

การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมาย รัฐธรรมนูญไทย The Collision of Values in Thai Constitutional Law

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์[†]

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Torpong Kittiyapunong

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 19 มิถุนายน 2562; วันที่แก้ไขบทความ 15 สิงหาคม 2562; วันที่ตอบรับบทความ 16 สิงหาคม 2562

บทคัดย่อ

ตามปรัชญาว่าด้วยคุณค่า (Philosophy of Values) ซึ่งได้รับการพัฒนาขึ้นมาเป็นเวลานานในสังคมตะวันตกนั้น คุณค่าที่ปรากฏตัวขึ้นในสังคมการเมืองจะได้เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับความจริง ทศนคติพื้นฐาน หรือจารีตประเพณีและวัฒนธรรมที่ผู้คนยึดถือร่วมกันเท่านั้น แต่คุณค่าต่าง ๆ เหล่านี้ยังทำหน้าที่ในการกำกับการใช้และการตีความกฎหมายของศาลด้วย อย่างไรก็ตาม คุณค่าทั้งหลายที่ได้รับการยอมรับโดยประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมการเมืองนั้นอาจมีลักษณะที่ขัดแย้งกันเองหรือแข่งขันกันเองได้ด้วย และในการชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายนั้น อาจมีความจำเป็นที่ศาลจะต้องทำการชี้ขาดคุณค่าหรือตัดสินคุณค่าเป็นเบื้องต้นเสียก่อน ทฤษฎีว่าด้วยคุณค่านั้นถูกนำมาใช้ร่วมกับการอธิบายหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย ทั้งนี้คุณค่าพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในสังคมการเมืองประชาธิปไตยนั้นได้แก่ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและ

[†] นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) ธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต Universität Konstanz ประเทศเยอรมนี, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต Friedrich-Schiller-Universität Jena ประเทศเยอรมนี



ความเสมอภาคของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมการเมืองนั้น ๆ อย่างไรก็ตามแม้รัฐหรือสังคมการเมืองใด จะได้ตัดสินใจเลือกรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วก็ตาม แต่ในสังคมนั้น ๆ อาจมีคุณค่าบางประการที่ปรากฏตัวหรือเกิดขึ้นก่อนหน้าที่จะมีการจัดตั้งระบอบประชาธิปไตยขึ้นก็เป็นได้ คุณค่าเช่นนี้อาจมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและทำให้เกิดการปะทะกันระหว่างคุณค่าขึ้น การปะทะกันนี้ส่งผลให้ระบอบประชาธิปไตยในรัฐนั้นไม่สามารถพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มที่ และอาจต้องล่มสลายลงในที่สุด

สังคมไทยนั้นเป็นตัวอย่างอันดีของสังคมที่มีการปะทะกันอย่างรุนแรงระหว่างคุณค่าทั้งหลายแต่ในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น การปะทะกันแห่งคุณค่าซึ่งเป็นปัญหาที่มีความสำคัญมากที่สุดได้แก่การปะทะกันระหว่าง “หลักการประชาธิปไตย” กับ “จารีตในสังคมการเมืองไทย” ทั้งนี้สังคมการเมืองไทยเป็นสังคมที่มีโครงสร้างที่ยึดถือลำดับชั้นของสถานะทางสังคมของบุคคลต่าง ๆ อย่างชัดเจน ทำให้หลักการประชาธิปไตย โดยเฉพาะหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักความเสมอภาคนั้นไม่สามารถพัฒนาตนเองได้อย่างแท้จริง ตัวอย่างการปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยที่มีความสำคัญมากที่สุดได้แก่ ความขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับการรักษาสถานะในทางรัฐธรรมนูญและในทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ในฐานะคุณค่าพื้นฐานของสังคมไทย การขัดแย้งกันในลักษณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำลายศาลไทยเป็นอย่างยิ่งว่า ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทในแง่คุณค่าดังกล่าวนี้ ศาลจะใช้และตีความกฎหมายไปในแนวทางเพื่อรักษาคุณค่าใดเป็นสำคัญ การตัดสินใจคุณค่าพื้นฐานดังกล่าวของศาลนี้เองที่เป็นเครื่องชี้ได้อย่างดีว่า สังคมไทยเป็นสังคมที่เป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริงหรือไม่

คำสำคัญ: คุณค่า การปะทะกันแห่งคุณค่า ประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญ

Abstract

According to the philosophy of values that had been developed in western countries since a long time ago, values in political society often do not relate to common morals, basic attitudes, customs and culture. However, such values play a role in application and interpretation by courts. At the same time, values accepted by various groups of people in political society may be contradictory to others or compete with others. Before deciding any legal issues, courts may need to determine the founding values. When explaining the basic principles in a democratic regime, the philosophy of values also plays a role. The most important basic principles in the democratic society are the protection of fundamental rights and the equality of people as a member of such community. However, even though any state or political society is under the democratic regime, there may be some values that have existed prior to the adherence to the democratic regime. These values may contradict or

conflict with any basic values of the democratic regime. This leads to a clash between values; as a consequence, the democratic regime in such state cannot be developed fully. This may result in a collapse of the democratic regime.

Thailand is a suitable example of a society where values clash intensely. In relation to constitutional law, the clash of values, as the most crucial problem, is the clash of “the democratic principles” and “customs in Thai political society”. The structure of Thai political society is apparently stuck with social stratification. As a result, the democratic principles, particularly the protection of fundamental rights and the equality principle cannot be flourished truly. The foremost instance of the clash of values in the Thai constitutional law is the clash between the freedom of expression and the protection of constitutional and political status of the king. The latter is recognised as the fundamental value in Thai society. From the aforesaid contradict, it is so challenging for the Thai courts on the way they will apply and interpret the law so as to uphold the value. At the same time, how the courts rule will be an indicator on whether Thailand is exactly a democratic society or not.

Keywords: values, the collision of values, democracy, constitution

1. บทนำ

“คุณค่าของระบอบประชาธิปไตย” และ “การปกป้องระบอบประชาธิปไตย” เป็นข้ออภิปรายที่เกิดขึ้นมาช้านานในสังคมตะวันตก¹ และเป็นปัญหาทางทฤษฎีประการสำคัญที่ได้รับการพัฒนาเรื่อยมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดว่าด้วย “คุณค่า” “ประชาธิปไตย” รวมถึง “สิทธิและเสรีภาพของประชาชน” นั้นเป็นข้อความคิดที่มีความเกี่ยวข้องกันอย่างแยกไม่ออก ทั้งนี้เพราะ “การยืนยันถึงคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งอาจมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับ “คุณค่าประการอื่น ๆ” ที่ปรากฏตัวอยู่แล้วในสังคมการเมือง ไม่ว่าจะเป็นเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการก่อตั้งระบอบประชาธิปไตยในรัฐนั้น ๆ ก็ตาม ย่อมส่งผลสำคัญต่อการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงการใช้การตีความกฎหมายในรัฐนั้น ๆ ด้วย และผลของการใช้การตีความกฎหมายที่ยึดโยงกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย หรือยึดโยงกับคุณค่าอื่น ๆ ที่ไม่ใช่แนวทางประชาธิปไตยนั้น ย่อมส่งผลถึงการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลในระดับที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้นการตอบคำถามให้ได้เป็นประการเบื้องต้นว่า อะไรคือ “คุณค่าพื้นฐาน” ที่สำคัญที่สุดในสังคมการเมืองหนึ่ง ๆ ย่อมส่งผลโดยตรงต่อการชี้ขาดว่า สังคมการเมืองนั้นเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ รวมถึงเป็นสังคมการเมืองที่มุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในรัฐด้วยหรือไม่ด้วย

อย่างไรก็ตาม การชี้ขาดว่าในสังคมการเมืองหนึ่ง ๆ นับถือคุณค่าใดเป็นคุณค่าสูงสุดนั้นกลับไม่ใช่เรื่องที่สามารถหาคำตอบได้ง่ายดายนัก ทั้งนี้เพราะในสังคมการเมืองต่าง ๆ นั้นจะมี “การปะทะกันระหว่างคุณค่าทั้งหลาย” ปรากฏตัวอยู่เสมอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในสังคมการเมืองนั้นจะมีสิ่งที่ประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ยึดถือเป็นคุณค่าสูงสุดแตกต่างกันออกไป การปะทะกันของคุณค่าพื้นฐานในสังคมการเมืองจึงเป็นเรื่องของความขัดแย้งระหว่าง “ผลประโยชน์” “ความเชื่อและความรู้สึกนึกคิด”

¹ ในวรรณกรรมภาษาต่างประเทศ มีการอภิปรายเรื่องปัญหาของระบอบประชาธิปไตยที่เชื่อมโยงอยู่กับ “คุณค่า” อยู่มากมาย ซึ่งสามารถเปิดมุมมองของผู้อ่านในเรื่องหลักการพื้นฐานและกลไก รวมถึงปัญหาของระบอบประชาธิปไตยได้อีกแง่มุมหนึ่ง ในที่นี้ผู้เขียนขอยกตัวอย่างงานภาษาเยอรมันของนักกฎหมาย 3 ท่านซึ่งมีชื่อเสียงไม่เฉพาะในประเทศเยอรมนีเท่านั้น หากแต่ยังได้รับความสนใจในระดับนานาชาติอีกด้วย งานของนักกฎหมายคนแรก คือบทความของ Hans Kelsen ที่มีชื่อว่า “สาระสำคัญและคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย” (Vom Wesen und Wert der Demokratie) ตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1920 และครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1929 และบทความที่มีชื่อว่า “การปกป้องระบอบประชาธิปไตย” (Verteidigung der Demokratie) ตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1932 งานทั้งสองชิ้นดังกล่าวมีเนื้อหาสำคัญเป็นเรื่องการยืนยันถึงคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยในสังคมการเมือง รวมถึงกลไกในการปกป้องคุ้มครองประชาธิปไตยจากการถูกทำลายโดยอุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ รวมถึงการกล่าวถึงบทบาทของประชาชนในการกำหนดทิศทางทางการเมืองภายในรัฐด้วย งานของนักกฎหมายคนที่สอง ได้แก่ บทความของ Carl Schmitt ที่มีชื่อว่า “ความเป็นทราชของคุณค่า” (Die Tyrannei der Werte) ซึ่งตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1960 ซึ่งในบทความดังกล่าว Carl Schmitt ได้ตั้งข้อสังเกตถึงพัฒนาการทางกฎหมายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ยอมรับ “ระบบแห่งคุณค่า” เข้ามาใช้ในการใช้การตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วย ซึ่งตัว Carl Schmitt เองเห็นว่าเป็นพัฒนาการที่น่ากังวล ส่วนนักเขียนคนสุดท้ายได้แก่ Robert Alexy ในงานที่มีชื่อว่า “ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Theorie der Grundrechte) ตีพิมพ์ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1994 โดยในงานเขียนชิ้นนี้มีอิทธิพลทางกฎหมายในเยอรมนีอย่างมากนับตั้งแต่นั้น Robert Alexy เห็นว่า เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็นอย่างมาก ที่จะต้องนำ “คุณค่า” หรือ “คุณค่าพื้นฐาน” ในสังคมมาประกอบการใช้การตีความกฎหมายโดยเฉพาะของศาลด้วย ดังนั้น “คุณค่า” จึงเป็นข้อความคิดสำคัญที่จะทำให้เป้าหมายของรัฐธรรมนูญถูกทำให้บรรลุผลได้อย่างแท้จริง

“ภูมิหลังทางวัฒนธรรมและประเพณีอันดีงาม” รวมถึง “ทัศนคติและมุมมองต่อโลกและสังคม” เป็นต้น ซึ่งความขัดแย้งเช่นว่านี้เองที่เป็นพื้นฐานที่ใช้ในการชี้ขาดว่า ผู้คนในรัฐนั้น ๆ ต้องการนำพารัฐไปในทิศทางหรืออุดมการณ์เช่นใด ในกรณีของประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุดที่ส่งผลโดยตรงต่อความล้มลุกคลุกคลานของประชาธิปไตยไทยนั้น มิได้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิวัติรัฐประหารแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่กลับเป็นเรื่อง “การปะทะกันระหว่างคุณค่าทั้งหลายในสังคมไทย” ในลักษณะที่ทำให้สังคมการเมืองไทยนั้นขาด “ธรรมาภิบาล” ที่ประชาชนภายในรัฐจะขับเคลื่อนสังคมการเมืองไปสู่ ปัญหาเช่นว่านี้เองที่เป็นอุปสรรคสำคัญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยของไทย และท้ายที่สุด การใช้การตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงการใช้การตีความกฎหมาย ในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ย่อมนำสังคมไปสู่ความขัดแย้งที่ไม่มีที่สิ้นสุด ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจะได้พยายามสะท้อนปัญหาของประชาธิปไตยไทยในลักษณะดังกล่าว ซึ่งเป็นประเด็นที่ยังไม่มีผู้กล่าวถึงมากนัก โดยเฉพาะในวรรณกรรมทางกฎหมายภาษาไทย ผู้เขียนหวังว่า บทความนี้จะประโยชน์ในการเปิดมิติในการพิจารณาปัญหาของประชาธิปไตยไทยในอีกแง่มุมหนึ่ง

2. คุณค่ากับการใช้การตีความกฎหมายและระบอบประชาธิปไตย

ในสังคมตะวันตกนั้น “คุณค่า” ที่ได้รับการยอมรับนับถือในสังคมมิได้มีมิติเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “ความดี” “ศีลธรรมอันดี” หรือ “จารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงาม” เท่านั้น หากแต่สิ่งที่สังคมยึดถือเป็นหลักการพื้นฐานร่วมกันนั้นกลับมีผลโดยตรงที่ใช้ในการกำหนดโครงสร้างทางการเมืองและพัฒนาการทางการเมืองของรัฐ รวมถึง ส่งผลโดยตรงต่อการใช้การตีความกฎหมายโดยเฉพาะของฝ่ายตุลาการด้วย บทบาททางการเมืองและทางกฎหมายของคุณค่าเช่นว่านั้นก่อให้เกิดทั้งคุณูปการที่ทำให้การขับเคลื่อนทางการเมืองและกฎหมายภายในรัฐมีทิศทางที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น แต่ก็ยังก่อให้เกิดการอภิปรายขึ้นด้วยในขณะเดียวกันว่า การนำแนวคิดในเรื่องคุณค่ามาผูกพันกับพัฒนาการทางการเมืองและกฎหมายของรัฐนั้น ทำให้หลักวิชาในเรื่องดังกล่าวเกิดความพร่าเลือนและทำให้เรื่องของอารมณ์ความรู้สึกของผู้คนในสังคมเข้ามาแทนที่ระบบการให้เหตุผลที่ยืนอยู่บนหลักการทางวิชาการ ดังนั้นในลำดับแรก เราควรที่จะได้ทำความรู้จักกับแนวคิดเรื่อง “คุณค่า” เป็นเบื้องต้นเสียก่อน เพื่อที่จะสามารถอภิปรายต่อไปได้ว่า คุณค่าเช่นว่านั้นจะสามารถสร้างคุณูปการหรือปัญหาดังกล่าวขึ้นมาได้จริงหรือไม่

2.1 ความหมายของ “คุณค่า” (Werte; values)

ในสังคมหนึ่ง ๆ อาจมีบรรทัดฐาน (Norm) อยู่หลายประเภทที่กำหนดพฤติกรรมหรือแนวทางในการดำเนินชีวิตของผู้คน โดยบรรทัดฐานที่มีความสำคัญมากที่สุดได้แก่ “บรรทัดฐานทางกฎหมาย” (Rechtsnorm) โดยบรรทัดฐานทางกฎหมายได้รับการพัฒนาขึ้นจาก “วิชาการว่าด้วยกฎเกณฑ์” (Normwissenschaft) ซึ่งเป็นเรื่องของการยอมรับถึงการดำรงอยู่ของสิ่งที่ควรต้องเป็น (Sollen;



ought) ซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยเจตจำนงของมนุษย์ และมีการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาจากที่สิ่งๆ ที่ควรต้องเป็น นั้นว่ามนุษย์ควรต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และกำหนดผลทางกฎหมาย สำหรับการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นนั้น กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายจึงมีลักษณะเป็น “เค้าโครงแห่งความหมายที่เป็นภาวะวิสัย” (Objektives Deutungsschema)² ที่ถูกกำหนดขึ้นให้ เชื่อมโยงไปยังข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตว่า เมื่อเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใด อย่างหนึ่งเกิดขึ้น จะมีความหมายว่าอย่างไร และจะมีผลทางกฎหมายเช่นไร³ อย่างไรก็ตาม บรรทัด ฐานทางกฎหมายนั้นอาจไม่ใช่บรรทัดฐานประการเดียวที่ใช้ในการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ เพราะ ผู้คนในสังคมอาจตกอยู่ภายใต้บรรทัดฐานในทางศีลธรรม วัฒนธรรมหรือจารีตประเพณี รวมถึงคุณค่า ทั้งหลายที่คนในสังคมยึดถือร่วมกันด้วย

“คุณค่า” (Wert; values) เริ่มถูกกล่าวถึงในเชิงปรัชญาอย่างจริงจังในศตวรรษ 19 โดยเฉพาะอย่างยิ่งปรัชญาว่าด้วยคุณค่าถูกทำให้เป็นที่รู้จักอย่างจริงจังผ่านงานเขียนของ Nietzsche⁴ นักปรัชญาชาวเยอรมัน โดยในงานเชิงปรัชญาดังกล่าวนั้น คุณค่าอาจถูกกล่าวถึงในแง่ของ “คุณค่าของ ชีวิต” “คุณค่าทางวัฒนธรรม” “คุณค่าที่เป็นนิรันดร์” รวมถึง “คุณค่าทางจิตวิญญาณ” เป็นต้น ซึ่งการกล่าวถึงคุณค่าในแง่มุมต่าง ๆ เหล่านี้เองที่ในท้ายที่สุดได้รับการพัฒนาขึ้นเป็นพรมแดน การศึกษาในเรื่อง “ปรัชญาว่าด้วยคุณค่า” (Wert-Philosophie; philosophy of value) ซึ่งมีอิทธิพล อย่างยิ่งในสังคมตะวันตก⁵ ส่วนในพรมแดนทางสังคมนั้นต้องถือว่า คุณค่าเป็นทัศนคติขั้นพื้นฐาน (Grundeinstellungen) ที่เกิดขึ้นจากความเชื่อในความถูกต้องและอารมณ์ความรู้สึกร่วมกันของ มนุษย์ที่อยู่ในสังคม โดยผลของการเกิดขึ้นของคุณค่าในสังคมใด ๆ นั้นย่อมทำให้มนุษย์มีเป้าหมาย หรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินชีวิต หรือใช้ในการกำหนดว่ามนุษย์ควรต้องกระทำการอันใดหรือต้องไม่ กระทำการอันใดในขณะที่มีชีวิตอยู่⁶ โดยสิ่งที่สังคมยึดถือร่วมกันอาจได้แก่ การให้คุณค่าต่อเสรีภาพ หรือภาวะที่เป็นอิสระของมนุษย์ การให้คุณค่าต่อความขยันขันแข็งของบุคคล การให้ความเคารพต่อ สถาบันครอบครัวและการสมรสในฐานะรูปแบบปกติในการดำรงชีวิต รวมถึงการให้ความเคารพต่อ สถาบันทางศาสนา ต่อความดีงาม หรือความยุติธรรม เป็นต้น⁷ ดังนั้น คุณค่าจึงมีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์” ที่ใช้ในการกำหนดพฤติกรรมของผู้คนในสังคม และมีลักษณะเป็น “ฉันทามติพื้นฐาน”

² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934., hrsg. v. Matthias Jestaedt, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), p.15.

³ Ralf Dreier, “Sein und Sollen: Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens,” *JZ*, Vol. 27, 329, p.331 (1972).

⁴ Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3th edition (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), p.38.

⁵ *Ibid*, p.38.

⁶ Udo Di Fabio, “Grundrechte als Werteordnung,” *JZ*, Vol. 59, 1, p.2 (2004).

⁷ โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.110. และ โปรดดูใน Dietmar v.d. Pfordten, Sein, Werten, Sollen, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 79, No. 1, 48, p.52 (1993).

⁸ Udo Di Fabio, *supra note* 6, p.4.

(Grundkonsens; basic consensus) ที่ใช้ในการดำรงชีวิตร่วมกันในสังคม⁹ กล่าวคือ เป็นสิ่งที่กำหนดว่ามนุษย์ในสังคมควรต้องทำอะไรและต้องห้ามไม่ทำอะไร ดังนั้นคุณค่าจึงมีลักษณะเชิงบังคับ (normative) ด้วย แม้ว่าสภาพบังคับของคุณค่าจะไม่ได้มีลักษณะเช่นเดียวกับบรรทัดฐานทางกฎหมายทั้งหลาย (Rechtsnormen) ก็ตาม ในประการสุดท้าย เป็นที่น่าสังเกตว่า คุณค่าที่ได้รับการยอมรับโดยบุคคลต่าง ๆ ในสังคมนั้น อาจมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกันหรือขัดแย้งกันเองได้ และในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ในลักษณะดังกล่าว จะต้องมีการชี้ขาดเป็นเบื้องต้นว่า ในบรรดาคุณค่าทั้งหลายที่ขัดแย้งหรือมาปะทะกันนั้น คุณค่าใดควรที่จะได้รับการปกป้องหรือควรที่จะได้รับความเคารพมากกว่ากัน ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการชั่งน้ำหนัก (Abwägung; weighing) นั้นเอง และผลของการชั่งน้ำหนักว่าคุณค่าใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่ากันนั้น ก็จะทำให้คุณค่าที่มีน้ำหนักมากกว่านั้นมีลักษณะที่เข้าใกล้ต่อการเป็น “กฎเกณฑ์” (rule)¹⁰ มากกว่าคุณค่าอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น ในสังคมตะวันตกอาจมีการปะทะกันระหว่างสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งถือเป็นหลักการ (principle) หรือคุณค่า (value) อย่างหนึ่ง กับคุณค่าในทางศาสนาหรือสิ่งที่ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมยึดถือร่วมกันว่าเป็นคุณค่าที่สมควรได้รับการปกป้องหรือส่งเสริม¹¹ ในการแก้ปัญหาในเรื่องดังกล่าวจะไม่ได้มี

⁹ Ibid, p.3.

¹⁰ โปรดอ่านเพื่อทำความเข้าใจเรื่องความแตกต่างระหว่างบรรทัดฐานที่เป็นกฎเกณฑ์ (rule) และบรรทัดฐานที่เป็นหลักการ (principle) อีกครั้งใน ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.67 – 87.

¹¹ ตัวอย่างคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของประเทศเยอรมนีจะต้องวินิจฉัยและชั่งน้ำหนักคุณค่าที่มาปะทะกัน หรือการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนกับคุณค่าที่สังคมนับถือร่วมกันเป็นเบื้องต้นเพื่อประกอบการวินิจฉัยผลทางกฎหมายได้แก่ ในคดีไมกาสเซน (Kruzifix-Entscheidung) เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ซึ่งมีเนื้อหาของข้อพิพาทว่า การที่มาตรา 13 กฎหมายการศึกษาของมลรัฐบาเยิร์น (VSO) ได้กำหนดให้ในทุกห้องเรียนของโรงเรียนของรัฐในมลรัฐบาเยิร์นจะต้องมีการแขวนไมกาสเซนเอาไว้ นั่นขัดกับเสรีภาพในความเชื่อและเสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 4 ของกฎหมายพื้นฐาน (Art. 4 Abs. 1 GG) ทั้งนี้เพราะการกำหนดให้นักเรียนที่นับถือศาสนาต่าง ๆ ต้องนั่งเรียน “ภายใต้ไมกาสเซน” ย่อมเป็นการขัดกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาของนักเรียน ซึ่งเสรีภาพในประการดังกล่าวไม่ได้เพียงคุ้มครองให้บุคคลสามารถเลือกนับถือศาสนาที่ตนเองต้องการได้เท่านั้น แต่ยังคุ้มครองให้บุคคลสามารถดำรงชีวิตและกระทำการต่าง ๆ ตามความเชื่อของตนเองได้อีกด้วย ทั้งนี้ ไมกาสเซนเป็นสัญลักษณ์ที่แสดงออกถึงความเชื่อหรือความนับถือที่มีต่อศาสนาหนึ่ง และไมกาสเซนนั้นมิได้เป็นแต่เพียงการแสดงออกในเชิงสัญลักษณ์ทางวัฒนธรรมของประเทศตะวันตกเท่านั้น และดังนั้นการแขวนไมกาสเซนในห้องเรียนจึงเป็นการล่วงละเมิดต่อพรมแดนในทางศาสนาและความเชื่อของนักเรียนที่นับถือศาสนาอื่น ๆ ในโรงเรียนนั้น คำตัดสินของเสียงข้างมากของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในคดีนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งจากฝ่ายตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะ และจากสาธารณชนเป็นอย่างมาก ทั้งยังก่อให้เกิดกระแสต่อต้านศาลรัฐธรรมนูญอย่างไม่เคยมีมาก่อน โดยสาธารณชนต่างเห็นว่า คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีนี้มีผลเป็นการลดบทบาทของศาสนจักรหรือโบสถ์อันเป็นสัญลักษณ์ทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมของประเทศเยอรมนี ซึ่งถือเป็นการทำลายคุณค่าและมรดกของศาสนาคริสต์ที่ประชาชนยึดถือร่วมกันด้วย นอกจากนี้การแสดงออกของคริสต์ศาสนาผ่านทางสัญลักษณ์ดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับมาช้านานจากประชาชนไม่เพียงแต่ในมลรัฐบาเยิร์นเท่านั้น แต่เป็นเรื่องที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาช้านานในสังคมเยอรมัน ในท้ายที่สุดเป็นที่น่าสังเกตว่า กรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างอันดีที่แสดงให้เห็นถึง “การปะทะกันของคุณค่าในสังคมสองประการ” ซึ่งเรียกร้องให้ศาลตัดสินข้อพิพาทดังกล่าวโดยการใช้กฎหมายให้เชื่อมโยงกลับไปสู่คุณค่าในทางสังคมเหล่านั้นด้วย โดยในการตัดสินข้อพิพาทดังกล่าว ศาลจะต้องทำการชั่งน้ำหนัก (weighing) ด้วยว่า ในระหว่างคุณค่าที่มาปะทะกันนั้น คุณค่าใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่ากัน โปรดดู ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, *สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปีที่ 45, ฉบับที่ 3, 732, น.759 – 761 (2559), และ ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.112 - 113.



มิติเป็นเรื่องทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมีลักษณะเป็น “การปะทะกันระหว่างคุณค่าต่าง ๆ ในสังคม” ซึ่งผู้คนกลุ่มต่าง ๆ ยึดถือแตกต่างกันออกไปด้วยคุณค่าที่คนกลุ่มต่าง ๆ ยึดถือ นั่นจึงเกิดลักษณะที่แข่งขันซึ่งกันและกัน ดังนั้นความขัดแย้งในเชิงคุณค่าดังกล่าวจึงกลายมาเป็นการขัดแย้งเรื่องผลประโยชน์ของคนกลุ่มต่าง ๆ ด้วย¹² ดังนั้นการชี้ขาดผลของการปะทะกันของคุณค่าทั้งหลายดังกล่าวอาจจะทำให้ผู้ชี้ขาดถูกตั้งคำถามถึงความเป็นกลาง และผลของการชี้ขาดอาจกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกของผู้คนในสังคมเป็นจำนวนมากด้วย¹³ ดังนั้นผู้มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยเฉพาะศาล จะต้องทำหน้าที่ในการเชื่อมโยงการใช้และการตีความกฎหมายไปยังคุณค่าทั้งหลายเหล่านั้นด้วย¹⁴ ทั้งนี้ศาลพึงต้องระลึกเสมอว่า ศาลทำหน้าที่เป็นตัวแทนของสังคมในการ

เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเพื่อเปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทย เราจะพบว่า มีตัวอย่างของการปะทะกันของคุณค่าต่าง ๆ เกิดขึ้นในสังคมไทยด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งการปะทะกันดังกล่าวเรียกร้องให้ในการใช้กฎหมายของศาล จะต้องมีการชั่งน้ำหนักของบรรดาคุณค่าที่มาปะทะกันเสียก่อน ตัวอย่างสำคัญที่เกิดขึ้นได้แก่กรณี “การตีระฆังในตอนเช้าของวัดซึ่งอยู่ในบริเวณที่ชุมชน” ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า มีผู้พักอาศัยในคอนโดมิเนียมแห่งหนึ่งในย่านถนนพระราม 3 ได้เข้าร้องเรียนต่อสำนักงานเขตบางคอแหลม กรุงเทพฯ ว่า วัดโสมนัสซึ่งตั้งอยู่ในบริเวณดังกล่าว “ได้ทำการตีระฆัง ส่งเสียงดังรบกวน ตั้งแต่เวลา 03.30 – 04.00 น.เป็นประจำทุกวัน สร้างความเดือดร้อนรำคาญให้กับผู้พักอาศัยในคอนโดมิเนียมดังกล่าวที่อยู่ติดวัด และกรณีการร้องเรียนวัดดังกล่าวก็เกิดเป็นประจำจนมีการวิพากษ์วิจารณ์ผ่านทางสาธารณะและสื่อมวลชนเป็นวงกว้าง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ประเด็นการอภิปรายเรื่องดังกล่าวในสาธารณะนั้นจำกัดอยู่เฉพาะในประเด็นว่า การร้องเรียนวัดของผู้พักอาศัยในคอนโดมิเนียมนั้นมีความไม่เหมาะสม เพราะวัดตั้งอยู่มานานแล้ว และการตีระฆังก็เป็นวัตรปฏิบัติของวัดในทางพระพุทธศาสนาที่ผู้อยู่อาศัยในบริเวณดังกล่าวจำต้องมีความเข้าใจและอดทนต่อเสียงตีระฆังดังกล่าวให้ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาในกรณีดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับปัญหาเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งจำต้องมีการชี้ขาดว่า การกระทำของวัดในกรณีดังกล่าวมีลักษณะที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งในที่นี้คือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเอกชนหรือไม่ ซึ่งผู้ที่มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองหรือศาลก็ตาม จะต้องชี้ขาดโดยอาศัยเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าการดำเนินการของวัดมีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นปัญหาเรื่อง “การปะทะกันของคุณค่าในสังคม” ซึ่งฝ่ายปกครองหรือศาลจำต้องนำเข้ามาร่วมในการพิจารณาด้วย การปะทะกันของคุณค่าในที่นี้ได้แก่ “การปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง กับคุณค่าอื่นที่สังคมยึดถือร่วมกัน ซึ่งในที่นี้คือการสนับสนุนส่งเสริมและการรักษาไว้ซึ่งประเพณีอันดีงามในพระพุทธศาสนา” ซึ่งในการแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้ใช้และตีความกฎหมายจะต้องไม่ปล่อยให้คุณค่าประการหนึ่งมีผลใช้บังคับในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณค่าอีกประการหนึ่งลงโดยสิ้นเชิง กล่าวให้แคบเข้า ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีดังกล่าว ทั้งฝ่ายปกครองหรือศาลจะคุ้มครองคุณค่าในทางศาสนาที่คนส่วนใหญ่ในสังคมยึดถือร่วมกันแต่เพียงประการเดียวไม่ได้ แต่ต้องพยายามให้สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเอกชนได้รับการเคารพและคุ้มครองด้วย ดังนั้น ฝ่ายปกครองและศาลจะต้องทำการชั่งน้ำหนักว่า ในกรณีดังกล่าว คุณค่าใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่ากัน และจะใช้และตีความกฎหมายอย่างไรให้คุณค่าทั้งสองได้รับการคุ้มครองไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งเป็นเรื่องความพยายามในการ “ประสานประโยชน์” ระหว่างคุณค่าทั้งหลายนั่นเอง เป็นที่น่าเสียดายว่า สังคมได้พลาดโอกาสในการอภิปรายเรื่องดังกล่าวในมิตินี้ด้วย แต่กลับปล่อยให้กระแสสังคมเถาเถาเข้าไปเบียดเบียนบุคคลที่พยายามจะรักษาสิทธิของตนเอง และไม่มีกรกล่าวถึงในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวเลย ว่าสมควรได้รับการคุ้มครองหรือไม่ และในขอบเขตเพียงใด

¹² Carl Schmitt, *supra* note 4, p.49.

¹³ Gerhard Czermak, “Der Kruzifix-Beschluß zwischen Neutralität und Glaubensförderung sowie als Spielball der Emotionen,” *ZRP*, Vol. 29, 201, p.201 (1996).

¹⁴ Carl Schmitt ตั้งข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า “คุณค่าที่ถูกยึดถือโดยคนกลุ่มต่าง ๆ นั้นเป็นสิ่งที่โยยหาหรือกระหาย การได้รับการยอมรับ และคุณค่าจะแฝงตัวอยู่ในที่ต่าง ๆ เพื่อรอเวลาให้ตนเองมีผลบังคับได้อย่างแท้จริงการผ่านการใช้การตีความกฎหมายหรือในกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย, Schmitt, *supra* note 4, p.37, เป็นที่น่าสังเกตว่า “คุณค่า”

ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าดังกล่าว และในการชี้ขาดนั้นศาลมีอาจใช้คุณค่าส่วนตัวที่ศาลยึดถือ แต่จะต้องคำนึงถึงคุณค่าทั้งหลายที่สังคมยอมรับร่วมกันมาช่วยในการใช้การตีความกฎหมายเท่านั้น¹⁵ โดยผู้พิพากษาต้องทำการค้นหาคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว และพยายามปรับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามคุณค่าที่อยู่ภายในบทบัญญัตินั้น ๆ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด

2.2 คุณค่ากับระบอบประชาธิปไตย

เมื่อเรานำแนวคิดเรื่องคุณค่ามาอธิบายร่วมกับรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เราย่อมได้คำตอบว่า “คุณค่าของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” คือสิ่งที่ประชาชนหรือผู้คนในสังคมการเมืองแบบประชาธิปไตยยึดถือเป็นหลักร่วมกัน รวมถึงเป็นทัศนคติพื้นฐานที่ประชาชนมีหน้าที่ในการปกป้องรักษาไว้ เพื่อให้ระบอบประชาธิปไตยคงอยู่ต่อไปได้ ในทางตำรานั้น คุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมได้แก่ “เสรีภาพและความเสมอภาค” ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นระบอบที่ทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครองในระดับที่สูงที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับระบอบการปกครองในระบอบอื่น ๆ ดังนั้นการปกป้องประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง¹⁶ Hans Kelsen ได้อธิบายไว้ในผลงานชิ้นสำคัญเกี่ยวกับทฤษฎีประชาธิปไตยที่มีชื่อว่า “สาระสำคัญและคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย” (Vom Wesen und Wert der Demokratie)¹⁷ ความเป็น “เสรีภาพ” (Freiheit; freedom) มีความสัมพันธ์กับข้อความคิดว่าด้วย “คุณค่า” และระบอบประชาธิปไตยในแง่ที่ว่า เสรีภาพจะเป็นเกราะป้องกันปัจเจกบุคคลจากอำนาจบังคับของเจตจำนงอื่น ๆ อันเกิดขึ้นภายในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง เสรีภาพจะคุ้มครองให้ปัจเจกบุคคลสามารถยึดถือ “คุณค่า” อย่างใดอย่างหนึ่งเป็นแนวทางในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้ ทั้งนี้แม้ว่าคุณค่าที่ปัจเจกบุคคลยึดถืออยู่นั้น อาจแตกต่างหรือขัดแย้งกับ

โดยตัวของมันเองย่อมไม่ใช่บรรทัดฐานทางกฎหมาย (Rechtsnorm) ที่สามารถนำข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นมาปรับใช้เพื่อกำหนดผลในทางกฎหมายได้โดยตรง หากแต่ในการปรับใช้บรรทัดฐานทางกฎหมายใด ๆ นั้น จะต้องคำนึงถึงคุณค่าที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในสังคมในฐานะ “สิ่งที่มากำกับการใช้การตีความกฎหมาย” (Übergesetzliche Werte) หรือในฐานะ “มาตรฐานทางคุณค่า” (Wertungsmaßstäbe) ที่การใช้การตีความกฎหมายนั้นจะต้องยึดถือเป็นแนวทางเสมอ, ดู Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5th edition (Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983), p.118. นอกจากนี้ ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อมีการนำแนวคิดเรื่องคุณค่าไปเชื่อมโยงเข้ากับรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วนั้น ย่อมทำให้การบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้น มีลักษณะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามคุณค่าในเรื่องนั้น ๆ ด้วย, Carl Schmitt, *supra* note 4, S. 23.

¹⁵ Reinhold Zippelius, “Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit,” *JZ*, Vol. 25, 241, p.244 (1970).

¹⁶ Peter Rinderle, “Werte und Mechanismen der Demokratie,” *Zeitschrift für philosophische Forschung*, Vol. 65, 74, p.74 (2011).

¹⁷ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2. Aufl. 1929), Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), pp.149 – 228.



คุณค่าที่สังคมหรือคนส่วนใหญ่ยึดถือ¹⁸ ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า “คุณค่าที่สังคมหรือคนส่วนใหญ่ยึดถือ” มักจะมีลักษณะที่บังคับเข้ากับ “คุณค่าที่ปัจเจกบุคคล” หรือ “เอกชนคนใดคนหนึ่ง” ยึดถือ และคุณค่าในทั้งสองส่วนดังกล่าวอาจเกิดลักษณะที่ขัดแย้งกันได้เสมอ ดังนั้นความสำคัญของเสรีภาพย่อมได้แก่ การเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ ในสังคมสามารถที่จะให้ความสำคัญกับคุณค่าที่ตนเองยึดถือเป็นหลัก และสามารถแสดงออกซึ่งคุณค่าเช่นนั้น รวมถึงการปฏิเสธที่จะถูกบังคับให้ยึดถือคุณค่าบางอย่างหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามคุณค่าบางอย่างที่คนส่วนใหญ่ยึดถือด้วย¹⁹ และการแก้ปัญหาความขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพหรือคุณค่าที่ปัจเจกบุคคลยึดถือกับคุณค่าที่คนในสังคมยึดถือหรือระเบียบในทางสังคม (Soziale Ordnung) นั้นจะสามารถแก้ไขได้ก็แต่โดยการกำหนดกลไกการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองที่มีความเหมาะสมเท่านั้น²⁰

การอภิปรายเรื่องคุณค่ากับแนวคิดในเรื่องรูปแบบการปกครองมักนำไปสู่คำถามที่ว่า “รัฐที่ดีที่สุดมีลักษณะอย่างไร” หรือ “รูปแบบการปกครองเช่นใดที่ดีที่สุดสำหรับประชาชน” ซึ่งคำถามเช่นว่านี้เองที่เป็นปัญหาที่สำคัญที่สุดของกระบวนการปกป้องประชาธิปไตย²¹ ในเรื่องดังกล่าว Hans Kelsen ได้อธิบายไว้ในงานเกี่ยวกับทฤษฎีประชาธิปไตยที่สำคัญอีกชิ้นหนึ่ง ซึ่งมีชื่อว่า “การปกป้องประชาธิปไตย” (Verteidigung der Demokratie)²² ความว่า ข้ออภิปรายที่สำคัญเกี่ยวกับรูปแบบการปกครอง (Staatsform) คือคำถามที่ว่า รูปแบบการปกครองที่ดีที่สุดคือ รูปแบบการปกครองที่ให้ประชาชนปกครองตนเองหรือรูปแบบการปกครองที่ให้ “คนที่ดีที่สุด” หรือ “มีความสามารถมากที่สุด” (Der Beste, The best) เป็นผู้ปกครอง ซึ่งคำถามในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะเป็น “ปัญหาเชิงคุณค่า” ที่ประชาชนในสังคมการเมืองหนึ่ง ๆ ต้องตัดสินใจ (Grundentscheidung; basic decision) เพื่อกำหนดทิศทางและพัฒนาการทางการเมืองภายในรัฐด้วย ดังนั้นการตัดสินใจเลือกรูปแบบการปกครองที่เหมาะสมจึงเป็นเรื่อง “การตัดสินคุณค่า” (Werturteil) ด้วยในอีกลักษณะหนึ่ง ในประเด็นดังกล่าว Hans Kelsen อธิบายว่า ในการแย้งชิงกันในการขยายคุณค่าของอุดมการณ์ทางการเมืองนั้น ระบอบการปกครองในรูปแบบต่าง ๆ โดยเฉพาะระบอบประชาธิปไตยกับระบอบเผด็จการมักจะมีการกล่าวถึงข้อบกพร่องของกันและกันอยู่เสมอ แต่ประเด็นการอภิปรายที่มีความสำคัญที่สุดคือปัญหาที่ว่า “การปกครองรูปแบบใดที่มีความเหมาะสมมากที่สุดในการตอบสนองต่อเจตจำนงประชาชาติหรือความต้องการของคนในชาติ”²³ ในประเด็นดังกล่าวผู้ที่นิยมเผด็จการหรือระบอบอำนาจนิยมย่อมกล่าวหาระบอบประชาธิปไตยว่า หลักการประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเสียงข้างมาก (Majoritätsprinzip) เป็นหลักการที่ไม่มีความเหมาะสมโดยสิ้นเชิงในการสนองตอบต่อเจตจำนง

¹⁸ *Ibid*, pp.149 - 154.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ Thomas Groß, Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, *Kritische Justiz*, Vol. 40, No. 3, 306, p.307 (2007).

²¹ Hans Kelsen, *supra* note 17, pp.149 - 156.

²² Hans Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, *Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, pp.229 - 237.

²³ *Ibid*, p.234.

ประชาชาติ เหตุผลของผู้นิยมแนวทางดังกล่าวมีอยู่ว่า เสี่ยงข้างมากมีความสามารถทำได้แต่เพียงการรวบรวมหรือก่อตั้งเจตจำนง (Willensbildung) แต่ไม่มีความสามารถอย่างแท้จริงในการกำหนดเนื้อหาที่ถูกต้องของเจตจำนง (Bestimmung des Willensinhalts) ดังนั้นจึงควรปล่อยให้การตัดสินใจในการกำหนดเนื้อหาของเจตจำนงนั้นเป็นเรื่องของ “คนที่ดีที่สุด” หรือ “ผู้ที่มีความสามารถมากที่สุด (Der Beste; the best)”²⁴ Hans Kelsen ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อกล่าวหาถึงความไร้ความสามารถของประชาธิปไตยดังกล่าวนั้น ถูกกล่าวขึ้นอย่างเลื่อนลอยโดยนักปรัชญาของประชาธิปไตย โดยไม่มีเหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอมารองรับ ทั้งนี้เพราะการปกครองโดยคนดีหรือคนที่มีความสามารถนั้น ย่อมมีความหมายแต่เพียงว่า ในสังคมการเมืองนั้นต้องประกอบไปด้วยคนดีและคนมีความสามารถเท่านั้น รวมถึงเจตจำนงทางการเมืองภายในรัฐจะต้องเป็นเรื่องของความถูกต้องเท่านั้น อย่างไรก็ตาม มีคำถามที่เป็นพื้นฐานว่า “อะไรคือเนื้อหาที่ถูกต้องของเจตจำนงทางการเมือง” และ “ใครคือคนที่ดีที่สุดหรือมีความสามารถมากที่สุดที่จะใช้อำนาจปกครอง”²⁵ เมื่อคำถามเช่นว่านี้ได้รับคำตอบที่เลื่อนลอย ข้อกล่าวหาต่อระบอบประชาธิปไตยย่อมไร้ซึ่งเหตุและผลเช่นเดียวกัน ในสังคมการเมืองที่ให้คุณค่ากับ “คนดีหรือคนมีความสามารถ” เท่านั้นที่จะใช้อำนาจปกครองได้ ย่อมมีผลให้ผู้ที่ได้รับการนับถือว่าเป็น “คนดี” นั้นกลายมาเป็นคุณค่าของสังคมการเมืองนั้นในทำนองของ “ผู้นำที่ได้รับการประทานจากพระเจ้า” (Gottbegnadeter Führer) และคุณค่าที่สังคมให้กับตัวบุคคลนั้นก็จะเป็นคุณค่าสูงสุดในสังคมการเมือง (Der höchste Wert) และเข้าแทนที่ความเชื่อในเรื่องคุณค่าในความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกันของผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ในเรื่องดังกล่าว Carl Schmitt²⁶ ได้กล่าวไว้ในทำนองเดียวกันอย่างน่าสนใจในงานที่มีชื่อว่า “ความเป็นทระราชของคุณค่า” (Die Tyrannei der Werte) ว่า ในสังคมการเมืองทั้งหลายนั้นย่อมประกอบไปด้วยคุณค่าที่ผู้คนยึดถือแตกต่างกันออกไปเสมอ และในสถานการณ์เช่นว่านั้นคุณค่าทั้งหลายก็จะถูกเปรียบเทียบ ถูกจัดลำดับความสำคัญหรือจัดลำดับชั้นอยู่เสมอ (Komparative Werturteile)²⁷ ซึ่งอาจทำให้คุณค่าประการหนึ่งมีคุณค่าสูงกว่าคุณค่าอีกประการหนึ่ง แต่ก็มีบางกรณีหรือบางสถานการณ์ที่สังคมการเมืองต้องเลือกว่าจะให้น้ำหนักกับคุณค่าไปในทิศทางใด ทิศทางหนึ่งเท่านั้น เช่นการเลือกว่า จะนับถือพระเจ้าหรือมนุษย์เป็นคุณค่าสูงสุดในสังคม หรือการเลือกว่าจะให้คุณค่ากับ “ตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่ง” เป็นคุณค่าสูงสุดภายในรัฐ หรือจะเลือกนับถือใน “เสรีภาพหรือความเป็นอิสระของบุคคล” เป็นคุณค่าสูงสุดในสังคมการเมือง²⁸ อย่างไรก็ตามการชี้ขาดเลือกไปในทางใดทางหนึ่งระหว่างบรรดาคุณค่าทั้งหลายที่ขัดแย้งกันนั้นไม่สามารถทำได้ง่ายนัก ทั้งนี้เพราะ “การฉายแสงสว่างไปที่คุณค่าใดคุณค่าหนึ่งในสังคมการเมือง อาจเป็นการผลักให้คุณค่าประการอื่น ๆ ต้องตกอยู่ภายใต้เงาของคุณค่าประการแรกนั้นตลอดไป”²⁹ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สร้างความขัดแย้งให้กับฝ่ายต่าง ๆ ในสังคมการเมือง ดังนั้น ในกรณีที่เป็นไปได้ ผู้ที่มีหน้าที่ชี้ขาดความขัดแย้งหรือ

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Carl Schmitt, *supra* note 4, pp.18 – 19.

²⁷ เปรียบเทียบ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1th edition (Baden-Baden: Ruhrkamp, 1994), p.128.

²⁸ Carl Schmitt, *supra* note 4, p.19.

²⁹ Udo Di Fabio, *supra* note 6, p.2.



ทำหน้าที่ตัดสินคุณค่านั้น จึงมีหน้าที่ประสานประโยชน์หรือประสานคุณค่าต่าง ๆ ให้ดำรงอยู่ร่วมกันให้ได้ แม้ว่าในสายตาของผู้ชี้ขาดจะเห็นว่าสังคมให้น้ำหนักกับคุณค่าทั้งหลายเหล่านั้นไม่เท่าเทียมกันก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่คุณค่าทั้งหลายในสังคมการเมืองขัดแย้งกัน จำเป็นจะต้องอาศัยกฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (Abwägungsgesetz; rule of weighing) ว่าคุณค่าใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า และจะต้องไม่เป็นการทำลายคุณค่าใดคุณค่าหนึ่งที่มีความสำคัญน้อยกว่าให้ถูกทำลายลงไปโดยสิ้นเชิงด้วย³⁰

อย่างไรก็ตามเมื่อเรากลับมากล่าวถึงคุณค่าที่ควรยึดถือในสังคมการเมืองประชาธิปไตยนั้น ย่อมต้องถือว่าการนับถือคุณค่าในเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล รวมถึงศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายสูงสุดของสังคมการเมือง³¹ และในกรณีที่จะต้องมีการชั่งน้ำหนักคุณค่าทั้งหลายที่มาปะทะกันนั้น จะต้องให้ความสำคัญกับคุณค่าของสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค รวมถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นด้านหลักเสมอ ในทางตรงกันข้าม สังคมการเมืองใดที่ยึดถือให้ “ตัวบุคคล” เป็นคุณค่าสูงสุดของสังคมการเมืองนั้น สังคมการเมืองดังกล่าวย่อมไม่ใช่ประชาธิปไตย แต่มีลักษณะเป็นสังคมที่ปกครองในระบอบอำนาจนิยม โดยในสังคมการเมืองในลักษณะดังกล่าวจะให้ความสำคัญกับมนุษย์ไม่เท่าเทียมกัน โดยถือว่าผู้ปกครองซึ่งเป็นคนดีและมีความสามารถนั้นมีคุณค่าสูงกว่าบุคคลอื่น ๆ ซึ่งในการรักษาไว้ซึ่งคุณค่าสูงสุดในแง่ตัวบุคคลดังกล่าวนี้ มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับให้บุคคลอื่น ๆ ให้ความเคารพโดยปราศจากเงื่อนไขต่อบุคคลที่ถูกถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของสังคมการเมืองนั้นด้วย³² ทั้งนี้ Hans Kelsen³³ ได้ให้ข้อสรุปไว้ในประเด็นดังกล่าวอย่างคมคายว่า ในสังคมการเมืองซึ่งประกอบด้วยคุณค่าต่าง ๆ ที่มีความแตกต่างหลากหลายนั้น ไม่ควรที่จะยึดถือให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดหรือคุณค่าที่แตะต้องไม่ได้ (unantastbar; untouchable) หากแต่จะต้องมีการประสานคุณค่าเหล่านั้นให้ดำรงอยู่ด้วยกันได้อย่างกลมกลืน ทั้งนี้ ผู้ที่กล่าวอ้างว่าตนเองคือคุณค่าสูงสุดหรือกล่าวอ้างว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดในสังคมการเมือง บุคคลดังกล่าวย่อมจะกล่าวอ้างต่อไปด้วยว่า ตนเองนั้นย่อมมีสิทธิที่จะบังคับเอากับบุคคลอื่น แม้ว่าจะเป็นการใช้กำลังก็ตาม เพื่อให้บุคคลอื่น ๆ นั้นเชื่อในคุณค่าหรือนับถือในคุณค่าของตนเองว่าเป็นสิ่งสัมบูรณ์ (absolute) ในสังคมการเมือง ในทางตรงกันข้าม ในสังคมการเมืองที่มีการยอมรับคุณค่าว่ามีลักษณะสัมพัทธ์ (relative) เท่านั้น ย่อมสามารถยอมรับได้ว่า เมื่อคุณค่าทั้งหลายที่มาปะทะหรือขัดแย้งกันนั้นต่างมีลักษณะสัมพัทธ์ การบังคับให้เป็นไปตามคุณค่าที่ตนเองยึดถือนั้นจะสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อเสียซึ่งมากในสังคมการเมืองนั้นยึดถือคุณค่าดังกล่าวด้วยเช่นกัน และการบังคับให้เป็นไปตามคุณค่าที่ฝ่ายข้างมากยึดถือนั้น จะต้องไม่เป็นการทำลายคุณค่าที่ฝ่ายข้างน้อยยึดถือลงโดยสิ้นเชิงด้วย การตัดสิน

³⁰ เปรียบเทียบ Maximilian Reßling, Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 95, No. 1, 28, p.35 (2009); Robert Alexy, Die Gewichtsformel, *GS für Jürgen Sonnenschein*, 771, p.772 (2003).

³¹ เปรียบเทียบ Arnold Köttgen, Kelsen und Demokratie, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 90, 97, p.97 (1931).

³² Hans Kelsen, *supra* note 22, p.236.

³³ *Ibid.*

คุณค่าตามแนวทางของเสียงข้างมากนี้เองที่เป็นหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นหลักการที่ทำให้เสรีภาพของปัจเจกบุคคลต่าง ๆ ในสังคมการเมืองได้รับการคุ้มครองในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในสังคมประชาธิปไตยนั้น คุณค่าต่าง ๆ ที่ผู้คนยึดถือจะมีลักษณะสัมพัทธ์ (Relativität des Wertes) เท่านั้น กล่าวคือ คุณค่าใด ๆ ก็ตามย่อมถูกชั่งน้ำหนักกับคุณค่าอื่น ๆ ได้เสมอ และอาจต้องยอมลดคุณค่าของตนเองลงมา เพื่อให้คุณค่าอื่น ๆ ที่มาปะทะกันนั้นสามารถดำรงคงอยู่ในสังคมการเมืองได้ด้วย³⁴

3. ประชาธิปไตยที่ผูกพันกับคุณค่า และ ประชาธิปไตยที่ปราศจากคุณค่า: บทเรียนจากประเทศเยอรมนี

สาธารณรัฐไวมาร์ซึ่งเป็นสาธารณรัฐแรกของเยอรมนีภายหลังการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครองในปี ค.ศ. 1918 นั้นเป็นตัวอย่างสำคัญของรูปแบบการปกครองที่เรียกว่า “ประชาธิปไตยไม่เต็มใบ” (Eine unvollendete Demokratie)³⁵ โดยในวรรณกรรมเกี่ยวกับประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญเยอรมันมีการยืนยันว่า สิ่งสำคัญที่ทำให้ระบอบประชาธิปไตยในไวมาร์ล่มสลายลงภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว นั้น ได้แก่ ปัญหาเรื่อง “คุณค่าของระบอบประชาธิปไตย” ที่ไม่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมการเมืองแห่งนี้ การอภิปรายเรื่องคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นสามารถใช้เป็นตัวอย่างอันดีในการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับโครงสร้างของสังคมการเมืองอื่น โดยเฉพาะของประเทศไทยว่า ความล้มลุกคลุกคลานของประชาธิปไตยจะมีสาเหตุมาจากปัญหาในทำนองเดียวกันหรือไม่ ทั้งนี้แม้ว่ามาตรวัดจากประวัติศาสตร์ยุโรปตะวันตกไม่อาจใช้เป็นมาตรวัดเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในโลกก็ตาม แต่ก็สามารถใช้เป็นเกณฑ์เปรียบเทียบเพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ได้³⁶

3.1 ประชาธิปไตยในไวมาร์; ประชาธิปไตยที่เป็นกลางในแง่คุณค่า (Wertneutralität) ประชาธิปไตยที่มีลักษณะสัมพัทธ์ (Demokratische Relativismus) หรือประชาธิปไตยที่ยึดโยงกับคุณค่า (Wertgebundene Demokratie)

สาธารณรัฐไวมาร์ซึ่งเป็นสาธารณรัฐแรกของเยอรมนี และได้มีการตัดสินใจเลือกรูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภานั้น เป็นสังคมการเมืองที่เต็มไปด้วยปัญหาต่าง ๆ มากมายที่ส่งผลให้ระบอบประชาธิปไตยไม่สามารถพัฒนาด้านตนเองได้ และต้องล่มสลายลงในเวลาอันรวดเร็ว โดยแกนกลางของการอภิปรายเรื่องประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์ได้แก่คำถามที่ว่า ประชาธิปไตยในไวมาร์ที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยผลของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung)

³⁴ Thomas Groß, *supra* note 20, p.310.

³⁵ ดู Horst Möller, *Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie*, (München: dtv Verlagsgesellschaft, 2008).

³⁶ ธงชัย วินิจจะกุล, โฉมหน้าราชาชาตินิยม : ว่าด้วยประวัติศาสตร์ไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2559), น.15.



ภายหลังการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการปกครอง เป็นรัฐธรรมนูญที่ประกอบขึ้นด้วย “คุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย” หรือไม่ รวมถึงปัญหาที่ว่า รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีการกำหนดกลไกอย่างใดบ้างหรือไม่ เพื่อทำหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาคุณค่าพื้นฐานเช่นนั้น ทั้งนี้เมื่อนักวิชาการประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญหลายท่านได้ศึกษาย้อนกลับไปถึงประวัติศาสตร์ในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์แล้วต่างให้ข้อสรุปไปในทิศทางเดียวกันว่า การล่มสลายลงในระยะเวลาอันสั้นของสาธารณรัฐและประชาธิปไตยในไวมาร์นั้น มีสาเหตุประการสำคัญ ได้แก่ การที่ประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นยังขาดไปซึ่ง “คุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย” และขาดไปซึ่ง “กลไกในการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย”³⁷ เราอาจเรียกระบอบประชาธิปไตยที่มีลักษณะดังกล่าวได้ว่า “ประชาธิปไตยที่เป็นกลางในแง่คุณค่า” (Wertneutralität) หรือประชาธิปไตยที่มีคุณค่าแบบสัมพัทธ์ (Wertrelativismus) ทั้งนี้มีหลักฐานในทางรัฐธรรมนูญสองประการที่ทำให้รัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในไวมาร์พัฒนาไปในทิศทางที่สวนทางกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย ในประการแรกได้แก่ การกำหนดอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาไว้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด³⁸ โดยเสียงข้างมากในรัฐสภานั้น สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แม้จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในแนวทางที่ไม่เป็นประชาธิปไตยก็ตาม ส่วนในประการที่สองได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่ประธานาธิบดีในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ³⁹ ซึ่งทำให้ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจได้ในฐานะเผด็จการชั่วคราว (Kommissarischer Diktatur)⁴⁰ ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินได้นั้น อาจทำให้ประธานาธิบดีผันตัวเองไปเป็นนายเหนือรัฐธรรมนูญและกลายเป็นเผด็จการในที่สุด

³⁷ โปรดดู Lars Oliver Michaelis, Aufgaben, Befugnisse und Kontrolle der Ämter für Verfassungsschutz im streitbaren Parteienstaat, *KritV*, V. 85, No. 2, 188, p.192 (2002); *Papier*, Hans-Jürgen Papier, Streitbare Demokratie, *AöR*, V.128, 340, p.341 (2003).

³⁸ มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญอาจถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ด้วยกระบวนการ นิตบัญญัติ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้นให้ทำได้เฉพาะกรณีที่มีผู้เข้าร่วมประชุมครบสองในสามของสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร และมีเสียงเห็นชอบกับญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดที่เข้าร่วมประชุม ในกรณีของวุฒิสภาก็เช่นเดียวกันที่ต้องการเสียงข้างมากสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดที่มามีเสียงในญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ที่ประชุมรัฐสภาอาจมีมติโดยเสียงข้างมาก ให้มีการทำประชามติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ได้

ในกรณีที่วุฒิสภามีมติไม่เห็นชอบกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่สภาผู้แทนราษฎรมีมติยืนยันให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งอาณาจักรจะประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ไม่ได้ หากว่าวุฒิสภาได้ร้องขอภายในระยะเวลาสองสัปดาห์ให้มีการทำประชามติในเรื่องดังกล่าวเสียก่อน”

³⁹ มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (Weimarer Reichsverfassung) บัญญัติว่า “ในกรณีที่มลรัฐใดมลรัฐหนึ่งไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งสหพันธ์มอบหมาย ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจโดยความช่วยเหลือของกองกำลังติดอาวุธ เพื่อบังคับให้มีการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้

ในกรณีที่ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อยของอาณาจักรเยอรมันถูกทำลายหรือตกอยู่ในอันตราย ประธานาธิบดีสามารถใช้อำนาจติดอาวุธดำเนินการด้วยมาตรการที่จำเป็น เพื่อนำความปลอดภัยสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยของรัฐกลับคืนมาได้ ซึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ประธานาธิบดีสามารถยกเว้นผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญบางมาตราที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนได้”

⁴⁰ เป็นคำกล่าวของ Carl Schmitt ซึ่งได้แสดงปาฐกถาสนับสนุนอำนาจเผด็จการชั่วคราวของประธานาธิบดีแห่งอาณาจักร (Diktatur des Reichspräsidenten) ไว้ในคราวการประชุมผู้สอนวิชากฎหมายมหาชน ณ เมืองเยนา (Jena) ในปี

ในเรื่องที่เกี่ยวกับ “คุณค่าของประชาธิปไตย” ในสาธารณรัฐไวมาร์นั้น Carl Schmitt นักวิชาการคนสำคัญที่มีบทบาทโดดเด่นเกี่ยวกับการใช้การตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์ได้ตั้งข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่า การที่มาตรา 76 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้เสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภาสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในทิศทางใดก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัดนั้น ทำให้เสียงข้างมากอาจทำลายหลักการที่เป็นพื้นฐานสำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญและทำการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปในทิศทางที่เป็นรัฐอำนาจเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นพัฒนาไปเป็นสมบูรณาญาสิทธิราชย์หรือระบอบคอมมิวนิสต์ก็ตาม ดังนั้นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานทางการเมืองของรัฐ จึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ซึ่งไม่สมควรอย่างยิ่งที่รัฐสภาซึ่งเป็นเพียงองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) จะกระทำการในลักษณะดังกล่าว⁴¹ Carl Schmitt กล่าวยั่วว่า “การใช้การตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์ในลักษณะที่ปราศจากความเชื่อมโยงรัฐธรรมนูญกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยนั้น เท่ากับเป็นการสร้างความชอบธรรมในการทำลายตัวเองของรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย”⁴² และนำไปสู่การฆ่าตัวตายทางการเมืองของสังคมการเมืองไวมาร์ในที่สุด⁴³ ทั้งนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่รัฐธรรมนูญไวมาร์ไม่มีกลไกในการปกป้องตนเอง แต่กลับปล่อยให้อำนาจทางการเมืองสามารถแก้ไขหลักการพื้นฐานของรัฐได้โดยไม่มีข้อจำกัดนั้น ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มทางการเมืองหรือฝ่ายทางการเมืองในรัฐสภาที่มีวัตถุประสงค์อย่างชัดแจ้งที่จะล้มล้างรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยสามารถที่จะอาศัยรัฐธรรมนูญเป็นเกราะป้องกันตนเองในการดำเนินการเช่นนั้นด้วย⁴⁴ และไม่เป็นที่น่าแปลกใจเลยว่า ผู้ที่มีหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญไวมาร์จะเห็นว่า การขึ้นสู่อำนาจของพรรคนาซีนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁴⁵

ในทำนองเดียวกัน Hans Kelsen ได้กล่าวถึงคุณค่าของประชาธิปไตยกับการตัดสินใจกำหนดทิศทางทางการเมืองภายในรัฐไว้อย่างน่าสนใจในงานเขียนที่มีชื่อว่า “การปกป้องประชาธิปไตย” (Verteidigung der Demokratie)⁴⁶ มีใจความสำคัญว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นรูปแบบการปกครองเดียวที่มีความพยายามในการต่อต้านศัตรูน้อยที่สุด และเป็นรูปแบบการปกครองเดียว

ค.ศ. 1924, โปรดดู Helmut Quaritsch, *Position und Begriffe Carl Schmitts*, (Berlin: Duncker & Humblot, 1989), p.11, อ้างใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิทต์ และ อันส์ เคลเซน, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42, ฉบับที่ 2, 254, น.264 (2556).

⁴¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 26 u. 77 ff., อ้างใน Hans-Jürgen Papier, *supra note 37*, p.345.

⁴² Lars Oliver Michaelis, *supra note 37*, p.192.

⁴³ Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 1932, S. 49 f. u. 61, อ้างใน Hans-Jürgen Papier, *supra note 37*, p.345.

⁴⁴ Lars Oliver Michaelis, *supra note 37*, p.192. ยกตัวอย่างเช่น Dr. Joseph Goebbels นักการเมืองคนสำคัญจากพรรค NSDAP ในขณะนั้น ได้เคยกล่าวไว้เมื่อได้รับการเลือกตั้งเข้าไปในสภาผู้แทนราษฎรว่า “พวกเราเข้ามาในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อใช้อำนาจที่ระบอบประชาธิปไตยมอบให้ในการจัดการกับระบอบประชาธิปไตย และพวกเราเข้ามาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อทำให้กลไกของระบอบประชาธิปไตยตกเป็นอัมพาตโดยความสนับสนุนของรัฐธรรมนูญไวมาร์ และในเมื่อระบอบประชาธิปไตยช่างโง่งมเช่นนี้ ที่ปล่อยให้พวกเราเข้ามาทำลายความเสียหายต่อประชาธิปไตยได้อย่างอิสระเสรี แล้วยังจ่ายเงินเดือนให้พวกเราด้วย ความล่มสลายของระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นเรื่องที่สาธารณรัฐไวมาร์ต้องรับผิดชอบเอง”

⁴⁵ Lars Oliver Michaelis, *supra note 37*, p.192.

⁴⁶ Hans Kelsen, *supra note 22*, p.237.



ที่ทำให้การเปลี่ยนผ่านอำนาจของผู้ปกครองรัฐไม่เกิดการนองเลือด⁴⁷ อย่างไรก็ตามในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกป้องตนเองจากลัทธิทางการเมืองหรืออุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ นั้น Hans Kelsen กลับเห็นว่าระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงนั้นจำเป็นต้องมีความอดทนอดกลั้นต่อความเคลื่อนไหวหรืออุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ ด้วย ทั้งนี้ดูเหมือนว่าจะเป็นโทษชะตาของระบอบประชาธิปไตยที่จำต้องเลี้ยงศัตรูที่น่ากลัวที่สุดไว้ที่อกของตนเอง หากว่าประชาธิปไตยจะมั่นคงต่อแนวคิดของตนเองแล้ว ก็จำเป็นต้องมีความอดทนอดกลั้นต่อการกระทำทั้งหลายที่มุ่งหมายในการทำลายระบอบประชาธิปไตยด้วย ทั้งยังต้องยินยอมให้ความเชื่อทางการเมืองอื่น ๆ มีโอกาสในการพัฒนาตนเองได้เสมออีกด้วย นอกจากนี้ผู้นิยมระบอบประชาธิปไตยต้องยอมรับด้วยว่า ในกรณีที่ประชาชนภายในสังคมการเมืองไม่ต้องการระบอบประชาธิปไตยอีกต่อไปแล้ว ก็จำเป็นต้องยอมให้เสียข้างมากในสังคมการเมืองดังกล่าวสามารถเปลี่ยนแนวคิดในการปกครองประเทศไปในทิศทางอื่นได้ด้วย จากคำกล่าวข้างต้นเราจะพบว่า Hans Kelsen เองเข้าใจว่า รัฐธรรมนูญไวมาร์เป็นรัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ศัตรูของประชาธิปไตยสามารถกระทำการทั้งหลายที่เป็นการสั่นคลอนความมั่นคงของประชาธิปไตยได้ แต่ในความเห็นของ Hans Kelsen นั้น การปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจำเป็นต้องยอมรับแนวทางการเคลื่อนไหวทั้งหลายที่เป็นไปในทิศทางตรงกันข้ามกับประชาธิปไตยด้วย และไม่อาจดำเนินการทั้งหลายที่เป็นการต่อต้านหรือทำลายอุดมการณ์ทางการเมืองอื่น ๆ โดยอ้างภารกิจหน้าที่ในการปกป้องประชาธิปไตยได้ ในตอนท้ายของงานเขียนเรื่อง “การปกป้องประชาธิปไตย” (Verteidigung der Demokratie) ข้างต้นนั้น Hans Kelsen ได้สรุปไว้อย่างน่าฟังว่า ต่อคำถามที่ว่า ระบอบประชาธิปไตยควรปกป้องตนเองจากประชาชนฝ่ายข้างมากที่ไม่ยึดถือคุณค่าในระบอบประชาธิปไตยและต้องการทำลายประชาธิปไตยหรือไม่ คำตอบคือ ระบอบประชาธิปไตยไม่ควรทำเช่นนั้น ทั้งนี้เพราะระบอบประชาธิปไตยที่ต่อต้านความต้องการของเสียข้างมากของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยวิธีการใช้กำลังบังคับ ย่อมไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตยอีกต่อไป การปกครองโดยประชาชนจึงไม่อาจใช้เพื่อต่อต้านความต้องการของประชาชนเองได้ ระบอบประชาธิปไตยไม่ควรใช้วิธีการของเผด็จการเพื่อพิทักษ์ประชาธิปไตย “เราต้องยึดธงให้มั่นแม้ในขณะที่เรากำลังจมลง และเมื่อเรากำลังจมดิ่งไปพร้อมกับเรือ เราจะพาเพียงความหวังในหัวใจไปด้วยเท่านั้นว่า อุดมการณ์แห่งเสรีภาพจะต้องไม่ถูกทำลาย และยิ่งเรือจมดิ่งลึกลงไปเพียงใด มันก็จะถูกออบกู้ขึ้นมามีขึ้นอย่างยิ่งใหญ่มากขึ้นเท่านั้น”⁴⁸ กล่าวอีกแง่หนึ่ง สังคมการเมืองจะนำพารัฐไปในทิศทางทางการเมืองใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับคุณค่าที่สังคมการเมืองนั้นยึดถือ ซึ่งประชาธิปไตยอาจไม่ใช่คุณค่าสูงสุดที่ประชาชนยึดถือก็เป็นได้ ข้อสรุปของ Hans Kelsen ในประเด็นนี้นั้น แม้จะฟังดูงดงาม แต่ก็มีผู้คัดค้านไม่มากนัก ทั้งนี้เพราะคนส่วนใหญ่ยังเห็นว่า การปกป้องประชาธิปไตยหรือการรักษาคุณค่าของประชาธิปไตยจากการถูกล้มล้างโดยฝ่ายต่าง ๆ นั้นยังเป็นหน้าที่ที่มีความสำคัญของประชาชนในสังคมการเมืองประชาธิปไตย⁴⁹

⁴⁷ Thomas Groß, *supra* note 20, p.308.

⁴⁸ Hans Kelsen, *supra* note 22, p.237.

⁴⁹ ภูมิ พวงศ์เจริญ, “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการวิวัฒนาการกับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ปีที่ 43, ฉบับที่ 3, 631, น.655 (2557).

3.2 ความล่มสลายของประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์

การที่สาธารณรัฐไวมาร์ถูกเรียกว่า การปกครองแบบประชาธิปไตยไม่เต็มใบ หรือเป็นประชาธิปไตยที่ปราศจากคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นสาเหตุโดยตรงต่อความล้มเหลวของประชาธิปไตยในไวมาร์ ซึ่งบทเรียนทางประวัติศาสตร์ในช่วงเวลานี้เองที่ทั่วโลกต่างพยายามที่จะเรียนรู้ และนำไปใช้ในการป้องกันไม่ให้เกิดความล้มเหลวเช่นนั้นในรัฐของตน

สาธารณรัฐไวมาร์มีอายุอยู่เพียงแค่ 14 ปีเท่านั้น คำถามสำคัญจากบรรดานักประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญทั้งหลายได้แก่คำถามที่ว่า อะไรคือสาเหตุที่ทำให้สาธารณรัฐไวมาร์ล่มสลายลงในระยะเวลานับรวดเร็ว ในเรื่องดังกล่าว Werner Frotscher และ Bodo Pieroth⁵⁰ ได้สรุปว่า มีสาเหตุ 2 ประการด้วยกันที่ทำให้ประชาธิปไตยในไวมาร์เกิดความล้มเหลว สาเหตุประการแรกซึ่งเป็นสาเหตุภายนอก ได้แก่ ภาระหน้าที่ที่เกิดจากสนธิสัญญาแวร์ซาย ซึ่งทำให้รัฐที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นใหม่มีความยากลำบากเป็นอย่างยิ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ประกอบกับวิกฤติเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดการว่างงานและการจลาจลขึ้นในพื้นที่ต่าง ๆ ของรัฐ สาเหตุประการต่อมาซึ่งเป็นสาเหตุภายใน ได้แก่ กฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญ 2 ประการเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ซึ่งกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญทั้งสองประการดังกล่าวได้นำไปสู่ความขัดแย้งรุนแรงเกินกว่าที่สาธารณรัฐใหม่จะแบกรับไหว ปัญหาประการแรกได้แก่การที่รัฐธรรมนูญออกแบบให้รัฐสภาและประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐมีอำนาจเสมอกัน ในลักษณะที่ไม่ชัดเจนว่า องค์กรทางการเมืองใดคือองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดทางการเมือง ซึ่งโครงสร้างทางการเมืองในลักษณะดังกล่าวเป็นโครงสร้างที่จะนำไปสู่การใช้กำลังรุนแรงได้เสมอ (Desintegrationsfaktor)⁵¹ โครงสร้างทางการเมืองในลักษณะเช่นนี้อาจเรียกได้ว่า “โครงสร้างทางการเมืองที่มีผู้มีอำนาจสูงสุดทางการเมืองภายในรัฐหลายองค์กร” (Polykratie) ซึ่งเป็นโครงสร้างที่ไม่ชัดเจนว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชนหรือประมุขแห่งรัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในทางการเมือง ทำให้ส่งผลกระทบอย่างยิ่งต่อการกำหนดโครงสร้างและความรับผิดชอบทางการเมือง และเป็นโครงสร้างที่ทำให้ระบบรัฐสภาเกิดความล้มเหลว ส่วนปัญหาในทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ การที่รัฐธรรมนูญไม่มีกลไกในการปกป้องตนเองและระบบรัฐสภา และไม่มีการกลไกในการรักษาเสถียรภาพของรัฐบาล โดยพรรคการเมืองหัวรุนแรงทั้งฝ่ายซ้ายและฝ่ายขวาสามารถอาศัยช่องทางในรัฐธรรมนูญเข้ามาบีบบังคับในรัฐสภา รวมถึงเข้ามาทำให้กลไกของระบบรัฐสภาเกิดความฟิสิกการไปด้วย⁵²

แต่เหตุผลที่แท้จริงของการล่มสลายของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยในสาธารณรัฐไวมาร์กลับได้แก่การที่ “ประชาธิปไตยในไวมาร์นั้นยังไม่ใช่ประชาธิปไตยที่ได้รับการยอมรับจากประชาชนทั้งหมดอย่างแท้จริง” ภาพการณ์ทางการเมืองดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าเป็น “ประชาธิปไตยที่ปราศจาก

⁵⁰ Werner Frotscher & Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 8th edition (München: C.H.Beck, 2009), p.295.

⁵¹ Dettlef Lehnert, “Wie desintegrativ war die Weimarer Reichsverfassung?,” *Kritische Justiz*, Vol. 32, Nr. 3, 398, p.401 (1999).

⁵² Werner Frotscher & Bodo Pieroth, *supra* note 50, p.295.



ความยินยอมพร้อมใจจากประชาชน” (Demokratie ohne Konsens)⁵³ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญไว้มาร์นั้นยังขาดความเป็น “สัญญาประชาคม” นั้นเอง โดยความยินยอมพร้อมใจในความหมายข้างต้น ได้แก่ “ความตกลงร่วมกันในปัญหาสำคัญของรัฐธรรมนูญ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขาดไปซึ่งความตกลงพร้อมใจในการสละหรือละทิ้งระบอบกษัตริย์หรือการปกครองอำนาจสมบูรณ์แบบเก่า และการยอมตนในการตกอยู่ภายใต้ระบอบการเมืองการปกครองที่ถูกสถาปนาขึ้นมาใหม่⁵⁴ Kimminich⁵⁵ ได้วิเคราะห์อาการป่วยของสาธารณรัฐไว้มาร์ว่า ตลอดระยะเวลา 14 ปีของสาธารณรัฐไว้มาร์นั้นยังไม่อาจสร้างความชอบธรรมในการใช้อำนาจปกครองได้อย่างแท้จริง ซึ่งความชอบธรรมในการใช้อำนาจปกครองในความหมายของวิชารัฐศาสตร์สมัยใหม่ย่อมหมายถึง “ความยินยอมอย่างแท้จริงของประชาชนต่อระบอบรัฐธรรมนูญ” ความยอมรับเช่นนี้ย่อมหมายความว่า ประชาชนจะต้องยอมรับร่วมกันว่า สถาบันทางการเมืองทั้งหลายที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีเสถียรภาพและต้องช่วยกันป้องกันไม่ให้สถาบันทางการเมืองเหล่านั้นถูกขัดขวางการใช้อำนาจหน้าที่หรือถูกทำลายลงอย่างง่ายดายเกินไป จนทำให้รัฐนั้น ๆ ไม่สามารถจัดตั้งอำนาจปกครองรัฐได้อย่างแท้จริง ในไว้มาร์นั้นไม่เคยมีแม้แต่ขณะเดียวที่จะเกิดการยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยเมื่อความชอบธรรมของระบบการเมืองและสถาบันทางการเมืองเช่นนั้นไม่เกิดขึ้นในรัฐ ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดว่า ระบบการเมืองเช่นนั้นจะต้องพังครืนและล่มสลายลงในที่สุด

4. การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

สังคมการเมืองและประชาธิปไตยของไทยมีปัญหาความล้มลุกคลุกคลานมาตั้งแต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย สาเหตุของความล้มเหลวของประชาธิปไตยไทยนั้นย่อมเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วผ่านทางวรรณกรรมทั้งในด้านกฎหมาย ด้านรัฐศาสตร์ รวมถึงด้านประวัติศาสตร์ ที่ได้อธิบายเรื่องดังกล่าวไว้อย่างค่อนข้างมีความชัดเจน แต่สิ่งที่ผู้เขียนต้องการนำเสนอเพื่อเป็นมิติใหม่ในเรื่องปัญหาของประชาธิปไตยและระบบรัฐธรรมนูญของไทย ได้แก่ ปัญหาในเรื่อง “คุณค่า” ที่ปะทะกันอยู่ในสังคมการเมืองไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นเหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ประชาธิปไตยในประเทศไทยไม่สามารถพัฒนาตนเองไปได้ไกลเท่าที่ควร

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Detlef Lehnert ได้อธิบายเรื่อง ความยินยอมพร้อมใจต่อระบอบการเมืองหรืออำนาจปกครองสมัยกษัตริย์เปรียบเทียบกับสาธารณรัฐไว้มาร์ไว้อย่างน่าสนใจว่า ในการปกครองระบอบกษัตริย์เดิม ระบบความยินยอมพร้อมใจต่อระบอบการเมืองหรืออำนาจปกครองนั้น เกิดขึ้นจากการที่ประชาชนถูกหลอมรวมเข้าไว้ด้วยกันด้วย “ความจงรักภักดี” ต่อองค์พระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นรูปแบบที่เพียงพอที่จะสร้างความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคมการเมืองได้ แต่ในกรณีสาธารณรัฐที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นมาใหม่นั้น จำต้องมีการสร้างหรือสถาปนาระบบแห่งความจงรักภักดีรูปแบบอื่นขึ้นมาแทนที่สถาบันพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเคารพต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งระบบความจงรักภักดีต่อรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ไม่เคยเกิดขึ้นจริงในสาธารณรัฐไว้มาร์ และเป็นปัญหาโดยตรงต่อการจัดระบบระเบียบของสังคมการเมืองในไว้มาร์เป็นอย่างยิ่ง ดู Detlef Lehnert, *supra* note 52, p.399.

⁵⁵ Kimminich, VerGesCh, S. 531, อ้างใน, Werner Frotscher & Bodo Pieroth, *supra* note 50, p.297.

4.1 คุณค่าในทางรัฐธรรมนูญและการผูกพันอยู่กับคุณค่าบางประการของสังคมการเมืองไทย

สังคมไทยเป็นสังคมหนึ่งที่ประชาชนอันเป็นองค์ประกอบนั้นมีความแตกต่างหลากหลายทั้งในทางเชื้อชาติ ศาสนา รวมถึงทัศนคติทางการเมือง ซึ่งความแตกต่างหลากหลายเช่นนี้นักก่อให้เกิดการปะทะกันหรือขัดแย้งกันมากบ้างน้อยบ้างแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้หลายครั้งการปะทะกันเช่นว่านั้นปรากฏตัวในรูปของ “การปะทะกันของคุณค่า” ที่บุคคลหรือภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมให้ความยึดถือเมื่อเรากล่าวให้แคบเข้า เราอาจสรุปได้ว่า “คุณค่า” ที่คนส่วนใหญ่ในสังคมไทยถูกพร่ำสอนมาตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน และใช้เป็นสิ่งที่กำหนดแนวทางในการดำเนินชีวิตของตน ได้แก่ การยึดมั่นในความสามัคคี ความภาคภูมิใจในบรรพบุรุษ การนับถือในพระพุทธศาสนา และการสำนึกในบุญคุณของพระมหากษัตริย์ เป็นต้น⁵⁶ คุณค่าต่าง ๆ เช่นว่านี้แม้ดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจ รวมถึงเป็นทัศนคติพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่มีความแตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม ทัศนคติที่ถูกถือถือว่าเป็นทัศนคติพื้นฐานของสังคมหรือของคนส่วนใหญ่กลับกลายเป็นเงื่อนไขที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการคงอยู่ของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย ทั้งนี้เพราะหากคุณค่าที่คนส่วนใหญ่ยึดถือนั้นเป็นคุณค่าที่สวนทางกับคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย ผู้คนในสังคมการเมืองก็จะไม่รู้สึกริษยิตินร้าย และไม่เห็นความสำคัญของรัฐธรรมนูญ กลุ่มบุคคลต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นทหาร ข้าราชการหรือนักธุรกิจก็สามารถใช้วิธีการต่าง ๆ แหย่อำนาจกันได้เสมอ และย่อมทำให้การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยการใช้กำลังหรือความรุนแรงนั้นเกิดขึ้นได้เสมอ ทั้งนี้โดยอ้างว่าเพื่อเป็นการพิทักษ์คุณค่าอื่นในทางสังคมบางประการที่ถูกถือว่าคุณค่าสูงสุด ทัศนคติของคนส่วนใหญ่หรือการมองเห็นคุณค่าของรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุด⁵⁷

สังคมการเมืองไทยในปัจจุบันเป็นสังคมที่มีการต่อสู้กันระหว่างความพยายามในการนำสังคมไปข้างหน้าตามแนวทางของประเทศตะวันตกที่มีฐานคติในเรื่องความมีเหตุมีผลของมนุษย์ รวมถึงความเชื่อในความสามารถ เสรีภาพ และความยุติธรรม กับความพยายามที่จะรักษาไว้ซึ่งจารีตในทางสังคม วัฒนธรรม และความเป็นไทย⁵⁸ ซึ่งความเคลื่อนไหวในทางสังคมทั้งสองลักษณะดังกล่าวต่างรอเวลาที่จะเข้าปะทะกันและถึงจุดแตกหักในที่สุด ในด้านแรกนั้น สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยให้การรับรองและคุ้มครองถือเป็น “คุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิและเสรีภาพรวมถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดให้เป็นเป้าหมายของรัฐธรรมนูญหรือเป้าหมายในการมีรัฐธรรมนูญ⁵⁹ ในความหมายดังกล่าว รัฐธรรมนูญย่อมเรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการคุ้มครองในขอบเขตที่มากที่สุดหรือทำให้เกิดผลเป็น

⁵⁶ เปรียบเทียบ ธงชัย วินิจจะกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36*, น.19.

⁵⁷ เปรียบเทียบ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, *ความคิด ความรู้ และอำนาจการเมืองในการปฏิวัติสยาม 2475*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2560), น.24.

⁵⁸ เฝิงอว้าง, น.81.

⁵⁹ ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7*, น.68.



จริงได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁶⁰ ตราบเท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่ขัดต่อหลักการหรือคุณค่าอื่น ๆ ที่มาปะทะกันและไม่ถูกจำกัดลงโดยเงื่อนไขบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนด แม้รัฐธรรมนูญไทยแทบทุกฉบับจะได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้เป็นการชัดแจ้ง แต่มีข้อสังเกตว่า สิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญไทยนั้นได้รับการพิจารณาในแง่ “คุณค่าพื้นฐาน” ของรัฐและของสังคมการเมืองน้อยมาก เพราะข้อเรียกร้องในเรื่องผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นอาจมีลักษณะที่คัดง้างหรือขัดกับจารีตทางสังคมและวัฒนธรรมของไทย ดังที่มีผู้สรุปไว้อย่างน่าฟังว่า สังคมไทยเป็นสังคมที่มีพลังน้อยมากที่จะต้องกรกับจารีตในทางสังคมและวัฒนธรรมเดิม และเป็นสังคมที่มีความยากลำบากในการพัฒนาตนเองให้เป็นประชาธิปไตยแบบตะวันตก ทั้งนี้เพราะสังคมไทยเป็นสังคมที่มีการจัดลำดับสูงต่ำอย่างแน่นนอน (hierarchical society) แนวคิดในเรื่องสถานะหรือตำแหน่งแห่งที่ของบุคคลในทางสังคม แสดงออกอย่างชัดเจนถึงความไม่เท่าเทียมกันของคนในสังคมไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบใดก็ตาม และแสดงให้เห็นความเป็นอนุรักษนิยมอย่างสูงในสังคมการเมืองไทย สังคมในลักษณะดังกล่าวจึงค่อนข้างหยุดนิ่งอยู่กับที่ ปราศจากการเคลื่อนไหว ซึ่งขัดกับข้อเท็จจริงที่ว่า สังคมทุกสังคมย่อมมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ⁶¹ ปัญหาดังกล่าวจึงเป็นปัญหาประการสำคัญที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาตนเองของประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในประเทศไทย ที่จำต้องได้รับการแก้ไขทั้งในแง่ของการปรับเปลี่ยนโครงสร้างในทางสังคม รวมถึงการปรับเปลี่ยนทัศนคติในการใช้และการตีความกฎหมายของบรรดาผู้มีหน้าที่ในการใช้และตีความกฎหมายด้วย

4.2 สถาบันพระมหากษัตริย์ไทยในฐานะคุณค่าสูงสุดในรัฐธรรมนูญ

ในรอบหลายปีที่ผ่านมา การอภิปรายที่ดูเหมือนว่าจะเป็นศูนย์กลางของการอภิปรายในเรื่องทางการเมืองไทย ได้แก่ เรื่องสถานะและพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ ผู้เขียนเห็นว่า การอภิปรายเรื่องดังกล่าวเป็นตัวอย่างสำคัญที่สุดของการอภิปรายเรื่อง “คุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ” และ “คุณค่าพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งการอภิปรายเรื่องดังกล่าวก่อให้เกิดแรงสั่นสะเทือนอย่างรุนแรงในสังคมการเมืองไทย และยังหาข้อยุติไม่ได้ ผู้เขียนเชื่อว่าเพื่อให้การอภิปรายในเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นได้จากทุกฝ่ายอย่างแท้จริง ผู้อภิปรายควรวางใจให้เป็นกลาง และลดเป้าหมายทางการเมืองของคำอภิปรายของตนลงเสียบ้าง เพื่อให้มีการแลกเปลี่ยนกันได้อย่างแท้จริง

เป็นที่ยอมรับกันว่า สถาบันพระมหากษัตริย์มีสถานะเป็นทั้งสถาบันทางการเมืองและสถาบันทางวัฒนธรรมที่อยู่คู่สังคมไทยมาเป็นเวลาช้านาน สถานะที่เข้มแข็งของสถาบันพระมหากษัตริย์อาจเรียกได้ว่าเป็น “คุณค่า” ที่สังคมการเมืองไทยยึดถือ และคุณค่าดังกล่าวปรากฏตัวอยู่ทั่วไปทั้งในความรู้สึกนึกคิดของประชาชน รวมถึงในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีคำถามประการสำคัญว่า “คุณค่าของสถาบันพระมหากษัตริย์” ในระบอบการปกครองประชาธิปไตย ถือว่าเป็นคุณค่า

⁶⁰ Robert Alexy, *supra* note 27, p.75.

⁶¹ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, *ประวัติศาสตร์การเมืองไทยสยาม พ.ศ. 2475-2500*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2560), น.23.

สูงสุดในสังคมการเมืองหรือในทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำถามนี้เป็นคำถามสำคัญที่ส่งผลต่อการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายด้วย ในงานทางด้านรัฐศาสตร์ทั้งหลายต่างนำเสนอไปในทิศทางเดียวกันว่า การเขียนรัฐธรรมนูญในเรื่องสถาบันพระมหากษัตริย์ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 นั้นเป็นการแย่งชิงพื้นที่ในแง่คุณค่าระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นคุณค่าในแง่จารีตและวัฒนธรรมกับหลักการประชาธิปไตยโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น สถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญไทยจึงมีลักษณะที่พลวัตรและผันแปรไปตามช่วงเวลา⁶² ความเป็นพลวัตรผันแปรของสถานะของสถาบันกษัตริย์ในทางรัฐธรรมนูญแม้กระทั่งในช่วงที่เปลี่ยนมาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีสาเหตุประการสำคัญมาจาก ความไม่ชัดเจนในการก่อตั้งรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรกว่า รัฐธรรมนูญเกิดจากการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครอง หรือเกิดจากการมอบให้ของผู้ปกครอง⁶³ ปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวยังส่งผลให้ แม้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ซึ่งสถานะของคุณค่าในทางจารีตดังกล่าวว่าจะถูกลดความสำคัญลงก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงยังไม่เคยเกิดความพยายามที่จะท้าทายอำนาจของสถาบันในทางจารีตดังกล่าวจนถึงฐานรากแต่อย่างใด⁶⁴ ยิ่งกว่านั้น สถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ไทยในช่วงเวลา 30 ปีที่ผ่านมากลับได้รับการเชิดชูมากขึ้นเรื่อย ๆ จนทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันที่ศักดิ์สิทธิ์และล่งละเมียดมีได้ในปัจจุบัน⁶⁵

ผู้เขียนขอเรียกสถานการณ์ดังกล่าวว่า “การปะทะกันแห่งคุณค่า” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งเป็นปัญหาในระดับรากฐานของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญในหมวดต่าง ๆ โดยเฉพาะในหมวดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีลักษณะเป็นระบบอันประกอบไปด้วยคุณค่าทั้งหลาย ความตึงามที่ประชาชนยึดถือร่วมกัน รวมถึงวัฒนธรรมอันดีงามของคนในชาตินั้น ซึ่งคุณค่า ความตึงาม รวมทั้งวัฒนธรรมเช่นว่านี้เองที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความคุ้มครอง⁶⁷ และคุณค่าเช่นว่านี้เองที่เป็นสิ่งที่มาเกี่ยวกับการใช้กฎหมาย (Übergesetzliche Werte) หรือเป็น “มาตรในทางคุณค่า” (Wertungsmaßstäbe) ที่การใช้กฎหมายนั้นจะต้องยึดถือเป็นแนวทางเสมอ⁶⁸ แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าบรรดาคุณค่าทั้งหลายที่อยู่ในรัฐธรรมนูญและสังคมการเมืองนั้นอาจมีลักษณะที่ขัดแย้งกันเอง และอาจนำมาสู่สถานการณ์ที่จำต้องมีการตัดสินคุณค่า (Werturteile) ว่าคุณค่าใดจะมีน้ำหนักมากกว่าหรือสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่า ในรัฐธรรมนูญไทยนั้นเป็นตัวอย่างอันดีที่อาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตัดสินคุณค่าเป็นเบื้องต้น ก่อนที่จะชี้ขาดได้ว่า จะใช้และตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายไปในทิศทางใด ในรัฐธรรมนูญ

⁶² สมชาย ปรีชาศิลปกุล, นี่คือปณิธานที่หาญมุ่ง ช้อดกเถียงว่าด้วยสถาบันพระมหากษัตริย์ในองค์กรจัดทำรัฐธรรมนูญของไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2550, พิมพ์ครั้งที่ 1, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2561), น.8.

⁶³ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 57, น.11.

⁶⁴ ธงชัย วินิจจะกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น.19; เปรียบเทียบ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 61, น.102.

⁶⁵ ธงชัย วินิจจะกุล, เพิ่งอ้าง, น.14.

⁶⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น.6.

⁶⁷ ดู Robert Alexy, *supra* note 27, p.128.

⁶⁸ Karl Larenz, *supra* note 14, p.118.



ไทยมีสิ่งที่แสดงถึงคุณค่าหลายประการที่ขัดแย้งกัน และยังมีทั้งความเห็นร่วมกันในทางวิชาการและในทางสังคมว่าคุณค่าใดจะมีน้ำหนักมากกว่ากันในกรณีที่คุณค่าเช่นนั้นขัดหรือแย้งกัน ปัญหาประการสำคัญได้แก่การปะทะกันเรื่อง “คุณค่าของประมุขแห่งรัฐ” กับ “หลักประชาธิปไตย” และ “สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน” ที่ท้าทายผู้มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายว่าจะใช้คุณค่าใดเป็นเป้าหมายในการใช้และตีความกฎหมายของตน ในรัฐธรรมนูญไทยนั้น “องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้”⁶⁹ ซึ่งในแง่คุณค่าและในทางจารีตแล้วย่อมเป็นที่เข้าใจว่า “บทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญได้ยกย่องสถาบันพระมหากษัตริย์ เพราะพระองค์ทรงเป็นพระประมุขของปวงชนชาวไทย ทำให้พระองค์มีสถานะสูงกว่าปวงชนชาวไทย และถือว่าเป็นหน้าที่ของราษฎรตามรัฐธรรมนูญที่จะต้องให้ความเคารพ ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว แม้ไม่มีการลงโทษตามกฎหมาย แต่ก็อาจมีโทษทางสังคมอยู่นั่นเอง”⁷⁰ ทั้งนี้คำว่า “ผู้ใดจะละเมิดมิได้” นั้นหมายความว่า “ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนทั้งหลายมีอำนาจกระทำการที่เป็นการดำเนินคดีต่อพระมหากษัตริย์ และไม่อาจฟ้องร้ององค์พระมหากษัตริย์ทั้งในทางแพ่งและทางอาญาด้วย”⁷¹ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก “พระมหากษัตริย์ทำผิดไม่ได้” (The King can do no wrong)⁷² เป็นที่น่าสังเกตว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีลักษณะเป็นการสถาปนา “ความเป็นคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญและในสังคมการเมือง” ขององค์พระมหากษัตริย์ เหนือคุณค่าอื่น ๆ ที่ดำรงอยู่ในสังคมการเมืองในขณะเดียวกัน ซึ่งทางวิชาการนั้นถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการตัดสินคุณค่าและการจัดวางโครงสร้างของคุณค่าในขั้นตอนของการสถาปนารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้เคยนำเสนอไปในตอนต้น ในรัฐธรรมนูญของสังคมการเมืองประชาธิปไตยนั้นจะไม่ถือว่าคุณค่าใดคุณค่าหนึ่งเป็น “คุณค่าสูงสุดในสังคมการเมือง” (Der höchste Wert) หรือเป็น “คุณค่าที่แตะต้องไม่ได้” (unantastbar; untouchable) ทั้งนี้เพราะการถือคุณค่าที่สัมบูรณ์ในแนวทางดังกล่าวนี้จะมีลักษณะที่บีบบังคับเอาคุณค่าในสังคมการเมืองประการอื่น ๆ ที่ปรากฏตัวอยู่ในขณะเดียวกันนั้น ให้ต้องให้ความเคารพโดยปราศจากเงื่อนไขด้วย⁷³ ทั้งนี้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นจะมีคุณค่าประการอื่น ๆ ที่เป็นเป้าหมายในการมีรัฐธรรมนูญปรากฏตัวอยู่และอาจถือได้ว่าเป็นคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญด้วย คุณค่าเช่นนั้นได้แก่ “คุณค่าพื้นฐานในแง่ความเป็นคน” หรือที่รัฐธรรมนูญเรียกว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Menschenwürde; Human Dignity) รวมถึง การยอมรับให้มนุษย์มีอิสระในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง (Freie Entfaltung der Persönlichkeit)⁷⁴ และเมื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นแกนกลางของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560, มาตรา 6.

⁷⁰ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์, (กรุงเทพ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น.14.

⁷¹ เท่งอ้วน, น.17 – 19.

⁷² สมชาย ปรีชาศิลปกุล, อ้วนแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น.104.

⁷³ Hans Kelsen, *supra* note 22, p.236.

⁷⁴ Jan Schapp, “Über die Freiheit im Recht,” *AcP*, Vol. 192, 355, p.356 (1992); Wolfgang Rüfner, “Grundrechtskonflikte,” *FG BVerfG* (1976), 453, p.463 (1976).

ทั้งปวงด้วย กล่าวคือ การรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายย่อมมีพื้นฐานมากจากการยอมรับและเคารพในศักดิ์ศรีความมนุษย์ทั้งสิ้น⁷⁵ ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากคุณค่าพื้นฐานเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว มนุษย์ทุกคนย่อมจะกล่าวอ้างต่อไปได้ว่า ตนเองย่อมมีอิสระหรือมีเสรีภาพที่จะใช้ชีวิตโดยปราศจากความกลัวจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ มีอิสระที่จะกระทำการอันใดก็ได้ อย่างมีเหตุมีผลและมีสัมปชัญญะ (Freiheit zu dem vernünftigen Handeln) ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องต่อรัฐให้ปฏิบัติต่อตนเองอย่างเสมอภาคกับบุคคลอื่น รวมถึงสามารถที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามความเชื่อหรือมโนสำนึกแห่งตน และสามารถที่จะพูดหรือแสดงความคิดเห็นภายใต้กฎหมายได้ตามที่ใจปรารถนา เมื่อพิจารณาจากคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วนั้น การกำหนดให้คุณค่าในแง่ตัวบุคคลเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญและของสังคมการเมืองนั้น อาจไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รวมถึงอาจส่งผลกระทบต่อแนวทางการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งหลายด้วย ปัญหาในประการเช่นว่านี้เป็นปัญหาที่ยังไม่มีทางออกที่แน่ชัดนักในสังคมไทย

4.3 การปะทะกันระหว่างคุณค่าในสังคมการเมืองไทยกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

ตัวอย่างสำคัญของการปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ได้แก่ กรณีของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และคุณค่าอื่น ๆ ที่สังคมให้การเคารพยึดถือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณค่าของสถาบันพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญไทยได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเอาไว้เป็นการเฉพาะ⁷⁶ และถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นคุณค่าประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้เมื่อเราพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะระบบแห่งคุณค่า (Objektive Wertordnung; objective order of values)⁷⁷ หรือในมุมมองทางภาวะวิสัย (Objektive Seite der Grundrechte) เราจะพบว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลให้รัฐกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีความหมายและความสำคัญในแง่คุณค่า กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีความหมายและความสำคัญต่อการใช้และการตีความกฎหมายในภาพรวมทั้งหมดของรัฐด้วย และต้องถือว่า การใช้และการตีความกฎหมายทั้งหลายนั้นต้องมีเป้าหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพของสื่อสารมวลชน ย่อมคุ้มครองบุคคลสื่อสารมวลชน หรือหนังสือพิมพ์จากการใช้อำนาจรัฐที่มากระทบต่อความเป็นอิสระในการใช้เสรีภาพ

⁷⁵ Udo Di Fabio, *supra* note 6, p.6.

⁷⁶ มาตรา 34 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน”

⁷⁷ โปรตุเกส ต่อมพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 7, น.115 - 123.



เช่นว่านั้น แต่ในขณะเดียวกัน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมถึงเสรีภาพของสื่อสารมวลชนย่อมมีลักษณะเป็น “คุณค่า” ของสังคมการเมืองประชาธิปไตย และดังนั้นรัฐจึงไม่ได้มีเพียงหน้าที่ในการดเว้นการใช้อำนาจที่เป็นการจำกัดและกระทบต่อความเป็นอิสระของบุคคลและสื่อสารมวลชนเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่กำหนดเงื่อนไขทั้งหลายที่จะทำให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพของสื่อสารมวลชนมีผลได้อย่างแท้จริงและอย่างมีประสิทธิภาพด้วย⁷⁸ นอกจากนี้ในอีกด้านหนึ่ง การที่รัฐรับรองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและเสรีภาพของสื่อสารมวลชนในฐานะคุณค่าพื้นฐานย่อมเท่ากับรัฐยอมรับและส่งเสริมคุณค่าของระบอบประชาธิปไตย รวมถึงช่วยให้การดำรงชีวิตในสังคมการเมืองนั้น ๆ เป็นไปตามแนวทางประชาธิปไตยอีกทางหนึ่งด้วย⁷⁹ ดังนั้นการใช้การตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าว นอกจากจะต้องคำนึงถึงการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานและเงื่อนไขการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งแล้ว ยังต้องใช้และตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นให้สอดคล้องกับระบบการเมืองการปกครองและระบอบประชาธิปไตยซึ่งเป็นคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านี้ด้วย

อย่างไรก็ตามในทางกฎหมายและสังคมการเมืองไทยนั้นกลับพบคำถามว่า การใช้การตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองและศาลเป็นไปในแนวทางที่จะคุ้มครอง “คุณค่า” ของสิทธิขั้นพื้นฐานเพียงใด ตัวอย่างสำคัญที่กำลังเป็นที่สนใจของนักวิชาการรวมถึงสาธารณชนทั้งหลาย ได้แก่ ปัญหาการใช้การตีความมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁸⁰ ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่แสดงให้เห็นถึง “การปะทะกันของคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ” ที่มีความชัดเจนมากที่สุด วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁸¹ อธิบายว่า ในแง่ตัวบทของมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว มีปัญหาอย่างน้อยที่สุด 3 ประการด้วยกัน ประการแรก ได้แก่ ปัญหาขอบเขตความคุ้มครองของบทบัญญัติดังกล่าวที่นอกจากจะคุ้มครองประมุขของรัฐไว้เป็นพิเศษแล้ว ยังได้คุ้มครองพระราชินี รัชทายาท รวมถึงผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ไว้เท่ากับประมุขของรัฐด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่หาเหตุผลรองรับได้ยาก ประการที่สอง ได้แก่ ปัญหาอัตราโทษที่กำหนดโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี ซึ่งเป็นการกำหนดอัตราโทษโดยขาดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย รวมถึงประการสุดท้าย ได้แก่ การที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าว ไม่มีการกำหนดเหตุที่ผู้กระทำความผิดอาจกระทำได้อันไม่ถือว่าเป็นความผิดในกรณีที่มีการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต หรือตีความด้วยความเป็นธรรมในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับราชการแผ่นดิน การรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญหรือประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ ซึ่งประชาชนในระบอบประชาธิปไตยต้องสามารถกระทำได้

⁷⁸ Donald P. Kommers, and Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3th edition, (Durham and London: Duke University Press Books, 2012), p.58.

⁷⁹ *Ibid.*; Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive und als objektive Normen,” *Der Staat*, Vol. 29, 49, p.59 (1990).

⁸⁰ มาตรา 112 *ประมวลกฎหมายอาญา* บัญญัติว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้าย พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี”

⁸¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ด้วยกฎหมายและอุดมการณ์: รวมบทอภิปรายและบทสัมภาษณ์*, (กรุงเทพฯ: Shine Publishing House, 2558), น.363 – 365.

แม้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะมีปัญหาสำคัญอย่างน้อย 3 ประการดังกล่าวก็ตาม แต่ปัญหาที่สำคัญมากที่สุดกลับเป็นปัญหาเรื่องการใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าว เพราะปัญหาการใช้การตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยฝ่ายปกครองและศาลนั้นเป็นปัญหาที่แสดงออกโดยตรงถึงอุดมการณ์ประชาธิปไตยของผู้ทรงอำนาจในการตีความกฎหมาย⁸² ทั้งนี้เพราะแม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดเจตจำนงของกฎหมายในเรื่องนั้นก็ตาม แต่ในการกำหนดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีเจตจำนงอย่างไรและใช้ได้ขอบเขตเพียงใดนั้นกลับตกอยู่ในมือของผู้ทรงอำนาจในการใช้และตีความกฎหมาย ในแง่การใช้การตีความบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะพบว่าทั้งในกรณีของตำรวจและอัยการรวมถึงศาลได้ตีความขอบเขตของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวให้รวมถึงการกระทำที่ไม่ลักษณะเป็นการหมิ่นประมาท การดูหมิ่น หรือการอาฆาตมาดร้าย แต่เป็นเพียงการกระทำที่ไม่สมควร การกระทำที่มีลักษณะไม่เคารพ ไม่นับถือด้วย ซึ่งทำให้มาตราดังกล่าวมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างขวาง และก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของผู้ที่แสดงความเห็นในเรื่องดังกล่าว และในหลายกรณีบุคคลจำนวนมากเลือกที่จะ “เซ็นเซอร์ตัวเอง” ด้วยการไม่ใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นเลย⁸³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁸⁴ สรุปความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างน่าฟังว่า การใช้การตีความบทบัญญัติมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับอุดมการณ์ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ และไม่ใช้และตีความกฎหมายเพื่อรับใช้อุดมการณ์ของการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพ้นสมัยเสียแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอขยายความต่อไปว่า ปัญหาในเรื่องดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องการตัดสินคุณค่า (Werturteil) ของผู้ทรงอำนาจในการใช้และตีความกฎหมาย⁸⁵ ซึ่งปัญหาเรื่องคุณค่านี้เองที่จะเป็นธงนำในการใช้และตีความกฎหมายของผู้ทรงอำนาจเช่นว่านั้น ทั้งนี้ต้องยอมรับว่า ปัญหาในเรื่องดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องการปะทะกันของคุณค่าสองประการในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่สถานะของพระมหากษัตริย์อันเป็นที่เคารพสักการะและล่วงละเมิดไม่ได้ กับสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งผู้ใช้และตีความกฎหมายโดยเฉพาะศาลนั้นจะต้องทำการตัดสินคุณค่าและปรับใช้กฎหมายนั้นให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานของสังคมการเมือง ในเรื่องการตัดสินคุณค่านั้นแม้จะสามารถใช้วิธีการจัดลำดับคุณค่าหรือการเปรียบเทียบคุณค่า (Komparative Werturteile)⁸⁶ ระหว่างคุณค่าสองประการที่มาปะทะกันว่าคุณค่าใดมีน้ำหนักมากกว่าหรือสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าสำหรับกรณีนั้น ๆ ก็ตาม แต่ในการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณค่าสองประการ หรือระหว่างคุณค่าในทาง

⁸² เติ้งอว้าง, น.365.

⁸³ ปิยบุตร แสงกนกกุล, ศาลรัฐประหาร ตุลาการ ระบอบเผด็จการ และนิติรัฐประหาร, พิมพ์ครั้งที่ 1, (นันทบุรี: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2560), น.44 – 45.

⁸⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถ*ที่ 81, หน้า 366.

⁸⁵ “การตัดสินคุณค่าของข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือปัญหาใดปัญหาหนึ่งนั้นมีโอกาสเกิดขึ้นได้มาก ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นกำหนดล้อยค่าที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriffe) หรือใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการทั่วไป (Generalklauseln) ที่เปิดโอกาสให้ผู้ใช้และตีความกฎหมายโดยเฉพาะศาลสามารถปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายนั้นได้อย่างหลากหลาย

⁸⁶ Robert Alexy, *supra* note 27, pp.128 - 129.



รัฐธรรมนูญกับสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น จะต้องไม่ทำให้หลักการหรือคุณค่าประการใดประการหนึ่งที่มาปะทะกันนั้นสิ้นผลบังคับลงไปด้วยสิ้นเชิงหรือถูกทำลายสาระสำคัญลงไปในตัวเอง ทั้งนี้ผู้ใช้และตีความกฎหมายจะต้องพยายามให้คุณค่าทั้งหลายที่มาปะทะกันนั้นมีผลทางกฎหมายหรือได้รับความคุ้มครองมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วย⁸⁷

4.4 การชั่งน้ำหนักและการประสานคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ : ทางออกทางกฎหมายของวิกฤตีสังคมการเมืองไทย

ดังที่ Carl Schmitt⁸⁸ ได้เคยกล่าวไว้ว่า ในสังคมการเมืองนั้นจะมีสภาวะการณ์ “การปะทะกันแห่งคุณค่า” ที่ผู้คนกลุ่มต่าง ๆ ยึดถือเสมอ คุณค่าดังกล่าวจึงเกิดลักษณะที่แข่งขันซึ่งกันและกัน และการแข่งขันดังกล่าวสามารถพัฒนาไปเป็นความขัดแย้งในเรื่องผลประโยชน์ทางการเมืองได้ด้วย ดังนั้นในการแก้ปัญหาดังกล่าว แม้เราจะยอมรับสิ่งที่เรียกว่า “การเปรียบเทียบคุณค่า” หรือ “การจัดลำดับคุณค่าก็ตาม” แต่ในสังคมการเมืองประชาธิปไตยนั้น ไม่อาจยอมรับให้คุณค่าใดคุณค่าหนึ่งโดยเฉพาะ “ตัวบุคคล” เป็นคุณค่าสูงสุดในสังคมการเมืองอันจะต้องไม่ได้ การยึดถือคุณค่าในแนวทางดังกล่าวย่อมทำให้รัฐสามารถอ้าง “คุณค่า” ดังกล่าวบังคับเอากับประชาชนให้ต้องให้ความเคารพหรือยอมรับคุณค่าเช่นนั้นโดยปราศจากเงื่อนไขด้วย ทั้งนี้แม้ว่าประชาชนอาจยึดถือคุณค่าในแนวทางที่แตกต่างกันออกไปก็ได้⁸⁹ ซึ่งในแนวทางดังกล่าวย่อมเป็นการทำลายคุณค่าอื่น ๆ ลงโดยสิ้นเชิงด้วย ในทางตรงข้ามรัฐที่เป็นประชาธิปไตยนั้นจะต้องเปิดโอกาสให้คุณค่าทั้งหลายที่อาจแตกต่างหรือขัดแย้งกันนั้น “มีพื้นที่ในสังคมการเมือง” และมีโอกาสในการพัฒนาตนเองหรือพัฒนาอุดมการณ์แห่งคุณค่านั้นได้ด้วย ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาในทางทฤษฎีกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า “การชั่งน้ำหนัก” (Abwägung; weighing) และ “การประสานคุณค่า” (Harmonisierung)

บรรดาสหิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายซึ่งมีลักษณะเป็น “หลักการ” (principle) และ “คุณค่า” (Werte; Values) ไม่ได้มีลักษณะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะเด็ดขาดตายตัว (Definitive ought) หากแต่มีลักษณะที่ใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับ “กฎเกณฑ์” “หลักการ” และ “คุณค่า” อื่น ๆ ที่มีผลบังคับอยู่ในขณะเดียวกัน และในกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายปะทะกันเอง หรือปะทะกับคุณค่าอื่น ๆ ที่อยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ จะไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดหรือคุณค่าใดที่มีสถานะสูงสุดเด็ดขาดหรือจะต้องไม่ได้ หากแต่ผู้ใช้และตีความกฎหมายจะต้องพยายามให้สิทธิขั้นพื้นฐานและคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญทั้งหลายมีผลไปพร้อมกัน และในขอบเขตที่มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในทางวิชาการเราเรียกหลักการใช้และตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า “หลักการตีความรัฐธรรมนูญให้มีผลบังคับทุกมาตรา” หรือ “หลักการตีความรัฐธรรมนูญให้เกิดความเป็นเอกภาพ” (Grundsatz der Einheit der Verfassung) ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องว่า สิทธิขั้นพื้นฐานรวมถึงคุณค่าทั้งหลายในระดับรัฐธรรมนูญ จะต้องได้รับการพิจารณาร่วมกันในระบบที่มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและสอดคล้อง

⁸⁷ Ibid, p.81.

⁸⁸ Carl Schmitt, *supra* note 4, p.49.

⁸⁹ เปรียบเทียบ Hans Kelsen, *supra* note 22, p.236.

ประสานเชื่อมโยงกัน ดังนั้นการใช้และการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจึงต้องพิเคราะห์ถึงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของระบบดังกล่าวด้วย⁹⁰ ดังนั้นเมื่อเกิดกรณีที่มีการปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานหรือระหว่างคุณค่าทั้งหลายตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีเช่นว่านั้นผู้ใช้และตีความกฎหมายพึงระลึกเสมอว่า ในระบบของรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นเอกภาพเช่นว่านั้น ไม่อาจถือได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใดหรือคุณค่าใดที่มีลักษณะสัมบูรณ์ อันคุณค่าในลักษณะอื่น ๆ ไม่อาจขัดแย้งได้ หากแต่ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักเป็นกรณีไปว่า ในสถานการณ์เฉพาะนั้นคุณค่าใดมีน้ำหนักกว่ากัน และทำอย่างไรที่จะให้สิทธิขั้นพื้นฐานและคุณค่าทั้งหลายมีผลไปด้วยกัน หรือมีผลมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ด้วย⁹¹ เราเรียกวิธีการแก้ปัญหการปะทะกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานและคุณค่าทางรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ได้ว่า “การประนอมสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Grundrechtsvergleich) หรือ “การชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีสถานะเท่าเทียมกัน” (Rechtsgüterabwägung zwischen verschiedenen gleichrangigen Grundrechten)⁹²

ผู้เขียนเห็นว่าหลักในทางกฎหมายมหาชนเรื่อง “การชั่งน้ำหนักและการประสานคุณค่า” ดังกล่าวนั้น สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยได้ และผู้ที่มีหน้าที่นำหลักการเช่นว่านั้นมาใช้ได้แก่ผู้ทรงอำนาจในการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งได้แก่ฝ่ายปกครองและองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ผู้ใช้และตีความกฎหมายอาจสามารถที่จะอ้างได้ว่า การใช้การตีความกฎหมายของตนนั้นเป็นไปเพื่อพิทักษ์คุณค่าใดในสังคมการเมือง แต่ทั้งนี้ผู้ใช้และตีความกฎหมายพึงระลึกว่า การใช้การตีความกฎหมายของตนนั้นจะต้องสอดคล้องกับคุณค่าของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วยการยอมรับคุณค่าใดว่าเป็นคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่บังคับเข้ากับคุณค่าอื่น ๆ ในลักษณะที่ทำให้คุณค่าอื่น ๆ ที่ปรากฏตัวอยู่ในสังคมการเมืองด้วยนั้นสิ้นผลบังคับ หรือถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิงด้วย กล่าวให้แคบเข้า ทั้งฝ่ายปกครองและศาลที่ต้องชี้ขาดกรณีที่เกี่ยวข้องกับ “สถานะขององค์พระมหากษัตริย์” กับการใช้สิทธิเสรีภาพ โดยเฉพาะเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนนั้น จะต้องพยายามตีความกฎหมายเพื่อรักษาคุณค่าในทั้งสองประการไปพร้อมกัน กล่าวคือการรักษาคุณค่าขององค์พระมหากษัตริย์ในฐานะคุณค่าในทางจารีตและวัฒนธรรมอันดีงามที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ กับการรักษาไว้ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ดังนั้นในกรณีที่ไม่ได้ความชัดเจนว่าการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะการแสดงความคิดเห็นนั้น เป็นการทำลายหรือลดคุณค่าของสถาบันพระมหากษัตริย์ลงโดยสิ้นเชิง หรือเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ฝ่ายปกครองและศาลจะต้องยอม

⁹⁰ Andreas Fischer-Lescano, “Kritik der praktischen Konkordanz,” *Kritische Justiz*, Vol. 41, No. 2, 166, p.171 (2008).

⁹¹ ดู Karsten Fehn, “Grundrecht versus Grundrecht – Die Problematik der Grundrechtskollision anhand von Fällen,” *VR*, Vol. 40, 413, p.420 (1994); Herbert Bethe, Grundrechtskollision, *Handbuch der Grundrechte, Band III, Grundrecht in Deutschland, Allgemeine Lehren*, (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), § 72 Rn. 86 ff.; Heiner Blaesing, *Grundrechtskollision*, (Diss. Bochum, 1974), p.5; Gabriele Britz, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch “grundrechtliches Vorverfahren,” *Der Staat*, Vol. 42, 35, p.36 (2003).

⁹² Karsten Fehn, *ibid*, p.420; Nils Jansen, “Die Abwägung von Grundrechten,” *Der Staat*, Vol. 36, p.27 (1997); Ulrich Vosgerau, “Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen: Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik,” *AöR*, Vol. 133, 346, p.350 (2008).



ให้บุคคลสามารถใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเป็นคุณค่าสำคัญในทางรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตยด้วย ทั้งนี้มีข้อสังเกตประการสุดท้ายว่า ความพยายามในการประสานคุณค่าด้วยวิธีการดังกล่าว นั้น มิได้เป็นผลต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น แต่ยังมีผลเป็นการรักษาคุณค่าและสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ด้วย ทั้งนี้เพราะเมื่อใดก็ตามที่รัฐถือคุณค่าใดคุณค่าหนึ่งเป็นคุณค่าสัมบูรณ์ในสังคมการเมือง ย่อมนำมาซึ่งความขัดแย้งหรือการต่อต้านจากความพยายามในการรักษาคุณค่าในประการอื่นด้วย การประสานคุณค่าในสังคมการเมืองและรัฐธรรมนูญผ่านการใช้และการตีความกฎหมายนั้น จึงเป็นทั้งการรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ ระบอบประชาธิปไตย และสถานะขององค์พระมหากษัตริย์ให้มั่นคงสถาพรต่อไป ทั้งนี้ในสถานการณ์ที่มีการปะทะกันแห่งคุณค่าตามรัฐธรรมนูญและในสังคมเมืองนั้น ศาลไม่ได้ถูกเรียกร้องให้ต้องมีความรับผิดชอบในการชี้ขาดสถานการณ์เช่นนั้นเท่านั้น แต่ศาลย่อมถูกเรียกร้องด้วยว่า จะต้องชี้ขาดหรือตัดสินคุณค่านั้นอย่างเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดด้วย