ถึงแม้จะมีการผ่อนปรนให้ขอรับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ว่าราชการจังหวัดได้ ก็ยังคงเป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็นอยู่

นั่นเอง เพราะการที่จะบังคับให้ประชาชนที่ประกอบอาชีพค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มทั่วทุกพื้นที่ของประเทศจะต้องไปขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นทางให้ประชาชนผู้ประกอบสัมมาชีพเหล่านั้นต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเห็นได้ชัดว่ามิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสองแต่อย่างใด ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินกว่าความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้นอันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ด้วย

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 กรณีจึงไม่จำต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราอื่น ๆ หรือไม่ อีกต่อไป

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 โดยได้พิจารณาเปรียบเทียบเจตนารมณ์ของประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวกับสถานการณ์บ้านเมืองในขณะที่มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ คือปี พ.ศ. 2515 กับสถานการณ์การประกอบอาชีพของประชาชนในขณะที่พิจารณาคือ ปี พ.ศ. 2552 ว่าสถานการณ์และความจำเป็นของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามประกาศคณะปฏิวัติไม่มีอยู่อีกต่อไปแล้ว จึงวินิจฉัยว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 58/2560

นายเรืองไกร ลีกิจวัฒนะ (ผู้ร้อง) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ว่า การกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่จำกัดเสรีภาพของพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคการเมืองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 และมาตรา 45 หรือไม่

ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องสรุปได้ว่า นายเรืองไกร ลีกิจวัฒนะ (ผู้ร้อง) ในฐานะสมาชิกพรรคเพื่อไทยกล่าวอ้างว่าการกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ได้แถลงข่าวต่อสื่อมวลชนว่าจะยังไม่ปลดล็อคให้พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองดำเนินกิจการทางการเมืองได้ เนื่องจากกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่จำเป็นต่อการจัดการเลือกตั้งยังไม่แล้วเสร็จ และคณะกรรมการการเลือกตั้งชุดใหม่อยู่ในระหว่างการสรรหา อีกทั้งยังไม่มีนายทะเบียนพรรคการเมือง สำหรับกรณีที่เกรงว่าพรรคการเมืองจะดำเนินการไม่ทันภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดและจะส่งผลกระทบต่อการเลือกตั้งนั้น กรอบระยะเวลาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงอาจแก้ไข เปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมได้ คณะรักษาความสงบแห่งชาติจะไม่ทำให้เสียหายหรือกระทบต่อพรรคการเมืองโดยจะใช้มาตรการในการแก้ปัญหาตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และจะไม่ทำให้ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 หรือคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 เป็นอุปสรรค และผู้ร้องยังกล่าวอ้างถึงกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ออกมาตั้งคำถามถึงประชาชนเกี่ยวกับความจำเป็นในการจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่ และการสนับสนุนพรรคการเมืองของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งผู้ร้องมีความเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มีผลบังคับใช้แล้ว โดยความในมาตรา 3 บัญญัติให้ยกเลิกพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 จึงมีผลให้ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 ข้อ 2 และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 ข้อ 12 วรรคหนึ่ง สิ้นผลการบังคับใช้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการ

ปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 141 บัญญัติให้พรรคการเมืองดำเนินการต่าง ๆ ภายในระยะเวลาที่กำหนด การที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติอาศัยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 หรือคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 มาเป็นเหตุผลในการห้ามมิให้พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองดำเนินกิจการทางการเมือง จึงเป็นการละเมิดเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 และมาตรา 45 ผู้ร้องในฐานะที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ดังนี้

(1) การกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่จำกัดเสรีภาพของพรรคการเมือง และสมาชิกพรรคการเมืองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 และมาตรา 45 หรือไม่

(2) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติหยุดหรือเลิกกระทำการขัดขวางพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคการเมืองที่จะใช้เสรีภาพดำเนินกิจการทางการเมือง ตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 141

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า คำร้องของผู้ร้องต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย หรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 213 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติในการแถลงข่าวต่อสื่อมวลชนที่ว่าจะยังไม่ปลดล็อคให้พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองดำเนินกิจการทางการเมือง และในการตั้งคำถามเกี่ยวกับความจำเป็น

ของการจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่และสิทธิในการสนับสนุนพรรคการเมืองของคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้

ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 และมาตรา 45 หรือไม่นั้น เนื้อหาของคำร้องเป็นเพียงการคาดการณ์ล่วงหน้าของผู้ร้องเท่านั้นว่าจะทำให้พรรคการเมืองไม่สามารถดำเนินกิจการต่าง ๆ ตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ และจะส่งผลกระทบต่อการเลือกตั้ง โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำใดที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้องแต่อย่างใด

สำหรับกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติอาศัยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 เรื่อง ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญบางฉบับมีผลบังคับใช้ต่อไป และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 เรื่อง การรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ มาเป็นเหตุผลประกอบการแถลงข่าวต่อสื่อมวลชน ว่าจะยังไม่ปลดล็อคให้พรรคการเมืองหรือสมาชิกพรรคการเมืองดำเนินกิจการทางการเมืองได้ แสดงถึงความประสงค์จะให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดังกล่าวนั้น โดยที่ประกาศและคำสั่งทั้งสองฉบับดังกล่าวมีสถานะการบังคับใช้เป็นกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิในการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะแล้วโดยการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 212 และการใช้สิทธิทางผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 (1) ผู้ร้องจึงไม่อาจยื่นคำร้องดังกล่าวโดยอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย และเมื่อมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้วคำขออื่นย่อมเป็นอันตกไป

คำวินิจฉัยฉบับนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามเลี่ยงที่จะไม่วินิจฉัย “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 57/2557 และ

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 3/2558 โดยให้เหตุผลว่า ผู้ร้องต้องใช้กลไกการขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาจใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 212 หรือใช้สิทธิทางผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 (1) ไม่อาจยื่นคำร้องดังกล่าวโดยอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 อย่างที่ปรากฏในคำร้องนี้ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงปฏิเสธไม่รับคำร้องที่ผู้ร้องต้องการให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหาร

3) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 58/2560

เมื่อวันที่ 23 มกราคม 2562 ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป พ.ศ. 2562 ต่อมาคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ร้อง ได้มีประกาศเรื่อง การสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ลงวันที่ 24 มกราคม 2562 โดยข้อ 3 กำหนดให้พรรคการเมืองใดประสงค์จะแจ้งรายชื่อบุคคลที่พรรคการเมืองมีมติจะเสนอสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีให้แจ้งรายชื่อพร้อมหนังสือแสดงความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรีไม่เกิน 3 รายชื่อต่อผู้ร้อง และในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 พรรคไทยรักษาชาติ ผู้ถูกร้องได้ยื่นหนังสือต่อผู้ร้องแจ้งรายชื่อทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นบุคคลที่ผู้ถูกร้องมีมติจะเสนอให้สภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี พร้อมด้วยหนังสือยินยอม หลังจากที่ผู้ถูกร้องได้ยื่นหนังสือดังกล่าว ในวันเดียวกันได้มีพระราชโองการประกาศสถาบันพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ผู้ร้องเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องที่แจ้งรายชื่อทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเกี่ยวข้องกับระบบการเมืองไม่ว่าจะโดยทางใดก็ตาม จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อโบราณราชประเพณี ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมของชาติ ถือเป็นการกระทำที่มิบังควรไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง เนื่องจากพระบรมราชวงศ์ทุกพระองค์ทรงอยู่ในหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมือง เป็นกลางทางการเมือง และไม่สามารถดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางการเมืองได้ การกระทำของผู้ถูกร้องดังกล่าวถือเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องได้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

พ.ศ. 2560 มาตรา 92 ผู้ร้องจึงมีมติในการประชุม ครั้งที่ 18/2562 เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2562 ให้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้อง โดยขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยดังนี้

(1) มีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92

(2) มีคำสั่งเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลผู้เป็นคณะกรรมการบริหารพรรคของ ผู้ถูกร้อง รวม 14 คน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92

(3) มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องและถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งไปจดทะเบียนพรรคการเมืองขึ้นใหม่หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกภายในกำหนดเวลาสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94

ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยก่อนคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อผู้ร้องมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกร้องได้กระทำการอันเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (13) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง

ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัย และพิจารณาวินิจฉัยรวมสามประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง มีเหตุให้สั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย พรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า สาระสำคัญซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของระบอบการปกครองประชาธิปไตย ของไทย ได้ระบุไว้ในความของพระราชหัตถเลขาที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่ว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่เหนือการเมืองทั้งหลาย หลักการพื้นฐานดังกล่าว ถือเป็นทั้งเจตนารมณ์ร่วมของการสถาปนาระบอบการปกครองของไทยไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เริ่มแรก และเป็นฉันทามติที่ฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่า พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงฐานะอยู่เหนือการเมือง โดยเฉพาะในแง่การไม่เข้าไปมีบทบาทเป็นฝักฝ่ายต่อสู้แข่งขันรณรงค์ทางการเมืองอันอาจจะนำมาซึ่งการโจมตี ติเตียนและกระทบต่อความสงบเรียบร้อย สมัครสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับราษฎรที่เป็นหลักการพื้นฐานของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถึงแม้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งได้เว้นการบัญญัติจำกัดบทบาทของพระบรมวงศานุวงศ์ในทางการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่กระนั้นก็หาได้ทำให้หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยฐานะของสมาชิกพระบรมราชวงศ์อันเป็นที่เคารพเหนือการถูกติเตียนและไม่ควรแก่ตำแหน่งการเมืองอันอาจกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องถูกลบล้างไปไม่ ดังปรากฏเป็นที่ประจักษ์ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และสอดคล้องกับหลักการที่ถือว่า พระมหากษัตริย์ “ทรงราชย์ แต่มิได้ทรงปกครอง” (reigns, but does not rule) อันเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในนานาอารยประเทศซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ การกระทำของผู้ถูกร้องย่อมมีผลให้หลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงราชย์แต่มิได้ทรงปกครองต้องถูกเซาะกร่อนบ่อนทำลายให้ เสื่อมทรามไปโดยปริยาย

การใช้สิทธิและเสรีภาพทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น ย่อมต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องมิใช่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพที่จะส่งผลเป็นการบั่นทอนทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและสั่นคลอนคติรากฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ดำรงอยู่ให้เสื่อมโทรมไป แม้ผู้ถูกร้องจะมีสิทธิและเสรีภาพ

ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้โดยสมบูรณ์ แต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในการกระทำการใด ๆ ของพรรคการเมือง ย่อมต้องตั้งอยู่บนความตระหนักรู้ด้วยว่า การกระทำนั้นจะไม่เป็นการอาศัยสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญให้มีผลกระทบย้อนกลับมาทำลายหลักการพื้นฐาน บรรทัดฐาน คุณค่า และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสียเอง

ถึงแม้กฎหมายจะมิได้ให้นิยามศัพท์คาว่า “ล้มล้าง” และ “ปฏิปักษ์” ไว้ แต่ทั้งสองคำนั้น ก็เป็นคำในภาษาไทยธรรมดาที่มีความหมายตามที่ใช้และรู้กันอยู่ทั่วไป ซึ่งศาลย่อมรู้ได้เองด้วยว่า “ล้มล้าง” หมายถึง การกระทำที่มีเจตนาเพื่อทำลายหรือล้างผลาญให้สูญสลายหมดสิ้นไป ไม่ให้ ดำรงอยู่หรือมีอยู่อีกต่อไป ส่วนคำว่า “ปฏิปักษ์” นั้น ไม่จำต้องรุนแรงถึงขนาดมีเจตนาที่จะล้มล้างทำลายให้สิ้นไป ทั้งยังไม่จำต้องถึงขนาดตั้งตนเป็นศัตรูหรือฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น เพียงแค่เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการขัดขวางหรือสกัดกั้นมิให้เจริญก้าวหน้า หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเป็นการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย จนเกิดความชารุดทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง ก็เข้าลักษณะของการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ได้แล้ว ส่วนประเด็นเรื่องเจตนานั้น เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติชัดเจนว่า เพียงแค่ “อาจเป็นปฏิปักษ์” ก็ต้องห้ามแล้ว หาจำต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผล หรือต้องรอให้เกิดผลเสียหายร้ายแรงขึ้นจริงเสียก่อนไม่ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เป็นมาตรการป้องกันความเสียหายร้ายแรงที่อาจจะเกิดแก่สถาบันหลักของประเทศไว้ก่อน อันเป็นรัฐประศาสโนบายที่จำเป็นเพื่อดับไฟกองใหญ่ไว้แต่ต้น มิให้ไฟกองเล็กกระพือโหมไหม้ลุกลามขยายใหญ่จนเป็นมหันตภัยที่ไม่อาจต้านทานได้ในวาระต่อไป

เมื่อการกระทำของผู้ถูกร้องมีหลักฐานชัดเจนว่าได้กระทำไปโดยรู้สำนึก และโดยสมัครใจอย่างแท้จริง ซึ่งคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องย่อมทราบดีว่า ทูลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดีเป็นพระราชธิดาพระองค์ใหญ่ในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช บรมนาถบพิตร ทั้งยังเป็นพระเชษฐภคินีในสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว แม้ทรงกราบถวายบังคมลาออกจากฐานันดรศักดิ์ไปแล้ว แต่ยังคงดำรงอยู่ในฐานะสมาชิกแห่งพระบรมราชจักรีวงศ์ การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการนำสมาชิกชั้นสูงในพระบรมราชวงศ์มาเป็นฝักฝ่ายในทางการเมือง ทั้งยังเป็นการกระทำที่วิญญูชนคนไทยทั่วไป ย่อมรู้สึกได้ว่าสามารถทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ของ

ไทยที่เป็นศูนย์รวมใจของคนไทยทั้งชาติ ต้องถูกนำไปใช้เพื่อความได้เปรียบทางการเมืองอย่างแยบยลให้ปรากฏผลเสมือนเป็นฝักฝ่ายทางการเมือง และมุ่งหวังผลประโยชน์ทางการเมืองโดยไม่คำนึงถึงหลักการพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการสูญเสียสถานะที่จะต้องอยู่เหนือการเมือง และดำรงความเป็นกลางในทางการเมือง อันเป็นจุดเริ่มต้นของการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย เป็นเหตุให้ชำรุดทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง เข้าลักษณะของการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) อย่างชัดแจ้งแล้ว กรณีมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกร้องกระทำการตามมาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) จึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามมาตรา 92 วรรคสอง

ประเด็นที่สอง คณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องจะถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคสอง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อผู้ถูกร้องได้กระทำการอันเป็นเหตุให้สั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสอง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องแล้ว จึงชอบที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 อันเป็นวันที่มีการกระทำอันเป็นเหตุให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคสอง

มีข้อพิจารณาต่อไปว่า จะต้องเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นระยะเวลาเท่าใด เห็นว่า การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นเพียงอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยังไม่ถึงขนาดมีเจตนาที่จะล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อีกทั้ง เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการได้มาซึ่งนายกรัฐมนตรี ยังมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อระบอบการปกครองของประเทศชาติ นอกจากนี้ คณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องได้น้อมรับพระราชโองการไว้เหนือเกล้าเหนือกระหม่อมทันทีภายหลังที่ได้รับทราบ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ายังมีความเคารพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อยู่ สมควร

กำหนดระยะเวลาให้สอดคล้องกับระยะเวลาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94 วรรคสอง ดังนั้น จึงให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 ซึ่งเป็นวันที่มีการกระทำอันเป็นเหตุให้สั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องมีกำหนดเวลาสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 92 วรรคสอง

ประเด็นที่สาม ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องและถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งจะไปจดทะเบียนพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ภายในกำหนดสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94 วรรคสอง หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติว่าด้วยผลของการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งมิได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องแล้ว จึงต้องสั่งให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 อันเป็นวันที่มีการกระทำอันเป็นเหตุให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องและถูกเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งไปจดทะเบียนพรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีกไม่ได้ ภายในกำหนดสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้องตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 94 วรรคสอง

ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติ ผู้ถูกร้อง เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้อง ที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2562 ซึ่งเป็นวันที่มีการกระทำอันเป็นเหตุให้ยุบพรรคผู้ถูกร้อง มีกำหนดเวลาสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรค ผู้ถูกร้อง และห้ามมิให้ผู้ซึ่งเคยดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารพรรคของผู้ถูกร้องดังกล่าวไปจดทะเบียน พรรคการเมืองขึ้นใหม่ หรือเป็นกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองขึ้นใหม่อีก ภายในกำหนดสิบปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคผู้ถูกร้อง

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลได้พยายามให้อรรถาธิบายว่า การนำเจ้านายพระบรมวงศานุวงศ์ซึ่งตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยนั้นทรงมีพระราชสถานะอันเป็นกลางทางการเมืองลงมาอยู่ในระบบการเมือง เป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการสูญเสียสถานะที่จะต้องอยู่เหนือการเมือง และดำรงความเป็นกลางในทางการเมืองอันเป็นจุดเริ่มต้นของการเซาะกร่อนบ่อนทำลาย เป็นเหตุให้ชำรุดทรุดโทรม เสื่อมทรามหรืออ่อนแอลง เข้าลักษณะของการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

5.3.2 คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการเป็นกบฏ

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะได้นำเสนอคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยความผิดฐานเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ซึ่งมีปรากฏเพียงฉบับเดียว คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2857/2530 นอกจากนี้ เมื่อสำรวจคำพิพากษาของศาลชั้นต้นยังพบแนวคำพิพากษาซึ่งไม่มีการตีพิมพ์เผยแพร่ แต่ได้มีการนำมาศึกษาวิเคราะห์วิจัยในทางนิติศาสตร์อีก 2 กรณี ได้แก่ คดีกบฏสันติภาพในปี พ.ศ. 2495 และคดีที่นายอุทัย พิมพ์ใจชน และพวกยื่นฟ้องจอมพลถนอม กิตติขจร และพวกซึ่งก่อการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2514 ในความผิดฐานเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ซึ่งจะนำเสนอโดยลำดับ ดังนี้

5.3.2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2857/2530

คดีนี้พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ยื่นฟ้องพลเอกเสริม ณ นคร กับพวกเป็นจำเลยในความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113, 114 และ 116

โจทก์ฟ้องว่า เมื่อระหว่างวันที่ 1 สิงหาคม 2528 ถึงวันที่ 9 กันยายน 2528 ทั้งเวลากลางวันและกลางคืนติดต่อกัน จำเลยกับพวกหลบหนีได้ร่วมกันสะสมกำลังพลอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิดและรถถังจำนวนมาก เพื่อเป็นกบฏ และสมคบกันเพื่อเป็นกบฏ ยุยงราษฎรให้เป็นกบฏ และเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2528 ตั้งแต่เวลากลางคืนก่อนเที่ยงถึงเวลากลางวันต่อเนื่องกัน จำเลยทุกคนกับพวกที่หลบหนีได้ร่วมกันเป็นกบฏโดยใช้กำลังพลและอาวุธที่ได้ร่วมกันสะสมไว้ดังกล่าวจี้บังคับขู่เข็ญพลอากาศเอกประพันธ์ ธูปเตมีย์ ผู้บัญชาการทหารอากาศ ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายและควบคุมเอาตัวไปที่

กองบัญชาการทหารสูงสุด และบังคับขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายนายประพจน์ สาครบุตร กับพวก ให้อ่านประกาศและคำแถลงการณ์ของจำเลยกับพวกทางสถานีวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย สั่งให้ทหาร ตำรวจ และประชาชนอยู่ในความสงบมิให้ขัดคำสั่ง เพื่อล้มล้างและเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญและได้ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ซึ่งใช้อยู่ในขณะเกิดเหตุและได้ประกาศล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร โดยประกาศยุบรัฐสภาและยกเลิกคณะรัฐมนตรีซึ่งมีพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี กับยึดอำนาจการปกครองของประเทศโดยยึดกองบัญชาการทหารสูงสุดเป็นที่ตั้งของกองบัญชาการกบฏและทำการปิดกั้นถนนพร้อมทั้งยึดสถานที่สำคัญของราชการหลายแห่ง เพื่อให้การล้มล้างและเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเป็นผลสำเร็จ เมื่อวันที่ 9 กันยายน 2528 ตั้งแต่เวลากลางคืนก่อนเที่ยงถึงเวลากลางวันต่อเนื่องกันจำเลยที่ 13 กับพวกที่หลบหนีได้ร่วมกันกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชน และผู้ใช้แรงงานที่ไปชุมนุมและดูเหตุการณ์อยู่บริเวณลานพระบรมรูปทรงม้าด้วยวาจา โดยพูดอภิปรายชักชวนให้ประชาชนสนับสนุนพวกจำเลยทำการกบฏ และทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยหนังสือโดยทำคำแถลงการณ์และประกาศคำสั่งแล้วอ่านส่งกระจายเสียงทางสถานีวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินและรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนและกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร และเพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดินอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ และมิใช่เพื่อความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 87, 91, 92, 113, 114, 116 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2526 มาตรา 4

นายปิยะณัฐ วัชราภรณ์ ยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการโดยอ้างว่าผู้ร้องเป็นผู้เสียหายศาลชั้นต้นเห็นว่าผู้ร้องไม่มีอำนาจร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการ ให้ยกคำร้องของผู้ร้อง

ผู้ร้องอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

ผู้ร้องฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีนี้พนักงานอัยการ กรมอัยการ เป็นโจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113, 114 และ 116 อันเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดต่อรัฐโดยตรง รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหายที่มีอำนาจดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด แม้ผู้ร้องจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็มิใช่เป็นผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดีนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามคำสั่งของศาลชั้นต้นที่ให้ยกคำร้องของผู้ร้อง ชอบแล้วฎีกาของผู้ร้องฟังไม่ขึ้น

พิพากษายืน

อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่ผู้ร้อง (นายปิยะณัฐ วัชราภรณ์) ฎีกาเป็นประเด็นข้อกฎหมายเรื่องความเป็นผู้เสียหายของผู้ร้อง ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยเฉพาะประเด็นข้อกฎหมายที่ผู้ร้องฎีกา มิได้วินิจฉัยในประเด็นความผิดฐานเป็นกบฏของพลเอกเสริม ณ นคร กับพวกแต่อย่างใด จึงไม่อาจทราบได้ว่า ผลของการวินิจฉัยในเนื้อหาเกี่ยวกับความผิดฐานเป็นกบฏที่ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยมีรายละเอียดเช่นไร เพราะในคำพิพากษาศาลฎีกามิได้กล่าวถึงไว้

5.3.2.2 คดีกบฏสันติภาพ

กบฏสันติภาพเป็นคำที่นักประวัติศาสตร์ใช้เรียกชื่อเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์การเมืองไทยซึ่งเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2495 โดยกล่าวอย่างสั้นที่สุด กบฏสันติภาพคือการ “กำจัดศัตรูทางการเมือง”[474] ของรัฐบาลในเวลานั้น คือรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม โดยอาศัยอำนาจตามความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 102, 104, 177, 181 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2478 มาตรา 4 ได้สั่งการให้ตำรวจเข้าจับกุมบุคคลต่าง ๆ ถึง 104 คน

แต่ต้นเหตุของเหตุการณ์โศกนาฏกรรมทางการเมืองครั้งนี้ ก่อตัวขึ้นตั้งแต่ช่วงปลายปี พ.ศ. 2493 เมื่อมีการเคลื่อนไหวรณรงค์สันติภาพ โดยออกหนังสือพิมพ์ “การเมือง” ที่มีนายประสิทธิ์ กาญจนวัฒน์ และนายบุญชู โรจนเสถียร เป็นเจ้าของ

---

[474] ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, การเมืองไทยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และสมัยของคณะรัฐประหาร (2490-2500), พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2544, หน้า 471, 476

โดยมีนายอัศนี พลจันทร และนายเสนาะ พาณิชเจริญ เป็นผู้ดูแลการผลิตหนังสือพิมพ์ และใช้ชื่อนายแพทย์เจริญ สืบแสง จดทะเบียนเป็นเจ้าของผู้พิมพ์โฆษณา หนังสือพิมพ์ "การเมือง" ดำเนินการรณรงค์สันติภาพด้วยการเรียกร้องให้ลงชื่อสนับสนุนข้อเรียกร้องสันติภาพสตอกโฮล์ม ภายใน 5 สัปดาห์สามารถระดมรายชื่อได้ถึง 38,315 รายชื่อ ซึ่งกว่า 2,000 ชื่อในนั้นมาจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และในเวลา 2 เดือน ก็สามารถหารายชื่อได้มากกว่า 150,000 รายชื่อ

ต่อมาในวันที่ 22 เมษายน 2494 มีการจัดประชุมลับบนเรือที่ล่องไปตามแม่น้ำเจ้าพระยา ประมาณ 30 คน โดยมีตัวแทนจากหลากหลายอาชีพ ทั้งพระ ชาวนา นักหนังสือพิมพ์ นักศึกษา และกรรมกร ที่ประชุมมีมติให้จัดตั้ง "คณะกรรมการสันติภาพ"[475] ขึ้น โดยมีนายแพทย์เจริญ สืบแสง เป็นประธาน นายกุหลาบ สายประดิษฐ์ และพระมหาดิลก สุวรรณรัตน์ เป็นรองประธาน นาย ส.โชติพันธุ์ (สิบโทเริง เมฆประเสริฐ) เป็นเลขาธิการ ตั้งขึ้นเพื่อต่อต้านสงครามในคาบสมุทรเกาหลี ต่อต้านรัฐบาลสหรัฐอเมริกาซึ่งสนับสนุนสงครามเกาหลี เรียกร้องให้รัฐบาลไทยถอนตัวจากสงครามเกาหลี และกำลังเตรียมตัวเข้าร่วมประชุมกับนานาชาติในประเทศจีน

นอกจากนั้นมีการจัดตั้ง "คณะกรรมการสันติภาพนักศึกษา" ขึ้นในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีนายทวีป วรดิลก และนายอาทร พุทธิสมบูรณ์ เป็นเลขานุการ ซึ่งก่อนหน้านั้นในวันที่ 13 มีนาคม 2495 มีพระราชบัญญัติประกาศเปลี่ยนชื่อจาก "มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง" เหลือเพียง "มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์" พร้อมกับยกเลิกตำแหน่ง "ผู้ประศาสน์การ" เพื่อถอดถอนนายปรีดี พนมยงค์ และตั้งตำแหน่ง "อธิการบดี" ขึ้นแทน โดยมี จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี เป็นอธิการบดีคนแรก (2495-2500)

แต่แล้วในวันที่ 10 พฤศจิกายน 2495 รัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ดำเนินการจับกุมผู้ต้องสงสัยเป็นจำนวนมาก รวมทั้งนายประสิทธิ์ เทียนศิริ ซึ่งมีข่าวว่าเป็นสมาชิกคนสำคัญของ "พรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย" ได้โดยบังเอิญเช่นนี้ ทำให้เกิดการขยายผลการจับกุมไปสู่ขบวนการสันติภาพใน 3 วันต่อมา ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการกดดันของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษว่ารัฐบาลไทยไม่ให้ความสำคัญต่อปัญหาคอมมิวนิสต์ตามที่มหาอำนาจผู้ชนะสงครามทั้งสองต้องการ

---

[475] เมื่อต่อมาคนกลุ่มนี้ถูกรัฐบาลจับกุมและลงโทษ จึงถูกเรียกว่า "กบฏสันติภาพ" ตามชื่อคณะกรรมการสันติภาพ

บรรดาบุคคลที่เข้าร่วมสนับสนุนการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสันติภาพและถูกจับกุมในครั้งนี้มีหลากหลายกลุ่มรวมทั้งสิ้น 104 คน ประกอบไปด้วยนักเขียนหนังสือพิมพ์ที่มีชื่อเสียง อาทิ นายกุหลาบ สายประดิษฐ์, นายอารีย์ ลีวีระ เจ้าของหนังสือพิมพ์สยามนิกร, นายสุภา ศิริมานนท์ เจ้าของและบรรณาธิการนิตยสารอักษรสาส์น, นายอุทธรณ์ พลกุล บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ข่าวภาพ, นายแสวง ตุงคะบริหาร บรรณาธิการหนังสือพิมพ์สยามนิกร, นายบุศย์ สิมะเสถียร บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ไทย, นายฉัตร บุณยศิริชัย บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ข่าวภาพ, นายสมุทร สุรักขกะ บรรณาธิการหนังสือพิมพ์เกียรติศักดิ์, นายสมัคร บุราวาศ, นายเปลื้อง วรรณศรี ฯลฯ และนักเคลื่อนไหวทางการเมืองต่อต้านรัฐบาล อาทิ นายมารุต บุนนาค ประธานกรรมการสโมสรนักศึกษามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นายลิ่วละล่อง บุนนาค (ผู้นำนักศึกษา), นายสุวัฒน์ วรดิลก (นักประพันธ์), นายฟัก ณ สงขลา (ทนายความ), นายสุ่น กิจจำนงค์ เลขาธิการสมาคมสหอาชีวกรรมกร, นายสุพจน์ ด่านตระกูล ฯลฯ ต่อมามีการจับกุมเพิ่มเติม เช่น ท่านผู้หญิงพูนศุข พนมยงค์ (ภริยารัฐบุรุษอาวุโส นายปรีดี พนมยงค์), นายปาล พนมยงค์, นายสุภัทร สุคนธาภิรมย์, พลตรีเนตร เขมะโยธิน เป็นต้น บรรดาผู้ที่ถูกจับกุมนั้นเป็นที่ทราบกันว่าเป็นผู้ที่มีความคิดเห็นไม่ตรงกับรัฐบาล บางรายกำลังเคลื่อนไหวต่อต้านรัฐบาลอย่างลับ ๆ

ทั้งนี้ รัฐบาลออกประกาศโดยอาศัยอำนาจตามความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 102, 104, 177, 181 และ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2478 มาตรา 4 ในการจับกุมครั้งนี้กรมตำรวจได้ออกแถลงการณ์ในวันที่ 10 พฤศจิกายน 2495 ว่า

“ด้วยปรากฏจากการสอบสวนของกรมตำรวจว่ามีบุคคลคณะหนึ่งได้สมคบกันกระทำผิดกฎหมาย ด้วยการยุยงให้มีการเกลียดชังกันในระหว่างคนไทย เพื่อก่อให้เกิดการแตกแยก เกิดการทำลายกันเอง โดยใช้อุบายต่าง ๆ เช่น ปลุกปั่นแบ่งชั้น เป็นชนชั้นนายทุนบ้าง ชนชั้นกรรมกรบ้าง ชักชวนให้เกลียดชังชาวต่างประเทศที่เป็นมิตรของประเทศบ้าง อันเป็นการที่อาจจะทำให้เสื่อมสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ ยุยงให้ทหารที่รัฐบาลส่งออกไปรบในเกาหลีตามพันธะที่รัฐบาลมีอยู่ต่อองค์การสหประชาชาติให้เสื่อมเสียวินัย เมื่อเกิดการปั่นป่วนในบ้านเมืองได้ระยะเวลาเหมาะสมแล้วก็จะใช้กำลังเข้าทำการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบอื่นซึ่งมิใช่ระบอบประชาธิปไตย

ด้วยการชักจูงชาวต่างประเทศเข้าร่วมทำการยึดครองประเทศไทย ...” ต่อมาในวันที่ 13 พฤศจิกายน 2495 รัฐบาลได้เร่งรัดร่างพระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์ผ่านรัฐสภา 3 วาระ เพื่อนำมาลงโทษผู้ต้องหากลุ่มนี้โดยเฉพาะ

ต่อมาในวันที่ 14 ธันวาคม หรือ 2 วันหลังจากถูกตำรวจเรียกตัวออกจากรัฐสภา มีผู้พบศพนายเตียง ศิริขันธ์, นายเล็ก บุนนาค, นายผ่อง เขียววิจิตร, นายสง่า ประจักษ์วงศ์ และนายชาญ บุนนาค ถูกสังหารและนำไปเผาทิ้งที่ ต.แก่งเสี้ยน อ.เมือง จ.กาญจนบุรี กระทั่งเดือนกุมภาพันธ์ 2496 ผู้ต้องหาทั้ง 54 รายถูกอัยการสั่งฟ้องต่อศาลอาญา ในข้อหากบฏ (แต่ไม่ได้ฟ้องในข้อหาการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ เนื่องจากไม่สามารถนำข้อหาคอมมิวนิสต์มากล่าวโทษย้อนหลังได้) ใช้เวลากว่า 2 ปี จึงมีคำพิพากษาว่าจำเลยทุกคน เว้นนายมงคล ณ นคร, นายเปลื้อง วรรณศรี, นายสัมผัส พึ่งประดิษฐ์, นายสิงห์ชัย บังคดานรา และนายฮางเฮ้า แซ่โง้ว เป็นผู้กระทำผิดจริงตามข้อกล่าวหา ให้จำคุกเป็นเวลา 13 ปี 4 เดือน ยกเว้นนายณรงค์ ชัยชาญ ถูกจำคุก 20 ปี เพราะไม่ยอมให้ปากคำ[476]

ต่อมาในวันที่ 9 มีนาคม 2496 นายอารีย์ ลีวีระ เจ้าของหนังสือพิมพ์สยามนิกรและพิมพ์ไทย ซึ่งหลังจากถูกปล่อยตัวเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ก็ได้เข้าพิธีมงคลสมรสกับนางสาวกานดา บุญรัตน์ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ และเดินทางไปดื่มน้ำผึ้งพระจันทร์ที่ชายทะเลบ้านหนองแก อ.หัวหิน จ.ประจวบคีรีขันธ์ ถูกยิงเสียชีวิตที่เรือนพัก โดยตำรวจยศสิบตำรวจโทและพลตำรวจอีก 4 นาย จากกองกำกับการจังหวัดกาญจนบุรี ซึ่งอ้างคำสั่งของ พ.ต.ท.ศิริชัย กระจ่างวงศ์ หนึ่งในนายตำรวจอัศวินแหวนเพชร ลูกน้องของ พล.ต.อ.เผ่า ศรียานนท์[477]

แม้จะไม่สามารถเข้าถึงเนื้อหาของคำพิพากษาศาลอาญาซึ่งพิพากษาจำคุกประชาชนผู้เห็นต่างทางการเมืองหลายสิบคน แต่เราก็สามารถสรุปจาก “ทิศทาง” ของคำพิพากษาศาลได้ว่า ศาลในคดีนั้น เลือกที่จะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรลงโทษบุคคลเหล่านั้นในความฐานเป็นกบฏในราชอาณาจักรตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ยังนับว่าศาลยังยึดมั่นใน “หลักกฎหมายไม่ย้อนหลังเป็นโทษ” ต่อบุคคล โดยการ

---

[476] คำพิพากษาศาลอาญาคดีหมายเลขดำที่ 158, 168, 202/2496 คดีหมายเลขแดงที่ 514-5168/2498.

[477] ประกาศ วัชราภรณ์, ทำเนียบคนหนังสือพิมพ์ (กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช, 2506) อ้างถึงใน อริน, “คอลัมน์ พายเรือในอ่าง” ใน โลกวันนี้ ฉบับวันสุข วันที่ 19-25 กันยายน 2552.

ไม่ลงโทษจำเลยเหล่านั้นในความผิดตามพระราชบัญญัติคอมมิวนิสต์ซึ่งตราออกมาภายหลังจากที่มีการจับกุมจำเลยทั้ง 54 คนแล้ว

5.3.2.3 คำพิพากษาศาลอาญา หมายเลขแดงที่ 1295/2515

แม้บรรทัดฐานการพิจารณาของศาลฎีกาจะยึดถือผลสำเร็จของการปฏิวัติเป็นเครื่องบ่งชี้สถานะทางกฎหมายของคณะปฏิวัติดังได้นำเสนอไปข้างต้น แต่ก็ได้เคยมีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคณะปฏิวัติที่ นำโดยจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 และ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 โดยนายอุทัย พิมพ์ใจชน นายอนันต์ ภักดิ์ประไน และนายบุญเกิด หิรัญคำ อดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ยื่นฟ้องจอมพลถนอมกับพวกฐานเป็นกบฏ[478] ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 โดยกล่าวหาว่าจำเลยได้บังอาจร่วมกันกระทำผิดต่อกฎหมายคือ ร่วมกันใช้กำลังประทุษร้ายและขู่เข็ญคนทั้งประเทศว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญ ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วไม่ได้ อันทำให้โจทก์ทั้งสามแม้จะได้รับพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาผู้แทนสมัยวิสามัญของรัฐสภาในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2514 ไว้แล้วก็ไม่กล้าและไม่อาจไปประชุมสภาผู้แทน เพื่อทำหน้าที่นิติบัญญัติตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายมาจากปวงชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญ เพราะเกรงว่าจำเลยกับพวกจะใช้กำลังประทุษร้ายทำให้จำเลยทั้ง 17 คนได้กระทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ อำนาจบริหารแห่งรัฐธรรมนูญเป็นกบฏสำเร็จ

ในกรณีนี้โจทก์ฟ้องคณะปฏิวัติซึ่งใช้อำนาจปกครองบ้านเมืองอยู่ ศาลจึงเห็นเป็นการสมควรที่จะหยิบยกเรื่องอำนาจฟ้องของโจทก์ขึ้นวินิจฉัย โดยโจทก์กล่าวในฟ้องว่าโจทก์เป็นผู้เสียหายก็โดยเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งโจทก์ระบุมาชัดเจนว่าโจทก์แต่ละคนได้รับเลือกมาจากประชาชน ในจังหวัดของตนให้มาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีเหตุผลสนับสนุนฐานะของโจทก์ที่ว่าเป็นผู้เสียหายก็โดยเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทยอีกข้อก็คือ โจทก์กล่าวในฟ้องว่าทำให้โจทก์แม้จะได้รับพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาผู้แทนสมัยวิสามัญของรัฐสภาในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2514 ไว้แล้วก็ไม่กล้า

---

[478] ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญ : บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519, หน้า 789.

และไม่อาจไปประชุมสภาผู้แทนเพื่อทำหน้าที่นิติบัญญัติ ตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากปวงชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญได้เพราะเกรงว่าจำเลยกับพวกจะใช้กำลังประทุษร้าย จึงสรุปได้ว่าโจทก์ ทั้งสามฟ้องคดีนี้ก็โดยอาศัยความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นมาเป็นผู้เสียหาย

ศาลอาญาได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ดังนี้

"ความหมายของคำว่าผู้เสียหายนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) บัญญัติไว้ว่าหมายความถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6 วิเคราะห์ถึงความมุ่งหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังกล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการดำเนินคดีของผู้เกี่ยวข้อง เพื่อให้การแสวงหาความยุติธรรมของบุคคลได้เป็นไปโดยรัดกุมเรียบร้อยถูกต้อง ความหมายของคำว่า ผู้เสียหายนี้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่า จะต้องมีลักษณะประการใด จะต้องได้รับความเสียหายโดยตรงหรือปริยาย หากตีความไปโดยนัยกว้าง ๆ แล้ว โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสิ้นสภาพการเป็นสมาชิกไปก็ดี ไปประชุมสภาไม่ได้ก็ดี ต้องขาดเงินเดือนหรือผลประโยชน์รายได้หรือที่คิดว่าจะได้ไปก็ดี น่าจะถือได้ว่าโจทก์ทั้งสามเป็นผู้เสียหายและในขณะเดียวกันก็อาจมีบุคคลอื่น ๆ อีกที่จะเป็นผู้เสียหายฟ้องคณะปฏิวัติได้ในข้อหาเดียวกันนี้หรือแม้แต่ในข้อหาอื่น ๆ อีกทั้ง ในทางแพ่งและทางอาญา เป็นต้นว่าราษฎรในจังหวัดที่โจทก์แต่ละคนเป็นผู้แทน หรือราษฎรในจังหวัดอื่น ๆ จะฟ้องว่าการปฏิวัติของคณะปฏิวัติทำให้เขาเสียหาย กลายเป็นราษฎรที่ไม่มีผู้แทนไปอย่างนี้ เป็นต้น เรียกว่าป้องกันได้ทั่วประเทศ ซึ่งหากเป็นไปได้ถึงเพียงนั้นแล้วแทนที่จะเกิดความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง กลับจะเกิดเป็นความระส่ำระสายเสียด้วยซ้ำและความยุ่งยากนานาประการจะตามมา เป็นต้นว่าการพิจารณา การถอนฟ้อง ตลอดจนอุทธรณ์ฎีกา เพราะการกระทำของคณะปฏิวัติไม่อาจถูกฟ้องฐานเป็นกบฏแต่เพียงฐานเดียว แต่อาจถูกฟ้องในข้อหาอื่น ๆ อีกได้ ซึ่งไม่อาจเป็นไปเช่นนั้นได้ ดังนั้นความหมายของผู้เสียหายตามกฎหมายที่จะมีอำนาจฟ้องคดีนี้จึงหมายถึงผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายโดยตรง และได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ

สำหรับในข้อหาที่โจทก์ว่า โจทก์เป็นผู้แทนประชาชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลนี้เห็นว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมมีสิทธิและหน้าที่เท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้

เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสียหายหรือมีสิทธิฟ้องคดีในประเภทใดได้โดยเฉพาะแล้ว ผู้แทนราษฎรก็ไม่มีสิทธิเช่นนั้นนอกเหนือไปจากที่ได้กล่าวมาข้างต้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่โจทก์อ้างในมาตรา 25 ก็บัญญัติไว้ว่าบุคคลย่อมเสมอกันในทางกฎหมาย เมื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่มีสิทธิฟ้องคดีอาญาที่ตนมิได้เสียหายเป็นพิเศษแล้ว ผู้แทนราษฎรก็ย่อมไม่มีสิทธินั้นเช่นกัน ดังนั้น ฐานะของการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของโจทก์ จึงไม่ทำให้โจทก์ทั้งสามกลายเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายที่จะมีอำนาจฟ้องคดีได้”

ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงได้ยกฟ้องคดีดังกล่าว การโต้แย้งถึงสถานะความชอบด้วยกฎหมาย ของการปฏิวัติในครั้งนี้จึงสิ้นสุดลง และเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2515 จอมพลถนอม กิตติขจร ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิวัติได้มีคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ 36/2515 ให้ลงโทษจำคุกนายอุทัย พิมพ์ใจชน 10 ปี นายอนันต์ ภักดิ์ประไพ และนายบุญเกิด หิรัญคำ คนละ 7 ปี[479]

โดยคณะปฏิวัติให้เหตุผลว่า นายอุทัย นายอนันต์ และนายบุญเกิด ได้บรรยายฟ้องว่าเหตุเกิดในวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 เวลากลางคืนก่อนเที่ยง ทั้ง ๆ ที่ในเวลานั้นยังมิได้มีการปฏิวัติ ย่อมแสดงให้เห็นว่าทั้งสามคนบิดเบือนความจริง เพื่อต้องการให้ศาลอาญารับฟ้อง เพราะอยากใช้กระบวนพิจารณาของศาลกระตุ้นให้ประชาชนเกิดความรู้สึกว่าคณะปฏิวัติเป็นกบฏอยู่ตลอดไป มุ่งหวังให้ประชาชนเคลือบแคลงใจในฐานะของคณะปฏิวัติ นอกจากนี้ คณะปฏิวัติยังอธิบายต่อไปอีกว่า การบรรยายฟ้องเพื่ออ้างว่าจอมพลถนอมและพวกกระทำความผิดนั้น เป็นความเท็จ คณะปฏิวัติไม่ได้ใช้กำลังประทุษร้ายผู้ใดเลย

สิ่งที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งในคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติฉบับนี้ คือ การอ้างว่าทั้งสามคนต่างก็เคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรย่อมรู้กฎหมายดี โดยเฉพาะนายอุทัย พิมพ์ใจชน ที่เป็นนิติศาสตรบัณฑิตและเนติบัณฑิตไทย ยิ่งต้องทราบว่า “เมื่อคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองเป็นผลสำเร็จแล้ว อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศหรืออำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของคณะปฏิวัติ คณะปฏิวัติหรือหัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมใช้อำนาจอธิปไตยได้ทุกวิถีทาง”

---

[479] สมชาย ปรีชาศิลปกุล, ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า 104-106.

มีข้อน่าสังเกตว่าคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้อ้างถึงคำพิพากษาศาลอาญาที่ 1295/2515 อยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ ก็เพื่อนำมาสนับสนุนว่า ศาลยังตัดสินยกฟ้องเพราะเกรงว่าหากวินิจฉัยให้ทั้งสามคนเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้องจอมพลถนอมและพวกได้ ราษฎรทั้งประเทศก็จะฟ้องคณะปฏิวัติได้ ทำให้เกิดความไม่สงบตามมา ดังนั้น การฟ้องจอมพลถนอมและพวกฐานกบฏนี้จึง "เจตนาให้เกิดความปั่นป่วนและกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนจนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในบ้านเมืองได้" คำสั่งหัวหน้าคณะปฏิวัติได้สรุปไว้ในตอนท้ายว่า การฟ้องคดีของทั้งสามคนนี้ไม่ใช่การใช้สิทธิโดยสุจริต แต่ต้องการชักจูงให้ประชาชนหลงผิดว่าการกระทำของคณะปฏิวัติเป็นการกระทำของพวกกบฏ "ถ้าประชาชนหลงผิดว่าคณะปฏิวัติยังเป็นกบฏอยู่ก็อาจเกิดความกระด้างกระเดื่องขึ้นในหมู่ประชาชนถึงขนาดอาจไม่ยอมปฏิบัติตามกฎหมาย ..." ถือได้ว่าการฟ้องคดีของทั้งสามคนนี้เป็น "การกระทำร้ายแรงกระทบกระเทือนความสงบในราชอาณาจักรและต่อต้านล้มล้างคณะปฏิวัติ" จึงต้องลงโทษจำคุกทั้งสามคน

จะเห็นได้ว่า กรณีนายอุทัย พิมพ์ใจชน นายอนันต์ ภักดิ์ประไพ และนายบุญเกิด หิรัญคำ ฟ้องจอมพลถนอม กิตติขจรและพวกเป็นจำเลยในข้อหากบฏนี้ นอกจากศาลอาญาจะยกฟ้องโดยอ้างว่าโจทก์ทั้งสามไม่ใช่ผู้เสียหายแล้ว และนอกจากจอมพลถนอมและพวกผู้ก่อการรัฐประหารจะไม่ถูกดำเนินคดีใด ๆ แล้ว ทั้งสามคนกลับถูกจอมพลถนอมใช้อำนาจเผด็จการลงโทษให้จำคุกอีกด้วย[480]

5.4 ปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดของการนำ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" มาใช้ในระบบกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้จะได้วิเคราะห์ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวกับปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดของการนำ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" มาใช้ในระบบกฎหมายไทย โดยแบ่งหัวข้อในการวิเคราะห์ออกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้ 5.4.1 การรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองทุกครั้งจะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ 5.4.2 การรัฐประหารและการกระทำที่เป็นกบฏทุกครั้งจะมีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมการกระทำให้ทุกครั้ง 5.4.3 แนวคิด

---

[480] ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในปิยบุตร แสงกนกกุล, "ศาลไทยกับรัฐประหาร (1)," คอลัมน์ นิติศาสตร์เพื่อราษฎร ใน มติชนสุดสัปดาห์ ฉบับวันที่ 4 - 10 มีนาคม 2559. ทางการเมืองของประเทศไทย, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2519, หน้า 136

เกี่ยวกับ “รัฏฐาธิปัตย์” อันสืบเนื่องมาจากการยึดอำนาจในระบบกฎหมายไทยและ 5.4.4 ข้อความคิดว่าด้วย “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” กับรัฐธรรมนูญตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

5.4.1 การรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองทุกครั้งจะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ว่าการรัฐประหารทุกครั้งจะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ให้สิ้นผล ยกเว้นอย่างน้อย 2 กรณีที่ไม่มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

ก. กรณีที่เกิดความขัดแย้งในเรื่องนโยบายทางเศรษฐกิจในคณะรัฐมนตรีและในสภาผู้แทนราษฎร พระยามโนปกรณ์นิติธาดานายกรัฐมนตรีได้การออกพระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2476 โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีข้อความสำคัญ ดังนี้ (1) ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และห้ามไม่ให้เรียกประชุมจนกว่าจะได้มีสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เมื่อได้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามความในรัฐธรรมนูญแล้ว (2) ให้ยุบคณะรัฐมนตรีปัจจุบันนี้เสีย และให้มีคณะรัฐมนตรีขึ้นใหม่ กอบด้วยนายกรัฐมนตรีหนึ่งนาย กับรัฐมนตรีอื่น ๆ อีกไม่เกินยี่สิบนาย และให้นายกรัฐมนตรีคณะซึ่งยุบนี้เป็นนายกของคณะรัฐมนตรีใหม่ กับให้รัฐมนตรีผู้ซึ่งว่าการกระทรวงต่าง ๆ อยู่ในเวลานี้เป็นสมาชิกของคณะรัฐมนตรีใหม่โดยตำแหน่ง ส่วนรัฐมนตรีอื่น ๆ จะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯตั้งขึ้นโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีอีกต่อไป เหตุการณ์ดังกล่าวถือว่าเป็นการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาให้มีสถานะเหนือรัฐธรรมนูญโดยให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรและห้ามไม่ให้มีการเรียกประชุมจนกว่าจะได้มีสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และการให้ยุบคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ การกระทำดังกล่าวจึงเสมือนการรัฐประหารโดยการอาศัยพระราชกฤษฎีกาโดยการให้งดเว้นใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา กรณีถือเป็นการรัฐประหารครั้งแรกหลังจากที่สยามประเทศมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรแล้ว แต่เป็นการรัฐประหารโดยฝ่ายพลเรือนและยังคงให้รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไปแต่ให้งดใช้บางมาตรา

ข. ภายหลังจากที่พระยามโนปกรณ์นิติธาดาได้ออกพระราชกฤษฎีกาเมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2476 แล้วเหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่ความขัดแย้งอย่างรุนแรงในกลุ่มคณะราษฎร จนในที่สุดวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2476 หลวงพิบูลสงครามนำคณะทหารเข้ายึดอำนาจการปกครอง เชิญนายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนาเป็นหัวหน้า

หลวงพิบูลสงครามเป็นเลขาธิการ พระยามโนปกรณ์นิติธาดายอมก้าวลงจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี นายพันเอก พระยาพหลพลพยุหเสนาขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีแทนเมื่อวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2476 และมีการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ของคณะรัฐประหาร 20 มิถุนายน 2476 พระยาพหลพลพยุหเสนาเป็นหัวหน้าคณะยึดอำนาจพระยามโนปกรณ์นิติธาดา การรัฐประหารในครั้งนี้ถือว่าเป็นการรัฐประหารที่เป็นการใช้กำลังทหารเป็นครั้งแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 โดยมิได้มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เหตุผลสำคัญที่การรัฐประหารในครั้งนี้มิได้มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะเกิดจากเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) ความขัดแย้งทางการเมืองที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อเดือนมิถุนายน 2475 นั้นเป็นความขัดแย้งในเรื่องระบอบการปกครองระหว่างการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งไม่เอื้อต่อการพัฒนาของบ้านเมืองกับการปกครองในระบอบภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นเมื่อมีการพระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับถาวร พ.ศ. 2475 โดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวแล้วก็ย่อมก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางการเมืองในอันที่จะสถาปนาระบอบการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การปกครองโดยรัฐธรรมนูญยังไม่หยั่งรากฝังลึกในการปกครองของไทย หากฝ่ายที่กระทำการรัฐประหารเมื่อ 20 มิถุนายน 2476 ล้มล้างรัฐธรรมนูญเสีย อาจจะเป็นช่องทางที่ทำให้ฝ่ายที่สนับสนุนการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อ้างความชอบธรรมของระบอบเดิมให้กลับมามีความชอบธรรมในการปกครองสยามต่อไป ด้วยเหตุผลในทางอุดมการณ์ของระบอบการปกครองดังกล่าว คณะรัฐประหาร 20 มิถุนายน 2476 จึงไม่ล้มล้างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475

(2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดอำนาจฝ่ายพระมหากษัตริย์อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น การให้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปย่อมเป็นผลดีกับฝ่าย “คณะราษฎร” มากกว่าการที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475

ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 เป็นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ซึ่งนายปรีดี พนมยงค์ เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว การรัฐประหารหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ก็มิได้อาศัยแนวทางเหมือนตอนรัฐประหาร 20 มิถุนายน 2476 อีกต่อไป กล่าวคือ เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อ 8 พฤศจิกายน 2490 และรัฐประหาร 6 เมษายน 2491 โดย

พล.ท.ผิน ชุณหะวัณ เป็นหัวหน้าคณะ และรัฐประหาร 29 พฤศจิกายน 2494 “คณะบริหารประเทศชั่วคราว” ได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 และให้นำรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 กลับมาใช้ใหม่[481] การรัฐประหารเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2490 ถือว่าเป็นรัฐประหารครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 และเป็นการรัฐประหารครั้งแรกที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ซึ่งการรัฐประหารหลังจากนี้ไปจะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญตลอดมาจวบจนถึงปัจจุบัน เหตุผลที่การรัฐประหารเมื่อ 8 พฤศจิกายน 2490 ได้ล้มล้างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ด้วย ซึ่งแตกต่างจากช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 อาจด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

(1) ภายหลังจากเหตุการณ์กบฏบวรเดชในปี พ.ศ. 2476 แล้ว ฝ่ายคณะราษฎรเริ่มเข้ามายึดกุมอำนาจทางการปกครองได้มากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงสละราชสมบัติเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2477 ความขัดแย้งกับทางฝ่ายแนวคิดเก่าดูเหมือนจะทวีความเข้มข้นขึ้น แต่ก็เป็นสภาพการณ์ที่ฝ่ายคณะราษฎรสามารถกุมสภาพการณ์ทางการเมืองไว้ได้เกือบทั้งหมด จนเมื่อภายหลังเหตุการณ์โลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง คณะราษฎรสายทหารที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม เริ่มลดบทบาทลงและเป็นช่วงที่นายปรีดี พนมยงค์ ผู้นำคณะราษฎรสายพลเรือนเริ่มมีบทบาทมากขึ้น ภายหลังเหตุการณ์การสวรรคตของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล ฝ่ายนายปรีดี พนมยงค์ เริ่มถูกโจมตีในเรื่องดังกล่าว ฝ่ายจอมพล ป. พิบูลสงคราม เริ่มกลับเข้ามามีบทบาททางการเมืองต่อไป จนนำไปสู่การรัฐประหาร 8 พฤศจิกายน 2490 ดังนั้น ความขัดแย้งในช่วงนี้ความขัดแย้งหลักจึงเป็นเรื่องระหว่างคณะราษฎรสายทหารที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม กับคณะราษฎรสายพลเรือนที่นำโดยนายปรีดี พนมยงค์ ในขณะที่ฝ่ายแนวคิดเก่าเริ่มอ่อนแอลงอย่างมาก เมื่อสภาพการณ์ของความขัดแย้งทางการเมืองมีความเปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะคู่ของความขัดแย้งไม่เหมือนในช่วงหลัง พ.ศ. 2475 ด้วยเหตุนี้เองการรัฐประหาร 8 พฤศจิกายน 2490 ก็ไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดในการจะธำรงรักษารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ไว้ การรัฐประหารจึงมีการล้มรัฐธรรมนูญ

---

[481] ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย, เพิ่งอ้าง, หน้า 136

พ.ศ. 2489 ดังนั้น การรัฐประหารในครั้งนี้จึงถือเป็นการรัฐประหารที่จะเป็นแนวทางในการดำเนินการโดยการล้มรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ตั้งแต่บัดนั้นจวบจนถึงปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม แม้การรัฐประหารจะมีการล้มรัฐธรรมนูญทุกครั้ง แต่เมื่อฝ่ายคณะรัฐประหารเข้าควบคุมการบริหารบ้านเมืองได้แล้วก็จะมีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองชั่วคราวเพื่อใช้เป็นพื้นฐานของการปกครองต่อไป

(2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 มีข้อจำกัดการใช้อำนาจหลายประการ ซึ่งไม่สอดคล้องกับความต้องการของคณะรัฐประหาร 8 พฤศจิกายน 2490 เช่น มาตรา 24 บัญญัติให้พฤฒสภาประกอบด้วยสมาชิกที่ราษฎรเลือกตั้งมีจำนวนแปดสิบคน สมาชิกพฤฒสภาต้องไม่เป็นข้าราชการประจำ การเลือกตั้งสมาชิกพฤฒสภา ให้ใช้วิธีลงคะแนนออกเสียงโดยทางอ้อมและลับ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป การรัฐประหารกับการบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญนั้นอาจแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 และช่วงภายหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ในช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มีการรัฐประหาร 2 ครั้ง แต่การรัฐประหารทั้งสองครั้งมิได้เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากอุดมการณ์ของคณะราษฎรในขณะนั้นต้องการจะธำรงหลักการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ เพื่อใช้รัฐธรรมนูญเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายแนวคิดเก่า การคงรัฐธรรมนูญไว้ย่อมเป็นความชอบธรรมในทางการเมืองต่อฝ่ายคณะราษฎร แต่ภายหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 กล่าวคือเริ่มจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ความขัดแย้งของอำนาจทางการเมืองเป็นความขัดแย้งระหว่างคณะราษฎรสายทหารกับคณะราษฎรสายพลเรือน เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อ 8 พฤศจิกายน 2490 จึงไม่มีความจำเป็นอย่างใด ๆ ที่จะคงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ไว้ การรัฐประหารในครั้งนี้จึงล้มล้างรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ และประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองชั่วคราว แนวทางของการรัฐประหารในครั้งนี้จึงเป็นแบบอย่างของการรัฐประหารที่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน จากเหตุผลดังกล่าว การพิจารณารัฐธรรมนูญของไทยตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จึงมีปัญหาและอุปสรรคสำคัญของการจะปกป้อง “รัฐธรรมนูญ” โดยอาศัยกลไกหรือมาตรการของรัฐธรรมนูญในอันที่จะปกป้องรัฐธรรมนูญให้คงดำรงอยู่อย่างมั่นคงถาวรได้

5.4.2 การรัฐประหารและการกระทำที่เป็นกบฏทุกครั้งจะมีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมการกระทำให้ทุกครั้ง

การพิจารณาวิเคราะห์ประเด็นที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายนิรโทษกรรมอาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ (5.4.2.1) กรณีของการรัฐประหาร (5.4.2.2) กรณีของการเป็นกบฏ และ (5.4.2.3) สถานะและผลของ “กฎหมายนิรโทษกรรม” โดยแยกพิจารณาออกเป็น ดังนี้

5.4.2.1 กรณีของการรัฐประหาร

กรณีของการรัฐประหาร หมายถึง กรณีที่ผู้เข้ายึดอำนาจการปกครองได้ดำเนินการสำเร็จ การเปลี่ยนแปลงอำนาจในการบริหารบ้านเมืองโดยการรัฐประหารนอกจากจะเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้ว ภายหลังการยึดอำนาจสำเร็จทุกครั้งจะมีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมทุกครั้ง โดยการออกกฎหมายนิรโทษกรรมนั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ก. ตราเป็นพระราชบัญญัติ ข. ตราเป็นพระราชกำหนด ค. บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ก. ตราเป็นพระราชบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติย่อมเป็นอำนาจทั่วไปของรัฐสภา ดังนั้น ในอดีตที่ผ่านมาการออกกฎหมายนิรโทษกรรมส่วนใหญ่จะกระทำโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ เช่น (1) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินเมื่อวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2500 พ.ศ. 2500 (2) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 พ.ศ. 2502 (3) พระราชบัญญัติให้ความคุ้มครองและห้ามฟ้องบุคคลผู้ปฏิบัติการเกี่ยวแก่มาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2508 (4) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 พ.ศ. 2515 (5) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่นักเรียน นิสิต นักศึกษาและประชาชนซึ่งกระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเดินขบวน เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2516 พ.ศ. 2516 (6) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2519 (7) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ระหว่างวันที่ 4 ถึงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 พ.ศ. 2521 (8) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 8 และวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2528 พ.ศ. 2531 (9) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการ

อันเป็นความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมายอาญา และความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ. 2532 (9) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 พ.ศ. 2534 เป็นต้น

ข. ตราเป็นพระราชกำหนด กรณีที่มีการตรากฎหมายนิรโทษออกเป็นพระราชกำหนด เช่น (1) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 31 มีนาคม ถึงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2524 และ (2) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

ค. บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและฉบับถาวร เช่น

ค.1) กรณีรัฐประหารเมื่อ 19 กันยายน 2549 รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 บัญญัติไว้ในมาตรา 37 “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษ และการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้น หรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” และต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 309 บัญญัติว่า “บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมาย

และรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

ค.2) กรณีของการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 48 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่ กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” และต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับถาวร คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ใช้บังคับ มาตรา 279 บัญญัติว่า “บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นเป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมายและมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี

บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

ซึ่งจะเห็นได้ว่าแนวทางในการออกกฎหมายนิรโทษกรรมก็เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ออกโดยพระราชบัญญัติหรือโดยพระราชกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่รับรองการนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอีกชั้นหนึ่ง เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจต่อคณะรัฐประหารว่าภายหลังจากการหมดสิ้นอำนาจของคณะรัฐประหารแล้ว ไม่สามารถเอาผิดใด ๆ กับคณะรัฐประหารอันเนื่องมาจากการยึดอำนาจและล้มล้างรัฐธรรมนูญได้โดยสิ้นเชิง

5.4.2.2 กรณีของการเป็นกบฏ

กรณีของการเป็นกบฏ การเข้ายึดอำนาจการปกครองแผ่นดินหากคณะผู้กระทำการกระทำไม่สำเร็จการกระทำนั้นย่อมเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 มาตรา 114 มาตรา 115 มาตรา 116 ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม ตามประวัติการเมืองไทย แนวทางในการดำเนินการกับบุคคลที่มีความผิดฐานเป็นกบฏนั้น มีแนวทางอยู่ 3 แนวทาง คือ ก. การจัดตั้งศาลพิเศษ ข. การใช้อำนาจพิเศษในการลงโทษ ค. การดำเนินคดีในชั้นศาลตามปกติ และ ง. การออกกฎหมายนิรโทษกรรมและกฎหมายล้างมลทิน

ก. การจัดตั้งศาลพิเศษ เป็นมาตรการที่นำมาใช้ในช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 โดยมีการจัดตั้งศาลพิเศษ ดังนี้ (1) กบฏบวรเดช มีการจัดตั้งศาลพิเศษ มีการคุมขังทหารและพลเรือนผู้เกี่ยวข้องกับการกบฏครั้งนี้นับร้อยคนที่เรือนจำบางขวาง แต่ที่ไม่มีการประหารชีวิต เพราะพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้สละราชสมบัติ ทำให้รัฐบาลต้องอภัยโทษให้บรรดาผู้รับโทษประหารชีวิตเป็นจำคุกตลอดชีวิต และผู้ได้รับโทษจำคุกก็ได้รับการลดโทษตามลำดับขั้น (2) กบฏนายสิบ 3 สิงหาคม 2478 มีการจัดตั้งศาลพิเศษ โดยมีคณะกรรมการ 7 คน มีคำพิพากษาตัดสินคดีในวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2478 ให้จำคุกตลอดชีวิต 8 คน ยกเว้นสิบเอกสวัสดิ์ มหะหมัด ที่ปฏิเสธตลอดข้อหาศาลจึงให้ตัดสินประหารชีวิต (3) กบฏพระยาทรงสุรเดช เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2481

(กบฏ 18 ศพ) ได้มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นพิจารณาคดีเป็นการเฉพาะ ศาลพิเศษนี้ได้ตัดสินว่ามีการเตรียมการยึดอำนาจโดย พันเอกพระยาทรงสุรเดช เป็นผู้นำ และตัดสินลงโทษประหารชีวิตนักโทษ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2482 จำนวน 21 คน แต่ให้เว้นการประหาร คงเหลือโทษจำคุกตลอดชีวิต 3 คน เนื่องจากเคยประกอบคุณงามความดีแก่ประเทศชาติ[482] นักโทษซึ่งต้องโทษประหารชีวิตถูกนำตัวออกมาประหารด้วยการยิงเป้าวันละ 4 คน จนครบจำนวน 18 คน ซึ่งเป็นที่มาของชื่อกบฏ 18 ศพ[483]

ข. การใช้อำนาจพิเศษในการลงโทษโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรม เป็นกรณีของกบฏเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2520 ซึ่งมีพลเอกฉลาด หิรัญศิริ เป็นหัวหน้าคณะ การกบฏในครั้งนี้มีการเสียชีวิตเมื่อมีการใช้อาวุธปืนสังหารพลตรีอรุณ ทวาทศิน ซึ่งถูกควบคุมตัวอยู่โดยอ้างว่าพลตรีอรุณฯเข้าแย่งปืน หลังจากฝ่ายกบฏถูกจับกุมและถูกดำเนินคดีในข้อหากบฏ โดยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83, 113, 114, 115, 116, 139, 364, และ 365 เฉพาะนายฉลาด หิรัญศิริ ยังมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 อันเป็นความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่และโดยกระทำทารุณโหดร้ายอีกกระทงหนึ่งด้วย รัฐบาลได้ใช้อำนาจตามมาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2519 ตัดสินลงโทษโดยไม่ผ่านกระบวนการยุติธรรม มีคำสั่งให้ถอดยศ และประหารชีวิตนายฉลาด หิรัญศิริ และจำคุกตลอดชีวิตผู้ก่อการที่เหลือ 4 คน (คำสั่งลงวันที่ 21 เมษายน 2520) ซึ่งต่อมาได้ลงโทษจำคุกตลอดชีวิตเพิ่มอีก 8 คน รวมเป็น 12 คน ภายหลังทั้งหมดได้รับการนิรโทษกรรม เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2520

ค. การดำเนินคดีในชั้นศาลตามปกติ โดยทั่วไปแล้วในคดีที่เกี่ยวกับกบฏมักจะดำเนินการโดยการจัดตั้งศาลพิเศษก็ดี การใช้อำนาจพิเศษก็ดี แต่มีบางกรณีที่ใช้กระบวนการศาลตามปกติ เช่น กรณีของกบฏสันติภาพ 10 พฤศจิกายน 2495 กบฏครั้งนี้เกิดขึ้นเมื่อ จอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้จับกุมประชาชนจำนวนมากโดยอาศัยอำนาจตามความในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 102 มาตรา 104 มาตรา 177 มาตรา 181 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา (ฉบับที่ 7)

---

[482] พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมขุนชัยนาทนเรนทร, พลโท พระยาเทพหัสดิน และพันเอก หลวงชำนาญยุทธศิลป์

[483] ชาดา นนทวัฒน์, กบฏแผ่นดิน แย่งชิงอำนาจ 11 กบฏ 1 ปฏิวัติ 12 รัฐประหาร ในวังวนเก้าอี้ผู้นำชาติ, สำนักพิมพ์ยิปซี, กรุงเทพ 2552, หน้า 132

พ.ศ. 2478 ในการจับกุมครั้งนี้ได้จับกุมบุคคลต่าง ๆ เป็นจำนวน 104 คน คดีนี้ อัยการสั่งฟ้องผู้ต้องหารวมทั้งสิ้น 54 ราย ศาลได้พิพากษาจำคุกบางราย 13 ปี บางราย 20 ปี และได้รับการประกันตัว และพ้นโทษตามพระราชบัญญัตินิรโทษกรรม เนื่องในโอกาสพุทธศตวรรษที่ 25 พ.ศ. 2500[484] การดำเนินการในชั้นศาลอาจถือได้ว่าเป็นกลุ่มที่ส่วนใหญ่แล้วไม่ใช่ฝ่ายทหารหรือเป็นพวกกลุ่มปัญญาชน

ง. การออกกฎหมายนิรโทษกรรมและกฎหมายล้างมลทิน การกระทำที่เข้าข่ายเป็นกบฏ นอกเหนือจากที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ต้องถือว่าเป็นการกระทำกบฏที่ต่อมาในภายหลังได้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้ทั้งสิ้น แม้แต่กรณีกบฏเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2520 ซึ่งมีพลเอกฉลาด หิรัญศิริ เป็นหัวหน้าคณะ ซึ่งมีการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตจำนวน 12 คน ซึ่งต่อมาภายหลังก็มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมทั้งหมด เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2520 ซึ่งผู้กระทำผิดได้รับโทษจำคุกเพียง 8 เดือนเท่านั้น ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ากรณีของการกระทำที่เข้าลักษณะของการเป็น “กบฏ” นั้น โดยทั่วไปแล้วจะมีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้เสมอภายหลังจากเหตุการณ์ได้ผ่านพ้นไปแล้ว เช่น (1) พระราชบัญญัติล้างมลทินผู้กระทำผิดทางการเมือง ร.ศ. 130 พุทธศักราช 2475 (2) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดฐานกบฏและจลาจล พุทธศักราช 2488 (3) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมในโอกาสครบรอบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2498 (4) พระราชล้างมลทินในโอกาสครบรอบ 25 พุทธศตวรรษ พ.ศ. 2499 (5) พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 31 มีนาคม ถึงวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2524 (6) พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ก่อความไม่สงบเพื่อยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินระหว่างวันที่ 8 และวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2528 พ.ศ. 2531 เป็นต้น

จากความเป็นมาในทางประวัติของการเมืองการปกครองของไทยดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้แต่กรณีที่เป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็น “กบฏ” ท้ายที่สุดแล้วก็จะมีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมก็ดี กฎหมายล้างมลทินก็ดีให้แก่ผู้กระทำการที่เข้าข่ายเป็น “กบฏ” ดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้มิพักจะต้องกล่าวถึง คณะรัฐประหารที่ยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้สำเร็จการจะเอาผิดฐานล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือล้มล้างการปกครอง

---

[484] เพิ่งอ้าง, หน้า 224

แผ่นดินจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากอย่างยิ่งหากได้พิจารณาประกอบกับประวัติทางการเมืองของไทย เว้นแต่ในช่วง 2475 - 2490 ซึ่งในช่วงดังกล่าวมีความขัดแย้งอยู่ 2 ลักษณะ คือ ช่วงแรกเป็นความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างฝ่ายคณะราษฎรและฝ่ายแนวคิดเก่า เมื่อเกิดการกบฏจึงใช้มาตรการรุนแรงในการจัดการฝ่ายตรงข้ามโดยการตั้งศาลพิเศษ ส่วนขัดแย้งภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 อีกช่วงหนึ่งเป็นช่วงความขัดแย้งภายในของคณะราษฎรซึ่งมีการใช้มาตรการรุนแรงในการดำเนินการโดยศาลพิเศษเช่นกัน แต่ภายหลังจากนั้นมีกรณีเดียวที่นำไปสู่การลงโทษประหารชีวิตผู้นำฝ่ายกบฏ คือ กรณีกบฏเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2520 ซึ่งมีพลเอกฉลาด หิรัญศิริ เป็นหัวหน้าคณะ เหตุผลที่มีการประหารชีวิตนั้นสืบเนื่องมาจากมีการยิงนายทหารชั้นผู้ใหญ่ให้เสียชีวิต จึงมีการลงโทษประหารชีวิตโดยใช้มาตรา 21 ธรรมนูญการปกครอง 2519 นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวแล้วเป็นไปตามแนวทางที่จะให้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมในภายหลังทุกครั้งที่มีการกบฏเกิดขึ้น โดยทั่วไปแล้ว จึงแทบไม่มีการใช้กระบวนการยุติธรรมในทางศาลเข้ามาพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับการรัฐประหารหรือการกระทำที่เข้าข่ายเป็นกบฏแต่อย่างใด มีเพียงไม่กี่กรณีที่มีการนำคดีไปสู่ศาลและได้มีแนวคำพิพากษาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว และจะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

5.4.2.3 สถานะและผลของ “กฎหมายนิรโทษกรรม”

ในกรณีที่มีการตรากฎหมายนิรโทษกรรมแล้วต่อมาในภายหลังกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ผ่านการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎร เช่น กรณีที่มีการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมต่อมาภายหลังสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวซึ่งมีผลทำให้พระราชกำหนดนิรโทษกรรมดังกล่าวเป็นอันตกไป กรณีเช่นนี้จะมีผลเป็นการลบล้างความผิดที่เกิดจากพระราชกำหนดนั้นเป็นอันตกไปด้วยหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้เป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เพราะอาจมีความพยายามในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อลบล้างมรดกของ คสช. โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) เพื่อยกเลิกมาตรา 279 ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาล ประเด็นที่เป็นปัญหาตามมา คือ ความผิดที่ถูกลบล้างไปแล้วโดยกฎหมายนิรโทษกรรมทั้งหลายจะทำให้ความผิดที่ได้ลบล้างไปแล้วนั้นกลับคืนมาหรือไม่ และอาจเอาผิดกับผู้กระทำการรัฐประหารได้หรือไม่เพียงใด

ต่อกรณีปัญหาในลักษณะดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2535 เรื่อง การตีความมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2535 ด้วยนายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือที่ นร 0203/22440 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2535 แจ้งว่าคณะรัฐมนตรีมีมติว่ามีปัญหาที่จะต้องตีความมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อาศัยความในมาตรา 207 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คณะรัฐมนตรีจึงส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า

ข้อ 1 ตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดใด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น คำว่า “กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น มีความหมายอย่างไร และมีผลเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมมาตราที่มีสาระสำคัญว่า “ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” เพียงใด

ข้อ 2 การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 ซึ่งมีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา จะไม่มีผลกระทบถึงผู้ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าวกำหนดให้พ้นจากความผิดและความรับผิดไปแล้วใช่หรือไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะเป็นผู้ที่ยังไม่ถูกร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือยังไม่ถูกดำเนินคดีตามกฎหมาย หรือเป็นผู้ที่ถูกร้องทุกข์กล่าวโทษหรือถูกดำเนินคดีตามกฎหมายไว้แล้วก็ตาม

ข้อ 3 การที่พระราชกำหนดนิรโทษกรรมกำหนดให้ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมดังกล่าวพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปแล้วนั้น ต่อมาพระราชกำหนดไม่ได้รับการอนุมัติ จะถือว่าการพ้นจากความผิดและความรับผิดดังกล่าวเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ใช่หรือไม่

ข้อ 4 การสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาหรือให้ยุติการดำเนินคดีเพราะเหตุที่มีพระราชกำหนดมายกเลิกความผิดนั้น จะถือว่าคดีเป็นอันยุติและรื้อฟื้นขึ้นมาอีกไม่ได้ เพราะกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ใช่หรือไม่

ข้อ 5 หากคณะตุลการรัฐธรรมนูญเห็นว่า การที่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนด ทำให้สามารถดำเนินคดีต่อผู้ที่เคยถูกดำเนินคดีตามหมายเรียก หมายจับ

และเคยมีการสอบสวนไว้ก่อนแล้วได้ ดังนี้ ผลของการออกหมายเรียก หมายจับ และการสอบสวนที่ได้ดำเนินการไปแล้วในระหว่างที่ยังไม่มีการอนุมัติพระราชกำหนดนั้นจะถือว่าสมบูรณ์และไม่ถูกกระทบกระเทือนเพราะเป็นกิจการที่ได้เป็นไปแล้วตามมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ใช่หรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวแล้ว จะได้วินิจฉัยปัญหาที่คณะรัฐมนตรีขอให้ตีความตามลำดับ ดังนี้

ข้อ 1 ข้อความที่ว่า “กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น” มีความหมายอย่างไร และมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมที่ว่า “ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” เพียงใดนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เห็นว่า ข้อความที่ว่า “กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น” มีความหมายว่า กิจการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นผลอันเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของพระราชกำหนด หรือการกระทำผลของการกระทำ ประโยชน์หรือสิ่งใดที่เกิดขึ้นได้มีขึ้น หรือได้รับไปแล้ว อันเนื่องจากการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนั้นนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับจนถึงวันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดมีผล กิจการดังกล่าวนั้นย่อมเป็นกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นและโดยที่มาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “การที่พระราชกำหนดตกไปไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ดังนั้น กิจการนั้นจึงไม่ถูกกระทบกระเทือน แม้ว่าพระราชกำหนดนั้นจะตกไป ส่วนปัญหาที่ว่าข้อความดังกล่าวมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 เพียงใดนั้น มาตรา 3 ของพระราชกำหนดดังกล่าวบัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ไม่ว่าได้กระทำในฐานะเป็นตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำหรือผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง” ฉะนั้นข้อความที่ว่ากิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นจึงมีผลว่านับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ถ้าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมพ้นผิด

และความรับผิดโดยสิ้นเชิงทันที และการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ย่อมมีอยู่ตลอดไปโดยไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดฉบับนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ เพราะพระราชกำหนดก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2535 ว่า "... พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้" และการที่พระราชกำหนดตกไปนั้น มาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็บัญญัติว่าไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดก็คือการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนั่นเอง หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้พระราชกำหนดไม่มีผลบังคับมาแต่ต้นก็จะต้องบัญญัติโดยชัดเจน ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 173 วรรคสามว่า "ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น"

สำหรับคำถามข้อ 2 ข้อ 3 ข้อ 4 และข้อ 5 นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าเมื่อได้ตอบประเด็นปัญหาข้อ 1 แล้วก็ไม่จำเป็นต้องตอบคำถามดังกล่าวอีก

ประเด็นปัญหาจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีความเห็นในทางวิชาการของฝ่ายวิชาการในความเห็นที่แตกต่าง โดยศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ได้ให้ความเห็นว่า "การพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนั้น" อันเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายและเป็นวัตถุที่ประสงค์ของกฎหมาย ไม่อาจจะเป็น "กิจการที่เป็นไปในระหว่างการใช้พระราชกำหนด" ได้ เพราะ "วัตถุประสงค์" ของกฎหมายย่อมมิใช่ "กิจการ" ที่เกิดจากการดำเนินการของบุคคลหรือของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากแต่เป็นผลโดยตรงจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่การล้างความผิดหรือความรับผิด และหากถือตามแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรในการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎร ย่อมไร้ผลในทุกกรณี เพราะพระราชกำหนดในทุกเรื่องทุกลักษณะย่อมถือเป็น "กิจการ" ทั้งสิ้น ดังนั้น พระราชกำหนดทุกฉบับจึงจะมีผลสมบูรณ์และเป็นกิจการที่ไม่อาจถูกกระทบกระเทือนได้แม้ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนด การตีความตามแนวของคณะตุลาการ

รัฐธรรมนูญจึงขัดต่อหลักการตีความกฎหมาย[485] ประเด็นปัญหาดังกล่าวจึงมีความคิดเห็นในทางวิชาการที่มีความเห็นแตกต่างไปจากแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่อง "การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรม" แต่ในระยะหลังการนิรโทษกรรมทำโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและเมื่อมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรก็จะรับรองความชอบรัฐธรรมนูญไว้อีกชั้นหนึ่ง ประเด็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นจึงไม่เหมือนกับประเด็นตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535 ข้างต้น ประเด็นที่จะเป็นปัญหาจากการออกกฎหมายนิรโทษกรรมในปัจจุบันคงมีประเด็นสำคัญประเด็นเดียวว่า การนิรโทษกรรมนั้นจะเป็นการนิรโทษกรรมตลอดไปหรือไม่ กล่าวคือ หากกรณีที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวสิ้นผลใช้บังคับและรัฐธรรมนูญถาวรก็สิ้นผลใช้บังคับแล้ว การนิรโทษกรรมยังคงอยู่ตลอดไปหรือไม่ ดังเช่นกรณีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว 2549 และรัฐธรรมนูญฉบับถาวร 2550 ได้สิ้นผลการใช้บังคับไปหมดแล้ว หรือกรณีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 ได้มีการนิรโทษกรรมโดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ได้บัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 279 หากต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกเลิกมาตรา 279 จะมีผลกระทบต่อการนิรโทษกรรมการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 หรือไม่เพียงใด ซึ่งประเด็นในลักษณะนี้ยังไม่เคยมีแนวคำวินิจฉัยมาก่อน แต่แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535 ดังกล่าวข้างต้นคงบอกทิศทางได้ในเบื้องต้นว่าองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยจะวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวไปในทิศทางใด

5.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับ "รัฏฐาธิปัตย์" อันสืบเนื่องมาจากการยึดอำนาจจากแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น อาจแยกแนวความคิดที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของ "รัฏฐาธิปัตย์" อาจแยกแนวคิดหลักได้ 2 กลุ่มแนวความคิด ดังนี้

---

[485] อมร จันทรสมบูรณ์, บทวิจารณ์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (กรณีพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฯ ในเหตุการณ์เดือนพฤษภาคม (ทมิฬ) พ.ศ. 2535), ใน บรรเจิด สิงคะเนติ, นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ 2546, หน้า 165

(1) แนวคิดกลุ่มแรกเป็นแนวคิดที่ถือสำนักคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง โดยมีการให้เหตุผล 2 ลักษณะ ดังนี้

ก. แนวคิดว่าด้วย "รัฏฐาธิปัตย์" จากเหตุผลที่ศาลฎีกายกขึ้นมาประกอบการวินิจฉัยในส่วนของ "สถานะทางกฎหมาย" ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 ตลอดจนผลของการใช้อำนาจของคณะรัฐประหารนั้น พบว่า ศาลได้ถือเอา "ผลสัมฤทธิ์" ของการทำรัฐประหารมาเป็น "เกณฑ์" ในการวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารว่า เมื่อ "คณะรัฐประหารได้มีอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ" ผลของความสำเร็จดังกล่าว จึงทำให้คณะรัฐประหารมีสถานะเป็น "รัฏฐาธิปัตย์" กล่าวคือ "คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ" อีกทั้งยังได้ให้เหตุผลประกอบอีกชั้นหนึ่งว่า "เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติอาจจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้" จึงเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ยึดถือปรัชญาของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law School) ที่ถือว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อกฎเกณฑ์นั้นออกมาโดยอาศัยอำนาจของผู้ถืออำนาจสูงสุดในรัฐคือคณะรัฐประหาร ก็ย่อมมีสถานะเป็นกฎหมาย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วบ้านเมืองก็จะวุ่นวายได้ ทั้งนี้ โดยมิพักต้องพิจารณาในเนื้อหาว่า คำสั่งคำบัญชาที่คณะรัฐประหารออกมานั้นจะกระทบต่อหลักการพื้นฐานในระบอบเสรีประชาธิปไตยหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น ข้อความใดหรือการกระทำใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งหรือบังคับต่อประชาชน ย่อมเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศซึ่งเป็นกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยก็ตาม แนวความคิดทางกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันถึง "สำนักคิดทางกฎหมาย" (Legal School of Thought) ของศาลฎีกาไทย

ข. แนวคิดว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองใช้เหตุผลในลักษณะเดียวกับที่ศาลฎีกาใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 กล่าวคือ มุ่งพิจารณาแต่เฉพาะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการออกคำสั่งของหัวหน้า คสช. อันมีสถานะเป็น "รัฏฐาธิปัตย์" ว่ามาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติรับรองสถานะอันพิเศษของบรรดาประกาศ คำสั่งหรือการกระทำ

ของ คสช. ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุด ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งถือเป็นแนวการให้เหตุผลอันได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ที่มองว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐมีการออกกฎหมาย คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดออกมา ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ชอบด้วยกฎหมาย แม้โดยเนื้อหาของการกระทำนั้นจะอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อประชาชนก็ตาม

(2) แนวคิดกลุ่มที่สองถือแนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมมีสถานะที่จะตรวจสอบการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์ได้ ซึ่งแยกออกเป็น

ก. แนวคิดว่าด้วยความชอบด้วยจารีตประเพณีการปกครองและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่) ได้วางหลักที่น่าสนใจเกี่ยวกับ “ขอบเขต” ของการคุ้มครองสถานะและความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ รสช. ว่า แม้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 จะรับรองความชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่ศาลฎีกามองว่า ประกาศ รสช. ก็ยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็สามารถวินิจฉัยโดยอาศัย “หลักห้ามมิให้จัดตั้งศาลพิเศษ” ซึ่งถือว่ามีพื้นฐานจากประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ รสช. ได้

ข. การดำรงอยู่ของประกาศคณะปฏิวัติจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในปัจจุบัน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 เรื่อง ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลย (นายธนรัตน์ แก้ววารี) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 กรณีของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับ “รัฏฐาธิปัตย์” อันสืบเนื่องมาจากการยึดอำนาจจากแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการข้างต้นแล้ว อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อข้อความคิดในทางกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” กับ “แนวคิดว่าด้วย “รัฏฐาธิปัตย์” และ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมาย”ของคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใช้อำนาจรัฏฐาธิปัตย์ หากมิได้พิจารณาแยกแยะปัญหาดังกล่าวให้ชัดเจน ผู้วิจัยเห็นว่าการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งต้องคุ้มครอง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากไม่สามารถอ้างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการกระทำหรือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวคิดกลุ่มที่สองที่ถือแนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมมีสถานะที่จะตรวจสอบการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์จะเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในอนาคตโดยมีเหตุผลประกอบข้อพิจารณา ดังนี้

(1) ความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการเขียนบท “นิรโทษกรรม” ไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ หากนำกรณีของการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 มาเป็นกรณีศึกษาเพื่อวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าว มีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 48 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ

รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับถาวร คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มีผลใช้บังคับ มาตรา 279 บัญญัติว่า “บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

จากบทบัญญัติมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และมาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) อาจแยกสาระสำคัญของเนื้อหาของบทมาตราดังกล่าวได้ 2 ประการ คือ

ก. ให้บรรดาการกระทำทั้งหลาย หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง (มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557)

ข. ให้บรรดาการกระทำทั้งหลายให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย (มาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560))

ประเด็นหลักของการนิรโทษกรรมนั้นมุ่งไปที่ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดทั้งหลาย กรณีของความผิดและความรับผิดนั้นมีข้อพิจารณาสำคัญ คือ กฎหมายนิรโทษกรรมให้พ้นความผิดตลอดไปหรือไม่ หากกฎหมายนิรโทษกรรมไม่มีอยู่หรือมีการแก้ไขกฎหมายยกเลิกบทบัญญัติกฎหมายที่นิรโทษกรรมความผิดและความรับผิดจะย้อนกลับมาเอาผิดต่อผู้กระทำได้หรือไม่เพียงใด ประเด็นนี้ได้พิจารณากันไปแล้วในหัวข้อที่แล้ว ประเด็นที่คงเป็นปัญหาต้องพิจารณาต่อไปคงมีประเด็นเพียงว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมายตลอดไป หรือไม่ ซึ่งแนวทางในการตีความอาจมีแนวทางในการตีความได้ดังนี้

ก. บรรดาการกระทำทั้งหลายย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย ตราบเท่าที่ยังไม่มีการโต้แย้งหรือยังไม่มีแนวคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาล ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในกรณีนี้ถือเป็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในทางรูปแบบ ส่วนจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความมุ่งหมายของการตรวจสอบว่า การตรวจสอบนั้นมุ่งหมายเพื่อความผิดหรือความรับผิดของผู้กระทำ หรือมุ่งหมายเพื่อยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

ข. การกระทำหรือกฎหมายที่ออกโดยรัฏฐาธิปัตย์จะต้องไม่ขัดกับจารีตประเพณีในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่) ได้อาศัย “หลักห้ามมิให้จัดตั้งศาลพิเศษ” ซึ่งถือว่ามีพื้นฐานจากประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ รสช. ได้

ค. บรรดาการกระทำหรือกฎหมายที่ออกโดยรัฏฐาธิปัตย์ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ใช้บังคับจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ กล่าวคือ กฎหมาย (ไม่ว่าจะออกโดยรัฐสภาหรือโดยคณะรัฐประหาร) นั้นจะต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

กล่าวโดยสรุป สำหรับประเด็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการเขียนบท "นิรโทษกรรม" ไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญนั้น มุ่งหมายเพื่อให้ผู้กระทำการทั้งหลายพ้นจากความผิดและความรับผิดทั้งหลาย ส่วนการกระทำทั้งหลายมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น ส่วนนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าเมื่อการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้วก็ย่อมไม่ต้องมีความผิดและความรับผิดไปด้วย แต่หากตีความ 2 เรื่องนี้ให้แยกจากกัน กล่าวคือ ความผิดและความรับผิดทั้งหลายนั้นเป็นอันพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสมบูรณ์แล้ว ส่วนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของบรรดาการกระทำทั้งหลายย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในทางรูปแบบ ส่วนในทางเนื้อหานั้นย่อมอาศัยแนวทางในการตีความดังกล่าวแล้วข้างต้น

(2) สถานะของ "หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ" (general principle of constitutional law) ประเด็นที่เป็นข้อพิจารณาประการต่อมาซึ่งเป็นแนวทางคำพิพากษาศาลฎีกา1131/2536 (ที่ประชุมใหญ่) ใช้เป็นแนวทางในการพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ดังกล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งหมายความว่า ในขณะที่มีการกระทำหรือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ในเรื่องโดยที่ยังไม่รัฐธรรมนูญใช้บังคับก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์เหล่านั้นจากปราศจากข้อจำกัดโดยสิ้นเชิง หากมีการโต้แย้งการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์เหล่านั้นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาอาจนำ "หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ" มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์ดังกล่าวขัดกับหลักกฎหมายดังกล่าวก็ได้ ในกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1131/2536 อาศัยหลักการอธิบาย 2 ชั้น โดยขั้นแรกนำ "หลักห้ามจัดตั้งศาลพิเศษ" มาใช้ ถือว่าประกาศ รสช. ดังกล่าวขัดต่อหลักห้ามมิให้จัดศาลพิเศษ ขั้นที่สอง การที่รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติหลักห้ามจัดตั้งศาลพิเศษมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2489 จึงถือได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งหากพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้วศาลสามารถจะอ้างเฉพาะ "หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ" ว่าประกาศ รสช. ดังกล่าวขัดกับหลักดังกล่าวก็เพียงพอ ดังนั้น "หลักกฎหมายทั่วไปของ

รัฐธรรมนูญ” สำหรับบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายถือว่าหลักเหล่านี้ดำรงอยู่คู่กับรัฐธรรมนูญเสมอ และหากไม่มีรัฐธรรมนูญก็สามารถอ้างหลักเหล่านี้เพื่อเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐได้ “หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ” หมายถึง หลักในเรื่องใดบ้าง เช่น หลักความเสมอภาค, หลักความพอสมควรแก่เหตุ, หลักความรับผิดของรัฐ, หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังในทางอาญา, หลักไม่มีผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย, หลักข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์, หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ, หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา, หลักห้ามมิให้จัดตั้งศาลพิเศษ ฯลฯ หลักเหล่านี้ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างของคดีประวัติศาสตร์ของไทยที่ศาลได้หยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญมาพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญคือ คดีอาชญากรสงครามตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1,2,4/2489 ให้ยกฟ้องโจทก์ โดยสรุปสาระสำคัญจากคำพิพากษาศาลฎีกาได้ว่า[486] ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 58 บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีท่านว่าเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องดำเนินตามกฎหมายและในนามของพระมหากษัตริย์” ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมาย ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความกฎหมายเป็นธรรมดา หากไม่ให้แปลศาลก็ใช้กฎหมายนั้นไม่ได้ มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเด็ดขาดว่า อำนาจตีความรัฐธรรมนูญเป็นของสภาผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะเช่นที่ใช้ในมาตรา 58 เป็นแต่กล่าวว่า สภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเด็ดขาดในการตีความเท่านั้น จึงไม่ใช่ข้อบัญญัติที่ตัดอำนาจศาลไม่ให้ตีความ ศาลฎีกาเห็นว่า มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า “เสรีภาพในร่างกาย (ภายในบังคับแห่งกฎหมาย)” ย่อมเป็นการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการกระทำด้วย ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า มาตรา 14 รับรองว่าบุคคลทุกคนอาจที่จะทำ พูด เขียน ฯลฯ อย่างไรก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และคำว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย” ย่อมหมายถึงบทกฎหมายในเวลากระทำ เวลาพูด เวลาเขียน ฯลฯ จะหมายถึงบทกฎหมายที่จะออกต่อไปภายหน้าด้วยไม่ได้ และมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติรองรับกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 7 อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนด

---

[486] คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489

โทษไว้” ถ้าจะแปลประโยคว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย” ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 ว่าหมายถึง กฎหมายที่จะออกมาภายหน้าด้วยแล้ว มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญก็จะทำลายหลักประกันซึ่งกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 7 ให้ไว้หมดสิ้น ศาลฎีกาเห็นว่าตามมาตรา 14 บุคคลยอมกระทำการใด ๆ ได้ โดยไม่ต้องห้ามและจะไม่ต้องรับโทษแต่อย่างใด ในเมื่อการกระทำเช่นนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือบัญญัติว่าเป็นความผิด และหากกฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำที่แล้วมา ย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามฯ เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังก็อยู่ในลักษณะเช่นเดียวกัน การที่ศาลฎีกาอ้างมาตรา 7 กฎหมายลักษณะอาญาซึ่งก็คือ “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ เพราะโดยหลักทั่วไปแล้วไม่อาจจะอ้างบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายอีกฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ เว้นแต่บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนั้นมีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ” ดังที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1,2,4/2489 ได้นำมาใช้เป็น “เกณฑ์” ในการพิจารณาว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย 2 เรื่องดังกล่าวข้างต้นอาจกล่าวได้ว่าศาลไทยได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็น “เกณฑ์” ในการพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือทั้งที่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญขณะนั้น หรือแม้แต่กรณีที่ไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรใช้บังคับก็สามารถนำหลักเหล่านี้มาใช้เป็น “เกณฑ์”ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำต่าง ๆ ได้ ทั้งนี้ เพราะหลักเหล่านี้ย่อมดำรงอยู่เสมอตราบเท่าที่ยังเป็นระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่ระบบกฎหมายของรัฐยังอาศัยหลักพื้นเหล่านี้เป็นฐานของระบบกฎหมายของรัฐ

(3) “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” กับการกระทำของ “รัฏฐาธิปัตย์” เมื่อรัฐธรรมนูญถาวรประกาศใช้บังคับประเด็นที่จะเกิดขึ้นตามมาคืออาจมีการโต้แย้งการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์ไม่ว่ารูปกระทำการในลักษณะใด ๆ ไปยังองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย กล่าวเฉพาะกรณีของศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นในการพิจารณา 2 ประการ คือ ก. ประกาศของคณะรัฐประหารทั้งหลายถือว่าเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาได้หรือไม่

ข. หากประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยได้หรือไม่เพียงใด

ก. ประกาศของคณะรัฐประหารทั้งหลายถือว่าเป็น "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาได้หรือไม่ ประเด็นปัญหาดังกล่าวหากพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 212, มาตรา 212 และมาตรา 231 (1) ทั้งสามมาตรานี้เป็นกรณีที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมาตรา 212 และมาตรา 231 (1) ใช้ถ้อยคำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ดังนั้น ความหมายของ "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" มีความหมายและขอบเขตเพียงใด ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้มาแล้วตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ย่อมหมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ[487] โดยที่กฎหมายเหล่านั้นตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดังรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีประเด็นปัญหาว่า ประกาศคณะรัฐประหารทั้งหลายถือว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยหรือไม่ประการใด ซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 เป็นกรณีที่ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 กรณีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36

---

[487] หมายถึง พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 230 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540)

และมาตรา 50 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องนี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) แล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 ที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไปขัดหรือแย้งนั้น มีหลักการอย่างเดียวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยคำร้องนี้ได้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 หรือไม่

จากเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 12/2552 ศาลไม่ได้ให้เหตุผลโดยตรงว่า เหตุใดศาลจึงตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่าจะต้องตรวจสอบกับรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หากจะวิเคราะห์เหตุผลว่าเหตุใดศาลรัฐธรรมนูญจึงถือว่า “ประกาศคณะปฏิวัติ” เป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ ซึ่งมีข้อพิจารณาอย่างน้อย 2 ประการ

ประการที่หนึ่ง หากประกาศคณะปฏิวัติเหล่านั้นไปแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญย่อมต้องถือว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับนั้นมีสถานะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ๆ

ประการที่สอง หากประกาศคณะปฏิวัตินั้นมิได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่นแต่เป็นการกำหนดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นใหม่ หากประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดโทษทางอาญาก็ดี เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ดี

เป็นการกำหนดในเรื่องทางภาษีก็ดี หรือเป็นการจัดตั้งองค์กรใหม่ก็ดี กรณีต่าง ๆ เหล่านี้ต้องถือว่าประกาศคณะปฏิวัติเหล่านั้นย่อมมีสถานะเป็นพระราชบัญญัติ

ดังนั้น ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ศาลรัฐธรรมนูญคงอนุมานจากเหตุผลประการที่สอง จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวมีสถานะเป็น "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ๆ ได้

ข. หากประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยได้หรือไม่เพียงใด หากพิจารณาจากกรณีเหตุการณ์การรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 จะมีการดำเนินการ 2 ประการ คือ (1) มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมโดยรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และ (2) มีการรับรองโดยรัฐธรรมนูญฉบับถาวร พ.ศ. 2560 ว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าประกาศ คสช. มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้หรือไม่ เพียงใด ต่อข้อพิจารณาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญมีแนวทางอย่างน้อย 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การตีความกฎหมายนิรโทษกรรมมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การยกเว้นความผิดและความรับผิด ส่วนการรับรองว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นเพื่อเป็นหลักประกันของยกเว้นความผิดและความรับผิดนั่นเอง แต่หากตีความว่า 2 หลักนี้ไม่ผูกพันกัน กล่าวคือ กรณีของกฎหมายนิรโทษกรรมนั้นหากถือหลักว่าเป็นการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสมบูรณ์เด็ดขาดแล้ว ในส่วนของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงมิใช่เรื่องที่เกี่ยวเนื่องเกี่ยวโยงกับความผิดและความรับผิดดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของการเขียนบท "นิรโทษกรรม" ไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ แต่ในประเด็นนี้เกี่ยวโยงกับเรื่องการตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารกับรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันซึ่งเป็นประเด็นของการมีผลในปัจจุบันและอนาคตของกฎหมาย กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารกับรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันดังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ดังกล่าวแล้วข้างต้น

แนวทางที่สอง อาศัยเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์บ้านเมืองมาเป็นเหตุผลสำคัญในการตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหาร ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 กรณีที่ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลยเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 264 กรณีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50 หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า “... เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้รับรองเสรีภาพของบุคคลในการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้ในมาตรา 43 วรรคสอง ซึ่งการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องเป็นไปตามหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 ด้วย การพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ตรากฎหมายนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่าในขณะที่ประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้เป็นช่วงที่คณะปฏิวัติกระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 และได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรที่ใช้อำนาจโดยให้ฝ่ายบริหารคือรัฐบาลใช้อำนาจทั้งในส่วนของอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในขณะเดียวกัน เพื่อให้บ้านเมืองสงบเรียบร้อยเป็นปกติสุขจนกว่าจะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญตามครรลองของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในช่วงระหว่างเวลาที่คณะปฏิวัติยึดอำนาจนั้น คณะปฏิวัติซึ่งทำหน้าที่บริหารประเทศมีความต้องการให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะในกรณีตามประกาศคณะปฏิวัติอันเป็นประเด็นในคดีนี้ ซึ่งมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประกอบกิจการ

หรือประกอบอาชีพร้านขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ทั้งยังได้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผู้บริโภคอีกด้วย เพราะไม่ต้องให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืน ซึ่งยากแก่การควบคุม ตรวจตรา และอาจก่อให้เกิดการซ่องสุ่ม ก่อเหตุความไม่สงบ อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ในช่วงการรัฐประหาร ดังปรากฏในคำปรารภของประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ดี ในยามที่บ้านเมืองปกติสุข การใช้ชีวิตของปัจเจกบุคคลย่อมแตกต่างไปจากสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับปัจจุบันในยุคโลกาภิวัตน์ สังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ภาวะเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า การคมนาคมของประเทศมีความสะดวกสบาย ประชาชนสามารถเดินทางสัญจรไปในสถานที่ต่าง ๆ ได้ตลอดเวลา ทำให้วงจรการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนไม่สามารถกำหนดเวลาเป็นการแน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดเป็นช่วงเวลาทำงานและช่วงเวลาใดเป็นเวลาพักผ่อน การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ ทำให้รัฐบาลไม่อาจควบคุมให้ประชาชนต้องอยู่แต่ในบ้านเฉพาะในเวลากลางคืนได้ เนื่องจากความจำเป็นของบุคคลที่จะต้องมีการเดินทางเพื่อการทำธุรกิจหรือมีการติดต่อเพื่อจุดประสงค์อื่นที่มีความแตกต่างกันไป รวมถึงผู้ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพขายอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย ...”

ซึ่งในท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การจำกัดเสรีภาพในการขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลา 01.00 นาฬิกา ถึง 05.00 นาฬิกา ไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ในมาตรา 43 วรรคสอง แต่อย่างใด ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้น เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ด้วย

กล่าวโดยสรุป ไม่ว่าจะอาศัยแนวทางที่หนึ่ง หรือแนวทางที่สอง หรืออาศัยทั้งสองแนวทางเป็นพื้นฐานของการให้เหตุผล แต่สิ่งที่อยู่เบื้องหลังเหตุผลดังกล่าวคือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทหลักในการพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญ

5.4.4 ข้อความคิดว่าด้วย "การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" กับรัฐธรรมนูญตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

จากการศึกษาถึงพัฒนาการของแนวคิดว่าด้วย "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" และ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ในบทที่ 4 ซึ่งอาจสรุปได้ว่า แนวคิดว่าด้วย "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" และ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" มีแนวความคิดอยู่ 2 ฝ่าย ฝ่ายแรก เห็นว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยในช่วงหลังตั้งแต่ พ.ศ. 2540 นั้นไม่สอดคล้องกับแนวคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะมีลักษณะ ก. การสร้างความหมาย "เหนือการเมือง" ในระบบรัฐสภา ข. การเพิ่มพื้นที่ของความเป็นอิสระโดยสัมพัทธ์จากระบบรัฐสภา และ ค. การขยายตัวของความศักดิ์สิทธิ์ ในขณะที่ฝ่ายที่สองเห็นว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" นั้นมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของไทยที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะที่มาจากสถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยที่มีทศพิธราชธรรม นิติราชประเพณี อำนาจเช่นนี้เป็นวัฒนธรรมอำนาจของไทยที่มีมาแต่โบราณ ประการสุดท้ายคือ เป็น Moral Authority เป็นศูนย์กลางของความยุติธรรม ศีลธรรม ความดีงามเป็นศูนย์กลางของการรวมพลังของประชาชนชาวไทย

แนวคิดว่าด้วย "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" และ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" นั้น หากพิจารณาผ่านประวัติความเป็นมาทางการเมืองของไทยอาจกล่าวได้ว่า ในช่วงของการใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 เป็นการเน้นย้ำถึงหลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในช่วงของการใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มีการรัฐประหาร 2 ครั้ง แต่การรัฐประหารทั้งสองครั้งนั้นมิได้มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญดำรงอยู่ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดจึงมีข้อจำกัดการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ ระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ

พ.ศ. 2475 จึงให้ความสำคัญอย่างต่อหลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อคณะราษฎรสายทหารที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม เกิดความขัดแย้งกับคณะราษฎรสายพลเรือนที่นำโดยนายปรีดี พนมยงค์ นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมาความจำเป็นที่จะต้องคงรัฐธรรมนูญไว้เพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายพระมหากษัตริย์ก็หมดความจำเป็น ดังนั้น เมื่อมีการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 ก็มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ซึ่งนายปรีดี พนมยงค์ มีบทบาทสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" จึงลดความสำคัญลง เพราะความขัดแย้งทางการเมืองหลักมิได้เป็นความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับฝ่ายคณะราษฎรอีกต่อไป แต่ความขัดแย้งหลักเป็นปัญหาระหว่างคณะราษฎรสายพลเรือนกับคณะราษฎรสายทหารเป็นประเด็นหลักของการเมืองในขณะนั้น ประกอบกับช่วงปี พ.ศ. 2489 ที่เกิดเหตุการณ์การสวรรคตของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล สถาบันพระมหากษัตริย์อยู่ในภาวะที่ขาดความเข้มแข็ง ดังนั้น การอาศัย "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" เพื่อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ ย่อมมีความจำเป็นน้อยลง อาจกล่าวได้ว่า ตั้งแต่ทศวรรษ 2490 "หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ" ก็มีความสำคัญน้อยลง เมื่อจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้กลับเข้ามาสู่เวทีการเมืองอีกครั้งหนึ่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ระยะเวลาหลังจากนี้เป็นต้นไปเป็นช่วงที่ฝ่ายจอมพล ป. พยายามจัดการกับคู่แข่งทางการเมืองของตน และปิดฉากการปกครองของคณะราษฎร์ โดยสมบูรณ์เมื่อจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้รัฐประหารยึดอำนาจการปกครองจากจอมพล ป. พิบูลสงคราม เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2500 ในช่วงเวลานับตั้งแต่การปกครองของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นช่วงเวลาที่สถาบันพระมหากษัตริย์เริ่มกลับมาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและค่อย ๆ พัฒนาขึ้นเป็นลำดับจนกลายเป็นสถาบันหลักที่มีความเข้มแข็ง ประกอบกับพระราชจริยวัตรของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร ที่ได้ทรงอุทิศพระวรกายในการพัฒนาเพื่ออาณาประชาราษฎร์ พระองค์ได้ทรงทุ่มเทสรรพกำลังเพื่อความผาสุกของประชาชนอย่างแท้จริงตลอดรัชสมัยของพระองค์ แนวทางการประกอบพระราชกรณียกิจของพระองค์นี่เองที่ทำให้พสกนิกรชาวไทยต่างให้ความเคารพศรัทธาต่อสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างที่ไม่เคยเป็นมาก่อน ในขณะที่การเมืองการปกครองของไทยผ่านยุคการปกครอง

ของทหารจากยุคของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ มาสู่ยุคจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งนำมาสู่เหตุการณ์วันมหาวิปโยคในวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ซึ่งทำให้พระบารมีของพระมหากษัตริย์กับประเด็นความขัดแย้งทางการเมืองถือว่าพระมหากษัตริย์มีบทบาทมากขึ้นในการแก้วิกฤตทางการเมืองของประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังเหตุการณ์ได้มีการพระราชทานนายกรัฐมนตรีเพื่อให้ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ต่อมาในภายหลังเมื่อเกิดเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ 2535 ซึ่งเป็นวิกฤตการณ์ทางการเมืองของไทยอีกครั้งหนึ่งที่พระมหากษัตริย์มีบทบาทหลักในการแก้ไขวิกฤตของประเทศให้กลับสู่ภาวะปกติ จากวิกฤตทางการเมืองที่เกิดขึ้นในสังคมไทยหลายครั้งที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตรได้มีบทบาทอย่างสำคัญในการแก้ไขวิกฤตประเทศมิให้ลุกลามบานปลายจนเกินกว่าที่จะเยียวยา สภาพการณ์เช่นนี้เองยิ่งตอกย้ำความสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์ต่อสังคมไทยมากยิ่งขึ้น ในขณะที่การบริหารบ้านเมืองมีการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญครั้งแล้วครั้งเล่า ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความไม่มั่นคงถาวรของรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษรของไทย แต่ในขณะที่ความเคารพศรัทธาต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ในห้วงที่ผ่านมานั้นได้เกิดขึ้นจากความรู้สึกนึกคิดของประชาชนสถาบันพระมหากษัตริย์กลายเป็นสถาบันทางสังคมที่เป็นสถาบันหลักของบ้านเมืองประกอบกับรัฐธรรมนูญในชั้นหลังต่างเน้นย้ำความสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเหตุนี้ที่ทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์กลายเป็นพื้นฐานของพลังทางสังคมของสังคมไทย และสถาบันพระมหากษัตริย์มีสถานะเป็นสถาบันหลักที่มีความมั่นคงของรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เอนก เหล่าธรรมทัศน์ กล่าวว่า ในสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร (รัชกาลที่ 9) นั้น จะเรียกพระองค์ท่านเป็น “เอกกษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ” ได้ หากรัฐธรรมนูญนั้นหมายถึงข้อตกลงร่วมสำคัญยิ่งยวดที่คนไทยทั้งปวงยอมรับว่า[488]

ประการแรก ประเทศไทยต้องเป็นราชาธิปไตยด้วยเสมอ จะต้องมีพระมหากษัตริย์และสถาบันพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์นั้นคือความชอบธรรมสูงสุด คือที่มาของเกียรติยศ ที่สุด คือสถาบันที่ช่วยประคับประคองระบอบการเมืองทุกชนิด ที่สลับ

[488] เอนก เหล่าธรรมทัศน์, ราชาธิปไตย ว่าด้วยพระมหากษัตริย์ สถาบันพระมหากษัตริย์และสังคม-การเมืองไทย, มูลนิธิสถาบันสร้างสรรค์ปัญญา, โรงพิมพ์วัชรินทร์ พี.พี., นนทบุรี, 2561, หน้า 6

ปรับเปลี่ยนไปมา และระบอบการเมืองใดก็ต้องอยู่กับราชาธิปไตยและย่อมต้องได้รับความเห็นชอบหรือรับรองก่อนจากราชาธิปไตยด้วยจึงจะชอบธรรม

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้เขียนนี้ เห็นว่าผู้ถืออธิปไตยในสังคมไทยนั้นไม่ได้มีเพียงหนึ่งเดียว คือ มีแต่ประชาชน แต่มีรวมสามฝ่ายด้วยกัน หนึ่ง พระมหากษัตริย์ สอง ประชาชน สาม ผู้แทน ผู้นำจากการเลือกตั้ง หรือจากการยึดอำนาจได้สำเร็จ

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้เขียนนี้ยังบอกดังกล่าวมาแล้ว ว่าประเทศไทยที่จริงนั้นใช้ประชาธิปไตยสลับกับเผด็จการ-ทหารก็ได้ หรืออยู่ในระบอบ “ทวิอำนาจ” เรามีราชาธิปไตยเคียงกับระบอบ “ทวิอำนาจ” แต่ไม่ช้าก็เร็วต้องทำให้ระบอบ “ทวิอำนาจ” นั้นหมดไปเหลือแต่ประชาธิปไตย

จากสภาพการณ์ดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นที่เกี่ยวการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข 2 ประการ ดังนี้

(1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักการปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ” และ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ในช่วงภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 ถือว่าเป็นความขัดแย้งในแนวคิดที่เกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ แต่ภายหลังจากการรัฐประหาร 2490 ความขัดแย้งในแนวคิดดังกล่าวได้คลายตัวลง การพัฒนาในทางรัฐธรรมนูญเริ่มทำให้ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มีความชัดเจนมากขึ้น ประกอบกับสถาบันพระมหากษัตริย์ในช่วงหลังสถาบันพระมหากษัตริย์กลายเป็นพื้นฐานของพลังทางสังคมของสังคมไทย และสถาบันพระมหากษัตริย์มีสถานะเป็นสถาบันหลักที่มีความมั่นคงของรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยอีกสถานะหนึ่ง ดังนั้น “รัฐธรรมนูญที่ปกป้องตนเองได้” ในส่วนที่เกี่ยวกับ “สถาบันพระมหากษัตริย์” จึงมีนัยสำคัญ 2 ประการ ดังนี้

(ก) สถานะตามรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นหลักการสำคัญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ประกอบกับเป็นบทบัญญัตินิรันดรที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 255 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

(ข) สถานะตามรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี โดยพิจารณาจากประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

ดังนั้น ในกรณีของ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" จึงเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองของไทยที่มิได้ดำรงอยู่เพียงจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่หลักดังกล่าวยังดำรงอยู่ในฐานะของ "รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี" ด้วย แม้ช่วงใดช่วงหนึ่งที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอยู่แต่หลักดังกล่าวก็ยังคงดำรงอยู่ในฐานะของรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี

(2) "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ถือว่าเป็นรูปแบบการปกครองแบบผสม (a mixed constitution/regime) ตามความเห็นของ Kurt von Fritz เห็นว่า รูปแบบการปกครองสมัยใหม่ในโลกส่วนใหญ่เป็นรูปแบบการปกครองแบบผสมทั้งสิ้น และรูปแบบการปกครองแบบผสมเท่านั้นที่จะยุติปัญหาความไร้เสถียรภาพทางการเมืองที่เกิดจากการเหวี่ยงหรือแกว่งไปมาอย่างสุดโต่งของอำนาจทางการเมือง ทฤษฎีการปกครองแบบผสมเน้นไปที่รูปแบบการปกครองที่สามารถนำมาใช้ปฏิบัติได้จริงในทางการเมือง เนื่องจากคุณลักษณะสำคัญประการหนึ่งของทฤษฎีการปกครองแบบผสมคือการมุ่งสร้างกลไกเชิงสถาบันของระบอบการปกครองที่วางอยู่บนหลักการของการผสมคละเคล้ากันระหว่างรูปแบบการปกครองแบบบริสุทธิ์ (pure form) สามแบบที่ดำรงอยู่ อันได้แก่ รูปแบบการปกครองที่ให้อำนาจทางการเมืองทั้งหมดอยู่ที่ส่วนใดส่วนหนึ่ง นั่นคือบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลหรือมหาชน ซึ่งโดยธรรมชาติของแต่ละรูปแบบนี้มักจะลงเอยด้วยลักษณะการรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ อันส่งผลให้เกิดปฏิกิริยาต่อต้านหรือแรงเหวี่ยงกลับไปมาอย่างสุดโต่งระหว่างส่วนใดส่วนหนึ่ง ด้วยเหตุนี้โดยธรรมชาติของการปกครองแบบผสมจึงปฏิเสธรูปแบบการปกครองแบบบริสุทธิ์หรือสมบูรณ์รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งเพียงรูปแบบเดียวจากทั้งสามรูปแบบ อย่างไรก็ดี การผสมคละเคล้ากันระหว่างอำนาจสามส่วน - คนเดียว, กลุ่มคน และมหาชน – ไม่ได้หมายความว่าทุกส่วนจะมีอำนาจทางการเมืองเท่ากัน แต่รูปแบบการปกครองแบบผสมอาจจะปรากฏตัวชัดออกมาในรูปแบบที่คนคนเดียวหรือกลุ่มคนหรือมหาชนมีอำนาจเหนือกว่าอีกสองส่วน ถ้าใน

กรณีที่คนเดียวมีอำนาจนำก็จะเรียกรูปแบบการปกครองนั้นว่า “mixed monarchy” โดยเฉพาะในกรณีที่คนคนเดียวนั้นอยู่ในสถานะของพระมหากษัตริย์และมีการสืบราชสันตติวงศ์ และในกรณีที่กลุ่มคนมีอำนาจก็จะเรียกว่า “mixed oligarchy or mixed aristocracy” และสุดท้ายคือ “mixed democracy”

จากข้อพิจารณาเรื่อง “การปกครองแบบผสม” ดังกล่าวข้างต้นย่อมเห็นได้ว่า “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ตามรัฐธรรมนูญของไทย เป็นระบอบการปกครองแบบผสม ระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นหลัก โดยมาตรา 3 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น รูปแบบการปกครองของไทยจึงเป็นรูปแบบของ “mixed democracy” ที่พื้นฐานอำนาจเป็นของประชาชนและพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ในบทเฉพาะกาลที่เป็นช่วงเปลี่ยนผ่านยังมีอำนาจของกลุ่มบุคคล ซึ่งก็คือ คสช. ที่มีอำนาจโดยเฉพาะอย่างในการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมีวาระ 5 ปี ดังนั้น ในช่วงเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) จึงเป็นการปกครองแบบผสมที่ประกอบด้วย คนเดียว กลุ่มคน และมหาชน

ทั้งนี้เฉพาะในส่วนของการตีความคำว่า “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เป็นรากฐานและเป็นแกนกลางของการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยในประเทศไทย ดังนั้นจึงสมควรให้ความสนใจในประเด็นปัญหานี้มากเป็นพิเศษ ทั้งนี้ในการใช้และการตีความถ้อยคำดังกล่าวอาจศึกษาแนวทางการตีความคำว่า “ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) ในรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นตัวอย่างได้ แม้ว่าบริบททางประวัติศาสตร์และทางการเมืองการปกครองในทั้งสองประเทศจะมีความแตกต่างกันมากก็ตาม ทั้งนี้ ต้องไม่ลืมว่าคำว่า “ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) เป็นข้อความคิดที่เป็นแกนกลางของหลัก

ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของเยอรมัน และเป็นคุณค่าที่เป็นพื้นฐานและมีความสำคัญมากที่สุดในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน ทั้งนี้เมื่อกล่าวถึงคำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) นั้นปรากฏว่า ทั้งในบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานและกฎหมายอื่น ๆ นั้น ไม่ได้มีการให้นิยามหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้พัฒนาข้อความคิดและให้ความหมายในเรื่องดังกล่าว สรุปได้ว่า คำว่า "ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" (Die freiheitliche demokratische Grundordnung) หมายถึงหลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการบริหารงานโดยความรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรค หลักความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้เน้นย้ำหลักการตีความรัฐธรรมนูญเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยว่า "พรรคการเมืองหนึ่งพรรคการเมืองใดหรือบุคคลใด จะยังไม่ถือว่ากระทำการที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากว่าพรรคการเมืองหรือบุคคลดังกล่าว เพียงแต่ดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยในข้อใดข้อหนึ่งเท่านั้น พรรคการเมืองหรือบุคคลใดจะถือว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อ ได้กระทำการไปในลักษณะที่รุนแรงก้าวร้าว มีแบบแผน และมีความมุ่งหมายอย่างแท้จริงที่จะทำลายบรรดาหลักการพื้นฐานทั้งหลายของระบอบประชาธิปไตย และเอาอุดมการณ์ทางการเมืองอื่นมาใช้ในการปกครองประเทศแทนที่ระบอบประชาธิปไตย

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในประเทศไทยในเรื่องดังกล่าวกลับมีความยุ่งยากสลับซับซ้อนแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ เพราะเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และจากบริบททางการเมืองการปกครองของประเทศไทยแล้วนั้น หลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดนั้น ไม่ได้เป็นเพียงเรื่อง "หลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย" เท่านั้น แต่กลับได้แก่ "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งในเรื่องดังกล่าวนั้น ผู้วิจัยได้เคยสรุปไปแล้วก่อนหน้านี้ว่าเป็นปัญหาเรื่อง “การปะทะกันระหว่างคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญสองประการ” ซึ่งได้แก่ คุณค่าของระบอบประชาธิปไตยประการหนึ่ง และการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์อีกประการหนึ่ง ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ท้าทายศาลไทยเป็นอย่างมาก ว่าจะถือคุณค่าใดเป็นแนวทางหรือเป้าหมายที่กำกับการใช้และการตีความกฎหมายของตน ทั้งนี้หากศาลยึดถือคุณค่าใดคุณค่าหนึ่งแต่เพียงคุณค่าเดียวย่อมมีผลให้คุณอีกประการหนึ่งนั้นไม่ได้รับการคุ้มครอง และต้องสูญเสียสถานะการเป็นหลักการพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญไป ในเรื่องดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่า องค์กรของรัฐที่สำคัญที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาคุณค่าทั้งสองประการให้มีคุณค่าที่ได้ดุลยภาพกันคือองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ในการทำหน้าที่ตัดสินคดี และการใช้การตีความกฎหมายของศาลนั้น ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักคุณค่าทั้งสองประการและประสานคุณค่าทั้งสองประการให้สมดุลกัน แต่สิ่งสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาก็คือ การใช้การตีความกฎหมายของศาลนั้นจะต้องสอดคล้องกับระบอบการปกครองของไทยซึ่งได้แก่ ระบอบประชาธิปไตยมีฐานคติในเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นด้านหลักหรือเป็นพื้นฐานที่สุด ดังนั้น ในกรณีที่มีการใช้สิทธิและเสรีภาพของพรรคการเมืองและบุคคลที่อาจมีปัญหากระทบต่อสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ นอกเหนือจากความพยายามในการพิทักษ์รักษาสถานะขององค์พระมหากษัตริย์แล้ว ศาลจะต้องตัดสินคดีนั้น ๆ โดยคำนึงถึงการรักษาสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและพรรคการเมืองด้วย ทั้งนี้ แม้การชั่งน้ำหนักและการประสานประโยชน์ในเรื่องดังกล่าวจะทำได้ยากในทางปฏิบัติ แต่ศาลจะต้องใช้ความพยายามอย่างมากที่สุดในการคุ้มครองคุณค่าทั้งสองประการไปพร้อม ๆ กัน กล่าวให้ชัดที่สุด ศาลจะต้องตัดสินคดีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการพิทักษ์การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ให้มีลักษณะที่เป็นประชาธิปไตยมากที่สุดนั่นเอง ในรายละเอียดคือ มีหน้าที่ในการพิทักษ์การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการปกครองโดยเสียงข้างมากที่เคารพฝ่ายข้างน้อย รวมถึงการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนไปพร้อมกันนั่นเอง และให้หลักการทั้งหลายทั้งปวงเหล่านั้นถูกประสานกันอย่างได้ดุลยภาพมากที่สุด

กล่าวโดยสรุป “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นการปกครองแบบผสมระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชน และในช่วงเปลี่ยนผ่านภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ยังประกอบด้วย คสช. นอกจากนี้ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ยังเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองของไทยที่มิได้ดำรงอยู่เพียงจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่หลักดังกล่าวยังดำรงอยู่ในฐานะของ “รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี” ด้วย แม้ช่วงใดช่วงหนึ่งที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอยู่แต่หลักดังกล่าวก็ยังคงดำรงอยู่ในฐานะของรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี ดังนั้น การใช้การตีความ “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ของไทยจึงไม่ใช่การให้อำนาจส่วนใดส่วนหนึ่งมีอำนาจเด็ดขาดสูงสุดในการปกครอง ดังเช่น “หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” ทั้งนี้ เพื่อรักษาดุลอำนาจของการปกครองแบบผสม

5.5 ปัญหาที่เกี่ยวกับมาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถปกป้องตนเองได้

ในการพิจารณาประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับมาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญที่เชื่อมโยงกับการปกป้องตนเองของรัฐธรรมนูญนี้จะแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประการ กล่าวคือ 5.5.1 มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย และ 5.5.2 มาตรการในการแก้วิกฤตทางการเมืองโดยกลไกของรัฐธรรมนูญเอง โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

5.5.1 มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย

การปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไปแล้วเป็นการปกครองโดยเสียงข้างมาก ซึ่งภายใต้การปกครองแบบรัฐสภาระบบเสียงข้างมากกลายเป็นระบบการปกครองแบบอำนาจเดี่ยวโดยพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา ในขณะเดียวกันพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาย่อมเป็นพรรคที่มีอำนาจในการบริหาร ด้วยเหตุนี้ ปัญหาสำคัญของระบบรัฐสภาคือการที่ฝ่ายข้างน้อยไม่สามารถทัดทานหรือควบคุมตรวจสอบการทำงานของเสียงข้างมากได้ แนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จำเป็นที่จะต้องออกแบบมาตรการกลไกให้ฝ่ายข้างน้อยสามารถใช้กลไกของรัฐธรรมนูญในการถ่วงดุลตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลหรือฝ่ายข้างมากได้ รัฐธรรมนูญ 1949 ของ

เยอรมนีเป็นรัฐธรรมนูญที่ออกแบบให้มีมาตรการและกลไกที่สามารถปกป้องตนเองได้ โดยเฉพาะการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยในสภา โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 93 ข้อ 1 รัฐธรรมนูญ 1949 เป็นคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์หรือขององค์กรอื่น ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้หรือตามข้อบังคับขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ได้กำหนดให้บุคคลนั้นมีสิทธิของตนเององค์กรที่มีอำนาจในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้แบ่งออกได้ ดังนี้

(1) องค์กรสูงสุดของสหพันธ์ (oberste Bundesorgane) อาจสรุปความหมายของ “องค์กรสูงสุดของสหพันธ์” (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ) ได้ดังนี้

ก. องค์กรดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นองค์กรสูงสุดของสหพันธ์ (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ) ได้แก่ ประธานาธิบดีสหพันธ์ (Bundespräsident) สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ (Bundestag) สภาสูงสหพันธ์ (Bundesrat) และรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) องค์กรดังกล่าวนั้นครอบคลุมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BverfGG)

ข. องค์กรต่อไปนี้ได้รับการยอมรับถือว่าเป็นองค์กรสูงสุดของสหพันธ์โดยปราศจากข้อโต้แย้ง เช่น

- คณะกรรมาธิการร่วม (der gemeinsame Ausschuss) ตามมาตรา 53a GG ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีหมวดว่าด้วย “คณะกรรมาธิการร่วม”

- Bundesversammlung ถือว่าเป็นองค์กรสูงสุดของสหพันธ์องค์กรหนึ่ง ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการเลือกประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ (มาตรา 54 GG) Bundesversammlung ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรระดับสหพันธ์และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรระดับมลรัฐในจำนวนที่เท่าเทียมกัน

ค. กรณีที่ยังไม่ชัดเจนคือนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ (Bundeskanzler) และรัฐมนตรีสหพันธ์ (Bundesminister) อยู่ในความหมายของคำว่า “องค์กรสูงสุดของสหพันธ์” (die obersten Bundesorgane) หรือไม่ หรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ (Teile einer obersten Bundesorgane) ดังนั้น ในกรณีนี้จึงอยู่ในความหมายของ “คู่กรณีอื่น” (andere Beteiligte) ในความหมายของมาตรา 97 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 GG

แต่อย่างไรก็ตาม ส่วนใหญ่มีความเห็นว่านายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์และรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์สามารถเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรได้

ง. องค์กรที่มีปัญหาถกเถียงเกี่ยวกับการเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กร คือ สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินแห่งสหพันธ์ (Bundesrechnungshof) ธนาคารกลางแห่งสหพันธ์ (Bundesbank) และตัวแทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ในกิจการทางทหาร (der Wehrbeauftragte der Deutschen Bundestages) ซึ่งทั้ง 3 องค์กร ในทางตำราของเยอรมันไม่ถือว่าเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เพราะไม่เข้าเกณฑ์ของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

(2) ส่วนหนึ่งขององค์กรสุงสุดของสหพันธ์ (Teile der Bundesorgane)

ส่วนหนึ่งขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์นั้นเป็นกรณีขององค์กรกลุ่ม (Kollegial-organen) องค์กรสูงสุดของสหพันธ์ทุกองค์กรยกเว้นประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ ล้วนเป็นองค์กรกลุ่มทั้งสิ้น

ก. สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ (Bundestag) องค์กรที่สามารถเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรได้ คือ องค์กรดังต่อไปนี้

- ประธานสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดเกี่ยวกับประธานสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ไว้ ตามมาตรา 39 วรรคสาม มาตรา 40 วรรคสอง มาตรา 54 วรรคสี่ และตามข้อบังคับของสภาฯ (GeschOBT) ข้อ 7, ข้อ 24, ข้อ 34, ข้อ 42 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และข้อ 128
- คณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์ ตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง GG และข้อ 60 วรรคสอง Gesch OBT
- กลุ่มการเมือง (Fraktion) ของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เป็นส่วนของสภาผู้แทนราษฎรฯที่สำคัญที่สุดองค์กรหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่า “กลุ่มการเมือง” เป็นองค์กรที่มีความจำเป็นสำคัญต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ การที่กำหนดให้ Fraktion เป็นส่วนของสภาผู้แทนราษฎรฯที่สามารถเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรนั้นเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการจะคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภาฯ

ข. สภาสูงสหพันธ์ (Bundesrat) ประกอบด้วยองค์กรหรือบุคคลที่อาจเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรได้ มีดังนี้

- ประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Präsident des Bundesrates) ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสภาสูงแห่งสหพันธ์ โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์ ตามมาตรา 52 วรรคสอง และมาตรา 57 และข้อบังคับของสภาสูงแห่งสหพันธ์ (GeschOBRat) ได้กำหนดเกี่ยวกับประธานสภาสูงฯ ตามข้อ 6, ข้อ 15, ข้อ 20, ข้อ 22, ข้อ 36, ข้อ 39 วรรคสอง

- นอกจากประธานสภาสูงสหพันธ์ที่ถือว่าเป็นส่วนของสภาสูงสหพันธ์แล้ว ยังมี คณะกรรมาธิการของสภาสูงฯ (มาตรา 53 GG) สมาชิกสภาสูงฯ (มาตรา 43 วรรคสอง GG) และตัวแทนของมลรัฐในสภาสูงฯ (มาตรา 51 วรรคสาม GG)

ค. คณะกรรมาธิการร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรฯและสภาสูง (der Vermittlungsausschuss) ตามมาตรา 70 GG คณะกรรมาธิการร่วมของทั้งสองสภาได้รับสถานะพิเศษ เพราะคณะกรรมาธิการร่วมฯ มิได้เป็นทั้งองค์กรสูงสุดของสหพันธ์และมิได้เป็นส่วนของสภาผู้แทนราษฎรฯ และสภาสูงฯ แต่คณะกรรมาธิการร่วมฯ ถือว่าเป็นองค์กรร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรฯ และสภาสูงฯ ทั้งนี้ เพื่อให้คณะกรรมาธิการร่วมทั้งสองสภา สามารถเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐธรรมนูญได้

ง. ส่วนหนึ่งของรัฐบาลสหพันธ์ (Teile der Bundesregierung) คือ นายกรัฐมนตรีสหพันธ์ (Bundeskanzler) และรัฐมนตรีสหพันธ์ (Bundesminister) นอกเหนือจากข้อพิจารณาที่ว่านายกรัฐมนตรีฯและรัฐมนตรีฯ เป็นองค์กรสูงสุดของสหพันธ์หรือไม่ ความสามารถในการเป็นคู่กรณีในฐานะที่เป็นองค์กรเดียว (นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี) นั้น มีผลมาจากการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่นายกรัฐมนตรีฯ (มาตรา 64 วรรคหนึ่ง มาตรา 65 GG) และสำหรับรัฐมนตรี (มาตรา 65 GG)

จ. คณะกรรมาธิการร่วม (der gemeinsame Ausschuss) ตามมาตรา 53a GG ถือว่าเป็นส่วนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ที่สามารถเป็นคู่กรณีในคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรได้

ดังนั้น หลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยของเยอรมนีจึงได้รับการออกแบบให้เชื่อมโยงกับการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญของฝ่ายข้างน้อย ซึ่งทำให้ฝ่ายข้างน้อยสามารถใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นกลไกในการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลกับฝ่ายข้างมาของสภาได้ ประเด็นสำคัญ คือ การเปิดโอกาสให้ส่วนหนึ่งขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ ซึ่งเป็นกรณีขององค์กรกลุ่ม

(Kollegialorganen) สามารถใช้สิทธิในการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ ประเด็นนี้จึงเป็นเน้นย้ำให้เห็นถึงหลักการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยอย่างสำคัญยิ่ง ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญ 1949 ของเยอรมนีเป็นรัฐธรรมนูญที่มีมาตรการและกลไกในการป้องตนเองได้ดีที่สุดฉบับหนึ่งของโลก

ในประเด็นดังกล่าว หากพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 210 บัญญัติว่า "ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้ (2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ" ในกรณีที่เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม การที่องค์กรเหล่านี้จะเสนอเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญในนามขององค์กรได้จะต้องอาศัยเสียงข้างมากขององค์กรกลุ่มดังกล่าวจึงสามารถเสนอมาในนามขององค์กรได้ ซึ่งหากพิจารณาองค์กรกลุ่มทั้ง 3 องค์กร ล้วนเป็นองค์กรที่มีเสียงข้างมากของฝ่ายรัฐบาลเป็นพื้นฐานทั้งสิ้น ดังนั้น จึงถือได้ว่ามาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ออกแบบให้ฝ่ายข้างน้อยสามารถใช้มาตรการและกลไกของฝ่ายข้างน้อยในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมากได้ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีมาตรการและกลไกที่สมบูรณ์ในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมากและเพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย จึงจำเป็นที่จะต้องสร้างมาตรการและกลไกให้ฝ่ายข้างน้อย หรือส่วนหนึ่งขององค์กรกลุ่มดังกล่าวมีสิทธิที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้ฝ่ายข้างน้อยใช้กลไกของศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบฝ่ายข้างมากได้ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญเยอรมนี

5.5.2 มาตรการในการแก้วิกฤตทางการเมืองโดยกลไกของรัฐธรรมนูญเอง

ปัญหาสำคัญของระบบการเมืองการปกครองของไทย โดยเฉพาะหลังการปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 1 โดยมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ซึ่งมีส่วนสำคัญทำให้เกิดกลุ่มชนชั้นนำใหม่ (elite) คือ กลุ่มทุนที่เดิมเป็นกลุ่มที่มีอิทธิพลในระดับภาคต่าง ๆ ได้มีการรวมกันจนเป็นกลุ่มทุนระดับชาติและจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อเข้าสู่อำนาจรัฐ เงื่อนไขและกลไกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เอื้อให้กลุ่มทุนดังกล่าวสามารถอาศัยมาตรการและกลไกเข้าสู่อำนาจรัฐได้ นอกจากนี้ยังมีการใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อควบคุม ครอบงำองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ จนนำ

ไปสู่เหตุการณ์วิกฤตทางการเมืองซึ่งเป็นการเผชิญหน้าระหว่างกลุ่มอำนาจใหม่ (กลุ่มทุนพรรคการเมือง) กับกลุ่มฝ่ายอนุรักษ์ ความขัดแย้งดังกล่าวนำไปสู่การปฏิวัติเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 และนำมาสู่การร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งต่อมาได้ประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ส่วนที่เป็นปัญหาพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) หลายประการ เช่น การได้มาของวุฒิสภา, การได้มาของกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ, การควบคุมตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล, อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มีความมุ่งหมายว่าจะแก้วิกฤตทางการเมืองลงไปได้ แต่การณ์กลับตรงกันข้าม ความขัดแย้งภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) โดยเฉพาะในช่วงหลังปี 2554 ความขัดแย้งเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างฝ่ายการเมืองที่กุมอำนาจของฝ่ายบริหารและอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรกับบรรดาองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย ความขัดแย้งดังกล่าวได้ลุกลามบานปลายไปสู่ภาคประชาชนเกิดการประท้วงคัดค้านการดำเนินการของฝ่ายรัฐบาลและสภาผู้แทนราษฎรที่อาศัยเสียงข้างมากของพรรคฝ่ายรัฐบาล ความขัดแย้งได้ดำเนินไปจนนำไปสู่เหตุการณ์การปฏิวัติเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และนำมาสู่การร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งมีการประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนี้

หากกล่าวโดยสรุป ความขัดแย้งทางการเมืองในช่วง 2 ทศวรรษที่ผ่านมาจึงเป็นความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างผู้ปกครอง (ไม่ว่ามาจากการเลือกตั้งหรือจากการยึดอำนาจ) กับประชาชน โดยกลุ่มประชาชนจะแยกออกเป็นอย่างน้อย 2 กลุ่มใหญ่ คือ กลุ่มประชาชนที่สนับสนุนฝ่ายการเมืองที่มาจากกลุ่มทุนใหม่ และกลุ่มประชาชนที่ไม่สนับสนุนฝ่ายการเมืองที่มาจากกลุ่มทุนใหม่ สภาพการณ์เช่นนี้ยังดำรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) แต่มีความเปลี่ยนแปลงไปบางประการโดยเฉพาะที่เกี่ยวโยงกับคนรุ่นใหม่ที่เข้ามามีบทบาทในฐานผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงระบบเลือกตั้งใหม่ทำให้พรรคการเมืองของคนรุ่นใหม่เข้ามามีบทบาทในสภาผู้แทนราษฎรมากขึ้น ความขัดแย้งจึงยังคงฐาน

ความขัดแย้งเช่นเดิมแต่การมีความคิดใหม่เข้ามาต่อเติมความขัดแย้ง กลุ่มคนรุ่นใหม่จะเข้ามาอยู่ในกลุ่มความคิดใหม่ประกอบกับคนรุ่นเก่าที่สนับสนุนฝ่ายการเมืองทุนใหม่ก็ยังคงดำรงอยู่ ดังนั้นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ความเสี่ยงของความขัดแย้งทางการเมืองอันมีพื้นฐานมาจากเรื่องรัฐธรรมนูญจึงเป็นประเด็นที่คาดหมายได้ว่าจะเป็นประเด็นที่สำคัญต่อไปของการเมืองไทยในอนาคต

หากข้อพิจารณาจากสภาพการณ์ดังกล่าวข้างต้นยังคงดำรงอยู่จริง มาตรการในการแก้วิกฤตทางการเมืองโดยกลไกของรัฐธรรมนูญเองควรจะมีส่วนในการแก้ไขวิกฤตที่อาจจะเกิดขึ้นได้หรือไม่เพียงใด ทั้งนี้เพื่อจะทำให้รัฐธรรมนูญได้ชื่อว่ามีมาตรการและกลไกในการแก้ไขวิกฤตของรัฐธรรมนูญได้ ผู้วิจัยมีข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับการแก้วิกฤตที่เกิดจากความขัดแย้งทางการเมืองและพัฒนาไปสู่การล้มรัฐธรรมนูญดังเช่นที่เกิดขึ้น 2 ครั้ง ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมา ผู้วิจัยเห็นควรจะพัฒนามาตรการและกลไก 2 ประการเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

(1) การพัฒนาให้มีองค์กรสูงสุดในการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นความขัดแย้งทางการเมืองที่เป็นวิกฤตทางการเมือง อันเป็นการพัฒนาให้ข้อขัดแย้งทางการเมืองมีข้อยุติโดยกระบวนการทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนในกระบวนการจัดการความขัดแย้งในทางการเมืองว่ามีองค์กรที่จะวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว องค์กรที่จะให้มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวอาจมีข้อเสนอดังนี้

ก. ศาลรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นปัญหาวิกฤตทางการเมืองที่เกิดขึ้น โดยให้ฝ่ายต่าง ๆ สามารถเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะฝ่ายข้างน้อยหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วใน หัวข้อ 5.5.1 มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย แต่การจะอาศัย “ศาลรัฐธรรมนูญ” ในการทำหน้าที่นี้ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง และได้รับความไว้วางใจจากทุกฝ่าย โดยเฉพาะจากประชาชนและฝ่ายการเมืองฝ่ายต่าง ๆ ในการทำหน้าที่เพื่อแก้วิกฤตของประเทศ เพื่อธำรงไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญและเพื่อการอยู่ร่วมกันโดยสันติ ประเทศที่อาศัยแนวทางนี้ในการดำเนินการคือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ได้ออกแบบให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาที่เกี่ยวกับเรื่องทางการเมืองทั้งหลาย

ข. การกำหนดให้มีองค์กรเฉพาะเพื่อการแก้ไขวิกฤตของประเทศ ดังเช่นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ฉบับร่างเพื่อลงประชามติได้ออกแบบไว้ในมาตรา 5

"รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อมีกรณีตามวรรคสองเกิดขึ้น ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญจัดให้มีการประชุมร่วมระหว่างประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรี ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานองค์กรอิสระเพื่อวินิจฉัย

ในการประชุมร่วมกันตามวรรคสาม ให้ที่ประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมแต่ละคราว ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ให้ที่ประชุมร่วมประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งเท่าที่มีอยู่

การวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

คำวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเป็นที่สุด และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ"

ร่างมาตรา 5 ดังกล่าวเป็นการออกเป็นที่เชื่อมโยงกับกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ซึ่งกรณีนี้อาจจะไม่ใช่กรณีที่เกิดวิกฤตก็ได้หรืออาจเกี่ยวโยงกับกรณีที่เกิดวิกฤตทางการเมืองก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ท้ายที่สุดมาตรา 5 วรรคสาม สี่ ห้า และหก ได้ถูกตัดออกไป

จากประเด็นข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้ปัญหาที่เกี่ยวกับวิกฤตทางการเมืองของไทยมีข้อยุติโดยองค์กรใดองค์กรหนึ่งจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่ดังกล่าว โดยไม่จำเป็นที่จะต้องสร้างองค์กรเฉพาะขึ้นมาดังร่างมาตรา 5 ข้างต้น แต่ควรให้องค์กรที่มีอยู่ในระบบปัจจุบันทำหน้าที่ โดยผู้วิจัยเห็นว่า ควรให้

ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ดังกล่าว และเปิดโอกาสให้ฝ่ายต่าง ๆ โดยเฉพาะฝ่ายข้างน้อยสามารถยื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่ทั้งนี้ต้องพัฒนาให้มีหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

(2) พัฒนาแนวทางการเขียนรัฐธรรมนูญใหม่ โดยการกำหนดให้ส่วนที่เกี่ยวกับสถาบันการเมืองกล่าวคือ รัฐสภา, สภาผู้แทนราษฎร, วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรีสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายเช่นเดียวกับการตรากฎหมายธรรมดา คือ สามารถแก้ไขได้โดยเสียงข้างมากของที่ประชุมรัฐสภาเท่านั้น แต่ในส่วนอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา เหตุผลที่กำหนดเรื่องดังกล่าวให้แก้ไขได้ง่ายเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในประเด็นที่เกี่ยวกับสถาบันการเมือง การกำหนดให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยากอาจทำได้หากกระบวนการในการร่างรัฐธรรมนูญได้กระทำโดยกระบวนการการมีส่วนร่วมของทุกฝ่าย แต่หากเป็นรัฐธรรมนูญที่มีข้อจำกัดการมีส่วนร่วมและกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมยาก เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ประเด็นปัญหานี้จะนำไปสู่ความขัดแย้งในสังคมได้ และเมื่อรัฐธรรมนูญไม่อาจแก้ไขได้โดยกระบวนการตามปกติ กรณีจึงอาจนำไปสู่วิกฤตจากประเด็นดังกล่าวได้

5.6 การสร้างกลไกอื่นเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ

ประเด็นข้อพิจารณาในเรื่องนี้มีข้อพิจารณาจากแนวคิดพื้นฐานของ 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายเสรีนิยมดั้งเดิมเชื่อว่า ระบอบประชาธิปไตยแบบเสรีนิยมนั้นสามารถทำให้มั่นคงได้ถึงแม้จะปราศจากพลเมืองที่มีจริยธรรมเป็นพิเศษก็ตาม ด้วยการสร้างระบบตรวจสอบและสมดุลและจัดตั้งกลไกเชิงสถาบันและกระบวนการ ในขณะที่นักทฤษฎีฝ่ายประชาสังคมเห็นว่า กลไกเชิงกระบวนการและสถาบันเพื่อสร้างความสมดุลกับผลประโยชน์ส่วนตัวนั้นไม่เพียงพอ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีจริยธรรมของพลเมืองและจิตวิญญาณสาธารณะในระดับหนึ่ง ซึ่งแนวคิดของฝ่ายประชาสังคมสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีบทเรียนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งได้มีการสรุปว่าหายนะของระบอบประชาธิปไตยของเยอรมนีนั้นมาจาก 2 สาเหตุ คือ

ประการที่หนึ่ง ระบอบประชาธิปไตยของเยอรมนีในตอนนั้นมีปัญหาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ และ การตรวจสอบถ่วงดุล ระหว่างนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง ประเทศเยอรมนีเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบไกเซอร์ (Kaiser แปลว่า จักรพรรดิ) มาเป็นระบอบประชาธิปไตยโดยที่ไม่ได้สร้าง "พลเมือง" ฮิตเลอร์ที่มาจากการเลือกตั้งจึงกลายเป็นผู้ปกครองที่มา "แทนที่" ไกเซอร์ โดยสังคมเยอรมันยังเป็นสังคม "แนวดิ่ง" แบบ "อำนาจนิยม" เหมือนสมัยไกเซอร์ คนเยอรมันในตอนนั้นจึงยอมรับในอำนาจของฮิตเลอร์และเชื่อฟังฮิตเลอร์ จนกระทั่งยอมให้ฮิตเลอร์นำพาตนเองและประเทศชาติไปสู่หายนะในที่สุด

การปฏิรูปการปกครองของเยอรมนีจึงกระทำ 2 ประการ คือ (1) การปฏิรูประบบรัฐสภาให้เป็นระบบรัฐสภาสมัยใหม่ (rationalize parliamentary System) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (2) การเปลี่ยน "ประชาชน" ของเยอรมนีให้เป็น "พลเมือง" ซึ่งการเปลี่ยน "ประชาชน" ของเยอรมนีให้เป็น "พลเมือง" ทำโดยปฏิรูประบบการศึกษาให้เป็น "การศึกษาเพื่อความเป็นพลเมือง" เพื่อสร้างคนรุ่นใหม่ให้เป็นพลเมืองโดยเริ่มต้นตั้งแต่ชั้นอนุบาล พร้อมกับจัดให้มีการศึกษาเพื่อความเป็นพลเมืองให้กับผู้ใหญ่ ทั้งยังได้มีการปฏิรูปสื่อมวลชนทั้งโทรทัศน์ วิทยุและหนังสือพิมพ์ ให้สามารถเสนอข่าวสารได้โดยเป็นอิสระจากรัฐบาล และส่งเสริมให้พรรคการเมืองรวมทั้งองค์กรภาคประชาชนต่าง ๆ ทำหน้าที่ให้ความรู้แก่ประชาชนในเรื่องการเมืองด้วย ประเทศเยอรมนีทำได้สำเร็จโดยใช้เวลาเพียง 15 ปี เท่านั้น คือ ตั้งแต่เริ่มเรียนอนุบาลจนจบมัธยมปลาย และทำให้ประเทศเยอรมนีมีประชาธิปไตยที่มั่นคงจนทุกวันนี้ ประเทศเหล่านั้นได้ใช้วิธีการเสริมสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมือง (Civic Culture)[489] ผ่านกระบวนการจัดการศึกษาที่เรียกว่า "การศึกษาเพื่อสร้างความเป็น

---

[489] วัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมือง (Civic Culture) เป็นตัวแบบ (Model) วัฒนธรรมทางการเมืองแบบผสมซึ่งเอื้อต่อการสถาปนาระบอบเสรีประชาธิปไตย (Liberal Democracy) ที่มั่นคง (Stable Democracy) โดยการเสนอของ Gabriel Almond และ Sidney Verba ในหนังสือ The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations (1965) กล่าวโดยสรุปคือ วัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมือง เป็นวัฒนธรรมทางการเมืองแบบผสม โดยมีวัฒนธรรมแบบมีส่วนร่วม (Participant Political Culture) เป็นหลัก และมีวัฒนธรรมแบบไพร่ฟ้า (Subject Political Culture) กับแบบคับแคบ (Parochial Political Culture) คานอยู่ แต่มีสัดส่วนน้อยกว่าแบบมีส่วนร่วม โดยวัฒนธรรมแบบมีส่วนร่วมโน้มนำให้ประชาชนแสดงออกซึ่งความมีสิทธิมีเสียงและเรียกร้องการแก้ปัญหาจากรัฐบาล จึงแสดงลักษณะที่ประชาชนเป็น "พลเมือง" ที่มีความกระตือรือร้นทางการเมืองแบบมีเหตุมีผล (Rationalist – activist) แต่ในขณะเดียวกัน วัฒนธรรมแบบไพร่ฟ้าก็โน้มน้าวให้ประชาชนสำนึกในความเป็น "ราษฎร" ภายใต้การปกครอง คือ ยอมรับอำนาจอันชอบธรรมของผู้ปกครองด้วย จึงไม่ดึงดันที่จะได้รับการแก้ปัญหาให้ตรง

พลเมือง” (Civic Education) กล่าวคือ วิธีการสร้างความเป็นพลเมืองให้เข้มแข็งทั้งโดยการศึกษาในระบบโรงเรียนและการศึกษานอกระบบ

จากบทเรียนของประเทศเยอรมนีดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าการจะทำให้ระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็งและมีความมั่นคงนั้นมิใช่เพียงการอาศัยหลักรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) เพื่อวางหลักและมาตรการกลไกที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น หากจำเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้ประชาชนและภาคประชาสังคมมีความเข้มแข็งเพื่อให้ประชาชนและภาคประชาสังคมได้มีส่วนในการช่วยประคับประคองให้รัฐธรรมนูญมีความเข้มแข็งและมั่นคงยิ่งขึ้น ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2558 ได้ตระหนักถึงประเด็นดังกล่าวในหมวด 2 ของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ชื่อว่า “ประชาชน” ได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 ความเป็นพลเมืองและหน้าที่พลเมือง ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ส่วนที่ 3 การมีส่วนร่วมทางการเมือง และ ส่วนที่ 4 การมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ กล่าวเฉพาะในส่วนที่ 1 ความเป็นพลเมืองและหน้าที่พลเมือง บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ถึงมาตรา 28 มาตรา 26 บัญญัติถึงคุณลักษณะของพลเมือง มาตรา 27 หน้าที่ของพลเมือง และมาตรา 28 การทำหน้าที่ของภาคประชาสังคมโดยพลเมือง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นความพยายามในการที่สร้าง “ความเป็นพลเมือง” ให้เกิดความเข้มแข็งเพื่อจะได้เป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งนอกเหนือมาตรการกลไกทางการเมืองในการที่จะทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็ง แต่เป็นเรื่องที่น่าเสียดายที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ผ่านความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ แต่โดย

ตามที่ตนต้องการทุกประการ ความสงบเรียบร้อยจึงไม่ถูกท้าท้ายจนเกิดความวุ่นวายทางการเมืองจากการเรียกร้องทางการเมืองต่าง ๆ นอกจากนี้ วัฒนธรรมแบบคับแคบหรือแบบท้องถิ่นก็ยังคงหลงเหลืออยู่ทำให้พลเมืองไม่ถูกครอบงำโดยวัฒนธรรมแบบอื่น ๆ ของส่วนกลางเสียทั้งหมด

พลเมืองในประเทศที่มีวัฒนธรรมแบบ Civic Culture จะมีลักษณะร่วม 2 ประการ คือ ประการแรก มีความสามารถในการเป็นพลเมืองที่ดี คือ เข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองอย่างมีเหตุมีผล (Citizen Competence) ประการที่สอง มีความสามารถในการเป็นราษฎรที่ดี (Subject Competence) คือ เป็นผู้อยู่ใต้การปกครองที่รู้จักการประนีประนอมและมีระเบียบวินัยโดยนัยนี้ วัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมืองจึงน่าจะเอื้อต่อระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีเสถียรภาพ (ดูเพิ่มเติมใน ณานิทธิ์ สันตะพันธุ์, “วัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมือง: แนวทางการสร้างสังคมประชาธิปไตย” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 7,กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2552, หน้า 166-198).

ข้อเท็จจริงแล้วการจัดให้มีการศึกษาเพื่อความเป็นพลเมืองไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรรมนูญแต่อย่างใด ดังที่ประเทศเยอรมนีได้กระทำสำเร็จมาแล้วโดยอาศัยความร่วมมือร่วมใจของทุกฝ่าย โดยเฉพาะฝ่ายที่มีอำนาจ ฝ่ายบ้านเมืองและฝ่ายนิติบัญญัติในการดำเนินการดังกล่าว และจัดให้มีงบประมาณเพื่อสนับสนุนการดำเนินการนั้น ๆ สำหรับประเทศไทยที่มีการรวมศูนย์อำนาจทั้งทางการเมืองการปกครอง และการบริหารราชการแผ่นดิน การณ์กลับเป็นว่าโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวนี้เองที่เป็นอุปสรรคต่อการที่จะจัดให้มีโครงการศึกษาเพื่อความเป็นพลเมือง ด้วยเหตุนี้เองการบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญก็เพื่อเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในอันที่จะผลักดันให้เกิด “ความเป็นพลเมือง” ขึ้นอันผูกพันองคาพยพของรัฐทั้งหลายในการดำเนินการเพื่อบรรลุความมุ่งหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ต้องใช้เวลายาวนาน ดังเช่นประเทศเยอรมนีใช้เวลาถึง 15 ปี ในการดำเนินการเรื่องดังกล่าวอย่างทุ่มเทและจริงจัง ดังนั้น ในกรณีของประเทศไทย ซึ่งยังไม่ลงตัวทั้งในแง่ของการใช้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังไม่มีแนวคิดที่จะสร้างความเป็นพลเมืองให้กับประชาชนชาวไทยอย่างทุ่มเทและจริงจัง ซึ่งแม้ว่าแนวทางการใช้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศจะไม่ประสบความสำเร็จ แต่หากสามารถสร้างความเป็นพลเมืองไทยได้ในระยะยาว ความเข้มแข็งของพลเมืองนั่นเองที่จะสร้างความลงตัวของการใช้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ

กล่าวโดยสรุป เพื่อสร้างให้เกิดความมั่นคงและเข้มแข็งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้นจำเป็นที่จะต้องอาศัยทั้งแนวทางของรัฐธรรมนูญนิยมในการสร้างมาตรการและกลไกในการวางโครงสร้างพื้นทางการปกครองที่สอดคล้องกับสภาพสังคมวิทยาของไทย แต่ในขณะเดียวกันสังคมไทยจำเป็นจะต้องพัฒนาให้มีการศึกษาเพื่อความเป็นพลเมือง (civic education) อย่างจริงจังเพื่อเป็นส่วนช่วยในการประคับประคองความมั่นคงและเข้มแข็งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไทย

5.7 ปัญหาที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับปัญหาอุปสรรคหรือกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทย

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 79 บัญญัติให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และมาตรา 107 กำหนดให้ *"วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยคน ซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม โดยในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง*

การแบ่งกลุ่ม จำนวนกลุ่ม และคุณสมบัติของบุคคลในแต่ละกลุ่ม การสมัครและรับสมัคร หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกกันเอง การได้รับเลือก จำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะพึงมีจากแต่ละกลุ่ม การขึ้นบัญชีสำรอง การเลื่อนบุคคลจากบัญชีสำรองขึ้นดำรงตำแหน่งแทน และมาตรการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อให้การเลือกกันเองเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้การเลือกดังกล่าวเป็นไปโดยสุจริตเที่ยงธรรมจะกำหนดมิให้ผู้สมัครในแต่ละกลุ่มเลือกบุคคลในกลุ่มเดียวกัน หรือจะกำหนดให้มีการคัดกรองผู้รับสมัครรับเลือกด้วยวิธีการอื่นใดที่ผู้สมัครรับเลือกมีส่วนร่วมในการคัดกรองก็ได้

การดำเนินการตามวรรคสอง ให้ดำเนินการตั้งแต่ระดับอำเภอ ระดับจังหวัด และระดับประเทศ เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยในระดับประเทศ ..."

นอกจากบทบัญญัติหลักในรัฐธรรมนูญแล้วบทเฉพาะกาลมาตรา 269 บัญญัติให้ *"วาระเริ่มแรก ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยห้าสิบคนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติถวายคำแนะนำ ..."*

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ข้างต้น การจะวิเคราะห์ในประเด็นที่มาของสมาชิกวุฒิสภาว่าได้ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทยอย่างไรบ้าง นั้น จะต้องวิเคราะห์บนพื้นฐานของบทเฉพาะกาลประกอบกับบทถาวร โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) ตามมาตรา 269 สมาชิกวุฒิสภามีจำนวน 250 คน โดย จำนวน 194 คน มาจากการแต่งตั้งคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) จำนวน 6 คน มาโดยตำแหน่ง และจำนวน 50 คนมาตามมาตรา 107 ประกอบกับมาตรา 269 (1) (ก) โดยวาระของวุฒิสภาชุดนี้มาวาระ 5 ปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 269 (5) โดยในบทเฉพาะกาลได้บัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญคือการให้ความเห็นชอบบุคคลในการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา 272 จากการบัญญัติที่มาและอำนาจในหน้าที่ของวุฒิสภาดังกล่าวข้างต้นย่อมก่อให้เกิดอุปสรรคหรือกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทยหลายประการ กล่าวคือ กระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาโดยหลักทั่วไปแล้วระบบรัฐสภา (parliamentary system) การได้มาของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะนายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร และการดำรงอยู่ของรัฐบาลสามารถบริหารประเทศได้ตราบเท่าที่สภาผู้แทนราษฎรให้ความไว้วางใจตามวาระที่กำหนดไว้ การออกแบบให้วุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้งของ คสช. มีบทบาทสำคัญในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีย่อมทำให้ระบบรัฐสภาผันแปรไป กล่าวคือ สมาชิกวุฒิสภามีส่วนสำคัญในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี แต่วุฒิสภาไม่มีบทบาทใด ๆ ต่อเสถียรภาพของรัฐบาล สภาพปัญหานี้จึงไปสัมพันธ์กับการรวมตัวกันในการจัดตั้งรัฐบาลประกอบด้วยพรรคการเมืองที่มีเสียงแตกต่างจากพรรคการเมืองฝ่ายค้านเพียงใด หากมีความแตกต่างมากรัฐบาลก็มีเสถียรภาพในการบริหารประเทศได้ หากมีเสียงแตกต่างกันน้อยการบริหารงานของรัฐบาลก็จะขาดเสถียรภาพ ดังนั้น การที่รัฐบาลไทยในขณะนี้ขาดเสถียรภาพจึงเกิดจากการออกแบบของรัฐธรรมนูญโดยมุ่งหมายเพื่อให้จัดตั้งรัฐบาลได้ แต่ไม่มีหลักประกันในเรื่องเสถียรภาพของรัฐบาล และถือว่าไม่เป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบรัฐสภาที่การได้มาของนายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร

2) ผลกระทบต่อกระบวนการในการพัฒนาประชาธิปไตยที่สำคัญในประการต่อมา คือ กระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามมาตรา 256 ได้บัญญัติกระบวนการขั้นตอนในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (1) - (9) โดยเฉพาะในมาตรา 256 (6) บัญญัติว่า *“(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่*

ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎร เห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”

จากการเขียนบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการปิดกั้นกระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องใด ๆ ที่มีความเชื่อมโยงกับอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล (ซึ่งแปลงร่างมาจาก คสช.) หรือประเด็นที่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการในการพัฒนาประชาธิปไตย เช่น หากรัฐบาลชุดปัจจุบันอยู่ครบวาระ 4 ปี และมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการทั่วไป การได้มาของนายกรัฐมนตรีในครั้งต่อไปยังอยู่ในระหว่าง 5 ปี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 272 (บทเฉพาะกาล) ซึ่งวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งของ คสช. ยังมีบทบาทสำคัญในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี บทบัญญัติเช่นนี้ไม่สามารถที่แก้ไขได้ เพราะสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งของ คสช. ย่อมจะต้องฟังเสียงจาก คสช. เป็นสำคัญ การบัญญัติการแก้ไขรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นนี้ประกอบกับการได้มาของสมาชิกวุฒิสภามาจาการแต่งตั้งของ คสช. จึงเห็นได้ชัดเจนว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมุ่งหมายที่จะให้เกิดความมั่นคงต่อกระบวนการเปลี่ยนผ่านอำนาจมากกว่าที่จะมองความมั่นคงของระบบการเมืองโดยรวมของประเทศ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วจะนำไปสู่วิกฤตในการแก้ไขรัฐธรรมนูญย้อมกลับมาสู่สังคมไทยอีกคำรบหนึ่ง เพราะการกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นเสมือนการที่ผู้ชนะกำหนดเกมส์ และการกำหนด “เกณฑ์” ตามมาตรา 256 เป็นการกำหนด “เกณฑ์” ที่ทำให้การแก้ไขใด ๆ ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ถ้าการแก้ไขนั้นมีผลกระทบต่อผลประโยชน์หรืออำนาจของฝ่ายกำหนดเกมส์ สภาพพื้นฐานดังกล่าวจึงเป็นปัญหาพื้นฐานของการเปลี่ยนผ่านจากการปกครองภายใต้คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติมาสู่การปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ

3) ความพยายามในการหาแนวทางใหม่ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับการพัฒนาการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาโดยวิธีการ “เลือกกันเอง” ของบุคคลตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ความพยายามในการปรับเปลี่ยนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาโดยวิธีการเลือกกันเองจะก่อให้เกิดอุปสรรคหรือกระบวนการ พัฒนา

ประชาธิปไตยในประเทศไทยอย่างไรหรือไม่นั้นมีข้อพิจารณาในมิติของการเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) วุฒิสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชนในแต่ละจังหวัด ระบบการได้มาดังกล่าวมีข้อดีในแง่ของการเชื่อมโยงโดยตรงกับประชาชน ทำให้วุฒิสภามีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย แต่ข้อเสียสำหรับระบบการเมืองไทยทำให้พรรคการเมืองที่มีฐานเสียงในจังหวัดนั้น ๆ สามารถเข้าไปมีบทบาทในการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาได้ทำให้ฐานคิดในการได้มาของ ส.ส กับ ส.ว จึงไม่มีความแตกต่างกัน และนำไปสู่การเกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “สภาผัวเมีย” ดังที่เคยเกิดขึ้นมาในอดีต

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ได้แก้ไขสภาพการณ์ดังกล่าวของการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) โดยการกำหนดให้ครึ่งหนึ่งมาจาการเลือกตั้งของประชาชนในแต่ละจังหวัด และอีกครึ่งหนึ่งมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาจากผู้ประกอบอาชีพในสาขาต่าง ๆ ข้อดีของการได้มาของ ส.ว ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ ส.ว ครึ่งหนึ่งมาจากประชาชนโดยตรงซึ่งทำให้วุฒิสภามีฐานของความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ในขณะที่อีกครึ่งหนึ่งได้กระจายไปยังกลุ่มอาชีพต่าง ๆ ได้เข้ามามีบทบาทในวุฒิสภาทำให้มีการกระจายกลุ่มอาชีพและกลุ่มผลประโยชน์ทั้งหลายให้เข้ามามีบทบาทในวุฒิสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) เปลี่ยนวิธีการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาใหม่เป็นการ “เลือกกันเอง” ซึ่งอาจมีผลต่อกระบวนการในการพัฒนาประชาธิปไตยไทยในทิศทาง ดังนี้

ก. หากกระบวนการ “เลือกกันเอง” เป็นกระบวนการที่สามารถได้สมาชิกวุฒิสภาที่เป็นตัวแทนสาขาอาชีพต่าง ๆ และเข้ามาทำหน้าที่ในบทบาทของวุฒิสภาได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐธรรมนูญไทยอาจพัฒนามาถึงจุดที่ลงตัวของวิธีการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาได้ เนื่องจากการได้มาของวุฒิสภาเป็นปัญหาของรัฐธรรมนูญไทยในรอบ 3 ทศวรรษได้มีการปรับเปลี่ยนการได้มาถึง 4 รูปแบบ กล่าวคือ

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2534) มาโดยการแต่งตั้งตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอ

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาโดยการเลือกตั้งของประชาชน

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้ง อีกครึ่งหนึ่งมาโดยคณะกรรมการสรรหา

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาโดยการเลือกกันเอง

ดังนั้น หากกระบวนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) สามารถทำหน้าที่ตัวแทนสาขาอาชีพต่าง ๆ ในบทบาทของวุฒิสภาได้อย่างมีประสิทธิภาพอาจมีผลทำให้การพัฒนาระบบสองสภาของไทยได้ข้อสรุปในเรื่องที่มาของสมาชิกวุฒิสภาได้ อันทำให้โครงสร้างของสถาบันทางการเมืองของพัฒนามาถึงจุดที่ลงตัวที่สอดคล้องสภาพสังคมวิทยาของไทย

ข. หากกระบวนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาโดยกระบวนการเลือกกันเองมีปัญหาในมิติต่าง ๆ เช่น ปัญหาในการบล๊อคโหวตของผู้เลือกกันเอง ดังเช่น ที่เคยเกิดขึ้นในกรณีของการเลือกกันเองของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งนำมาสู่การยกเลิกองค์กรดังกล่าวในเวลาต่อมา กรณีเช่นนี้ก็จะทำให้เกิดกลุ่มบุคคลที่มีบทบาทในการให้ได้ซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งทำให้เห็นได้ว่า กระบวนการได้มาดังกล่าวนอกจากมิได้เชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงแล้ว กระบวนการดังกล่าวยังมีการบิดเบือนโดยกลุ่มบุคคลที่ดำเนินการให้มีการบล็อคโหวต หากสภาพการณ์เป็นเช่นนี้การได้มาดังกล่าวก็ไม่อาจตอบได้ว่าดีกว่าการได้มาสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ การพัฒนากระบวนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญก็มีความจำเป็นที่จะหาแนวทางที่เหมาะสมต่อไป

กล่าวโดยสรุป ที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) กับปัญหาอุปสรรคหรือกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยในประเทศไทยย่อมเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งของกระบวนการพัฒนาประชาธิปไตยไทย โดยที่มาของวุฒิสมาชิกตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญจะมีผลกระทบต่อการพัฒนาประชาธิปไตยของไทย โดยเฉพาะในมิติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ส่วนการ

ปรับเปลี่ยนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาโดยการ “เลือกกันเอง” อาจมีส่วนทำให้ระบบสองสภาของไทยมีความลงตัวในแง่ของการจัดโครงสร้างสถาบันการเมือง แต่หากกระบวนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวยังไม่สามารถเป็นข้อสรุปที่ดีของสังคมไทยได้ สังคมไทยจึงยังจำเป็นต้องหาแนวทางการได้มาของสมาชิกวุฒิสภาที่สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพสังคมวิทยาของไทยต่อไป

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ตาม "แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม" (constitutionalism) นั้นจะเห็นได้ว่า "รัฐธรรมนูญ" มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการวางโครงสร้างพื้นฐานการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าประเทศใดอาศัยรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานในการปกครองประเทศแล้ว ประเทศนั้นจะมีระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะการมีรัฐธรรมนูญกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นคนละประเด็นกัน กล่าวคือ แม้ประเทศนั้นจะมีการปกครองโดยระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวแบบสังคมนิยม เช่นประเทศจีน แต่ประเทศจีนก็ยังมีรัฐธรรมนูญในการกำหนดโครงสร้างพื้นฐานการปกครองประเทศเช่นกัน หรือประเทศที่ปกครองโดยหลักศาสนา เช่น ประเทศอิหร่านมีรัฐธรรมนูญเรียกว่า "รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิสลามอิหร่าน" (Constitution of the Islamic Republic of Iran) ดังนั้นการอาศัยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นพื้นฐานในการวางโครงสร้างการปกครองกับการเป็นประชาธิปไตยจึงเป็นคนละประเด็น การจะพิจารณาว่าเป็นประชาธิปไตยหรือไม่จึงเป็นเรื่องของการวางโครงสร้างทางการเมืองอย่างไร กล่าวโดยทั่วไป บรรดารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยมักจะอาศัยหลักการต่อไปนี้เป็นพื้นฐานในการจัดโครงสร้างการปกครอง กล่าวคือ (1) หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (3) หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ (4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (5) หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ ฯลฯ

จากการศึกษา เรื่องแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแบบเสรีประชาธิปไตยมีพื้นฐานสำคัญมาจากสหรัฐอเมริกาโดยสร้างระบบประธานาธิบดีขึ้นมา ต่อมารัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรปจึงใช้รัฐธรรมนูญวางโครงสร้างพื้นฐานใน "ระบบรัฐสภา" และเมื่อระบบรัฐสภามีปัญหาจึงมีการอาศัยรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างพื้นฐานการปกครองใหม่ ซึ่งพัฒนาทำให้

เกิด “ระบบรัฐสภาสมัยใหม่” แบบเยอรมนี ในขณะที่ฝรั่งเศสได้พัฒนาให้เกิด “ระบบกึ่งประธานาธิบดี” ขึ้น และเมื่อสหภาพโซเวียตล่มสลายเกิดประเทศใหม่ขึ้น 15 ประเทศ ในจำนวนนี้มีถึง 12 ประเทศ ที่ใช้แนวทางของรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมนีเป็นแนวทางในการวางโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงบทบาทและความสำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการเมืองการปกครองของประเทศต่าง ๆ เครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยเครื่องมือดังต่อไปนี้ (1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

โดยที่หลักการพื้นฐานของหลักประชาธิปไตยประการหนึ่ง คือ หลักเสียงข้างมากเป็นหลักที่นำมาใช้ในการตัดสินใจในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันในสภา การใช้หลักเสียงข้างมากในสภานี้เองที่เป็นปัญหาของประชาธิปไตยในระยะเวลาต่อมา เนื่องจากการต่อสู้แข่งขันทางการเมืองที่เข้มข้นและรุนแรงขึ้น การอาศัยเสียงข้างมากของหลักประชาธิปไตยเป็นเครื่องมือในการตัดสินใจนำไปสู่การขยายอำนาจให้ฝ่ายการเมืองหรือพรรคพวกของฝ่ายการเมือง หรือนำไปสู่การทำลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเอง การอาศัยเสียงข้างมากของสภาหรือเสียงของประชาชนที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะ (1) การอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนเพื่อตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคล และ (2) การอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์พื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ประเทศเยอรมนีนับได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบที่ได้นำหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ (Streitbare Demokratie; Wehrhafte Demokratie; Militant Democracy) มาใช้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตในประการเบื้องต้นว่าบทบัญญัติหลายมาตราในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz; Basic Law) ได้รับรองหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “ระเบียบพื้นฐานของการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย” (Freiheitliche demokratische Grundordnung) จากภัยที่มาจากทั้งภายในและภายนอกประเทศ ได้แก่ (1) การกำหนดหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (2) การยึดหรือการ

ทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐาน (3) การยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย (4) การห้ามรวมกลุ่มที่มีลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ (5) สิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ (6) การกำหนดหน้าที่ในการภักดีต่อรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน (7) การจำกัดสิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย ไปรษณีย์ รวมถึงการติดต่อสื่อสารทางไกล (8) การจำกัดเสรีภาพในการย้ายถิ่นที่อยู่หรือเสรีภาพในการเดินทาง (9) สิทธิในการป้องกันภยันตรายที่จะเกิดกับสหพันธรัฐและมลรัฐทั้งหลายในสถานการณ์ฉุกเฉิน (10) สิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าตุลาการดำเนินการที่ขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีการกำหนด กลไกในรัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเป็นกลไกทางกฎหมายในการทำให้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เกิดผลได้จริงในทางปฏิบัติ การจัดตั้งองค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองขึ้นในทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ เพื่อพิทักษ์ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย การให้มีสายลับหรือสายข่าว (V-Leute) เพื่อทำการสืบหาข่าวเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และต่อข้อมูลนั้นไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

บทบาทศาลรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยการยุบพรรคการเมืองที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความสมดุลระหว่างการใช้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กับการคุ้มครองเสรีภาพและเอกสิทธิ์ของพรรคการเมือง สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ พบว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองได้นั้น จะต้องไม่เพียงแต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า พรรคการเมืองนั้นได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นการขัดต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น แต่จะต้องเป็นความพยายามอย่างจริงจัง มีแบบแผน และรุนแรงก้าวร้าว ในการเปลี่ยนอุดมการณ์ทางการเมืองในการปกครองประเทศไปในแนวทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตย จึงกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมักจะจำกัดอำนาจตนเองในการใช้กลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีความจำเป็นต้องคุ้มครองคุณค่าอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน คือ สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและเสรีภาพทางการเมืองของพรรคการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการชั่งน้ำหนักคุณค่าทั้งหลายให้ได้น้ำหนักเสมอกัน ความพยายามในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบ

ประชาธิปไตยนั้นจะต้องไม่พัฒนาตนเองไปเป็นกลไกในการทำลายสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพทางการเมืองลงโดยสิ้นเชิง ซึ่งเมื่อใดก็ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญชั่งน้ำหนักไม่ดีหรือมีความผิดพลาดมาก ย่อมเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ถึงความล่มสลายของระบบการเมืองในรัฐนั้น ๆ

จากการศึกษาหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้นได้ถูกกำหนดกลไกและมาตรการต่าง ๆ ไว้โดยละเอียดและแตกต่างหลากหลายเอาไว้ทั้งในบัญญัติของรัฐธรรมนูญและในบทบัญญัติของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งการที่มีการกำหนดกลไกไว้มากมายเช่นว่านั้น ย่อมเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะถูกเรียกร้องให้มีบทบาทหน้าที่สำคัญในการขับเคลื่อนกลไกดังกล่าว ในทางข้อเท็จจริงที่ผ่านมาจะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามกลไกดังกล่าวนั้นอย่างเข้มข้นมากเกินไป ทั้งนี้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองและสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและพรรคการเมืองประกอบด้วยเสมอ ดังนั้นคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญที่เรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นข้อจำกัดโดยตรงของการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการขับเคลื่อนกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

ส่วนระบบและกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญในประเทศแคนาดาพบว่า มีการกำหนดหลักสันติภาพ ความสงบเรียบร้อย และการบริการจัดการบ้านเมืองที่ดีไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐธรรมนูญแคนาดาไม่มีบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ หรือไม่มีบทบัญญัติที่เรียกว่า “บทคุ้มครองหลักการอันเป็นนิรันดร” ตลอดจนไม่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

สำหรับประเทศชิลีมีกลไกการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีอำนาจวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์การ กลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองหรือพรรคการเมืองตามบทบัญญัติมาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญ และให้อำนาจ

ศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการในทางขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี หรือความมั่นคงของรัฐ โดยให้ไปกำหนดรายละเอียดในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกส่งมาโดยการอนุมัติของรัฐสภา

ด้านประเทศตุรกีมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญถึงหลักการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐ เช่น หลักประชาธิปไตย หลักการเป็นรัฐฆราวาส ความเป็นสังคมรัฐ การปกครองตามหลักนิติธรรม ความสงบสุขสาธารณะ ความเป็นปึกแผ่นและความยุติธรรม มีมาตรการยุบพรรคการเมือง ตามมาตรา 69 กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญยุบพรรคการเมือง เมื่อมีการกระทำที่ขัดต่อหลักการดังต่อไปนี้ ความเป็นอิสระของรัฐ บูรภาพในทางเขตแดนของรัฐ สิทธิมนุษยชน หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม หลักอำนาจอธิปไตยของชาติ หลักการเป็นประชาธิปไตยและการเป็นรัฐฆราวาส

ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีกลไกตามรัฐธรรมนูญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ได้แก่ (1) การกำหนดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (2) บทบัญญัติว่าด้วยด้วยการทรยศชาติอย่างร้ายแรงของประธานาธิบดี (3) การคุ้มครองหลักประชาธิปไตยของการดำเนินการของพรรคการเมือง (4) การคุ้มครองสถาบันของรัฐ กรณีที่ถูกคุกคามอย่างร้ายแรง มีกลไกตามกฎหมายพรรคการเมือง คือ มีบทบัญญัติว่าด้วยการยุบพรรคการเมือง การยุบพรรคการเมือง กลุ่มทางการเมือง หรือสมาคม ทำได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติ ให้อำนาจฝ่ายบริหารตรารัฐกฤษฎีกาเพื่อยุบพรรคการเมืองที่มีวัตถุประสงค์ในการกระการที่เป็นการข่มขู่หรือคุกคาม หรือเป็นภัยอันตรายแก่ประเทศฝรั่งเศส

เมื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในประเทศไทย พบว่า อาจแบ่งได้เป็น 2 ช่วง คือ (1) ช่วงก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) ซึ่งไม่ได้พัฒนาในลักษณะของข้อความคิดในทางกฎหมาย หากแต่เป็นข้อความคิดทางการเมือง แต่ต่อมาหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 เริ่มพัฒนาเป็นแนวคิดทางกฎหมายโดยถือว่าเป็นข้อจำกัดของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะใช้ให้เป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และรัฐธรรมนูญมิได้ แนวคิดดังกล่าวได้รับการบัญญัติสืบต่อมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2534)

ก่อนที่จะมีการปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 1 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) (2) ช่วงหลังรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) เป็นช่วงพัฒนาการที่บัญญัติข้อห้ามการใช้สิทธิและเสรีภาพไม่ให้เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและบัญญัติรับรองสิทธิในการต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีการพัฒนาองค์กรในการปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญโดยมีการนำแนวความคิดเรื่องศาลรัฐธรรมนูญตามแนวของประเทศเยอรมนีเข้ามาเป็นครั้งแรก

หลักการสำคัญของระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 มีสาระสำคัญคือ อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้ อย่างไรก็ตาม ต่อมาระบอบการปกครองนี้ได้คลี่คลายกลายมาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กล่าวคือ มีการให้ความสำคัญกับพระราชสถานะอันพิเศษของพระมหากษัตริย์ แตกต่างไปจากระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของยุโรป อีกทั้งมีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญของไทยที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร มีลักษณะที่มาจากสถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยที่มีทศพิธราชธรรม นิติราชประเพณี อำนาจเช่นนี้เป็นวัฒนธรรมอำนาจของไทยที่มีมาแต่โบราณ เป็น Moral Authority เป็นศูนย์กลางของความยุติธรรม ศีลธรรม ความดีงามเป็นศูนย์กลางของการรวมพลังของประชาชนชาวไทย

กล่าวสำหรับการนำ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย เริ่มตั้งแต่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) โดยปรากฏอยู่ใน มาตรา 63 ซึ่งเป็นมาตรการและกลไกในการ “จำกัด” การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อล้มล้างการปกครองหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและมาตรา 65 ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชนจากการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือใช้กำลังเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังได้วางกรอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 313 (1) วรรคสอง ห้ามเสนอ

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ก็ได้บัญญัติรับรองหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ไว้ในลักษณะเดียวกัน

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายไทย อาจสรุปข้อแตกต่างได้ ดังนี้ (1) ระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารร่วมทำหน้าที่เชิงรุกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยด้วยการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการสืบหาข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ทำให้หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ซึ่งเป็นหลักการที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นสามารถบรรลุผลได้ในทางปฏิบัติ ในขณะที่ในระบบกฎหมายไทยนั้น ยังไม่มีการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการปฏิบัติภารกิจในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ความเข้าใจเรื่องการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย รวมถึงขอบเขตของการทำหน้าที่ดังกล่าว ในทั้งสองระบบกฎหมายยังมีความแตกต่างกัน ทำให้การกำหนดกลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในทั้งสองระบบกฎหมายมีความแตกต่างกันในรายละเอียด (2) กลไกพิทักษ์รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในทั้งสองระบบกฎหมาย โดยเฉพาะมาตรการยุบพรรคการเมืองนั้นมีความแตกต่างในประการสำคัญหลายประการ ในประการแรกนั้น มาตรการยุบพรรคการเมืองและขอบเขตในการใช้อำนาจยุบพรรคการเมืองตามระบบกฎหมายเยอรมันนั้นถูกกำหนดเอาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญจากการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในขณะที่กลไกการยุบพรรคการเมือง รวบถึงขอบเขตและเงื่อนไขในการยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทยนั้น โดยส่วนใหญ่ถูกกำหนดเอาไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติโดยการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งขอบเขตในการใช้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานนั้น ถูกกำหนดเอาไว้ค่อนข้างแคบกว่าในระบบกฎหมายไทย ในระบบรัฐธรรมนูญเยอรมัน พรรคการเมืองซึ่งมีเสรีภาพทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญนั้น จะถูกยุบได้เฉพาะกรณีที่ได้ดำเนินการ

ที่เป็นการทำลายหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยอย่างชัดแจ้งเท่านั้น ในขณะที่การยุบพรรคการเมืองในระบบกฎหมายไทยสามารถทำได้ง่ายกว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งย่อมกระทบต่อเสรีภาพของพรรคการเมืองในการเข้าร่วมก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน และย่อมมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่ปัญหาและข้อพิพาททางการเมืองซึ่งเป็นผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อไปด้วย

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงที่มาของข้อความคิดว่าด้วยหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย รวมถึงปัญหาและอุปสรรคของการปรับใช้หลักการดังกล่าวในทั้งสองระบบกฎหมายแล้วนั้น พบปัญหาที่สำคัญรวม 6 ประการ ดังนี้

(1) ปัญหาความไม่ชัดเจนของหลักการพื้นฐานหรือคุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งปัญหานี้เองเป็นปัญหาที่ส่งผลต่อการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงส่งผลต่อการกำหนดหน้าที่ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทั้งหลายด้วย กล่าวให้แคบที่สุด ทั้งในทางวิชาการและในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้ความหมายและขอบเขตที่ชัดเจนของคำว่า “หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงการพิพากษาคดีตามกฎหมายจะต้องมีเป้าหมายเพื่อการพิทักษ์หลักการพื้นฐานดังกล่าว หรือจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานดังกล่าวด้วย และในกรณีที่มีคุณค่าอื่นใดที่มาปะทะหรือขัดแย้งกับหลักการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย องค์กรของรัฐทั้งหลายโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำการชั่งน้ำหนักว่าหลักการใดที่มีคุณค่าสูงสุด และตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดดังกล่าวนั้น

(2) ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ในการกำหนดกลไกการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐอื่น ๆ นั้นจะต้องมีความชัดเจนว่าสามารถใช้อำนาจได้ในขอบเขตเพียงใด รวมถึงมีเงื่อนไขก่อนการตัดสินใจใช้อำนาจที่ชัดเจนอย่างไรบ้าง เช่น การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องระบุไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองให้มีความชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการชี้ขาดและกำหนดผลให้มีการยุบ

พรรคการเมือง ทั้งนี้ ในการกำหนดกลไกดังกล่าวจะต้องทำให้เห็นได้อย่างชัดแจ้งด้วยว่า ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐทั้งหลายมีอำนาจจำกัด และอาจตัดสินยุบพรรคการเมืองซึ่งเป็นการกระทบเสรีภาพของพรรคการเมืองอย่างมากนั้น ได้เฉพาะเมื่อเกิดกรณีที่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจตนเองไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า เพื่อให้การตัดสินยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญมีความชอบธรรมทางรัฐธรรมนูญ ความชอบธรรมทางการเมือง รวมทั้งความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยนั้น กลไกที่มอบอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองนั้น ควรถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการชัดแจ้งเท่านั้น นอกจากนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองไม่ควรมีข้อความที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่กว้างหรือมากไปกว่าที่ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญและในทางการเมืองของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เหตุในการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 สามารถแยกออกได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกัน ได้แก่ 1. กลุ่มที่เป็นการตอบโต้การกระทำที่เป็นอันตรายต่อหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยตรง 2. กลุ่มที่เป็นการตอบโต้การดำเนินการของพรรคการเมืองที่มีลักษณะขัดต่อกฎหมายเลือกตั้งซึ่งเป็นเรื่องในทางเทคนิค รวมถึงการให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติไปตรากฎหมายเพิ่มเติมว่าจะกำหนดให้มีการยุบพรรคการเมืองจากเหตุอื่น ๆ ได้ด้วย

(3) ปัญหาการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้วจะพบปัญหาพื้นฐานว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะตีความอำนาจในการยุบพรรคการเมืองของตนให้กว้างขวางออกไปกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งเป็นปัญหาโดยตรงที่ทำให้พรรคการเมืองทั้งหลายถูกยุบได้ง่ายดายเกินไป และเป็นการกระทบต่อการใช้เสรีภาพทางการเมืองของประชาชนและพรรคการเมืองโดยตรง ทั้งนี้ปัญหาที่พบในการใช้และการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมักนำเหตุในการยุบพรรคการเมือง 2 ประการมาใช้ปะปนกันไป ได้แก่ การตอบโต้การกระทำที่เป็นการกระทบหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยโดยตรง กับการกระทำที่เป็นเพียงการขัดต่อกฎหมายเลือกตั้ง

(4) ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการจัดหน่วยหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญขึ้นมา โดยให้มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เพื่อทำหน้าที่ในการสืบหาข่าวเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย และเพื่อส่งต่อข้อมูลข่าวสารในเรื่องดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป ผู้วิจัยเห็นว่าการนำรูปแบบดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยน่าจะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการด้วยกัน เพราะในระบบดังกล่าว มีความยากลำบากเป็นอย่างยิ่งที่จะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรพิทักษ์รัฐธรรมนูญว่าได้ดำเนินการในลักษณะที่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมืองหรือไม่ และในภาวะที่ความเป็นนิติรัฐยังไม่ถูกสถาปนาขึ้นอย่างแท้จริงในประเทศไทย การนำกลไกดังกล่าวมาใช้ อาจกลายมาเป็นเครื่องมือของฝ่ายการเมืองที่จะใช้เป็นอาวุธทำลายพรรคการเมืองอื่น ๆ ได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า องค์กรที่ควรมีบทบาทหลักในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย ยังคงเป็นศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะเป็นการกระทำหน้าที่ในเชิงรับก็ตาม

(5) ปัญหาการรักษาความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและการแสดงเจตจำนงในการเข้าชื่อเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้อย่างจำกัด และกำหนดให้สาระสำคัญบางประการมิอาจถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ การที่รัฐธรรมนูญได้สร้างกลไกในการคุ้มครองความมั่นคงของรัฐธรรมนูญตามหลักการเรื่องประชาธิปไตยปกป้องตนเองเช่นกัน ดังนั้น ในกรณีที่มีการปลุกระดมมวลชนทั้งในฐานะบุคคล กลุ่มบุคคล หรือพรรคการเมืองให้มีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่เช่นนี้เห็นว่าเป็นการกระทำที่มุ่งต่อสถานะของรัฐธรรมนูญ อันหมายความว่า มิได้มุ่งหมายให้มีการแก้ไขตามครรลองแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการริเริ่มให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งไม่ได้มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรองรับไว้ให้กระทำได้ เช่นนี้ กรณีจึงมีข้อพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ หรือเป็นการล้มล้างคุณค่าของรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยในประเด็นนี้

(6) ปัญหาความไม่ชัดเจนของกลไกตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 กับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและพรรคการเมือง เป็นที่น่าสังเกตว่า “มาตรการยุบพรรคการเมือง” ซึ่งเป็นมาตรการหรือดาบที่มีความสำคัญที่สุดของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กลับไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 โดยตรง แต่กลับไปปรากฏอยู่ในมาตรา 92 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่ง พบว่า กฎหมายได้กำหนดอำนาจในการยุบพรรคการเมืองกว้างไปกว่าเป้าหมายของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ กล่าวคือ ได้กำหนดให้ทั้งการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองและระบอบประชาธิปไตย รวมถึงการกระทำให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิถีทางที่ไม่เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย และการกระทำอื่น ๆ ที่เป็นแต่เพียงการกระทำผิดหรือขัดต่อกฎหมายเลือกตั้งนั้น เป็นเหตุในการยุบพรรคการเมืองทั้งสิ้น ซึ่งการใช้กลไกตามกฎหมายดังกล่าวนั้นอาจมีผลเป็นการทำลายเสรีภาพของพรรคการเมืองในการเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองร่วมกับประชาชน

เมื่อ**วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับการรัฐประหารและกบฏ** พบว่า ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของผลผลิตแห่งการใช้อำนาจของคณะรัฐประหาร โดยวางหลักไว้ตรงกันว่า เมื่อกฎเกณฑ์นั้นออกมาโดยอาศัยอำนาจของผู้ถืออำนาจสูงสุดในรัฐคือ คณะรัฐประหาร ก็ย่อมมีสถานะเป็นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลฎีกาที่ 1131/2536 (ประชุมใหญ่) ได้วางหลักที่น่าสนใจเกี่ยวกับ “ขอบเขต” ของการคุ้มครองสถานะและความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ รสช. ว่า แม้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534 จะรับรองความชอบด้วยกฎหมายไว้ แต่ศาลฎีกามองว่าประกาศ รสช. ก็ยังต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในเรื่องใด ก็สามารถวินิจฉัยโดยอาศัยประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาเป็น “เกณฑ์” ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ รสช. ได้ ศาลปกครองใช้เหตุผลในลักษณะเดียวกับที่ศาลฎีกาใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 กล่าวคือ มุ่งพิจารณาแต่เฉพาะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการออกคำสั่งของหัวหน้า คสช. อันมีสถานะเป็น “รัฏฐาธิปัตย์” ว่ามาตรา 44 ของ

รัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2549 ได้บัญญัติรับรองสถานะอันพิเศษของบรรดาประกาศ คำสั่งหรือการกระทำของ คสช. ให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุด ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ ซึ่งถือเป็นแนวการให้เหตุผลอันได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ที่มองว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฏฐาภิปัตย์ เมื่อผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐมีการออกกฎหมาย คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดออกมา ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ชอบด้วยกฎหมาย แม้โดยเนื้อหาของการกระทำนั้นจะอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายต่อประชาชนก็ตาม ด้านคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ได้วินิจฉัยไว้อย่างน่าสนใจว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 29 วรรคหนึ่งและมาตรา 43 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 กรณีจึงไม่จำต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราอื่น ๆ หรือไม่อีกต่อไป คดีนี้ศาลได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 โดยได้พิจารณาเปรียบเทียบเจตนารมณ์ของประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวกับสถานการณ์บ้านเมืองในขณะที่มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ คือปี พ.ศ. 2515 กับสถานการณ์การประกอบอาชีพของประชาชนในขณะที่พิจารณาคือ ปี พ.ศ. 2552 ว่าสถานการณ์และความจำเป็นของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามประกาศคณะปฏิวัติไม่มีอยู่อีกต่อไปแล้ว จึงวินิจฉัยว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 45 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ได้พยายามให้อรรถาธิบายว่าการนำเจ้านายพระบรมวงศานุวงศ์ซึ่งตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยนั้นทรงมีพระราชสถานะอันเป็นกลางทางการเมืองลงมาอยู่ในระบบการเมือง เป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการสูญเสียสถานะที่จะต้องอยู่เหนือการเมือง และดำรงความเป็นกลางในทางการเมือง อันเป็นจุดเริ่มต้นของ

การเซาะกร่อนบ่อนทำลาย เป็นเหตุให้ชำรุดทรุดโทรม เสื่อมทราม หรืออ่อนแอลง เข้าลักษณะของการกระทำที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาอุปสรรคและข้อจำกัดของการนำ "หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้" มาใช้ในระบบกฎหมายไทย แยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) การรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองทุกครั้งจะมีการล้มล้างรัฐธรรมนูญ พบว่า การรัฐประหารกับการบังคับใช้ของรัฐธรรมนูญนั้นอาจแบ่งออกเป็น 2 ช่วง คือ ช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 และช่วงภายหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ในช่วงที่ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 มีการรัฐประหาร 2 ครั้ง แต่การรัฐประหารทั้งสองครั้งมิได้เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากอุดมการณ์ของคณะราษฎรในขณะนั้นต้องการจะธำรงหลักการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ เพื่อใช้รัฐธรรมนูญเป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายแนวคิดเก่า การคงรัฐธรรมนูญไว้ย่อมเป็นความชอบธรรมในทางการเมืองต่อฝ่ายคณะราษฎร แต่ภายหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 กล่าวคือเริ่มจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ความขัดแย้งของอำนาจทางการเมืองเป็นความขัดแย้งระหว่างคณะราษฎรสายทหารกับคณะราษฎรสายพลเรือน เมื่อมีการรัฐประหารเมื่อ 8 พฤศจิกายน 2490 จึงไม่มีความจำเป็นอย่างใด ๆ ที่จะคงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ไว้ การรัฐประหารในครั้งนี้จึงล้มล้างรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ และประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองชั่วคราว แนวทางของการรัฐประหารในครั้งนี้จึงเป็นแบบอย่างของการรัฐประหารที่สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน จากเหตุผลดังกล่าว การพิจารณารัฐธรรมนูญของไทยตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้จึงมีปัญหาและอุปสรรคสำคัญของการจะปกป้อง "รัฐธรรมนูญ" โดยอาศัยกลไกหรือมาตรการของรัฐธรรมนูญในอันที่จะปกป้องรัฐธรรมนูญให้คงดำรงอยู่อย่างมั่นคงถาวรได้

(2) การรัฐประหารและการกระทำที่เป็นกบฏทุกครั้งจะมีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมการกระทำให้ทุกครั้ง กรณีของการรัฐประหาร หมายถึง กรณีที่ผู้เข้ายึดอำนาจการปกครองได้ดำเนินการสำเร็จ การเปลี่ยนแปลงอำนาจในการบริหารบ้านเมืองโดยการรัฐประหารนอกจากจะเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้ว ภายหลังการยึดอำนาจสำเร็จทุกครั้งจะมีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมทุกครั้ง โดยการออกกฎหมายนิรโทษกรรมนั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ตราเป็นพระราชบัญญัติ

พระราชกำหนด บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ต่อมาแนวทางในการออกกฎหมายนิรโทษกรรมเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ออกโดยพระราชบัญญัติหรือโดยพระราชกำหนด มาเป็นการอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่รับรองการนิรโทษกรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวอีกชั้นหนึ่ง เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจต่อคณะรัฐประหารว่าภายหลังจากการหมดสิ้นอำนาจของคณะรัฐประหารแล้ว ไม่สามารถเอาผิดใด ๆ กับคณะรัฐประหารอันเนื่องมาจากการยึดอำนาจและล้มล้างรัฐธรรมนูญได้โดยสิ้นเชิง ส่วนกรณีของการเป็นกบฏ การเข้ายึดอำนาจการปกครองแผ่นดินหากคณะผู้กระทำการกระทำไม่สำเร็จ การกระทำนั้นย่อมเป็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 มาตรา 114 มาตรา 115 มาตรา 116 ฯลฯ แต่อย่างไรก็ตาม ตามประวัติการเมืองไทย แนวทางในการดำเนินการกับบุคคลที่มีความผิดฐานเป็นกบฏนั้น มีแนวทางอยู่ 3 แนวทาง คือ ก. การจัดตั้งศาลพิเศษ ข. การใช้อำนาจพิเศษในการลงโทษ ค. การดำเนินคดีในชั้นศาลตามปกติ และ ง. การออกกฎหมายนิรโทษกรรมและกฎหมายล้างมลทิน

(3) แนวคิดเกี่ยวกับ “รัฏฐาธิปัตย์” อันสืบเนื่องมาจากการยึดอำนาจในระบบกฎหมายไทย การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งต้องคุ้มครอง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” อาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากไม่สามารถอ้างหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการกระทำหรือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์ได้ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า แนวคิดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมมีสถานะที่จะตรวจสอบการกระทำของรัฏฐาธิปัตย์จะเป็นประโยชน์ต่อการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในอนาคต เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2552 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติมีสถานะเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ๆ ได้

(4) ข้อความคิดว่าด้วย “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” กับรัฐธรรมนูญตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ “หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองของไทยที่มิได้ดำรงอยู่เพียงจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากแต่หลักดังกล่าวยังดำรงอยู่ในฐานะของ “รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี” ด้วย แม้ช่วงใดช่วงหนึ่งที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอยู่แต่หลักดังกล่าวก็ยังคง

ดำรงอยู่ในฐานะของรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี ตามทัศนะของ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เอนก เหล่าธรรมทัศน์ เห็นว่า 1. ประเทศไทยต้องเป็นราชาธิปไตยด้วยเสมอ โดยคำว่า "ราชาธิปไตย" มิได้หมายจะให้อำนาจและสิทธิ์ขาดในการปกครองและบริหารหรือพัฒนาบ้านเมืองแก่สถาบันพระมหากษัตริย์แต่หมายถึงมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข 2. รัฐธรรมนูญฉบับที่ไม่ได้เขียนนี้ เห็นว่าผู้ถืออธิปไตยในสังคมไทยนั้น ไม่ได้มีเพียงหนึ่งเดียว คือ มีแต่ประชาชน แต่มีรวมสามฝ่ายด้วยกัน คือ พระมหากษัตริย์ ประชาชน และผู้แทน ผู้นำจากการเลือกตั้ง หรือจากการยึดอำนาจได้สำเร็จ 3. ประเทศไทยที่ใช้ประชาธิปไตยสลับกับเผด็จการ-แบบสลับกันไปมา เรียกว่า ระบอบ "ทวิอำนาจ" โดยมีราชาธิปไตยเคียงกับระบอบ "ทวิอำนาจ"

จากการศึกษาพบว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" ถือว่าเป็นรูปแบบการปกครองแบบผสม (a mixed constitution/ regime) ตามความเห็นของ Kurt von Fritz เห็นว่า รูปแบบการปกครองสมัยใหม่ในโลกส่วนใหญ่เป็นรูปแบบการปกครองแบบผสมทั้งสิ้น และรูปแบบการปกครองแบบผสมเท่านั้นที่จะยุติปัญหาความไร้เสถียรภาพทางการเมืองที่เกิดจากการเหวี่ยงหรือแกว่งไปมาอย่างสุดโต่งของอำนาจทางการเมือง ทฤษฎีการปกครองแบบผสมเน้นไปที่รูปแบบการปกครองที่สามารถนำมาใช้ปฏิบัติได้จริงในทางการเมือง เนื่องจากคุณลักษณะสำคัญประการหนึ่งของทฤษฎีการปกครองแบบผสมคือการมุ่งสร้างกลไกเชิงสถาบันของระบอบการปกครองที่วางอยู่บนหลักการของการผสมคละเคล้ากันระหว่างรูปแบบการปกครองแบบบริสุทธิ์ (pure form) สามแบบที่ดำรงอยู่ อันได้แก่ รูปแบบการปกครองที่ให้อำนาจทางการเมืองทั้งหมดอยู่ที่ส่วนใดส่วนหนึ่ง นั่นคือ บุคคลคนเดียว กลุ่มบุคคล หรือมหาชน อย่างไรก็ตามการผสมคละเคล้ากันระหว่างอำนาจสามส่วน - คนเดียว, กลุ่มคน และมหาชน - ไม่ได้หมายความว่าทุกส่วนจะมีอำนาจทางการเมืองเท่ากัน แต่รูปแบบการปกครองแบบผสมอาจจะปรากฏตัวชัดออกมาในรูปแบบที่คนคนเดียวหรือกลุ่มคนหรือมหาชนมีอำนาจเหนือกว่าอีกสองส่วน ย่อมเห็นได้ว่า "หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"ตามรัฐธรรมนูญของไทยเป็นระบอบการปกครองแบบผสม ระหว่างพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นหลัก โดยมาตรา 3 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) บัญญัติว่า "อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจ

นั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ดังนั้นรูปแบบการปกครองของไทยจึงเป็นรูปแบบของ “mixed democracy” ที่พื้นฐานอำนาจเป็นของประชาชนและพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ในบทเฉพาะกาลที่เป็นช่วงเปลี่ยนผ่านยังมีอำนาจของกลุ่มบุคคล ซึ่งก็คือ คสช. ที่มีอำนาจโดยเฉพาะอย่างในการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมีวาระ 5 ปี ดังนั้นในช่วงเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) จึงเป็นการปกครองแบบผสมที่ประกอบด้วย คนเดียว, กลุ่มคน และมหาชน

ปัญหาที่เกี่ยวกับมาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญไม่สามารถปกป้องตนเองได้ แยกพิจารณาได้ 2 ประการ ได้แก่

(1) มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยของเยอรมนีได้รับการออกแบบให้เชื่อมโยงกับการเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญของฝ่ายข้างน้อย ซึ่งทำให้ฝ่ายข้างน้อยสามารถใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นกลไกในการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลกับฝ่ายข้างมากของสภาได้ หากพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ของไทยซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 210 บัญญัติว่า *“ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้... (2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ”* ในกรณีที่เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มการที่องค์กรเหล่านี้จะเสนอเรื่องที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจขององค์กรดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญในนามขององค์กรได้จะต้องอาศัยเสียงข้างมากขององค์กรกลุ่มดังกล่าวจึงสามารถเสนอมาในนามขององค์กรได้ ซึ่งหากพิจารณาองค์กรกลุ่มทั้ง 3 องค์กร ล้วนเป็นองค์กรที่มีเสียงข้างมากของฝ่ายรัฐบาลเป็นพื้นฐานทั้งสิ้น ดังนั้น จึงถือได้ว่ามาตรการและกลไกของรัฐธรรมนูญไทยไม่ได้ออกแบบให้ฝ่ายข้างน้อยสามารถใช้มาตรการและกลไกของฝ่ายข้างน้อยในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมากได้ ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีมาตรการและกลไกที่สมบูรณ์ในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมากและเพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยจึงจำเป็นที่จะต้องสร้างมาตรการและกลไกให้ฝ่ายข้างน้อย หรือส่วนหนึ่งขององค์กร

กลุ่มดังกล่าวมีสิทธิที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้ฝ่ายข้างน้อยใช้กลไกของศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบฝ่ายข้างมากได้ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญเยอรมนี

(2) มาตรการในการแก้วิกฤตทางการเมืองโดยกลไกของรัฐธรรมนูญเอง กล่าวคือ การพัฒนาให้มีองค์กรสูงสุดในการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นความขัดแย้งทางการเมืองที่เป็นวิกฤตทางการเมือง อันเป็นการพัฒนาให้ข้อขัดแย้งทางการเมืองมีข้อยุติโดยกระบวนการทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนในกระบวนการจัดการความขัดแย้งในทางการเมืองว่ามีองค์กรที่จะวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว องค์กรที่จะให้มีอำนาจในเรื่องดังกล่าวอาจมีข้อเสนอดังนี้ ก. กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นปัญหาวิกฤตทางการเมืองที่เกิดขึ้น โดยให้ฝ่ายต่าง ๆ สามารถเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยเฉพาะฝ่ายข้างน้อยหรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าว ข. การกำหนดให้มีองค์กรเฉพาะเพื่อการแก้ไขวิกฤตของประเทศ ดังเช่นร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ฉบับร่างเพื่อลงประชามติได้ออกแบบไว้ใน

“มาตรา 5 ...

เมื่อมีกรณีตามวรรคสองเกิดขึ้น ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญจัดให้มีการประชุมร่วมระหว่างประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรี ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานองค์กรอิสระเพื่อวินิจฉัย

ในการประชุมร่วมกันตามวรรคสาม ให้ที่ประชุมเลือกกันเองให้คนหนึ่งทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมแต่ละคราว ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งใด ให้ที่ประชุมร่วมประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งเท่าที่มีอยู่

การวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

คำวินิจฉัยของที่ประชุมร่วมให้ถือเป็นที่สุด และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”

ประเด็นสุดท้ายคือ **การสร้างกลไกอื่นเพื่อช่วยปกป้องคุ้มครองการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ** ผู้วิจัยพบว่า จากบทเรียนของประเทศเยอรมนีที่ใช้การปฏิรูประบบรัฐสภาให้เป็นระบบรัฐสภาสมัยใหม่ (rationalize parliamentary System) และการเปลี่ยน “ประชาชน” ของเยอรมนีให้เป็น “พลเมือง” โดย การเปลี่ยน “ประชาชน” ของเยอรมนี

ให้เป็น “พลเมือง” โดยปฏิรูประบบการศึกษาให้เป็น “การศึกษาเพื่อความเป็นพลเมือง” (Civic Education) กล่าวคือ วิธีการสร้างความเป็นพลเมืองให้เข้มแข็งทั้งโดยการศึกษาในระบบโรงเรียนและการศึกษานอกระบบ จึงเห็นว่า การจะทำให้ระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็งและมีความมั่นคงนั้นมิใช่เพียงการอาศัยหลักรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionlism) เพื่อวางหลักและมาตรการกลไกที่มีประสิทธิภาพเท่านั้น หากจำเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้ประชาชนและภาคประชาสังคมมีความเข้มแข็งเพื่อให้ประชาชนและภาคประชาสังคมได้มีส่วนในการช่วยประคับประคองให้รัฐธรรมนูญมีความเข้มแข็งและมั่นคงยิ่งขึ้น ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 2558 ได้ตระหนักถึงประเด็นดังกล่าวในหมวด 2 ของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ชื่อว่า “ประชาชน” ได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 ความเป็นพลเมืองและหน้าที่พลเมือง ส่วนที่ 2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ส่วนที่ 3 การมีส่วนร่วมทางการเมือง และ ส่วนที่ 4 การมีส่วนร่วมในการตรวจสอบ กล่าวเฉพาะในส่วนที่ 1 ความเป็นพลเมืองและหน้าที่พลเมือง บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ถึงมาตรา 28 มาตรา 26 บัญญัติถึงคุณลักษณะของพลเมือง มาตรา 27 หน้าที่ของพลเมือง และมาตรา 28 การทำหน้าที่ของภาคประชาสังคมโดยพลเมือง ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นความพยายามในการที่สร้าง “ความเป็นพลเมือง” ให้เกิดความเข้มแข็งเพื่อจะได้เป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งนอกเหนือมาตรการกลไกทางการเมืองในการที่จะทำให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีความเข้มแข็ง แต่เป็นเรื่องที่น่าเสียดายที่ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ผ่านความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะซึ่งจะได้นำเสนอในหัวข้อถัดไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

ในส่วนของข้อเสนอแนะ ผู้วิจัยแบ่งออกเป็น 3 ส่วนหลักคือ 6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ 6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการและกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ และ 6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างคุณค่าของประชาธิปไตยโดยพลเมือง

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

การใช้และการตีความ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ในระบบกฎหมายไทย ควรมีแนวทางในการตีความ ดังนี้

(1) การตีความคำว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มีขอบเขตสาระสำคัญเพียงใด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และจากบริบททางการเมืองการปกครองของประเทศไทยแล้วนั้น “หลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” ของไทย อย่างน้อยประกอบด้วยหลักการดังต่อไปนี้

1) หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

2) หลักการประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

4) หลัดการคุ้มครองเสียงข้างน้อย

5) หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

6) หลักนิติรัฐ นิติธรรม

ดังนั้น เมื่อหลักการดังกล่าวมีคุณค่าและมีสารัตถะเป็นหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อหลักการดังกล่าวจึงไม่อาจกระทำได้ และอยู่ในขอบเขตของมาตรา 255 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) ที่บัญญัติไว้ว่า *“การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐจะกระทำมิได้”* ด้วย

(2) ในกรณีที่มีการรัฐประหารและยกเลิกรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยสภาพไม่สามารถปกป้องรัฐธรรมนูญเอาไว้ได้ แต่เมื่อใดก็ตามที่มีองค์กรในการตีความหรือวินิจฉัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ การตีความสิ่งที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” เพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตีความว่า รัฐธรรมนูญ” ย่อมหมายความรวมถึง (1) หลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง (2) จารีตประเพณีของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และ (3) หลักกฎหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่าแม้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่มีอยู่แต่สิ่งที่กล่าวมาทั้งสามประการนี้ก็ยังคงดำรงอยู่

(3) ภายหลังจากการรัฐประหารแล้ว เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรแล้ว กรณีที่มีประเด็นว่าประกาศคณะรัฐประหารขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรจะรับรองว่าการกระทำของคณะรัฐประหารชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถตรวจสอบประกาศดังกล่าวได้ โดยการ

ตีความกฎหมายนิรโทษกรรมมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การยกเว้นความผิดและความรับผิด ส่วนการรับรองว่าบรรดาการกระทำทั้งหลายชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นเพื่อเป็นหลักประกันของการยกเว้นความผิดและความรับผิดนั่นเอง ในส่วนของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายจึงมิใช่เรื่องที่เกี่ยวเนื่องเกี่ยวโยงกับความผิดและความรับผิด แต่เป็นประเด็นของการมีผลในปัจจุบันและอนาคตของกฎหมาย กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถเข้ามาพิจารณาตรวจสอบประกาศคณะรัฐประหารกับรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันได้

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการและกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการและกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ตามกฎหมายไทยนั้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

(1) เพื่อแก้วิกฤตปัญหาทางการเมืองที่เป็นเหตุสำคัญทำให้รัฐธรรมนูญต้องสิ้นสุดการใช้บังคับ ผู้วิจัย เห็นควรกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในกรณีที่เกิดวิกฤตทางการเมืองในกรณีที่มีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเปิดโอกาสให้ฝ่ายต่าง ๆ โดยเฉพาะฝ่ายข้างน้อยสามารถยื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่ทั้งนี้ต้องพัฒนาให้มีหลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

(2) เพื่อทำให้มาตรการในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยมีผลในทางปฏิบัติ และทำให้รัฐธรรมนูญมีมาตรการและกลไกที่สมบูรณ์ในการถ่วงดุลกับระบบเสียงข้างมากอีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย จึงจำเป็นที่จะต้องสร้างมาตรการและกลไกให้ฝ่ายข้างน้อย หรือส่วนหนึ่งขององค์กรกลุ่มดังกล่าวมีสิทธิที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ เพื่อให้ฝ่ายข้างน้อยใช้กลไกของศาลรัฐธรรมนูญเข้าตรวจสอบฝ่ายข้างมากได้ตามแนวทางของรัฐธรรมนูญเยอรมนี

(3) มาตรการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้โดยเฉพาะมาตรการยุบพรรคการเมือง ควรได้รับการบัญญัติเอาไว้โดยตรงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนและเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญอย่างเพียงพอ ที่จะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกระทำการที่อาจเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของพรรคการเมืองทั้งหลายได้ นอกจากนี้การ

กำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เอาไว้โดยตรงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ยังเป็นการปิดช่องทางที่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภาเพื่อกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองที่กว้างออกไปกว่าความมุ่งหมายของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ซึ่งท้ายที่สุดการใช้อำนาจของรัฐสภาในลักษณะดังกล่าวอาจมีผลเป็นการทำลายระบบพรรคการเมืองลงทั้งระบบก็เป็นได้

(4) ในการกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น ควรกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองให้มีลักษณะแคบและสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้อย่างแท้จริง ซึ่งหมายถึง การกำหนดเหตุในการยุบพรรคการเมืองเพื่อต่อต้านพรรคการเมืองที่มีความมุ่งหมายในการทำลายระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง หรือมีความมุ่งหมายในการนำระบอบการปกครองรูปแบบอื่นมาใช้แทนระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้ โทษยุบพรรคการเมืองตามกฎหมายนั้นไม่ควรนำมาใช้กับการกระทำของพรรคการเมืองที่เพียงแต่กระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งเท่านั้น เพราะในกรณีเช่นว่านั้น โทษที่มีความเหมาะสม คือ โทษที่ลงกับบุคคลหรือสมาชิกของพรรคการเมืองที่กระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งเป็นราย ๆ ไป การไม่นำเหตุการณ์กระทำผิดกฎหมายเลือกตั้งมาเป็นเหตุผลโดยตรงในการยุบพรรคการเมืองนั้น ย่อมเป็นการรักษาไว้ซึ่งเอกสิทธิ์และความเป็นอิสระของพรรคการเมืองในการที่จะเข้าร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองร่วมกับประชาชน และจะทำให้ไม่เป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้แรงกดดันทางการเมือง หรือกลไกการต่อสู้ทางการเมืองเข้ามามีอิทธิพลต่อการดำรงอยู่หรือการล่มสลายลงของพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง

(5) บทบัญญัติมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น ควรกำหนดกรอบให้มีความชัดเจนว่า การกระทำใดที่ถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการล้มล้างการปกครอง ทั้งนี้เพื่อเป็นการจำกัดดุลพินิจของผู้ใช้และตีความรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น ควรกำหนดให้มีความชัดเจนว่าบุคคลใดหรือองค์กรใดบ้างที่เป็นผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาในเรื่องดังกล่าวด้วย วัตถุประสงค์ในการกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิดังกล่าวให้มีความชัดเจนนั้น เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดความพยายามในการใช้กลไกทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวในการยับยั้งการดำเนินการตามปกติของรัฐสภา โดยเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะหากองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามมาตรา 49 นี้อย่างกว้างขวางแล้ว อาจมีผลที่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการของรัฐสภาและของฝ่ายทางการเมืองทั้งหลายได้ด้วย การกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจให้มีความชัดเจนจึงน่าที่จะช่วยแก้ปัญหาดังกล่าวได้

(6) เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งมีการจัดตั้งหน่วยงานพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองขึ้นทำหน้าที่ในการสืบหาข้อมูลทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กลไกดังกล่าวแม้จะมีประโยชน์ แต่ก็มีโทษไม่น้อย กล่าวคือ การใช้กลไกดังกล่าวอาจมีผลโดยตรงเป็นการกระทบต่ออิสระในการดำเนินการของพรรคการเมืองได้ และยังยากที่จะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบริบททางการเมืองและทางกฎหมายในประเทศไทย ที่หลักนิติรัฐยังไม่ได้รับการสถาปนาขึ้นอย่างมั่นคงแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ยังไม่เป็นการสมควรที่จะนำกลไกดังกล่าวนั้นมาใช้ในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ มีความเห็นต่อไปว่า องค์กรหลักที่จะต้องทำหน้าที่ตามหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้นั้น ยังควรที่จะเป็นศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างคุณค่าของประชาธิปไตยโดยพลเมือง

เมื่อพิจารณาสภาพสังคมการเมืองของประเทศตะวันตกที่มีความมั่นคงทางประชาธิปไตย พบว่า นอกเหนือจากการออกแบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กำหนดกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้รัฐบาลแล้ว ประเทศเหล่านั้นได้ใช้วิธีการเสริมสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมือง (Civic Culture) ผ่านกระบวนการจัดการศึกษาที่เรียกว่า “การศึกษาเพื่อสร้างความเป็นพลเมือง” (Civic Education) กล่าวคือ วิธีการสร้างความเป็นพลเมืองให้เข้มแข็งทั้งโดยการศึกษาในระบบโรงเรียนและการศึกษานอกระบบ

การศึกษาในระบบเป็นกระบวนการที่ส่งเสริมความรู้ ความเข้าใจและการปลูกฝังบ่มเพาะวัฒนธรรมทางการเมืองแบบประชาธิปไตยที่มีประสิทธิภาพสูงสุด ทั้งนี้ เพราะกระบวนการศึกษาในระบบสามารถเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตย ทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติ กล่าวคือในทางทฤษฎี การศึกษาในระบบสามารถสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับปรัชญาหรืออุดมการณ์ของประชาธิปไตย

หลักการของระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนวิถีชีวิตและวัฒนธรรมทางการเมืองแบบประชาธิปไตยได้อย่างถูกต้องและชัดเจน ในขณะเดียวกันการศึกษาในระบบยังเปิดโอกาสให้ผู้เรียนมีโอกาสฝึกปฏิบัติวิถีประชาธิปไตยผ่านกิจกรรมการเรียนรู้และกิจกรรมพัฒนาผู้เรียนต่าง ๆ เช่น ชมรมยุวชนนักประชาธิปไตย ชมรมโต้วาที หรือแม้แต่การจัดการเลือกตั้งประธานนักเรียนและคณะกรรมการนักเรียน ทั้งนี้ เพื่อหล่อหลอมให้ผู้เรียนได้ซึมซับคุณค่าของประชาธิปไตย ซึ่งจะพัฒนาไปสู่ความเชื่อมั่นและถือปฏิบัติอย่างเป็นแบบแผน จนกลายเป็นผู้มีวัฒนธรรมทางการเมืองแบบประชาธิปไตยหรือวัฒนธรรมทางการเมืองแบบพลเมืองอย่างมั่นคง

สำหรับสังคมที่ประชาชนส่วนใหญ่มีการศึกษาไม่มากนัก กระบวนการศึกษาในระบบไม่มีสมรรถนะในการอบรมหล่อหลอมให้ประชาชนมีความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง ทั้งนี้เพราะประชาชนที่มีโอกาสศึกษาอยู่ในโรงเรียนมีจำนวนน้อย หรืออาจมีโอกาสศึกษาเฉพาะในระดับต่ำ เช่น ระดับประถมศึกษา ทำให้ประชาชนที่อยู่นอกระบบการศึกษาขาดโอกาสที่จะเรียนรู้และทำความเข้าใจเกี่ยวกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย วิถีชีวิตจึงตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของความเชื่อดั้งเดิมที่ปลูกฝังถ่ายทอดสืบต่อกันมาเป็นเวลานาน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นวัฒนธรรมแบบอำนาจนิยม คือการยอมรับอำนาจของผู้ปกครองโดยไม่โต้แย้ง และถือว่าวิธีการดำรงชีวิตของตนเป็นผลมาจากกรรมเก่าแต่ชาติปางก่อน โดยยอมรับว่าประชาชนมีฐานะต้อยต่ำในทางสังคม มีหน้าที่จะต้องเคารพผู้ปกครอง ภายใต้วิถีแห่งวัฒนธรรมดังกล่าวทำให้ประชาชนไม่เข้าใจถึงคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย ถึงแม้จะมีโอกาสได้รับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ก็มักจะตกเป็นเหยื่อของนักการเมืองผู้แสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน ส่งผลให้การพัฒนาประชาธิปไตยเต็มไปด้วยอุปสรรค

ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขเพื่อเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมทางการเมืองของประชาชนแบบอำนาจนิยมไปเป็นประชาธิปไตย และวัฒนธรรมทางการเมืองแบบไพร่ฟ้าไปเป็นแบบพลเมือง จึงต้องมุ่งเน้นที่การเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจให้ประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่นอกระบบการศึกษาศรัทธา เชื่อมั่นและยึดถือเป็นแนวปฏิบัติแทนความเชื่อดั้งเดิม ซึ่งสามารถทำได้โดยการจัดโครงการรณรงค์เพื่อเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจต่อคุณค่าของประชาธิปไตย ทั้งการเข้าถึงประชาชนโดยตรงและผ่านสื่อต่าง ๆ ได้แก่ สื่อวิทยุ โทรทัศน์ สิ่งพิมพ์และอินเตอร์เน็ต แต่การดำเนินการดังกล่าวต้องกระทำอย่าง

ต่อเนื่องไม่ขาดตอน เพื่อให้มั่นใจว่าประชาชนนอกระบบการศึกษาจะได้รับความรู้ความเข้าใจ และตระหนักในคุณค่าของประชาธิปไตยอย่างแท้จริง เพื่อการดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องอาศัยทั้งแนวทางของรัฐธรรมนูญนิยมในการสร้างมาตรการและกลไกในการวางโครงสร้างพื้นทางการปกครองที่สอดคล้องกับสภาพสังคมวิทยาของไทย แต่ในขณะเดียวกันสังคมไทยจำเป็นจะต้องพัฒนาให้มีการศึกษาเพื่อความเป็นพลเมือง (civic education) อย่างจริงจัง เพื่อเป็นส่วนช่วยในการประคับประคองความมั่นคงและเข้มแข็งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยไทย อาจกระทำได้โดยการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาศัยอำนาจในทางบริหารในการดำเนินการดังกล่าว

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ.** สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

เกียรติชัย พงษ์พาณิชย์, **ปฏิวัติ 2475,** สำนักพิมพ์แสงดาว, กรุงเทพฯ 2560

คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ. **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550).** กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.

ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. **การเมืองไทยหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และสมัยของคณะรัฐประหาร (2490-2500).** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2544.

ชาดา นนทวัฒน์, **กบฏแผ่นดิน แย่งชิงอำนาจ 11 กบฏ 1 ปฏิวัติ 12 รัฐประหาร ในวังวนเก้าอี้** ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (มกราคม) 2561

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, **สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 กันยายน, 2559.

ธงชัย วินิจจะกุล, **โฉมหน้าราชาชาตินิยม : ว่าด้วยประวัติศาสตร์ไทย,** พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, พ.ศ. 2559

ธงทอง จันทรางศุ, **ต่างดอกไม้เงินทองฉลองพระคุณ**, รวมบทความ บทสนทนาและอภิปรายทางวิชาการเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ 2542

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, **ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475,** พิมพ์ครั้งที่ 3, นนทบุรี, ฟ้าเดียวกัน 2560

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **ถกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540).** กรุงเทพฯ: สุขุมและบุตร, 2540.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560.

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,** กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558. **ผู้นำชาติ,** สำนักพิมพ์ยิปซี, กรุงเทพ 2552,

ไพโรจน์ ชัยนาม, **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ,** โครงการตำรา ชุดตำรา ลำดับที่ 5, คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สารศึกษาการพิมพ์, กรุงเทพ 2524

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. **เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพ: วิญญูชน, 2542.

รัชนิกุล อุตรศาสตร์, **ปัญหาทางกฎหมายในการยุบพรรคการเมืองในประเทศไทย,** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน : วิเคราะห์เปรียบเทียบการฟ้องคดี โดยประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย.** กรุงเทพ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

วิมลพรรณ ปีตธวัชชัย, **เอกกษัตริย์ใต้รัฐธรรมนูญ,** เล่ม 3, โรงพิมพ์กรุงเทพ, พิมพ์ครั้งที่ 2,

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. **ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546.

อมร จันทรสมบูรณ์, **ปฏิรูปการณ์เมืองไทย : หลงทางหรือไร้จุดหมาย,** รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพฯ 2557

อานนท์ มาเม้า. **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

เอนก เหล่าธรรมทัศน์, **ราชาธิปไตย ว่าด้วยพระมหากษัตริย์ สถาบันพระมหากษัตริย์และสังคม-การเมืองไทย,** มูลนิธิสถาบันสร้างสรรค์ปัญญา, โรงพิมพ์วัชรินทร์ พี.พี., นนทบุรี, 2561

บทความ

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่าง คาร์ล ชมิตต์ และ ฮันส์ เคลเซ่น, **วารสารนิติศาสตร์** มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2556)

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ, **วารสารนิติศาสตร์** มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 43 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2557)

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, **วารสารนิติศาสตร์** มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2559)

บทบรรณาธิการ, ประวัติศาสตร์ที่เพิ่งสร้างของ “ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”. **ฟ้าเดียวกัน** ปีที่ 17 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2562

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำบรรยาย เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ. **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2542) : 30-47.

บัญชร ชวาลศิลป์, 2475 : **เส้นทางคนแพ้**, สำนักพิมพ์แสงดาว, กรุงเทพฯ 2562

ปฐมพงษ์ พิพัฒนธนากิจ. **การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันนำไปสู่คดีขอให้ยุบพรรคการเมืองในตุรกี**. ค้นวันที่ 25 มีนาคม 2562 จาก http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1750

ปิยบุตร แสงกนกกุล. ศาลไทยกับรัฐประหาร (1). คอลัมน์ นิติศาสตร์เพื่อราษฎร ใน **มติชนสุดสัปดาห์** ฉบับวันที่ 4-10 มีนาคม 2559.

ภูริ ฟูวงศ์เจริญ, หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการภิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย, **วารสารนิติศาสตร์** มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 43 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2557)

ร่มปรางค์ สวมประคำ, “ศึกษาวิเคราะห์การสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) มาตรา 68,” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 17, 49 (มกราคม-เมษายน 2558).

อนุช อาภาภิรมย์. **วิกฤติประชาธิปไตย : ตุรกีกับการรัฐประหาร 2016 (ที่เลี่ยงได้ยาก).** ค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2562 จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_125998

อนุช อาภาภิรมย์. **วิกฤติศตวรรษที่ 21 : ระบบประธานาธิบดีและหนทางประชาธิปไตยของตุรกี,.** ค้นวันที่ 2 มิถุนายน 2562 จาก https://www.matichonweekly.com/column/article_127838

อริน. "คอลัมน์ พายเรือในอ่าง" ใน **โลกวันนี้ ฉบับวันสุข** วันที่ 19-25 กันยายน 2552.

งานวิจัยและวิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **ศาลรัฐธรรมนูญ.** รายงานการวิจัยประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... ในโครงการวิจัยเรื่องการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

เกรียงไกร รอบรู้. **ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550).** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ. **เจตนารมณ์หลักของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตาราง** สรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ เพื่อลงมติ) เล่ม 1, 2558.

ฉัตรบงกช ศรีวัฒนสาร และชมพูนุท ตั้งถาวร. "การสร้างความปรองดองแห่งชาติ: กรณีศึกษาชิลี." ในสถาบันพระปกเกล้า. รายงานการวิจัย การสร้างความปรองดองแห่งชาติหน้า (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2555.

ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์. **เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต, หลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง (ตอนจบ), http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1484, สืบค้น 20 มีนาคม 2562

ถวิลวดี บุรีกุล และคณะ. **สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป เอกสารประกอบการสัมมนาการเผยแพร่ ความรู้ความเข้าใจและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อร่างรัฐธรรมนูญ.** ม.ป.ท., 2558.

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การยุบพรรคการเมืองโดยองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ,** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. **รายงานการวิจัย "สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ.** เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. **รายงานการวิจัย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญโดยตุลาการ.** เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. "การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550) หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทย." ใน **ทุกก้าวย่างอย่างครูกฎหมาย รวมบทความที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย.** กรุงเทพ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

สมชาย ปรีชาศิลปกุล, **รายงานวิจัย ข้อถกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550,** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2558

สมชาย ปรีชาศิลปกุล, อภิรัฐธรรมนูญ, **ปาฐกถาปรีดี พนมยงค์ ประจำปี พ.ศ. 2550 "ครบรอบ 75 ปี การอภิวัฒน์ไทย 24 มิถุนายน 2475",** สถาบันปรีดี พนมยงค์, กรุงเทพฯ 2550

สมชาย ปรีชาศิลปกุล. **ปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการปฏิวัติ.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

ภาษาต่างประเทศ

หนังสือ

André Tremblay, Droit constitutionnel: Principes, Montréal, Les éditions Thémis, 2000, 2e éd., 507 p.

Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver (Hrsg.): **Verfassungsprozessrecht**, 3. Aufl. 2012.

Benoît Pelletier, « Pour une Chambre des provinces », La Presse, 15 juin 2013.

Benoît Pelletier, La modification constitutionnelle au Canada, Scarborough, Carswell, 1996, 519 p.

Bleckmann, Albert, **Staatsrecht I-Staatsorganisationsrecht,** Carl Heymanns Verlag KG 1993.

Böckenförde, Christoph: **Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz,** in: JZ 1970, S. 168-172.

Canada, Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada, Ottawa, Gouvernement du Canada, mars 1981, 62 p.

Canada, Modification de la Constitution du Canada, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, 134 p.

Cour suprême du Canada, *Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, 29 juillet 1987;* paragr. 90. https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/234/index.do

David Johansen, « Le droit à la propriété et la Constitution », Gouvernement du Canada, octobre 1999

Dreier, Horst (Hrsg,): **Kommentar zum Grundgesetz,** Bd. I: 3. Aufl. 2013; Bd. II: 3. Aufl. 2015.

Dreier, Horst, in: Dreier, Horst (Hrsg.), **Grundrecht-Kommentar,** Art. 1 I Rn. 53-54

Eduardo Aldunate Lizana. "Chapter 4 Chile." in The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies. Markus Theil. Ed. New York: Routledge, 2009.

Epping Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg): **Grundgesetz-Kommentar,** 2 Aufl. 2013.

Epping, Volker: **Grundrechte**, 2 Aufl. 2004.

Francisco Zúñiga Urbina, **PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DEMOCRACIA. DE VUELTAS A LA "DEMOCRACIA MILITANTE"** [online] Retrieved March 25, 2019 from https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200002

Gérald-A. Beaudoin et Pierre Thibault, La constitution du Canada : Institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 3e éd., p.305.

Goebbels, Joseph: **Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit.** Munich: Zentralverlag der NSDAP., 1935.

Groupe de travail sur les différents processus de modification de la Constitution, Les processus de modification de la Constitution: étude comparative, Ottawa, Association du Barreau canadien, août 1992, 136 p.

Guy Tremblay, « La Cour suprême de l'amendement constitutionnel », Cahiers de droit, vol. 31, 1980, p.31.

Haratsch, in: Helge Sodan, Grundgesetz, Beck´**scher Kompack-Kommentar,** 1. Aufl., München 2009, Art. 79 Rn. 18

Henke, Wilhelm, **Verteidigung der Demokratie durch Parteiverbot oder Parteiquarantäne,** JZ 28 (1973), 293, 293

Henkel, Michael/Lembcke, Oliver, **Wie sinnvoll ist ein Verbot der NPD? Zum Zusammenhang von streitbarer Demokratie und politischer Kultur,** Kritische Justiz, Vol. 34, No. 1 (2001), 14, 14.

Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, Droit constitutionnel, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2008, 5e éd., 1548 p.

Herzog, Art. 20 GG, in Maunz - **Duerig, Grundgesetz Kommentar,** Band II (Art. 14 - 37), Muenchen 1997

İsmail Aksel, **Turkish Judicial System - Bodies, duty and officials** (Ankara : The Ministry of Justice of Turkey, 2013), p.31.

James Ross Hurley, La modification de la constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, 319 p.

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo (Hrsg.): **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar,** 12. Aufl. 2012.

John Locke. **TWO TREATISES OF GOVERNMENT**. in: Peter Laslett (ed.). Cambridge Univ. Press, 1988.

John Rawls. **A Theory of Justice.** Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

Judgment of 9.1.1998; **AMKD (Journal of Decisions of the Constitutional Court)** Vol.34, No.1, pp.236-243.

Karl Mannheim. **Diagnosis of Our Time.** London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co, 1943.

Karpen, Ulrich: "Ziviler Ungehorsam" im **demokratischen Rechtsstaat,** in: JZ 1984, S. 250-262.

Kelsen, Hans. **Wer soll Hueter der Verfassung ?**, Die Justiz, Band 6 (1930/31)

Kelsen, Hans: **Demokratie und Sozialismus.** Ausgewählte Aufsätze, 1967

Kelsen, Hans: **Vom Wesen und Wert der Demokratie,** 2. Aufl. 1929.

Kelsen, Verteidigung der Demokratie (1932), in: **Jestaedt, Matthias/ Lepsius, Oliver, Verteidigung der Demokratie,** Abhandlungen der Demokratietheorie, Tübingen 2006, S. 237

Krüper, Julian/Kühr, Hana: Der Lebenszyklus politischer Parteien - Eine" evolutionäre" **Einführung in das Parteienrecht** - Tei 6/6, in: ZJS 6/2014, S. 609-620.

Kunig, in: **von Münch/Kunig,** Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., München 2001, Art. 21 Rn. 11 ff.

Lameyer, Johannes, **Streitbare Demokratie contra Terrorismus?,** ZRP 11 (1978), 49, 49

Leisner, in: Helge Sodan, **Grundgesetz - Beck´scher Kompakt-Kommentar,** 1. Aufl., München 2009, Art. 21 Rn. 34

Loewenstein, Karl, Militant **Democracy and Fundamental Rights,** The American Political Science Review 31 (1937), 417, 423, 430 ff

Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique (version française non officielle rédigée en application de l'article 55 de la Loi constitutionnelle de 1982)

Lois constitutionnelles de 1867 à 1982

Manfred G. Schmidt, **Demokratietheorie**, 4.Auf., VS Verlag 2008.

Markus Thiel (ed.). **The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies.** Surrey: Ashgate, 2009.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter u.a. (Hrsg.): **Grundgesetz. Kommentar,** 7 Bände, 1962 ff. (Stand: 72. Ergänzungslieferung Juli 2014).

Maurer Hartmut, Staatsrecht I, 2. Aufl., Muenchen 2001.

Michaelis, Lars Oliver, Aufgaben, **Befugnisse und Kontrolle der Ämter für Verfassungsschutz im streitbaren Parteienstaat,** KritV 85, No. 2 (2002), 188, 192; Papier, Hans-Jürgen, AöR 128 (2003), 340, 345.

Möller, Horst, **Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie,** München 2008, S. 31

Morlok, Martin/Michael, Lothar: **Staatsorganisationsrecht,** 2012.

Morlok, Martin: **Das Parteiverbot,** in: Jura 2013, S. 317-325.

Murswiek, Dietrich: **Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskern,** in: JZ 2010, S. 702-708.

Nicole Duplé, Droit constitutionnel : principes fondamentaux, Wilson & Lafleur, 2011, 5e éd., 772 p.

Papier, Hans-Jürgen, **Streibare Demokratie,** AöR 128 (2003), 340, 341

Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang: **Streitbare Demokratie,** AöR 128(2003), S.340-371.

Pestalozza, Christian: **Verfassungsprozeßrecht,** 3 Aufl. 1991.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: **Grundrechte Staatsrecht II,** 29. Aufl. 2013.

Radbruch, Gustav: **Gesamtausgabe**, Bd. 12, 1992.

Radbruch, Gustav: **Rechtsphilosophie**, 3. Aufl. 1992.

Sachs, Michael (Hrsg.): **Grundgesetz Kommentar**, 6. Aufl. 2011

Schmahl, Stefanie: **Rechtsstaat und Widerstandsrecht,** in: JöR55(2007), S.99-122.

Schmidt-Bleibtreu/Klein Franz, **Kommentar zum Grundgesetz**, 9. Aufl., Neuwied/Krifte 1999, Art. 21 Rn.

Schmitt, Carl: **Legalität und Legitimität**, 1932.

Schmitt, Carl: **Verfassungslehre**, 1928.

Schmitt-Glaeser, Walter: Grundrechtsverwirkung, in: in: Merten, Detlef/ Papier, **Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,** Bd. 3, 2009, § 74.

Schöber, Burkhard/Knauff, **Matthias: Allgemeine Staatslehre,** 2. Aufl. 2013.

Starck, Christain. Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: **Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa,** Teilband I, Baden-Baden, 1986

Stern, Klaus/Becker, Florian (Hrsg.): **Grundrechte-Kommentar**, 2010.

Stern, Klaus/Sachs, Michael: **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd**. III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994.

Stiehr, Friderike: **Das Parteiverbotsverfahren,** in: JuS 2015, S. 994-997.

Stöbener, Patricia Sarah/Wendel, Mattias: **Übungsfall: Streit um den Vertrag von Lissabon,** in: ZJS 1/2010, S. 73-85.

Sujit Choudhry (ed.). **The Migration of Constitutional Ideas.** Cambridge University Press, 2006.

Svetlana Tyulkina. **Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond.** New York: Routledge, 2015.

The Constitutional Court of the Republic of Turkey, **2017 Constitutional Amendment** [online] Retrieved July 31, 2019 from https://www.anayasa.gov.tr/en/court/short-history/.s

The Constitutional Court of the Republic of Turkey, **2017 Constitutional Amendment** [online] Retrieved July 31, 2019 from https://www.anayasa.gov.tr/en/court/short-history/

Thomas Hobbes. **LEVIATHAN**. in: Richard E. Flathman and David Johnston (eds.). W.W.Norton & Co., 1997.

Umbach, Dieter/Clemens, Thomas (Hrsg.): **Grundgesetz**, Bd. I, 2002.

Umbach, Dieter/Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.): **Bundesverfassungsgerichts-gesetz,** 2 Aufl. 2005.

von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich /Starck, Christian (Hrsg.): **Kommentar zum Grundgesetz,** Bd. I: 6 Aufl. 2010.

Waldemar Besson2Gotthard Jasper, **Das Leitbild der modernen Demokratie,** Schriftenreihe Band 30, Bundeszentrale fuer politische Bildung, Bonn 1990

Zippelius Reinhold, **Allgemeine Staatslehre**, 12.

บทความ

Gyan Basnet, “A Critical Approach to the Study of Constitutional Migration,” **Cambridge Student Law Review** (2008), pp.40-53.-

Günter Frankenberg, “Constitutional transfer: The IKEA theory revisited,” **I.CON** 8 (2010), pp.563-579.

Herzog, Art. 20 GG, **in Maunz - Duerig, Grundgesetz Kommentar,** Band II (Art. 14 - 37), Muenchen 1997, Art. 20.

Horacio Spector, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect, “**Chicago-Kent Law Review** 83 (2008), pp.129-145.

Jan-Werner Müller. “Militant Democracy,” in **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

Karl Loewenstein, “Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe I,” **The American Political Science Review** 29, 1935

Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I,” **The American Political Science Review** 31, 1937

Lee Epstein and Jack Knight, “Constitutional borrowing and nonborrowing,” **I.CON** 1 (2003), pp.196-223.

Paul Cliteur and Bastiaan Rijpkema, “The Foundations of Militant Democracy,” in **The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror.** eds. Afshin Ellian and Gelijn Molier. KR Dordrecht: Republic of Letters, 2012.

Pierre Legrand, “The Impossibility of Legal Transplant,” **Maastricht Journal of European and Comparative Law** 4 (1997), pp.111-124.

Robert Goodwin, “Designing Constitutions: The Political Constitution of a Mixed Commonwealth,” in: Richard Bellamy and Dario Castiglione (eds.). **Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives.** 1996.

Tom Ginsburg, Daniel Lansberg-Rodriguez and Mila Versteeg, “When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World’s Constitutions,” **UCLA L. Rev.** 60 2013.

Vlad Perju, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations,” in **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Michel Rosenfeld and András Sajó (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

Wiktor Osiatynski, “Paradoxes of constitutional borrowing,” **I.CON** 1 (2003), pp.244-268.

Zippelius Reinhold, **Allgemeine Staatslehre,** 12. Auf., Muenchen 1994.

Judgment of 9.1.1998; AMKD **(Journal of Decisions of the Constitutional Court)** Vol.34, No.1, pp.236-243

Application nr: 25803/04; 25817/04, **judgment** of 03 June 2009

Di Fabio, Udo, **Grundrechte als Wertordnung,** JZ 59 (2004), 1, 2.

ภาคผนวก 1
สรุปผลการสัมมนารับฟังความคิดเห็นร่างรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์

ผู้วิจัยได้จัดสัมมนารับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา และเพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยได้เชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิกาคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือเอกชน นักวิชาการอิสระ เข้าร่วมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย โดยได้จัดสัมมนาขึ้นในวันพุธที่ 21 สิงหาคม 2562 เวลา 09.00-13.00 น. ณ ห้อง VENUS ชั้น 3 โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น ถนนกำแพงเพชร 6 เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร

โดยมีกำหนดการสัมมนาดังนี้

09.00 - 09.30 น.	ลงทะเบียน
09.30 - 10.15 น.	นำเสนอผลการศึกษาโครงการศึกษาวิจัย โดยคณะผู้วิจัย ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ (หัวหน้าโครงการวิจัย) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ อาจารย์ ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์
10.15 - 10.30 น.	รับประทานอาหารว่าง
10.15 - 11.00 น.	วิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย โดย ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และ ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ
11.00 - 12.00 น.	รับฟังข้อเสนอแนะจากผู้เข้าร่วมสัมมนา
12.00 - 13.00 น.	รับประทานอาหารกลางวัน

1) รายชื่อผู้เข้าร่วมสัมมนารับฟังความคิดเห็น

1. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ	หัวหน้าโครงการวิจัย
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร	ผู้วิจัย
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุงพงศ์	ผู้วิจัย
4. อาจารย์ ดร.ฌานิทธิ์ สันตะพันธุ์	ผู้วิจัย
5. ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒ	ผู้วิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย
6. ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ	ผู้วิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย
7. นายเชาวนะ ไตรมาศ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
8. นายอดิเทพ อุยยะพัฒน์	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
9. นางสาวกนกวรรรณ ชมะโชติ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
10. นายรงค์รัชต์ จันทร์สุวรรณ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
11. นางสาววิจิตราภรณ์ โพธิ์ชัย	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
12. นางสาวพัชราภรณ์ ทองปานดี	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
13. ดร.อนันต์ คงเครือพันธุ์	สำนักงานศาลปกครอง
14. นายชวิศ เหล่าปิยะสกุล	สำนักงานศาลปกครอง
15. นางสาวนิตา บุณยรัตน์	สำนักงานศาลปกครอง
16. นางภัทริตา สุคุณณี	สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
17. นางสาววัลทนา จำปาทอง	สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
18. นางสาวศิริวรรณ มนอัตระผดุง	สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา
19. นายอลนกรณ์ คำด้วง	สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา
20. นายจารุพัฒน์ คุ้มรุ่งเรือง	สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี
21. นางสาวแสงนภา กออุดม	สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ
22. นายภูมิธิป ปฏิสนธิ	สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ
23. นางบุณยวีร์ สอนสุภาพ	สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง
24. นางสาวเกจกานต์ สุวรรณมณี	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน
25. นางสาวกันตา เศวตวงศ์	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน
26. นางสาวลีลานาฏ พิมพ์พัฒน์	สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

27. นายธันวา ชัยประเสริฐ	สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน
28. นายนิพนธ์ ทองสุกดี	สำนักปลัดกรุงเทพมหานคร
29. นายศึกษา ศรียาภัย	กรุงเทพมหานคร
30. นายวรัญชัย โชคชนะ	กรุงเทพมหานคร
31. ดร.ณัฐภา จันทกุล	กรุงเทพมหานคร
32. ว่าที่เรือโทเชาวลิต จันมณี	เทศบาลนครระยอง
33. นายณัฐศักย์ ดีศรี	กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น
34. นางสาวสายสุวรรณ เกตุดำ	กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น
35. นายกิตติธัช พรพุทธพงศ์	กรมการปกครอง
36. อาจารย์ ดร.สุนิสา อิทธิชัยโช	มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์
37. อาจารย์กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว	มหาวิทยาลัยเกริก
38. นายประสงค์ เลิศรัตนวิสุทธิ์	สถาบันอิศรา
39. รองศาสตราจารย์ สุรสวดี หุ่นพยนต์	มูลนิธิองค์กรกลางเพื่อประชาธิปไตย
40. นายศรีลัย ท่าคล่อง	พรรคชาติพัฒนา
41. นายณัฐวุฒิ อวพระ	พรรคการเมือง

2) สรุปข้อเสนอแนะ

จากการสัมมนารับฟังความคิดเห็น ผู้วิจัยได้สรุปผลการวิพากษ์ผลงาน ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ :

รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งเป็นแนวความคิดที่นำมาสู่งานวิจัยนี้ รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ เป็นรัฐธรรมนูญที่อาภัพ แต่อย่างไรก็ตาม ฝรั่งเศสได้นำแนวความคิดจากรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์มาใช้จนประสบความสำเร็จในหลาย ๆ เรื่อง ดังนั้น ความล้มเหลวของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ไม่ได้อยู่ที่ตัวรัฐธรรมนูญเป็นหลัก แต่อยู่ที่ผู้ใช้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญ ผู้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นส่วนสำคัญว่าจะเข้าใจเนื้อหาในรัฐธรรมนูญมากน้อยแค่ไหน ซึ่งมีประเด็นที่งานวิจัยนี้ได้กล่าวถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ แต่แท้ที่จริงแล้วอาจจะไม่ได้มีการแก้ไขเลย แต่เป็นการอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นเอง

ว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 76 ทำให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญค่อนข้างยาก เนื่องจากต้องมีองค์ประชุม 2 ใน 3 ซึ่งมากกว่าปกติ และมติของการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้อง 2 ใน 3 เช่นเดียวกัน แต่ปัญหาไม่ได้เกิดจากมาตรานี้โดยตรง แต่เกิดจากการตีความของนักกฎหมายว่าในกฎหมายทั่วไปที่ผ่านสภาด้วยมติ 2 ใน 3 ถูกพิจารณารวมว่าสามารถแก้รัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติได้ โดยไม่ต้องไปแก้รัฐธรรมนูญ นี่คือแนวปฏิบัติของนักกฎหมาย ที่ทำให้รัฐธรรมนูญถูกลดความสำคัญลง โดยความเชื่อว่า เสียงข้างมากเหมือนกัน แต่ในความเป็นจริงนั้นไม่เหมือนกัน ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น

ส่วนในรายละเอียดของงานวิจัยมีความเห็นว่า

1. ขอให้ตรวจสอบและแก้ไขการสะกดคำ

2. หน้า 273 เรื่องคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีการระบุเลขคำวินิจฉัย ทั้ง 12 หรือ 52 ซึ่งจะปรากฏสลับไปมาในสารบัญ เนื้อหา และหน้าสุดท้าย

3. ในแง่ของรูปแบบ มีประเด็นในเรื่องของการอ้างอิง ในเชิงอรรถที่ 379 ที่อ้างถึงบันทึกการประชุมกรรมาธิการ ควรจะอ้างบันทึกก่อน

4. การอ้างแนวความคิดของจอห์น ล้อก ก็ได้ไปอ้าง Secondary Source ควรอ้างจากงานเขียนของจอห์น ล็อกโดยตรง ซึ่งเมื่อไปอ่านจะพบว่า แนวความคิดของจอห์น ล้อก มีความเป็นระบบ ขั้นตอน และตรรกะ มีความสำคัญกับการปกครองของไทยมาก และมีประโยชน์ต่อประเทศชาติ ดังนั้น การอ้างอิงควรอ้าง Primary Source

5. ประเด็น คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496 ในหน้า 257 เมื่อดูฎีกาฉบับนี้ ไม่ควรอย่างยิ่งที่จะมองข้ามหมายเหตุท้ายฎีกา ซึ่งเขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งขณะนั้นอยู่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้น ในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมาย แต่เมื่อใดผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ ก็เป็นรัฏฐาธิปัตย์ มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ซึ่งในส่วนนี้ประชาชนเองก็มีส่วนที่จะทำให้การปฏิวัตินั้นสำเร็จหรือล้มเหลว ซึ่งหากว่าประชาชนไม่ได้สนใจ ก็อาจจะส่งผลให้เกิดการกระทำในลักษณะดังกล่าวบ่อยครั้ง ฉะนั้น รัฏฐาธิปัตย์จึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ตามใจชอบ ศาลรับรองผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งทำได้สำเร็จและผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจอย่างแท้จริงในรัฐอย่างแน่นอน ซึ่งมีแง่มุมที่สามารถนำมาสู่การวิเคราะห์ในประเด็นเหล่านี้ได้

6. ประเด็นต่อไปคือ หัวข้อ 3.3.4 หน้า 312 ประเด็นเกี่ยวกับการเชื่อมโยงความคิดเรื่อง ข้อความคิดว่าด้วยการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กับรัฐธรรมนูญกับหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ควรแสดงให้เห็นความเชื่อมโยงระหว่างแนวความคิดทั้งสอง ซึ่งเหมือนว่าจะเน้นไปในส่วนของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ซึ่งเป็นเรื่องวิวัฒนาการเกี่ยวกับหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง คณะราษฎรจะปฏิบัติต่อสถาบันอีกแบบหนึ่ง แต่เกิดความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญสมัย จอมพล ป. และจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ก็จะนำมาสู่การปฏิบัติอีกแบบหนึ่ง และที่เห็นชัดที่สุดคือช่วง รสช. ที่รับพระบรมราชโองการแต่งตั้งเป็นประธาน รสช. ซึ่งสะท้อนว่าทหารในตอนนั้นไม่ได้มีความเป็นปึกแผ่น ซึ่งจะต้องอิงสถาบันพระมหากษัตริย์ ก็อาจจะเป็นประเด็นที่นำมาสู่การวิเคราะห์ได้ด้วยเช่นเดียวกัน เป็นเรื่องที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการวิเคราะห์อยู่พอสมควร

7. ส่วนของบทสรุป หน้า 316 ที่เขียนว่า ประชาชนบางกลุ่มหรือคณะรัฐประหารเห็นว่า หากจะแก้ไขวิกฤตทางการเมืองและเปลี่ยนผู้บริหารประเทศใหม่ ก็ต้องยอมศูนย์เสียรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ ส่วนนี้เป็นหัวใจของงานวิจัยนี้ เพราะการปฏิวัติ รัฐประหารที่เกิดขึ้นแต่ละครั้งก็เพื่อเปลี่ยนผู้บริหารใหม่ แต่ทำไม่ได้จริง ตามกลไกที่มีอยู่ ในส่วนนี้น่าจะต้องเพิ่มประเด็นวิเคราะห์เกี่ยวกับวิธีการให้ง่ายขึ้น โดยไม่ต้องไปทำผิดกฎหมายหรือล้มล้างการปกครอง หรือช่องทางที่ทำให้ผู้บริหารประเทศออกจากตำแหน่งง่ายขึ้นเพราะผู้มีอำนาจของไทย มักจะมีความไม่ชอบมาพากล และไม่อยากออกจากตำแหน่งซึ่งแตกต่างไปจากประเทศญี่ปุ่น ที่มีการแสดงความผิดชอบด้วยการลาออก จะสร้างกลไกใดเพื่อให้เกิดวัฒนธรรมใหม่ ๆ ขึ้นมา สามารถมีความรับผิดชอบ และสามารถลาออกได้ง่ายกว่าที่เป็นอยู่

8. ในส่วนของข้อเสนอแนะ (1) แยกรัฐธรรมนูญเป็นหลายฉบับ ซึ่งไม่สื่อให้เห็นว่าประโยชน์ของรัฐธรรมนูญฉบับคืออะไร เพราะเมื่อถูกยกเลิกก็ต้องยกเลิกทั้งหมดเช่นเดียวกับที่เป็นมา ซึ่งก็มีตัวอย่างจาก ประเทศอิสราเอล ที่ได้มีการแบ่งรัฐธรรมนูญออกเป็นหลายฉบับแต่ก็ยังไม่ทราบแนวคิดและเหตุผลของการแบ่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น ทางผู้วิจัยจะต้องนำเสนอถึงประโยชน์ที่จะได้รับในส่วนนี้ด้วย (2) ก. ขอให้ทำให้เป็นรูปธรรมให้มากขึ้น หรือมีตัวอย่างประกอบ (2) ข. ซึ่งเป็นข้อเสนอแนะที่ศาลรัฐธรรมนูญทำอยู่แล้วอาจจะต้องดูในรายละเอียดเพิ่มเติมว่ามีอะไรแตกต่างไปจากที่ศาลรัฐธรรมนูญทำแล้ว

หรือไม่ นอกจากนั้นยังมีเรื่องของ Verfassungsschutz แนวคิดของเยอรมัน ข้อดีคือจะต้องมีการเก็บข้อมูลผู้ที่มีพฤติกรรมของผู้ที่มีปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เพราะคนที่มีประวัติส่งผลต่ออนาคตในการรับราชการ นอกจากนั้นในแง่ลบคือ เป็นประเด็นเรื่องความไม่ชัดเจน หรือเรื่องในการรับราชการลับ

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ :

มีข้อเสนอแนะต่องานวิจัยดังนี้

1. ในส่วนของหลักวิธีวิจัยทางกฎหมายจะมีรูปแบบนิติวิธีคิดทางกฎหมาย บทที่ 1 ถึงบทสุดท้ายจะต้องมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน บทที่ 1 ถ้าอ่านทั้งหมดจะเห็นภาพ ซึ่งเมื่ออ่านชื่อเรื่องที่บอกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญกับแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” อาจจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ปกป้องประชาธิปไตย

2. ส่วนของปัญหาการวิจัยในบทที่ 1 ซึ่งสมมติฐานอันเป็นคำตอบของงานวิจัยไม่ได้ปรากฏอยู่ในบทนำ ซึ่งการเขียนสมมติฐานเป็นการคาดคะเนคำตอบประมาณ 80% ว่าในที่สุดบทสรุปจะมีคำตอบไปในทิศทางใด ไม่คาดเคลื่อน ทั้งนี้กรอบแนวคิดงานวิจัยก็ควรจะอยู่ในบทที่ 1 ด้วย เป็นฐานการพิสูจน์ว่าทฤษฎีต่าง ๆ ที่ปรากฏในบทที่ 2 จะนำไปสู่บทที่ 3 4 และ 5 จนถึงบทสรุปอย่างไร

3. ในบทที่ 3 หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ของรัฐต่างประเทศ มีน้ำหนักไปตกที่ประเทศเยอรมันมากที่สุด ละเอียด และเห็นภาพ ซึ่งผู้วิจัยจะต้องนำไปใช้ในบทวิเคราะห์ ซึ่งจะต้องนำไปเชื่อมโยงในบทที่ 5 และควรจะทำตารางเปรียบเทียบ หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองของ 5 ประเทศ จะทำให้ภาพชัดขึ้นและวิเคราะห์อีกครั้งว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร จากนั้นจึงจะนำไปสู่การเปรียบเทียบและวิเคราะห์ในส่วนของประเทศไทยต่อไป

4. ในบทที่ 4 เป็นเรื่องของประเทศไทย ซึ่งละเอียดมาก ตั้งแต่พัฒนาการก่อนปี 2540 และหลัง 2540 จนมาถึงปัจจุบันในปี 2560 บทที่ 4 ถือเป็นหัวใจของงานวิจัย

5. ในส่วนของคำที่ว่า “การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันทรงมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” หากเทียบกับเยอรมันแล้ว อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ซึ่งหมายถึงระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย ซึ่งคือสิ่งเดียวกันแต่อาจจะคนละความหมาย ซึ่งในเรื่องประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ก็จะต้องสอดคล้องระบอบการปกครองเสรี

ประชาธิปไตยของเยอรมัน และในส่วนของไทยแนวคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ก็จะต้องสอดคล้องกับระอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ผู้วิจัยควรพิจารณาความสำคัญของ “อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ของไทยว่าคืออะไร ซึ่งหากพิจารณาว่าไทยเกิดมากจากการผสมระหว่างระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และระบอบประชาธิปไตย ซึ่งสองระบบนี้เป็นระบอบที่แตกต่างกันและก็มีหลักที่ขัดแย้งกัน ซึ่งเราจะต้องทำให้ทั้งสองระบอบนี้อยู่ด้วยกันได้ จะต้องรักษาสถาบันพระมหากษัตริย์ และรักษาประชาธิปไตยไว้ด้วย ในการตีความหมายส่วนนี้จะต้องวิเคราะห์ส่วนนี้ด้วย เช่น การตีความคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในระบอบประชาธิปไตย และในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข มีความหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญจะตัดสินต้องตัดสินอย่างไร

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ ในกรณีที่ถ้าหากไม่ต้องแบ่งรัฐธรรมนูญ จะเป็นไปได้หรือไม่ที่จะนำการยุบพรรคการเมืองไปไว้ในรัฐธรรมนูญของไทย

ดร.เชาวนะ ไตรมาศ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

มีข้อเสนอแนะต่องานวิจัยดังนี้

1. อยากให้ผู้วิจัยเน้นการเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อนำไปใช้ประโยชน์ได้ง่าย (practical & simplify) จึงอยากให้ผู้วิจัยชี้

1.1 กลุ่มอาการ หรือภาวะอันไม่พึงประสงค์ที่จะเกิดขึ้นต่อระบอบประชาธิปไตยใน 2 มุม ทั้งมุมที่เป็นภัยคุกคามจากภายนอก และมุมภายในคือภาวะโรคซึ่งอาจเกิดจากภูมิคุ้มกันที่มีการทำลายตัวเองได้

1.2 อยากให้ช่วยชี้ว่าทั้งภาวะภัยกับภาวะโรคดังกล่าว มีการกระทำ (action) ใดบ้างที่เป็นเครื่องบ่งชี้หรือพฤติการณ์ที่เป็นรูปแบบ (pattern) ใดที่เราเห็นและจับต้องได้ที่เป็นรูปธรรม

1.3 ตัวกระทำ เป็นผู้ใดบ้าง

2. การกระทำที่กระทำที่ลงมาสู่ตัวประชาธิปไตยเป็นการกระทำในมิติ (dimension) ใดต่อ doctrine/ regime/ institution/ process/ structure/ function ในทางประชาธิปไตย การกระทำในระดับใดก่อให้เกิดปัญหาที่เป็นทั้งภัยทั้งโรคได้

3. การกระทำดังกล่าวในรัฐ ในระบบการเมืองนั้นมีผลต่อประชาธิปไตยในระดับใด มีความรุนแรงในระดับใด หากเปรียบเป็นการทำร้ายร่างกายถึงขั้นบาดเจ็บระดับสาหัสหรือไม่ หรือระดับถึงแก่ชีวิตหรือไม่ จึงจะดูได้ว่าภัยที่จะเกิดจะมีระดับความรุนแรงระดับใด การปกป้องจะได้มีมาตรการที่สอดคล้องกัน

4. หลักการที่ควรจะเป็นในการปกป้องประชาธิปไตย เช่น มาตรการทางการเมือง มาตรการทางกฎหมาย หรือมาตรการที่ผสมกัน ควรใช้หลักอะไร ตรงไหน อย่างไร และต้องชอบธรรม (legitimacy) ด้วย แม้ว่าจะมีความชอบด้วยกฎหมาย (legality) แล้วก็ตาม

5. การปกป้องนี้มุ่งไปที่เป้าหมายใดของประชาธิปไตย โดยไม่ให้เกิดปัญหาอื่นตามมา ซึ่งผู้วิจัยก็คงมีความกังวลเดียวกันว่า การกระทำการในการปกป้องแล้วต้องไม่เป็นการทำลายสิทธิเสรีภาพ ไม่ให้เกิด contrast ไม่ให้สิทธิเสียหาย ไม่ให้การมีส่วนร่วมต้องเสียหาย คือพิจารณาการขัดกันและพิจารณาการแลกกัน เช่น เพื่อรักษาชีวิตต้องยอมสละอวัยวะ ในทางปฏิบัติจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เช่น รักษา regime แต่ยอมเสีย function หรือยอมเสีย institution หรือยอมเสียโครงสร้าง เกิดขึ้นได้หรือไม่ เช่น คุณค่าพื้นฐานบางอย่างเป็นสิ่งสำคัญในระบอบแต่ว่าคุณค่านั้นอาจจะถูกจำกัดได้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการที่สำคัญกว่าของประชาธิปไตย

6. อยากให้ช่วยชี้แนะการสร้างดุลยภาพ ระหว่างการป้องกันกับการไม่ป้องกัน ควรใช้ treatment แบบไหนที่เป็นผลบวก มากกว่าผลลบ เหมือนการรักษาทางยากับการสร้างสุขภาพให้แข็งแรง บางครั้งการขัดกันต้องแลกกัน แล้วดุลยภาพที่เหมาะที่ควรจะเป็นอย่างไร

ภาคผนวกที่ 2 ตารางเปรียบเทียบกลไกของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ในแต่ละประเทศ

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
1. กลไกในระดับรัฐธรรมนูญ	**รัฐธรรมนูญ 2560** หัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญได้แก่ *"หลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข"*	**กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law; Grundgesetz)** หัวใจสำคัญของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ ได้แก่ *"ระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย"* มีความหมายว่าเป็น *"หลักการพื้นฐานที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ"* ซึ่งหลักการพื้นฐานที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามความหมายในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนี้ได้แก่ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระของศาล หลักการมีหลายพรรคการเมือง และหลักความการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อย เป็นต้น	**รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐแคนาดา 1982** มาตรา 52 (1) โดยได้กล่าวถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติใดจะขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้	**รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐชิลี ค.ศ. 1980 แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดถึง ค.ศ. 2005** ได้รับรองหลักการอันเป็นหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญได้แก่ มาตรา 1 รับรองว่าทุกคนเกิดมาเสรี และเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ครอบครัวเป็นหน่วยพื้นฐานของสังคม และมาตรา 4 รับรองรูปแบบการปกครองว่าเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย มาตรา 5 รับรองว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ซึ่งประชาชนแสดงออกโดยผ่านการลงประชามติและการเลือกตั้ง การใช้อำนาจอธิปไตยเป็นการจำกัดสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ องค์กรของรัฐจึงต้องเคารพและเชิดชูสิทธิซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ หรือสนธิสัญญาที่ให้สัตยาบันแล้ว	**รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982** มาตรา 2 หลักการที่รับรองไว้ได้แก่หลักประชาธิปไตย ความเป็นรัฐฆราวาส ความเป็นรัฐสังคม ปกครองโดยยึดหลักนิติธรรม ภายใต้แนวคิดความสงบสุขสาธารณะ ความเป็นปึกแผ่นของชาติและความยุติธรรม การเคารพต่อสิทธิมนุษยชนภักดีต่อลัทธิชาตินิยมของอาตาเติร์ก และตั้งอยู่บนพื้นฐานความเชื่อพื้นฐานในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 กล่าวถึง หลักความเป็นรัฐเดี่ยวที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้	**มาตรา 5 (รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1995)** "ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องดูแลให้มีการเคารพในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจะต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลการดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐให้เป็นไปโดยปกติและให้มีความต่อเนื่องของรัฐ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกันความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนและการเคารพต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ"

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
การกำหนดหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่ห้ามแก้ไขโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	**มาตรา 255** "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้"	**มาตรา 79 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน** "การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐที่เป็นแบบสหพันธรัฐ หรือกระทบการมีส่วนร่วมของมลรัฐทั้งหลายในใช้อำนาจในการตรากฎหมายหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 ถึง 20 นั้นไม่อาจกระทำได้"	รูปแบบการแก้ไขทั้ง 5 ระบบ ได้แก่ (1) รูปแบบทั่วไป (2) รูปแบบฉันทามติ (3) รูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี (4)รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลกลางและ (5) รูปแบบการแก้ไขเพิ่มเติมฝ่ายเดียวของรัฐบาลท้องถิ่น โดยแต่ละการแก้ไขเพิ่มเติมจะกำหนดรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ต่างกัน	**รัฐธรรมนูญของชีลี** มาตรา 93 (3) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการ "วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งอาจเกิดขึ้นในกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกส่งมาโดยคำอนุมัติของรัฐสภา"	**รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1982** บัญญัติขอบเขตในเชิงเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 4 บทบัญญัติในมาตรา 1 เกี่ยวกับความเป็นสาธารณรัฐคุณลักษณะของสาธารณรัฐในบทบัญญัติมาตรา 2 และบทบัญญัติมาตรา 3 ไม่สามารถเสนอให้มีการแก้ไขได้	
การยึดหรือการทำให้เสียสิทธิขั้นพื้นฐาน	**มาตรา 18 กฎหมายพื้นฐานบัญญัติว่า** "ผู้ใดใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของสื่อสารมวลชนตามมาตรา 5 วรรค 1 เสรีภาพในการสอนตามมาตรา 5 วรรค 3 เสรีภาพในการชุมนุมตามมาตรา 8 เสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 9 สิทธิในการรักษาความลับของจดหมาย	**รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ-แคนาดา 1982** ได้บัญญัติกลไกแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ในภาคที่ 1 (มาตรา 1 - 15) กำหนดให้กฎบัตรว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา (La Charte canadienne des droits et libertés) เป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และจะถูกจำกัดได้แต่เฉพาะกฎหมาย				

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
	หรือสิ่งสื่อสารทางไกล ตามมาตรา 10 กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 หรือสิทธิในการลี้ภัยตามมาตรา 16a ไปในลักษณะที่ขัดขวางหรือต่อสู้กับระเบียบพื้นฐานการปกครองใน ระบอบเสรีประชาธิปไตย ผู้นั้นต้องถูกยึดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือเสียไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น การประกาศยึดหรือเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงขอบเขตของการเพิกถอนให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดในแต่ละกรณี”	ภายในขอบเขตที่สมเหตุสมผลและแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในสังคมเสรีและประชาธิปไตย				
การยุบพรรคการเมือง	**มาตรา 92 พรป.พรรคการเมือง พ.ศ. 2562** เมื่อคณะกรรมการมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าพรรคการเมืองใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ให้ยื่นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสั่งยุบพรรคการเมืองนั้น	**มาตรา 21 วรรค 1 กฎหมายพื้นฐาน** “พรรคการเมืองทั้งหลายมีส่วนร่วมในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชน การก่อตั้งพรรคการเมืองย่อมทำได้โดยเสรี ระเบียบภายในของพรรคการเมือง		**รัฐธรรมนูญของชีลี** เคยบัญญัติถึงการยุบพรรคการเมืองที่ดำเนินการในทางที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีหรือความมั่นคงของรัฐโดยให้บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ	**รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี มาตรา 69** บัญญัติว่าข้อบังคับพรรคการเมืองและการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในกฎหมาย มีการห้าม	**มาตรา L.212-1 รัฐบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงภายในรัฐ** กำหนดถึงพฤติการณ์และมูลเหตุที่อาจทำให้สมาคม กลุ่มทางการเมืองหรือพรรคการเมืองที่กระทำการเช่นว่านั้นต้องถูกยุบเลิกไป รวมถึงได้กำหนดถึง

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
	(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (2) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (...)	จะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานการปกครองในระบอบประชาธิปไตย พรรคการเมืองมีหน้าที่รายงานเกี่ยวกับที่มาของงบประมาณของพรรคและการใช้เงินงบประมาณของพรรค รวมถึงทรัพย์สินของพรรคให้สาธารณะได้ทราบ พรรคการเมืองที่เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของพรรคหรือจากพฤติกรรมของสมาชิกพรรคการเมืองนั้น เป็นพรรคการเมืองที่มุ่งหมายในการทำลายหลักการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย หรือเป็นอันตรายต่อสถานภาพของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ถือเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรค		มาตรา 42(7)ของรัฐบัญญัติฉบับที่ 18.603 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง ได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15) แต่ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1989 ได้ตัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองออกไปแล้ว	พรรคการเมืองประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ **มาตรา 69 วรรคสี่** บัญญัติถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง เมื่อมีการยื่นคำร้องของอัยการสูงสุด ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองที่มีข้อบังคับและการดำเนินการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสี่ ได้แก่ (1) ความเป็นอิสระของรัฐ (2) บูรณภาพที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของอาณาเขตและชาติ (3) สิทธิมนุษยชน (4) หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม (5) อำนาจอธิปไตยของชาติ (6) หลักของความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส	องค์กรผู้มีอำนาจในการยุบเลิกสมาคมหรือพรรคการเมือง มีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการการกระทำที่เป็นการข่มขู่หรือคุกคามทุกรูปแบบที่อาจเกิดขึ้นนี้ดินแดนของประเทศฝรั่งเศส บัญญัติว่า“สมาคมหรือกลุ่มบุคคลจะถูกยุบเลิกโดยตราเป็นรัฐกฤษฎีกา 1) ที่มีการกระตุ้นให้เกิดการชุมนุมติดอาวุธบนถนน 2) หรือที่แสดงออกโดยมีลักษณะของกลุ่มต่อสู้หรือกองกำลังทหารอาสาสมัคร 3) หรือมีจุดมุ่งหมายที่จะทำลายบูรณภาพแห่งดินแดนหรือการละเมิดต่อรัฐบาล 4) หรือกิจกรรมที่มีแนวโน้มที่จะต่อต้านมาตรการทางนิติบัญญัติของสาธารณรัฐ 5) หรือมีจุดมุ่งหมายเพื่อรวบรวมบุคคลโดยร่วมมือ

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
		การเมืองที่มีลักษณะดังกล่าวให้เป็นอำนาจในการชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ รายละเอียดของการยุบพรรคการเมืองให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมายระดับสหพันธ์”		ว่าด้วยพรรคการเมือง ได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 19 (15) แต่ต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1989 ได้ตัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองออกไปแล้ว		กับศัตรู หรือเพื่อยกระดับความร่วมมือนี้ 6) หรือที่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือความรุนแรงต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบนพื้นฐานกลุ่มชาติพันธุ์ ชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนา โดยเผยแพร่ความคิดหรือสนับสนุนการเลือกปฏิบัติ ความเกลียดชัง หรือความรุนแรงดังกล่าว 7) หรือผู้ที่มีส่วนร่วมในดินแดนฝรั่งเศสหรือจากดินแดนนี้ เพื่อดำเนินการเพื่อกระตุ้นการกระทำของการก่อการร้ายในฝรั่งเศสหรือในต่างประเทศ”

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
การห้ามรวมกลุ่มที่มีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ	**มาตรา 49 รัฐธรรมนูญ 2560** *"บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้ผู้ใดทราบว่ามีการกระทำตามวรรคหนึ่งย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการตามวรรคหนึ่ง"*	**มาตรา 9 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐาน** *บัญญัติว่า "การรวมกลุ่มที่มีวัตถุประสงค์หรือมีการกระทำของกลุ่มที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญา หรือมีลักษณะเป็นการขัดต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อข้อความคิดว่าด้วยการสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างประชาชนย่อมเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ"*		**มาตรา 19 (15) วรรคหก วรรคเจ็ดและวรรคแปดของรัฐธรรมนูญ** "รัฐธรรมนูญให้หลักประกันต่อความหลากหลายทางการเมือง พรรคการเมือง ขบวนการหรือการรวมกลุ่มทางการเมืองในรูปแบบใด ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือพฤติกรรมไม่เคารพหลักการพื้นฐานของประชาธิปไตยหรือระบอบรัฐธรรมนูญ ส่งเสริมการจัดตั้งระบบเผด็จการ ตลอดจนใช้สนับสนุนหรือปลุกระดมให้เคลื่อนไหวทางการเมืองด้วยความรุนแรงย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นโดยปราศจากอคติต่อโทษประการอื่นซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย		**มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ 1958)** พรรคการเมืองและกลุ่มการเมืองมีส่วนร่วมในการใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้ง สามารถจัดตั้งและดำเนินกิจกรรมของตนได้โดยอิสระแต่ต้องเคารพต่อหลักอำนาจอธิปไตยของชาติและหลักประชาธิปไตย

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
				บุคคลใดก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมในเหตุการณ์อันนำไปสู่การความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในวรรคก่อน ไม่อาจเข้าร่วมในการจัดตั้งพรรคการเมืองอื่นหรือเคลื่อนไหวในรูปแบบอื่น ๆ ในองค์กรทางการเมืองและไม่อาจดำรงตำแหน่งซึ่งได้รับการเลือกตั้ง ตลอดจนไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 57 (1) ถึง (6) เป็นระยะเวลา 5 ปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหากบุคคลดังกล่าวดำรงตำแหน่งอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้พ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย ผู้ถูกลงโทษโดย		

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
				อาศัยอำนาจตาบทบัญญัตินี้ไม่อาจกลับเข้ารับตำแหน่งเดิมได้ตลอดระยะเวลาที่ถูกลงโทษในวรรคก่อน ระยะเวลาที่ถูกตัดสิทธิดังกล่าวจะถูกเพิ่มเป็นสองเท่าหากมีการกระทำความผิดซ้ำ”		
สิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ		**มาตรา 20 (4) กฎหมายพื้นฐาน** “ประชาชนชาวเยอรมันทุกคนย่อมมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลทั้งหลายที่กระทำการกระทบต่อระเบียบพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ไม่มีหนทางอื่นใดที่จะช่วยเหลือได้”				**มาตรา 68** ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องรับผิดชอบต่อการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีการทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจะถูกกล่าวหาว่ากระทำการดังกล่าวได้ก็แต่โดยมติของสภาทั้งสองที่ได้ออกเสียงลงคะแนนเช่นเดียวกันอย่างเปิดเผยและโดยเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดของจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่มีอยู่ของแต่ละสภา ในกรณีดังกล่าวให้ศาลอาญาชั้นสูงเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ”

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
การกำหนดหน้าที่ในการภักดีต่อรัฐธรรมนูญในการใช้สิทธิขั้นพื้นฐาน	**มาตรา 31 รัฐธรรมนูญ 2560** "บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน"	**มาตรา 5 วรรค 3 กฎหมายพื้นฐาน** "ศิลปะและวิชาการ การวิจัยและการสอนย่อมเป็นอิสระ เสรีภาพในการสอนย่อมไม่หลุดพ้นต่อหน้าที่ในการให้ความภักดีต่อรัฐธรรมนูญ"	มีกลไกคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญและเป็นสารัตถะของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้		**มาตรา 148 วรรคสาม** ปัจเจกบุคคลซึ่งถูกอำนาจรัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในขอบเขตของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เมื่อได้ใช้กลไกเยียวยาทางกฎหมายอื่น ๆ ครบถ้วนแล้ว	มีกลไกคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญและเป็นสารัตถะของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
สิทธิในการป้องกันภยันตรายที่จะเกิดกับรัฐ	**มาตรา 52 รัฐธรรมนูญ 2560** “รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราชอธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยเกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเพื่อประโยชน์แห่งการนี้รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูตและการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย”	**มาตรา 91 กฎหมายพื้นฐาน** “เพื่อป้องกันอันตรายที่มีมาเป็นการข่มขู่ต่อสถานภาพของรัฐหรือต่อระเบียบพื้นฐานการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งอาจร้องขอกำลังตำรวจไปยังมลรัฐอื่น ๆ หรือร้องขอกำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจากหน่วยงานทางปกครองอื่น ๆ ทั้งหลายหรือจากหน่วยงานทางด้านการคุ้มครองชายแดนให้เข้ามาช่วยเหลือต่อต้านเหตุการณ์ดังกล่าว ในกรณีที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งที่ได้รับอันตรายที่มีมาในลักษณะข่มขู่ และมลรัฐนั้นไม่อาจต่อสู้หรือไม่อยู่ในภาวะที่พร้อมที่จะต่อสู้ป้องกันตนเองรัฐบาล				

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
		สหพันธ์อาจมีคำสั่งให้กำลังตำรวจในมลรัฐนั้นหรือกำลังตำรวจในมลรัฐอื่น ๆ รวมถึงเจ้าหน้าที่ด้านการรักษาแนวชายแดนให้เข้าช่วยเหลือต่อต้านเหตุดังกล่าวได้ ในกรณีที่ภยันตรายเช่นว่านั้นผ่านพ้นไปแล้ว วุฒิสภาอาจมีมติขอให้ยกเลิกคำสั่งข้างต้นของรัฐบาลสหพันธ์ได้ ในกรณีที่อันตรายเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในพื้นที่ของหลายมลรัฐพร้อม ๆ กัน รัฐบาลสหพันธ์อาจออกคำสั่งในกรณีที่จำเป็นให้รัฐบาลมลรัฐทั้งหลายดำเนินการเพื่อป้องกันอันตรายที่กล่าวข้างต้นนั้นได้”				

กลไก	ไทย	เยอรมัน	แคนาดา	ชิลี	ตุรกี	ฝรั่งเศส
2. กลไกระดับ พระราชบัญญัติ	พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560	รัฐบัญญัติว่าด้วยการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ				มาตรา L.212-1 รัฐบัญญัติว่าด้วยความมั่นคงภายในรัฐ
3. กลไกในประมวลกฎหมายอาญา	บทบัญญัติเรื่องการกระทำอันเป็นกบฏในประมวลกฎหมายอาญาไทย (มาตรา 113 - 118 - หมวด 2 ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร	บทบัญญัติเรื่องการกระทำที่เป็นกบฏ ตามประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตรา 80-90				

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ 120 ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ : 0-2141-7777 โทรสาร : 0-2143-9522

www.constitutionalcourt.or.th