

“สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในกฎหมาย รัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิด ทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?

บุณเทพ ศิรินพวงศ์**

บทคัดย่อ

งานศึกษานี้ทบทวนเจตนารมณ์และความเป็นมาของบทบัญญัติว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระบอบรัฐธรรมนูญไทย และเปรียบเทียบกับกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีภายใต้กรอบความคิดเรื่อง “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” โดยพิจารณาหลักพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่สำคัญสามกรณีคือ กรณีการประกาศการสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐาน กรณีการยุบพรรคการเมืองที่มุ่งล้มล้างระบอบประชาธิปไตย และกรณีการรับรองสิทธิต่อต้านข้อขัดข้องการล้มล้างการปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยจะเป็นกรณีของ “การรับเข้า” แนวความคิดทางรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ แต่ทว่าบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญไทย ตลอดจนคำอธิบายและแนวคำวินิจฉัยพิพากษาที่เกี่ยวข้องนั้นกลับมีความหมายที่แตกต่างไปจากความคิดอันเป็นต้นฉบับที่รับเอามา จนอาจเรียกได้ว่าเป็นกรณี “การกลายพันธุ์” ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ

* สรุปรายงานการวิจัยเรื่อง ““สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย: การกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ?” เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และได้รับอนุมัติในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2560

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



Abstract

This research aims to reread the purpose and background of the provisions on “rights to protect the Constitution” in the Thai constitutional system, by comparing with a principle of militant democracy in the Basic Law of the Federal Republic of Germany. Three safeguards in the German constitution will be considered, namely the forfeiture of basic rights, the dissolution of political parties and the right of resistance. From the comparative perspective, those provisions in the Thai constitutional system are examples of the migration of constitutional ideas from abroad, but when considering an explanation and practice of such ideas in the Thai constitutional system, the “Thai-style” meaning is very different from the original meaning. It seems to be that this transplantation leads to the “mutation effect”.

1. บทนำ: การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญและการกลายพันธุ์ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ

การศึกษาปรากฏการณ์ว่าด้วย “การรับเข้ากฎหมาย” เป็นแนวทางการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบที่มุ่งทำความเข้าใจพลวัตอันซับซ้อนของการถ่ายโอนกฎหมายข้ามอาณาเขตอันส่งผลให้ระบบกฎหมายต่าง ๆ มีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันและนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงตนเอง¹ โดยเริ่มต้นจากความคิดของ Alan Watson ที่เสนอไว้ในหนังสือเรื่อง “การปลูกถ่ายกฎหมาย” (Legal Transplants) ว่าพัฒนาการของกฎหมายเอกชนในโลกตะวันตกนั้นมีรากฐานที่สำคัญมาจากการปลูกถ่ายกฎหมายในลักษณะการถ่ายโอนเคลื่อนย้ายกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากระบบกฎหมายหนึ่งไปยังอีกระบบกฎหมายหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นมาได้แม้จะมีความแตกต่างเชิงสังคมและวัฒนธรรมระหว่างกัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นเป็นอิสระจากบริบททางสังคม เศรษฐกิจ ภูมิศาสตร์ และการเมืองของแหล่งที่มาอันเป็นต้นกำเนิดแห่งกฎเกณฑ์ดังกล่าว²

ความคิดดังกล่าวของ Watson เป็นปฏิปักษ์กับแนวคิดที่มองว่ากฎหมายเป็นกระเจกสะท้อนของสังคมซึ่งอธิบายระบบกฎหมายในฐานะผลิตผลของจิตวิญญาณประจำชาติอันยึดโยงอยู่กับบริบทแวดล้อมของสังคมที่ก่อตั้งกฎเกณฑ์นั้น ๆ ขึ้น³ โดย Pierre Legrand วิเคราะห์ความคิดของ Watson และโต้แย้งว่าการปลูกถ่ายกฎหมายเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ เพราะการปรากฏขึ้นของกฎเกณฑ์แต่ละกฎเกณฑ์นั้นไม่สามารถที่จะแยกออกจากความหมายของกฎเกณฑ์ดังกล่าวซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมตามเงื่อนไขทางประวัติศาสตร์และวัฒนธรรม ดังนี้ กฎหมายจึงไม่อาจเคลื่อนย้ายไปไหนได้ เนื่องจากความหมายของกฎเกณฑ์นั้นไม่สามารถจะเดินทางจากแหล่งกำเนิดไปยังจุดหมายปลายทางได้โดยที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลง⁴

แม้ในทางทฤษฎีจะมีการโต้แย้งถึงความเป็นไป(ไม่)ได้ของการที่ระบบกฎหมายหนึ่งจะรับเข้ากฎหมายจากอีกระบบกฎหมายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นกลับชัดเจนว่าปรากฏการณ์การรับเข้ากฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นทั่วไปไม่ว่าจะในพรมแดนของกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม⁵ หากกล่าวโดยเฉพาะในแดนของกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น การรับเข้ากฎหมายจากต่างประเทศได้กลายมาเป็นการปกติแห่งยุคสมัย ดังข้อสังเกตของ Robert Goodwin ที่ว่า “หากอ่านบรรดาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญประเทศต่าง ๆ แล้ว ย่อมสังเกตได้อย่าง

¹ Vlad Perju, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations,” in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 1305.

² Alan Watson, *Legal transplants* (1974).

³ V. Perju, *supra* note 1, p. 1309.

⁴ Pierre Legrand, “The Impossibility of Legal Transplant,” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 111-124.

⁵ V. Perju, *supra* note 1, p. 1305.



ชัดเจนว่าถ้อยคำภาษานั้นมีความเหมือนกันมาก และหากไปอ่านประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศก็จะพบได้อย่างชัดเจนว่าได้มีการจงใจหยิบยืมความคิดจากที่อื่นมาอย่างมาก”⁶

ในวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบภาษากฎหมายอังกฤษมีการใช้คำอุปมาอุปไมย (metaphors) ที่หลากหลายเพื่อหมายถึงปรากฏการณ์การรับเข้ากฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น การปลูกถ่าย (transplants)⁷ การหยิบยืม (borrowing)⁸ การเคลื่อนย้าย (migration)⁹ หรือการโอนย้าย (transferrer)¹⁰ เป็นต้น โดยผู้เลือกใช้อุปมาอุปไมยแต่ละอันต่างก็มีเหตุผลสนับสนุนแนวทางของตนและโต้แย้งอุปมาอุปไมยในลักษณะอื่นที่แตกต่างกันไป

การรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญอาจปรากฏได้ทั้งในชั้นของกระบวนการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น และชั้นของการใช้การตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญในภายหลัง ซึ่งอาจเป็นเพียงการรับเข้ากลไกอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือโครงสร้างของสถาบันทางการเมืองในภาพใหญ่ รวมไปถึงการรับเข้าวิถีวิธีทางรัฐธรรมนูญอย่างกรณีของแนวคิดด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ¹¹ โดยมีเหตุผลหลายประการที่สนับสนุนให้ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญต่าง ๆ รับเอาความคิดจากที่อื่นมาเป็นต้นแบบ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการประหยัดต้นทุน การอ้างอิงความชอบธรรม หรือตลอดจนถึงการไม่สามารถปฏิเสธคุณค่าอันเป็นบรรทัดฐานสากลอย่างแนวคิดเสรีประชาธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ ความเป็นอิสระของตุลาการ หรือการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้¹²

อนึ่ง มีข้อสังเกตที่น่าสนใจเกี่ยวกับการรับกฎหมายต่างประเทศโดย Franz Wieacker ซึ่งมองการรับกฎหมายในฐานะ “กระบวนการ” และอธิบายว่าการรับกฎหมายไม่ใช่การกระทำที่เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว แต่เป็นกระบวนการที่ประกอบขึ้นจากการกระทำหลายการกระทำ และเหตุการณ์หลายเหตุการณ์อันทำให้กฎหมายเกิดความเปลี่ยนแปลง ซึ่งรวมทั้งการรับเข้ามาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย การปรับใช้กฎหมาย การเรียนรู้ทำความเข้าใจกฎหมายที่รับเข้ามา ตลอดจนทัศนคติของผู้คนในสังคมต่อกฎหมายที่รับมา ดังนั้นแล้ว การรับกฎหมายจึงไม่ใช่เป็นเพียงการรับตัวบท

⁶ 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), 223.

⁷ Horacio Spector, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect,” *Chicago-Kent Law Review* 83 (2008), pp. 129-145.

⁸ Wiktor Osiatynski, “Paradoxes of constitutional borrowing,” *I.CON* 1 (2003), pp. 244-268; Lee Epstein and Jack Knight, “Constitutional borrowing and nonborrowing,” *I.CON* 1 (2003), pp. 196-223.

⁹ Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, 2006).

¹⁰ Günter Frankenberg, “Constitutional transfer: The IKEA theory revisited,” *I.CON* 8 (2010), pp. 563-579.

¹¹ V. Perju, *supra* note 1, pp. 1313-1315.

¹² V. Perju, *supra* note 1, pp. 1317-1319.

กฎหมายหรือการสร้างตัวบทกฎหมายตามแนวทางของต้นแบบที่รับมาเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการที่มุ่งเน้นการเรียนรู้และทำความเข้าใจในกฎหมายที่รับมาอย่างเป็นเหตุเป็นผล¹³

ทั้งนี้ ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าการรับเข้ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะล้มเหลวไม่ประสบความสำเร็จจนเงื่อนไขปัจจัยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการรับเข้ามาโดยไม่สอดคล้องกับวัฒนธรรมทางกฎหมายเดิมของสังคมหรือเป็นการรับเข้ามาโดยที่ไม่เข้าใจความหมายแท้จริงบนเหตุของการสื่อสารที่ผิดพลาด การขาดความเข้าใจบริบท หรือการแปลความไม่ถูกต้อง¹⁴ ในบางกรณีความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้ามาก็อาจถูกให้ความหมายใหม่จนแตกต่างไปจากความหมายเดิม และใช้ครอบคลุมไปถึงสถานการณ์ต่าง ๆ ที่พ้นไปจากขอบเขตการบังคับใช้แบบต้นฉบับ ซึ่งอาจเรียกปรากฏการณ์ในกรณีนี้ว่าเป็น “การกลายพันธุ์” (Mutation effect) ของความคิดทางรัฐธรรมนูญที่รับเข้าจากต่างประเทศ¹⁵

2. คำอธิบายทางทฤษฎีรัฐธรรมนูญว่าด้วย “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้”: แม่แบบความคิดว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ”

หลัก “ประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” เป็นคำที่แปลมาจากคำว่า Wehrhafte bzw. Streitbare Demokratie ในภาษาเยอรมัน หรือ Militant Democracy ในภาษาอังกฤษ คำคุณศัพท์ “ที่ปกป้องตนเองได้” (militant) นี้สื่อความหมายในนัยที่ว่ารัฐได้มีการกำหนดมาตรการที่มุ่งใช้กับ “ศัตรู” โดยเฉพาะเจาะจงคือผู้ที่มุ่งหมายจะทำร้ายโครงสร้างประชาธิปไตยของรัฐด้วยการบิดเบือนบรรดาสติและเอกลักษณ์ต่าง ๆ ที่ประชาธิปไตยมอบให้แก่พวกเขา โดยได้มีการเตรียมการเอาไว้ล่วงหน้า ไม่จำเป็นต้องรอนจนกระทั่งผู้ที่พยายามทำลายหรือล้มล้างการปกครองมีโอกาที่จะดำเนินการเช่นนั้นจริง ๆ¹⁶ ดังนี้ จึงอาจสรุปความหมายเบื้องต้นของ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” ว่าหมายถึง ข้อความคิดเกี่ยวกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่สร้างหรือกำหนดกลไกจำกัดเสรีภาพขึ้นมาเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่มุ่งหวังจะล้มล้างประชาธิปไตยด้วยกลไกประชาธิปไตยเองทำลายระบอบประชาธิปไตยได้¹⁷

¹³ Franz Wieacker, A History of Comparative Law in Europe with particular Reference to Germany (Clarendon Press, 2003), p. 92-94 อ้างใน มุนินทร์ พงศาปาน, การรับกฎหมายต่างประเทศ, ใน 60 ปี ดารารพร (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555) น. 194.

¹⁴ Gyan Basnet, “A Critical Approach to the Study of Constitutional Migration,” Cambridge Student Law Review (2008), p. 51.

¹⁵ H. Spector, supra note 7, p. 130.

¹⁶ Svetlana Tyulkina, Militant Democracy: Undemocratic political parties and beyond (New York: Routledge, 2015), p. 14.

¹⁷ Jan-Werner Müller, “Militant Democracy,” in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, ed. Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 1253.



อาจกล่าวได้ว่า Karl Loewenstein นักกฎหมายและทฤษฎีการเมืองชาวเยอรมัน ผู้ได้รับผลกระทบจากการขึ้นสู่อำนาจของระบอบนาซีจนต้องอพยพลี้ภัยออกจากประเทศเยอรมนีเป็นบุคคลสำคัญเสมือนดั่ง “บิดา” ของหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้ผู้ซึ่งบุกเบิกกลางทางให้แก่พัฒนาการของข้อความคิดดังกล่าว โดย Loewenstein ได้เผยแพร่บทความหลายชุดที่แสดงความเห็นว่าระบอบประชาธิปไตยจำเป็นต้องมีการรับมือและพร้อมต่อสู้กับศัตรูของประชาธิปไตย

ในปี 1935 Loewenstein ตีพิมพ์บทความสองตอนเรื่อง “Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe”¹⁸ ลงวารสาร American Political Science Review แสดงความกังวลต่อสถานการณ์ที่การปกครองแบบประชาธิปไตยถูกทำลายและมีโอกาสเสี่ยงพลั้งแก่การกลับมาของระบอบเผด็จการจากการเติบโตของแนวคิดแบบฟาสซิสต์ ในทัศนะของ Loewenstein นั้น “ฟาสซิสต์” ไม่ใช่แนวคิดเกี่ยวกับระบอบการปกครอง แต่เป็นเพียง “เทคนิคทางการเมือง” อย่างหนึ่งเพื่อเข้าสู่อำนาจและสถาปนาระบอบเผด็จการต่อไป เทคนิคแบบฟาสซิสต์ได้อ้างสถานการณ์วิกฤติเศรษฐกิจโศกนาฏกรรมของประชาธิปไตยซึ่งมุ่งแสวงหาการประนีประนอมว่าเป็นระบอบการปกครองที่ไม่กล้าตัดสินใจอย่างเด็ดขาดและเป็นอุปสรรคในการแก้ปัญหาเศรษฐกิจ โดยเสนอว่าจำเป็นต้องให้มีรัฐบาลที่มีอำนาจมากเพื่อเข้ามาจัดการ เทคนิคแบบฟาสซิสต์ใช้เสรีภาพที่ประชาธิปไตยมอบให้แสดงออกซึ่งเจตจำนงที่จะทำลายประชาธิปไตย และให้กลุ่มการเมืองที่ต่อต้านระบบรัฐสภาเข้าร่วมในองค์กรนิติบัญญัติด้วยความมุ่งหมายอย่างเปิดเผยว่าจะทำลายระบบรัฐสภา จากสถานการณ์เช่นนี้ Loewenstein เห็นว่าประชาธิปไตยแบบ “สันตินิยม” (pacifist) นั้นปราศจากความเป็นไปได้ที่จะต้านทานและรักษาตัวเองให้อยู่รอดได้จากเทคนิควิธีแบบฟาสซิสต์ดังกล่าวเพื่อไม่ให้ถูกเปลี่ยนไปกลายเป็นระบอบเผด็จการ หนทางเดียวที่ประชาธิปไตยจะอยู่รอดได้ก็คือประชาธิปไตยจะต้องกลายมาประชาธิปไตยที่ “พร้อมจะต่อสู้”

ต่อมาในปี 1937 Loewenstein ได้เผยแพร่บทความสองตอนเรื่อง “Militant Democracy and Fundamental Rights”¹⁹ เพื่อขยายรายละเอียดของความคิดที่เคยเสนอเมื่อสองปีก่อน ในครั้งนี้ Loewenstein ยังคงชี้ให้เห็นปัญหาของการที่เทคนิควิธีแบบฟาสซิสต์ได้โจมตีจุดอ่อนของประชาธิปไตย ด้วยการสร้างการเมืองแบบปลุกเร้าอารมณ์ขึ้นมาทำให้มวลชนถูกปลุกปั่นโดยไม่รู้ตัวภายใต้ร่มเงาของสิทธิขั้นพื้นฐานและการปกครองโดยกฎหมายที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือตั้ง “ม้าไม้เมืองทรอย” ประชาธิปไตยเปิดโอกาสให้ศัตรูเข้าสู่อำนาจและดำเนินการล้มล้างตนเองอย่างเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย Loewenstein จึงยืนยันอีกครั้งว่าในสถานการณ์เช่นนี้หากประชาธิปไตยยืนกรานว่าตนเองเป็นคุณค่าที่เหนือกว่าก็จะต้องพยายามทุก ๆ หนทางที่เป็นไปได้เพื่อรักษาความอยู่รอดเอาไว้ ถึงแม้จำเป็นจะต้องละเมิดหลักการพื้นฐานของตนเองก็ตาม

¹⁸ Karl Loewenstein, “Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe I,” The American Political Science Review 29, 4 (August 1935), pp. 571-593 และ Karl Loewenstein, “Autocracy versus Democracy in Contemporary Europe II,” The American Political Science Review 29, 5 (October 1935), pp. 755-784.

¹⁹ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I,” The American Political Science Review 31, 3 (June 1937), pp. 417-432 และ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, II,” The American Political Science Review 31, 4 (August 1937), pp. 638-658.

ในรัฐธรรมนูญของนานาประเทศที่รับเอาความคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้เอาไว้ ย่อมปรากฏกลไกต่าง ๆ ที่บัญญัติเอาไว้เพื่อป้องกันระบอบประชาธิปไตยไม่ให้ถูกทำลายจากศัตรูของระบอบประชาธิปไตยเอาไว้ในรัฐธรรมนูญของตน²⁰ ทั้งนี้ ก็เพื่อไม่ให้เกิดปรากฏการณ์ “ประชาธิปไตยที่ฆ่าตัวเองได้” ขึ้นอีก ในที่นี้จะขอยกตัวอย่างกลไกต่าง ๆ ที่ถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz; Basic Law) ที่ได้จัดทำขึ้นโดยมีการรับเอาความคิดหลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้บรรจุเอาไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน มีการสร้างกลไกในการต่อสู้ป้องกันการล้มล้างประชาธิปไตยไม่ว่าจากการดำเนินการในรูปแบบของสถาบันอย่างพรรคการเมือง หรือเป็นความพยายามกระทำการของปัจเจกบุคคล²¹ อาทิ กลไกการประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน กลไกการยุบพรรคการเมืองที่มุ่งล้มล้างระบอบประชาธิปไตย และการรับรองสิทธิต่อต้านขัดขึ้น เป็นต้น

2.1 การประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 18 กฎหมายพื้นฐาน

“ผู้ใดใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เสรีภาพสื่อมวลชน (มาตรา 5 บรรคหนึ่ง) เสรีภาพในการสอน (มาตรา 5 บรรคสาม) เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 8) เสรีภาพในการสมาคม (มาตรา 9) สิทธิความเป็นส่วนตัวในการติดต่อทางจดหมาย ไปรษณีย์ และโทรคมนาคม (มาตรา 10) สิทธิในทรัพย์สิน (มาตรา 14) หรือสิทธิในการลี้ภัยทางการเมือง (มาตรา 16 a) ไปในทางที่ผิดเพื่อต่อสู้กับโครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย ย่อมต้องสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ดังที่กล่าวมานี้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐประกาศการสูญเสียและขอเขตการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน”

แม้จะถูกบัญญัติไว้ในหมวดที่ 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 18 แตกต่างไปจากบทบัญญัติในมาตราอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ก่อนหน้านี้ ในแง่ที่ว่ามาตรา 18 นั้นไม่ได้ก่อตั้งหรือประกันสิทธิใด ๆ ให้กับประชาชน แต่ในทางตรงข้าม บทบัญญัตินี้เปิดโอกาสให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นรายบุคคลได้²² ในทางปฏิบัติ บทบัญญัติว่าด้วยการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานแทบจะไม่ปรากฏบทบาทความสำคัญทั้งในทางการเมือง ทางกฎหมาย และในทางความเป็นจริง²³ นับแต่มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานเมื่อปี ค.ศ. 1949 มีคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อให้ประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานเพียงแค่ 4 กรณีเท่านั้น และไม่มีกรณีใดที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน อย่างไรก็ตามบทบัญญัติว่าด้วยการสูญเสียซึ่งสิทธิ

²⁰ ดู ed. Markus Thiel, The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies (Surrey: Ashgate, 2009).

²¹ J.-W. Müller, supra note 17, p. 1258.

²² V. Epping, Grundrechte, 2 Aufl. 2004, Rn. 947.

²³ M. Brenner, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6 Aufl. 2010, Art. 18 Rn. 10.



ชั้นพื้นฐานก็มีฐานะเป็นบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับอยู่²⁴ และยังคงมีความหมายเชิงสัญลักษณ์ โดยเป็นบทบัญญัติที่สร้างความตระหนักให้แก่ประชาชนว่าจะต้องใช้สิทธิเสรีภาพไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น²⁵ นอกจากนี้ยังมีฐานะเป็นบทบัญญัติสำรองในกรณีที่มาตราอื่น ๆ ในระบบกฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้²⁶

เงื่อนไขและกระบวนการพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานไปในทางที่ผิดและการประกาศการสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการนั้น ถูกกำหนดเอาไว้ในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bunderverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG) ประกอบกับหลักการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน อันมีรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้

บุคคลซึ่งอาจถูกประกาศการสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานได้นั้นหมายความว่าบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานบรรดาที่มาตรา 18 แห่งกฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ สำหรับนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานบางกรณีได้ ก็ย่อมอยู่ในฐานะที่อาจสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานได้เช่นกัน²⁷ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจถูกประกาศให้สูญเสียไปได้นั้นจำกัดเอาไว้เฉพาะแต่ที่กำหนดไว้อย่างตายตัวในมาตรา 18 เท่านั้น บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าวนี้ จึงไม่อาจถูกประกาศให้สูญเสียไปได้²⁸ และการจะตรากฎหมายระดับรัฐบัญญัติเพื่อขยายสิทธิขั้นพื้นฐานที่อาจถูกประกาศให้สูญเสียไปนั้นถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่อาจกระทำได้²⁹

ทั้งนี้ เป็นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานในทางที่ผิดไปเพื่อการต่อสู้³⁰ กล่าวคือ เป็นการแสดงออกโดยตรงที่จะต่อสู้และด้วยการกระทำการ (ein aggressives Tun) อันมีเป้าหมายเพื่อล้มล้างโครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย³¹ อันเกินขอบเขตไปกว่ากรณีการเรียกร้อง

²⁴ M. Pagenkopf, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6 Aufl. 2011, Art. 18 Rn. 17.

²⁵ ดู F. Wittreck, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3 Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 30.

²⁶ Pagenkopf (Fn. 24), Art. 18 Rn. 7.

²⁷ Brenner (Fn. 23), Art. 18 Rn. 25.

²⁸ Wittreck (Fn. 25), Art. 18 Rn. 38.

²⁹ W. Schmitt-Glaeser, Grundrechtsverwirkung, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 2009, § 74 Rn. 33.

³⁰ Wittreck (Fn. 25), Art. 18 Rn. 47.

³¹ ความหมายของ “โครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย” ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ไม่ว่าจะในกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายลำดับรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้นิยาม “โครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย” ในคำวินิจฉัยห้ามการดำเนินกิจการพรรคการเมืองกรณีพรรคสังคมนิยมและพรรคคอมมิวนิสต์เยอรมนีไว้ว่า หมายถึง ระเบียบการปกครองแบบนิติรัฐ บนพื้นฐานหลักการการปกครองตนเองของประชาชนภายใต้หลักการตัดสินใจของเสียงข้างมาก หลักเสรีภาพ และหลักความเสมอภาค ซึ่งปฏิเสธการปกครองโดยกำลังหรือตามอำเภอใจ ทั้งนี้หลักการพื้นฐานที่การปกครองนี้ต้องมีได้แก่ การเคารพซึ่งสิทธิมนุษยชนที่กฎหมายพื้นฐานได้รับรองไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในชีวิตและการพัฒนาบุคลิกภาพ หลักอำนาจอธิปไตยของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความรับผิดชอบของรัฐบาล หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง หลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ หลักการมีพรรคการเมืองหลายพรรค หลักความเสมอภาคทางโอกาสของพรรคการเมืองกับสิทธิของฝ่ายค้านในการให้การศึกษาและแสดงออกภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญซึ่งหลักการคุณค่าพื้นฐานดังกล่าวนี้เป็นปฏิปักษ์กับรัฐสมบูรณาญาสิทธิที่ปฏิเสธศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพ และความเสมอภาค ดู BVerfGE 2, 1 (12f.); 5, 85 (140).

ภายใต้กรอบกติกาประชาธิปไตย³² การต่อสู้ในที่นี้ไม่จำเป็นต้องมีการลงมือใช้กำลัง เพียงแต่ต้องมีแนวโน้มความก้าวร้าวเกิดขึ้น³³ อันรวมไปถึงการต่อสู้เชิงอุดมการณ์ที่มุ่งต่อการมีอิทธิพลในความคิดของพลเมืองสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและกระทบการดำรงอยู่ของระบอบรัฐธรรมนูญด้วย³⁴ ทั้งนี้ต้องเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นได้จริง³⁵ โดยการต่อสู้ที่นั่นต้องเกิดขึ้นจากเจตนาที่จะกระทำการดังกล่าว³⁶ โดยการกระทำอันตรายต่อโครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตยนั้นจะต้องมีโอกาสเกิดขึ้นใหม่อีกครั้งและยังสามารถคาดหมายจากการกระทำดังกล่าวได้ว่าจะเกิดอันตรายขึ้นมา³⁷ ไม่ใช่เป็นกรณีของการกระทำที่สิ้นสุดยุติลงไปแล้วในอดีต

ผู้มีอำนาจเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) รัฐบาลแห่งสหพันธ์ (Bundesregierung) หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐ (Landesregierungen) ตาม § 36 BVerfGG โดยเมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับคำร้องที่เสนอโดยชอบแล้ว ศาลต้องดำเนิน “กระบวนการก่อนพิจารณา” (Vorverfahren) ตาม § 37 BVerfGG ให้โอกาสให้ผู้ร้องชี้แจงต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ก่อนจะมีคำวินิจฉัยต่อไปว่าคำร้องดังกล่าวนั้นไม่ชอบหรือไม่มีเหตุผลเพียงพอให้ยกคำร้อง หรือมีคำวินิจฉัยว่าให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป

หากศาลพิจารณาว่าคำร้องไม่มีเหตุผลเพียงพอภายหลังจากกระบวนการพิจารณาด้วยวาจาแล้ว ให้ยกคำร้อง แต่หากพิจารณาว่าคำร้องมีเหตุผลเพียงพอ ศาลต้องตัดสินอย่างชัดเจนว่าสิทธิขั้นพื้นฐานใดของผู้ร้องที่ถูกประกาศให้สูญไป (§ 39 I 1 BVerfGG) ทั้งนี้เนื่องจากคำวินิจฉัยมีลักษณะที่เป็นผลร้ายกับผู้ร้อง มติในการประกาศการสูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานจึงต้องเป็นไปโดยเสียงอย่างน้อยสองในสามขององค์คณะที่ทำหน้าที่พิจารณา นั่นคืออย่างน้อยหกเสียงจากจำนวนตุลาการในองค์คณะทั้งสิบแปดคน หากมติที่ให้ประกาศการสูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ถึงจำนวนดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธคำร้องนั้น (§ 15 IV 1 BVerfGG) อนึ่ง การประกาศการสูญไปนั้นอาจกำหนดระยะเวลาไว้ได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (§ 39 I 2 BVerfGG) โดยศาลอาจสั่งจำกัดการใช้สิทธิอย่างอื่นได้ด้วย หากมีผลไม่แตกต่างไปจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกประกาศให้สูญไป (§ 39 I 3 BVerfGG)

§ 39 II BVerfGG ยังให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หรือสิทธิในการเข้ารับราชการต่อบุคคลซึ่งถูกประกาศการสูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานในระหว่างที่สูญไปซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานได้ หากเป็นกรณีของนิติบุคคลก็อาจสั่งยกเลิกนิติบุคคลได้ ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาคือสิทธิตาม § 39 II BVerfGG ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนได้นั้นไม่ได้บัญญัติเอาไว้อยู่ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 18 จึงอาจมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³⁸ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้อาจสามารถอธิบายได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีปัญหาความชอบด้วย

³² Brenner (Fn. 23), Art. 18 Rn. 30.

³³ C. v. Coelln, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2009, Art. 18 Rn. 23.

³⁴ Schmitt-Glaeser, Grundrechtsverwirkung (Fn. 29), § 74 Rn. 18.

³⁵ Wittreck (Fn. 25), Art. 18 Rn. 46.

³⁶ H. Jarass, in: ders./B. Pieroth, GG, 12 Aufl. 2012, Art. 18 Rn. 5.

³⁷ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 952.

³⁸ C. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3 Aufl. 1991, § 3 Rn. 16.



รัฐธรรมนูญ เนื่องจากถือได้ว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวเป็นไปตามที่กฎหมายพื้นฐานได้กำหนดเอาไว้ และอนุญาตให้ทำได้โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งเพียงพอในการจะเป็นฐานแห่งอำนาจแล้ว โดยเปรียบเทียบได้กับการจำกัดสิทธิเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้ง หรือสิทธิในการเข้าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามประมวลกฎหมายอาญา (§ 45 StGB)³⁹

เมื่อมีการประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐาน การประกาศนั้นมีผลทำให้บุคคลที่ถูกประกาศไม่สามารถที่จะหยิบยกสิทธิดังกล่าวขึ้นต่อสู้หรือยันกับหน่วยงานของรัฐในฐานะที่เป็นสิทธิในเชิงป้องกัน (Abwehrfunktion) ได้⁴⁰ ทั้งนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานที่สูญเสียไปนั้น หมายถึงสิทธิในด้านที่ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องต่อรัฐได้ (ein subjektives Recht) เท่านั้น แต่สิทธิในแง่ที่เป็นความผูกพันของรัฐในฐานะ “กฎหมาย” (ein objektives Recht) ยังคงดำรงอยู่⁴¹ รัฐจึงยังคงไว้ซึ่งหน้าที่คุ้มครองผู้ถูกประกาศให้สิทธิขั้นพื้นฐานสูญเสียไปจากการถูกแทรกแซงโดยบุคคลที่สามอยู่ (Schutzpflicht gegenüber Dritten)⁴²

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของมาตรา 18 ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญประกอบกับการที่บรรดาสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตราดังกล่าวล้วนแต่เป็นสิทธิที่อาจถูกมุ่งใช้ในทางการเมืองได้ทั้งสิ้น ดังนั้นการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานจึงมีผลเฉพาะมิติในทางการเมืองของสิทธิเสรีภาพที่ถูกประกาศให้สูญเสียไปเท่านั้น แต่การจะใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวในมิติทางกฎหมายเอกชนก็ยังคงดำรงและได้รับความคุ้มครองอยู่ เช่น การเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสมาคมที่ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายทางการเมือง หรือการรายงานของสื่อมวลชนในประเด็นอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ประเด็นทางการเมือง เป็นต้น⁴³

แม้สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวมาจะสูญเสียไป แต่ก็ไม่ได้มีความหมายโดยทันทีว่าการกระทำอย่างใด ๆ ของผู้ถูกประกาศการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานจะถือว่าเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการต้องห้ามทั้งสิ้นอันจะทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างใด ๆ เลย การที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองจะดำเนินการอย่างใด ๆ กับบุคคลผู้ถูกประกาศให้สูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ หน่วยงานของรัฐยังคงต้องมีกฎหมายให้อนุญาตกระทำการเอาไว้ เนื่องจากหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) ที่รับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 20 วรรคสาม ก็ยังคงมีผลผูกพันต่ออำนาจรัฐอยู่เช่นเดิม⁴⁴

การสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันโดยตรงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผลของการสูญเสียซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ได้เกิดขึ้นในทันทีที่มีการใช้สิทธิไปในทางที่ผิด แต่จะมีผลเมื่อศาล

³⁹ ดู Wittreck (Fn. 25), Art. 18 Rn. 50.

⁴⁰ H. Butzer, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 18 Rn. 17.

⁴¹ Schmitt-Glaeser, Grundrechtsverwirkung (Fn. 29), § 74 Rn. 30.

⁴² ดู Wittreck (Fn. 25), Art. 18 Rn. 52.

⁴³ S. Seitzers, in: D. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 18 Rn. 33.

⁴⁴ Seitzers (Fn. 43), Art. 18 Rn. 38.

รัฐธรรมนูญได้ทำคำวินิจฉัยแล้ว (konstitutiv) และผลของคำวินิจฉัยมีผลนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัยต่อไปข้างหน้า ไม่มีผลย้อนหลัง (ex nunc)⁴⁵

หากถูกประกาศให้สูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว บุคคลดังกล่าวจะกล่าวอ้างมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายพื้นฐานที่ว่าด้วยเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ (die allgemeine Handlungsfreiheit) ขึ้นในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไป (das Auffanggrundrecht) เพื่อเรียกร้องหรือกล่าวอ้างสิทธิในการกระทำการที่มีลักษณะเดียวกันกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่สูญเสียไป เช่น เสรีภาพในการชุมนุม หรือเสรีภาพในการสมาคมไม่ได้⁴⁶

2.2 การยุบพรรคการเมืองที่มุ่งล้มล้างระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 21 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐาน

“พรรคการเมืองซึ่งแสดงออกอย่างชัดเจนโดยวัตถุประสงค์ของพรรคการเมืองหรือโดยพฤติกรรมของบรรดาผู้สนับสนุนพรรคการเมืองว่าต้องการล้มล้างหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อโครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย หรือก่ออันตรายต่อการดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี พรรคการเมืองนั้นเป็นพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าว”

การยุบพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นข้อจำกัดเสรีภาพของพรรคการเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้โดยตรง⁴⁷ การประกันเรื่องการยุบพรรคการเมืองเอาไว้ในระดับรัฐธรรมนูญโดยกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างเฉพาะเจาะจงและกำหนดกระบวนการเอาไว้เป็นพิเศษ⁴⁸ ก็มีขึ้นเพื่อคุ้มครอง “เอกสิทธิ์ของพรรคการเมือง” (Parteienprivileg) ว่าจะไม่ถูกใช้กลไกการยุบพรรคการเมืองเป็นเครื่องมือในการเล่นงานโจมตีโดยศัตรูหรือข้าวมุ่งตรงข้ามทางการเมือง⁴⁹ และยังเป็นการประกันว่าองค์กรใด ๆ ของรัฐจะปฏิบัติต่อพรรคการเมืองใดในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติต่อพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากยังไม่มีคำวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญที่ผูกขาดอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว (Entscheidungsmonopol)⁴⁹

การจะพิจารณาเงื่อนไขทางกฎหมายกรณีการยุบพรรคการเมืองนั้นจะต้องได้ความเสียก่อนว่าการรวมกลุ่มหรือสมาคมที่ถูกพิจารณาดังกล่าวมีสถานะความเป็นพรรคการเมืองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการรวมกลุ่มของพลเมืองอย่างต่อเนื่องหรือในระยะเวลายาวนานอันมีเป้าหมายเพื่อเข้าไปมีอิทธิพลต่อการสร้างเจตจำนงทางการเมืองในระดับสหพันธ์รัฐหรือระดับมลรัฐ

⁴⁵ Butzer (Fn. 40), Art. 18 Rn. 16.

⁴⁶ v. Coelln (Fn. 33), Art. 18 Rn. 15.

⁴⁷ M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3 Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 143.

⁴⁸ Morlok (Fn. 47), Art. 21 Rn. 146.

⁴⁹ J. Krüper/H. Kühr, Der Lebenszyklus politischer Parteien – Eine „evolutionäre“ Einführung in das Parteienrecht – Teil 6/6, in: ZJS 6/2014, S. 609 (614).



และต้องการเข้าไปมีส่วนร่วมเป็นผู้แทนของประชาชนในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนมลรัฐ อันจะต้องพิจารณาจากภาพรวมของพฤติกรรมตามความเป็นจริงทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากขนาดและความมีเสถียรภาพของการจัดองค์การ จากจำนวนของสมาชิก และจากการแสดงออกต่อสาธารณะ เพื่อยืนยันว่าการรวมกลุ่มดังกล่าวได้ดำเนินการอย่างจริงจังที่จะมุ่งไปสู่การบรรลุเป้าหมายดังกล่าว⁵⁰

กลไกการยุบพรรคการเมืองนี้มีขึ้นเพื่อพิทักษ์คุณค่าทางกฎหมาย (Schutzgut) สองประการ คือ “โครงสร้างการปกครองพื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตย” และ “การดำรงอยู่ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” ซึ่งคุณค่าแต่ละประการนี้สามารถพิจารณาอย่างเป็นอิสระจากกันได้ และอาจนำไปสู่การยุบพรรคการเมืองเพื่อพิทักษ์คุณค่าประการใดประการหนึ่งโดยลำพังก็เป็นการเพียงพอ⁵¹

โดยจะต้องได้ความว่าพรรคการเมืองมีการ “แสดงออกอย่างชัดเจน” (Darauf-Ausgehen) เพื่อบรรลุเป้าหมายดังกล่าว ซึ่งไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เรื่อง “การลงมือ” ในกรณีของการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา⁵² แต่พิจารณาบนหลักเกณฑ์ที่ว่า “จะต้องมีพฤติกรรมที่มุ่งต่อสู้อย่างแข็งขันต่อโครงสร้างการปกครองซึ่งดำรงอยู่ โดยพรรคการเมืองมีแผนการอย่างเป็นระบบในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อการทำงานของโครงสร้างการปกครอง เพื่อนำไปสู่การทำลายโครงสร้างการปกครองดังกล่าวต่อไป”⁵³ อันไม่ใช่เพียงการแสดงออกซึ่งทัศนคติส่วนบุคคลของสมาชิกพรรคการเมืองโดยลำพังเท่านั้น⁵⁴ ทั้งนี้ หลักฐานการ “แสดงออกอย่างชัดเจน” อาจดูได้จากแผนงานของพรรคการเมือง บรรดาสิ่งพิมพ์ของพรรคการเมืองที่สร้างขึ้นเพื่อเผยแพร่ต่อสาธารณะ หรือบรรดาหนังสือพิมพ์หรือนิตยสารที่ได้รับอิทธิพลจากความคิดของพรรคการเมือง⁵⁵ ตลอดจนกรณีที่เป็นการกำหนดวัตถุประสงค์เป็นการภายในโดยลับ หากสามารถพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์นั้นได้⁵⁶

นอกจากวัตถุประสงค์ของพรรคการเมืองแล้ว พฤติกรรมของบรรดาผู้สนับสนุนพรรคการเมือง (Anhänger) เป็นอีกปัจจัยในการพิจารณาว่าพรรคการเมืองได้ “แสดงออกอย่างชัดเจน” ที่จะทำลายคุณค่าทางกฎหมายสองประการซึ่งกำหนดเอาไว้ในเรื่องการยุบพรรคการเมืองหรือไม่ โดยความหมายของผู้สนับสนุนพรรคการเมืองในที่นี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ผู้ที่สมาชิกของพรรคการเมืองเท่านั้น อย่างไรก็ตามก็ต้องได้ความว่าพฤติกรรมดังกล่าวสามารถเชื่อมโยงกับพรรคการเมืองได้ กล่าวคือ มีหลักฐานยืนยันว่าพรรคการเมืองสนับสนุนรับรองหรือได้มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของผู้สนับสนุนดังกล่าว⁵⁷

⁵⁰ F. Stiehr, Das Parteiverbotsverfahren, in: JuS 2015, S. 994 (995).

⁵¹ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 612.

⁵² Stiehr, Parteiverbotsverfahren (Fn. 50), S. 997.

⁵³ BVerfGE 5, 85 (141).

⁵⁴ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 613.

⁵⁵ BVerfGE 2, 1 (20); 5, 85 (144).

⁵⁶ Stiehr, Parteiverbotsverfahren (Fn. 50), S. 997.

⁵⁷ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 614.

แม้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะเคยตัดสินเอาไว้โดยพิจารณาจากลักษณะของการยุบพรรคการเมืองที่เป็นมาตรการในเชิงป้องกันว่าเหตุอันนำไปสู่การจะยุบพรรคการเมืองเป็นคนละประเด็นกับความเป็นไปได้หรือโอกาสที่ความมุ่งหมายอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นจะประสบความสำเร็จ⁵⁸ แต่ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดีซึ่งพิจารณาเกี่ยวกับการยุบพรรค REFAH ของตุรกี ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายในการจะยุบพรรคการเมืองซึ่งถือเป็นการเข้าไปจำกัดเสรีภาพในการสมาคมตามที่มาตรา 11 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับรองเอาไว้ว่าจะต้องมีอันตรายอย่างใกล้ชิดกำลังปรากฏคุกคามระบอบประชาธิปไตยอยู่ หรือกล่าวคือจะต้องเป็นกรณีซึ่งคาดหมายได้ว่าพรรคการเมืองนั้นมีโอกาสประสบความสำเร็จในการเลือกตั้งและการเข้าสู่อำนาจรัฐ⁵⁹ เงื่อนไขดังกล่าวจึงส่งผลต่อการพิจารณาการยุบพรรคการเมืองภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมันให้ต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดยิ่งขึ้น กล่าวคือ จะต้องเป็นกรณีซึ่งปรากฏอันตรายต่อคุณค่าทางกฎหมายที่มาตรา 21 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐานมุ่งพิทักษ์ไว้ซึ่งมาแล้วยังเป็นรูปธรรม (eine konkrete Gefahr)⁶⁰

ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerfGG) กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาคดีกรณีการยุบพรรคการเมืองไว้ กล่าวคือ เฉพาะแต่สภาผู้แทนมลรัฐ (Bundesrat) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์ (Bundesregierung) เท่านั้นที่สามารถเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ เว้นเสียแต่เป็นกรณีของคำร้องที่เกี่ยวกับพรรคการเมืองซึ่งจำกัดโครงสร้างการดำเนินการอยู่ในมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง ดังนี้ รัฐบาลแห่งมลรัฐ (Landesregierung) ดังกล่าวก็สามารถจะเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เช่นกัน (§ 42 II BVerfGG)

เมื่อมีการเสนอคำร้องเป็นหนังสือพร้อมแสดงพยานหลักฐานที่จำเป็น (§ 23 I BVerfGG) แล้ว กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้ต้องดำเนิน “กระบวนการก่อนพิจารณา” (Vorverfahren) โดยเปิดโอกาสให้พรรคการเมืองที่ถูกร้องได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับคำร้องขอให้ยุบพรรคการเมืองดังกล่าว ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะได้มีคำวินิจฉัยว่าคำร้องดังกล่าวไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ได้มีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ หรือวินิจฉัยว่าให้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปหรือไม่⁶¹ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในขั้นตอนกระบวนการก่อนพิจารณาที่มีผลให้เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปนั้น ถือว่าเป็นคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นผลร้ายต่อผู้ถูกร้องที่จะต้องเป็นไปโดยเสียงอย่างน้อยสองในสามของจำนวนผู้พิพากษาในองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ จะต้องมิตุลาการเห็นชอบอย่างน้อยหกเสียง (§ 15 IV 1 BVerfGG)⁶²

⁵⁸ M. Morlok, Das Parteiverbot, in: Jura 2013, S. 317 (321).

⁵⁹ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 618.

⁶⁰ EGMR NVwZ 2003, 1489.

⁶¹ E. Benda/E. Klein/O. Klein, Verfassungsprozessrecht, 3 Aufl. 2012, § 32 Rn. 1166.

⁶² Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 616.



เมื่อสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาคดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง (§ 46 BVerfGG) และผลในทางกฎหมายต่าง ๆ ทั้งนี้ กรณีวินิจฉัยก่อให้เกิดผลในทางลบต่อพรรคการเมืองก็ต้องเป็นไปโดยเสียงอย่างน้อยสองในสามของจำนวนผู้พิพากษาในองค์คณะตามที่ § 15 IV 1 BVerfGG กำหนดเอาไว้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ไต่ถามพรรคการเมืองนี้ถือเป็นที่สุดภายในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งไม่เปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งหรือพิจารณาใหม่อย่างใด ๆ ได้อีก แต่อย่างไรก็ตามพรรคการเมืองซึ่งถูกวินิจฉัยให้ยุบนั้นอาจเสนอคำร้องทุกข์ (Individualbeschwerde) ไปยังศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปต่อไปได้ เพื่อให้เข้ามาวินิจฉัยว่าคำวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองเป็นกรณีการละเมิดเสรีภาพในการสมาคมที่ถูกรับรองเอาไว้ตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือไม่⁶³

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีสถานะเป็นคำวินิจฉัยเพื่อประกาศหรือยืนยัน (Feststellungsurteil) ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 21 วรรคสอง อันก่อตั้งผลไปข้างหน้า (konstitutive Wirkung) นับแต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ผูกขาดอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไว้ว่าจะสามารถปฏิบัติต่อพรรคการเมืองตามคำวินิจฉัยนั้นในฐานะพรรคการเมืองที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้⁶⁴ ทั้งนี้ในคำวินิจฉัยอาจจำกัดการประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะบางส่วนของทางจัดโครงสร้างองค์การหรือทางกฎหมายของพรรคการเมืองก็ได้ (§ 46 II BVerfGG)

การวินิจฉัยว่าพรรคการเมืองใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมนำไปสู่การกำหนดต่อไปให้มีการยุบพรรคการเมืองดังกล่าว และการห้ามการจัดตั้งองค์การใหม่ขึ้นมาเพื่อทดแทน (§ 46 III 1 BVerfGG) นอกจากนี้ อาจกำหนดให้ยึดสินทรัพย์ของพรรคการเมืองเป็นของสหพันธ์หรือมลรัฐเพื่อนำไปใช้สำหรับประโยชน์ส่วนรวมต่อไป (§ 46 III 2 BVerfGG)

การวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองยังส่งผลให้ความเป็นผู้แทน (Mandat) ของบรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองดังกล่าวสิ้นสุดลงไม่ว่าจะเป็นในระดับของสหพันธ์ระดับยุโรป หรือระดับแต่ละมลรัฐ ผลดังกล่าวถูกกำหนดโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์บนเจตนารมณ์ของ Art. 21 II GG ตั้งแต่ยังไม่มีฐานทางกฎหมายที่รับรองอย่างชัดเจน⁶⁵ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันผลดังกล่าวถูกกำหนดไว้อยู่ในทั้งกฎหมายเลือกตั้งแห่งสหพันธ์ (BWahlG) กฎหมายเลือกตั้งสภายุโรป (EuWG) และกฎหมายเลือกตั้งในระดับมลรัฐทุกมลรัฐ⁶⁶

2.3 การรับรองสิทธิต่อต้านขัดขึ้นตามมาตรา 20 วรรคสี่ กฎหมายพื้นฐาน

“ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิในการต่อต้านขัดขึ้นบุคคลใดก็ตามที่กระทำการเพื่อล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญนี้ หากหนทางในการปกป้องด้วยวิธีการอื่นไม่สามารถเป็นไปได้”

⁶³ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 616.

⁶⁴ Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht (Fn. 61), § 32 Rn. 1171.

⁶⁵ Benda/Klein/Klein, Verfassungsprozessrecht (Fn. 61), § 32 Rn. 1171.

⁶⁶ Krüper/Kühr, Lebenszyklus (Fn. 49), S. 615.

แนวความคิดว่าด้วย “สิทธิต่อต้านขัดขืน” ถูกแปลงเปลี่ยนจากแนวความคิดตามกฎหมายธรรมชาติให้กลายเป็นแนวความคิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จากเดิมการอ้างสิทธิต่อต้านขัดขืนอ้างอิงอยู่กับสิทธิตามธรรมชาติเพื่อก่อตั้งหรือฟื้นฟูระบอบความเป็นธรรมที่แท้จริงขึ้นมา ในระบอบรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประกันความเป็นนิติรัฐ-ประชาธิปไตยได้มีการรับรองสิทธิต่อต้านขัดขืนเอาไว้ในฐานะสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยเปลี่ยนเป้าหมายของการต่อต้านขัดขืนไปจากเดิมเพื่อสถาปนาระบอบการปกครองใหม่ขึ้น ให้กลายเป็นเพื่อปฏิเสธความพยายามในการล้มล้างรัฐธรรมนูญ และเพื่อดำรงระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญไว้ในกรณีที่ระบอบรัฐธรรมนูญกำลังถูกทำลายลงไป⁶⁷

สิทธิต่อต้านขัดขืนตามมาตรา 20 วรรคสี่ มีสถานะเป็น “สิทธิเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐาน” อันอาจเป็นเหตุให้ยกขึ้นเสนอเรื่องร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้หากมีการดำเนินการอย่างใด ๆ โดยอำนาจรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิต่อต้านขัดขืนตามมาตรานี้อย่างไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิต่อต้านขัดขืนไว้ว่าเป็น “สิทธิที่เป็นเรื่องยกเว้นและจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อไม่มีหนทางอื่นแล้วเท่านั้น” โดยจะต้องเป็นหนทางสุดท้าย (ultima ratio) ที่อาจเป็นไปได้แล้ว กล่าวคือ กลไกทางกฎหมายอย่างอื่น ๆ ที่ระบบกฎหมายได้ก่อตั้งเอาไว้แล้วนั้น ไร้ความหวังที่จะช่วยเหลือป้องกันได้ การลุกขึ้นต่อต้านขัดขืนจึงเป็นวิถีทางท้ายที่สุดที่จำเป็นต้องใช้เพื่อรักษาระบบกฎหมายเอาไว้⁶⁸

ผู้ทรงสิทธิต่อต้านขัดขืนนี้เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติจะพบได้ว่าเป็นสิทธิซึ่งสงวนไว้เฉพาะสำหรับ “คนสัญชาติเยอรมัน” เท่านั้นในฐานะเป็นประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶⁹ โดยหมายถึงคนเยอรมันในฐานะที่เป็นบุคคลเอกชนเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงบุคคลที่อยู่ในสถานะผู้ทรงอำนาจรัฐด้วย เนื่องจากกรณีที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเข้ามาดำเนินการเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญ “ในสถานการณ์พิเศษ” ได้มีการกำหนดเพิ่มอำนาจพิเศษกับองค์กรของรัฐในการรับมือเอาไว้โดยเฉพาะแล้วในกฎหมายพื้นฐาน เช่น ตามมาตรา 35 87a 91 115a ff. กรณีของสิทธิต่อต้านขัดขืนนี้จึงมุ่งหมายสำหรับกรณีซึ่งพ้นไปจากสถานการณ์พิเศษที่หน่วยงานของรัฐอาจรับมือแก้ไขสถานการณ์ได้อีก⁷⁰

เหตุอันนำไปสู่การลุกขึ้นใช้สิทธิต่อต้านขัดขืนได้ก็คือกรณีที่มีการ “ล้มล้างระเบียบการปกครองนี้” กล่าวคือ คำว่า “ระเบียบการปกครองนี้” หมายถึงหลักการพื้นฐานที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม แห่งกฎหมายพื้นฐาน พิจารณาประกอบกับหลักการที่ถูกประกันไว้ว่าเป็นหลักการชั่วนรีนตราตามมาตรา 79 วรรคสาม⁷¹ หากการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดหรือโครงสร้างทางกฎหมายของหลักการพื้นฐานใดอาจทำได้ภายในขอบเขตอำนาจการแก้ไข

⁶⁷ B. Schöbener/M. Knauff, Allgemeine Staatslehre, 2 Aufl. 2013, Rn. 138.

⁶⁸ BVerfGE 123, 267/333.

⁶⁹ S. Schmahl, Rechtsstaat und Widerstandsrecht, in: JöR 55 (2007), S. 99 (114).

⁷⁰ Schmahl, Rechtsstaat (Fn. 69), S. 115.

⁷¹ F. Wittreck, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3 Aufl. 2015, Art. 20 IV Rn. 18.



เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ไม่อาจอ้างสิทธิต่อต้านขัดขึ้นเพื่อลุกขึ้นมาปฏิเสธโดยใช้กำลังได้⁷² โดยการดำเนินการเพื่อทำลายระเบียบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องไม่เพียงแต่อยู่ในขั้นการวางแผนหรือเตรียมการเท่านั้น แต่ต้องเข้าสู่ช่วงที่ถือได้ว่าการลงมือที่อาจเทียบได้เป็นกรณีการพยายามกระทำความผิดในทางกฎหมายอาญาแล้ว⁷³ โดยการล้มล้างในความหมายของมาตรานี้ที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการลุกขึ้นต่อต้านขัดขึ้นได้จะต้องเป็นกรณีของการที่มุ่งทำลายระเบียบการปกครองโดยองค์รวม และทั้งหมดไม่ใช่เป็นแต่เพียงการละเมิดรัฐธรรมนูญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ⁷⁴

กฎหมายพื้นฐานกำหนดเอาไว้ว่าการต่อต้านขัดขึ้นนี้เป็นการดำเนินการต่อ “ผู้ใดก็ตาม” ซึ่งแม้จะมีความเข้าใจกันอย่างแพร่หลายในตอนต้นว่าหมายความว่าความจำกัดเฉพาะการดำเนินการต่อต้านกับการกระทำที่เกิดขึ้นในรูปการดำเนินการของรัฐเยอรมันหรือองค์กรของรัฐเยอรมันเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อได้พิจารณาจากถ้อยคำและประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการที่เผด็จการขึ้นสู่อำนาจแล้ว การตีความจำกัดว่าเป็นการดำเนินการต่อต้านได้แต่เฉพาะการกระทำโดยองค์กรของรัฐเยอรมันอาจไม่ถูกต้อง แต่ต้องขยายความรวมถึงใครก็ตามที่มุ่งทำลายโครงสร้างการปกครองพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นรัฐอื่น องค์กรระหว่างประเทศหรือองค์กรเหนือรัฐ องค์กรทางศาสนา หรือกระทั่งการดำเนินการของเอกชน⁷⁵

กรณีจะใช้สิทธิต่อต้านขัดขึ้นได้จะต้องได้ความว่าหนทางเยียวยาแก้ไขอย่างอื่น ๆ ไม่อาจเป็นไปได้ ดังนั้น ถ้าหากพลเมืองที่เห็นกรณีมีความพยายามล้มล้างระเบียบแห่งรัฐธรรมนูญอาจยังสามารถแจ้งแก่เจ้าหน้าที่เพื่อให้เข้ามาดำเนินการจัดการได้ หรือใช้กลไกทางศาลที่เป็นไปได้เพื่อให้เข้ามาตรวจสอบ หรือกระทั่งใช้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญประกันไว้เช่น การแสดงความคิดเห็น การชุมนุม การสมาคมเพื่อต่อต้านได้อยู่เช่นนี้ ก็ยังไม่อาจอ้างสิทธิต่อต้านขัดขึ้นขึ้นมาได้⁷⁶

จากการที่มาตรา 20 วรรคสี่ ไม่ได้ระบุวิธีการต่อต้านขัดขึ้นเอาไว้ว่าจะทำได้อย่างไรบ้าง จึงหมายความว่า การต่อต้านขัดขึ้นนั้นอาจเกิดได้ตั้งแต่ในรูปแบบการต่อต้านขัดขึ้นเชิงรับคือการปฏิเสธให้ความเคารพเพื่อพึงแก่ผู้ที่มีลัทธิรัฐธรรมนูญ ไปจนถึงการใช้กำลังหรือจับอาวุธลุกขึ้นต่อสู้⁷⁷ อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่า การแสดงออกต่อต้านขัดขึ้นนั้นจะไม่มีกรอบหรือข้อจำกัดอย่างใด ๆ เลย การต่อต้านขัดขึ้นจะยังคงขอบธรรมก็ต่อเมื่ออยู่ในขอบเขตการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นคุณค่าพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักสัดส่วน⁷⁸ ในกรณีมีเหตุผลจำเป็น อาจเป็นการดำเนินการที่อาจกระทบต่อบุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่ผู้ล้มล้าง

⁷² R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar 72. Ergänzungslieferung 2014, Art. 20 IV Rn. 13.

⁷³ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 19.

⁷⁴ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 18.

⁷⁵ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 20.

⁷⁶ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 22.

⁷⁷ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 23.

⁷⁸ Wittreck (Fn. 71), Art. 20 IV Rn. 23.

ระเบียบการปกครองได้ อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวก็จะต้องพิจารณาตามหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างเคร่งครัด⁷⁹

หากต่อมาภายหลังปรากฏว่าโครงสร้างการปกครองพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญพ้นกลับคืนมาได้ บรรดาการดำเนินการต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการใช้สิทธิต่อต้านขัดขืนย่อมได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 20 นี้ กล่าวคือ หากมีการลุกขึ้นต่อสู้ที่อาจเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบหรือความผิดทางอาญาตามกฎหมาย สิทธิต่อต้านขัดขืนตามมาตรา 20 วรรคสี่ ถือเป็นอำนาจกระทำการที่ส่งผลให้การกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย⁸⁰ อย่างไรก็ตาม ประเด็นเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายซึ่งเกิดจากการดำเนินการต่อต้านขัดขืนนั้น แม้ในทางตำราบางส่วนจะเห็นว่าอาจนำเอาเหตุผลตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch) § 904 มาปรับใช้ได้ โดยถือว่ารัฐต้องรับผิดชอบกับความเสียหายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐอาจจะต้องเป็นไปอย่างจำกัดภายใต้หลักสังคมรัฐซึ่งเรียกร้องว่าปัจเจกบุคคลอาจต้องร่วมรับผิดชอบกับความเสียหายของรัฐส่วนรวมในฐานะส่วนหนึ่งของการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม⁸¹

3. ทบทวนข้อความคิดว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

แนวคิดเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม คำว่า “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวอย่าง เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด คำว่า “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” เป็นก็แต่เพียงคำที่กล่าวถึงกันทั่วไปในทางตำรา จนต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 คำว่า “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” เพิ่งจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก แม้กระนั้นก็ได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเจาะจง แต่เป็นเพียงชื่อของ “ส่วนที่ 13 สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ใน “หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” เท่านั้น โดยมีเรื่องที่อยู่ในส่วนดังกล่าวก็คือ กรณีข้อห้ามในการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 68) และกรณีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (มาตรา 69)

จากการศึกษาความเป็นมาและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 63 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งปรับปรุงเป็นมาตรา 68 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวได้ว่า บทบัญญัติที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540

⁷⁹ Herzog (Fn. 72), Art. 20 IV Rn. 60.

⁸⁰ Herzog (Fn. 72), Art. 20 IV Rn. 59.

⁸¹ Herzog (Fn. 72), Art. 20 IV Rn. 61.



มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนด “ขอบเขต” ของการใช้ “สิทธิและเสรีภาพ” บรรดาที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แก่ “บุคคล” และการรวมกันของบุคคลเป็น “พรรคการเมือง” ไม่ให้ถูกใช้ไปในทางเพื่อเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญด้วยวิธีทางนอกรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดกระบวนการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยและสั่งการ “ให้เลิกกระทำ” หากมีกรณีการใช้สิทธิและเสรีภาพที่พ้นไปจากขอบเขตดังกล่าว⁸² ทั้งนี้ ประเด็นว่าด้วยผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น หากศึกษาจากเจตนารมณ์ของบรรดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับอาจสรุปได้ว่า เฉพาะแต่อัยการสูงสุดเท่านั้นที่เป็น “ผู้มีอำนาจเสนอคดี” ต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยจะต้องมี “ผู้รู้เห็น” หรือ “ผู้ทราบ” การกระทำอันเป็นการล้มล้างการปกครองในฐานะ “ผู้มีอำนาจเริ่มคดี” เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงเสียก่อน อัยการสูงสุดจะริเริ่มคดีด้วยตนเองไม่ได้ ส่วนผู้รู้เห็นหรือผู้ทราบการกระทำก็ไม่อาจเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงเองได้⁸³

แต่เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 อันเป็นการพิจารณาคำร้องตามมาตรา 68 ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาเพื่อนำไปสู่การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้ยกคำร้องกรณีนี้ก็ตาม แต่เหตุผลในคำวินิจฉัยดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลง “ความหมาย” และ “กระบวนการ” ของบทบัญญัติมาตรา 68 ไปอย่างสิ้นเชิง โดยเฉพาะในประเด็นเรื่อง “ผู้มีอำนาจเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ” และ “ผู้ถูกร้องและการกระทำอันอาจถูกร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ”

กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยให้ผู้ทราบการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้เองโดยตรง ไม่ต้องยื่นเรื่องผ่านอัยการสูงสุดก็ได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าการตีความดังกล่าวเป็นไปในแนวทางของการยอมรับสิทธิเพื่อให้ชนชาวไทยและศาลรัฐธรรมนูญพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้สมดังเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวที่มุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง ทั้งยังเป็นการรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 เพื่อให้ประชาชนใช้สิทธิต่อต้านการกระทำนั้นได้โดยสันติวิธี

⁸² ดู มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), น. 146 และบันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540.

⁸³ ดู บันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540, รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 27/2550 วันจันทร์ที่ 18 มิถุนายน 2550, น. 6-8 และ 14-16. และบรรศักดิ์ อูวรรณโณ, “คำบรรยาย เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2542) น. 41.

ขณะเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญได้ “ลบ” เงื่อนไขเกี่ยวกับ “ผู้ถูกร้องและการกระทำอันอาจถูกร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ” ที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ซึ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยในกรณีนี้เกี่ยวกับ “การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ” ออกไปจากการตั้งประเด็นและการทำคำวินิจฉัย เพื่อปิดผนึกคดีดังกล่าวและสถาปนาให้เป็นเขตอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาตรวจสอบว่าการกระทำอย่างใด ๆ อันไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นกรณีของการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงรวมไปถึงการกระทำในลักษณะของการใช้อำนาจหน้าที่โดยองค์กรของรัฐด้วย ว่าเป็นไปเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่

ผลจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลง “ความหมาย” และ “กระบวนการ” ของบทบัญญัติมาตรา 68 ดังกล่าว นำไปสู่การเสนอเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยตามกระบวนการมาตรา 68 เป็นจำนวนมาก ซึ่งล้วนแต่เป็นการเสนอเรื่องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ผ่านการเสนอให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและวินิจฉัยมาก่อน จึงอาจกล่าวได้ว่าคำวินิจฉัยข้างต้นของศาลรัฐธรรมนูญส่งผลให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคสองใน ส่วนที่ให้มีการเสนอให้อัยการสูงสุดเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้น “กลายเป็นหมัน” ไป เพราะย่อมเป็นปกติธรรมดาที่จะไม่มีใครต้องการเพิ่มขั้นตอนอันไม่จำเป็นอีกต่อไป ในเมื่อการเสนอคำร้องโดยตรงด้วยตนเองเป็นสิ่งที่ทำได้เลย และในขณะเดียวกัน การขยายความให้มาตราดังกล่าวเป็นฐานอำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำในลักษณะของการใช้อำนาจหน้าที่โดยองค์กรของรัฐได้ ยังส่งผลให้มีการเสนอเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่โดยบรรดาองค์กรของรัฐต่าง ๆ เข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา⁸⁴ ประธานรัฐสภา⁸⁵ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁸⁶ สมาชิกวุฒิสภา⁸⁷ ผู้ตรวจการแผ่นดิน⁸⁸ คณะกรรมการการเลือกตั้ง⁸⁹ คณะรัฐมนตรี⁹⁰ นายกรัฐมนตรี⁹¹ ผู้พิพากษาศาลล้มละลายกลาง⁹² หรือตลอดจนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเอง⁹³ ซึ่งไม่ได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่บทบัญญัตินี้มุ่งใช้บังคับแต่อย่างใด

จากการศึกษาความเป็นมาและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 65 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งปรับปรุงเป็นมาตรา 69 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁸⁴ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2556.

⁸⁵ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 29/2555, 10/2556, 16/2556, 29/2556.

⁸⁶ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34/2555, 38/2555.

⁸⁷ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34/2555, 38/2555.

⁸⁸ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2555.

⁸⁹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 60/2555.

⁹⁰ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 22/2556.

⁹¹ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2555, 18/2556, 49/2556.

⁹² คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2556.

⁹³ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 27-28/2555, 36/2555, 37/2555.



พุทธศักราช 2550 ได้มีการอธิบายว่า “มาตรานี้เป็นการนำหลักเรื่องสิทธิการต่อต้านการใช้กำลังทำรัฐประหารล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 20 รัฐธรรมนูญโปรตุเกส มาตรา 21 และรัฐธรรมนูญเกาหลีมาประกอบกร่าง” โดยการมีบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการยืนยันรับรองสิทธิในการต่อต้านการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจที่ไม่ชอบธรรมซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติแล้วให้ชัดเจนขึ้น⁹⁴ ซึ่งไม่ใช่การใช้เสรีภาพตามปกติ แต่เป็นการให้สิทธิโดยเฉพาะในการดำเนินการอันเป็นการ “ไม่ยอมรับอำนาจ ทั้ง ๆ ที่อำนาจนั้นอาจจะได้มาแล้ว” ทั้งนี้ ไม่ได้มุ่งจำกัดเฉพาะกรณีการต่อต้านกระทำของกองทัพเท่านั้น แต่ครอบคลุมถึงการใช้กำลังที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยจากผู้ใดก็ตามที่เป็นการทำ “รัฐประหาร” กล่าวคือเป็นการต่อต้านบุคคลซึ่งกระทำความผิดฐานกบฏตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113⁹⁵

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ข้างต้น จะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญมีการตีความเชื่อมโยงบทบัญญัติว่าด้วย “สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี” เข้ากับการพิจารณามาตรา 68 ในสองลักษณะ กล่าวคือ ในด้านหนึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงสิทธิต่อต้านของประชาชนโดยสันติวิธีเพื่อเป็นเหตุผลในการให้ประชาชนสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เองโดยตรง⁹⁶ ขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญก็ได้เชื่อมโยงสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีเข้ากับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมเพื่อเป็นเหตุผลในการปฏิเสธไม่รับคำร้องไว้พิจารณาหลายกรณีว่าการกระทำตามคำร้องไม่เข้าลักษณะตามมาตรา 68⁹⁷

ในส่วนของศาลยุติธรรม ก็มีกรณีที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี” ตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ โดยเหตุแห่งความขัดแย้งทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงปี 2549 มีประชาชนจำนวนหนึ่งได้แสดงออกคัดค้านการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549 ด้วยการ “ฉีกบัตรเลือกตั้ง” โดยอ้างว่าเป็นการใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีตามมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งจากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้ในเวลาต่อมาได้มีการดำเนินคดีกับบรรดาผู้ที่ฉีกบัตรเลือกตั้งในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 108

แม้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จะเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้ว่าการฉีกบัตรเลือกตั้งไม่เป็นความผิด ให้ยกฟ้อง โดยอธิบายเหตุผลประการหนึ่งว่า “การฉีกบัตรเลือกตั้งเป็นการกระทำไปเพื่อแสดงออกถึงสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 65 โดยบุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการ

⁹⁴ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 17 (เป็นกรณีพิเศษ) วันเสาร์ที่ 12 กรกฎาคม 2540., น. 178-179.

⁹⁵ บันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 13 วันพุธที่ 13 มิถุนายน 2540.

⁹⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555.

⁹⁷ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 67-69/55, 23/56, 54/56, 59/56, 61/56, 63/56, 16/57.

ปกครองประเทศ โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”⁹⁸ อย่างไรก็ตาม ต่อมา มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินในประเด็นเรื่องนี้เอาไว้ว่า การฉีกบัตรเลือกตั้งซึ่งเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและมีโทษทางอาญา เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐ มิใช่เป็นการใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี จึงเป็นความผิด โดยศาลฎีกาอธิบายเงื่อนไขการใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีว่าจะอ้างได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รับรองสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีไว้ในมาตรา 65 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ดังนั้น การจะใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีจึงต้องตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการกล่าวใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 28 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” ด้วย⁹⁹

หลังจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติกระทำการ “รัฐประหาร” เข้าควบคุมอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557¹⁰⁰ และประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง¹⁰¹ ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งกำหนดให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญใหม่ต่อไป

กระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่มีคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อนำไปจัดให้มีการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญได้มีการเผยแพร่ร่างฉบับเบื้องต้นออกมาเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2559 ก่อนจะมีการเผยแพร่ร่างสมบูรณ์ฉบับลงประชามติออกมาในวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2559

ในประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” นั้น ทั้งร่างฉบับเบื้องต้นและฉบับสมบูรณ์ไม่ปรากฏบทบัญญัติเรื่อง “สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี” อยู่แต่อย่างใด โดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีมติให้ตัดเรื่องดังกล่าวออกไปเพราะเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้มีปัญหาทับซ้อนกับ

⁹⁸ ประชาไท, ศาลสงขลา-ตรึงยกฟ้องคดีฉีกบัตรเลือกตั้ง, 24 พฤษภาคม 2549, สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2560 จาก <http://prachatai.com/journal/2006/05/8474>; MGR Online, ศาลจังหวัดตรึงตัดสินยกฟ้องคดีฉีกบัตรเลือกตั้ง 2 เม.ย., 23 เมษายน 2549, สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2560 จาก <http://www.manager.co.th/South/ViewNews.aspx?NewsID=9490000067652>; ทีมข่าวอาชญากรรม MGR Online, ยกฟ้อง “ไชยยันต์” อ.จุฬาฯ ฉีกบัตรเลือกตั้งปี 49, 29 ตุลาคม 2559, สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2560 จาก <http://manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9530000152785>.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11850/2554, 333-339/2556, 7008/2557.

¹⁰⁰ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การควบคุมอำนาจการปกครองประเทศ.

¹⁰¹ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.



บทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ¹⁰² ขณะที่บทบัญญัติซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกับมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นยังคงมีเอาไว้ โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 46 ของร่างฉบับเบื้องต้น ซึ่งในร่างฉบับใหม่นี้ได้ตัดถ้อยความเกี่ยวกับการห้ามใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ “เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ” ออกไป และยังได้ตัดเนื้อหาที่เกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองออกไปด้วย อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองนั้น ไม่ได้หมายความว่าคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจะไม่ประสงค์ให้มีการลงโทษยุบพรรคการเมืองหากเป็นกรณีที่พรรคการเมืองกระทำความผิดแต่อย่างใด เพราะมีการยืนยันว่าจะไปบัญญัติโทษดังกล่าวเอาไว้อยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองต่อไป สำหรับกระบวนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้กำหนดให้อัยการสูงสุดเข้ามามีบทบาทในการกลั่นกรองก่อนเพื่อลดภาระของศาลรัฐธรรมนูญไม่ให้มากเกินไป แต่หากอัยการสูงสุดพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายใน 30 วัน หรืออัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ประชาชนจะสามารถเสนอเรื่องไปที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เองโดยตรง¹⁰³

ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติซึ่งได้รับความเห็นชอบจากเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 และประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ณ วันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ยังคงสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา 46 ในร่างฉบับเบื้องต้นเอาไว้ในมาตรา 49 ของร่างรัฐธรรมนูญฉบับลงประชามติ เพียงแต่แก้ไขรายละเอียดเกี่ยวกับระยะเวลาที่กำหนดให้อัยการสูงสุดต้องพิจารณาเรื่องร้องเรียนให้เสร็จ ก่อนจะถือว่าผู้ร้องขอต่ออัยการสูงสุดมีสิทธิเสนอคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ จากเดิมที่กำหนดระยะเวลาเอาไว้สามสิบวันได้ถูกปรับลดลงเหลือเพียงสิบห้าวันนับแต่วันที่อัยการสูงสุดได้รับคำร้องจากผู้ทราบการกระทำว่ามีบุคคลใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

4. บทวิเคราะห์ปัญหาของคำอธิบาย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

จากการทบทวนเจตนารมณ์และความเป็นมาของบทบัญญัติมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งพัฒนาต่อมาเป็นมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้จะไม่ปรากฏอย่างชัดเจนในบันทึกถ้อยแถลงการประชุมว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

¹⁰² ศุภชัย เสียงจันทร์, เจาะร่าง รธน. ม.49 ป้องกันล้มล้างการปกครอง, 19 กรกฎาคม 2559, สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2560 จาก <http://news.voicetv.co.th/thailand/390720.html>.

¹⁰³ ไทยรัฐออนไลน์, กรธ. เคาะ ศาลรธน.มีอำนาจชี้ขาดปมล้มล้างการปกครอง, 12 มกราคม 2559, สืบค้นวันที่ 30 มกราคม 2560 จาก <http://www.thairath.co.th/content/561557>.

ได้รับเอาหรืออ้างอิงที่มาของบทบัญญัติดังกล่าวมาจากบทบัญญัติมาตรา 18 และมาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ก็ปรากฏร่องรอยบางประการที่สนับสนุนว่า บทบัญญัติในกรณีนี้ของรัฐธรรมนูญไทยเป็นการรับความคิดเข้ามาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเยอรมัน กล่าวคือ

เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวรรคแรกของมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะพบว่าสาระสำคัญของมาตราดังกล่าวคือเรื่องการจำกัดกรอบหรือขอบเขตของการใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ให้ถูกนำไปใช้เพื่อทำลายรัฐธรรมนูญเสียเอง ซึ่งเป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 18 และมาตรา 21 วรรค 2 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไทยทั้งสองฉบับดังกล่าวยังสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเยอรมันต่อไปในส่วนที่ว่าได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองหรือทำลายรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ หากสืบย้อนกลับไปยังชุดรายงานการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทยที่เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตยซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นร่างที่สำคัญของการ “ปฏิรูปการเมือง” และการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในส่วนงานวิจัยเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ” โดยกมลชัย รัตนสกววงศ์ นั้นจะพบว่าปรากฏร่องรอยของต้นฉบับดั้งเดิมอันเป็นที่มาของมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในข้อเสนอเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยได้รับเอาอิทธิพลความคิดเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเข้ามาในข้อเสนอดังกล่าว อันรวมไปถึงเขตอำนาจในกรณีซึ่งสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ไต่สวนข้อเท็จจริงและวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใดมีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือสถาบันในรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้กับบุคคลนั้นหรือกลุ่มบุคคลนั้น ซึ่งอาจถูกห้ามมิให้ใช้สิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นสมควรได้ต่อไป¹⁰⁴ และเขตอำนาจในกรณีการวินิจฉัยและมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือกระทำการอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ หรือขัดต่อกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติข้อห้ามต่าง ๆ ตามกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง อย่างไรก็ตามในกรณีว่าด้วยการเสนอเรื่องให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ผู้วิจัยได้ปรับแต่งผู้มีอำนาจเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับบริบทระบบกฎหมายไทยที่มีมาแต่เดิม กล่าวคือ กำหนดให้เป็นอำนาจเสนอคำร้องโดยอัยการสูงสุด เนื่องจากบรรดาการกระทำอันเป็นเหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองดังกล่าวมานั้นถือเป็นความผิดตาม

¹⁰⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), น. 41.



ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งพนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่แต่เดิมแล้ว¹⁰⁵ ซึ่งต่อมาผู้วิจัยได้ปรับแต่งข้อเสนอของตนอีกชั้นหนึ่งโดยได้ควบข้อเสนอว่าด้วยเขตอำนาจทั้งสองเข้ารวมกันเป็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าบุคคล กลุ่มบุคคล หรือพรรคการเมืองได้ใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอันเป็นปฏิปักษ์ต่อชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และรัฐธรรมนูญ อันไม่สมควรที่บุคคล กลุ่มบุคคล หรือพรรคการเมืองนั้นจะได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอีกต่อไป โดยให้อัยการสูงสุดเป็นองค์กรผู้พิจารณากันกรองและเป็นผู้มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ไม่ให้เกิดกรณีถูกนำไปใช้ในลักษณะเป็นการกลั่นแกล้งกัน ซึ่งหากเป็นกรณีของพรรคการเมืองนั้น ให้อัยการสูงสุดเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้สั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวด้วย¹⁰⁶ อันจะเห็นได้ว่าเขตอำนาจและกระบวนการเช่นนี้สอดคล้องใกล้เคียงกับผลสุดท้ายที่กลายมาเป็นมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในที่สุดหลายประการ

อีกทั้งในงานวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)” โดยเกรียงไกร รอบรู้¹⁰⁷ ซึ่งมีบรรดาศักดิ์ อรรถนิธิน โอดีตเลขาธิการคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และสมคิด เลิศไพฑูรย์ โอดีตเลขาธิการคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 เป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ก็ได้อธิบายเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยอ้างถึงมาตรา 18 และมาตรา 21 วรรคสอง กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วยเช่นกัน

ดังกล่าวนี้อาจเห็นได้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นต้นแบบความคิดซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญไทยได้รับเอาเข้ามาบัญญัติไว้ในมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในการรับเอาเข้ามาดังกล่าวนั้นก็ได้มีการปรับแต่งเนื้อหาและรายละเอียดบางประการที่ทำให้ในท้ายที่สุดแล้วคำอธิบายว่าด้วยมาตรา 63 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 “กลายพันธุ์” อันมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต้นฉบับโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ

ในประการแรก การที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งฉบับพุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 กำหนดเกี่ยวกับอำนาจในการทำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่

¹⁰⁵ กมลชัย รัตนสากวรงค์, เพิ่งอ้าง, น. 42.

¹⁰⁶ กมลชัย รัตนสากวรงค์, “ศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานการวิจัยประกอบการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ในโครงการวิจัยเรื่องการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปการเมือง (มกราคม 2542), น. 11.

¹⁰⁷ เกรียงไกร รอบรู้, “ความเหมาะสมของการกำหนดบทบัญญัติสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553).

มีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองเอาไว้เพียงแต่ว่า “ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว” นั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากสภาพบังคับตามกรณีกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจประกาศการสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะมาตรการลงโทษการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองได้ โดยกรณีการกำหนดไว้แต่เพียงให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งการให้เลิกการกระทำดังกรณีประเทศไทยนั้น หากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วจะพบว่าการบัญญัติไว้เช่นนี้ แทบจะไม่ได้มีผลใด ๆ เลยในทางปฏิบัติ เพราะหากปรากฏสถานการณ์ซึ่งมีกลุ่มบุคคลได้ดำเนินการอ้างสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อเรียกร้องให้มีการฉีกรัฐธรรมนูญหรือยกเลิกระบอบประชาธิปไตยขึ้นจริงนั้น เหตุใดกลุ่มบุคคลซึ่งมีเป้าประสงค์ของพวกตนที่แน่นอนชัดเจนเพียงนี้จะยอมยุติความเคลื่อนไหวของตนเพียงเพราะการที่ศาลรัฐธรรมนูญสั่งการให้เลิกโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการล้มศาลรัฐธรรมนูญเองก็เป็นหนึ่งในจุดมุ่งหมายของพวกเขาด้วย ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่สั่งให้เลิกการกระทำตามกรณีนี้ก็ไม่มีผลบังคับใด ๆ โดยตรงไปสู่การพิจารณาใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาต่อไปแต่อย่างใด กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องดำเนินการไปตามเงื่อนไขของกฎหมายต่าง ๆ บรรดาที่มีอยู่เพื่อดำเนินการกับบุคคลที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้เลิกกระทำ โดยจะอ้างแต่เพียงคำวินิจฉัยสั่งให้เลิกโดยศาลรัฐธรรมนูญโดยลำพังใช้เป็นฐานดำเนินการทางปกครองอย่างใด ๆ ต่อไปนั้น ก็ไม่อาจทำได้ ในขณะที่เดียวกันกรณีการวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ว่าด้วยความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113-118 นั้น ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทั้งหลายก็ยังคงต้องวินิจฉัยคดีไปตามองค์ประกอบความผิดแต่ละฐานเป็นกรณีไป คำวินิจฉัยสั่งให้เลิกกระทำการโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นหาได้มีสภาพบังคับหรือเป็นข้อสันนิษฐานอย่างใด ๆ ทำให้บุคคลที่ถูกวินิจฉัยว่ากระทำการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองนั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาโดยอัตโนมัติอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกจากนี้หากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยสั่งการให้เลิกกระทำการแล้ว แต่กลุ่มบุคคลตามคำวินิจฉัยดังกล่าวหาได้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลไม่ ก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดสภาพบังคับเอาไว้แต่อย่างใดเลย

ขณะเดียวกัน เมื่อเปรียบเทียบถ้อยความของการกำหนดข้อห้ามการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระหว่างรัฐธรรมนูญไทยกับเยอรมันนั้น จะพบว่าในขณะที่กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดและถูกอธิบายต่อมาเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจผูกขาดในการวินิจฉัยว่าเป็นกรณีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองหรือไม่ โดยตราบใดที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว องค์กรของรัฐทั้งหลายจะปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งในฐานะผู้ถูกประกาศการสูญเสียสิทธิเพราะเหตุการใช้สิทธิเพื่อล้มล้างการปกครองไม่ได้ แต่ในส่วนของรัฐธรรมนูญไทยนั้นจากถ้อยความโดยเฉพาะในวรรคแรกจะพบว่าไม่ได้กำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรซึ่งผูกขาดอำนาจในการวินิจฉัยตีความแต่เพียงผู้เดียว แต่ต้องถือว่าเป็นขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพซึ่งบรรดาองค์กรของรัฐทั้งหลายมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยด้วยตนเองภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการว่ากรณีซึ่งประชาชนได้



กล่าวอ้างสิทธิเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นกระทำการหรือใช้ยื่นต่อรัฐนั้น การใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวอยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น หากมีการกล่าวอ้างเสรีภาพในการชุมนุมขึ้นยื่นต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือหากมีการสลายการชุมนุมแล้วมีการฟ้องคดีไปยังศาลยุติธรรม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือศาลยุติธรรมก็จะต้องพิจารณาไปว่าการชุมนุมนั้นเป็นไปตามเสรีภาพในการชุมนุมตามรัฐธรรมนูญหรือไม่และอยู่ในขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพที่ว่าจะต้องไม่เป็นการใช้ไปเพื่อล้มล้างการปกครองหรือไม่

การที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นได้ควมรวมเอากรณีการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองทั้งกรณีบุคคลและพรรคการเมืองเข้าด้วยกัน พร้อมทั้งกำหนดเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองเอาไว้ด้วย ก็แตกต่างไปจากกรณีของเยอรมนีที่แยกกรณีของบุคคลกับพรรคการเมืองออกจากกันทั้งในเชิงกระบวนการและมาตรการลงโทษ อีกทั้งในส่วนที่ว่าด้วยการยุบพรรคการเมืองในระบอบรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นก็มีเฉพาะแต่เพียงที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 วรรคสองเท่านั้น แตกต่างจากกรณีของระบบรัฐธรรมนูญไทยที่ยังปรากฏเหตุและกระบวนการยุบพรรคการเมืองอื่น ๆ ปรากฏในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอีก

ความแตกต่างสำคัญประการสุดท้ายก็คือการที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ให้ประชาชนผู้ทราบหรือผู้รู้เห็นเป็นผู้มี “สิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุด” โดยอธิบายว่าสิทธิในการเสนอเรื่องของประชาชนนี้คือ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ได้ทำให้ความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้กลายพันธุ์จากต้นฉบับแบบเยอรมันไปโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ จากที่บทบัญญัติในเรื่องนี้เดิมอยู่ในลักษณะของขอบเขตหรือข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพ เมื่อรับเอาเข้ามาและแปลงเป็นแบบดังปรากฏในรัฐธรรมนูญไทยกลับกลายเป็นว่าถูกเปลี่ยนมาเป็นสิทธิประการหนึ่งซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองเอาไว้ที่เรียกว่า “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” อันส่งผลต่อไปถึงความบิดเบี้ยวของโครงสร้างระบบรัฐธรรมนูญหลายประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นแรกนั้นการจะอธิบายความจำเป็นในการให้สิทธิประชาชนร่วมเข้ามาพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้นั้น ก็จะต้องอธิบายอยู่บนสมมติฐานที่ว่าบรรดาองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรในกระบวนการยุติธรรมอื่น ๆ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ เลย ซึ่งเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในระบบกฎหมาย หรือหากจะอธิบายบนสมมติฐานดังกล่าวก็เป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญไทยนั้นไม่ใช่ “รัฐธรรมนูญที่ปกป้องตัวเองได้” ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญฝากความหวังในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญไว้กับประชาชนด้วยการให้ “สิทธิเสนอเรื่อง” นั้นเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุผล เพราะหากไม่มีการเริ่มเสนอเรื่องยื่นคำร้องมาตามขั้นตอน ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่มีอำนาจพิจารณาได้ เท่ากับว่ารัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพที่เป็นการล้มล้างการปกครองและทำลายระบบรัฐธรรมนูญได้ หากไม่มีผู้ใดใช้สิทธิยื่นคำร้อง

ประเด็นที่สอง การรับรองว่า “สิทธิยื่นคำร้อง” เป็นสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเป็นการตั้งประเด็นที่เป็นปฏิกิริยากับผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำการล้มล้างการปกครองนั้นได้ทำให้เรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐธรรมนูญอาจถูกลดคุณค่าลงเป็นเรื่องข้อพิพาทกล่าวหาระหว่างเอกชนกับเอกชนที่อาจใช้โจมตีกันบนจุดมุ่งหมายทางการเมืองได้โดยง่าย

ประเด็นสุดท้าย เมื่อเจตนารมณ์ดั้งเดิมของบทบัญญัติในเรื่องนี้คือขอบเขตหรือกรอบการใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองให้ การจะขยายคำว่า “สิทธิยื่นคำร้อง” เป็นสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญย่อมทำให้การยื่นคำร้องอาจถูกตีความอย่างกว้าง ซึ่งมีความหมายในขณะเดียวกันว่า สิ่งที่เป็นข้อห้ามการใช้สิทธิเสรีภาพก็จะถูกตีความขยายตาม และมีผลผกผันให้สิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ของประชาชนที่ควรมีนั้นมีความหมายแคบลงไป

ในขณะที่บทบัญญัติว่าด้วย “สิทธิต่อต้าน” นั้นปรากฏอย่างชัดเจนโดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญว่าเป็นการรับเอาต้นแบบจากในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาบัญญัติไว้ในระบอบรัฐธรรมนูญไทย อย่างไรก็ตาม มีความแตกต่างในรายละเอียดที่สำคัญคือ ในกรณีของระบอบรัฐธรรมนูญไทยจำกัดขอบเขตการต่อต้านไว้ว่าจะต้องเป็นไปโดยสันติวิธีเท่านั้น โดยไม่ปรากฏเงื่อนไขที่ว่าเป็นกรณีซึ่งไม่มีหนทางป้องกันด้วยวิถีทางอื่นที่เป็นไปได้แล้ว

ในการรับเข้ามานี้มีข้อพิจารณาว่าปัญหาความสับสนระหว่าง “สิทธิต่อต้านชัดเจน” กับบรรดาการอ้างสิทธิเสรีภาพอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญปรากฏเกิดขึ้นตั้งแต่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 เรื่อยมาจนถึงสมัยหลังรัฐประหาร พ.ศ. 2557 โดยความไม่ชัดเจนดังกล่าวยังส่งผลต่อมาถึงการใช้การตีความของบรรดาศักดิ์ตุลาการที่ต้องปรับบทบัญญัติดังกล่าวในการวินิจฉัยคดีต่อไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มองว่าการใช้สิทธิต่อต้านตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นเพียงสิทธิตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่งซึ่งเหมือนกับสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประการอื่น ๆ อันจะต้องกล่าวอ้างไปบนขอบเขตที่ว่า “เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” อันเป็นการให้ความหมายที่แตกต่างไปโดยสิ้นเชิงจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต้นฉบับ และทำให้บทบัญญัตินี้แทบไม่หลงเหลือความหมายหรือกรณีที่จะยกขึ้นอ้างได้อีกแต่อย่างใด ทั้ง ๆ ที่สิทธิต่อต้านชัดเจนในกฎหมายพื้นฐานนั้นเป็นบทบัญญัติสำคัญอันประกาศถึงอุดมการณ์ต่อต้านการทำลายรัฐธรรมนูญและประกาศจุดยืนในการให้ประชาชนลุกขึ้นสู้ได้โดยชอบธรรม แต่สิทธิต่อต้านในรัฐธรรมนูญไทยกลับไม่ชัดเจนว่ามีความหมายอย่างไร และแตกต่างไปจากการกระทำบนพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพทางการเมืองอย่างเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น หรือเสรีภาพในการชุมนุมอย่างไร การจะอธิบายการกล่าวอ้างสิทธิต่อต้านชัดเจนแบบไทยบนฐานแนวคิดอารยะขัดขืนก็ดูจะไม่สอดคล้องกับเรื่อง เมื่อพิจารณาว่าสิทธิต่อต้านชัดเจนตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ในขณะที่การละเมิดกฎหมายถือเป็นสาระสำคัญของแนวคิดอารยะขัดขืนเพื่อที่จะกระตุ้นสำนึกร่วมกันของสังคมให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในความไม่เป็นธรรม

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แนวคิดที่ว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยมีเรื่องที่อยู่ในส่วนดังกล่าวก็คือ กรณีข้อห้ามในการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ใน



รัฐธรรมนูญ และกรณีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยแนวความคิดทั้งสองเรื่องนี้มีร่องรอยความสอดคล้องกับ “หลักประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” อันปรากฏอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จนอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 18 เรื่อง การสูญเสียสิทธิขั้นพื้นฐาน มาตรา 20 วรรคสี่ เรื่องสิทธิต่อต้านขัดขืน และมาตรา 21 วรรคสอง เรื่องการยุบพรรคการเมือง ที่มุ่งล้มล้างระบอบประชาธิปไตย เป็นต้นแบบของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับ “แนวความคิดประชาธิปไตยที่ปกป้องตนเองได้” เข้ามา

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในการรับเอาเข้ามาดังกล่าวนั้นก็ได้มีการปรับแต่งเนื้อหาและรายละเอียดบางประการที่ทำให้ในท้ายที่สุดแล้วคำอธิบายในระบอบรัฐธรรมนูญไทย “กลายพันธุ์” อันมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติต้นฉบับโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ

แนวความคิดว่าด้วยการวางกรอบหรือข้อจำกัดของการใช้สิทธิเสรีภาพไม่ให้ถูกใช้ในทางที่ผิดถูกเปลี่ยนกลายมาเป็นการสร้างความคิดว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ขึ้นมา อันส่งผลให้ระบบรัฐธรรมนูญไทยมีความไม่สมเหตุสมผลหลายประการ เช่น การไม่สะท้อนถึงนัยของความเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งปกป้องตนเองได้ หรือการเปิดโอกาสให้มีการใช้ช่องทางดังกล่าวอย่างบิดเบือนเพื่อจุดมุ่งหมายทางการเมือง

ขณะที่กรณีของการรับเข้าความคิดเรื่อง “สิทธิต่อต้านขัดขืน” นั้น เมื่อปรากฏว่าบรรดาผู้ร่างรัฐธรรมนูญหรือผู้ใช้ผู้ตีความกฎหมายไม่ได้ศึกษาหลักการในเรื่องดังกล่าวอย่างเพียงพอ จึงทำให้ไม่เห็นภาพชัดเจนว่าการบัญญัติสิทธิดังกล่าวไว้มีความหมายหรือนัยประการใด แตกต่างไปจากบรรดาสิทธิเสรีภาพประการอื่น ๆ ที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญอย่างไร จนนำไปสู่การพิจารณาว่าสิทธิดังกล่าวไม่มีความหมายในตัวเองและไม่จำเป็นต้องบัญญัติเอาไว้ก็ได้

ในนามของ “ข้อเสนอแนะ” นั้น งานศึกษาชิ้นนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเสนอข้อปรับปรุงหรือข้อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่หรือกำลังจะบังคับใช้ต่อไป หรือจะเสนอแนะแนวทางการใช้การตีความประเด็นว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ที่ถูกต้องหรือควรจะเป็น เพียงแต่ต้องการสะท้อนให้เห็นปัญหาอันเป็นรากฐานของ “การร่างรัฐธรรมนูญแบบไทย ๆ” และของบรรดา “นักร่างรัฐธรรมนูญแบบไทย ๆ” ที่หลายครั้งมีความพยายามอ้างอิงหรือลอกเลียนแนวความคิดที่มีแบบฉบับอยู่ในรัฐธรรมนูญต่างประเทศ โดยในหลาย ๆ กรณี อันรวมถึงกรณีว่าด้วย “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ดังได้กล่าวมาแล้ว เมื่อเป็นการรับเข้ามานองค้ความรู้ที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ อาจทำให้การบัญญัติไว้ในระบบรัฐธรรมนูญไทย “กลายพันธุ์” และกลายเป็นคนละเรื่องอย่างผิดฝาผิดตัวไปเสีย

แน่นอนว่าความจำเป็นในการปรับแปลงความคิดให้กับเข้าบริบทสังคม ระบบการเมือง และระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในการรับเอาความคิดทางรัฐธรรมนูญจากต่างประเทศ อย่างไรก็ตามการทำความเข้าใจความหมายที่แท้จริงของความคิดที่รับเข้ามาจากต่างประเทศให้ถูกต้องและเพียงพอก็เป็นสิ่งที่สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน อันจะส่งผลถึงความสมบูรณ์ในการบังคับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญต่อไป